

rivista di diritto privato

4 anno XXII - ottobre/dicembre 2017

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger, Paolo Spada

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Mario Cicala, Enrico Gabrielli, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini, Giovanni D'Amico, Carlos De Cores, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furguiele, Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Vincenzo Ricciuto, Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Donato Carusi, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Francesco Delfini, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Gregorio Gitti, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nella data base informatica del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

rivista di diritto privato

2017

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 4/2017

Saggi e pareri

L'esercizio del diritto di intervento e di voto della <i>holding</i> nelle assemblee delle società partecipate	
<i>Giuseppe B. Portale, Antonio Cetra</i>	487
Il notaio esercita attività giurisdizionale?	
<i>di Andrea Fusaro</i>	497
Trasformazioni della famiglia e successioni <i>mortis causa</i>	
<i>di Vincenzo Barba</i>	513
La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata	
<i>di Angela La Spina</i>	553
La rinnovata rilevanza ermeneutica delle clausole d'uso	
<i>di Ettore Battelli</i>	573
Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del "tenore di vita" dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente?	
<i>di Giancarlo Savi</i>	599



Saggi e pareri



L'esercizio del diritto di intervento e di voto della *holding* nelle assemblee delle società partecipate*

di Giuseppe B. Portale**, Antonio Cetra***

SOMMARIO: 1. Fatto e quesito. – 2. L'esercizio del diritto di intervento e di voto della società-socio. – 3. Le deleghe gestorie nella Andromeda s.p.a. – 4. Segue: la delega di «compiere ogni operazione rientrante nella gestione ordinaria». – 5. La delega di «compiere ogni operazione rientrante nella gestione ordinaria» e l'esercizio del diritto di intervento e di voto nelle assemblee delle società partecipate. – 6. Conclusioni.

1. Lo statuto della Andromeda s.p.a. (qui di seguito anche lo “Statuto”) – società che possiede «partecipazioni in imprese, società, enti, consorzi ed associazioni operanti nei settori alimentari ed in quelli complementari» (art. 8, comma 1, dello Statuto: qui di seguito anche la “Società” o la “ *Holding*”) – prevede, tra l'altro, che: (i) «il consiglio di amministrazione, nei limiti di cui all'art. 2381, comma 4, del codice civile, può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti o ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti» (art. 17, comma 5, dello Statuto); (ii) «la rappresentanza della società spetta al presidente del consiglio di amministrazione, al vice presidente, se nominato, ed agli amministratori delegati nei limiti dei poteri gestori loro conferiti» (art. 18 dello Statuto).

Il consiglio di amministrazione della Società, nella prima adunanza successiva al rinnovo delle cariche dei consiglieri per il triennio 2016-2018, ha anche deliberato quanto segue (cfr. verbale c.d.a. del 29 giugno 2016):

a) di nominare Presidente del consiglio di amministrazione il dott. Tizio (qui di seguito, pure, il “Presidente”);

b) di attribuire al medesimo «tutti i poteri per compiere ogni operazione rientrante nella gestione ordinaria»...nonché «ogni operazione, sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, inerente alla gestione finanziaria...che sia delegabile per legge o statuto, restando in ogni caso esclusi quegli atti per i quali lo statuto richieda che le deliberazioni relative siano assunte dal consiglio con voto unanime di tutti i consiglieri in carica», indicando, poi, in via esemplificativa e non esaustiva, una serie di operazioni rientranti in questa tipologia;

* Lo scritto riproduce il testo di un Parere *pro-veritate*, reso nel mese di giugno 2017. Il presente contributo non è stato sottoposto a referaggio in quanto proveniente da Autore di particolare fama.

** Emerito di Diritto commerciale nella Università Cattolica del Sacro Cuore.

*** Ordinario di Diritto commerciale nella Università Cattolica del Sacro Cuore.

c) di autorizzare il Presidente a «conferire incarichi attuativi ai consiglieri e procure al direttore generale ai *manager* od a terzi»;

d) di nominare Vice presidente del consiglio di amministrazione il dott. Caio (qui di seguito anche il “Vice Presidente”), col compito di «fornire gli elementi e le proposte per l’elaborazione della strategia dell’immagine del gruppo Andromeda», come pure di «rappresentare la società verso i terzi in relazione a tutti gli atti e le attività per le quali sia investito di volta in volta di tale potere di rappresentanza con deliberazione del presidente»;

e) di rilasciare una delega al consigliere dott. Sempronio (qui di seguito anche l’“Amministratore Delegato”), specificamente riguardante le materie «di finanza e controllo, in relazione alle quali riporterà al consiglio e al presidente» (pianificazione finanziaria, pianificazione strategica e *corporate development*, ricognizione dei sistemi organizzativi e *it*, raccordo con le partecipate, supporto alle controllate e partecipate), con l’aggiunta di un potere di rappresentanza, circoscritto «all’ambito delle attribuzioni conferite» e alle «assemblee delle controllate e partecipate...in assenza del presidente».

Il consiglio di amministrazione ha disposto l’attribuzione dei poteri, appena sinteticamente descritta, replicando, sostanzialmente, quanto aveva deliberato nella prima adunanza successiva, rispettivamente, al rinnovo delle cariche per i periodi 2013-2016 (cfr. verbale del c.d.a. del 27 giugno 2013) e 2010-2013 (cfr. verbale del c.d.a. del 29 giugno 2010). Il consiglio, infatti, anche in occasione dei due precedenti insediamenti, si era determinato a delegare la gestione in modo non diverso da come lo ha fatto l’ultima volta, con la conseguenza che, almeno dal giugno 2010, le mansioni del Presidente, Vice Presidente (ruoli, questi, ricoperti sempre dai dottori Tizio e Caio) e Amministratore Delegato (ruolo che, invece, fino all’ultimo rinnovo, è stato ricoperto dal dott. Mevio) non sembrano aver subito (significativi) mutamenti.

È in questo contesto che siamo richiesti di redigere un *Parere* pro-veritate su un quesito che può essere sintetizzato in questi termini: «se – tenuto conto della natura di holding della Società e del tenore della delibera consiliare di attribuzione dei poteri al Presidente del 29 giugno 2016 –, costituiscano “operazioni rientranti nella gestione ordinaria” ovvero “operazioni, sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, inerenti alla gestione finanziaria” l’intervento e la votazione, nelle assemblee, ordinarie e/o straordinarie, delle società partecipate dalla Società».

2. Se è indubitabile che una società titolare di una partecipazione sociale in un’altra società (= società-socio) debba esercitare le prerogative che costituiscono lo *status* di socio attraverso la sua funzione amministrativa, è altrettanto certo che occorre verificare in che modo un siffatto esercizio debba essere organizzato ed attuato in concreto. Questione, quest’ultima, che, a quanto consta, non è stata oggetto di particolare attenzione, sembrando che si dia per scontato che la medesima debba essere risolta alla luce degli ordinari meccanismi di formazione delle decisioni amministra-

tive e di funzionamento della rappresentanza sociale (essa è, infatti, solo accennata in contributi assai risalenti, che si occupano del socio-persona giuridica: A. CANDIAN, *Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta*, in *Temi*, 1959, 327; nella letteratura francese, H. HENRY, *Sociétés de Sociétés*, in *Journal des sociétés*, 1921, 175 e 180; A. WAHL, *Une société peut-être «gérante» ou «administrateur» d'une autre société?*, *ivi*, 1905, 293 s. e 298 s.).

In quest'ottica, può essere utile muovere da quanto è stato detto a proposito di una società investita della qualifica di amministratore di un'altra società (= società-amministratore), con riferimento alla quale – una volta superati i dubbi sulla sua ammissibilità (v., da ultimo, in giurisprudenza, Trib. Milano, 27 marzo 2017, in *Società*, 2017, 955; Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *RDS*, 2012, 734; in dottrina, anche per altri riferimenti, A. CETRA, *La persona giuridica amministratore*, Torino, 2013, 19 ss.) –, il profilo maggiormente approfondito risulta essere proprio quello relativo alle modalità di organizzazione dell'incarico gestorio e, segnatamente, l'individuazione del soggetto o dei soggetti chiamati ad espletare i compiti che costituiscono detto incarico (sul punto, anche per ulteriori richiami, v., oltre il lavoro di A. CETRA, *op. cit.*, 72 ss., A. NIGRO, *Note minime in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *RDS*, 2007, 12 ss.; C. BOLOGNESI, *Società di capitali amministratrici di società di persone*, Padova, 2012, 171 ss.; G. PESCATORE, *L'amministratore persona giuridica*, Milano, 2012, 97 ss.; D. REGOLI, *La carica di amministratore*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà. V. *L'amministrazione*, Padova, 2012, 76 ss.). Al riguardo, è stato scritto che la società-amministratore, nell'eseguire le attività inerenti la carica ricoperta, deve affrancarsi dagli ordinari meccanismi decisorie e dichiaratorie, se essi appaiano inidonei a consentire lo svolgimento dell'amministrazione in modo compatibile con l'organizzazione della funzione amministrativa della società amministrata (in caso contrario, l'incarico può essere eseguito con le ordinarie regole decisorie e dichiaratorie: A. NIGRO, *op. cit.*, 16; G. PESCATORE, *op. cit.*, 98): eventualità, quest'ultima, che potrebbe presentarsi quando l'incarico dev'essere adempiuto in una società caratterizzata da un organo amministrativo informato alla regola collegiale, cioè da un consiglio di amministrazione (A. CETRA, *op. cit.*, 91 ss.). In questo caso, infatti, la società-amministratore deve partecipare ai lavori del consiglio e, quindi, al dibattito che nel medesimo si realizza, volto al confronto tra le diverse opinioni degli amministratori sui singoli punti all'ordine del giorno. E una tale partecipazione presuppone la designazione di un soggetto *ad hoc*, dotato di autonomia decisionale (e non solo di poteri di rappresentanza), che possa interagire proficuamente nel corso della discussione collegiale e, all'esito di questa, esprimere il voto nel modo ritenuto più opportuno (si pronunciano, invece, nel senso che sia sempre necessaria la designazione di un soggetto ai fini dell'esecuzione dell'incarico gestorio, M. NOTARI, *Art. 5*, in *D. lgs. 23 luglio 1991, n. 240. Commentario*, a cura di G. Cottino, in *Nuove leggi*, 1992, 1048; D. REGOLI, *op. cit.*, 80; analogamente, CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima n. 100*). Una simile incombenza può essere attribuita ad uno degli

amministratori (della società-amministratore), attraverso il rilascio in suo favore di una delega gestoria, o, eventualmente, anche ad una persona diversa (non necessariamente legata alla società-amministratore), per il tramite del conferimento nei suoi confronti di uno specifico mandato (riconducibile alla specie del mandato generale *ad negotium*: sul punto, pure per ragguagli bibliografici, A. CETRA, *op. cit.*, 98 ss. e 122 ss.).

Anche la società-socio deve attuare le prerogative che costituiscono lo *status* di socio attraverso modalità non diverse da quelle poc'anzi ricordate: quanto meno quando si tratta di esercitare il diritto di intervento e di voto nelle assemblee delle società partecipate. In queste ipotesi, infatti, la società-socio prende parte ad un procedimento decisionale informato alla regola collegiale: si rivela, quindi, ragionevole che la partecipazione avvenga per il tramite di un soggetto dotato di poteri che gli consentano un coinvolgimento attivo nella discussione assembleare e, all'esito di questa, di orientare il voto secondo il convincimento che ha maturato. La società-socio deve, pertanto, investire uno dei suoi amministratori di siffatti poteri (decisionali, e non di mera rappresentanza): cosa che avviene mediante il rilascio di una delega gestoria, il cui oggetto comprenda espressamente o, in assenza di una specifica indicazione, faccia desumere la sussistenza del compito di intervenire e votare nelle assemblee delle società partecipate.

Ai fini del presente *Parere*, bisogna, allora, accertare se nella Società sia stata rilasciata una delega attributiva, in termini espliciti o impliciti, del suddetto potere di intervento e di voto.

3. È, anzitutto, da escludere che nelle deleghe attualmente sussistenti possa rinvenirsi uno specifico ed esplicito riferimento al potere diviso. Occorre, di conseguenza, verificare se un siffatto potere sia comunque ricompreso nelle competenze rilasciate a favore di una delle figure di amministratore delegato e, segnatamente, del Presidente. Giova, infatti, sin da subito scartare la possibilità che il potere di intervento e di voto sia desumibile dalle attribuzioni disposte nei confronti del Vice Presidente: quest'ultimo, sul piano decisorio, può solo «fornire gli elementi e le proposte per l'elaborazione della strategia dell'immagine del gruppo Andromeda», mentre è del tutto privo di rappresentanza organica (potendo «rappresentare la società verso i terzi in relazione a tutti gli atti e le attività per le quali sia investito di volta in volta di tale potere di rappresentanza con deliberazione del presidente»).

Il potere in discorso non è nemmeno rinvenibile nelle deleghe rilasciate all'Amministratore Delegato. Esse presuppongono che l'Amministratore Delegato si occupi delle società partecipate solo sotto il profilo del controllo e della programmazione gestionale e finanziaria. Vero è che l'Amministratore Delegato è dotato di un potere di rappresentanza che, in eccedenza a quello esercitabile «[ne]ll'ambito delle attribuzioni conferite», gli consente di «partecipare e rappresentare la società... nelle assemblee delle controllate e partecipate». Ma ciò è possibile soltanto in via eventuale, ossia «in assenza del presidente», quindi nelle ipotesi in cui quest'ultimo non possa

presenziare alle menzionate assemblee. Il che, per contro, lascerebbe intendere che un siffatto potere di partecipazione e di rappresentanza, esercitabile in via suppletiva dall'Amministratore Delegato, rientri normalmente e stabilmente nella competenza del Presidente. L'assunto, tuttavia, va verificato alla luce dell'oggetto delle deleghe rilasciate al Presidente.

Fermando l'attenzione su queste deleghe, la notazione dalla quale bisogna partire è che non sembra che il potere in questione possa evincersi, almeno *prima facie*, dalla parte in cui dette deleghe dispongono l'investitura a «compiere ogni operazione, sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, inerente alla gestione finanziaria». Il riferimento è, infatti, ad un potere specifico, che non pare avere nulla a che fare con quello in esame, volto a consentire il compimento di operazioni di provvista o di impiego di risorse finanziarie con banche o altri operatori finanziari, come esemplificativamente riportato nel testo della delega. Bisogna, semmai, indagare se il potere di intervento e di voto nelle assemblee delle partecipate possa ritenersi implicitamente ricompreso in altra parte del contenuto della delega: ossia, in quella che conferisce al Presidente «*tutti i poteri per compiere ogni operazione rientrante nella gestione ordinaria*». In questa prospettiva, è, dunque, indispensabile un preliminare accertamento della concreta portata dell'attribuzione appena segnalata.

4. Conviene muovere dalla premessa che il perimetro della *gestione ordinaria* (e il conseguente confine tra questa e quella straordinaria) in materia di amministrazione societaria è, da sempre, controverso e, ancora oggi, tutt'altro che pacifico (in questo senso, sottolineando che l'espressione «gestione ordinaria» va, non a caso, scomparendo dagli statuti e dagli atti di delega più recenti, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. A dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 98; ma già, V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, IV, 1991, Torino, 122). Soprattutto in passato, non è mancato chi, addirittura, ha dubitato della stessa possibilità di operare una distinzione tra gestione ordinaria e gestione straordinaria in un contesto imprenditoriale (e, nello specifico, societario), in base all'assunto che una simile distinzione possa essere prospettata solo con riferimento ad amministrazioni patrimoniali statiche (ad esempio, quella dell'incapace non autorizzato alla continuazione di un'impresa commerciale: artt. 320, comma 1 e 3, e 374 c.c.) e che sia, invece, difficilmente proponibile nelle amministrazioni di attività imprenditoriali e, *segnatamente*, societarie (U. BELVISO, *L'istitutore*, I, Napoli, 1966, 312 ss.; il dubbio pare riaffiorare nella giurisprudenza, anche recente, che si pronuncia per l'irrelevanza della distinzione fra ordinaria e straordinaria amministrazione ai fini della definizione dei poteri legali degli amministratori di società, precisando che l'ambito di tali poteri deve essere stabilito solo in relazione all'oggetto sociale: Cass., 19 agosto 1983, n. 5408, in *Dir. fall.*, 1983, II, 1073; Cass., 12 marzo 1994, n. 2430, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, 129; Cass., 26 marzo 1997, n. 2674, in *Società*, 1997, 1025; Cass., 3 marzo 2010, *ivi*, 2010, 929; Trib. Bari, 10 maggio 2012, G.U.

Agnino, in *www.iusexplorer.it*; nella letteratura minore, propenso, per contro, ad applicare, in materia societaria, i principi relativi all'amministrazione del patrimonio degli incapaci, G. SERPI, *Note preliminari alla distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione in materia di società*, in *Riv. soc.*, 1966, 923 ss.). In quest'ottica, si è finanche arrivati a mettere in forse la legittimità di clausole statutarie o di atti di delega che appongano limitazioni a poteri degli amministratori di società fondati su una tale distinzione (così già, U. NATOLI, *In tema di limitazione dei poteri di amministrazione di società*, in *Banca e borsa*, 1955, II, 357 ss.; adde, V. CERAMI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, 675, nt. 44; A. TRABUCCHI, voce *Amministrazione (atti di)*, in *Novissimo digesto*, I, Torino, 1968, 547).

La dottrina più recente rimarca che se uno statuto o un atto di delega attribuiscono ad un amministratore *il potere di compiere gli atti di gestione ordinaria*, essi sono da intendersi come espressivi dell'intenzione (dei soci o degli altri amministratori) di limitare il potere di quell'amministratore, consentendo allo stesso di compiere *soltanto una categoria di atti e non tutti quelli che rientrano nell'oggetto sociale* (così, tra gli altri, F. BONELLI, *op. cit.*, 97; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 122, testo e nt. 43; G. FERRI, *Le società*³, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, X, 3, Torino, 1987, 229 s.; ma già, ID., *Clausola compromissoria, ordinaria amministrazione e società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 121 ss.; G. C. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 312 ss.). Rimangono, tuttavia, margini di opinabilità sul criterio utilizzabile ai fini dell'identificazione degli atti che costituiscono, appunto, gestione ordinaria (v. ancora, F. BONELLI, *op. cit.*, 96 s.; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 121 s.: autori entrambi autorevoli e studiosi della materia). Non è, d'altronde, sicuro che detto criterio possa essere mutuato dalle disposizioni di diritto societario che espressamente confinano l'attività sociale nell'ambito della *amministrazione o gestione ordinaria*: l'art. 2323, comma 2, c.c., nella disciplina della società in accomandita semplice (secondo cui, venuti a mancare tutti i soci accomandatari, i soci accomandanti nominano per il periodo di sei mesi un amministratore provvisorio per il compimento degli atti di amministrazione ordinaria); l'art. 2386, comma 5, c.c., nella disciplina della società per azioni (che, in caso di cessazione di tutti gli amministratori e fino alla ricostituzione dell'organo istituzionalmente gestorio, assegna al collegio sindacale poteri di gestione ordinaria); l'art. 2458, comma 2, c.c., nella disciplina della società in accomandita per azioni (in base al quale, venuti a mancare tutti gli azionisti accomandatari, il collegio sindacale nomina un amministratore provvisorio, che, per il periodo di centottanta giorni, può compiere gli atti di amministrazione ordinaria). Si tratta, infatti, di disposizioni che sono destinate a diventare operative solo in particolari momenti della vita sociale, nei quali, per diverse ragioni, è venuto meno l'organo normalmente deputato alla funzione gestoria, ossia l'organo amministrativo: la società, di conseguenza, entra in un'amministrazione interinale che è, appunto, circoscritta alla gestione ordinaria. Ed infatti non manca chi dubita che da tali disposizioni si possa trarre un principio generale, prospettando, anzi, l'ipotesi di una loro interpretazione

basata su canoni ermeneutici restrittivi (così, da ultimo, seppure con specifico riferimento all'art. 2386, comma 5, c.c., P. SANFILIPPO, *Art. 2386*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, I, Milano, 2016, 1277): questo sul presupposto che facciano riferimento ad una gestione eccezionale e, quindi – se non proprio di tipo conservativo (come sostenuto, perlopiù, dalla giurisprudenza meno recente: Cass., 20 dicembre 1974, n. 4362, in *Giur. comm.*, 1975, II, 294) –, limitata al compimento degli atti necessari, urgenti e non differibili (v., ad esempio, G. U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale. Artt. 2397-2408*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, 163), senza compromettere il regolare funzionamento e, di conseguenza, la sopravvivenza dell'impresa (così, V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 124). In quest'ottica, appare improbabile che dalle norme richiamate possa trarsi una qualche indicazione su cosa debba fare, correntemente, un amministratore che abbia i poteri limitati alla sola gestione ordinaria (diversamente, ritenendo invece che queste norme sottendano una nozione di gestione ordinaria più ampia, non diversa da quella nel seguito illustrata, A. NIUTTA, *La funzione di amministrazione attiva del collegio sindacale*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995, 29 ss.; e, soprattutto, A. VALZER, *La gestione interinale dell'impresa nella società per azioni (art. 2386, 5° co., c.c.)*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Abbadessa*, diretto da M. Campobasso ed altri, II, Torino, 2014, 1165 ss.: ma v. subito appresso).

L'opinione che raccoglie i maggiori consensi è, comunque, quella che muove dalla constatazione del carattere *relativo* del concetto di amministrazione e che esclude la possibilità di identificare la gestione ordinaria *in astratto* o *a priori* (il punto è ben sottolineato da F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, 143 s.; ripreso, tra gli altri, da V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 122, nt. 43; A. VALZER, *op. cit.*, 1165 e 1166). Si ritiene, per contro, che la gestione ordinaria debba essere identificata attraverso una valutazione *caso per caso*, finalizzata ad accertare il carattere *normale* delle operazioni compiute (così ad esempio, autorevolmente: G. C. RIVOLTA, *op. cit.*, 332; F. CORSI, *op. cit.*, 142 ss.; F. BONELLI, *op. cit.*, 97; in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 5 dicembre 2011, n. 25952, Pres. Vitrone; Est. Bernabai): carattere, quest'ultimo, che deve essere riscontrato analizzando, da un lato, l'oggetto dell'impresa esercitata (*e, quindi, l'oggetto sociale*); dall'altro, la struttura di cui l'impresa è stata dotata (*e, dunque, il patrimonio sociale*: G. FERRI, *Clausola*, cit., 124; Id., *Le società*, cit., 230; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 124; A. NIUTTA, *op. cit.*, 33 s.; in giurisprudenza: Cass., 5 dicembre 2011, n. 25952, cit.; Trib. Crotone, 17 luglio 2014, Pres. Mingrone; Est. Romanelli, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli Nord (decr.), 29 novembre 2016, Pres. Caria; Est. Rabuano, in *www.iffallimentarista.it*). In particolare, *si reputano normali le operazioni tipicamente riferibili ad un'impresa di una certa tipologia e inidonee a modificare, perlomeno significativamente, le dimensioni del capitale investito e, di conseguenza, il profilo economico ed organizzativo dell'azienda* (in questi termini, F. CORSI, *op. cit.*, 143).

Il corollario che se ne trae è che (la clausola statutaria o) la delega che richiama la gestione ordinaria per determinare (e, nel contempo, limitare) i (l'esercizio dei) poteri di un amministratore deve intendersi come rivolta a vincolare la sua operatività al compimento delle suddette operazioni: delle operazioni, cioè, che risultano attuative di un dato oggetto sociale, in relazione all'entità del patrimonio sociale reso disponibile dai soci (così, ancora, F. CORSI, *op. cit.*, 283; nello stesso senso, con esemplificazioni, F. BONELLI, *op. cit.*, 97 s.). In questo modo, si appone un limite all'esercizio dei poteri di quell'amministratore, precludendo il compimento delle operazioni eccedenti la gestione ordinaria: limite che può essere rimosso attraverso una decisione dell'organo sociale investito della competenza di tutta la gestione dell'impresa (ordinaria e straordinaria), che, nel diritto azionario riformato, è da identificarsi nel consiglio di amministrazione (art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.).

5. Nella Società *de qua*, la gestione ordinaria deve essere, dunque, inferita alla luce del suo oggetto sociale, il quale, come si è già detto (*supra*, n. 1), è statutariamente fissato nella «assunzione di partecipazioni in imprese, società, enti, consorzi ed associazioni operanti nei settori alimentari ed in quelli complementari» (art. 8, comma 1, dello Statuto). Trattandosi di una *holding*, tale assunzione non può non essere finalizzata ad «esercitare in via indiretta attività imprenditoriali attraverso distinte ed autonome strutture societarie, riservando tendenzialmente a se stessa la formulazione di generali programmi produttivi e finanziari di gruppo e le principali scelte strategiche inerenti alla gestione delle diverse entità aggregate» (così, nel sottolineare la differenza tra lo scopo di una *holding* e di una società di investimento, A. PAVONE LA ROSA, *Le attribuzioni dell'assemblea della società per azioni in ordine al compimento di atti inerenti alla gestione sociale*, in *Riv. soc.*, 1997, 13 s.; al riguardo, v., anche, V. VULPETTI, voce *Società finanziaria*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1114 s.; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993, 103 ss.). Ebbene, *in un contesto come quello in esame, la gestione ordinaria non può che essere l'amministrazione delle partecipazioni detenute in portafoglio: quindi, anzitutto, l'esercizio dei diritti sociali e, tra questi, senz'altro il voto nelle società partecipate*: questo diritto, infatti – com'è stato (seppur ad altro proposito) appena rimarcato dalla Corte di Cassazione (Cass., 1° giugno 2017, n. 13875, in *Riv. notariato*, 2017, II, 793) –, rappresenta l'«aspetto principale dei diritti di partecipazione all'amministrazione d[una] società».

Ne consegue, allora, che non è possibile non riconoscere che l'esercizio dei diritti sociali e, pertanto, quanto meno nella generalità dei casi, il diritto di intervento e di voto nelle assemblee delle società partecipate deve ritenersi ricompreso nelle deleghe rilasciate al Presidente (in quella parte che attribuisce «tutti i poteri per compiere ogni operazione rientrante nella gestione ordinaria»). Più precisamente, l'intervento ed il voto rientrano sicuramente in dette deleghe, se devono essere esercitati in assemblee il cui ordine del giorno consti di materie che, di regola, non hanno ripercussioni sugli assetti patrimoniali e strutturali della partecipante: esemplarmente, l'approvazione del bilancio d'esercizio (autorevolmente in questo senso, A. PAVONE

LA ROSA, *op. cit.*, 15). L'esercizio dei medesimi diritti è, invece, da ritenersi non delegato per le assemblee chiamate ad assumere decisioni che, modificando la struttura imprenditoriale e finanziaria della partecipata (quali, ad esempio, il mutamento del suo oggetto sociale; il compimento di operazioni come la fusione, la scissione, l'aumento di capitale a pagamento), possano, di riflesso, ripercuotersi sulla struttura imprenditoriale e finanziaria della partecipante (così, ancora, molto autorevolmente, A. PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, 15 s.; in generale, nel senso che non siano delegabili decisioni gestorie che incidano sull'organizzazione societaria, F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, 102 ss.; A. CETRA, *L'amministrazione delegata nella s.r.l.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., 1692 s.). In queste specifiche ipotesi, l'esercizio dei diritti sociali in questione devono costituire oggetto di una delega *ad hoc*, che consenta al Presidente di compiere un'operazione (l'intervento ed il voto nelle assemblee delle partecipate), che, in ragione delle conseguenze che potrebbe avere sulla *Holding*, è da considerare eccedente la gestione ordinaria. Non può escludersi, tra l'altro, che il consiglio di amministrazione, prima di rilasciare una delega siffatta, debba finanche rimettere la questione all'assemblea dei soci (per questa conclusione, nel sistema previgente, L. VASQUES, *L'esercizio del diritto di voto nell'assemblea delle controllate dirette: ipotesi di ricerca*, in *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, III, Milano, 1996, 2275 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, 14 s.): quanto meno se la decisione da assumere nelle partecipate produrrà, sulla partecipante, «effetti che si ripercuotano così profondamente sulla struttura della società da essere equiparabili ad una modifica dello statuto» (così, in tempi non sospetti, riconoscendo all'assemblea una competenza «non scritta» su tali operazioni gestorie, G. B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., I, 116 ss.; ma già, ID., *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, II, Torino, 2006, 32 s.; V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, 30 ss.).

Una conferma delle precedenti annotazioni, del resto, può cogliersi nei lavori del consiglio di amministrazione della Società. Dai verbali delle delibere consiliari (perlomeno quelle successive alla ripartizione dei poteri tra collegio e organi delegati attualmente in vigore, ossia, dal giugno 2010: v. *supra*, n. 1), emerge, infatti, che il consiglio ha rilasciato deleghe *ad hoc*, al Presidente, solo nei casi in cui nelle società partecipate dovevano essere assunte decisioni (tipicamente assembleari) in grado di incidere sui profili strutturali e finanziari: ad esempio, perché inerenti alla *governance* (cfr. verbale del c.d.a. del 25 marzo 2016); o modificative della politica dei dividendi (cfr. verbale del c.d.a. del 17 dicembre 2012); o, ancora, riguardanti operazioni di capitalizzazione (cfr. verbali del c.d.a. del 15 marzo 2011; 16 dicembre 2011; 8 marzo 2012; 19 settembre 2013). Per alcune di queste decisioni (quelle relative ad operazioni sul capitale delle partecipate per importi eccedenti il 50% del valore del patrimonio netto delle stesse), peraltro, il consiglio, prima di rilasciare la delega,

avrebbe dovuto chiedere un'autorizzazione all'assemblea, se la sua composizione si fosse discostata da quanto previsto dall'art. 16, comma 2, dello Statuto (art. 17, comma 4, secondo trattino, dello Statuto). Il consiglio non ha, invece, rilasciato deleghe *ad hoc* al Presidente (o ad un altro soggetto) in tutte le altre volte che si è trattato di intervenire e votare nelle assemblee delle partecipate (si pensi alle assemblee annuali per l'approvazione del bilancio d'esercizio): da tutto questo non può che dedursi che il Presidente aveva ed ha questo potere in virtù delle deleghe a compiere «ogni operazione rientrante nella gestione ordinaria».

6. È possibile, a questo punto, tirare le fila del discorso e rispondere al quesito oggetto del *Parere*.

Costituisce in via di principio un'operazione rientrante nella gestione ordinaria e, come tale, riconducibile alle deleghe rilasciate al Presidente il 29 giugno 2016, l'esercizio del diritto di intervento e di voto nelle assemblee delle partecipate dalla Società. Questa conclusione prescinde dalla circostanza che l'assemblea sia convocata in sede ordinaria o straordinaria. Essa dipende, piuttosto, dal contenuto dell'ordine del giorno, nel senso che appare certa per tutti i casi in cui debbano essere assunte decisioni che interessino le sole partecipate, senza avere riflessi significativi sulla partecipante e, in generale, sul resto del gruppo: come, ad esempio, le delibere di nomina, sostituzione *e/o* revoca dei componenti degli organi sociali delle partecipate o di approvazione dei bilanci. Esula, per contro, dalla gestione ordinaria, e necessita, quindi, di una delega *ad hoc*, l'intervento ed il voto in quelle assemblee che sono chiamate a decidere su operazioni che possano produrre effetti sulla struttura imprenditoriale *e/o* finanziaria della partecipante: come, ad esempio, delibere di aumento del capitale sociale, di esclusione del diritto di opzione, di scorporo, di fusione *e/o* di scissione.

Il notaio esercita attività giurisdizionale?*

di Andrea Fusaro**

SOMMARIO: 1. Profilo storico. – 2. Il Notariato latino nella tradizione di Civil law. – 3. La giustizia preventiva. – 4. Le indicazioni della Corte di Giustizia. – 5. La vocazione del Notariato latino alla mediazione

1. Risulta storicamente fondato l'assunto secondo cui la funzione notarile è rivolta a prevenire il contenzioso¹. Sono nondimeno segnalate anche interazioni dirette con l'attività giurisdizionale sin dall'alto medioevo², quando nei tribunali, accanto ai giudici propriamente detti, le fonti riferiscono la presenza di *scriptores*, qualificati talora come *notarii* e deputati alla redazione degli *acta* processuali, i quali assumevano anche funzioni di istruzione e definizione della vertenza³. Attraverso i secoli, la presenza dei *notarii* nell'apparato giurisdizionale si sarebbe confermata e consolida-

* Relazione preparata per il XXIV Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato dedicato al tema "Ius dicere in a Globalized World", presso l'Università di Napoli Suor Orsola Benincasa, dal 15 al 17 giugno 2017.

** Professore ordinario all'Università di Genova.

¹ A. PADOA SCHIOPPA, *Notariato e giurisdizione: brevi note storiche*, in V. Piergiovanni (cur.), *Hinc Publica Fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*. Atti del convegno internazionale di studi storici, organizzato dal Consiglio notarile di Genova, sotto l'egida del Consiglio nazionale del Notariato, a Genova nei giorni 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p.153: "...la funzione stessa del notariato e dei suoi operatori è stata, sin dall'origine rivolta a dare ai rapporti giuridici una forma certa e sicura che di per sé costituisce l'argine più saldo ai rischi inerenti alla litigiosità umana e ai conflitti di interesse potenzialmente presenti in quasi tutti i negozi privati e pubblici...Dunque l'attività del notaio è in larga misura rivolta a evitare il ricorso al giudice, e a circoscrivere il terreno della giurisdizione".

² A. PADOA SCHIOPPA, *Notariato e giurisdizione*, cit., p. 154, riferisce tre esempi. Uno in età longobarda, nel 715 durante il regno di Liutprando, in merito ad una controversia circa la pertinenza di alcune chiese alla diocesi di Siena o Arezzo, risolta attraverso una *inquisitio* nella quale la raccolta delle testimonianze fu affidata da Liutprando al notaio Gunteram. Una seconda attestazione di tale presenza si ha, nel Duecento, con il celebre formulario del bolognese Rolandino, dedicato in gran parte all'attività processuale del notaio: figura che durante tutto il Medioevo fu protagonista delle verbalizzazioni giudiziarie. Terzo esempio, più recente, è rappresentato dalla proposta di affidare al notaio il controllo sulla regolarità dell'atto costitutivo societario, formulata nel 1875 e respinta nel 1880. Al riguardo si segnalano anche G. COSTAMAGNA, *L'Alto Medioevo*, in M. Amelotti, *Alle origini del Notariato italiano*, Roma, CNN, 1975, p. 176 ss.; I. SOFFIETTI, *L'esecutività dell'atto notarile. Esperienze*, in V. Piergiovanni (cur.), *Hinc Publica Fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 163 ss.; L. SINISI, *Judicis oculus. Il notaio di tribunale nella dottrina e nella prassi di diritto comune*, in V. Piergiovanni (cur.), *Hinc Publica Fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*, cit., p.217 ss.

³ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, in *La modernità degli studi storici: principi e valori del Notariato*. Atti del Convegno di Genova 16 Maggio 2014, *Quaderni della Fondazione del Notariato*, n. 2/2014, Il Sole 24 ore, 2014, pp.102-115, reperibile sul sito della Fondazione italiana del Notariato.

ta, realizzandosi contiguità con la figura del giudice; entrambe le funzioni sarebbero venute a coincidere in capo alle stesse persone intorno al X secolo, con l'emergere della figura del «notarius et iudex» che da tale doppia qualifica traeva forza per attribuire maggiore credibilità alle sue scritture⁴. Quale esito di tale traiettoria si assiste all'istituzionalizzazione della figura del «notarius actorum» come “funzionario pubblico investito di delicate funzioni sia in ambito più specificatamente processuale in relazione a particolari attività e fasi del procedimento, sia nella custodia e conservazione dei risultati di tali attività sotto forma di singoli scritti”⁵.

Un contributo decisivo sarebbe stato fornito nel Duecento dalla Chiesa con il Concilio Lateranense IV, quando il notaio fu qualificato «publica persona» deputata alla redazione di una serie di «iudicii acta» rivolti alla definizione della controversia. La contiguità della figura del notaio di tribunale con quella del giudice risulterebbe avvalorata anche dalla dottrina di diritto comune che dal secolo XIII lo assimila frequentemente allo «iudex ordinarius» o «iudex chartularius» e inquadra anche alcuni aspetti della certificazione della volontà negoziale dei privati nell'ambito dell'esercizio di una forma di «iurisdictio inter volentes»⁶. Interventi di tale tenore si sarebbero intensificati intorno al XV secolo, evidenziando uno stretto legame fra i poteri giurisdizionali riconosciuti al notaio e l'attribuzione all'atto notarile di un'esecutività pari a quella della sentenza in caso di inadempimento dell'obbligazione⁷. Le funzioni del *notarius actorum* nell'ambito dell'apparato giurisdizionale fra la fine del Medioevo e gli inizi dell'età moderna non si sarebbero limitate alla mera verbalizzazione delle attività processuali, ma si sarebbero estese ad altre attività volte a dirigere l'andamento vero e proprio del processo. Con l'ingresso nell'età moderna si segnala la tendenza a distinguere i due volti del Notariato, libera professione per i

⁴ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit., p. 103, attesta che “L'ulteriore incremento di tale credibilità, ben espresso dalla specificazione dell'origine (il «Sacro Palazzo») delle prerogative professionali che tende ad accompagnare quasi sempre le due qualifiche nella documentazione del secolo successivo, avrà come punto di arrivo l'acquisizione della «publica fides» autonoma effetto ed espressione di un cambiamento epocale, quale il rinascimento giuridico bassomedievale, che vede fra l'altro l'affermazione di nuove e più evolute forme processuali destinate ad esaltare ancora di più il ruolo della scrittura”.

⁵ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit.

⁶ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit., il quale espone che “Punto di partenza della riflessione dottrinale sulle figure di questi giudici assimilati ai notai è prevalentemente un brano del quinto libro dei Digesta, come dimostra l'intervento di un esponente di spicco dell'ultima fase della scuola della glossa che definisce gli «iudices cartularii» come quei magistrati aventi «dignitatem sine administratione», identificabili in coloro che «quando venit imperator in Italia currunt infiniti et vadunt ad imperatorem et procurant ita quod faciunt eos iudices ordinarios quid habent isti ut possit emancipari et manumitti coram eis; et dicuntur cartularii quia eorum iurisdictio pendet ex carta bullata» (ODOFREDUS, *Matura diligentissimeque repetita interpretatio in undecim primos pandectarum libros*, Lugduni, s.t., 1550, ad D. 5.1.1, c. 200v)...”. Doverosa la citazione di A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 139 ss.

⁷ A. CAMPITELLI, *Precetto di guarentigia e formule di esecuzione parata nei documenti italiani del secolo XIII*, Milano, Giuffrè, 1970; I. SOFFIETTI, *L'esecutività dell'atto notarile. Esperienze*, in AA.VV., *Hinc publica fides*, cit., p. 163-183.

privati e pubblico impiego nelle cancellerie dei tribunali, attività che poi sfoceranno nell'emersione di due differenti figure professionali⁸.

Tale commistione sarebbe cessata con la legge notarile francese del 25 ventoso anno XI⁹, che introdusse l'incompatibilità con le funzioni di giudice. Alla sua recezione gli storici collegano il recupero della concezione del notaio come «juge volontaire, dont la présence et la signature impriment aux actes passés devant lui, le caractère, la force et les effets d'un jugement en dernier ressort»¹⁰. La prima legge italiana sull'Ordinamento giudiziario - risalente al 1865 - disciplinava la figura del «cancelliere», con l'attribuzione delle principali funzioni conservate sino ai giorni nostri, mentre quella del notaio veniva evocata solo come suo eccezionale supplente, oppure - nei piccoli centri - quale Conciliatore, salva la competenza relativa a speciali atti di giurisdizione per delega dell'autorità giudiziaria, quale la vendita «ai pubblici incanti» di beni pignorati (artt. 627 c.p.c. ss.), la rimozione dei sigilli, la redazione di inventari (artt. 866 c.p.c. ss.), le operazioni relative alle divisioni giudiziali (artt. 887 c.p.c. ss.) e altri atti di giurisdizione volontaria.

⁸ R. SAVELLI, *Notai e cancellieri a Genova tra politica ed amministrazione*, in *Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'Età Colombiana*, a cura di V. Piergiovanni, Milano, Giuffrè, 1994, p. 481, circa la «doppia anima» caratteristica dei notai genovesi, che continuarono fino alla fine del diciottesimo secolo a svolgere le due attività «quella professionale privata come rogatori di instrumenta e quella pubblico-amministrativa, di notai ad acta titolari di una scribania».

⁹ L. SINISI, *Sviluppo ed evoluzione ottocentesca degli ordinamenti notarili italiani sino all'Unità*, in *Riv. st. dir. it.*, LXXXV, 2012, pp. 45 ss. ha dato conto dell'influenza della legge notarile francese del 1803 nel contesto italiano nel corso del ventesimo secolo.

¹⁰ Sono parole del consigliere di stato Pierre François de Réal, *Motifs de la loi du 25 Ventose an XI*, in A. GUICHARD, *Supplément au code et guide des notaires publics*, Paris, Garnery, 1803, p. 31. In altra opera dell'epoca si leggeva che «les notaires exercent une espèce de juridiction volontaire à l'occasion des actes qu'il passent: en effet ils sont les régulateurs des engagements que les parties veulent contracter, et ils exercent une sorte de magistrature. Cependant ils n'ont point, comme les juges le droit d'appeller les parties, vocatio, ni de venger les injurmes qui leur seraient faites pendant l'exercice de leurs fonctions, coercitio, ni de juger les faits sur lesquels les parties veulent asseoir leurs conventions, qu'ils pourraient au surplus refuser de recevoir, s'il en résultait quelque disposition contraire aux lois ou aux moeurs»: *Dictionnaire du Notariat par les notaires et jurisconsultes rédacteurs du Journal des notaires et des avocats*, Paris, Administration du Journal, 1832, t. IV, v. Jurisdiction, n. 4, p. 484, citato da L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit., p. 112. Sulla presenza in alcuni ordinamenti di Antico regime, quale indice del carattere pubblico della funzione notarile, di specifiche tariffe obbligatorie per la remunerazione del notaio - sia per la redazione degli atti privati che per la stesura degli atti processuali in veste di 'attuario' - assenti invece nel modello francese della legislazione del Ventoso, si segnala M.B. CAROSI, *Compensi professionali e tariffari*, in *La modernità degli studi storici: principi e valori del Notariato*, Atti del Convegno, Genova 16 Maggio 2014, *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, n.2/2014, pp.84-95, reperibile all'indirizzo <http://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=45&mn=3>. La specificità dei compiti svolti storicamente dai notai - chiamati a dare corpo alla volontà delle parti, garantendone al contempo la compatibilità con le prescrizioni inderogabili di legge - ed in particolare l'intensificarsi di questo ruolo di 'adeguamento' e controllo di legalità in seguito all'emanazione del nuovo corpus normativo rappresentato dalla Codificazione napoleonica, è sottolineato, con particolare riferimento alla prassi in materia successoria, da M.B. CAROSI, *L'autonomia del testatore e i suoi limiti nelle riforme dell'età napoleonica*, in *Nolens intestatus decedere. In margine alla «crisi» del testamento*, Atti del Convegno, Genova 27 maggio 2016, pubblicati in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, n.1/2016, pp.192-203, reperibile alla pagina <http://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=53&mn=3>.

2. Negli ordinamenti in cui è presente, il notaio latino “svolge una funzione pubblica strettamente connessa alla speciale efficacia probatoria ed esecutiva degli atti dallo stesso redatti”¹¹, che tradizionalmente è ritenuta rispecchiarsi nell’espressione “tanto più notaio, tanto meno giudice”¹².

Il notariato latino è usualmente descritto riepilogando le peculiarità che lo connotano e lo distinguono dalle figure omonime presenti nel Common law: “I notai sono presenti sia negli ordinamenti di civil law sia in quelli di common law, ma i loro rispettivi ruoli sono diversi... All’interno dei primi il notaio è un professionista competente e qualificato, specializzato nella redazione dei documenti legali e negli adempimenti conseguenti. In altri paesi è un dipendente pubblico deputato alla formalizzazione di atti considerati dall’ordinamento come più rilevanti (quali trasferimenti immobiliari ed atti costitutivi di ipoteca), nonché certificazioni amministrative. I notai latini sono conosciuti soltanto nei sistemi di civil law: essi sono in pari tempo liberi professionisti - ancorché iscritti in albi - nonché pubblici ufficiali, nominati dallo Stato attraverso una selezione pubblica effettuata tra laureati. I notai latini sono tenuti all’obbligo di imparzialità nei confronti delle parti e devono essere considerati quali consulenti legali per l’ambito non contenzioso nei settori della proprietà immobiliare (in ordine ai trasferimenti), diritto di famiglia, successioni e società.

A conferma dell’importanza del ruolo notarile in ambito non contenzioso, si segnalano i recenti interventi normativi che in Spagna hanno attribuito ai notai quarantatre nuove competenze, specialmente in materia di volontaria giurisdizione nelle sue connessioni con i diritti reali e delle obbligazioni, del diritto successorio e di famiglia (inclusa la celebrazione dei matrimoni e, in specifici casi, il divorzio¹³).

Occorre sottolineare come il ruolo del notariato latino non si limiti ad aspetti ‘formali’ e come quei professionisti non possano disinteressarsi del merito dei rapporti, dovendo anzi essere garanti di tutti gli aspetti della transazione. Attraverso la stesura dei contratti loro affidati, essi svolgono un ruolo di “gatekeepers”¹⁴, ossia di controllori e guardiani, garantendo non soltanto l’autenticità delle sottoscrizioni, ma altresì l’affidabilità dei documenti, la sicurezza delle transazioni effettuate e la

¹¹ A. BARONE, P. PICCOLI, *I notai*, in L. Nogler (cur.), *Le attività autonome*, Giappichelli, 2006, p. 279.

¹² Si tratta delle celebri parole pronunciate da Francesco Carnelutti in occasione di un convegno madrileno nel 1950 per sottolineare la funzione antiprocessuale del notaio, (cfr. F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del Notaro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp.921 ss.). Altri passi della allocuzione sono citati nel volume di M. SANTORO, *Il notariato nell’Italia contemporanea*, Milano, Giuffrè, collana del CNN, 2004, p. 25 e ss.

¹³ In particolare la l. 5 luglio 2015 n. 15, con approfondimenti e commenti reperibili sulla rivista www.elnotario.es.

¹⁴ Sull’utilizzo di questo termine nella letteratura gius-economica d’Oltreoceano e sulla sua applicabilità al notariato latino, nonché per una comparazione sulla differente attitudine preventiva degli ordinamenti di Civil-law e di Common-law, cfr. M.B. CAROSI, *Le notaire latin est-il un gatekeeper? Quelques réflexions comparatives sur le rôle du notariat*, in *Revue internationale de droit comparé (RIDC)*, n. 4-2016, pp.999-1015 ; M.B. CAROSI, *La strategia di ‘gatekeeping’ fra controllo preventivo di legalità e certezza giuridico-economica: modelli a confronto*. Parte prima, in *Vita Notarile*, 2011/1 pp. 43-70, 2011; Parte seconda, in *Vita Notarile*, 2011/2, pp. 707-722, 2011.

loro legalità; e questo proprio grazie al ruolo di terzo imparziale che deriva loro dalla funzione di fiduciario pubblico esercitata.

Per queste ragioni ai notai latini, e al prodotto della loro attività, è riconosciuta istituzionalmente una valenza pubblica. A differenza di quanto accade nei sistemi di common law - dove rimane fondamentale il libero apprezzamento della testimonianza resa davanti alla Corte - negli ordinamenti di civil law gli atti notarili sono mezzi di prova qualificati. In considerazione del fatto che ai notai latini è delegato l'esercizio di alcune funzioni-poteri statali, i loro atti sono rivestiti di particolare valore, costituendo un mezzo probatorio vincolante, ed essi sono autorizzati ad attribuire forza esecutiva ai loro atti i quali hanno il carattere di "titolo esecutivo" alla pari di un provvedimento giudiziario; laddove consentito, essi sono inoltre suscettibili di deposito presso Pubblici Registri. In considerazione di queste caratteristiche, i notai latini giocano un ruolo senza dubbio differente rispetto a quello delle altre professioni legali¹⁵.

A costoro si addice l'esercizio della consulenza legale, il ruolo di guardiano della legalità (*gate-keeper*), la funzione anti-processuale. All'opposto, il Public Notary si limita a verificare l'autenticità della sottoscrizione, basandosi su un documento di identità. Questa seconda figura è espressione dell'individualismo, secondo cui ciascuno provvede alla tutela dei propri interessi, mentre l'intervento pubblico nelle attività private è minimo, cosicché i cittadini vi possono fare scarso affidamento; su tale sfondo i rapporti contrattuali sono percepiti come partite giocate da ciascuna

¹⁵ Guidance on the Risk-based Approach (RBA) to Combating Money Laundering and Terrorist Financing for Legal Professionals, adottata dal GAFI - Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (FATF - Financial Action Task Force): "*For purposes of this Guidance, legal professionals include both lawyers and notaries. ...Both civil and common law countries have notaries, but the roles of civil and common law notaries differ.... In some common law countries, the common law notary public is a qualified, experienced practitioner, trained in the drafting and execution of legal documents. In other common law countries, the notary public is a public servant appointed by a governmental body to witness the signing of important documents (such as deeds and mortgages) and administer oaths. Known only in civil law jurisdictions, civil law notaries are both members of an autonomous legal profession – although regulated by the law – and qualified public officials, as they are appointed by the State through a selective public contest among law graduates. Civil law notaries, who are bound by an obligation of impartiality with respect to both parties, must be regarded, in matters of real property (conveyancing), family law, inheritance and corporate legal services as practising non-contentious activities. They act as gatekeepers by drafting, ensuring the legality and certainty of the instruments and the authenticity of signatures presented to them; providing as well a public fiduciary function by performing the role of a trusted third party. Civil law notaries are obliged by law not to detach themselves from the core of the relationship, therefore making them responsible for all aspects of the deed. For this reason, civil law notaries are assigned functions of a public nature as part of their legal assignments. In civil law jurisdictions, notarial written documents are particular means of evidence, unlike in the common law systems, which are based on the free evidence of witnesses in court: special supreme State powers are devolved to civil law notaries and they can therefore assign "public authority" to each deed they perform. Thereby the civil law notary's deed has a special effectiveness in a trial, whereby it is a means of peremptory binding evidence; furthermore, it is as judicially enforceable as a judgement; if it complies with the law, it can be registered on a public registry. Owing to these characteristics, civil law notaries play a different role in comparison to the services provided by other legal professionals. This Guidance does not cover those common law notaries who perform merely administrative acts such as witnessing or authenticating documents, as these acts are not specified activities".*

parte con l'ausilio dei suoi professionisti. La consulenza è prestata dagli avvocati, che si inseriscono bene in tale ambito avversariale, di contrapposizione, laddove la stessa condotta precontrattuale è assai diversamente concepita, non facendosi carico a ciascuna parte di comunicare all'altra tutto quanto è a sua conoscenza, ma soltanto ciò che gli venga richiesto. La visione antagonista anziché cooperativa dei rapporti si coglie bene nelle compravendite immobiliari, che vedono coinvolti non solo un legale per parte, ma spesso pure altrettanti agenti immobiliari. La stessa organizzazione della pubblicità è assai diversa, dal momento che l'inserimento dei titoli avviene su base volontaria, cosicché il registro immobiliare non possiede la medesima attitudine a tutelare la pubblica fede. Similmente, i dati presenti nel registro delle società non hanno valenza oggettiva, ma devono essere supportati da un parere legale.

Piuttosto che sulla prevenzione si conta sulla cura, somministrata dalle corti. L'Inghilterra ne ha elaborato una concezione oracolare e l'America l'ha importata: il giudice è raffigurato come colui che "mette a posto le cose dopo che sono successe". Corre una notevole differenza rispetto alla visione di civil law per cui il "dopo" non è la stessa cosa del "prima", non riponendosi altrettanta fiducia nel processo di aggrudicazione giudiziario¹⁶.

È cruciale la debole efficacia probatoria degli atti notarili in Inghilterra, dove non è superata la posizione¹⁷ secondo cui il rogito non è accettato dalle corti come testimonianza dei fatti riportati nel documento, i quali rimangono dunque da provare secondo i criteri ordinari. A ulteriore riprova della distanza tra i regimi caratteristici rispettivamente degli ordinamenti di Common Law e di quelli del Civil Law, vale poi considerare come nei primi anche le parti (e l'accusato) possano testimoniare (sotto giuramento) interrogati non già dal giudice, ma dalle controparti; e anche il fatto che i consulenti unilateralmente indicati siano considerati quali testimoni¹⁸. Il diverso ruolo rivestito dal notariato risulta, pertanto, il riverbero della mentalità inglese, che ritiene quella orale la prova per eccellenza: si tratta di un corollario dell'originaria centralità delle giurie anche nel processo civile e del diverso ruolo del magistrato, coerente con l'assetto non già inquisitorio ma avversariale, all'interno del quale compete alle parti la ricerca e l'esibizione delle prove, e la confutazione di quelle altrui¹⁹.

Non stupisce, allora, apprendere che la principale funzione del Public Notary in Inghilterra si esaurisce nella preparazione e autenticazione di documenti legali desti-

¹⁶ U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, Giappichelli, 2004.

¹⁷ Espresa da Lord Tenterden nel 1830 (R.c. *Scriveners' Company* (1830) 10 B. e C. 511 e 518-9).

¹⁸ A. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1971, p.99; per una sintesi F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico - 1 - Inglese / Italiano*, Giuffrè, 1984, p.86.

¹⁹ Si rinvia a J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, Londra, Steven & Sons, 1987, tradotto da E. SILVESTRI e M. TARUFFO, *La giustizia civile in Inghilterra*, Il Mulino, 1995; nonché L. MOCCIA, *Il processo civile inglese*, Maggioli Edit., 1991.

nati alla produzione all'estero²⁰ e che il notaio inglese - a differenza di quello continentale - non sia "partecipante" alla redazione dell'atto, ma soltanto dedito all'autenticazione delle sottoscrizioni.

Le mansioni assolve dai notai nei sistemi di civil law, in Inghilterra sono appannaggio essenzialmente dei Solicitors, gli avvocati deputati alla predisposizione dei documenti da produrre nei processi e alla redazione di contratti, come tali distinti dai Barristers²¹. Ai Solicitors²² compete la cura degli atti di trasferimento immobiliare ("conveyancing"), inclusiva dell'espletamento delle prestazioni di consulenza giuridica e burocratica (compresa l'ispezione del titolo, paragonabile alle nostre visure ipotecarie) che assolve il notaio continentale. A differenza di questo, tuttavia, il Solicitor non si colloca in posizione d'imparzialità; egli è incaricato di tutelare gli interessi non già di entrambe le parti, ma solo del suo cliente, acquirente o venditore che sia, cosicché l'altro ha spesso cura di designarne uno diverso di propria fiducia²³.

Tale distanza tra i due ruoli risulta accentuata a seguito dell'affiancamento ai Solicitors di banche e società edili, ad opera della Riforma del 1990. Questa evoluzione del resto si è già registrata in USA ove - in molti Stati - tali compiti sono assolti da apposite società le quali rilasciano all'acquirente una polizza assicurativa contro i rischi inerenti il titolo di proprietà; ancora più marginale è colà la posizione del notaio - mero certificatore dell'autenticità di sottoscrizioni e dichiarazioni giurate - che può essere "anche un barman, purché meriti la pubblica fede"²⁴.

3. È ripetuto che il sistema di Notariato latino, al di là delle differenze nazionali, è caratterizzato da una serie di elementi comuni²⁵, tra cui: la delega da parte dello Stato affinché sia assicurato il servizio pubblico dell'autenticazione delle convenzioni e della prova; l'atteggiarsi quale attività indipendente esercitata nel qua-

²⁰ In particolare le procure. Essi utilizzano le loro conoscenze linguistiche per tradurre documenti stranieri in inglese certificandone l'accuratezza; ancora possono ricevere dichiarazioni giurate; infine si occupano del protesto delle cambiali estere (P.G. STEIN, C.W. BROOKS, R.H. HELMHOLZ, *Notai in Inghilterra prima e dopo le Riforme*, in AA.Vv., *Notai in Inghilterra dopo la riforma*, Giuffrè, 1991, p.378 ss.). I notai in Inghilterra - nominati da un organismo chiamato "Court of Faculties" presieduto dall'arcivescovo di Canterbury - sono circa millecento, di cui venticinque soltanto abilitati a esercitare a Londra, i cosiddetti "notai-scrivani" che, a differenza di tutti gli altri, non sono anche solicitors. La preparazione tende a coincidere, quindi, con quella da solicitor - tirocinio ed esame finale pratico - per tutti (notai generici, distrettuali, ecclesiastici), salvo per i notai-scrivani i quali devono sostenere un esame teorico, comprensivo di una prova di diritto romano (unico caso in Inghilterra, essendo stato abolito dall'esame per barrister), e della verifica della padronanza di due lingue straniere. La complessa articolazione delle materie d'esame (A. IOLI, *Il notariato in Inghilterra e Irlanda*, in *Tavole dei notariati d'Europa*, cit., p.58 ss), insieme con queste conoscenze linguistiche, hanno reso i notai scrivani specialisti di alcuni traffici transnazionali - specie nel campo marittimo (trasferimento e registrazione di navi) -, nonché consulenti degli investimenti esteri degli inglesi. Distanza che tuttavia la Riforma del 1990 ha contribuito a ridurre parecchio.

²² Nonché alle società edili e alle banche, a seguito del "Courts and Legal Services Act" del 1990.

²³ Più diffusamente M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Giuffrè, 1992, pp. 92 ss.

²⁴ G. GORLA, *Il contratto*, vol. I, Giuffrè, 1955, p.446.

²⁵ Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 1994 sulla situazione e sull'organizzazione della professione notarile degli allora dodici Stati della Comunità (G.U.C.E. 14 febbraio 1994).

dro di una carica pubblica, sotto forma di libera professione, ma soggetta al controllo dello Stato circa l'osservanza delle prescrizioni dell'atto notarile; l'accesso alla professione o all'organizzazione della medesima; funzioni preventive rispetto a quella del giudice, con riduzione dei rischi di controversie; ruolo di consulenza imparziale²⁶.

Il ruolo principale del notaio consiste nella formazione di documenti dotati di pubblica fede, che fanno piena prova di quanto ivi attestato, sino a che non siano smentiti da un procedimento apposito (da noi la querela di falso). Gli atti notarili rivestono efficacia probatoria privilegiata, cosicché i crediti ivi attestati sono suscettibili di esecuzione senza la mediazione di un accertamento giudiziale. La valenza di giustizia preventiva è, pertanto, colta sia nella vincolatività tra le parti dell'accordo vestito di forma notarile, sia nell'attitudine a fondare l'esecuzione forzata²⁷.

La legge impone al notaio di raccogliere le dichiarazioni dei componenti - accertandone le capacità di intendere e volere - e redigere conseguentemente gli atti, adeguando alla legge la volontà manifestatagli. Egli deve svolgere personalmente tali attività, come pure deve assistere alla sottoscrizione dei documenti da lui formati - di cui deve dare lettura -, o di cui egli autentica le sottoscrizioni. Nei confronti della sua parola, o meglio del suo scritto, gioca una presunzione di conformità al vero; del resto, la sua attestazione falsa è punita con una severità di gran lunga superiore a quella ordinaria: qualora condannato, perderà la propria funzione.

I doveri di consulenza e imparzialità sono custoditi dalla Legge Notarile e dalla deontologia, prima ancora che dalle norme civili e penali. Le prescrizioni in tema di assistenza personale all'atto, di indagine della volontà delle parti, di chiarificazione dei profili giuridici, persino di allestimento di una struttura di studio adeguata e di limiti all'apertura di studi ulteriori, sono tutti rivolti ad assicurare la qualità del prodotto finale, a garantirlo all'altezza del suo rilievo probatorio.

Tutto il sistema è rivolto a proteggere questa funzione che produce atti certi non solo quanto alla paternità, ma anche con riguardo alla consapevolezza del loro contenuto e della loro efficacia da parte dell'autore (non a caso le regole deontologiche italiane²⁸ prescrivono sia il controllo di legalità, sia la lettura anche delle scritture private autenticate). Il quadro tracciato evidenzia le ragioni che sconsigliano l'affidamento del potere di autenticazione a soggetti privati e il nesso dell'autenticazione con il controllo di legalità.

Gli esponenti del Notariato latino, titolari di un ufficio pubblico, realizzano un controllo preventivo nell'interesse generale²⁹, dando corpo a un sistema di giustizia

²⁶ Risoluzione del Parlamento europeo, gennaio 1994, cit..

²⁷ BVerfG, 5.5.1964 - 1 BvL 8/62 NJW 1964, 1516, BVerfGE 17, 371, 376 ss.; BVerfG, 18.6.1986 - 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280, 294, DNotZ 1987, 121, NJW 1987, 887. Secondo BVerfGE 17, 371, 379: "lo Stato dovrebbe assolvere direttamente il potere di autenticazione non trasferito ai notai".

²⁸ Principi di Deontologia Professionale dei Notai, Testo aggiornato, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, con deliberazione n. 2/56 del 5 aprile 2008, in G.U. n. 177 del 30 luglio 2008.

²⁹ Nominata "preventive justice", o "jurisdictio voluntaria".

complementare rispetto a quella contenziosa, amministrata dalle Corti³⁰. L'atto pubblico e la giustizia preventiva³¹ caratterizzano i sistemi di civil law, per opposizione a quelli anglo-americani e scandinavi, dove lo Stato è coinvolto esclusivamente nella decisione delle controversie giudiziarie³². Gli atti autentici sono "perfezionati con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore concluda il contratto soltanto sulla base di una decisione ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica"³³. In virtù delle sue caratteristiche, l'atto autentico garantisce la trasparenza delle transazioni assicurando certezza del diritto sia per le imprese sia per i cittadini, tutelando i consumatori, prevenendo le controversie ed evitando il sovraccarico dei tribunali³⁴.

Il Parlamento Europeo³⁵ ha sottolineato che i notai di diritto civile "sono nominati dagli Stati membri quali pubblici ufficiali il cui compito include la redazione di documenti ufficiali di valore speciale a fini probatori e di immediata esecuzione"; essi "svolgono lavoro di ampia investigazione ed esame a nome dello Stato in questioni legate alla protezione legale non giurisdizionale, particolarmente in relazione con il diritto societario - in base al diritto comunitario in alcuni casi - e una parte del loro lavoro è soggetta al controllo disciplinare dello Stato membro competente, comparabile a quello che si applica ai giudici e ai funzionari pubblici"; "la delega parziale dell'autorità dello Stato è un elemento originale inerente all'esercizio della professione di notariato di diritto civile"³⁶.

La dottrina che paragona il procedimento notarile al processo e l'atto alla sentenza coglie punti di contatto tra l'attività del notaio e quella del giudice, richiamando il ruolo sotto il profilo della terzietà e della garanzia del sistema. Questa impostazione ne rafforza la specificità nell'ambito delle libere professioni, la quale legittima la diversità di regole in ragione delle rispettive funzioni che, com'è stato segnalato³⁷,

³⁰ *Etude comparative sur les actes authentiques - Dispositions nationales de droit privé, circulation, reconnaissance mutuelle et exécution, initiative législative éventuelle de l'Union européenne (Royaume-Uni, France, Allemagne, Pologne, Roumanie, Suède)*, Direction General Politiques Internes de L'Union, Département Thématique C, Droits des Citoyens et Affaires Constitutionnelles, Affaires Juridiques, Novembre 2008.

³¹ Quali "preventive justice", «justice préventive», «vorsorgende Rechtspflege» «jurysdykcja prewencyjna», «justiție preventivă».

³² Tradotta come: "contentious jurisdiction"; jurisdiction contentieuse; streitige Gerichtsbarkeit; rozstrzyganie sporu; jurisdicție contencioasă.

³³ *Etude comparative sur les actes authentiques*, cit.

³⁴ Direttiva 2011/83/CE del 25 ottobre 2011 relativa ai diritti dei consumatori.

³⁵ Risoluzione del 23/3/2006 dell'Europarlamento su professioni legali e interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici.

³⁶ La diversità dei sistemi giuridici nel campo degli atti autentici si può ricavare dalla analisi comparativa avviata dal Parlamento europeo nel corso del 2008, affidata ad un gruppo di lavoro costituito dal Consiglio dei Notariati dell'Unione Europea (CNUE), e che ha portato alla pubblicazione di uno studio comparato sugli atti autentici, pubblicato nel dicembre 2008 (http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/juri_oj_2008_1202_forum_pe408329_/JURI_OJ_2008_1202_forum_pe408329_fr.pdf).

³⁷ M. CASTELLANETA, *Sulle competenze dei notai l'imprimatur della Corte di giustizia*, in *Guida dir.*, 10. 4. 2017.

corrisponde anche all'orientamento emerso in sede di giurisprudenza comunitaria³⁸, ove talora la procedura notarile è parificata a quella giudiziale.

4. Da quanto sin qui esaminato risulta l'importanza di intendersi su entrambi i termini: l'identità del notariato chiamato in gioco e la nozione di attività giurisdizionale.

In ordine alla qualificazione dell'attività del notariato latino, è degna di particolare attenzione la sentenza Unibank³⁹, originata dall'interpretazione dell'articolo 50 della Convenzione del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nella quale la Corte ha dichiarato che "affinché un atto sia qualificato come atto «autentico», ai sensi dell'articolo 50 della citata convenzione, è necessario l'intervento di un'autorità pubblica o di qualsiasi altra autorità legittimata dallo Stato d'origine". I regolamenti n. 44/2001 e n. 805/2004 vertono sul riconoscimento e sull'esecuzione di atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro e non incidono pertanto sull'interpretazione dell'articolo 51, primo comma, TFUE⁴⁰.

La Corte di Giustizia⁴¹ ha riconosciuto nel notaio la caratteristica di depositario della fede pubblica, pur precisando che il perseguimento dell'"obiettivo di interesse generale, ossia garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati... non è sufficiente, di per sé, a far considerare un'attività determinata come partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri, specie ove l'attività sia svolta in condizioni di concorrenza"⁴²; ha, inoltre, riconosciuto che tale attività è soggetta a una specifica e peculiare regolamentazione⁴³. In altra occasione la Corte ha dichiarato che la libertà di stabilimento, sancita dall'articolo 49 TFUE, è applicabile alla professione di notaio⁴⁴, sulla scorta dell'orientamento consolidato secon-

³⁸ C. Giust. C.E., sez. V, 17.5.99 nel proc. n.C-260/97.

³⁹ Del 17 giugno 1999, Unibank (C 260/97, EU: C: 1999:312). In tema si segnalano le riflessioni di A. BARONE, *L'attività notarile nel quadro della disciplina comunitaria delle professioni*, in *Notariato*, 2007, pp. 405 ss.

⁴⁰ In tal senso, la sentenza del 24 maggio 2011, Commissione/Belgio, C 47/08, EU: C: 2011:334, punto 120. Lo stesso vale per quanto concerne il Regolamento (UE) n. 1215/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2012, L 351, p. 1), che è succeduto al regolamento n. 44/2001.

⁴¹ Nelle sentenze in cui ha sottolineato che l'accesso al Notariato prescinde dalla nazionalità dell'aspirante, ma ciascun Paese regola la professione con norme interne, C-47/08, cit., C-50/08, C-52/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 del 24 maggio 2011.

⁴² Punto 96 della sentenza del 24 maggio 2011, Commissione/Belgio, C 47/08, cit..

⁴³ Con la sentenza del 9 marzo 2017 nella causa C-342/15, Piringer, la Corte di Giustizia ha riconosciuto alle legislazioni nazionali la facoltà, ex art. 56 TFUE, di riservare in modo esclusivo ai notai attività quali l'autenticazione delle sottoscrizioni negli atti di costituzione o di trasferimento di diritti reali immobiliari. La Corte ha riconosciuto la necessità che tali professioni siano assoggettate a "particolare controllo" da parte dello Stato membro.

⁴⁴ Sentenza del 10 settembre 2015, Commissione/Lettonia, C 151/14, EU: C: 2015:577, punto 48.

do cui una prestazione di servizi retribuita dev'essere considerata quale attività economica⁴⁵.

Secondo un recente verdetto pronunciato contro l'Ungheria⁴⁶ “Neppure l'efficacia esecutiva dell'atto autentico trasferisce in capo al notaio poteri che comportano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. Infatti, se è vero che l'apposizione da parte del notaio della formula esecutiva sull'atto autentico conferisce a quest'ultimo efficacia esecutiva, questa si fonda sulla volontà delle parti di stipulare un atto o una convenzione, dopo la verifica della loro conformità con la legge da parte del notaio, e di conferire a detto atto o convenzione tale efficacia esecutiva (sentenza del 24 maggio 2011, Commissione/Belgio, C-47/08, EU: C:2011:334, punto 103). Peraltro, è pacifico che il notaio non riveste alcun ruolo nell'ambito dell'esecuzione forzata al di là dell'apposizione della formula esecutiva. Non dispone dunque di alcun potere coercitivo a tale riguardo”. Nella specie il ricorso della Commissione riguardava la compatibilità del requisito di cittadinanza, imposto dalla normativa ungherese per l'accesso alla professione di notaio, rispetto alla libertà di stabilimento sancita dall'articolo 49 TFUE⁴⁷, adducendo molteplici argomenti, in particolare sottolineando che il rilascio di ingiunzioni di pagamento e la loro esecuzione, nonché la conduzione di procedimenti successori, sarebbero attività ausiliarie o preparatorie rispetto all'esercizio dei pubblici poteri o comunque tali da non incidere sui poteri discrezionali e decisionali delle autorità amministrative o giudiziarie e da non comportare l'esercizio di poteri decisionali, di poteri di coercizione o di potestà coercitiva; la circostanza che il notaio intervenga nell'interesse

⁴⁵ “Purché le attività esercitate siano reali ed effettive e non tali da presentarsi come puramente marginali e accessorie”: sentenza del 20 novembre 2001, Jany e a., C 268/99, EU: C: 2001:616, punto 33. Nella specie, la Corte si era pronunciata a margine del trasferimento di alcune signore provenienti da Paesi dell'est Europa ad Amsterdam per svolgervi il mestiere di “prostitute in vetrina”. Poiché presentavano regolare dichiarazione dei redditi, avevano inoltrato domanda di permesso di soggiorno “per esercitare la prostituzione come lavoratrici autonome, per «motivi imperativi di ordine umanitario»”. Il segretario di Stato aveva respinto le richieste sull'assunto che quell'attività era vietata o, comunque, non costituiva “forma socialmente accettata” di lavoro, dunque non poteva essere considerata quale libera professione. Nello stesso senso la più recente sentenza C-392/2015 del primo febbraio 2017, resa in merito a vicenda di tutt'altro genere, relativa al requisito della cittadinanza per svolgere l'attività notarile in un Paese membro diverso da quello di origine.

⁴⁶ C. Giust. 1^a Sez., 1 febbraio 2017, nella causa C 392/15, cit., avente a oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'articolo 258 TFUE, proposto il 20 luglio 2015 dalla Commissione europea contro l'Ungheria, sostenuta dalla Repubblica ceca, interveniente, in linea con la causa C-47/08 del 24 maggio 2011 e la causa C 151/14 del 10 settembre 2015.

⁴⁷ L'articolo 49 TFUE garantisce a qualsiasi cittadino di uno Stato membro che si stabilisca in un altro Stato membro per esercitarvi un'attività non subordinata la fruizione del trattamento nazionale e vieta qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, in quanto restrizione della libertà di stabilimento (sentenza del 10 settembre 2015, Commissione/Lettonia, C 151/14, EU: C:2015:577, punto 52 e giurisprudenza citata). Nel caso di specie, la normativa nazionale controversa riservava l'accesso alla professione di notaio ai soli cittadini ungheresi, sancendo così una disparità di trattamento fondata sulla cittadinanza, vietata, in linea di principio, dall'articolo 49 TFUE. 104. L'Ungheria sosteneva, tuttavia, che le attività notarili esulano dall'ambito di applicazione dell'articolo 49 TFUE, in quanto esse partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'articolo 51, primo comma, TFUE.

generale non implicherebbe necessariamente la sua partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri, ai sensi dell'articolo 51, primo comma, TFUE⁴⁸.

Circa l'ordine di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, la Commissione escludeva che il notaio disponesse di alcun potere discrezionale o decisionale: "non deciderebbe la controversia, non sentirebbe le parti e non chiederebbe di produrre le prove, ma si limiterebbe a rendere esecutiva un'ingiunzione di pagamento non contestata"⁴⁹. Quanto al procedimento successorio, la Commissione osservava trattarsi di un iter civile non contenzioso, "nel corso del quale è possibile per le parti concludere un accordo che il notaio recepisce con decisione formale". Neppure la predisposizione di atti sarebbe stata sufficiente per dimostrare che l'attività partecipi dell'esercizio di pubblici poteri, in quanto "l'efficacia probatoria degli atti notarili non vincolerebbe incondizionatamente il giudice in relazione alla valutazione delle prove. Inoltre, sarebbe possibile apportare la prova contraria. La forza esecutiva di tali atti consentirebbe certamente ai creditori di perseguire l'esecuzione del credito senza doversi rivolgere al giudice. Tuttavia, il ruolo del notaio a tale riguardo si limiterebbe alla verifica del rispetto delle condizioni chieste dalla legge per l'apposizione della formula esecutiva. Il notaio non disporrebbe pertanto di alcun potere decisionale o coercitivo".

L'Ungheria, sostenuta dalla Repubblica Ceca, faceva valere l'estraneità delle attività esercitate dal notaio nell'ordinamento giuridico ungherese al campo di applicazione dell'articolo 49 TFUE, in quanto "la sua nomina è subordinata al superamento di un concorso, esercita le sue attività in un territorio determinato e presso una determinata sede, l'ambito di tali attività non è liberamente determinato, ma bensì stabilito dalla legge", cosicché esse sarebbero rientrate nell'eccezione dell'articolo 51 TFUE, riscontrando una coincidenza dello status del notaio con quello dei giudici e degli altri soggetti che partecipano all'esercizio di pubblici poteri⁵⁰. Essa osservava

⁴⁸ A tale riguardo, la Commissione faceva valere il rilievo secondo cui "l'articolo 51, primo comma, TFUE deve essere oggetto di interpretazione autonoma e uniforme. Per il fatto di prevedere un'eccezione alla libertà di stabilimento per le attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri, detto articolo dovrebbe, inoltre, essere interpretato restrittivamente e detta eccezione dovrebbe essere limitata alle attività che, per loro stessa natura, comportano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri. Orbene, la nozione di pubblici poteri implicherebbe l'esercizio di un potere decisionale che esorbita dal diritto comune e si tradurrebbe nella capacità di agire indipendentemente dalla volontà di altri soggetti o anche contro tale volontà".

⁴⁹ La forza esecutiva di detta ingiunzione di pagamento non trasferirebbe quindi, in capo al notaio, un potere di coercizione: "il notaio si limiterebbe a rendere incontestabile il credito fino a prova contraria, senza decidere sulla contestazione nel merito del credito. L'apposizione della formula esecutiva sull'ingiunzione di pagamento sarebbe quindi un'attività ausiliaria e preparatoria".

⁵⁰ L'Ungheria aggiungeva che, essendo incaricato della prevenzione delle controversie attraverso l'attuazione di procedimenti non contenziosi, "il notaio farebbe parte del sistema di amministrazione della giustizia. Non potrebbe rifiutare un caso che rientra nella sua competenza materiale e i suoi atti, pur adottati nell'ambito di procedimenti non contenziosi, produrrebbero i medesimi effetti di una decisione di giustizia. Il notaio opererebbe, esattamente come i giudici, in maniera indipendente. Eserciterebbe parimenti poteri discrezionali e decisionali e potrebbe attivare la coercizione pubblica".

inoltre che il procedimento di rilascio di un'ingiunzione di pagamento mira ad alleggerire il carico di lavoro dei giudici⁵¹.

Merita sottolineatura il confronto con il modello austriaco quanto alla materia successoria, da cui emergerebbe un potere originario, anziché delegato⁵².

Particolare interesse riveste, ai presenti fini, l'inquadramento della predisposizione di atti autentici, l'Ungheria facendone valere il carattere sovrano attestato dall'opposizione della formula esecutiva. La conseguente facoltà di esecuzione di un credito attraverso provvedimenti di pubblica coercizione, alle medesime condizioni e procedimento che si applica alla decisione di giustizia, attesterebbe che "il notaio assumerebbe il medesimo ruolo del giudice nel regolare e prevenire controversie", al riguardo evocando la famosa sentenza Unibank⁵³, la quale confermerebbe che la forza esecutiva può essere collegata solo ad atti che rientrano nell'esercizio dei pubblici poteri⁵⁴.

La Corte ribadisce che la deroga prevista all'articolo 51, primo comma, TFUE deve essere limitata alle sole attività che, di per sé considerate, costituiscono una

⁵¹ Invero "Nel rilasciare, su domanda del creditore, un'ingiunzione che obbliga il debitore a pagare una somma di denaro senza che quest'ultimo debba essere ascoltato, il notaio deciderebbe in modo definitivo una questione di diritto privato. In pratica, solamente una piccola percentuale delle ingiunzioni di pagamento emesse da un notaio sarebbe oggetto di opposizione. Inoltre, il notaio nell'ordinamento giuridico ungherese sarebbe competente ad emettere anche un'ingiunzione di pagamento ai sensi del regolamento n. 1896/2006. Ancora, "l'ordine di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento implica, secondo l'Ungheria, una partecipazione diretta all'esercizio dei pubblici poteri perché l'esecuzione forzata è un provvedimento coercitivo che sfocia, per il debitore, in una privazione dei beni a causa del suo debito. L'esistenza di vie di ricorso giurisdizionali avverso la decisione formale del notaio di procedere all'ordine di esecuzione discenderebbe dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali e non significherebbe che tale decisione presenti un'autorità giuridica attenuata. Peraltro, detti tipi di ricorso verterebbero non sulla questione se si debba o meno ordinare l'esecuzione, ma semplicemente sulla legittimità di tale decisione".

⁵² "A differenza del notaio nell'ordinamento giuridico austriaco, il notaio nell'ordinamento giuridico ungherese non interverrebbe su mandato del giudice, ma agirebbe in virtù di un potere proprio e assumerebbe in prima persona tutte le decisioni. Inoltre, potrebbe adottare provvedimenti conservativi. Peraltro, il numero di ricorsi giurisdizionali avverso le decisioni dei notai in materia successoria sarebbe trascurabile."

⁵³ Sentenza del 17 giugno 1999, Unibank (C 260/97, EU: C: 1999: 312). Inoltre, il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1), e il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (GU L 143, pag. 15), conferirebbero agli impegni contenuti negli atti autentici una forza esecutiva analoga a quella propria delle decisioni di giustizia.

⁵⁴ La Corte ha ribadito che la nozione di «esercizio dei pubblici poteri» ai sensi dell'art.51 TFEU dev'essere interpretata tenendo conto del carattere, proprio del diritto dell'Unione, dei limiti posti dalla citata disposizione alle deroghe consentite al principio della libertà di stabilimento, al fine di evitare che l'effetto utile del Trattato in materia di libertà di stabilimento venga vanificato da disposizioni unilaterali adottate dagli Stati membri (sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, non pubblicata, EU:C:2011:794, punto 56 e giurisprudenza citata). Sempre secondo giurisprudenza costante, l'articolo 51, primo comma, TFUE costituisce una deroga alla norma fondamentale della libertà di stabilimento. In quanto tale, detta deroga deve essere interpretata in maniera che la sua portata si limiti a ciò che è strettamente necessario per tutelare gli interessi che tale disposizione permette agli Stati membri di proteggere (sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, non pubblicata, EU: C:2011: 794, punto 57).

partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri⁵⁵ e alla luce della propria giurisprudenza⁵⁶, verifica se le attività affidate ai notai nell'ordinamento ungherese comportino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri.

L'attività di autenticazione in Ungheria riguarda gli atti che contengono impegni unilaterali o le convenzioni a cui le parti abbiano liberamente aderito, cosicché l'intervento del notaio presuppone "la previa esistenza di un consenso delle parti o di un incontro delle volontà delle stesse". Si esclude, poi, che l'efficacia probatoria di cui gode un atto notarile rientri nel regime delle prove stabilito dal codice di procedura civile, dunque essa è priva di rilevanza diretta per stabilire se l'attività di redazione di detto atto integri una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri⁵⁷; al riguardo si segnala che, per quanto concerne gli atti autentici, rimane sempre la possibilità di prova contraria⁵⁸, cosicché non si può sostenere che l'atto notarile vincoli incondizionatamente il giudice nell'esercizio del suo potere di apprezzamento

Neppure l'efficacia esecutiva dell'atto autentico trasferisce in capo al notaio poteri che comportano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri: "infatti, se è vero che l'apposizione da parte del notaio della formula esecutiva sull'atto autentico conferisce a quest'ultimo efficacia esecutiva, questa si fonda sulla volontà delle parti di stipulare un atto o una convenzione, dopo la verifica della loro conformità con la legge da parte del notaio, e di conferire a detto atto o convenzione tale efficacia esecutiva"⁵⁹. La Corte esclude, quindi, che la natura dell'attività esercitata dai notai nell'ordinamento giuridico ungherese rientri nell'am-

⁵⁵ Sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, non pubblicata, EU: C: 2011: 794, punto 58

⁵⁶ La Corte rammenta di aver avuto l'occasione di "considerare escluse dalla deroga prevista all'articolo 51, primo comma, TFUE talune attività ausiliarie o preparatorie rispetto all'esercizio dei pubblici poteri (v. in tal senso, sentenze del 13 luglio 1993, Thijssen, C 42/92, EU:C:1993:304, punto 22; del 29 ottobre 1998, Commissione/Spagna, C 114/97, EU:C:1998:519, punto 38; del 30 marzo 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C 451/03, EU:C:2006:208, punto 47; del 29 novembre 2007, Commissione/Germania, C 404/05, EU:C:2007:723, punto 38, e del 22 ottobre 2009, Commissione/Portogallo, C 438/08, EU:C:2009:651, punto 36), o determinate attività il cui esercizio, pur comportando contatti, anche regolari e organici, con autorità amministrative o giudiziarie, o addirittura una partecipazione, anche obbligatoria, al loro funzionamento, lasci inalterati i poteri di valutazione e di decisione di tali autorità (v., in tal senso, sentenza del 21 giugno 1974, Reyners, 2/74, EU:C:1974:68, punti 51 e 53), o ancora determinate attività che non comportano l'esercizio di poteri decisionali (v., in tal senso, sentenze del 13 luglio 1993, Thijssen, C 42/92, EU:C:1993:304, punti 21 e 22; del 29 novembre 2007, Commissione/Austria, C 393/05, EU:C:2007:722, punti 36 e 42; del 29 novembre 2007, Commissione/Germania, C 404/05, EU:C:2007:723, punti 38 e 44, nonché del 22 ottobre 2009, Commissione/Portogallo, C 438/08, EU:C:2009:651, punti 36 e 41), di poteri di coercizione (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 29 ottobre 1998, Commissione/Spagna, C 114/97, EU:C:1998:519, punto 37), o di potestà coercitiva (v., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2003, Anker e a., C 47/02, EU:C:2003:516, punto 61, nonché del 22 ottobre 2009, Commissione/Portogallo, C 438/08, EU:C:2009:651, punto 44)".

⁵⁷ Richiesta dalla sentenza del primo dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, cit.

⁵⁸ Come discenderebbe, in particolare, dall'art. 195, par. 6 e 7, codice di procedura civile.

⁵⁹ Sentenza del 24 maggio 2011, Commissione/Belgio, C 47/08, EU: C:2011: 334, punto 103.

bito della deroga prevista all'articolo 51, primo comma, TFUE⁶⁰, in quanto non partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi della disposizione medesima. Si è, quindi, concluso che il requisito di cittadinanza previsto dalla normativa ungherese per l'accesso alla professione di notaio costituisce una discriminazione fondata sulla cittadinanza vietata dall'articolo 49 TFUE.

In virtù di una piana applicazione del metodo tassonomico, l'appartenenza del Notariato ungherese all'ambito latino conduce a estendere tendenzialmente le considerazioni sviluppate della Corte nella giurisprudenza ora passata in rassegna a tutte le realtà riconducibili al modello, escludendo quindi che il notaio eserciti alcuna aggiudicazione delle controversie⁶¹. L'impostazione pare suffragata dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶². Meritevole di approfondimento è, comunque, la diversa posizione espressa dall'Avv. gen. Bot⁶³.

Ciò non esclude in maniera automatica l'esercizio di funzioni giurisdizionali: la questione incrocia peraltro il tema più generale della nozione di giurisdizione ai fini dell'art. 267 TFUE e, in questa prospettiva, il rapporto fra il notaio, quale pubblico ufficiale chiamato ad esercitare il controllo di legalità e l'applicazione del diritto UE, implicante anche, se del caso, l'obbligo di disapplicazione delle norme interne contrastanti da parte dello Stato nelle sue diverse articolazioni (anche da parte del notaio?). Non a caso c'è chi⁶⁴, proprio in contemplazione delle esigenze di corretta osservanza del diritto UE da parte dei notai, si è posto il problema del se e del come prospettare la facoltà, per gli stessi professionisti, di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Infine, la Corte⁶⁵ ha accordato ai Paesi membri la facoltà di riservare ai notai il ricevimento degli atti per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, nell'ottica di garantire la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia.

⁶⁰ Sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, non pubblicata, EU: C: 2011:794, punto 84.

⁶¹ Si allude all'aggiudicazione nel senso corrispondente alla traduzione di Adjudication, contrapposta alla Mediation, su cui si rinvia a M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, 1993, pp. 282 ss.; V. VARANO, (cur.), *L'altra Giustizia, I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Giuffrè, 2007; D. NOVIELLO, *Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*, Giappichelli, 2012.

⁶² Oltre alla citata sentenza 9 marzo 2017, in cause riunite C-484/15 e C-551/15, v. anche, per altri spunti, la sentenza 1 ottobre 2016, in causa C-32/14, in materia di clausole abusive e contratto notarile.

⁶³ Nelle cause riunite C-484/15 e C-551/15.

⁶⁴ T. BALLARINO, *Il notaio e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 439. Ulteriori richiami di dottrina sono reperibili nella relazione di S. DI MEGLIO, *L'atto notarile quale strumento di prevenzione o di risoluzione della lite*, nella e-library della Fondazione italiana del Notariato.

⁶⁵ Il 9 marzo 2017, nelle due cause C-484/15 e C-551/15, relative all'applicazione del regolamento (CE) n. 805/2004 del 21 aprile 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, che ha dichiarato compatibile con il diritto comunitario la decisione di non riconoscere l'autenticazione effettuata da un avvocato stabilito in un altro Stato.

5. Il notaio nell'esercizio della sua funzione si occupa non solo di adeguare la volontà dei comparenti nei suoi atti alla legge, ma pure di redigere clausole che il più fedelmente possibile interpretino le rispettive posizioni, o meglio il punto di incontro tra le pretese separatamente avanzate; in questo senso il notaio è attuttore costante di mediazione. La sua identità trova la cifra più profonda nella competenza e nell'imparzialità - cui si connettono la consulenza e la chiarificazione dei termini delle fattispecie -, che riescono funzionali a prevenire, addirittura comporre, controversie insorgenti tra le parti meno avvertite, sfornite di altra assistenza legale. L'abitudine ha indotto attitudine⁶⁶, cosicché in Italia non stupisce il suo apprezzamento in tale veste⁶⁷, che ne ha favorito l'arruolamento tra i soggetti deputati a comporre gli organismi istituiti appositamente per la mediazione⁶⁸.

⁶⁶ In questo senso già mi orientavo in *Prospettive di intervento notarile nelle ADR*, in *Vita Not.*, 2002, n. 2, p. 1007 ss., ove concludevo avanzando l'idea che "la longevità del notariato, e anzi la crescita del ruolo, dipenderà dal suo modellarsi a somiglianza del giudice, piuttosto che dell'avvocato". Le medesime conclusioni sono state raggiunte nell'ambito dello studio "*L'Avenir du notariat. (Passé, présent, futur)*", Rapport réalisé avec le soutien de la mission GIP Droit et Justice rattachée au ministère de la Justice et le Conseil supérieur du notariat, dir. Mustapha Mekki, Paris, LexisNexis 2016, da M.B. CAROSI, *Quelques réflexions comparatives sur le rôle du notariat*, pp. 249-259.

⁶⁷ A. PROTO PISANI, *Le prospettive del contributo del Notariato alla difficile opera di risanamento della giustizia civile*, Relazione conclusiva al convegno sulle "Deleghe di giurisdizione" organizzato dalla Scuola Superiore per la Magistratura e dalla Fondazione del Notariato il 17 e 18 giugno 2015, in *Il giusto processo civile*, 2015, p. 779 ss.; M. PALAZZO, *In margine ad un convegno genovese sui rapporti tra notariato e giustizia civile*, in *Riv. not.*, 2005 p. 255

⁶⁸ R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d. leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 89 ss.; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, fasc. 2, pp. 343 ss.; M. Buzio, *La figura del Mediatore*, studio approvato dalla Commissione Mediazione del CNN in data 4 marzo 2011; C. CALDERONI, A.V. CAPASSO, V. SESSANO, *Il procedimento di mediazione in generale*, studio approvato dalla Commissione Mediazione del CNN in data 4 marzo 2011; M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in <http://www.judicium.it/admin/saggi/212/Bove.pdf>. Altra è la delega di giurisdizione, su cui si rinvia a M. PALAZZO, *Pagina introduttiva*, nonché E. FABIANI, *Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere*, in *Processo civile e delega di funzioni*. Atti del Convegno di Roma, 17-18 giugno 2015, *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato* n. 2/2015, Edit. Il Sole 24 ore, 2016. Con la sentenza del 14 giugno 2017, C-75/16 la Corte di Giustizia ha stabilito che la direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013, in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale - come quella italiana - "che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario". È, altresì, parere della Corte che "La medesima direttiva dev'essere... interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione". Restano, dunque, da indagare gli ulteriori spazi che saranno riconosciuti al Notariato; per la mediazione e la conciliazione un utile strumento di ricerca è costituito dal relativo Portale di European Justice (in Estonia, ad esempio, risulta che i notai svolgono per legge l'attività di conciliazione).

Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa**

di Vincenzo Barba**

SOMMARIO: 1. *Trasformazioni della famiglia.* – 2. *Diritto delle successioni nel conflitto tra interesse del de cuius, a pianificare la propria successione, e interesse dei familiari.* – 3. *La successione dei figli: da successione di un familiare a successione del discendente.* – 4. *La successione del coniuge e la tutela successoria dell'unito civile.* – 5. *La successione del convivente.*

1. Sarebbe impossibile comprendere le trasformazioni della famiglia se non si avesse contezza della duplice funzione di conservazione e promozione del diritto e se non si prendesse consapevolezza che fatti e norme sono inseparabilmente, gli uni dalle altre, oggetto di conoscenza giuridica¹, in guisa che prima dell'interpretazione ci sono, soltanto, eventi e disposizioni².

La radicale trasformazione del concetto di famiglia non si può legare soltanto alle numerose riforme legislative che hanno attraversato la materia, perché essa è, inevitabilmente, correlata al mutamento della filosofia della vita del nostro ordinamento, ossia alla nuova tavola di valori normativi posti dalla Costituzione³.

Sarebbe davvero troppo semplicistico descrivere le trasformazioni del diritto di famiglia limitandosi a osservare le sue cinque più importanti riforme.

* Lo scritto, con l'aggiunta delle note bibliografiche essenziali, riproduce la relazione su «trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa» detta il 1 Aprile 2017, in occasione del Convegno «La comunità familiare tra autonomia privata e riforme» promosso dall'Università degli Studi di Genova, svoltosi a Genova, nei giorni 31 Marzo e 1 Aprile 2017.

** Professore ordinario di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

¹ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 34, la «fattualità del diritto [...] si concretizza nella inseparabilità tra fatti e diritto; anzi, in una enorme virulenza dei fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo. Trattandosi, in sostanza, di forze che si radicano nelle strutture profonde di una civiltà, che agiscono in basso e premono da sotto in su, fattualità del diritto significa che, parte di questo, si ha un adeguamento a quelle forze a tal punto che la dimensione umana del diritto, legata alla conoscenza e alla volontà di individui e di gruppi, ne è profondamente incisa». Tutto ciò induce l'A. a indicare come monito che segna il tempo della pos-modernità e come metodo per comprendere il reale, «sempre più società, sempre meno Stato» (così, Id., *o.u.c.*, pp. 11, 28, 42).

² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, pp. 161 s., 585, 618.

³ P. PERLINGIERI, *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Le Corti salernitane*, 2013, p. 465 s.; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, p. 122, il quale avverte che la giustizia di un ordinamento giuridico e delle orme che lo compongono varia seconda che si prenda in considerazione e come parametro di riferimento una qualunque ideologia etico-politica, oppure quella eletta direttamente dall'ordinamento giuridico.

Ognuna di esse ha, certamente, trasfigurato il fenomeno, se soltanto si pensi che la legge sul divorzio ha reso il matrimonio dissolubile; la legge del 1975 ha superato la distinzione tra figli illegittimi e figli legittimi e ha provato ad attuare il principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi; la legge sull'adozione del 1983, ha riordinato la materia, ponendo al centro l'interesse del minore; la legge sulla filiazione del 2012 e del 2013 ha affermato l'unicità della condizione di figlio, ha chiarito, definitivamente, che non esiste né un diritto, né un dovere a essere genitori, precisando che il rapporto di filiazione dipende dal mero fatto della generazione e che esso importa in capo al generante una vera e propria responsabilità; la legge del 2016 ha, infine, riconosciuto la famiglia composta di persone dello stesso sesso e provato a ordinare la disciplina sulla convivenza.

Non basta, però, soltanto quest'analisi, neppure se essa riuscisse a farsi attenta chiosatrice di tutte le altre e assai numerose e importanti modifiche legislative, tenendo in adeguata considerazione non soltanto le fonti nazionali, ma anche quelle di derivazione c.d. europea e internazionale⁴; non soltanto i risultati interpretativi del

⁴ Nello studio del c.d. diritto europeo, come in quello del c.d. diritto internazionale, occorre distinguere il profilo dell'organizzazione, che attiene al momento fondativo e al funzionamento del soggetto internazionale, nato dall'accordo sovranazionale, dal profilo della c.d. disciplina materiale, destinata a trovare applicazione nei singoli Stati nazionali. Rispetto al primo profilo non v'ha dubbio che sia possibile discorrere di un diritto europeo o di un diritto internazionale come ordinamento autonomo e coordinato rispetto a quello dei singoli Stati, dacché si tratta del diritto che genera un soggetto internazionale, che viene dotato di propri organi. In questo, però, si esaurisce l'autonomia del diritto europeo e del diritto internazionale rispetto al diritto dei singoli Stati nazionali. Rispetto, infatti, alla disciplina materiale, la quale è destinata a trovare applicazione nei singoli Stati nazionali, non ha senso parlare di un diritto internazionale o di un diritto europeo diverso, o parallelo, o giustapposto rispetto a quello nazionale, dacché regole e principi di diritto europeo e/o di diritto internazionale sono destinate ad applicarsi in ogni singolo Stato nazionale, in uno alle sue norme statali. Secondo quest'angolo di osservazione non esiste un diritto europeo diverso, contrapposto, giustapposto, o coordinato rispetto al diritto italiano; piuttosto esiste un diritto italo-europeo. Una norma di un regolamento europeo, piuttosto che una norma del Trattato si applica al cittadino italiano unitamente alle norme statali o, addirittura, in luogo di una preesistente norma statale in conflitto con quella. Prescindendo dal caso delle direttive europee le quali, tendenzialmente, diventano norme di fonte nazionale, per il tramite del loro recepimento, non v'ha dubbio che le norme di un regolamento europeo, in ragione della loro immediata e diretta applicabilità (cfr. art. 288 TFUE), come del resto le norme della Carta europea dei diritti dell'uomo (cfr. artt. 6, 52 TUE, 355 TFUE) o dei Trattati (cfr. artt. 52 TUE, 355 TFUE), anch'esse immediatamente e direttamente applicabili, come le norme di diritto internazionale, immediatamente applicabili in forza del principio di adattamento dell'ordinamento interno (cfr. artt. 10, 11 Cost.), fanno parte integrante e sostanziale di un unico sistema ordinamentale, nel quale l'interprete è chiamato a individuare le regole del caso concreto. Non si può parlare di un diritto europeo che si aggiunge ora al diritto italiano, ora al diritto spagnolo, ora al diritto francese, bensì di un diritto italo-europeo, di un diritto franco-europeo, di un diritto iberico-europeo. Ragione per la quale una medesima disposizione di legge di c.d. matrice europea o internazionale, pur essendo sempre eguale a sé stessa, secondo che sia calata in uno o altro sistema ordinamentale, può assumere significati (*recte*: esprimere norme) non sempre perfettamente identici e, soprattutto, deve essere sottoposta da parte dell'interprete al controllo di conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento, che segnano la sua identità costituzionale (artt. 2, 4 TUE). Occorre, in altri termini, la consapevolezza che oggi non è più possibile parlare di un sistema delle fonti italiane, ma di un sistema complesso e aperto delle fonti italo-europee, il quale è premessa essenziale per una reinterpretazione degli istituti giuridici non più comprensibili «se non in una logica costituzionale e comunitaria». Si v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e*

dialogo, che dovrebbe tradursi in leale collaborazione⁵, tra le Corti municipali e le Corti sovranazionali, ma, anche e soprattutto, gli interventi della nostra Corte Costituzionale che, con sempre maggiore convinzione, riesce a farsi garante dell'unità del nostro sistema ordinamentale e interprete coraggiosa di una funzione riformatrice.

Tutto questo non basterebbe perché consentirebbe di offrire una prospettiva sulla trasformazione familiare sistematica, però insensibile alla filosofia della vita dell'ordinamento giuridico.

Occorre che questa valutazione sia anche assiologica e con funzione di controllo, in modo che essa possa soppesare questa trasformazione alla luce dei valori⁶ normativi vigenti, individuando sempre una disciplina del caso concreto che sia compatibile, adeguata e coerente rispetto agli interessi coinvolti, e capace di ponderare con ragionevolezza⁷ i principî in concorso.

Le trasformazioni della famiglia debbono, dunque, leggersi facendosi attenti interpreti dei principî e dei valori normativi vigenti⁸, nella consapevolezza che questo

legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 1992, pp. 59, 91 ss.; ID., *Il diritto civile*, cit., p. 286; ID., *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, p. 452.

⁵ In tema, per tutti, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p. 1 ss., spec. pp. 15 s., 17 s., 64 s., 77 s., 94 ss.

⁶ Sulla carica valoriale delle norme della nostra Costituzione, G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 130, «il problema, qui, non è che simili disposizioni costituzionali presuppongono valori, o che in generale il diritto dello Stato costituzionale contiene valori. Banalmente, che una disposizione giuridica presupponga valori morali e scelte ideologico-politiche, è sempre vero, e non riesco ad immaginare come potrebbe essere altrimenti. L'aspetto importante è che queste disposizioni costituzionali non si limitano a presupporre valori, ma piuttosto *formulano* valori, li proclamano espressamente». Da questo assunto, l'A. conclude che nello Stato costituzionale l'argomentazione giuridica rinvia a forme di ragionamento morale, sicché si crea una interconnessione interpretativa tra diritto e morale. Per evitare il rischio che il ragionamento giuridico si trasformi in mero esercizio di discrezionalità senza restrizioni l'A. ipotizza che la lettura morale debba svolgersi partendo da casi paradigmatici e secondo il c.d. equilibrio riflessivo, di impostazione rawlsiana. Si muove dai casi paradigmatici e di lì si passa a quelli dubbi, mediante la riflessione sulla giustificazione del principio rilevante nel caso in esame.

⁷ Sul criterio di ragionevolezza, come criterio fondamentale nel bilanciamento dei principî, nella prospettiva che considera la ponderazione dei principî e la gerarchia dei valori compatibili e necessari per garantire la conformità della decisione al sistema ordinamentale, evitando che la ragionevolezza diventi un travestimento linguistico dell'arbitrio del giudice e, conseguentemente, strumento di de-responsabilizzazione dell'interprete, di recente, per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti di letteratura e giurisprudenza.

⁸ Si considerino le attuali e vibranti considerazioni di S. RODÒ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 s., «se è vero che una riforma è matura non solo quando sono i fatti storici a reclamarla, non solo quando è divenuta generale la convinzione della sua necessità, ma quando gli studiosi hanno realizzato quel mutamento di condizioni culturali, quell'affinamento di nuovi e più adeguati strumenti, che condizionano ogni serio tentativo di rinnovamento degli istituti giuridici. La maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica che è riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione».

percorso, oggi piú piano, è stato, storicamente, ostacolato da miopi prospettive ispirate a legismo e formalismo esasperato⁹.

I principî e i valori espressi nella Costituzione, che da soli avrebbero consentito una continua rilettura del diritto della famiglia, hanno tardato a penetrare nella coscienza di tutti i giuristi, se soltanto si pensi che mentre nel 1951 Salvatore Pugliatti era firmatario del manifesto “in difesa della Costituzione”¹⁰, che nel 1968 Pietro Rescigno¹¹ avvertiva l’esigenza di una rilettura del Codice civile e che nel 1969 Pietro Perlingieri¹² dettava la prolusione camerte, nella quale era già il senso del diritto civile nella legalità costituzionale, ancora nel 1962 Francesco Carnelutti¹³ scriveva queste dure e ripugnanti parole: «ora, per quanto le donne oggi vogliono nascondere (e a me sembra una pazzia) la loro diversità dall’uomo, non possono negare che la *turbatio sanguinis* costituisca il rischio dell’adulterio della moglie e non dell’adulterio del marito: il bastardo non è il *corpus unum* dell’uno e dell’altro dei coniugi; e una famiglia nella quale vivono dei bastardi non è unita o, almeno, è meno unita di quella che potrebbe e dovrebbe essere».

Le parole di Carnelutti testimoniano di come sia impossibile intendere le trasformazioni della famiglia al di fuori dei principî e valori normativi vigenti, di come ogni tecnica interpretativa sia sempre al servizio di un’ideologia¹⁴ e di come la modificazione del sistema delle fonti, complesso e aperto, abbia imposto una nuova teoria ermeneutica.

Per intendere le trasformazioni della famiglia deve prendersi atto non soltanto del fenomeno di c.d. de-patrimonializzazione del diritto civile¹⁵, ma del nuovo ruolo che hanno assunto nel nostro sistema ordinamentale le formazioni sociali¹⁶ di cui la famiglia è, certamente, una specie, seppure particolarmente importante e significativa.

⁹ P. GROSSI, *La formazione del giurista*, cit., p. 48, «il formalismo legalista appariva in tutta la sua drammaticità come una scelta suicida. E, infatti, chi ha voluto con ammirevole coerenza cavalcarlo fino in fondo è giunto a posizioni dichiaratamente nichiliste».

¹⁰ Il Manifesto può leggersi in *Foro civ.*, 1951, fasc. 3, p. 152 s. Per un’analisi del pensiero di Pugliatti, P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss., ora in *Id.*, *L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 297 ss.

¹¹ P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, cc. 209 ss.

¹² P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455, e in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 3 ss.

¹³ F. CARNELUTTI, *Fedeltà coniugale e unità della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 1 ss. Il passo citato è a p. 3.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 3107, «dovrebbe essere chiaro, ormai, che la tecnica giuridica è ben altro che la redazione delle leggi, e che il giurista riformatore è ben piú di quel mezzo uomo a cui ricorrere per mettere in bella forma la soluzione altrove preparata [...] ideologia e tecnica devono ricongiungersi, reintegrando il diritto nella cultura del suo tempo».

¹⁵ C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; P. PERLINGIERI, *«Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

¹⁶ Si v. P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali della famiglia*, Quaderni del C.S.M., Roma, 1980, p. 348 ss.; *Id.*, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 156 ss.; *Id.*, *Le società intermedie*, in *Id.*, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, rist., Padova 1987, p. 29 ss.

In un ordinamento pre-costituzionale come quello italiano, che aveva il suo epicentro normativo nella tutela della proprietà e dell'impresa, che era ispirato al produttivismo e fondato sull'individualismo, la famiglia era formazione sociale di rilevanza primaria e generale, dacché svolgeva una «funzione sussidiaria e attinente alle funzioni dello Stato»¹⁷. Non a caso lo stesso matrimonio, unico strumento giuridico capace di costituire una famiglia legittima, è stato giudicato atto a rilevanza prettamente pubblicistica, in guisa da considerare il consenso degli sposi mero presupposto dell'atto e la pronuncia dell'ufficiale di stato civile elemento costitutivo del vincolo¹⁸.

Nell'ordinamento pre-costituzionale le formazioni sociali e, tra esse, certamente, la famiglia, erano dunque un valore in sé e meritavano di essere tutelate a prescindere dall'individuo. Non a caso il matrimonio, ossia la formazione sociale costituita per effetto delle nozze, era un vincolo indissolubile.

La prospettiva è destinata a mutare, radicalmente, nell'attuale sistema ordinamentale, che pone come suo valore apicale la persona e la dignità umana¹⁹.

Il solidarismo costituzionale non potrebbe essere inteso se sciolto dal personalismo, perché il primo non può concepire un interesse superiore a quello del pieno e libero sviluppo della persona. La formazione sociale non può mai essere sovraordinata rispetto alla persona e l'ordinamento ne riconosce la meritevolezza nei soli limiti in cui essa sia il luogo dove si svolge la personalità dell'uomo. Sicché non è un caso che il matrimonio sia divenuto dissolubile soltanto nel 1970, quando cioè cominciava a indebolirsi l'idea che la formazione sociale stava sopra la persona e ad affacciarsi la nuova idea che pone la persona al di sopra della formazione sociale. Con la conseguenza che una formazione sociale che non costituisce più un luogo nel quale si svolge la personalità dell'uomo, ma un luogo di costrizione delle prerogative della persona, non è meritevole di essere conservata e tutelata.

Queste considerazioni che, apparentemente, potrebbero essere giudicate rilevanti in un orizzonte esclusivamente centrato a intendere il senso delle trasformazioni familiari e il passaggio dalla famiglia alle famiglie, diventano di straordinaria importanza nell'ambito del diritto delle successioni a causa di morte. Dacché, contrariamente all'idea che la successione possa e debba dipendere, esclusivamente, dall'attribuzione di diritti successorî, di diverso ordine e grado, in capo ai familiari, ai nuovi

¹⁷ A. CICU, *Il diritto di famiglia – Teoria generale*, Athenaeum, 1914, p. 219.

¹⁸ Esempiare la prolusione maceratese del 1913 di A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1965, p. 124 e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. II (1900-1935), Napoli, 2012, p. 1593 ss., spec. p. 1610, «lo spirito del loro [rapporti giuridici di diritto familiare] regolamento giuridico non può quindi essere quello stesso che nel diritto privato garantisce l'espletamento della libera attività individuale: piuttosto invece quello che nel diritto pubblico esige subordinazione dell'interesse individuale all'interesse sociale». Tale pensiero si trascina sino a tempi più recenti. Si v. A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 161 ss.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 1 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico* in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 25; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

familiari, e, dunque, da riforme che prendano atto della contemporanea dimensione del concetto di famiglia, deve ribadirsi che esse dipendono, in primo luogo, dal modo in cui il giurista intende il valore dell'autonomia negoziale *post mortem*.

2. Il diritto delle successioni a causa di morte piú di altri settori attende una rilettura complessiva, dacché storicamente molti dei suoi istituti sono stati letti assegnando nel conflitto tra l'interesse del singolo a disporre dei propri beni e l'interesse dei familiari del *de cuius*, preminenza e rilevanza a quest'ultimo²⁰, a prescindere da una valutazione del caso concreto e da una adeguata e coerente valutazione degli interessi, quasi come se questa soluzione ermeneutica costituisse un'ineludibile necessità²¹.

Sebbene non v'abbia dubbio che la tutela dei legittimarî rappresenti una disciplina attraverso la quale potrebbe trovare una certa attuazione il principio di solidarietà, non può trascurarsi che il solidarismo non si può sciogliere dal personalismo²², che il solidarismo non può risolversi in quello economico e che, in ogni caso, si pone sempre, rispetto a ciascun caso concreto, l'esigenza di svolgere un controllo di com-

²⁰ Una rilettura del diritto delle successioni che esclude una prevalenza assoluta e aprioristica dell'interesse familiare su tutti gli altri interessi, esaltando, per converso, l'autonomia negoziale *post mortem* è proposta da V. BARBA, *Recensione a V. Verdicchio, La circolazione dei beni di provenienza donativa*, in *Foro nap.*, 2014, p. 713 ss.; ID., *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.

²¹ In questo senso, A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, 2ª ed., Milano, 1943, p. 7 ss., spec. p. 11; ID., *Le successioni. Parte generale – Successione legittima e dei legittimari – Testamento*, Milano, 1947, p. 146. Ma già, C. GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1941, p. 332; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi*, cit., p. 264; ID., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 196; ID., *Appunti sulla successione legittima*, Roma, 1928-30, pp. 10, 53. L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 2 ss., in un paragrafo intitolato "interesse familiare e interesse nazionale", scrive: «la tutela dell'interesse del gruppo familiare costituisce la molla dinamica della buona gestione sociale dei beni in ordine al fenomeno successorio, così come l'iniziativa del proprietario singolo è lo strumento piú efficace della migliore gestione sociale dei beni». L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 11; ID., *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 127, «se il fondamento della successione legittima, in generale, non è la presunta volontà del *de cuius*, sebbene, obiettivamente, la tutela dell'interesse superiore della famiglia, il medesimo fondamento si deve riconoscere, in particolare, al principio della collazione». Mette conto di segnalare che anche M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto atipico del testamento*, Torino, 1966, p. 74 ss., e spec. pp. 89 s., 108, il quale, piú di altri, proprio nel primo lavoro compiuto dedicato alla diseredazione, ha contestato l'esistenza di un interesse superiore della famiglia, affermando che le norme sulle designazioni successorie legittime «non prendono in considerazione un interesse della famiglia come organismo sociale, ma piuttosto, in linea subordinata e strumentale rispetto all'interesse pubblico alla stabilità dei rapporti giuridici, e per il fine di soddisfare detto interesse, meri interessi individuali e privati (all'acquisto patrimoniale) facenti capo ai singoli chiamati», si stringe a precisare, quando si misura con la successione necessaria, che il suo reale oggetto di tutela non è il superiore interesse della famiglia, ma l'interesse «individuale dei singoli membri del ristretto nucleo sociale». Riproponendo, dunque, pur fuori dallo schema istituzionale della famiglia e con sguardo proteso alla famiglia nucleare, l'ombra di un interesse potenzialmente confliggente con l'interesse del testatore.

²² Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 433 ss.

patibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, considerando il conflitto composto dalla norma e la sua ragione sufficiente, verificando il principio di cui quella è espressione e ponderando quest'ultimo con tutti gli altri principî in concorso, secondo un criterio di ragionevolezza²³.

Il diritto successorio merita di essere riletto, perché se, da un lato, la successione necessaria tutela la famiglia, dall'altro lato, la libertà di disporre, espressione del principio di autonomia, è fondamentale strumento di realizzazione della persona²⁴, sicché l'interesse familiare non può più essere considerato l'esclusivo e unico orizzonte ermeneutico attraverso il quale i temi e i problemi del diritto ereditario debbano essere svolti e sciolti²⁵.

Tutto ciò, ovviamente, non significa proporre una lettura abrogante della disciplina di tutela dei legittimari, sebbene essa meriterebbe un'importante revisione legislativa, almeno in termini di riduzione delle quote di riserva, di trasformazione della tutela dei legittimari da reale a meramente obbligatoria²⁶, di ammissibilità di una diseredazione del legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*. Significa prendere coscienza che talune proposte interpretative, volte a una lettura abrogante o fortemente limitativa della libertà di disporre non possono più essere condivise e debbono essere contestate. Perché risultano poco coerenti nell'attuale sistema ordinamentale italo-europeo²⁷, perché si fondano su un'idea di solidarietà, distante da quella eletta nel nostro ordinamento, ossia su un concetto di solidarietà prettamente patrimonialistico, come se quest'ultima possa essere, concretamente, realizzata e attuata soltanto mercé attribuzioni patrimoniali.

Gli esempi sono molteplici e, tra gli altri, basti pensare all'opinabile interpretazione che le Sezioni Unite della Cassazione hanno proposto dell'art. 540, comma 2, c.c.²⁸. La quale, sull'altare dell'interesse familiare, ha sacrificato, oltre modo, la liber-

²³ Sul controllo di ragionevolezza nel diritto civile, il quale riguarda anche il tema della scelta della disciplina applicabile a un atto di autonomia, si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

²⁴ V. RIZZO, *Contratto e costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 355, avverte che il rapporto tra autonomia privata e Costituzione è inteso in senso ambivalente, ora come *Wesengehalt*, ora come *Drittwirkung*. Ora «come problema dell'esistenza di un principio costituzionale di tutela dell'autonomia privata» ora «come incidenza della Costituzione nel procedimento di individuazione della disciplina di rapporti civilistici».

²⁵ Così, V. BARBA, *I nuovi confini*, cit., p. 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni*, cit., p. 345 ss.

²⁶ Si v. G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674 ss.

²⁷ P. PERLINGIERI, *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, p. 452, «l'ordinamento giuridico è un insieme di principî e di regole, che nella loro unità, assolvono la funzione di disciplinare la totalità delle relazioni che compongono la struttura complessiva di una società. Il diritto comunitario non è un ordinamento [...] è inidoneo ad essere applicato autonomamente perché si integra di volta in volta nel sistema ordinamentale di un Paese membro, creando così un diritto italo-europeo, franco-europeo, ispano-europeo, a seconda del Paese nel quale trova applicazione».

²⁸ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Giur. It.*, 2013, p. 1779, con nota di V. BARBA, *Sui diritti successorî di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*. Sia consentito rinviare, anche per maggiori riferimenti, a V. BARBA, *Sui diritti successorî di abitazione e di uso*

tà di disporre, con un'interpretazione della disposizione normativa non soltanto incoerente rispetto al suo testo, ma, soprattutto, contraria alla sua funzione. Senza dimenticare che questa interpretazione non soltanto mortifica l'autonomia privata, ma, addirittura, finisce con lo sbilanciare, ingiustificatamente e irragionevolmente, il rapporto tra coniuge superstite e figli, dacché il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare a favore del primo rischia di gravare anche sulla quota necessaria dei secondi.

Basti pensare alla tratatizia idea che la dispensa dalla collazione, quando sia contenuta nella donazione, è clausola del contratto e, dunque, atto non liberamente revocabile dal dispensante. Tesi che dimentica o trascura di valutare la reale funzione dell'atto e, di necessità, la sua riducibilità ad atto di ultima volontà, indipendentemente dal documento nel quale la dispensa sia, di volta in volta, accolta²⁹.

Ancóra, all'interpretazione della disciplina sul patto di famiglia, tesa a reputare, in contraddizione al testo legislativo e in violazione della funzione dell'istituto, nullo il patto al quale non abbiano partecipato tutti i legittimari³⁰.

Ancóra, all'interpretazione, recentemente superata dalle Sezioni Unite della Cassazione³¹, sulle c.dd. quote mobili della successione necessaria, secondo la quale la rinuncia di un legittimario alla propria quota di riserva, importerebbe un'espansione della quota di riserva degli altri, che non abbiano rinunciato. Tesi la quale non soltanto propone un'erronea applicazione della disciplina sull'accrescimento, ma, soprattutto, manca di riflettere sulla natura della quota di riserva, la quale è quota di patrimonio e non di eredità.

Infine, al recente dibattito sulla rinuncia all'azione di restituzione, la quale è reputata inammissibile, in ossequio al divieto di patti successorî, omettendo un'adeguata e ragionevole lettura della norma proibitiva, che, a mio credere, vieta soltanto la disposizione, tra vivi, della delazione³². Trascurando, peraltro, che l'azione di re-

spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza, in *Jus civile*, 2013, p. 605 ss., e in *Le corti salernitane*, 2014, p. 333 ss., e ivi ampi riferimenti di dottrina. Di recente, A. VENTURELLI, *L'imputazione dei diritti di abitazione ed uso del coniuge nelle successioni legittime*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 481 ss.

²⁹ V. BARBA, *La dispensa dalla collazione*, in *Studi in onore di G. De Nova*, vol I, Milano, 2015, p. 165 ss. e in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 1 ss.

³⁰ Ma, in senso contrario rispetto a questa diffusa opinione, G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 166 ss., la cui soluzione interpretativa appare convincente e condivisibile.

³¹ Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13524, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 211 con nota di C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e i suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 796, con nota di M. GRANDI, *Conseguenze applicative in tema di legati ai legittimari, delle «sentenze gemelle» a Sezioni Unite del 9 e 12 giugno 2006*; in *Nuova giur. civ.*, 2007, p. 736, con nota di E. DE BELVIS, *Mancato esercizio dell'azione di riduzione ed espansione della quota di riserva*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1116, con nota di F. PUGLIESE, *Criteri per il calcolo della quota di legittima*.

³² Per lo svolgimento di questa tesi v. V. BARBA, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

stituzione, a seguito della riforma del 2006, non soltanto è strutturalmente, ma anche funzionalmente slegata dalla tutela dei legittimari³³.

Sotto un diverso profilo, è singolare che il principio di solidarietà sia utilizzato per offrire interpretazioni molto conservative della disciplina di tutela dei legittimari, ben oltre il limite in cui il corretto bilanciamento di questo principio con la libertà di disporre e il principio di libera autodeterminazione imporrebbe, ma poi non sia utilizzato in senso inverso, ossia al fine di valutare il comportamento dei legittimari. Quando, a esempio, la scelta del testatore di diseredare un proprio legittimario sia motivata proprio dal comportamento dell'ultimo; quando cioè, di là dalle ipotesi d'indegnità, il legittimario abbia assunto, in vita, un comportamento contrario al principio di solidarietà e, spesso, al rispetto della dignità umana del testatore o di terzi.

Sottovalutando questa lettura, per così dire, inversa del principio di solidarietà, che muove non dal testatore al legittimario, bensì dal legittimario al testatore, si afferma, da parte di molti, che la diseredazione del legittimario è disposizione testamentaria irrimediabilmente nulla³⁴, o anche disposizione testamentaria immeritevole di tutela³⁵. Omettendo di considerare che, in taluni casi concreti, potrebbe costituire un vero e proprio strumento di attuazione e realizzazione del principio di solidarietà familiare³⁶, escludendo dalla successione il legittimario che abbia assunto comportamenti contrari ai doveri familiari³⁷.

È la centralità della persona umana³⁸ la chiave attraverso la quale il diritto successorio attende di essere riletto; ciò impone di riconoscere la centralità dell'autonomia

³³ In senso contrario, e per una completa ricostruzione delle posizioni di dottrina e giurisprudenza, MARC. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 216 ss. Per un'ammissibilità della rinuncia anticipata all'azione di restituzione, G. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, p. 1293; G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 85 ss.; ID., *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, IV, p. 397. Nel senso proposto nel testo, G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674, nota n. 6; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, cit., paragrafo 10.

³⁴ In questo senso, P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, p. 76 s. Manifesta, invece, aperture, MARC. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, p. 143. Per un approfondimento sia consentito rinviare a V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 763 ss.; ID., *Recensione a «La clausola di diseredazione. Da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria» di P. Laghi e «La diseredazione. Profili evolutivi» di Marc. Tatarano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 969-980; più di recente, R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 307 ss.

³⁵ Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, Milano, 2001, 3ª ed., p. 654.

³⁶ Sul tema del giusto rimedio della diseredazione del legittimario si rinvia al paragrafo 4.

³⁷ Scriveva, J.É.M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di R. Calvo, Napoli, 2013, p. 76, «[s]e si teme che esistano dei padri ingiusti, perché non temere che ci possano essere dei figli snaturati?».

³⁸ Si v. nota n. 19.

privata e, dunque, la centralità dell'atto di ultima volontà, come strumento di realizzazione della dignità della persona³⁹.

3. La successione dei figli⁴⁰ è materia sulla quale gli interventi del legislatore e della Corte costituzionale sono stati corposi, in guisa da poter registrare un rilevante mutamento di prospettiva. Tali interventi si sono mossi lungo due direttrici: per un verso, eliminare le differenze tra figli nati da persone, tra loro, coniugate e figli nati da persone, tra loro, non coniugate, e, per altro e consequenziale verso, sganciare i diritti ereditari del figlio dalla logica della successione puramente familiare e attrarli alla successione del discendente, in modo da rendere irrilevante la circostanza che il figlio sia inserito nel contesto familiare del genitore, o no.

La disciplina affidata al Codice civile del 1942, sebbene fosse significativamente innovativa rispetto a quella del codice previgente⁴¹, reca tracce di una profonda disparità di trattamento tra i figli della famiglia e i figli che non sono della famiglia. Il trattamento riservato ai figli c.dd. legittimi non è molto diverso da quello attuale, mentre assai deteriore è, nel complesso, quello riservato ai figli illegittimi (poi naturali e ora nati fuori del matrimonio).

Costoro erano, a talune condizioni, considerati eredi legittimi, ma la disciplina che li concerneva era contenuta in un capo esclusivamente dedicato alla successione dei figli naturali e dei loro discendenti; inoltre l'art. 565 c.c., che apriva il titolo, faceva generico riferimento ai parenti naturali.

I figli illegittimi erano successibili, benché la loro posizione giuridica fosse deteriore rispetto a quella dei figli c.dd. legittimi⁴², sia in termini di quota, sia in termini

³⁹ Si v. nota n. 25.

⁴⁰ In tema, v. V. BARBA, *Successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, pp. 645-667; Id., *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Fam. dir.*, 2014, pp. 497-516; D. CARUSI, *La filiazione fuori dal matrimonio nel diritto italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 369-389; W. G. ROMAGNO, *La successione dei figli privi di stato alla luce della sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 567 ss.

⁴¹ Nel paragrafo 296 della relazione al Progetto definitivo si legge: «le innovazioni profonde rispetto al Codice del 1865, portate in questo capo dal progetto [Capo II], rispondono all'esigenza di migliorare sensibilmente la condizione dei figli naturali, prima trattati con ingiusto rigore. Le disposizioni in materia successoria, sono il logico svolgimento della riforma già attuata nel libro primo. Senonché, come per quello, si è ravvisata l'opportunità, in sede di revisione, di introdurre alcune modificazioni per evitare che il favore per i figli illegittimi fosse pregiudizievole alla famiglia legittima che deve essere sempre tutelata e salvaguardata, così è sembrato necessario in questo libro portare alcuni temperamenti all'indirizzo seguito dalla Commissione Reale».

⁴² In mancanza di discendenti legittimi, di ascendenti e del coniuge del genitore, avevano diritto all'intera eredità (art. 576 c.c.). Nel caso in cui concorrevano con figli legittimi, ai figli naturali spettava una quota corrispondente alla metà di quella spettante ai figli legittimi, purché, complessivamente, la quota dei figli legittimi non fosse inferiore al terzo dell'eredità; ai figli legittimi, inoltre, era riservata la facoltà di pagare in danaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali (art. 574 c.c.). Nel caso in cui concorrevano con il coniuge del genitore, ai figli naturali spettavano $\frac{2}{3}$ dell'eredità, mentre al coniuge $\frac{1}{3}$ dell'eredità (artt. 575 e 582 c.c.). Nel caso in cui concorrevano con figli legittimi e con il coniu-

qualitativi (soprattutto se consideriamo il c.d. diritto di commutazione, che rimane in vita nel nostro ordinamento fino al 2013); i figli non riconosciuti o non riconoscibili non erano, invece, successibili e, ove pure fosse stata giuridicamente accertata la discendenza, a loro competeva, soltanto, un assegno vitalizio⁴³.

I figli illegittimi erano anche legittimarî, ma le quote di patrimonio che l'ordinamento loro riservava erano, ancora una volta, diverse e assai inferiori rispetto a quelle riservate ai figli legittimi⁴⁴, mentre i figli non riconosciuti o non riconoscibili potevano conseguire soltanto un assegno vitalizio sulla disponibile.

ge, all'ultimo spettava, soltanto, l'usufrutto dell'eredità (nella misura di $\frac{1}{2}$ in caso di concorso con un figlio e di $\frac{1}{3}$ in caso di concorso tra più figli), mentre ai figli naturali spettava una quota corrispondente alla metà di quella spettante ai figli legittimi, i quali avevano, comunque, la facoltà di pagare in danaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali (artt. 581 e 574 c.c.). Nel caso di concorso con gli ascendenti del genitore, ai figli naturali spettavano i $\frac{2}{3}$ dell'eredità, mentre agli ascendenti $\frac{1}{3}$ (art. 575 c.c.). In caso di concorso con figli legittimi e ascendente, l'ultimo sarebbe stato escluso dalla successione e l'eredità sarebbe stata ripartita tra i figli legittimi e naturali secondo la disciplina dettata all'art. 574 c.c. Nel caso di concorso con il coniuge e con gli ascendenti naturali, agli ascendenti sarebbe spettata una quota pari a $\frac{1}{4}$ dell'eredità, al coniuge una quota pari a $\frac{1}{3}$ e ai figli naturali la restante parte (art. 575 c.c.). Infine, e in deroga al principio secondo il quale la filiazione naturale determinava l'insorgere di rapporti esclusivi tra i genitori, che riconoscono il figlio o nei confronti dei quali è accertata la filiazione, e il figlio stesso, la norma di cui all'art. 577 c.c. stabiliva che il figlio naturale potesse succedere all'ascendente legittimo immediato del suo genitore, che non volesse o potesse accettare l'eredità, ma solo se l'ascendente non avesse lasciato dietro di sé, né coniuge, né discendenti o ascendenti, né fratelli o sorelle o loro discendenti, né altri parenti legittimi entro il terzo grado. Insomma se il *de cuius*, oltre al figlio legittimo, che non voleva o poteva accettare l'eredità, non avesse altri che il figlio naturale del proprio figlio legittimo.

⁴³ Secondo l'art. 580 c.c., l'ammontare di tale assegno sarebbe stato determinato avendo riguardo alle sostanze ereditarie e al numero e alla qualità degli eredi, con l'intesa che tale assegno non avrebbe, comunque, potuto superare l'ammontare della rendita della quota a cui i figli naturali avrebbero avuto diritto se la filiazione fosse stata dichiarata o giudizialmente accertata. A ciò, deve aggiungersi, che secondo quella disciplina erano non riconoscibili non soltanto i figli incestuosi, salvi i casi previsti nell'art. 251 c.c., ma anche i figli adulterini, salvi i casi indicati all'art. 252 c.c. Sicché la categoria dei figli rispetto ai quali non era possibile il riconoscimento o l'accertamento giudiziale della paternità o maternità era ben più ampia di quella che, ancor oggi, esiste.

⁴⁴ In mancanza di discendenti legittimi, di ascendenti e del coniuge del genitore, ossia in mancanza di tutti e con prevalenza su nessuno, avevano diritto a $\frac{1}{3}$ dell'eredità, in caso di unico figlio naturale, e a $\frac{1}{2}$ dell'eredità, in caso di più figli naturali (art. 539 c.c.). La quota era, però destinata a ridursi assai significativamente in caso di concorso. Il quale era aperto a tutti i legittimarî possibili e immaginabili e, dunque, anche agli ascendenti. Nel caso in cui concorrevano con figli legittimi, la riserva complessivamente spettante a tutti i figli era pari a $\frac{2}{3}$ dell'eredità, ma, su tale quota, ogni figlio naturale avrebbe potuto conseguire la metà della porzione che avrebbe conseguito ciascun figlio legittimo, purché, complessivamente, la quota di questi ultimi non fosse inferiore al terzo del patrimonio. In ogni caso, poi, i figli legittimi avevano facoltà di pagare in danaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali (art. 541 c.c.). Nel caso in cui concorrevano con il coniuge del genitore, a quest'ultimo spettava l'usufrutto dell'eredità (nella misura di $\frac{5}{12}$ del patrimonio, in caso di concorso con un figlio e di $\frac{1}{3}$ del patrimonio, in caso di concorso con più figli), ai figli naturali spettava una quota nella misura di $\frac{1}{4}$ dell'eredità più $\frac{1}{5}$ della nuda proprietà spettante al coniuge, in caso di unico figlio naturale, ovvero una quota nella misura di $\frac{1}{3}$ dell'eredità più $\frac{1}{2}$ della nuda proprietà spettante al coniuge, in caso di più figli naturali (art. 543 c.c.). Nel caso in cui concorrevano con figli legittimi e con il coniuge, la quota di riserva complessiva era pari a $\frac{2}{3}$ dell'eredità. Al coniuge spettava soltanto l'usufrutto dell'eredità nella misura di $\frac{1}{4}$ del patrimonio. La residua parte della quota di

Non era per nulla migliore la disciplina sulla successione testamentaria, la quale, proprio allo scopo di comprimere i vantaggi economici che il figlio illegittimo avesse potuto conseguire da un animo particolarmente liberale del genitore, recava un complesso di disposizioni profondamente restrittive della stessa autonomia testamentaria, escludendo, addirittura, a talune condizioni ed entro certi limiti, la capacità dei figli illegittimi di ricevere per testamento (cfr. artt. 592-594)⁴⁵. A questo

riserva era divisa tra i figli legittimi e naturali secondo le proporzioni segnate nell'art. 541 c.c. (ogni figlio naturale avrebbe potuto conseguire metà della porzione che avrebbe conseguito ciascun figlio legittimo, purché, complessivamente, la quota di questi ultimi non fosse inferiore al terzo del patrimonio e in ogni caso, i figli legittimi avevano facoltà di pagare in danaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali). Nella stessa proporzione doveva essere ripartita anche la nuda proprietà dei beni assegnati in usufrutto al coniuge, ma, su essa, i figli legittimi avevano diritto di conseguire una parte maggiore, se ciò fosse stato necessario per integrare il minimo che loro spettava secondo quanto disposto dall'art. 541 c.c. (art. 542 c.c.). In caso di concorso con gli ascendenti del genitore, la quota complessiva di riserva era di $\frac{1}{2}$ in caso di unico figlio naturale e di $\frac{2}{3}$ in caso di più figli naturali. La riserva doveva essere distribuita in modo tale che all'ascendente spettasse una quota uguale a quella che sarebbe spettata a ciascun figlio (art. 545 c.c.). In caso di concorso con figli legittimi e ascendente, l'ascendente sarebbe stato escluso (arg. ex art. 537 c.c.) e la riserva sarebbe spettata soltanto ai figli legittimi e naturali, secondo la disciplina dettata all'art. 541 c.c. Nel caso di concorso con il coniuge del genitore e con gli ascendenti naturali, la quota complessiva di riserva era pari a $\frac{2}{3}$, da ripartire: in caso di unico figlio naturale, attribuendo al coniuge l'usufrutto di $\frac{1}{3}$ del patrimonio, agli ascendenti una quota pari a $\frac{1}{6}$ della riserva e al figlio naturale il residuo oltre i $\frac{3}{6}$ della nuda proprietà spettante al coniuge, mentre in caso di più figli naturali, attribuendo al coniuge l'usufrutto di $\frac{1}{3}$ del patrimonio, agli ascendenti una quota pari a $\frac{1}{6}$ della riserva e al figlio naturale il residuo, oltre alla nuda proprietà spettante al coniuge, (art. 546 Cod. civ).

⁴⁵ I figli naturali, nei casi di filiazione giuridicamente constatata, non potevano, infatti, ricevere per testamento più di quanto costoro avrebbero potuto conseguire se la successione si fosse devoluta secondo la legge (art. 592, i comma, c.c.). Sicché si limitava la stessa autonomia testamentaria, perché il *de cuius*, non avrebbe potuto, anche volendo, agevolare i propri figli naturali e far conseguire loro, più di quanto avrebbero potuto conseguire secondo le discipline sulla successione legittima. Il che, veniva a significare che, in presenza dei figli legittimi, soltanto per ipotizzare il caso più semplice, il *de cuius* avrebbe dovuto far conseguire ai figli legittimi una quota *di fatto* pari al doppio di quella che avrebbe potuto far conseguire ai figli naturali. In aggiunta, e ulteriore aggravio della loro posizione giuridica soggettiva, si stabiliva che i figli naturali riconoscibili, quando la filiazione risultava nei modi indicati nell'art. 279 c.c., non avrebbero, comunque, potuto ricevere per testamento più di quanto costoro avrebbero potuto conseguire se la filiazione fosse stata riconosciuta o accertata (art. 592, comma 2, c.c.). Ancora peggiore, la posizione dei figli naturali non riconoscibili, la cui filiazione risulta accertata nei modi indicati dall'art. 279 c.c. e quella dei figli naturali riconoscibili, ma non riconosciuti (cfr. art. 593 c.c.). Se concorrevano con i figli legittimi, non avrebbero potuto conseguire, per testamento, più della metà di quanto conseguiva, nella successione, il meno favorito dei figli legittimi. In caso di disposizioni testamentarie più favorevoli, l'eccedenza andava ripartita, nelle stesse proporzioni, tra figli legittimi e figli non riconoscibili. Il tutto fermato da una clausola di salvaguardia dei figli legittimi, la quale prevedeva che, in ogni caso, i figli naturali non riconoscibili non potevano, in nessun caso, ricevere, complessivamente, più di un terzo dell'eredità e che i discendenti legittimi avevano la facoltà di pagare in danaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione loro spettante. Se concorrevano con il coniuge del genitore naturale, i figli naturali non riconoscibili, per testamento, non avrebbero, comunque, potuto conseguire più del terzo dell'eredità. Stabilendo che l'eventuale eccedenza andava attribuita al coniuge. I figli naturali non riconoscibili e quelli non riconosciuti, quando ricorrevano le ipotesi di cui all'art. 279 c.c. e il testatore non avesse disposto a loro favore, avevano, però, diritto a conseguire nei confronti degli eredi e dei legatari del genitore a cui era attribuita la porzione disponibile, un assegno vitalizio

quadro di sperequazione, deve aggiungersi che potevano succedere per rappresentazione (cfr. art. 468 c.c.) soltanto i discendenti legittimi e non anche i discendenti naturali⁴⁶ e che i figli illegittimi, nonostante qualunque dispensa, non avrebbero potuto conseguire nella successione più di quanto è indicato dall'art. 592 c.c., anche quando, per rinuncia o altra causa, non fossero venuti alla successione⁴⁷.

Era inevitabile che nel torno degli anni che va dal 1960 e fino al 1975 la Corte costituzionale fosse chiesta di giudicare la legittimità di talune di queste norme, al pari di com'era inevitabile che queste decisioni, anche in considerazione della lettura proposta, allora, degli artt. 29 e 30 cost., non dovesse portare a risultati particolarmente significativi.

Una prima decisione del 1960⁴⁸, pur non mancando di avvertire l'opportunità di innovare e cambiare il sistema successorio, afferma l'infondatezza della questione di costituzionalità degli artt. 467, 468 e 577 c.c., mentre una sentenza di nove anni successiva⁴⁹, chiamata, sostanzialmente, sulla medesima questione, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 577 c.c. e l'incostituzionalità parziale degli artt. 467 e 468 c.c., sebbene questa pronuncia sia, ancora, molto distante dall'affermare l'uguaglianza tra i figli⁵⁰.

nei limiti stabiliti dall'art. 580 c.c. (cfr. art. 594 c.c.). Ciò spiega, anche la collocazione di questa disciplina, la quale, ben lungi dal prevedere una specie di riserva a loro favore, si limitava ad attribuire loro un mero diritto di credito, che poteva gravare, soltanto, sulla quota disponibile.

⁴⁶ Se, per un verso, si affermava che la rappresentazione ha luogo, nella linea retta a favore anche dei discendenti dei figli naturali (art. 468 c.c.), per altro verso, si stabiliva che potevano succedere nel luogo e nel grado del loro ascendente, che non avesse voluto o potuto accettare l'eredità (cfr. art. 468 c.c.), soltanto i discendenti, escludendo, dunque, i discendenti naturali. Il che significava che, se l'istituto che non poteva o non voleva succedere era figlio naturale dell'ereditando, potevano succedere per rappresentazione i suoi discendenti, purché si fosse trattato di discendente legittimo e non di discendente naturale. Cfr., C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, cit., p. 377 e s.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, cit., p. 460; A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., p. 56.

⁴⁷ Osserva A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., p. 82 e ss., che questa disciplina finisce con l'escludere che il figlio naturale possa essere dispensato dall'imputazione. Perché mentre i figli legittimi che fossero dispensati dall'imputare ciò che hanno ricevuto per donazione non devono conferire le donazioni, «il figlio naturale deve imputare e, per il supero, restituire le donazioni a lui fatte anche con la dispensa da collazione. Donde risulta evidente che l'obbligo di imputazione c'è anche se manca l'obbligo di collazione. E così pure nel caso in cui il figlio naturale rinunci alla successione o non venga alla successione per altra causa: es., per indegnità».

⁴⁸ Corte cost., 6 luglio 1960, n. 54, in *Leggi d'Italia*. Per un verso, si afferma che l'art. 30 cost., consente di desumere «un innegabile favore per la prole naturale», ma, per altro verso, si precisa che la norma costituzionale contiene una riserva che solo la legge può sciogliere, sicché dovrà essere «il legislatore a stabilire fino a che punto la maggiore tutela del figlio naturale sia, caso per caso, cioè nella eventuale determinazione di uno *status* e delle conseguenze di esso anche in campo successorio, compatibile coi diritti dei componenti la famiglia legittima». Sta di fatto che, in quella sentenza, trincerandosi, formalmente, dietro la riserva di legge, ma sostanzialmente sull'idea di una ontologica diversità, il sistema legislativo rimane immutato.

⁴⁹ Corte cost., 14 aprile 1969, n. 79, in *Giur. it.*, 1969, cc. 1219 e s.

⁵⁰ Errato sarebbe, però, sulla base di questa sentenza di valutare un'apertura convinta della Corte costituzionale ai figli naturali, in quanto figli, perché, a leggere attentamente la motivazione, la declaratoria d'incostitu-

Non diverse nello stile e nei contenuti sono tre decisioni successive, le quali, pur sostanzialmente migliorando la posizione successoria del figlio illegittimo, finiscono per affermare con decisione la sua differenza rispetto al figlio legittimo⁵¹.

Nel complesso, la famiglia legittima, alla quale deve riconoscersi assoluta priorità, è quella composta di coniuge e figli; essa non lascia spazio ai figli illegittimi, i

zionalità finisce con l'essere un'importante affermazione di disparità. La quale stride, oggi, ancor di più con il senso di legalità costituzionale, se soltanto si pensi che quella sentenza è stata assunta, ponendo a suo fondamento, non soltanto l'art. 30 cost., ma anche l'art. 3 cost.

L'attenzione del giudice delle leggi è ferma sull'art. 467 c.c., mentre l'incostituzionalità dell'art. 577 c.c. e dell'art. 468 c.c. sono, soltanto, una conseguenza dell'incostituzionalità del primo. Il ragionamento del giudice, muovendo dal presupposto che la costituzione non ha, affatto, assimilato figli naturali e figli legittimi, «ché anzi l'ampiezza dei diritti dei primi nei confronti dei secondi dev'essere determinata, in ossequio alla preminenza di questi ultimi e sia pure con criteri di razionalità, dal potere discrezionale del legislatore ordinario», giunge alla conclusione che «l'assimilazione è innegabile (solo) là dove manchi una famiglia legittima». Poiché, però, la famiglia legittima comprende coniugi e figli, ma non anche collaterali o ascendenti, essendo questo il nuovo modello familiare assunto a paradigma dal legislatore, allora è possibile dire che i figli naturali, se non vi siano i figli legittimi, possono essere direttamente tutelati. La tutela del figlio naturale si apre soltanto se il genitore naturale non ha coniuge o figli legittimi.

⁵¹ Corte cost., 28 dicembre 1970, n. 205, in *Gist. civ.*, 1971, III, p. 81 ss., dichiara l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 593 c.c. e, per logica conseguenza, l'illegittimità costituzionale dell'art. 593, comma secondo, c.c.; dell'art. 593, comma quarto, c.c., nella parte concernente l'applicabilità delle disposizioni contenute nei commi primo e secondo ai figli non riconosciuti, dei quali sarebbe ammissibile il riconoscimento a norma degli artt. 251 e 252, terzo comma c.c.; dell'art. 592 c.c.; dell'art. art. 599 c.c., nella parte in cui si riferisce agli anzidetti articoli 592 e 593 c.c. Con questa sentenza, cade l'incapacità dei figli naturali di ricevere per testamento, oltre una certa misura. Incapacità che appariva, già, davvero assai paradossale, se solo si pensa, come non manca di rilevare la stessa Corte, non tanto alla posizione dei figli legittimi, per i quali non v'era alcuna limitazione, bensì alla posizione degli estranei alla famiglia legittima, a favore dei quali il *de cuius* avrebbe potuto, sempre, in assenza di altri legittimari liberalmente disporre.

Corte cost., 30 aprile 1973, n. 50, in *Giur. it.*, 1973, I, cc. 1223 e ss., dichiara l'incostituzionalità dell'art. 539 c.c., limitatamente alla parte in cui, a favore dei figli naturali, quando la filiazione è riconosciuta o dichiarata, è riservato, in mancanza di figli legittimi e di coniuge, soltanto un terzo del patrimonio del genitore, se questi lascia un solo figlio naturale, o la metà, se i figli naturali sono più, e non, come per i figli legittimi, la metà del patrimonio del genitore, se questi lascia un figlio solo, o i due terzi, se i figli sono più e, sempre, per logica necessità di coordinamento, l'incostituzionalità dell'art. 545 c.c. e dell'art. 546 c.c. e, conseguentemente, dell'art. 538 c.c., dell'art. 539 c.c. e dell'art. 540 c.c., nelle parti in cui fanno richiamo ai predetti art. 545 e art. 546. Sentenza che, certamente, sembra innovare il sistema e parificare la posizione dei figli naturali a quella dei figli legittimi, ma sol perché si tratta di situazioni nelle quali mancano del tutto i figli legittimi, ossia quei soggetti che, primariamente, debbono essere tutelati. Anche in questa occasione, il giudice non manca di ammonire che occorre garantire ogni tutela al figlio naturale, ma soltanto «quando non urti cogli interessi “dei membri della famiglia legittima”».

Corte cost., 27 marzo 1974, n. 82, in *Leggi d'Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 575 c.c., limitatamente alla parte in cui, in mancanza di figli legittimi e del coniuge del genitore, ammette un concorso tra i figli naturali riconosciuti o dichiarati e gli ascendenti del genitore e, in necessaria e logica conseguenza, la illegittimità costituzionale dell'art. 435 c.c., nella parte in cui non prevede l'obbligo per i figli naturali riconosciuti o dichiarati di prestare gli alimenti agli ascendenti legittimi del proprio genitore. Ancora una volta, e molto più di quanto non sia accaduto nella precedente sentenza, si migliora la posizione giuridica successoria del figlio naturale, ma si è assai lungi dall'equiparare la di lui posizione giuridica a quella dei figli legittimi.

quali, conquistano qualche migliore posizione rispetto a familiari, pure legittimi, ma non piú considerati componenti della famiglia in senso nucleare, ossia i collaterali del *de cuius*.

Una vera e sostanziale opera di parificazione della condizione giuridica, anche successoria, dei figli illegittimi, si compie, soltanto, con la riforma del diritto di famiglia del 1975, la quale ha il merito di aver sostituito alla formula «filiazione illegittima» l'espressione «filiazione naturale», di aver ristretto le ipotesi di figli naturali non riconoscibili ai soli figli incestuosi, escludendo i c.dd. adulterini e, infine, di aver eliminato le ipotesi di figli naturali riconoscibili, ma non riconosciuti.

In tema successorio le modifiche sono tante e rilevanti.

Viene modificata la disciplina della rappresentazione, ammettendo sia i discendenti legittimi sia quelli naturali; la disciplina sulla collazione, prevedendo un medesimo obbligo per i figli sia legittimi sia naturali⁵²; la disciplina della successione legittima, realizzando una sostanziale equiparazione tra figli legittimi e naturali sia in termini di quote, sia in termini di concorso con altri successibili⁵³; la disciplina di tutela dei legittimarî, prevedendo eguali quote di riserva per i figli legittimi e naturali, sia per l'ipotesi in cui siano soli, sia nell'ipotesi in cui concorrano con il coniuge, eliminando il concorso dei figli naturali con gli ascendenti⁵⁴; la disciplina sulla successione testamentaria, rispetto alla quale vengono del tutto eliminate, portando, cosí, a definitivo compimento l'opera avviata dalla Corte costituzionale, tutte le incapacità o le limitazioni della capacità di ricevere per testamento.

È modificata anche la disciplina successoria dei figli non riconoscibili, a favore dei quali, rimane previsto soltanto il diritto a un assegno vitalizio, la cui misura è, però, determinata in maniera fissa, in modo che esso sia pari all'ammontare della

⁵² Non si prevede piú una disciplina differente, a seconda che si tratti di figli legittimi o naturali e, per gli uni e gli altri, è previsto il medesimo obbligo. Cfr. artt. 201 e 202 della L. 19 maggio 1975, n. 151.

⁵³ Cambia l'ordine dei successibili: ai discendenti legittimi si accompagnano i discendenti naturali, in pari grado, e, insieme, vengono preceduti soltanto dal coniuge e seguiti dagli ascendenti legittimi, dai collaterali, dagli altri parenti e dallo Stato. La successione dei figli legittimi e dei figli naturali viene regolata in modo tale che non esista piú alcuna differenza nelle quote spettanti agli uni e agli altri e, soprattutto nel grado degli uni e degli altri. Rimane, però, nella diversa formulazione già prevista nel nuovo art. 537 c.c., il diritto alla, cosí detta, commutazione. Cadono, dunque, le differenze esistenti nel caso di concorso di figli legittimi e figli naturali, in concorso tra loro e in concorso con il coniuge, in uno con la previsione che ammetteva, diversamente da quanto non fosse già previsto per i figli legittimi, che i figli naturali dovessero concorrere con gli ascendenti dell'ereditando.

⁵⁴ I figli naturali vengono indicati come legittimarî insieme ai figli legittimi, dopo il coniuge e prima degli ascendenti, modificando, cosí, l'originaria architettura della norma di cui all'art. 536 c.c.. I figli naturali e i figli legittimi, inoltre, divengono, insieme, titolari di una medesima quota di riserva, mentre si conserva il diritto di commutazione, che, però, cambia nelle sue linee essenziali, perché non si dice piú che si tratta di una facoltà, perché si usa il verbo soddisfare in luogo di pagare, e, soprattutto, perché si prevede che i figli naturali si possano opporre e che sulla opposizione decida il giudice. I figli naturali vengono equiparati ai figli legittimi, in caso di concorso con il coniuge, sicché la disciplina del concorso di coniuge e figli diventa unitaria; inoltre, analogamente a quanto era già previsto per i figli legittimi, viene stabilito, anche per i figli naturali, che costoro non debbano piú concorrere con gli ascendenti del *de cuius*.

rendita della quota di eredità alla quale i figli avrebbero diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta.

Il sistema viene sostanzialmente e consistentemente innovato, al punto che si può affermare che la traccia disegnata nella legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 sia quella, oggi, tuttora, vigente. Lo statuto giuridico successorio del figlio naturale, benché perda larga parte dei connotati che lo differenziavano da quello dei figli legittimi, non è, ancora, identico. La parificazione non è, dunque, portata a definitivo compimento. Rimane, infatti, pur nella sua differente connotazione, il potere dei figli legittimi di commutare la quota di legittima o la quota di riserva prevista a favore dei figli naturali. Rimane, soprattutto, un regime particolarmente penalizzante per il figlio naturale non riconosciuto o non riconoscibile⁵⁵, che nella successione legittima non ha titolo di essere erede, ma soltanto legatario di un assegno vitalizio.

Gli interventi della Corte Costituzionale dal 1975 e fino all'ultima riforma del 2012 e del 2013, che ha definitivamente eliminato ogni differenza di trattamento tra figli legittimi e naturali, sono poco significativi. In questi oltre trentasette anni di esperienza e di controllo di legalità costituzionale, pur essendo chiesta, in più occasioni, di intervenire ed eliminare quelle differenze di trattamento che, a mano a mano, risultavano sempre più irragionevoli, la Corte costituzionale, con pronunce, anche molto dotte, ha sostanzialmente rigettato le questioni sottoposte, sollecitando, piuttosto, con talune ordinanze d'inammissibilità, i giudici ordinari a farsi coraggiosi interpreti del diritto civile secondo legalità costituzionale.

Mettendo a parte, le non poche pronunce concernenti le questioni successorie dei fratelli e delle sorelle naturali⁵⁶, che, però, non riguardano in via immediata e

⁵⁵ Di recente, il lavoro di L. BARDARO, *La filiazione non riconoscibile tra istanze di tutela e valori giuridici*, Napoli, 2015, il quale offre una precisa ricostruzione della disciplina individuando condivisibili soluzioni interpretative.

⁵⁶ Corte cost., 4 luglio 1979, n. 55, in *Leggi d'Italia professionale*, «una minore tutela del figlio nato fuori del matrimonio in tanto può trovare una sua giustificazione costituzionale in quanto tale condizione venga a confliggere con i diritti dei membri della famiglia legittima. In assenza - come nella specie - di altri successibili *ex lege* ad eccezione dello Stato, tale situazione di conflittualità non si determina e quindi - sottoponendo a revisione critica la precedente pronuncia di non fondatezza della medesima questione, sia pure relativamente a disposizioni diverse del codice civile, ed armonizzando la soluzione del caso in esame con la costante giurisprudenza di questa Corte - la posizione del figlio naturale va assimilata a quella del discendente legittimo, giustificandosi così la successione tra fratelli (o sorelle) naturali, purché la filiazione sia stata riconosciuta o dichiarata. Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale - per contrasto con gli artt. 3 e 30, terzo comma, cost., - dell'art. 565 c.c., nella parte in cui esclude dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili, e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati, venendosi conseguentemente a stabilire per essi un trattamento deteriore rispetto a tutti gli altri successibili *ex lege*».

Corte cost. 12 Aprile 1990, n. 184, in *Foro it.*, 1991, I, cc. 3283 e ss., ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 565 c.c., nella parte in cui, in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali, dei quali sia legalmente accertato il rispettivo status di filiazione nei confronti del comune genitore»; Corte cost., 7 novembre 1994, n. 377, in *Leggi d'Italia professionale*, ha dichiarato «inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 565, 572

diretta i figli naturali, e mettendo a parte quelle decisioni nelle quali si è fatta questione di legittimità costituzionale delle norme relative alle azioni giudiziarie volte ad affermare o negare la maternità o la paternità naturale⁵⁷, sono davvero poche le sentenze nelle quali la Corte ha deciso casi specificamente relativi a diritti successorî del figlio naturale.

Eccettuando una singolare decisione del 1984⁵⁸, una sentenza nella quale il tema delle disuguaglianze di trattamento si pone nel 2009⁵⁹, quando la Consulta viene chiesta di giudicare la legittimità costituzionale del diritto di commutazione, sia

c.c., e, in linea subordinata, l'art. 468 c.c. sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 30, terzo comma, cost.>; Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 361, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 565 c.c. - in riferimento agli artt. 3, 29, comma 1, e 30, comma 3 cost., - nella parte in cui, in mancanza di altri successibili chiamati all'eredità, non prevede la successione legittima dei parenti naturali entro il sesto grado.

⁵⁷ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, f. 6, commentata da W. G. ROMAGNO, *La successione dei figli*, cit., p. 567 ss., la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato. Va da sé che si tratta di sentenza particolarmente significativa, perché riducendo, in modo importante, l'area dei soggetti per i quali non sia possibile l'accertamento della paternità o maternità giudiziale, riduce, di logica necessità, anche l'area dei soggetti che accedono ai soli diritti successorî disposti «a favore» dei figli naturali non riconoscibili.

⁵⁸ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 168, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2385 ss. è chiesta di giudicare la legittimità costituzione della norma di cui all'art. 541 c.c. nell'originaria formulazione, la quale stabiliva che ai figli legittimi spettasse una quota pari al doppio di quella spettante ai figli naturali. Viene chiesta, cioè, di giudicare la legittimità costituzionale di una norma non più vigente, però destinata a valere, ancora, per tutte quelle successioni apertesi anteriormente alla entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia. La Corte, muove da questa importante premessa: «dai relativi lavori parlamentari si evince che il legislatore, muovendo dalla consapevolezza che «nessuna parte dell'ordinamento giuridico risente come il diritto familiare delle contemporanee ed opposte sollecitazioni della tradizione da un lato e del costume in evoluzione dall'altro», ha inteso impegnare «saggezza ed equilibrio» al fine di «modulare le delicate correlazioni e l'intensità degli strumenti di tutela dei diversi interessi in gioco [...] per la migliore sistemazione normativa dell'istituto e soprattutto per la sua aderenza alla realtà sociale». Epperò, immediatamente dopo, viene ad affermare che «per quanto in particolare concerne l'operata parificazione dei figli naturali ai legittimi nell'ambito successorio, è stato nella medesima sede escluso che «il limite costituzionale ai diritti dei figli nati fuori del matrimonio, rappresentato dalla tutela della famiglia legittima, implichi una ridotta partecipazione alla successione ereditaria». Ed all'uopo si è affermato che, se vero che il dettato costituzionale non impone tale parificazione, altrettanto vero è che esso non la vieta, trattandosi di «una scelta sul piano dell'opportunità politica che non coinvolge valutazioni di ordine costituzionale». La norma di cui all'art. 541 c.c., ancorché non più vigente, ma idonea a regolare le successioni apertesi anteriormente alla riforma del diritto di famiglia, non può essere dichiarata costituzionalmente illegittima. Essa, dunque, vale, per quel che resta del suo tempo di efficacia, nel nostro ordinamento giuridico.

⁵⁹ Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 335, in *Fam. persone e successioni*, 2011, p. 124 ss., con nota di T. BONAMINI, *Sulla legittimità costituzionale del diritto di commutazione*; in *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, pp. 567 e ss., con nota di A. GORGONI, *La commutazione e la compatibilità con i membri della famiglia legittima*; in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 339 ss., con nota di A. ASTONE, *La corte costituzionale e la dinamica evolutiva dei rapporti sociali: il diritto di commutazione non sarebbe anacronistico*; in *Giur. it.*, 2010, pp. 784, con nota di C. SGOBBO, *Il diritto di commutazione nel rispetto del principio di eguaglianza e del divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali*.

pure nella formulazione assunta, successivamente alla riforma del diritto di famiglia. La soluzione, tuttavia, non appaga, perché la norma non è dichiarata costituzionalmente illegittima, sebbene si precisi che è demandato al giudice ordinario, il quale deve decidere sull'opposizione del figlio naturale, il compito di ponderare gli interessi successorî del figlio naturale con i diritti dei componenti della famiglia legittima⁶⁰.

Infine, è merito dell'ultima riforma della filiazione del 2012 e del 2013, che porta a piena attuazione il principio di eguaglianza sostanziale dei figli, aver sganciato la successione del figlio dal contesto familiare, legandola, esclusivamente, al rapporto di discendenza. Non soltanto si supera la dicotomia "figli legittimi - figli naturali" a vantaggio delle espressioni meno eleganti, ma meno discriminatorie di "figli nati nel e fuori il matrimonio", non soltanto si afferma l'esistenza di una responsabilità genitoriale dipendente dal fatto della procreazione, ma si afferma in modo esplicito che esiste un unico *status* di figlio.

La riforma, pur affermando il principio di unicità dello stato di figlio⁶¹, lascia, però, permanere, nella sostanza, un differente statuto successorio per una particola-

⁶⁰ Precisa, infatti, il giudice, richiamando una precedente decisione, che «l'approccio alla problematica relativa alla correttezza della scelta delle concrete modalità di realizzazione del menzionato temperamento con (o la subordinazione ad) altri principi di pari o maggior peso va interamente condotto sul versante della analisi della ragionevolezza del trattamento differenziato, commisurato "alla dinamica evolutiva dei rapporti sociali"». La parità di trattamento è garantita dalla nuova formulazione dell'art. 537 c.c., nella parte in cui attribuisce ai figli legittimi e ai figli naturali il diritto di concorrere alla successione del genitore, nel medesimo grado e nelle medesime quote. Costituisce, però, scelta del legislatore, in ossequio a quel necessario temperamento, il quale funge da clausola generale, aperta al divenire sociale, la scelta di «di conservare in capo ai figli legittimi la possibilità di richiedere la commutazione, condizionata dalla previsione della facoltà di opposizione da parte del figlio naturale e dalla valutazione delle specifiche circostanze posta a base della decisione del giudice, non contraddice la menzionata aspirazione alla tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali, giacché non irragionevolmente si pone ancor oggi (quale opzione costituzionalmente non obbligata né vietata) come termine di bilanciamento (compatibilità) dei diritti del figlio naturale in rapporto con i figli membri della famiglia legittima». Secondo, il giudice, poi, il sospetto di illegittimità costituzionale della norma, che prevede il diritto di commutazione, deve venir meno, se soltanto si consideri che il legislatore ha previsto, adesso, il diritto dei figli naturali di opporsi alla commutazione e demandato al giudice di decidere sull'opposizione. Il giudice, terzo arbitro, imparziale, si eleva, dunque, a garante della parità di trattamento, nella diversità; a lui, dunque, è «demandato il riscontro della sussistenza o meno di quella che sostanzialmente può definirsi come "giusta causa" dell'opposizione del figlio naturale alla richiesta di commutazione avanzata dai figli legittimi». La norma appare «idonea a consentire il recepimento nel suo ambito dispositivo (di volta in volta, e secondo il sentire dei tempi) delle singole fattispecie, commisurate proprio a quella dinamica evolutiva dei rapporti sociali, che attualizza il precetto costituzionale. Ciò, tanto più in quanto - per colmare la già evidenziata ampia latitudine del riferimento normativo alle "circostanze personali e patrimoniali" - il giudice, nella propria opzione ermeneutica, è tenuto a dare una valutazione costituzionalmente orientata, la quale appunto non può ignorare (ma deve necessariamente prendere in considerazione) la naturale evoluzione nel tempo della coscienza sociale e dei costumi».

⁶¹ G. CHIAPPETTA, *I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio*, in *Lo stato unico di figlio*, a cura di G. Chiappetta, Napoli, 2014, p. 11 ss.; M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.; ID., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013

re categoria dei figli: quelli non riconoscibili⁶². Questi ultimi, infatti, nel caso di successione *ab intestato*, non hanno diritto a una quota di eredità, bensì soltanto a un assegno vitalizio, pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbero avuto diritto se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta. Conservano, anche, il diritto a pretendere la capitalizzazione dell'assegno loro spettante in danaro, o, a scelta degli eredi legittimi, in beni ereditari. A favore dei figli irriconoscibili rimane anche la speciale disciplina che, per larghi versi, li accomuna ai legittimari⁶³. Nel caso di successione testamentaria, ove il loro genitore nulla abbia disposto a loro favore con donazione o con testamento, hanno diritto a un assegno vitalizio, pari all'ammontare della rendita della quota di eredità che loro sarebbe stata riservata, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta. Hanno diritto di chiedere e ottenere tale assegno dagli eredi, dai legatari e dai donatari, che sono tenuti in proporzione di quanto costoro abbiano ricevuto dal *de cuius*. Nell'ipotesi in cui il genitore naturale abbia disposto a loro favore con donazione o con testamento, non hanno diritto di imputare quanto ricevuto e chiedere l'integrazione del dovuto, ma soltanto la facoltà di tacere e conservare quanto ricevuto, ovvero di «rinunciare alla disposizione e chiedere l'assegno». Rimane, piuttosto, da stabilire se tale statuto possa applicarsi al figlio naturale riconoscibile ma non riconosciuto⁶⁴ e se possa ac-

p. 231 ss.; M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C. M. Bianca, Padova, 2015, p. 3 ss.

⁶² Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. costit.*, 2002, f. 6.

⁶³ In senso favorevole, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 34; ID., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 170 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia e le successioni*, cit., p. 602. Parrebbe orientata, in senso contrario, M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, cit., pp. 449 e ss.

⁶⁴ Considerando che la nuova riforma non ha eliminato le ipotesi di figli non riconoscibili, lasciando spazio, soltanto a quelle di figli cui è negata l'autorizzazione del giudice per il riconoscimento, può discutersi se soltanto agli ultimi possa e debba applicarsi lo statuto successorio del figlio non riconoscibile, oppure se esso possa essere applicato anche al figlio riconoscibile, ma non riconosciuto, che preferisca, in luogo di far accertare la filiazione, conseguire i soli diritti successorî di cui agli artt. 580 e 594 c.c. È noto che la giurisprudenza, dopo una prima apertura (Cass., 6 novembre 1976, n. 4044, cit., c. 3412; Cass., 29 novembre 1983, n. 7158, cit., p. 460; Cass., 26 giugno 1984, n. 3709, cit., p. 2058.), da ultimo, abbia fermata una soluzione piú restrittiva (Cass. 24 gennaio 1986, n. 467, cit., p. 542; Cass. 22 gennaio 1992, n. 711, cit., cc. 138; Cass., 28 agosto 1999, n. 9065, cit., p. 1423.), al pari di come è nota la critica che questo indirizzo ha sollevato nella dottrina (L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 125.). La critica, già, allora, formulata verso l'ultimo indirizzo restrittivo, sembra, ancora piú fondata nel nuovo sistema normativo. Nel momento in cui cade l'assoluta impossibilità di ammettere un riconoscimento, affermandosi il principio che il riconoscimento è sempre possibile, previa autorizzazione del giudice, che decide avendo riguardo, esclusivo, all'interesse del figlio e alla necessità di evitare, allo stesso, un pregiudizio, sarebbe legittimo attendersi un *revirement* dell'orientamento giurisprudenziale. Nel momento in cui il riconoscimento diventa, di fatto, sempre possibile, salvo che esigenze e necessità del figlio lo escludano, non credo che si debba negare al figlio, pur riconoscibile, di decidere, avendo riguardo alle proprie esigenze e alle proprie necessità, se preferire la minore tutela successorî di cui agli artt. 580 e 594 c.c., in luogo di quella che gli competerebbe se ottenesse una dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale.

cedere a tale tutela il figlio biologico quando questi abbia lo stato di figlio legittimo di altri genitori⁶⁵.

Nel complesso può, dunque, registrarsi una sostanziale equiparazione della posizione successoria dei figli indipendentemente dalla circostanza che costoro siano nati nel matrimonio o fuori del matrimonio; rimane, però, un ordinamento che non soltanto conserva ancora, seppur in termini residuali e rimodulando la disciplina nel presunto interesse del figlio, la categoria dei c.dd. figli non riconoscibili, ma che, addirittura, persevera nel riservare a tali soggetti un trattamento successorio molto diverso da quello previsto per tutti gli altri figli.

4. Importanti sono le modifiche che nel nostro sistema successorio hanno riguardato il coniuge, se soltanto si pensi che si è trascorsi da un assetto che gli attribuiva diritti successori troppo fragili a un sistema che, per opinione unanime e condivisa, prevede, adesso, diritti successori eccessivamente rinforzati e non più ragionevolmente giustificabili.

Anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, il coniuge era successibile e legittimario e la disciplina che lo riguardava era contenuta agli artt. 581-585 c.c. e agli artt. 540, 542, 543, 544, 547 e 548 c.c. Era solida l'idea romanistica che reputava la famiglia un gruppo fondato sul vincolo di sangue e il coniuge una minaccia per il patrimonio familiare, in quanto poteva mettere a repentaglio la conservazione e la trasmissione dei beni ai consanguinei.

Al coniuge era, infatti, devoluta tutta l'eredità nel solo caso in cui mancavano parenti successibili entro il quarto grado (art. 583, comma 2, c.c.), mentre nei casi di concorso con altri successibili, che fossero figli legittimi o naturali, fratelli o sorelle, ascendenti o parenti entro il quarto grado, spettava soltanto una quota di eredità,

⁶⁵ Sul punto, manifestando un certo dissenso rispetto all'orientamento della giurisprudenza da ultimo formulato, credo che debba preferirsi una soluzione di segno negativo. Perché, acconsentire e offrire questa opportunità, come la giurisprudenza, da ultimo, ha fatto, quando il mancato esercizio dell'azione per l'accertamento giudiziale sia dipeso da una scelta volontaria del figlio o, peggio ancora, nei casi in cui i genitori legittimi non abbiano le sostanze per mantenere il figlio, mi pare che finisca, radicalmente, per tradire il senso, non soltanto dell'ultimo intervento normativo, non soltanto del cammino verso il *favor veritatis*, ma lo stesso fondamento del diritto successorio del figlio non riconoscibile. Il quale deve legarsi alla responsabilità della procreazione, quando, però, non risulta che, nell'ordinamento giuridico, questa responsabilità sia già posta a carico di altri. Più ragionevolmente, ove il figlio intenda acquisire i diritti successori verso i propri genitori biologici, dovrà prima contestare la legittimità della filiazione e, una volta venuta meno quella, agire per far accertare la filiazione nei confronti del genitore biologico, o, in difetto dell'accertamento, chiedere di accedere ai diritti successori dei figli non riconoscibili. Ragionare diversamente, peraltro, significa consentire a colui che risulta essere figlio legittimo di taluni genitori di accedere sia ai diritti successori nei confronti di quelli che ai diritti successori nei confronti del genitore naturale. Sarebbe come a dire che quel figlio, succede, in qualità di figlio, potenzialmente, rispetto a due padri e due madri. Il che, per quanto nessuno dubita della situazione di svantaggio nella quale si trova il figlio naturale non riconoscibile, pare una concessione eccessiva, che urta contro il sistema stesso della filiazione.

con intesa che in caso di concorso con i figli legittimi, al coniuge spettava soltanto l'usufrutto di una quota di eredità⁶⁶.

Al coniuge, in quanto legittimario, era riservato soltanto l'usufrutto di una quota del patrimonio, in misura variabile secondo che fosse l'unico legittimario (art. 540 c.c.), o che concorresse con i figli legittimi e/o naturali (artt. 542 e 543 c.c.), o con gli ascendenti (art. 544 c.c.)⁶⁷.

È la riforma di diritto di famiglia del 1975, che modifica radicalmente l'impianto successorio, portandolo a quello che è a oggi noto.

Nella successione legittima non soltanto si prevede che il coniuge abbia sempre diritto a una quota di eredità in piena proprietà, ma, addirittura, che la misura di tale quota sia, in termini assoluti, ben superiore non soltanto a quella degli ascendenti o dei collaterali, ma anche a quella dei figli. Senza dimenticare che il coniuge diventa un legittimario di prim'ordine, dacché a costui è sempre riservata una quota di patrimonio, in piena proprietà, molto più alta di quella riservata a qualunque altro legittimario e, in aggiunta, anche il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso sui mobili che la corredano.

Tali ultimi due diritti, di cui all'art. 540, comma 2, c.c., non soltanto spettano al coniuge anche nel caso di successione legittima, ma hanno un'estensione -pur

⁶⁶ Nel caso di concorso del coniuge con figli legittimi o con figli legittimi e naturali il coniuge ha diritto all'usufrutto di una quota di eredità (art. 581, comma 1, c.c.). Pari $\frac{1}{2}$ dell'eredità nel caso di concorso con un solo figlio e pari a $\frac{1}{3}$ negli altri casi (art. 581, comma 2, c.c.). I diritti del coniuge in entrambi i casi possono essere soddisfatti, su decisione facoltativa degli altri eredi, secondo le modalità descritte all'art. 547 c.c., ossia mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia oppure mediante l'assegno di frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi di comune accordo o, in mancanza, da parte dell'autorità giudiziaria (art. 581, comma 3 c.c.). In caso di concorso del coniuge con i figli naturali, al primo è devoluta in proprietà una quota ereditaria di $\frac{1}{3}$ (art. 582, comma 1, c.c.). In caso di concorso con ascendenti legittimi oppure con fratelli e sorelle, anche se unilaterali, oppure con gli uni e gli altri, al coniuge è devoluta in proprietà una quota ereditaria di $\frac{1}{2}$ (art. 582, comma 1, c.c.). Nel caso di concorso con altri parenti entro il quarto grado, al coniuge è devoluta in proprietà una quota ereditaria di $\frac{1}{2}$ (art. 583, comma 1, c.c.). Se non vi sono parenti entro il quarto grado, al coniuge è devoluta l'intera eredità (art. 583, comma 2, c.c.). Il coniuge perde tutti i diritti successori in seguito alla sentenza di separazione personale, anche se questa è stata pronunziata per colpa di entrambi (art. 585 c.c.).

⁶⁷ Nel caso in cui non vi fossero né figli né ascendenti, al coniuge è riservato l'usufrutto di $\frac{2}{3}$ del patrimonio ereditario (art. 540 c.c.). Nel caso di concorso con un figlio legittimo, al coniuge è riservato l'usufrutto di $\frac{1}{3}$ del patrimonio ereditario (art. 542, comma 1, c.c.). Nel caso di concorso con un solo figlio naturale, al coniuge è riservato l'usufrutto di $\frac{5}{12}$ del patrimonio ereditario (art. 543, comma 1, c.c.). Nel caso di concorso con più figli legittimi o più figli di cui almeno uno legittimo, al coniuge è riservato l'usufrutto di $\frac{1}{4}$ del patrimonio ereditario (art. 542, comma 2 e 3, c.c.). Nel caso di concorso con più figli naturali, al coniuge è riservato l'usufrutto di $\frac{1}{3}$ del patrimonio ereditario (art. 543, comma 2, c.c.). Nel caso di concorso con gli ascendenti, al coniuge è riservato l'usufrutto di $\frac{5}{12}$ del patrimonio ereditario (art. 544 c.c.). Nel caso di concorso con ascendenti e figli naturali, al coniuge è riservato l'usufrutto di $\frac{1}{3}$ del patrimonio ereditario (art. 546 c.c.). In ogni caso è in facoltà degli eredi di soddisfare le ragioni del coniuge mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia oppure mediante l'assegno di frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi di comune accordo o, in mancanza, da parte dell'autorità giudiziaria (art. 547 c.c.). Il coniuge non ha diritto alla riserva in seguito alla sentenza di separazione personale, anche se questa è stata pronunziata per colpa di entrambi (art. 548 c.c.).

prescindendo dalla criticabile lettura offerta dalle Sezioni unite della Cassazione⁶⁸-tale da gravare sulle quote degli stessi figli e, in alcuni casi, tale, addirittura, da azzerarle.

I diritti ereditari che il nostro ordinamento riserva al coniuge sono, dunque, eccessivamente rinforzati, prescindono dalla durata del matrimonio e spettano anche al coniuge separato, con precisazione che anche il coniuge divorziato, a talune condizioni, può vantare qualche diritto successorio (cfr. art. art. 9-*bis*, l. div.).

Nella nostra contemporaneità nella quale è sempre più diffuso il fenomeno delle c.d. famiglie ricomposte, nella quale è ben possibile che il coniuge di una vita non sia più tale al tempo della morte e che il coniuge fresco di nozze diventi l'erede, dimostra l'inadeguatezza dell'attuale sistema e l'esigenza di riforme che da più parti vengono invocate come necessarie. Senza considerare le terribili storture della norma di cui all'art. 540, comma 2, c.c., la quale mentre poteva giustificarsi in un sistema a famiglia unitaria, in cui il coniuge era sempre anche il genitore dei figli del defunto, non può più esserlo adesso, nel quale è assai frequente non soltanto che il coniuge non sia anche il genitore dei figli del defunto, ma che egli abbia altri figli estranei al coniuge defunto.

A tutto ciò deve aggiungersi che ben altri e più profondi mutamenti è possibile attendersi, dacché non è da escludere che il nostro ordinamento possa aprirsi anche a sistemi familiari che consentano a un medesimo soggetto di avere una pluralità di coniugi. Il principio costituzionale della libertà religiosa⁶⁹, il quale non può essere ridotto alla sola libertà di praticare un certo culto o alla libertà di frequentare una comunità religiosa, dovendosi concretare nella libertà di vivere la propria vita in maniera coerente a tale scelta, induce a riconsiderare sia il tema della persona, cittadino o straniero, che abbracci la fede musulmana e scelga, in conformità a tale credo, di avere più di una moglie, sia il tema dell'applicabilità di una legge straniera, che preveda la possibilità che una persona abbia più di un coniuge. È lo stesso concetto di ordine pubblico internazionale che va integralmente ripensato⁷⁰.

Il radicale mutamento del concetto di famiglia, il quale impone anche un mutamento del concetto di ordine pubblico, avrebbe imposto una riforma del diritto delle successioni caratterizzata da una significativa riduzione dei diritti successorî spettanti al coniuge, attribuendo, ove possibile, una rilevanza alla durata del matrimonio.

In senso opposto, non soltanto il nostro legislatore non sembra sensibile a questo tema, ma ha esteso questa disciplina anche all'unito civile, sebbene tal estensione sia avvenuta non senza qualche difficoltà, ponendo seri problemi interpretativi.

⁶⁸ Si v. nota n. 28.

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. PANE, Napoli, 2017, p. 243 ss.; ID., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 165 ss.

⁷⁰ Si v. V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, in corso di pubblicazione.

La disciplina successoria delle persone unite civilmente⁷¹ è sostanzialmente affidata al comma 21 della legge n. 76 del 2016, la quale pone l'applicabilità immediata e diretta delle norme sull'indegnità, sulla tutela dei legittimari, sulle successioni legittime⁷², sulla collazione e sul patto di famiglia. Tale disciplina si completa per il tramite del comma 20, il quale consente di applicare alle persone che hanno contratto unione civile tutte le disposizioni inerenti al matrimonio che siano contenute in altre leggi, diverse dal Codice civile e dalla legge sull'adozione.

Sulla base del comma 20⁷³ sono, infatti, applicabili altre importanti norme di rilevanza successoria, come, a esempio, le norme fiscali agevolative (cfr. art. 2, commi 47, 48, l. 24 novembre 2006, n. 286) o la legge provinciale di Bolzano, 28 novembre 2001, n. 17⁷⁴, sul maso chiuso⁷⁵.

Il problema è che l'art. 20 lascia apparentemente fuori tutte le altre norme del Codice civile non specificamente richiamate e, per tutte, si pensi alla disciplina del-

⁷¹ V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, cit., p. 111 ss. e in *Dir. suc. fam.*, in corso di pubblicazione.

⁷² Per comprendere l'inadeguatezza di un tale richiamo si consideri che esso dovrebbe riguardare, tra gli altri, anche l'art. 548 c.c., che regola la posizione successoria del coniuge superstite separato. Tuttavia, tale disposizione non può, per definizione, trovare applicazione all'unione civile, dacché non è prevista la possibilità di una separazione, ma soltanto quella dello scioglimento.

⁷³ Sulle unioni civili, con particolare riguardo alla disciplina recata all'art. 1, comma 20 della l. 76 del 2016 la bibliografia è, al momento, non particolarmente vasta. V. BARBA, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da G. Bonilini, vol. V, Torino, 2017, p. 143 ss.; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Addenda "Unioni civili e convivenze", Bologna, 2016, in <http://www.zanichelli.it>; M. FIORINI, M. LEO, *Il diritto di famiglia "scopre" tre tipologie a tutele decrescenti*, in *Guida al diritto*, n. 25, 11 giugno 2016, p. 36 ss.; G. BUFFONE, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Mappe esplicative della Legge 76 del 2016*, consultabile su www.ilcaso.it; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it; A. SCHILLACI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, in www.dpce.it, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3/2016; ID., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in www.articolo29.it; L. BOZZI, *La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in www.dpce.it, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 3/2016; MIR. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in www.giudicedonna.it, 2/2016; M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, Torino, 2016; G. CASABURRI, I. GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili e convivenze*. Pisa, 2016; G. CASABURRI, *Il nome della rosa (La disciplina italiana delle unioni civili)*, 3 marzo 2016, in www.articolo29.it.

⁷⁴ Si considerano applicabili agli uniti civili le norme di cui agli artt.: 2, comma 2; 2, comma 3, lett. b; 10, comma 3; 10, comma 4; 14, comma 1, lett. d; 14, comma 1, lett. f; 14, comma 4; 28, comma 2; 29, comma 6; 38, comma 2; 43, comma 6; 48 comma 3, L. P. Bolzano, 28 novembre 2001, n. 17. Ovviamente e soprattutto l'art. 34 della predetta legge, dedicato, specificamente, ai diritti successori spettanti al coniuge superstite.

⁷⁵ In tema, G. GABRIELLI, *Maso chiuso*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1994, XI, p. 205 ss.; F. VALENZA, *La successione nel maso chiuso*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, III, Milano, 2009, p. 1129 C. SCHWARZENBERG, *Maso chiuso*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 703; V. BARBA, *Le disposizioni relative al maso chiuso*, in *Le disposizioni testamentarie*, a cura di G. Bonilini e V. Barba, Milano, 2012, p. 371 ss.; ID., *La successione nel maso chiuso*, in *Formulario notarile commentato*, Vol VII, t.1, a cura di G. Petrelli, dir. da G. Bonilini, Milano, 2011, pp. 1746-1839.

la successione testamentaria. In tale capo, non espressamente richiamato, vi sono, infatti, talune norme la cui applicazione presuppone l'esistenza di un rapporto di coniugio, in guisa che il loro mancato richiamo lascerebbe pensare che dette norme non trovino applicazione alle persone che hanno contratto un'unione civile. Tra le altre, la norma di cui all'art. 596 c.c., sulla nullità delle disposizioni testamentarie fatte a favore del tutore e del protutore⁷⁶ e la validità delle disposizioni testamentarie fatte a favore del tutore o protutore che sia anche coniuge del disponente; la norma di cui all'art. 692 c.c., sulla sostituzione fedecommissaria; la norma di cui all'art. 699 c.c. sui premi di nuzialità; la norma di cui all'art. 636 c.c. sulla condizione che impedisce le prime o le ulteriori nozze, e secondo l'interpretazione offerta dalla Cassazione⁷⁷, ogni disposizione testamentaria che incida sulla libertà matrimoniale⁷⁸.

⁷⁶ Sotto un diverso profilo si consideri che in tema d'interdizione e inabilitazione è mancato un adeguato coordinamento, dal momento che il comma 15 della legge n. 76 stabilisce, senza modificare l'art. 408 c.c., che il giudice, ove possibile, nomina come amministratore di sostegno del soggetto la persona unita civilmente, senza dire nulla in tema di interdizione o inabilitazione. La norma di cui all'art. 424 c.c., sulla scelta del tutore e del curatore, rinvia all'art. 408 c.c., il quale indica il coniuge, ma non anche l'unito civile, con la conseguenza che il giudice potrà nominare l'unito, non in quanto tale, né in quanto coniuge (*recte*: in quanto la norma discorre di coniuge), bensì in quanto persona stabilmente convivente, nel presupposto che gli uniti convivano stabilmente.

⁷⁷ Cass., 15 aprile 2009, n. 8491, in *Giur. It.*, 2010, 1, p. 87, con nota di M. PASQUINI. In tema, v. G. BONILINI, *Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato o della vedovanza*, in *Tratt. succ. e don. dir.* Bonilini, II, Milano, 2009, p. 1175 ss.; S. DE PLANO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio*, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), «L'interpretazione secondo costituzione» in giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche, I, Napoli, 2012, p. 227; A. ZACCARIA, *Se ti sposi, ti premio, scrisse il testatore. E anche se non ti sei sposato, ti premio ugualmente, decise la Cassazione ...*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 732 ss.; N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995.

⁷⁸ Conseguenze *post mortem* significative si legano all'uso del cognome di una delle parti dell'unione civile. Secondo il comma 10 della legge 76 del 2016, le parti dell'unione possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione, un cognome comune. La parte, avente il cognome diverso da quello scelto, può anteporre o posporre il proprio cognome a quello dell'altra. Tale regola vale soltanto per la durata dell'unione e, infatti, per un verso, il legislatore sceglie di non richiamare le norme di cui agli artt. 143 *bis* e 156 *bis* c.c. e, per altro verso, al comma 25, nel dichiarare applicabile all'unione civile l'art. 5 della legge sul divorzio, limitatamente ai commi 1 e da 5 a 11, sembra escludere l'applicabilità delle norme di cui ai commi 2, 3 e 4. Ebbene le predette norme appena richiamate sono quelle che consentono alla moglie di continuare a usare il cognome del proprio marito. In questo senso, in caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito, la moglie conserva il cognome del marito durante lo stato vedovile e fino a che non passi a nuove nozze (cfr. art. 143-*bis* c.c.); in caso di separazione personale, la donna conserva il cognome del marito, salvo che il giudice lo vieti quando ciò rechi grave pregiudizio o al marito o alla moglie (art. 156 c.c.); in caso di divorzio, la donna perde il cognome del marito, salvo che con la sentenza il giudice non la autorizzi, quando sussista un interesse della moglie o dei figli, meritevole di tutela, a continuare ad aggiungere o usare il cognome del marito (art. 5, comma 3, l. div.). Prescindendo dalla separazione, la cui disciplina non è applicabile alle unioni civili, e dal caso di divorzio, nel quale il problema potrebbe porsi sotto altri profili, nel caso di scioglimento dell'unione civile per morte di una delle parti, sembra obbligata la conclusione che l'altra non possa più usare il cognome dell'unito mancato ai vivi, ove pure l'altra parte lo avesse anteposto al proprio per tutto il tempo dell'unione civile. Si dovrebbe, infatti, concludere che ove pure la parte avesse anteposto il cognome dell'altro al proprio, ove pure l'unione fosse durata lungo tempo, ove pure quel cognome

L'esito che vorrebbe, in forza della lettura sistematica e letterale dei commi 20 e 21 della l. n. 76 del 2016, escludere che alle persone unite civilmente possano trovare applicazione le norme del Codice civile non espressamente richiamate non può essere condiviso.

Così, soltanto per trarre un esempio, sarebbe inaccettabile un'interpretazione che, anche di là da un'espressa e specifica previsione normativa, non volesse reputare illecita una condizione testamentaria che vietasse l'unione civile. Si tratta di una disposizione testamentaria che, nella misura in cui comprime irrimediabilmente la libertà del soggetto di autodeterminarsi nella costituzione di una formazione sociale familiare, nella quale si esprime la sua personalità, quale che sia lo strumento e il modello familiare, è limitativa di un diritto fondamentale e, perciò stesso, illecita⁷⁹.

Posto, dunque, per acquisito, che tutti gli esempi proposti difficilmente riguardano norme che non possono essere applicate alle persone unite civilmente e, dunque, che dette norme sono espressione di principi, che impongono all'interprete la loro applicazione diretta o, in altri termini, l'individuazione di una regola del caso concreto conforme a quel principio, anche in assenza di un preciso richiamo e, addirittura, in presenza di un'apparente scelta legislativa di segno contrario, diventa indispensabile ragionare sulla portata e l'efficacia della norma recata all'art. 20⁸⁰, detta,

fosse, sostanzialmente, divenuto identificativo della persona, nondimeno quella persona non potrebbe più continuare a usarlo dopo la morte della persona con cui si è unita civilmente.

⁷⁹ Con l'avvertenza che dal mio punto di vista non si tratta di affermare, in via di principio o categorica e, dunque, una volta e per tutte, la liceità o l'illiceità della disposizione testamentaria condizionale che incide sulla libertà di contrarre o no il matrimonio o l'unione civile, ma di valutare, caso per caso, quando la disposizione testamentaria si ponga in contrasto effettivo con questa libertà. Con la conseguenza che non dovrebbe considerarsi illecita una tale condizione quando, pur, apparentemente, limitativa di tale libertà, non abbia la finalità di orientare le scelte personali del beneficiario della disposizione o quelle di determinarlo nella decisione, bensì quella di promuovere o assecondare le sue inclinazioni o la sua intenzione. In questo senso, il testamento con il quale Tizia, consapevole che Caio e Sempronio intendono contrarre unione civile, istituisce erede universale Caio sotto la condizione, determinante, che costui contragga l'unione civile, non credo che si possa dire nulla. Viepiù se risulti dal testamento che tale condizione sia stata il solo motivo che abbia determinato la testatrice, con la conseguenza che la nullità della condizione importerebbe la nullità della disposizione istitutiva e, quindi, l'apertura della successione legittima.

⁸⁰ L'interpretazione del comma 20, considerando l'unitarietà del sistema, non potrebbe essere svolta senza adeguatamente considerare la Risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche della comunità, approvata dal parlamento europeo in data 8 febbraio 1994, in G.U. C 61 del 28 febbraio 1994, p. 40. Va, tuttavia segnalato che la predetta risoluzione riguarda i diritti delle persone omosessuali, come singoli, mentre sembra prescindere dalle problematiche connesse all'esigenza di adottare una disciplina che consenta una tutela equivalente o corrispondente a quella matrimoniale. Così, anche nella parte della raccomandazione nella quale si chiede alla Commissione di presentare una raccomandazione sulla parità di trattamento delle persone omosessuali che, tra l'altro, ponga fine «a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori, ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini», sembra riferirsi non tanto all'esigenza che gli stati adottino norme giuridiche che ammettano una coppia omosessuale all'adozione, ma eliminare ogni norma o superare ogni norma che precluda l'adozione o l'affidamento a una persona in ragione del suo orientamento sessuale.

impropriamente, dai primi commentatori, clausola di effettività della tutela⁸¹, o clausola di equivalenza⁸², o norma adattiva⁸³, allo scopo di verificare se essa ponga davvero una tale preclusione.

Il comma 20 si suddivide in due parti.

Nella prima stabilisce che tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola ‘coniuge’ o altra equivalente, ovunque ricorrano nelle leggi, nei regolamenti, negli atti amministrativi, nei contratti collettivi si applicano anche alle persone che hanno contratto un’unione civile. Nella seconda parte stabilisce che ciò non vale per le disposizioni di legge contenute nel Codice civile e non espressamente richiamate e nella legge 4 maggio 1983, n. 184, ossia la legge sull’adozione.

La prima parte stabilisce in modo inequivoco che le disposizioni che riguardano il matrimonio si applicano anche alle persone che hanno contratto un’unione civile.

Non si tratta di una norma che definisce l’estensione di significato della parola matrimonio, o della parola ‘coniuge’, comprendendo quella di unione civile o di persone che hanno contratto un’unione civile, né di una norma di pura interpretazione⁸⁴. Si tratta, più semplicemente, di una norma di produzione normativa.

La prima parte del comma 20, secondo un meccanismo simile a quello descritto nell’art. 1324 c.c.⁸⁵, ha, sostanzialmente, generato, senza che l’interprete sia stato costretto a verificarne l’esigenza nel singolo caso, un complesso di norme *prima facie*⁸⁶ applicabili, in via immediata e diretta, alle persone che hanno contratto un’u-

⁸¹ R. CAMPIONE, *L’unione civile tra disciplina dell’atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione*, cit., p. 6.

⁸² G. CASABURRI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. CASABURRI, I. GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili*, cit., p. 76.

⁸³ M. FIORINI, M. LEO, *Il diritto*, cit., p. 37.

⁸⁴ In questo senso, sembra orientato A. SCHILLACI, *Un buco*, cit., p. 2, il quale, pur discorrendo di una regola d’interpretazione e applicazione rivolta al giudice e alla pubblica amministrazione, precisa che: «attraverso questa forma di adeguamento interpretativo – sul piano terminologico – dell’ordinamento al nuovo istituto dell’unione civile, i partner omosessuali sono messi al riparo da possibili ulteriori ipotesi di trattamento differenziato rispetto alle persone coniugate, non espressamente affrontate e risolte dalla legge sulle unioni civili».

⁸⁵ Si v. N. IRTI, *Per una lettura dell’art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 560 s. Ma, sul criterio della compatibilità, di recente, con soluzioni e argomenti pienamente condivisibili, A. ALPINI, *Compatibilità e analogia nell’unità del procedimento interpretativo. Il c.d. rinvio «in quanto compatibili»*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 701 ss. L’A. chiarisce che “compatibilità” e “analogia”, potevano avere spazi applicativi differenti nella prospettiva segnata da una teoria dell’interpretazione pre-costituzionale, esclusivamente fondata sul meccanismo del sillogismo e sulla tecnica della sussunzione. In una prospettiva moderna che, prende consapevolezza della modificazione del sistema delle fonti, del radicale mutamento determinato dall’approvazione della Costituzione e della necessità di una teoria dell’interpretazione sistematica, assiologica e di controllo, non vi è più spazio per questa distinzione.

⁸⁶ G. PINO, *Teoria*, cit., p. 137, «in maniera pressoché tautologica, applicabilità *prima facie* di un atto normativo o di una norma vuol dire che vi sono ragioni *prima facie* per applicare quell’atto normativo o norma: in altre parole, quell’atto normativo o norma si presume applicabile. Applicabilità conclusiva significa che vi sono ragioni conclusive per applicare quell’atto normativo o norma: esaminate e superate eventuali conside-

nione civile⁸⁷. La circostanza che il comma 20 abbia la funzione di innovare il sistema ordinamentale, mediante la previsione di un complesso di nuove norme applicabili *prima facie* agli uniti civili e di contenuto sostanzialmente identico a quelle che si riferiscono al matrimonio, nulla toglie alle tecniche ermeneutiche e, dunque, al procedimento attraverso il quale l'interprete giunge a individuare l'ordinamento del caso concreto. La circostanza che esista una norma *prima facie* applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile non significa che essa debba, di necessità, essere loro applicata, dacché l'applicabilità conclusiva dipende dai criteri e meta criteri d'interpretazione, i quali rinviano all'ideologia delle fonti del diritto. Resta inteso, però, che la prima parte del comma 20 ha la funzione di creare norme *prima facie* applicabili alle persone unite civilmente e di contenuto identico a quelle relative al matrimonio.

Rimane da intendere la seconda parte del comma 20, il quale è stato interpretato, fin qui, come una norma che impedisce l'applicazione alle persone unite civilmente delle norme del Codice civile non espressamente richiamate, oltre che della legge sull'adozione.

Tale ricostruzione non credo che possa essere condivisa e merita, dal mio punto di vista, di essere sottoposta a severo vaglio critico.

A ben considerare l'andamento di tale regola, è facile avvertire che esso non pone una condizione negativa di applicazione delle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate, bensì una condizione negativa di applicazione del meccanismo descritto nella sua prima parte. In altri termini, la seconda parte del comma 20 non stabilisce che «le disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e la legge sull'adozione non si applicano agli uniti civilmente», bensì che «il mec-

razioni contrarie, l'interprete conclude che ai fini della decisione del caso debba essere applicato un certo atto normativo o norma, e non un altro. Il passaggio dall'applicabilità *prima facie* all'applicabilità conclusiva è raffigurabile come la ricerca di un equilibrio riflessivo, che termina quando l'interprete ritiene di aver vagliato in maniera soddisfacente tutti i fattori rilevanti».

⁸⁷ La circostanza che il comma 20 abbia la funzione di innovare il sistema ordinamentale, mediante la previsione di un complesso di nuove norme applicabili *prima facie* agli uniti civili e di contenuto sostanzialmente identico a quelle che si riferiscono al matrimonio e a quelle che contengono la parola coniuge o altra equivalente, nulla toglie alle tecniche ermeneutiche e, dunque, al procedimento attraverso il quale l'interprete giunge a individuare l'ordinamento del caso concreto. L'applicabilità *prima facie* non necessariamente coincide con l'applicabilità *conclusiva* (N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 155 ss.), dacché quest'ultima passa, di necessità, attraverso la valutazione dell'interprete, ossia dai criteri e meta-criteri di applicabilità, che, come è noto, rinviano alla ideologia delle fonti del diritto (G. PINO, *Teoria*, cit., p. 154 s.). L'applicazione della regola non dipende dalla mera e sola circostanza che sia accaduto un fatto rispondente (*rectius*: simile) a quello descritto nella fattispecie, bensì dalle condizioni di applicabilità della norma. Le quali, secondo la teoria ermeneutica, che mi pare preferibile, dipendono non soltanto dalla rispondenza (*rectius*: somiglianza) strutturale del fatto alla fattispecie (più o meno determinata), ma anche e, soprattutto, dalla valutazione della ragion sufficiente della norma in relazione agli interessi coinvolti. L'interprete è tenuto a compiere sempre un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, esplicitando le proprie scelte, di modo che la decisione sia sempre verificabile e, dunque, garantita la certezza del diritto, che non può essere ridotta alla sola ripetitività di una soluzione.

canismo normo-genetico (descritto nella prima parte) non si applica alle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e alla legge sull'adozione».

Sulla scorta di questo ragionamento, ciò che il comma 20 preclude è soltanto il meccanismo normo-genetico che, invece, opera rispetto a tutte le altre disposizioni normative concernenti il matrimonio, o contenenti la parola coniuge o equivalente, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi.

La circostanza che il legislatore abbia escluso che il meccanismo normo-genetico possa concernere le disposizioni del Codice civile, ossia che l'interprete non trovi delle norme (di contenuto identico a quelle del Codice civile) *prima facie* applicabili alle persone unite civilmente, non significa che, all'esito del procedimento d'interpretazione, quelle norme del Codice civile non possano essere applicate in via conclusiva. Com'è possibile che una regola applicabile *prima facie*, risulti all'esito del procedimento di interpretazione non applicabile in via *conclusiva*, all'inverso è ben possibile che una regola non applicabile al caso *prima facie*, sia, all'esito del procedimento di interpretazione, applicabile in via *conclusiva*.

Affermare che la seconda parte del comma 20 esprime una norma che si limita a escludere il funzionamento del meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) rispetto alle disposizioni del Codice civile, consente di respingere l'idea che esista una deliberata scelta legislativa volta a escludere che le norme del Codice civile, non espressamente richiamate dalla legge, siano applicabili alle persone unite civilmente. Elide, in via definitiva, il preconconcetto normativo che il legislatore avrebbe inteso impedire o interdire la possibilità di applicare analogicamente alle persone unite civilmente le disposizioni contenute nel Codice civile.

Si conferma che l'analogia non è un metodo interpretativo-integrativo alternativo, bensì un modo di applicazione dei principî. In questo senso la disciplina in parola diventa straordinariamente significativa per comprendere non soltanto il superamento dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale⁸⁸, come autorevole dottrina ha insegnato da anni⁸⁹, ma, soprattutto, che ogni interpretazione a fini

⁸⁸ Secondo P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 47, si tratta di una "reliquia" del mondo di ieri.

⁸⁹ P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455, e in *ID.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 3 ss.; *ID.*, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.; *ID.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (1983), 3° ed., Napoli, 2006, p. 341 ss.; *ID.*, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 e in *ID.*, *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275; *ID.*, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992; *ID.*, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 802 ss.; *ID.*, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; *ID.*, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317; *ID.*, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012. Un'esaustiva ed efficace ricostruzione, con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione del diritto civil-costituzionale, si deve a M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss.

applicativi è, di per sé stessa e per definizione, analogica, in guisa che l'interprete non ricorre all'analogia quando un caso non possa essere deciso da una precisa disposizione di legge, ma ogni qual volta debba fare applicazione di una qualunque norma giuridica⁹⁰.

È possibile applicare una norma a un fatto al quale detta norma non sia, *prima facie* applicabile, non tanto perché esista una somiglianza strutturale tra il fatto regolato e il fatto non regolato, ma perché esiste una medesima esigenza di composizione degli interessi in conflitto. Ciò che conta, ai fini dell'applicazione analogica, è che il principio espresso dalla regola del caso *prima facie* regolato sia applicabile anche a un altro (per l'appunto simile), sul quale quel principio incide allo stesso modo.

In questo senso è chiaro che l'applicazione analogica non è altro che un modo di applicazione dei principî, poiché si risolve nell'applicazione di un medesimo principio a due casi. Non si procede mai per identità tra fatto e norma, ma sempre e soltanto per somiglianza⁹¹.

Così ragionando si realizza una concreta effettività della tutela della persona unita civilmente e si consente una piena ed effettiva parificazione, anche in termini successorî, tra coniuge e unito civile, nel presupposto che i diritti successorî di entrambi meriterebbero di essere seriamente riformati.

⁹⁰ Nessun fatto è esattamente rispondente a quello puramente descritto nella norma e ove pure il giurista dovesse applicare a un caso una singola norma, si tratterà pur sempre di un'applicazione analogica, ossia di un'applicazione per somiglianza e differenza, non potendosi dare un accadimento esattamente rispondente a una fattispecie normativa ed essendo possibile applicare una certa norma a un certo caso sempre in via di analogia, ossia spogliando il caso di talune delle sue particolarità, allo scopo di renderlo conforme (*rectius*: quanto più simile) al modello di fatto descritto nella norma.

⁹¹ Non soltanto perché è storicamente impossibile ipotizzare la ripetitività di un fatto, ma, soltanto, ipotizzabile l'accadimento di una pluralità di fatti, tra loro, simili, ma anche perché è impossibile che accada un fatto identico a quello descritto in una fattispecie. Per quanto il singolo fatto possa essere facilmente riconducibile a quello descritto in una fattispecie, non si potrà mai ipotizzare un'identità, ma sempre e soltanto una somiglianza, sicché non si potrà mai dare applicazione diretta, ma sempre applicazione analogica, potendosi soltanto dare uno scarto, più o meno intenso, nel giudizio di approssimazione ed errore. Ogni qualificazione del fatto avviene sempre per somiglianza, spogliando il fatto di alcune delle sue note peculiari, affinché esso risulti rispondente (*rectius*: simile) a quello descritto nella fattispecie. Ogni applicazione normativa è analogica, potendosi, soltanto, graduare l'intensità del processo analogico riguardo allo scarto esistente tra la disposizione normativa e la norma applicata al caso concreto, verificando se esista uno scarto minimo o massimo. Con intesa che anche quando esista uno scarto minimo, si tratterà, pur sempre, di applicazione analogica, perché il caso descritto non potrà mai, per definizione, e in ragione delle sue particolarità, essere esattamente rispondente a quello descritto nella norma. Al pari di com'è impossibile -considerando le diversità temporali, spaziali e soggettive- che accadano due fatti identici tra loro. Dal metodo della sussunzione si deve trascorrere al metodo della qualificazione del fatto, il quale presuppone un giudizio non tanto e non soltanto fondato sulle note strutturali, quanto e soprattutto su quelle funzionali, avendo riguardo al conflitto d'interessi composto, alla ragione sufficiente della norma e all'esito di un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti. Soltanto in questo modo è possibile evitare un diritto caratterizzato da incertezza e incalcolabilità e, al contempo, l'individuazione di soluzioni che siano adeguate e ragionevoli, facendo del giurista un interprete responsabile del nostro tempo.

5. Radicalmente opposta rispetto alla situazione giuridica del coniuge è quella del convivente⁹², il quale, anche in esito alla recente legge del 2016 che, per larghi versi, si prova a regolamentare il fenomeno, rimane sostanzialmente escluso da qualsivoglia traccia successoria, in guisa che è possibile continuare ad affermare che l'unico diritto ereditario che gli è riconosciuto⁹³ nel nostro ordinamento è il legato *ex lege*, avente a oggetto il rapporto contrattuale di locazione⁹⁴.

Ne viene che la successione del convivente è interamente affidata all'autonomia testamentaria, con la conseguenza che se uno dei conviventi dovesse mancare ai vivi senza aver disposto per testamento a vantaggio dell'altro, quest'ultimo, non vanterebbe alcun diritto successorio.

Inoltre, pur constatando che le disposizioni testamentarie⁹⁵ sono capaci di tutte le principali vicende del rapporto giuridico⁹⁶ e sono, altresì, capaci di realizzarle sia direttamente sia indirettamente⁹⁷, sicché possono immaginarsi numerosissime e assai variegate disposizioni testamentarie con le quali un convivente possa beneficiare l'altro, non può mancarsi di considerare che la legge riserva a favore dei legittimari importanti e ampi diritti e che questi ultimi sono presidiati dal divieto di imporre pesi e condizioni sulla quota di riserva, dall'azione di riduzione⁹⁸ e dalle azioni di

⁹² Sulla successione del convivente, si v. V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 1-33; ID., *La posizione del convivente more uxorio*, in *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2015, pp. 27-46; G. BONILINI, *Il mantenimento post mortem del coniuge e del convivente more uxorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 239 ss.; V. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, in *Dir. fam.*, 1989, p. 475; L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 480; C. COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Famiglia*, 2003, p. 695; ID., *La successione del convivente more uxorio*, in *Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, *Tratt. dir. succ. don.*, dir. da G. Bonilini, Torino, 2004, p. 379 ss.

⁹³ Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1627, con nota di A. TRABUCCHI, *Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti*; in *Foro it.*, 1988, I, c. 2515, con nota di D. PIOMBO. Sentenza con la quale la Consulta ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale del comma 1, dell'art. 6, della l. 27 luglio 1978, n. 392 nella parte in cui non prevedeva tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*.

⁹⁴ Questa attribuzione crea, peraltro, una singolare anomalia che pratici e teorici non hanno faticato ad avvertire e sintetizzare nell'icastica osservazione che, in difetto di volontà testamentaria, in caso di morte del convivente, l'altro può restare in casa, se il primo era conduttore dell'immobile adibito a residenza familiare, mentre deve fare le valigie e andar via se il convivente mancato ai vivi ne era il proprietario.

⁹⁵ Si v. V. BARBA, *La nozione di disposizione testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 963-1000, nel quale l'A. afferma che le disposizioni testamentarie debbono considerarsi autonomi negozi giuridici e non frammenti del più ampio negozio giuridico rappresentato dal testamento.

⁹⁶ Si v. V. BARBA, *Disposizioni testamentarie costitutive, modificative ed estintive di rapporto obbligatorio*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, pp. 15-28.

⁹⁷ La migliore dottrina, ormai raccolta quasi in corale unità, emarginando talune, sempre più ridotte, voci di dissenso, nel chiarire che il testamento non è soltanto l'atto che consente la trasmissione della ricchezza, bensì l'atto, con il quale il testatore regola tutti i propri interessi *post mortem* (G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, p. 1 ss. e spec. p. 96).

⁹⁸ Almeno, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4^a ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, 2, Milano, 2000, e ID., *Successioni*

restituzione. In conseguenza, la tutela successoria del convivente superstite dipende non soltanto da un testamento che lo contempli, ma anche dall'esistenza di legittimarî del convivente mancato ai vivi, perché in mancanza di legittimarî, l'autonomia testamentaria non incontra limiti di sorta, ma in presenza di legittimarî, l'autonomia testamentaria si comprime, dacché le attribuzioni fatte al convivente sono costrette a misurarsi con i diritti che la legge riserva ai primi e, nel conflitto, chiamate anche a soccombere.

Così impostato il problema, i temi che si agitano intorno alla successione del convivente sembrano ridursi alle sole questioni relative alla stabilità delle attribuzioni patrimoniali⁹⁹ e alla possibilità di superare il conflitto con eventuali legittimarî. In questa prospettiva, però, un discorso sulla successione testamentaria del convivente non avrebbe neppure ragione scientifica di porsi, dacché sembra esaurirsi nel noto e problematico rapporto tra legge e testamento.

Il ragionamento può, però, prendere una piega diversa quando si consideri che dalla convivenza, anche a prescindere dalla legge n. 76 del 2016, derivano in capo ai conviventi reciproci doveri morali e sociali¹⁰⁰, ossia doveri che assumono rilevanza

per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima, 5^a ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, 1, Milano, 1993.

⁹⁹ G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 554 ss.; R. GELLI, *Il regime delle prestazioni di "dare" nella convivenza tra obbligazione naturale del solvens ed arricchimento senza causa dell'accipiens*, *ivi*, 2010, p. 384 ss.; L. BALESTRA, *Note in tema di proporzionalità nell'adempimento delle obbligazioni naturali e sulla nozione di terzo ex art. 936 c.c.*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 779; G. FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 598 ss.; A. SPADAFORA, *L'obbligazione tra conviventi ed il problema della sua trasformazione in obbligazione civile attraverso lo strumento negoziale*, in E. MOSCATI - A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, p. 157 ss. In senso molto critico, M. PROTO, *In tema di attribuzioni patrimoniali nella convivenza extraconiugale*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Milano, 2008, II, p. 1477 ss., e spec. p. 1490, il quale muovendo dal concetto di obbligazione naturale siccome obbligazione a efficienza limitata, esclude che possano darsi contratti la cui attribuzione patrimoniale possa trovare titolo nella convivenza. «Se soltanto il legislatore può attribuire ad una fonte extragiuridica una efficienza diversa da quella prevista dall'art. 2034 c.c., allora il contratto, nel cui senso la convivenza fosse dedotta in modo causalmente rilevante, andrebbe incontro al rifiuto di tutela imposto da quest'ultima norma». È appena il caso di osservare che secondo la ipotesi formulata nel testo, non si tratta di dedurre la convivenza a fatto causalmente rilevante, bensì di affermare che per effetto della convivenza nascono dei doveri morali e sociali.

¹⁰⁰ Non è inutile ricordare che l'idea, oggi largamente accettata che la convivenza generi doveri morali e sociali, si è affermata con fatica nella nostra giurisprudenza. La quale negli anni '40, pur escludendo che la convivenza generasse doveri morali e sociali, aveva affermato che l'uomo avesse, nei confronti della donna, pur consenziente, l'obbligo morale e sociale di riparare il torto cagionato alla seconda in ragione di una convivenza non sorretta da matrimonio. Le attribuzioni che l'uomo avesse fatte alla donna vennero, però, considerate, alla stregua di una donazione remuneratoria (Così, Cass., 17 luglio 1948, n. 1147, in *Foro it.*, 1949, I, c. 951 ss., Cass., 7 ottobre 1954, n. 3389, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 872). Soltanto nel 1958 (Cass., 17 gennaio 1958, n. 84, in *Foro it.*, 1959, I, c. 470 ss.), la Suprema Corte, modificando il precedente indirizzo, venne ad affermare che le attribuzioni che l'uomo avesse fatto a favore della donna si sarebbero dovute considerare adempimento dell'obbligazione naturale. Gli è, però, che alla base del ragionamento svolto dalla giurisprudenza v'era, comunque, una valutazione di riprovazione sociale della convivenza. Infatti, l'obbligo morale che si ascriveva all'uomo si considerava di natura risarcitoria, dacché era obbligo morale di

giuridica in forza dell'art. 2034 c.c., il quale eleva¹⁰¹ i medesimi a fonte di obbligazione naturale¹⁰².

Movendo da questo presupposto è possibile ripensare, seppure in parte, il tema della successione del convivente. Non perché l'esistenza di questi doveri morali o sociali possa elevare il convivente a rango di successibile o di legittimario, ma perché l'esistenza di tali obbligazioni potrebbe colorare diversamente tutte o alcune disposizioni testamentarie, privandole del carattere liberale, con tutte le conseguenze connesse.

Il testatore potrebbe, infatti, avvantaggiare il convivente, senza che ciò possa generare una lesione dei diritti che la legge riserva ai legittimarî, non soltanto attribuendogli a titolo di eredità o di legato, beni per un valore corrispondente alla quota disponibile, ma anche attribuendogli, in più e, se vogliamo, in ante-parte ri-

riparare il danno patito dalla donna per non essere stata sposata. Soltanto nel 1975, probabilmente anche a cagione del moto riformista che proveniva dalla riforma del diritto di famiglia, che la giurisprudenza modificando, ancora, il proprio orientamento, si stringe ad affermare che la convivenza non genera un dovere morale risarcitorio, bensì un dovere morale di assistenza, assimilabile a doveri posti a carico dei coniugi dalla norma di cui all'art. 143 c.c. (Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2301 ss.).

¹⁰¹ Torna, dunque, alla memoria l'insegnamento di Giorgio Oppo, il quale movendo dalla distinzione posta nell'art. 2034 c.c., a seconda che l'obbligazione dipenda da un dovere morale o sociale, ovvero da una precisa norma positiva, avverte che il legislatore nell'un caso eleva, mentre nell'altro riduce la fattispecie a obbligazione naturale. Nell'un caso eleva, perché assegna la qualifica giuridica a ciò che altrimenti ne sarebbe privo; nell'altro caso riduce, perché statuisce che la fattispecie, pur potenzialmente idonea a produrre un'obbligazione civile, valga soltanto quale fonte di obbligazione naturale. Così, G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, p. 185 ss.; ID., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947; ID., *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 515 ss.

¹⁰² Da ultimo, si consideri Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in www.leggiditaliaprofessionale.it, nella cui motivazione si legge: «Anche nella giurisprudenza di questa Corte si rinvencono significative pronunce in cui la convivenza *more uxorio* assume il rilievo di formazione sociale dalla quale scaturiscono doveri di natura sociale e morale di ciascun convivente nei confronti dell'altro, da cui discendono, sotto vari aspetti, conseguenze di natura giuridica. Mette conto di richiamare, nel solco di un più ampio riconoscimento delle posizioni soggettive sotto il profilo risarcitorio (Cass., 22 luglio 1999, n. 500; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828; Cass., 11 novembre 2008, n. 26972 e ss.), l'affermazione della responsabilità aquiliana sia nei rapporti interni alla convivenza (Cass., 15 maggio 2005, n. 9801), sia nelle lesioni arrecate da terzi al rapporto nascente da un'unione stabile e duratura (Cass., 21 marzo 2013, n. 7128; Cass., 16 settembre 2008, n. 23725). In altre pronunce si è attribuita rilevanza alla convivenza intrapresa dal coniuge separato o divorziato ai fini dell'assegno di mantenimento o di quello di divorzio (Cass., 10 novembre 2006, n. 24056; Cass., 10 agosto 2007, n. 17643; Cass., 11 agosto 2011, n. 17195; Cass., 12 marzo 2012, n. 3923); di recente, ancora, muovendo dal rapporto di detenzione qualificata dell'unità abitativa, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare, si è affermato che l'estromissione del proprietario in danno del convivente non proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente, consentendogli di esperire l'azione di spoglio (Cass., 21 marzo 2013, n. 7214). I doveri morali e sociali che trovano la loro fonte nella formazione sociale costituita dalla convivenza *more uxorio* refluiscono, secondo un orientamento di questa Corte ormai consolidato, sui rapporti di natura patrimoniale, nel senso di escludere il diritto del convivente di ripetere le eventuali attribuzioni patrimoniali effettuate nel corso o in relazione alla convivenza (Cass., 15 gennaio 1969, n. 60; Cass., 20 gennaio 1989, n. 285; Cass., 13 marzo 2003, n. 3713; Cass., 15 maggio 2009, n. 11330)».

spetto al *relictum*, beni idonei a estinguere l'obbligazione naturale nascente dalla convivenza. Si tratterebbe, nel presupposto che una tale obbligazione esista e non sia evocata soltanto a fini simulatori, di un'attribuzione in aggiunta, perché la prestazione portata dal legato, essendo retta dall'*animus solvendi*, non costituirebbe una liberalità. Si tratterebbe, poi, di un'attribuzione fatta in ante-parte, perché il debito, che il legato estingue, costituisce, ai fini della riunione fittizia, un minuendo del *relictum*, ossia un valore contabile negativo¹⁰³.

Si pongono, però, due problemi: occorre, dapprima verificare con quali strumenti tali risultati possano essere conseguiti e occorre, soprattutto, individuare quali possano essere i doveri morali e sociali nascenti dalla convivenza in esecuzione dei quali si possa compiere un'attribuzione *mortis causa*, tale da poter essere qualificata come solutoria. Con precisazione che il tema delle attribuzioni solutorie di un'obbligazione naturale è molto più complesso in materia testamentaria, sia perché la stessa disposizione pone il problema dell'adempimento indiretto dell'obbligazione naturale, sia perché della persistenza in vita dell'obbligazione naturale, successivamente alla morte dell'obbligato, è legittimo disputare¹⁰⁴.

Intanto non v'ha dubbio che la disposizione testamentaria utile a tale fine sia il legato, al pari di come non v'ha dubbio che l'intersezione tra legato e obbligazione naturale sembri trovare la propria sede positiva nell'art. 659 c.c., oscillando tra il legato di debito e il legato di prestazione in luogo di adempimento. Si deve ipotizzare, infatti, che il testatore compia un'attribuzione a titolo particolare a favore del convivente, precisando che la medesima costituisca e sia eseguita in adempimento dei doveri morali e sociali nascenti dalla convivenza, per modo che l'attribuzione del diritto a titolo particolare perda il carattere liberale¹⁰⁵.

¹⁰³ Un esempio può chiarire. S'immagini che Tizio lasci dietro di sé due figli e un convivente; che il patrimonio relitto sia pari a 1200, che Tizio non abbia compiuto in vita donazioni; che non esistano debiti. S'immagini che Tizio muoia con un testamento del seguente tenore: «Istituisco eredi i miei due figli nella quota di patrimonio loro riservata per legge e il mio convivente nella quota di patrimonio disponibile». La successione sarà così regolata ciascuno dei nominati è erede per 1/3, a ciascuno spettano beni per un valore complessivo pari a 400. Supponiamo, però, che esista un dovere morale e sociale nascente dalla convivenza a carico di Tizio e che quest'ultimo, nel presupposto che il predetto debito sia reale, fermo il contenuto del testamento sopra indicato, attribuisca al convivente la proprietà dell'immobile X, del valore di 300, corrispondente alla misura del debito, a estinzione della predetta obbligazione. L'assetto finale della successione è ben diverso. Il convivente, infatti, poiché si tratta di un legato di debito, non deve imputare alla propria quota quanto ricevuto. Sicché non v'ha dubbio che anche in questo caso i figli e il convivente sono tutti eredi nella misura di 1/3, ma ciascuno conseguirà 300. Con la conseguenza ultima, che il convivente avrà conseguito 600, mentre ciascuno dei figli 300 ciascuno.

¹⁰⁴ Per una sintesi delle opinioni, G.F. BASINI, *Le disposizioni aventi a oggetto le obbligazioni naturali*, in AA.Vv., *Le disposizioni testamentarie* diretto da G. Bonilini e coordinato da V. Barba, Torino, 2012, pp. 322-325, e già ID., *Obbligazioni naturali e successioni a causa di morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 678 ss. Sebbene larga parte degli interpreti abbia esclusa questa trasmissibilità, deve ricordarsi e apprezzarsi la convincente soluzione di segno negativo proposta da P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 379 ss.

¹⁰⁵ Per tutti, A. CICU, *Legato e liberalità (diritto civile)*, in *Riv. trim.*, 1955, p. 642 ss. Il legato è atto gratuito, il quale, sebbene risulti sovente retto da un intento liberale potrebbe esserne anche privo [G. BONILINI, *I Le-*

Secondo che vi sia, o no, una perfetta coincidenza tra prestazione dovuta in forza dei doveri morali e sociali nascenti dalla convivenza e prestazione portata dal legato, si distinguerà tra legato di debito¹⁰⁶ e legato di prestazione in luogo di adempimento¹⁰⁷; secondo che il legato produca un effetto estintivo¹⁰⁸, ovvero un effetto mera-

gati. Artt. 649-673, in Cod. civ. Comm., P. Schlesinger, Milano, 2006, 2ª ed, p. 22 ss.; A. GIORDANO-MONDELLO, *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1973, p. 724; E. PEREGO, *I legati*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, *Successioni*, Torino, 1997, p. 222; C. ROMANO, *I legati*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, 2, Napoli, 2008, p. 986. In senso contrario, V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, 1917, p. 290 e anche F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, GIU. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, 6ª ed., Padova, 1973, p. 498], perché il testatore non ha inteso beneficiare l'onorato, perché la disposizione è stata confezionata per ragioni diverse, perché l'attribuzione è appesantita da un *modus* che ne assorbe *in toto* l'utilità o perché il legato ha a oggetto beni privi di ogni possibilità di mercato (A. MASI, *Dei legati*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 86, secondo cui sarebbe indispensabile rintracciare un'acquisizione di carattere patrimoniale) (si pensi, a esempio, alle carte, documenti, ricordi di famiglia) (G. BONILINI, *Legato*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 511; *Id.*, *Il legato*, cit., p. 404 ss.).

¹⁰⁶ Almeno, S. PIRAS, *Sulla natura giuridica, validità, utilità del legato di debito*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, p. 75 ss.; S. RUPERTO, *Sul legato di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 277 ss. Ora, lo studio di E. MIGLIACCIO, *Funzione e vicende dei legati. Il legato di debito*, Napoli, 2015.

Il legato di debito ha costituito una formidabile occasione di riflessione sull'intera teoria del legato, ma della cui validità e utilità non sembra più legittimo dubitare. Con intesa che, considerato positivamente risolto il problema intorno alla non essenzialità del carattere liberale, ancora oggi, si discute se il legato di debito non importi anche un riconoscimento di debito, se non attribuisca una pretesa a sé stante, avente titolo nel testamento, se non debba considerarsi sempre causa di novazione obiettiva.

¹⁰⁷ È il caso del legato per effetto del quale il testatore estingue il proprio debito, eseguendo una prestazione diversa da quella originariamente dovuta. Nella prospettiva che voglia sperimentare la possibilità di migliorare la posizione successoria del convivente, non si pone alcun problema se la prestazione oggetto del legato abbia un valore eguale o inferiore alla prestazione del rapporto obbligatorio. Il problema si pone, invece, nel caso in cui la diversa prestazione portata dal legato abbia un valore maggiore rispetto a quanto dovuto al creditore in forza del rapporto obbligatorio. A ragionare secondo lo sperimentato meccanismo, dovrebbe dirsi che il legato ha funzione solutoria fino alla concorrenza di quanto dovuto al beneficiato, mentre carattere liberale per l'eccedenza. Con la conseguenza che per l'eccedenza sarebbe un comune legato fatto allo scopo di arricchire il beneficiato.

La soluzione lascia perplessi. Non soltanto perché un tale ragionare non potrebbe valere in caso di prestazione in luogo di adempimento stipulata con atto *inter vivos*, ma anche perché le norme di cui agli artt. 659 e 1197 c.c., nella parte in cui precisano che il debitore può liberarsi eseguendo una prestazione diversa, anche se di valore maggiore, non sembra considerare quanto prestato in eccedenza al dovuto, prestazione di natura liberale. Fuori del caso in cui risulti un concreto intento liberale, o dei casi in cui lo strumento sia utilizzato allo scopo di dissimulare un'attribuzione liberale, in tutti gli altri casi credo che la diversa prestazione debba essere considerata in funzione solutoria, anche per la parte che ecceda rispetto al valore della prestazione originariamente dovuta. In conseguenza, ove pure il legato avesse un valore maggiore della prestazione dovuta, non per questo l'eccedenza rispetto al dovuto dovrebbe considerarsi liberale, con l'ulteriore corollario che il legato conserva, per la sua interezza, funzione solutoria.

¹⁰⁸ Nel caso di legato di debito a efficacia immediata, l'attribuzione viene acquistata dal legatario, creditore naturale, immediatamente all'apertura della successione; automaticamente, senza necessità di accettazione e salvo il potere di rifiuto; essa estingue l'obbligazione. Va da sé che qualora il testatore attribuisse al legatario più di quanto gli spetti per l'eccedenza sarebbe un legato comune. Del pari deve escludersi che l'attribuzione patrimoniale possa essere considerata legato di debito quando la menzione del debito sia fatta intenzionalmente per dissimulare una liberalità *mortis causa*, attraverso una *falsa demonstratio*. In tale caso è eviden-

mente obbligatorio, si distinguerà tra legato a efficacia immediata e legato a efficacia obbligatoria¹⁰⁹. Nella consapevolezza che le due alternative possono mescolarsi tra loro.

Questo legato, poiché è posto in esecuzione o in adempimento di un'obbligazione, non costituisce per il legatario un'attribuzione liberale, bensì l'esecuzione, più o meno esatta, della prestazione dovuta. In conseguenza, per un verso, il legatario non è tenuto ad aggiungere quanto ricevuto con detto legato all'eventuale quota di eredità che a lui fosse assegnata; per altro verso, il legatario non è esposto all'azione di riduzione da parte dei legittimarî del disponente, perché quanto il testatore avesse assegnato con detto legato, per definizione, non potrebbe mai considerarsi eccedente la quota di cui il testatore può disporre¹¹⁰.

Venendo al secondo problema si tratta non soltanto di tracciare il discrimine tra adempimento di doveri morali e sociali e atto di liberalità¹¹¹, ma anche di determinare quali possano essere i doveri morali e sociali in adempimento dei quali il convivente possa fare un legato *solutionis causa*. Con avvertimento che l'uno e l'altro tema si profilano in materia testamentaria con un grado di complessità più spiccata di quanto non accada in materia contrattuale, nella quale si discute di una prestazione già eseguita e della quale si deve, soltanto, *ex post* valutare l'adeguatezza nel caso concreto.

Rispetto alla prima questione, la giurisprudenza ha da tempo e di recente¹¹², precisato che deve aversi riguardo non soltanto alla spontaneità dell'atto, ma anche

te che manca l'*animus solvendi* e che la disposizione testamentaria integra un legato puro, con tutte le conseguenze in tema di validità, revoca, reversibilità, che ciò comporta.

¹⁰⁹ Nel caso di legato di debito a efficacia obbligatoria, il creditore naturale acquista un credito nei confronti dell'erede, o del legatario onerato, sicché la disposizione a titolo particolare avrebbe la funzione di costituire un nuovo rapporto obbligatorio, che trova fonte nella disposizione testamentaria medesima. Occorre domandarsi se qui si abbia trasformazione (*rectius*: novazione) dell'obbligazione naturale in civile, sempreché ciò sia ammissibile, ovvero se si costituisca un'obbligazione civile, che coesista con l'obbligazione naturale e l'adempimento della quale importa anche l'estinzione della seconda, ovvero, infine, come pure è stato autorevolmente sostenuto, una novazione oggettiva dell'obbligazione naturale in altra e diversa obbligazione naturale.

¹¹⁰ Quanto fosse attribuito in adempimento dell'obbligazione non potrebbe essere soggetto a riduzione, perché quel valore, per un verso, non concorre a determinare la quota di patrimonio di cui il testatore può disporre e, per altro verso, abbatte quel valore, riducendo la misura del patrimonio complessivo sul quale eseguire il calcolo. Si tratta cioè di un *debitum*.

¹¹¹ Per tutti, il lavoro di G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., *passim*. Ma si vedano, anche, A. SPADAFORA, *L'obbligazione tra conviventi*, cit., p. 157 ss.; L. BALESTRA, *Note in tema di proporzionalità*, cit., p. 779; G. FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi*, cit., p. 598 ss.

¹¹² Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, cit., «Il discrimine fra l'adempimento dei doveri sociali e morali, quale può individuarsi in qualsiasi contributo fra conviventi, destinato al *menage* quotidiano ovvero espressione, come nella specie, della solidarietà fra persone unite da un legame intenso e duraturo, e l'atto di liberalità va individuato, oltre che nella spontaneità, soprattutto nel rapporto di proporzionalità fra i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare». Ma in questo senso, già, Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, in cui si legge: «L'art. 2034 ha distinto le obbligazioni naturali in due categorie, prevedendo al 2° comma fattispecie tipiche di obbligazioni naturali (casi, cioè, esplicitamente con-

al rapporto di proporzionalità tra i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare¹¹³.

Piú complessa la seconda, rispetto alla quale, si deve verificare, in ragione del riconoscimento della famiglia senza matrimonio, quale formazione sociale nella quale l'individuo esprime la propria personalità¹¹⁴, quali possano considerarsi, anche avu-

templati dalla legge di atti socialmente e moralmente leciti, che non assurgono però a vincoli giuridici e sono quindi sorniti di azione, quali l'adempimento della disposizione fiduciaria e il pagamento del debito prescritto e del debito di gioco) e, al 1° comma, con disposizione molto piú ampia, l'esecuzione spontanea di un dovere morale (o di coscienza) o sociale. Con riferimento a tale disposizione di carattere generico, l'indagine sulla sussistenza di un'obbligazione naturale è duplice, dovendo accertarsi, da un lato, se nel caso dedotto sussista un dovere morale o sociale in rapporto alla valutazione corrente nella società e, dall'altro, se tale dovere sia stato spontaneamente adempiuto con una prestazione avente carattere di proporzionalità ed adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso».

¹¹³ Nella legittima varietà dei margini entro i quali sceglie l'una o l'altra prospettazione, la giurisprudenza è costante nell'affermare che, nel presupposto della spontaneità dell'atto, ricorre un'ipotesi di adempimento dell'obbligazione naturale quando esista un rapporto di proporzionalità e adeguatezza tra i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare. Si toglie, dunque, dall'esterno il criterio discrezionale, stabilendo che la riconducibilità dell'atto all'adempimento dell'obbligazione naturale o alla liberalità dipende non già dalla reale intenzione dell'autore, bensì dalla mera proporzionalità e adeguatezza tra i mezzi di colui che compie l'attribuzione e l'interesse che essa mira a realizzare. Le ragioni di questo indirizzo non si faticano a scorgere. La giurisprudenza, innanzi a una prestazione già eseguita, e nella difficile prospettiva di dover ricostruire quale possa essere stata l'intenzione del disponente, sceglie il criterio estrinseco e obiettivo della proporzionalità, il quale evita il rischio di trascinare l'indagine in calcoli d'intime e recondite volontà, nell'analisi di moventi soggettivi, o nel disvelamento di intenzioni apparenti, deliberatamente difformi da quelle reali.

Sebbene tale criterio appaia largamente seguito, non senza mancare di precisare che nelle prime decisioni in cui esso fa la sua apparizione, l'indagine sull'intenzione del disponente rimaneva determinante, mi pare che esso meriti di essere corretto e, soprattutto, non mi pare che possa essere pianamente utilizzato in materia successoria. Al fine di stabilire se la prestazione portata nel legato possa dirsi eseguita in adempimento dei doveri morali e sociali non credo che possa bastare aver riguardo al rapporto tra mezzi (*rectius*: eredità) del testatore e interesse da soddisfare. A tacere, infatti, della necessità che si abbia in conto quale sia stata l'intenzione del testatore, che, in materia testamentaria, piú che in qualunque altro atto di autonomia, attende di essere esaltata, mi sembra che la valutazione dell'adeguatezza e della proporzionalità serva, qui, come pure per i casi giurisprudenziali esaminati, per verificare se esista adeguatezza tra dovere morale e prestazione eseguita. A leggere, secondo questa prospettiva, tale indirizzo giurisprudenziale, il criterio dell'adeguatezza e della proporzionalità non servirebbe per porre in relazione i mezzi del disponente con l'interesse da soddisfare, spostando così all'esterno dell'atto il criterio di valutazione del medesimo, bensì la prestazione concretamente eseguita con il presunto dovere morale e sociale, riportando, cioè, il criterio all'interno del rapporto giuridico nascente dall'atto, senza, con ciò, trascurare, nell'interpretazione dell'atto, i criteri e le norme sull'interpretazione e, tra tutti, l'indagine sull'intenzione dell'autore, o degli autori di quello. A me pare, che questa debba essere la via con la quale si possa e si debba immaginare una soluzione al problema della disposizione testamentaria in adempimento dell'obbligazione naturale. Nella quale si deve stabilire, *a priori*, quale sia il limite entro il quale la prestazione possa considerarsi eseguita in adempimento dei doveri morali e sociali, ossia quale sia la misura entro la quale una prestazione possa dirsi proporzionata e, dunque, il legato in adempimento del debito, privo del carattere liberale.

¹¹⁴ In questo senso, assai chiaramente, P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione e per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 135 ss., e spec. p. 145 ss.

to riguardo alla disciplina dettata dal nostro legislatore per regolare i rapporti tra i coniugi e in coerenza ai principi del personalismo e solidarismo, i doveri morali e sociali che derivano da una convivenza¹¹⁵.

Tra tutti, non credo possa revocarsi in dubbio, costituendo il fondamento logico della stessa idea di comunione materiale e spirituale di vita, che tra conviventi esista un reciproco dovere di contribuire ai bisogni della famiglia, considerando le sostanze di ciascuno e la loro capacità di lavoro, anche casalingo. Ciò significa non soltanto necessità di contribuzione alle spese familiari, ma anche e, soprattutto, il dovere sociale di condivisione dei beni acquistati con il contributo di entrambi, ancorché quello di uno fosse meramente casalingo, epperò, necessario e indispensabile nella gestione del *ménage* familiare, soprattutto in presenza di figli.

Non credo, infine, nell'ipotesi in cui un convivente sia sprovvisto di un reddito, avendo, nell'ambito del *ménage* familiare, contribuito con il proprio lavoro casalingo, che possa escludersi in capo all'altro convivente l'esistenza di un dovere morale e sociale che gli imponga di mantenere *post mortem* il primo¹¹⁶, garantendogli, la possibilità di conservare il tenore di vita assunto durante la convivenza e, soprattutto, di continuare a vivere nella casa familiare (v. ora anche l'art. 42 L. 76/ 2016).

Si tesse, così, svelandone possibili contenuti, un'importante rete di doveri morali e sociali nascenti dalla convivenza: contribuzione alle spese (cfr. art. 53 L. n. 76/2012); condivisione dei beni acquistati con le risorse di taluno, ma il contributo di entrambi; diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e diritto di uso sui mobili che la corredano; mantenimento, *post mortem*, del convivente superstite.

Per restringere, principalmente il campo agli ultimi due doveri morali e sociali, nascenti dalla convivenza, dacché mi pare che i primi due si prestino, con profitto,

¹¹⁵ G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Il Foro nap.*, 2014, p. 84, precisa, con argomento convincente e condivisibile, che l'applicazione analogica deve compiersi in relazione alla funzione che la singola formazione sociale persegue, rifuggendo da semplicistiche e rigide sussunzioni. L'A. in nota 90, scrive: «Si che all'interprete spetta il compito non di operare sussunzioni irragionevoli ma di valutare la *ratio* della singola norma al fine di valutare se tale *ratio* sussista e si giustifichi anche in caso convivenza». Ancora, p. 87, precisa: «Infatti non si tratta semplicemente di assimilare due formazioni sociali o due associazioni, ma di valutare se la norma imperativa in questione operi con riferimento ad una determinata associazione, in quanto tale o in quanto caratterizzata da un determinato scopo. È ovvio, ad esempio, che una norma imperativa in tema di associazioni sportive non si applica necessariamente ad una associazione di liutai, ma l'applicazione di una disposizione prevista per una fattispecie ad un'altra dipende non soltanto da una similitudine strutturale, ma anche da una valutazione funzionale. Nel caso di specie dipende dalla risposta alla domanda se la norma imperativa in esame si riferisca alla associazione in quanto tale o allo scopo della stessa. Soltanto così sarà possibile comprendere se il medesimo interesse da tutelare si riscontri anche nell'associazione all'esame dell'interprete». Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 933 ss.; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 486 ss. Cfr. sul tema F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, p. 197 ss.

¹¹⁶ Sul mantenimento *post mortem* del convivente, per tutti, G. BONILINI, *Il mantenimento post mortem*, cit., p. 239 ss.

a giustificare piú un'attribuzione patrimoniale *inter vivos*, che non una disposizione testamentaria, non mi è difficile ipotizzare che il testatore, in adempimento del dovere morale e sociale, nascente dalla convivenza, possa attribuire al convivente superstita il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano, oppure il diritto al mantenimento.

Il primo legato è semplice nella struttura e richiama alla memoria la difficile regola posta nell'art. 540, comma 2 c.c.; il secondo legato, invece, presenta maggiori difficoltà concettuali¹¹⁷, prestandosi a differenti ipotesi ricostruttive, a un difficile coordinamento della disciplina per il calcolo della massa ereditarie e del debito e una piú ardua giustificazione in caso di attribuzione a favore del convivente della quota disponibile del patrimonio ereditario.

Ne viene, quindi, che, a volere avvantaggiare il convivente, in presenza di legittimarî, è da considerarsi migliore scelta quella di istituire erede il convivente nella quota disponibile, pre-legando a favore del convivente, in adempimento dell'obbligazione naturale nascente dalla convivenza, il diritto al mantenimento *post mortem* (mediante una rendita vitalizia, ovvero mediante la destinazione di un bene a tale scopo), attribuendo, altresí, ove ne ricorrano i presupposti il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano.

Detti legati, proprio perché disposti in adempimento dei doveri morali e sociali nascenti dalla convivenza, non potrebbero dirsi nulli per violazione dell'art. 549 c.c.¹¹⁸, ove pure gravassero sui legittimarî, istituiti eredi nella sola quota di patrimonio loro riservata, dacché si tratterebbe di legati idonei a estinguere un debito.

Detti legati, con le precisazioni e nei limiti che i singoli casi concreti suggeriscono di fare consentono di attribuire al convivente, in ante-parte e in aggiunta alla quota di patrimonio disponibile altri beni. Con il risultato complessivo di migliorare, significativamente, la posizione successoria del convivente.

La successione del convivente non è, allora, la successione dell'uomo qualunque, bensí la successione che, su base volontaria, può divenire assai prossima a quella del coniuge.

Al convivente può essere liberamente attribuita la quota di patrimonio disponibile. La quale, anche in presenza di tutti gli altri legittimarî, ivi compreso un coniu-

¹¹⁷ Si può pensare a una rendita vitalizia, ovvero alla costituzione di un vincolo destinato al mantenimento, ovvero al diritto di pretendere da parte degli eredi la corresponsione di un assegno periodico. G.A.M. TRIMARCHI, *Negozio di destinazione e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, p. 426 ss. Piú in generale, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1 ss. Di recente, per tutti, l'ampio studio di G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss., spec. p. 84, il quale esclude che la famiglia di fatto possa ricevere, sotto i diversi profili e, in specie, quello di cui all'art. 2645-ter, una tutela maggiore di quella stabilita per la famiglia legittima.

¹¹⁸ Secondo la costante dottrina deve considerarsi nulla per violazione della norma di cui all'art. 549 c.c. la disposizione testamentaria non autonoma, che acceda all'attribuzione della quota di riserva, diminuendola *vel in quantitate, vel in tempore*, nonché la disposizione autonoma (legato) interamente gravante sulla quota di riserva del legittimario.

ge dal quale il testatore non abbia mai divorziato, non è inferiore a quella riservata al coniuge. Ciò significa che il testatore, salvo il caso in cui il convivente concorra con ascendenti e coniuge, può lasciare al convivente, che concorra con altri legittimarî, una quota di patrimonio almeno eguale a quella che la legge riserva al coniuge.

In aggiunta, poi, il testatore potrebbe attribuire al convivente, senza incorrere nella violazione di cui all'art. 549 c.c. e senza che i legittimarî possano efficacemente agire in riduzione, almeno altri legati. Certamente il legato con il quale si attribuisce al convivente il diritto di abitazione della casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano. Con ogni probabilità, potrebbe legittimamente disporre a favore del convivente, assicurandogli, mercé una rendita vitalizia, ovvero un vincolo di destinazione, il mantenimento per tutta la durata della sua vita.

Per questa via a me pare che la successione del convivente possa attingere a misure di protezione non diverse da quelle previste dalla legge a favore del coniuge, con l'unica, ma fondamentale differenza che nel caso del coniuge, la tutela è imposta dal legislatore, mentre nel caso del convivente liberamente scelta dal testatore. Ciò serve non soltanto a render l'antico concubino simpatico e bisognoso di protezione, ma soprattutto a motivare l'opportunità di innovare la disciplina di tutela dei legittimarî, riducendola nei limiti degli assegni alimentari. Affinché nessuno abbia perché la legge impone, ma perché in vita lo abbia meritato. Affinché i legittimarî non possano più considerarsi titolari di «una rendita da posizione familiare»¹¹⁹.

¹¹⁹ Così V. BARBA, *Recensione a "La circolazione dei beni di provenienza donativa" di Vincenzo Verdicchio*, in *Foro nap.*, 2014, p. 718, riprendendo le osservazioni critiche già svolte in *Id.*, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 763 ss.; *Id.*, *Recensione a "La clausola di diseredazione. Da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria" di Pasquale Laghi ed a "La diseredazione. Profili evolutivi" di Marco Tatarano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 969 ss.



La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata*

di Angela La Spina**

SOMMARIO: 1. La scissione tra identità genetica e identità giuridica. – 2. L'unicità e la libera circolazione dello status filiationis. – 3. Fondamento e limite della tutela della identità personale del nato con maternità surrogata: la dignità umana. Il fondamento solidaristico dell'accordo di maternità surrogata e il legame genetico con la coppia committente. – 4. Lo status acquisito dal soggetto generato con maternità surrogata e l'oblio della verità genetica.

1. L'identità è la storia dell'essere umano¹, risultante sia da dati che gli vengono in qualche misura imposti, in quanto determinati da scelte di terzi, sia da dati che viceversa dipendono da scelte operate dal soggetto nonché dalle attività da lui svolte durante il divenire della sua vita.

La storia identitaria comincia con la gestazione e, ancor prima, con il concepimento, momento in cui si forma la componente genetica, che costituisce l'*incipit* del percorso formativo destinato ad esitare nella persona che il concepito diverrà. Immediatamente successiva è la formazione dell'identità giuridica, in cui momento assolutamente centrale è dato dall'acquisizione del nome (più precisamente del cognome) e della cittadinanza. Queste componenti dell'identità personale, destinate a connotare stabilmente la personalità del soggetto, che nel tempo si arricchirà di ulteriori molteplici aspetti di matrice endogena (frutto delle sue attività materiali e intellettuali), hanno invero natura esogena in quanto gli vengono imposte ed esprimono il suo legame con la famiglia che lo ha originato².

Tali componenti, che conferiscono un significativo e (quasi) indelebile *imprinting* a quella che sarà l'identità complessa della persona³, sono fortemente influenzate dall'evoluzione sociale e dal progresso tecnologico.

* Il saggio è destinato agli atti del Convegno in onore del prof. Vincenzo Scalisi (Messina 27-28 maggio 2016).

** Professore associato di diritto privato nell'Università di Messina.

¹ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 295.

² Cfr. L. LENTI, *L'identità del minorenne*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 65 il quale rileva che l'identità genetica e l'identità giuridica costituiscono dati di carattere oggettivo, di regola derivanti dai genitori, cui si aggiungeranno gli aspetti soggettivi dell'identità personale durante le varie fasi della vita del soggetto.

³ Cfr. E. MORIN, *L'identità umana*, in *Il Metodo*, 5, trad. it. S. Lattari, Milano, 2002, 155 s. ove l'Autore rileva come il cognome fonda l'identità della persona, in quanto costituisce un'unità psicologica fondamentale che lo collega alla famiglia che, ancorché in Occidente non costituisca più il luogo in cui l'individuo sviluppa tutte le componenti della sua identità, resta comunque il primo fondamentale focolare della complessità

L'evoluzione sociale (e conseguentemente quella giuridica) rivela che l'acquisizione degli stati correlati a nome e cittadinanza non sia più determinata esclusivamente dall'appartenenza del soggetto alla famiglia intesa in senso tradizionale, come fondata sul matrimonio, bensì anche dal legame con aggregati socialmente assunti come di tipo familiare, costituenti la famiglia in senso strettamente relazionale⁴, capace di comprendere in sé una pluralità di modelli in cui l'individuo realizza la propria identità⁵. Com'è stato autorevolmente rilevato "Quale ente esplicativo della persona, la famiglia è già in sé «categoria plurale», in quanto riflette il pluralismo insito nella stessa persona umana, quale energia vivente assiologicamente polarizzata e a complessità crescente che concentra dentro di sé tutte le sfere della realtà empiricamente data, e quindi una molteplicità assai vasta e una varietà amplissima di esigenze, bisogni, interessi"⁶.

Parallelamente l'evoluzione tecnologica e, in particolare, le nuove tecnologie procreative consentono, in una molteplicità di casi ed in misura di gran lunga maggiore rispetto al passato, una scissione, relativa o assoluta, tra identità giuridica e identità genetica del soggetto⁷.

L'ampiezza e la complessità crescenti del contesto sociale e relazionale, nonché giuridico, in cui si sviluppa la vita della persona, non più territorialmente circoscritto, pongono poi la questione della circolazione del soggetto con la sua identità e, quindi, del riconoscimento all'interno di ciascun singolo Paese dell'identità giuridica e, in particolare, di quelle sue componenti costituite dal cognome e dallo *status filiationis* ad esso correlato, acquisite al momento della nascita. In particolare il problema che sempre più frequentemente si pone riguarda l'operatività dei meccanismi

umana. Egli evidenzia inoltre il ruolo fondativo dell'identità personale svolto dal patrimonio genetico del soggetto, dal quale egli è destinato comunque in qualche modo a dipendere anche quando raggiungerà la fase costruttiva della sua identità tramite l'autoaffermazione (*ibidem*, 256).

⁴ Sul concetto di famiglia in senso relazionale vedi V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1288 ss. ove l'Autore constata l'assenza, nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, di "una qualche proposta in funzione conformativo-inclusiva di una generale e astratta nozione di famiglia" (*ibidem*, 1310), avverte che poiché la persona è "il primario criterio di legittimazione di tutto il diritto ... è innanzitutto nel particolare relazionamento con la persona che ogni rapporto di coppia o generazionale è chiamato a misurare la necessaria idoneità a realizzare una dimensione di vita di tipo familiare" (*ibidem*, 1313).

⁵ Evidenziano come nello spazio europeo il modello tradizionale di famiglia abbia lasciato spazio ad una pluralità di modelli, rischiando di svanire del tutto in un indifferenziato "stare insieme", F.D. BUSNELLI – M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 767 ss.. In materia vedi D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 137 ss. il quale rileva che "al tramonto dei modelli familiari e relazionali a noi più consoni si accompagna l'emersione, piuttosto che di tanti modelli alternativi, di un modello unico ed assorbente, quello del singolo ... il quale vive ogni rapporto, anche quello istituzionalizzato del matrimonio, difendendo strenuamente la sua sfera di libertà individuale e, in definitiva, il suo individualismo" (*ibidem*, 146).

⁶ Sono parole di V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 9.

⁷ Evidenzia come a seguito delle tecniche di fecondazione assistita, specie con la c.d. maternità surrogata, sempre più frequentemente accade che identità giuridica e identità genetica non coincidano, F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 159 ss. spec. 161.

di diritto internazionale privato al fine di riconoscere in Italia lo *status filiationis*⁸ acquisito all'estero dal soggetto, nato a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate nel nostro Paese (essenzialmente la maternità surrogata), che, in applicazione della legge straniera abbia acquisito uno *status* e una correlata identità giuridica in tutto o in parte divergente da quella genetica.

Preliminarmente, al fine di fugare possibili equivoci, va precisato che l'istanza di tutela che emerge con riguardo alla circolazione degli *status* riguarda essenzialmente la persona e la sua identità, non già il gruppo familiare in quanto tale. Il denunciato tramonto del concetto giuridico di *status* inteso come appartenenza ad un gruppo (quello familiare) a tutela della sua conservazione⁹, lascia infatti del tutto inalterata la meritevolezza dell'interesse del soggetto titolare dello *status* ad essere ricondotto sul piano sociale a quel gruppo familiare, inteso in senso relazionale, cui anche la funzione metonimica del nome¹⁰ lo collega, a difesa della sua identità personale in senso familiare¹¹.

Le ipotesi riguardano progetti genitoriali maturati in seno a coppie sia etero sia omosessuali che, facendo ricorso a diverse forme di maternità surrogata in Paesi in cui la regolamentazione giuridica lo consente, ottengono la registrazione del bambino così generato come figlio della coppia, con conseguente acquisizione da parte di questi sia dello *status filiationis* nei confronti di entrambi i componenti la coppia sia, nella maggior parte dei casi, del doppio cognome¹².

La complessità sociale e, conseguentemente quella giuridica, determinata dalla coesistenza di sistemi normativi tra loro in parte difformi, specie in ordine a scelte influenzate da questioni etiche, comporta quale fisiologica conseguenza dell'evoluzione dei sistemi valoriali di riferimento, che la tutela dei diritti fondamentali della persona, specificamente - per quel che ci riguarda - della sua identità, trovi garanzia non già e non necessariamente in fonti strettamente legislative e interne a ciascuno Stato, ma piuttosto nell'intenso dialogo tra le Corti (Corte Costituzionale, Corte di Cassazione,

⁸ Sul più ampio problema della circolazione degli *status* acquisiti all'estero, che riguarda anche lo *status* di coniuge vedi C. CAMARDI, *La ridefinizione dello status della persona*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. Mezzanotte, Roma, 2016, 109 ss..

⁹ Cfr. C. CAMARDI, *La ridefinizione dello status della persona*, cit., 97 ss. e spec. 106 ss.; Id., *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 7 ss..

¹⁰ Sulla funzione appellativa e simbolica del nome cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, cit., 300 s.; G. PINO, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2010, 305 s..

¹¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Identità, identificazioni*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 13, nel delineare un "inventario delle identità", individua l'identità "sociologico-familiare-relazionale" nel complesso di dati che caratterizzano il soggetto per la sua appartenenza ad una famiglia. Com'è stato efficacemente rilevato (L. LENTI, *L'identità del minorenne*, loc. cit.), l'identità familiare, primo dato psicologico della costruenda identità personale, consiste nel percepirsi come componente di un nucleo familiare e nel riconoscere le persone con le quali si vive come il primo e principale riferimento sociale della propria vita.

¹² Sullo *status* del figlio nato da madre surrogata, vedi C. CIRAOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *juscivile.it*, 2014, 489 ss.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'Uomo) in applicazione dei principi generali dell'ordinamento europeo ed internazionale.

Invero con la riforma della filiazione (l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) l'art. 33 l. 31 maggio 1995 n. 218 che, nella versione originaria, individuava nella legge nazionale del nato quella competente a determinare lo stato di figlio, è stato modificato prevedendo che, se è più favorevole, diviene applicabile la legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita. In applicazione di tale norma, quindi, nell'ipotesi di una coppia in cui uno dei membri sia cittadino di uno Stato ove sia ammessa la maternità surrogata e sia attribuito al nato lo *status filiationis* nei confronti di entrambi i componenti la coppia committente, lo *status* acquisito in base a quella legge non potrebbe più essere contestato sulla base della normativa italiana, giacché il comma 3 della medesima disposizione statuisce che "lo stato di figlio, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge"¹³. Tale disposizione, ancorché riguardi non già la riconoscibilità dell'atto di nascita emesso all'estero, bensì la legge applicabile alle controversie su accertamento e contestazione dello *status*, introduce un concorso di criteri atto a garantire al nato l'acquisizione dello *status* di figlio¹⁴, quindi pare idonea, sul piano sistematico a risolvere anche la questione oggetto d'esame, ma esclusivamente con riguardo ai casi in cui uno dei componenti della coppia committente sia cittadino di uno Stato che legittimi il ricorso alla maternità surrogata, ove la coppia si rechi per fruirne. La questione rimane tuttavia sicuramente aperta per tutte le ipotesi, che costituiscono senz'altro il maggior numero, in cui i membri della coppia committente, che acceda all'estero alle tecniche in discorso, siano entrambi cittadini italiani, oppure uno di essi sia straniero ma cittadino di uno Stato che, come l'Italia, ponga il divieto di far ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa con surrogazione di maternità. In questi casi, infatti, il disposto della novellata norma di conflitto non soccorre in quanto la sua applicazione determinerebbe quel circolo vizioso paventato dalla dottrina¹⁵ che ne paralizza l'operatività. In particolare, l'individuazione della legge nazionale del figlio presuppone la sua cittadinanza, che deriva dalla cittadinanza dei genitori, quindi è impossibile stabilire qual è la sua cittadinanza prima di aver definito chi siano i suoi genitori; questo meccanismo, nelle ipotesi in cui entrambe le leggi nazionali dei

¹³ Sul punto vedi A. QUERCI, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. dir.*, 2015, 1151 s.; E. BERGAMINI, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, in *Riv. dir. intern. proc.*, 2015, 315 ss..

¹⁴ F. CRISTIANI, *A proposito di unicità di status filiationis, legge applicabile e cittadinanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 209 ss. rileva che la scelta compiuta dal legislatore della riforma con riguardo alla norma di conflitto è perfettamente coerente con il principio del *favor filiationis* che ispira l'intera normativa nazionale e che risulta rafforzato dall'espressa attribuzione della qualifica di norma di applicazione necessaria a quella che sancisce l'unicità dello *status* di figlio.

¹⁵ Cfr. E. BERGAMINI, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, cit., 335; F. CRISTIANI, *A proposito di unicità di status filiationis, legge applicabile e cittadinanza*, cit., 210.

membri della coppia committente contengano il divieto al ricorso alla maternità surrogata e, quindi, non consentano l'acquisizione dal nato con tale tecnica dello *status filiationis*, rende praticamente impossibile l'operare della norma di conflitto che, pertanto, non soccorre neppure sul piano sistematico e il riconoscimento dello *status* acquisito all'estero dal nato con maternità surrogata rimane subordinato al controllo di ordine pubblico.

2. Dopo l'introduzione in Italia della regolamentazione della procreazione medicalmente assistita, che nel testo originario conteneva il divieto di far ricorso a qualsiasi forma di fecondazione eterologa, il riconoscimento nel nostro Paese dello *status filiationis* acquisito all'estero mediante tecniche di maternità surrogata ha incontrato nella giurisprudenza, salvo qualche apertura senz'altro da segnalare¹⁶, il limite dell'ordine pubblico asseritamente da individuarsi, oltre che nei principi di indisponibilità dello *status* e del corpo, nel divieto contenuto nella l. n. 40/2004 (che sanziona espressamente il ricorso alla c.d. maternità surrogata) e nell'art. 269 comma 3 c.c. (che individua la madre in colei che ha partorito il bambino)¹⁷. Nell'ipotesi di

¹⁶ Cfr. App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009, che anticipando i successivi sviluppi della giurisprudenza europea e discostandosi dalla posizione, anche successivamente mantenuta dalla giurisprudenza interna (vedi nota successiva), ha statuito che "L'ordine pubblico, che, ai sensi dell'art. 16 comma 1 l. n. 218 del 1995, costituisce il limite all'applicabilità della legge straniera in Italia non si identifica con quello interno ma con quello internazionale: i parametri di conformità all'ordine pubblico internazionale devono essere rinvenuti in esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale. Pertanto, in tema di maternità surrogata, il solo fatto che la legislazione italiana vieti l'applicazione di detta tecnica, non è di per sé un indice di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese, e quella greca) che prevedono una disciplina sostanzialmente differente e conseguentemente va accolta la domanda di riconoscimento nello Stato italiano dei provvedimenti giurisdizionali britannici che riconoscono lo stato di genitorialità a soggetti che abbiano utilizzato suddetta tecnica".

¹⁷ Cfr., per tutte, Trib. Forlì, 25 ottobre, 2011 in *Fam. dir.*, 2013, 532 secondo il quale nel caso in cui ricorra "una coppia di gemelli, nati da seme del sig. Z. e da ovociti di donatrice ignota con gestazione e parto di una cd. madre surrogata, al presumibile scopo di porre rimedio all'infertilità della sig.ra G., moglie del sig. Z., violando, peraltro, per più versi la l. n. 40/2004, può essere considerato padre legittimo dei nati il solo sig. Z. al quale l'ufficiale di stato civile italiano del comune di F. non può rifiutare la trascrizione, nel relativo registro anagrafico, degli atti di nascita dei gemelli D. ed E. quali figli del predetto sig. Z., fermo restando l'illecito consumato che ha acconsentito, violando l'ordine pubblico italiano, a fare da madre surrogata ai gemelli; né può essere considerata madre legittima dei nati la moglie del sig. Z., donna che non ha in alcun modo fatto nascere alla vita i due gemelli, non avendoli né concepiti, né condotti in sé stessa durante la loro gestazione, né partoriti: manca del tutto tra la donna ed i nati la necessaria relazione naturale e giuridica d'ordine parentale, che, di regola, dà vita al rapporto di maternità anche sul piano anagrafico". Peraltro la richiesta di registrazione dà luogo in queste ipotesi alla conseguente contestazione, a carico di colui che, non avendo legami genetici con il minore, si dichiara genitore dello stesso all'ufficiale dello stato civile italiano, del reato di falsa dichiarazione a pubblico ufficiale sulla identità o sulla qualità personale altrui, ex art. 495 comma 2 c.p.. Cfr. Trib. Milano, 8 aprile 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, I, 1474; Trib. Brescia, 26 novembre 2013, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 412. Sul tema vedi S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2014, 81 ss..

figlio geneticamente legato al padre ed estraneo alla di lui moglie, in quanto nato all'estero con maternità surrogata, il meccanismo di attribuzione dell'identità giuridica al figlio, consentito in Italia, era sostanzialmente il riconoscimento da parte del padre e la successiva adozione *ex art. 44 lett. b) l. n. 184/83* da parte della coniuge¹⁸, soluzione evidentemente lesiva dell'oggettivo interesse del minore all'acquisizione di uno *status filiationis* pieno nei confronti di entrambi i rami dalla famiglia, intesa come primo riferimento sociale della sua identità.

Nel 2014 la Corte di Strasburgo¹⁹ è intervenuta introducendo una significativa apertura all'affermarsi del principio della unicità dello *status filiationis* e del conseguente diritto alla circolazione dello stesso, che comporta inevitabilmente l'obbligo degli Stati di riconoscere al loro interno gli *status* acquisiti all'estero nel rispetto della normativa ivi vigente²⁰. La Corte, nella specie, ha disattivato l'eccezione di ordine pubblico posta dallo Stato francese rilevando che il diniego di riconoscimento del provvedimento straniero risulta sproporzionato rispetto allo scopo perseguito, in quanto determina la lesione di un diritto fondamentale dell'individuo protetto dalla Carta al fine di garantire il rispetto di una normativa interna che non integra ordine pubblico internazionale, e ha condannato lo Stato per violazione del diritto del minore al rispetto della sua vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*.

Tale pronuncia, resa contro la Francia, ma inevitabilmente destinata ad influenzare l'attività ermeneutica della giurisprudenza di tutti gli Stati nei quali, come in quello, vige il divieto di fare ricorso a tecniche di maternità surrogata, ha indotto la giurisprudenza italiana ad uniformarsi a quell'orientamento, dapprima isolato²¹ che, nel valutare la riconoscibilità in Italia dell'atto di stato civile straniero (atto di nascita), adotta quale parametro di riferimento la nozione di ordine pubblico internazionale da individuarsi non già, anacronisticamente, nel complesso di norme di diritto domestico ritenute rappresentative di uno stabile assetto normativo interno, ma piuttosto, conformemente all'attuale complessità giuridica che caratterizza l'ordinamento, nonché in ossequio agli artt. 10, 11 e 117 Cost., "nelle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati

¹⁸ Cfr. App. Salerno, 15 novembre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 1052; App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 777.

¹⁹ CEDU, 26 giugno 2014, n. 65941, *L. c. Francia*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2041.

²⁰ Cfr. V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in *Europa, cit.*, 8, ove l'Autore evidenzia, con riguardo a tutti gli *status* familiari, che l'art. 9 della Carta di Nizza, sulla falsariga dell'art. 12 della CEDU ingenera "a carico di ogni Stato membro e a garanzia della unicità e continuità degli *status* personali e familiari, quantomeno un vincolo di salvaguardia o – se si vuole – anche soltanto di rispetto, da intendersi quale obbligo di astensione dal porre in essere iniziative o interventi che possano tradursi in un pregiudizio delle posizioni giuridiche familiari e dei corrispondenti *status* acquisiti da cittadini comunitari sulla base delle rispettive legislazioni nazionali di appartenenza".

²¹ App. Bari, 13 febbraio 2009, *cit.*

fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo²².

Così ragionando e correttamente valutando quale prevalente l'interesse del minore²³ (che si sostanzia nel suo diritto all'identità e alla continuità dello *status filiationis*), si è statuito che né il divieto di far ricorso a tecniche di maternità surrogata, *ex art.* 12 comma 6 l. n. 40/2004, né la regola secondo la quale, *ex art.* 269 comma 3 c.c., madre è colei che ha partorito, costituiscono principi di rango primario; quindi l'atto di nascita straniero, legittimamente emesso all'estero, dal quale risulti lo *status* di figlio (nato tramite maternità surrogata) acquisito nei confronti di entrambi i membri della coppia committente, anche dello stesso sesso, è integralmente trascrivibile, quindi anche nella parte riguardante il genitore con il quale il soggetto non ha alcun rapporto genetico, con la conservazione da parte del figlio del cognome di entrambi i genitori (ove *ab origine* attribuitogli), non ostandovi un principio di ordine pubblico internazionale desumibile dalle sopra citate norme²⁴.

²² Cfr. App. Milano, 1 dicembre 2015, n. 2543, in *Dir. fam. pers.*, 2016, I, 155; Trib. Milano, 12 giugno 2015, n. 3301, in *Redazione Giuffrè*, 2005; Trib. Varese, 7 novembre 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014; App. Torino, 29 ottobre 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014. Nello stesso senso, seppur in un'ipotesi assai peculiare, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, 3329 e già, nella medesima controversia poi portata al vaglio della citata Suprema Corte, App. Torino, 4 dicembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 441. Le ultime pronunzie citate riguardano il caso di una coppia di donne in seno alla quale è maturato un progetto di genitorialità realizzato mediante la fecondazione in vitro dell'ovocita di una delle due con il seme di un donatore anonimo e il successivo impianto dell'embrione nell'utero dell'altra, in tal modo realizzando un individuo geneticamente legato all'una e partorito dall'altra. Sul tema vedi le riflessioni critiche di R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 952 ss., il quale evidenzia che l'eterosessualità della coppia genitoriale è un valore costituzionale e, in quanto tale, ha il carattere dell'intangibilità proprio delle norme di ordine pubblico internazionale.

²³ Il giudice, chiamato ad applicare le norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione dello *status* del bambino che sia nato all'estero mediante l'utilizzo della pratica della maternità surrogata, è tenuto a dare contenuto al mutevole concetto di ordine pubblico, nel rispetto dei principi e dei valori condivisi nel sistema, primo fra tutti il prevalente interesse del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale. Così perché sussista un contrasto con l'ordine pubblico non è sufficiente che la norma straniera sia difforme da una o più norme di diritto interno, in quanto il parametro di riferimento è costituito esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore; perché sussista una violazione dell'ordine pubblico occorre che il contrasto riguardi un principio che il legislatore ordinario non potrebbe sovvertire, quindi che supera i limiti della sua stessa discrezionalità. Sul tema vedi G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, 190 ss.; C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 481 ss..

²⁴ Cfr. App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Guida al dir.*, 2017, 13, 52; App. Milano, 28 dicembre 2016, n. 3390, in *Foro it.*, 2017, I, 722. Parallelamente ed in coerenza con il riconoscimento dell'atto dell'autorità straniera che attribuisce al nato con maternità surrogata lo *status filiationis* nei confronti della coppia committente, la giurisprudenza penale, superando il precedente orientamento, ha statuito che tale richiesta di trascrizione non integra, neanche da parte del genitore privo di rapporti genetici con il minore, il reato di cui all'art. 495 c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri). Cfr. Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525, in *Foro it.*, 2016, II, 286; Cass. pen., 11 ottobre 2016, n. 48696, in *Guida al dir.*, 2016, 49-50, 48; Trib. Varese, 8 ottobre 2014, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 414; Trib. Milano, 14 aprile 2014, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 413.

Invero ancorché la legge italiana ponga con norma inderogabile il divieto di far ricorso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita con maternità surrogata, è possibile rinvenire molteplici dati normativi dai quali si evince la non contrarietà al sistema dell'attribuzione di uno *status filiationis* e, quindi, di una identità giuridica non conforme, in tutto o in parte, all'identità genetica. Oltre all'istituto dell'adozione, eloquente è da ultimo la legittimazione al ricorso a tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo²⁵, che prelude ad una genitorialità giuridica e sociale necessariamente in parte difforme da quella genetica. Anche la riforma della filiazione, nel disciplinare l'azione di disconoscimento di paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, ha posto un termine di cinque anni per l'esercizio dell'azione, così disgiungendo la tutela dello *status* (quale componente l'identità giuridica) dall'identità biologica-genetica.

Emerge allora, non un obbligo dello Stato a legittimare il ricorso alla maternità surrogata, rimanendo il divieto nel nostro ordinamento espressione del potere discrezionale da esso legittimamente esercitato, bensì un diritto del singolo alla circolazione dello *status* funzionale non già al mero riconoscimento dello *status* in quanto tale all'interno di ciascuno Paese, ma piuttosto in quanto indefettibile presupposto per la conseguente tutela dei diritti fondamentali ad esso correlati e garantiti dalla normativa europea²⁶.

Nella medesima logica deve essere garantita la conservazione del nome acquisito unitamente allo *status*²⁷, al fine di tutelare la sua identità personale da intendersi non già, secondo l'impostazione tradizionale, come il diritto ad essere rappresentati come si è, bensì come il diritto ad essere se stessi. Tramite la tutela del nome, nella sua funzione appellativa (metonimica e simbolica) si garantisce, infatti, la tutela dell'identità della persona²⁸ come appartenente ad un gruppo, cioè come legata alla famiglia dalla quale ha tratto quel tassello della sua complessa identità²⁹.

²⁵ C. Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1105 ha dichiarato la illegittimità costituzionale del comma 3 dell'art. 4 l. n. 40/2004 (contenente il divieto di far ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo) evidenziando che "La scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che è riconducibile agli art. 2, 3 e 31 Cost. Non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. La PMA va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da diverse metodiche, quali la cosiddetta surrogazione di maternità".

²⁶ Cfr. F.D. BUSNELLI – M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 786 ss..

²⁷ Cfr. C. CIRAIOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, cit., 491 s.

²⁸ Cfr. M. TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in *juscivile.it*, 2013, 1, 34 il quale evidenzia che "il cognome non va concepito esclusivamente come semplice e neutro elemento identificativo di un dato essere vivente, quanto piuttosto quale momento caratterizzante in ambito sociale il singolo individuo e deve quindi essere considerato nell'alveo della tutela dei valori fondamentali della persona ed in specie nella prospettiva della protezione della sua identità".

²⁹ Cfr. G. PINO, *L'identità personale*, cit., 297 ss..

3. Le nuove tecnologie procreative, pur rimettendo in discussione le nozioni fondamentali di paternità, maternità, filiazione, non hanno pertanto scalfito “le nozioni di padre, madre, figlio, figlia” che rimangono “vive anche dopo la loro scomparsa genetica poiché, profondamente radicate nella cultura, si mantengono affettivamente”³⁰, tramite la genitorialità sociale, emotiva, relazionale, anche se disgiunta dal legame biologico-genetico³¹.

Non può però sottacersi che la tutela così accordata al soggetto titolare della identità personale, garantisce indirettamente - ma forse principalmente - chi di quei tratti identitari è il vero autore, cioè i suoi genitori giuridici e sociali che facendo ricorso alle nuove tecnologie hanno determinato l'identità genetica del soggetto diversificandola (quantomeno in parte) dalla loro e, scegliendo l'ordinamento giuridico maggiormente elastico, hanno fatto sì che egli acquisisse un'identità giuridica, difforme da quella genetica, che attestasse il legame al contesto familiare da loro voluto e creato.

Si tratta di un meccanismo che ha insiti in sé notevoli rischi.

Come si è già evidenziato, essendo fondate su scelte compiute da altri, le componenti originarie dell'identità personale di ciascuno (sia quella genetica sia quella giuridica) hanno sempre matrice esogena; ma in queste ipotesi la scelta è operata mediante il ricorso a tecnologie avanzate, pertanto la crescente tendenza a garantire tutela ad un'identità personale così creata potrebbe nascondere un larvato paternalismo libertario rispondente anche a logiche di mercato³². Si assiste infatti all'induzione degli utenti, da parte degli operatori delle nuove tecnologie, a scelte che, sebbene asseritamente orientate verso la promessa felicità futura di chi le compie, finiscono per soddisfare prevalentemente interessi economico patrimoniali di chi le prospetta,

³⁰ E. MORIN, *L'identità umana*, cit., 236.

³¹ Cfr. V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in *Europa*, cit., 16 ss. il quale rileva che nel sistema giuridico sovranazionale la famiglia risulta definitivamente disancorata dal matrimonio e questo a sua volta scisso dal requisito della diversità di sesso, e precisa che “Colta dal punto di vista delle persone che vi danno vita, «famiglia» è anzitutto e fondamentalmente rapporto di ... intrinseca «relazionalità», prescindente in quanto tale da ogni datità naturalistica, biologica o anche soltanto formale”. Vedi anche D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 148 il quale evidenzia come “alla luce dei nuovi assetti sociali, familiari ed affettivi, negli ordinamenti occidentali si possa oggi cominciare ad interpretare il termine genitore, non tanto ponendo l'accento sulla componente biologica – peraltro non indispensabile – dal concetto, bensì sulla sua componente relazionale”. Anche la giurisprudenza di merito da ultimo non manca di confermare che “L'assenza di un legame genetico fra i due minori e il padre non biologico non rappresenta un ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione accertato dal giudice straniero, dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto, deve essere considerata: l'importanza assunta a livello normativo del concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento giuridico al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite”: App. Trento, 23 febbraio 2017, cit..

³² In questo senso F.D. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 15.

a scapito dei valori fondamentali della persona, primo fra essi, quello della dignità umana³³, sovraordinato rispetto alla stessa autodeterminazione del soggetto. Il riferimento è in primo luogo alla gestante per terzi e, in ultima analisi, allo stesso minore, fatto oggetto di un'operazione essenzialmente commerciale³⁴.

Occorre allora individuare i limiti entro i quali l'influenza delle nuove tecnologie sull'identità del soggetto possa considerarsi non lesiva della dignità umana, che costituisce ad un tempo il fondamento della tutela garantita all'identità personale e il confine assiologico oltre il quale la stessa non deve spingersi.

Per garantire la dignità umana della gestante per terzi e dello stesso concepito è innanzitutto da ritenersi irrinunciabile il carattere essenzialmente gratuito dell'accordo di maternità surrogata che deve avere fondamento squisitamente solidaristico, imprescindibile presupposto della legittimità dello stesso ex art. 3 Carta di Nizza³⁵. Al riguardo il Parlamento europeo nella Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo del 30 novembre 2015 ha espressamente condannato la pratica della maternità surrogata nella misura in cui essa integri mercificazione del corpo della donna e delle sue funzioni riproduttive; nella stessa logica il Comitato nazionale per la bioetica ha da ultimo ribadito, nella mozione del 18 marzo 2016, che la maternità surrogata a titolo oneroso è in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali e si è, invece, riservato di trattare l'argomento della surrogazione di maternità senza corrispettivo economico con un successivo, più ampio e articolato, parere.

Il fondamento solidaristico dell'accordo di maternità surrogata ed il correlato carattere gratuito dello stesso vanno quindi assunti come primo indefettibile presupposto per considerare il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* acquisito all'estero dal nato con la gestazione per altri non confliggente con l'ordine pubblico.

Un altro presupposto di legittimità del riconoscimento pare da doversi individuare nella necessaria sussistenza di un legame genetico tra il nato con surrogazione di maternità e almeno uno dei componenti la coppia in seno alla quale è maturato il progetto di genitorialità. Dal nostro ordinamento emerge infatti la sicura determinazione ad individuare nell'adozione l'unico istituto atto a stabilire l'acquisizione di uno *status filiationis* dissociato in modo assoluto dal legame sia biologico (emanci-

³³ Sul ruolo normativo della dignità vedi P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 32 ss.. Sul principio della dignità quale mezzo di controllo delle attività economiche e presupposto per la libera determinazione del proprio progetto di vita, vedi S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 179 ss. spec. 193 s..

³⁴ Sulla cautela con la quale deve procedersi nell'avallare di fatto, in nome del superiore interesse del minore, il ricorso alla c.d. maternità surrogata, in violazione del divieto legislativo domestico, al fine di evitare la frustrazione di altri valori fondamentali della persona, vedi le riflessioni di L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 139 ss..

³⁵ Salvo un eventuale rimborso spese che la direttiva 23/2004 CE (sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani) all'art. 12 ritiene eventualmente legittimamente prevedibile dai singoli Stati nella misura "strettamente limitata a far fronte alle spese e agli inconvenienti risultanti dalla donazione".

pando la maternità dal parto) sia genetico (disgiungendo la genitorialità dalla discendenza genetica) con entrambi i genitori. L'unica forma di fecondazione eterologa consentita, dopo l'intervento correttivo della Consulta, è infatti quella che garantisce la sussistenza del legame biologico con i genitori in quanto conferma l'identità tra la madre giuridica e colei che partorisce il bambino pur cromosomicamente estraneo, in tutto o in parte, alla coppia genitoriale in quanto ottenuto con fecondazione in vivo, tramite gamete maschile di donatore anonimo, o in vitro, con gameti maschili e femminili provenienti in tutto o in parte da donatori anonimi.

Nell'ipotesi di utilizzo della tecnica di fecondazione eterologa con surrogazione di maternità, contro il divieto imposto dal nostro ordinamento, affinché il nato acquisisca uno *status filiationis* che possa configurarsi come non contrario all'ordine pubblico e, quindi, riconoscibile in Italia pare allora necessario, in mancanza del legame biologico con la madre, quantomeno il legame genetico con uno dei membri della coppia genitoriale, dovendosi altrimenti ritenere che il meccanismo di attribuzione dello *status filiationis* violi i valori del sistema in quanto direttamente funzionale ad aggirare la normativa sull'adozione costituente, come si è detto, l'unico istituto atto ad attribuire uno *status filiationis* disgiunto sia dal legame biologico sia dal legame genetico.

La sussistenza del presupposto del legame genetico tra il titolare dello *status filiationis* e uno dei genitori è considerata condizione di conformità all'ordine pubblico dell'atto di nascita redatto all'estero sia dalla giurisprudenza interna sia dalla CEDU.

La giurisprudenza interna sul punto si manifesta assolutamente intransigente. Essa infatti in presenza di nati a seguito di tecniche di gestazione per altri con l'utilizzo di materiale genetico proveniente (quantomeno in parte) dalla coppia committente, tende ormai a riconoscere in Italia, con riguardo a coppie committenti sia eterosessuali³⁶ sia omosessuali³⁷, lo *status filiationis* da questi acquisito all'estero anche

³⁶ Il riconoscimento è ammesso sia che il legame genetico discenda dall'uso del seme dell'uomo, parte della coppia committente, per fecondare un ovocita di donatrice anonima e poi impiantato nell'utero della donna disponibile alla gestazione per altri (cfr. Cass. pen., n. 48696/2016, *cit.*; Cass. pen., n. 13525/2016, *cit.*; Trib. Milano, 12 giugno 2015, n. 3301, *cit.*; Trib. Milano, 14 aprile 2014, *cit.*; Trib. Varese, 7 novembre 2014, *cit.*), sia che derivi dall'uso dell'ovocita della donna, parte della coppia committente, fecondato con seme di donatore anonimo o con il seme dell'altro membro della coppia e successivamente impiantato nell'utero di terza estranea, previo accordo di maternità surrogata (cfr. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Dir. giur.*, 2000, 454).

³⁷ Con riguardo a coppie omosessuali maschili, che hanno conseguito la filiazione mediante l'utilizzo del seme di uno e di entrambi i membri della coppia, con fecondazione di ovociti di terza donatrice anonima e successiva istallazione nell'utero di altra donna, previo accordo di gestazione per altri, vedi App. Trento, 23 febbraio 2017, *cit.*; App. Milano, 28 dicembre 2016, n. 3390, *cit.*. Nelle coppie omosessuali formate da donne la dinamica procreativa è generalmente differente, in quanto di frequente basta che una di esse faccia ricorso alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo con seme di donatore anonimo, fattispecie in tutto differente rispetto alla maternità surrogata (cfr. Trib. Napoli, 6 dicembre 2016, in *Redazione Giuffrè*, 2016); altre volte, invece, al fine di determinare la discendenza biologica del nascituro con entrambe le donne della coppia, l'una dona l'ovulo che, fecondato con seme di donatore anonimo, viene impiantato nell'utero dell'altra che porta a compimento la gravidanza. In tali ipotesi, la giurisprudenza ammette il

nei confronti del componente della coppia con il quale manca il legame genetico; viceversa, nelle ipotesi di totale estraneità genetica del nato alla coppia committente (anche eterosessuale), la Suprema Corte, conferma che l'atto di nascita redatto all'estero violi l'ordine pubblico e quindi ne nega il riconoscimento nello Stato italiano³⁸.

Anche la CEDU, in prima battuta invero incline a ritenere che fosse interesse del minore aver riconosciuto lo *status filiationis* (anche illegittimamente) acquisito nei confronti di genitori entrambi a lui biologicamente e geneticamente estranei³⁹, ha successivamente, con riguardo alla medesima controversia giunta al vaglio della Grande Camera, mutato orientamento. In particolare, nel valutare il superiore interesse del minore, al fine di verificare se il limite alla riconoscibilità in Italia dello *status* allo stesso attribuito all'estero, determinasse un *vulnus* considerevole e sproporzionato rispetto al fine di tutela perseguito, la Corte ha valutato attentamente la reale costituzione, nel caso sottoposto al suo esame, di quella vita familiare che ai sensi dell'art. 8 CEDU va protetta quale diritto fondamentale del soggetto, anche tramite il riconoscimento nello Stato dello *status* familiare da questi acquisito all'estero. Ha verificato, quindi, che la relazione intercorsa tra il minore (peraltro appena nato, quindi alle primissime tappe della sua vita emotiva e relazionale) e la coppia che, con ricorso a maternità surrogata, ne aveva ottenuto la registrazione pur in totale assenza di legami biologici, era durata, come di regola avviene in casi di questo tipo, per breve tempo⁴⁰ e, pertanto, in assenza di legami biologici, non potesse rite-

riconoscimento dello *status filiationis* acquisito dal minore nei confronti di entrambe le componenti la coppia, tuttavia tende, come si è accennato, ad assimilare tale tecnica più alla fecondazione eterologa che alla maternità surrogata vera e propria (Cass., n. 19599/2016, *cit.*; App. Torino, 4 dicembre 2014, *cit.*).

³⁸ Cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, 471. La Suprema Corte, pur confermando che il parametro da utilizzarsi al fine di valutare la riconoscibilità dello *status* attribuito all'estero al soggetto è costituito dall'ordine pubblico, non già meramente interno, ma internazionale, rileva che "vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato". A commento vedi C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 241 ss..

³⁹ Cfr. CEDU, 27 gennaio 2015, n. 25358, *Paradiso e altro c. Italia*, in *Foro it.*, 2015, IV, 117 secondo la quale "Le misure, adottate dai giudici italiani, di allontanamento di un minore dalla coppia coniugale con la quale vive, con esclusione di ogni contatto, e di affidamento dello stesso ai servizi sociali in previsione della successiva adozione di terzi, violano il diritto di tale coppia al rispetto della vita familiare, di fatto costituitasi tra i due e il minore medesimo, in contrasto con l'art. 8 Cedu, pur se si tratta di misure adottate in quanto il bambino era nato da pratiche di maternità surrogata in Russia, senza alcun legame genetico con l'uno e l'altro componente della coppia, sicché l'atto di nascita straniero, che indicava gli stessi quali genitori, non era stato trascritto in Italia (la Corte ha ritenuto che le misure in oggetto erano sproporzionate, non avendo tenuto conto del superiore interesse del minore, in quanto i giudici italiani hanno fondato l'inidoneità della coppia essenzialmente sulla violazione delle disposizioni sull'adozione internazionale e la procreazione medicalmente assistita)".

⁴⁰ In particolare il bambino aveva trascorso in Russia due mesi con la sola moglie e, giunto in Italia, sei mesi con la coppia committente.

nersi rientrare nel concetto di vita familiare ai sensi della citata norma; così ragionando la Corte, ha ribaltato l'originaria decisione e ha concluso che il mancato riconoscimento al minore dello *status filiationis* acquisito all'estero nei confronti di una coppia a lui del tutto estranea biologicamente non determina violazione del suo diritto ad una vita familiare che in concreto non può dirsi nemmeno costituita, nonostante l'esistenza di un progetto genitoriale⁴¹.

Limitare il riconoscimento alla circolazione dello *status filiationis* alle ipotesi in cui la coppia committente (anche omosessuale) abbia fornito (quantomeno da parte di uno dei due componenti) il materiale genetico per procedere alla tecnica di procreazione medicalmente assistita con maternità surrogata, consente peraltro di arginare il rischio che la tecnologia agevoli lo sfruttamento economico delle aspirazioni affettive di coppie composte da soggetti, inidonei non solo alla procreazione ma anche alla genitorialità che facciano ricorso alla maternità surrogata per aggirare la normativa sull'adozione, a scapito proprio dell'interesse superiore del minore⁴².

⁴¹ CEDU, 24 gennaio 2017, n. 25358, Grande Camera, *Paradiso e altro c. Italia*, in *Guida al dir.*, 2017, 11, 96: "La decisione delle autorità italiane di disporre l'allontanamento di un minore da una coppia di coniugi, cittadini italiani, che ha fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero, è conforme alla Convenzione europea. La misura è un'ingerenza nel diritto alla vita privata ma conforme alle regole convenzionali in quanto prevista dalla legge, proporzionale e necessaria in una società democratica. La valutazione delle conseguenze sul bambino sono un elemento determinante per ritenere la misura proporzionale e idonea a conseguire un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco". A commento, vedi L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 495 ss..

⁴² La Suprema Corte, nella citata pronuncia n. 24001/2014 ha, in proposito, rilevato, che "A due coniugi italiani aspiranti all'adozione di un minore, malgrado avessero superato l'età prevista e fossero stati in precedenza scartati per "grosse difficoltà nell'elaborazione di una genitorialità adottiva" (la donna aveva subito un intervento di isterectomia, mentre il marito era affetto da oligospermia) e, malgrado ciò, assumendo di essere i genitori biologici di un infante, nato, invece, in Ucraina da una madre surrogata, violando così la normativa italiana sulla maternità surrogata e sull'autenticità dello stato minorile, nonché la legge ucraina, che ammette la maternità surrogata solo entro determinati limiti biologici e genetici (che, nella specie, non erano stati osservati), non può essere concessa l'adozione del minore loro affidato dalla madre surrogata (che non aveva voluto essere indicata nel certificato di nascita, rifiutando la propria maternità) e privo, pertanto, d'ogni sostegno e d'ogni cura dei genitori o di altri suoi parenti, e, quindi, in stato di abbandono; a dimostrare l'inaccogliabilità d'ogni richiesta adottiva dei ricorrenti concorre, altresì, la l. 31 maggio 1995 n. 218 (artt. 16, 33, 65,67, 68) ed il d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 (art. 18), nonché il principio fondamentale della incondizionata pozionalità assoluta dell'interesse minorile, principio di ordine pubblico prevalente su ogni altra considerazione". Anche la CEDU, 24 gennaio 2017, n. 25358, *cit.*, in motivazione, considera specificamente che "i ricorrenti avevano preferito aggirare la legge sull'adozione malgrado avessero ottenuto l'autorizzazione" pertanto "si poteva pensare che il minore fosse il risultato di un desiderio narcisistico della coppia o che fosse destinato a risolvere i problemi di quest'ultima". Anche la dottrina non manca di evidenziare che tutelare in ogni caso le relazioni di fatto c.d. verticali (tra il minore e la coppia) finisce per lasciare in mano agli adulti un inaccettabile spazio di arbitrio: L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera, cit.*, 499. Evidenzia il rischio che "sotto le sembianze della tutela del superiore interesse del fanciullo si celi la tutela prevalente della volontà ... di un soggetto di realizzare l'interesse individuale alla genitorialità" R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere, cit.*, 983.

Entro i limiti così individuati il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* acquisito all'estero dal nato con maternità surrogata pare assolutamente conforme all'ordine pubblico nonché funzionale ad evitare, quantomeno con riguardo alle situazioni caratterizzate dalla transnazionalità, una illegittima disparità di trattamento tra l'infertilità maschile e quella femminile. Se generalmente, infatti, il materiale genetico viene fornito dall'uomo, non mancano ipotesi in cui la donna, ancorché geneticamente fertile, non sia in grado di condurre e portare a termine la gravidanza e pertanto abbia bisogno di avvalersi della maternità surrogata al fine di generare un figlio a lei geneticamente legato, in quanto frutto della fecondazione di un proprio ovocita. Negare in tali ipotesi il riconoscimento dello *status* familiare atto ad esprimere il legame tra il nato a seguito di gestazione per altri e colei che, benché non lo abbia partorito, è sua madre sotto il profilo genetico, significherebbe determinare, anche all'interno del nostro sistema, una ingiustificabile disparità di trattamento tra la paternità, che può provarsi mediante il dato ematologico e genetico (pur disgiunta dai profili affettivo-relazionali), e la maternità che resterebbe invece dimostrabile esclusivamente con la certificazione di parto, a fronte di un incontrovertibile dato genetico coniugato anche alla progettualità ed all'accoglienza⁴³.

4. Il riconoscimento dello *status filiationis* acquisito all'estero dal nato a seguito di tecniche fecondazione eterologa con gestazione per altri, pur contenuto entro i limiti sopra individuati, garantisce l'identità personale del soggetto nel rispetto della dignità umana di tutti coloro che hanno concorso a determinarne la nascita, ma rimane inevitabilmente foriero di trattamenti discriminatori a scapito di situazioni che, in quanto sprovviste del carattere della transnazionalità, soggiacciono alla legge Italiana, più restrittiva⁴⁴.

Al riguardo sarebbe prioritariamente opportuno non rinunciare alla formulazione di uno *status* familiare che accomuni almeno tutti i cittadini europei, come il Parlamento seguita a richiedere⁴⁵; non già uno schema unitario e cristallizzante,

⁴³ Cfr. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 193 ss.; F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, cit., 162 s..

⁴⁴ La migliore dottrina ha avvertito che la comunitarizzazione del diritto internazionale privato della famiglia non è del tutto coerente con l'obiettivo di un'armonizzazione che garantisca gli interessi emergenti nelle diverse realtà nazionali. È stato al riguardo evidenziato che le norme di conflitto privilegiano quale punto di collegamento il domicilio o la residenza piuttosto che la cittadinanza, pertanto è ben possibile che i giudici nazionali siano destinati a subire gli effetti del c.d. *forum shopping* il che può determinare l'insorgere di trattamenti discriminatori a scapito di situazioni familiari sprovviste del carattere della transnazionalità: V. SCALISI, «*Famiglia*» e «*famiglie*» in *Europa*, cit., 12.

⁴⁵ Cfr., da ultimo, Risoluzione del Parlamento europeo del 14 dicembre 2016 sulla Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2015 e sulla politica dell'Unione europea in materia, ove il Parlamento, al punto n. 124, espressamente "incoraggia le istituzioni e gli Stati membri dell'UE a contribuire ulteriormente alle riflessioni sul riconoscimento del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili; valuta positivamente il fatto che un numero sempre maggiore di paesi rispetti il diritto di costruirsi una famiglia attraverso il matrimonio, l'unione civile e l'adozione senza discriminazioni in base all'orientamento sessuale, e invita la Commissione

bensi, com'è stato efficacemente suggerito, un minimo comun denominatore in grado di esprimere l'unità nella molteplicità ed evitare l'atomizzazione dispersiva⁴⁶. E allora, pur confermando la legittima autonomia di ciascuno Stato in ordine alla scelta, nell'esercizio della sua discrezionalità, di consentire o vietare il ricorso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita con maternità surrogata⁴⁷, occorrerebbe tuttavia individuare una disciplina uniforme per lo *status filiationis* acquisito dal nato a seguito di maternità surrogata.

La legge italiana al riguardo si manifesta carente, in quanto a fronte del divieto di far ricorso alla maternità surrogata non detta nessuna disciplina per il caso in cui vi si contravvenga. Invero la regolamentazione della procreazione medicalmente assistita contiene però poche norme destinate a regolare lo *status* del nato a seguito di fecondazione eterologa dalla donna facente parte della coppia genitoriale, anch'esso geneticamente estraneo ad uno o ad entrambi i genitori giuridici e sociali. L'evidente analogia tra il nato con tecniche di fecondazione eterologa della madre biologica e colui che è frutto della fecondazione eterologa di una gestante per altri eseguita con materiale genetico proveniente (quantomeno in parte) dalla coppia, consente di trarre, dalla pur scarsa regolamentazione esistente, qualche regola da applicare al nato con maternità surrogata.

Da tale disciplina, senz'altro incompleta e bisognevole di un intervento legislativo atto a regolamentare sia la fase della donazione dei gameti, sia quella della distri-

e gli Stati membri a elaborare proposte per il riconoscimento reciproco di tali unioni e delle famiglie dello stesso sesso in tutta l'UE, in modo da garantire la parità di trattamento in termini di lavoro, libera circolazione, tassazione e previdenza sociale, tutelando i redditi delle famiglie e i figli".

⁴⁶ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, cit., 1302 ss..

⁴⁷ Al riguardo va rilevato che la Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 162 del 2014, con la quale ha espunto dal sistema il divieto di far ricorso alla fecondazione eterologa della donna della coppia genitoriale, ha confermato l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella scelta delle esigenze obiettive da soddisfare nella materia della procreazione medicalmente assistita, riservandosi il compito di verificare la ragionevolezza del bilanciamento operato tra interessi costituzionalmente rilevanti. Così ragionando ha valutato che la *ratio* della l. n. 40/2004 consiste nel favorire la soluzione medica di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana e, quindi, il divieto assoluto alle tecniche di fecondazione eterologa introduceva un'evidente irrazionalità. Invero se la fecondazione eterologa della donna componente la coppia genitoriale costituisce senz'altro una metodologia terapeutica della infertilità, come confermato dal d.m. 1 luglio 2015 n. 86935, non pare che la fecondazione eterologa di una terza gestante per terzi estranea alla coppia genitoriale possa essere considerata alla medesima stregua e, quindi, non sembra allo stato emergere, sulla base delle argomentazioni della Consulta, il superamento dei margini di discrezionalità dello Stato con riguardo al divieto di farvi ricorso.

Va tuttavia rilevato che, com'è stato evidenziato (G. FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 165 ss. spec., 167), la discrezionalità riconosciuta agli Stati è un dato variabile in relazione all'ampiezza del consenso esistente in ambito europeo su una data scelta normativa e alla permanente proporzionalità tra il valore sacrificato e quelli contrapposti; pertanto, la ragionevolezza dell'attuale divieto normativo di far ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita con surrogazione di maternità, e la conseguente compressione dell'autodeterminazione, deve ritenersi temporaneamente accertata, ma soggetta a possibili ulteriori controlli.

buzione degli stessi alle coppie richiedenti⁴⁸, pare emergere la tendenza a determinare una cesura definitiva tra l'identità giuridica acquisita dal nato e quella genetica. In particolare sia la legislazione sulla donazione delle cellule umane⁴⁹ sia, specificamente, la regolamentazione dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁵⁰ assicurano, oltre alla gratuità della donazione e della acquisizione dei gameti, l'anonimato dei donatori; la legge sulla procreazione medicalmente assistita all'art. 9: instaura un meccanismo di acquisizione automatica dello *status filiationis* del figlio nato a seguito di procreazione medicalmente assistita in assenza di legame genetico con la coppia, senza necessità di riconoscimento anche nell'ipotesi di coppie non coniugate; inibisce la contestazione dello *status filiationis* basata sulla incompatibilità genetica; dispone che il donatore di gameti non può vantare nessun diritto e non ha nessun obbligo nei confronti del nato.

⁴⁸ Sul tema vedi M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 223 ss..

⁴⁹ Cfr. d. lgs. 6 novembre 2007, n.191 (Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani), che all'art. 14 (Protezione dei dati e tutela della riservatezza) dispone: "1. Tutti i dati, comprese le informazioni genetiche, raccolti ai sensi delle disposizioni vigenti e del presente decreto ed ai quali abbiano accesso terzi, sono resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili. 2. A tale fine è garantito che: a) siano adottate misure di protezione dei dati e misure di tutela volte ad evitare aggiunte, soppressioni o modifiche dei dati non autorizzate negli archivi riguardanti i donatori o nei registri dei donatori esclusi, o qualunque trasferimento di informazioni; b) siano istituite procedure volte a risolvere le divergenze tra i dati; c) non avvenga alcuna divulgazione non autorizzata di tali informazioni, garantendo nel contempo la tracciabilità delle donazioni. 3. Nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia, l'identità del o dei riceventi non è rivelata al donatore o alla sua famiglia e viceversa". Vedi anche il d. lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 (Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani) che regola la gestione da parte degli istituti autorizzati delle informazioni relative a ciascun campione (per quel che ci riguarda per ciascun gamete) acquisito dall'istituto stesso.

⁵⁰ Cfr. d.m. 28 dicembre 2016 n. 265 (Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40) che tra gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato in caso di richiesta di accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA), ai sensi dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 annovera, all'art. 1 lett. n) "la volontarietà e gratuità della donazione di gameti, ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, nonché la non rivelabilità dell'identità del o dei riceventi al donatore o alla sua famiglia e viceversa, ai sensi dell'articolo 14, comma 3, del medesimo decreto legislativo". Nello stesso senso la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa emesso il 4 settembre 2014 (14/109/CR02/C7SAN), ha previsto che "la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere l'identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice".

Da tale disciplina, applicabile alla fecondazione eterologa della donna della coppia genitoriale, emerge la *ratio*, comune senz'altro alle ipotesi di fecondazione della terza gestante per altri, di tutela della dignità umana di tutti i soggetti coinvolti (concepito, donatore-donatrice, genitore che fornisce il gamete, gestante per conto terzi, committente geneticamente estraneo) dall'uso delle tecniche di fecondazione eterologa, *a fortiori* se con maternità surrogata, mediante la garanzia del segreto. Se, come pare di poter constatare, quantomeno *de iure condito*, la garanzia del segreto pare rispondere alla tutela di tutti gli interessi in giuoco, da ciò discende che debba ritenersi inibita la ricerca della verità genetica, in quanto l'obiettivo è quello di garantire che l'identità giuridica acquisita dal nato sostituisca in tali ipotesi, cancellandola, quella genetica⁵¹.

Al riguardo non può non rilevarsi la differenza che nel sistema pare allora emergere in ordine al diritto a conoscere le proprie origini genetiche tra il figlio adottivo e il figlio generato con tecniche di procreazione medicalmente assistita⁵². In materia di adozione, da considerarsi, come si è già evidenziato, l'unico istituto atto a realizzare una genitorialità del tutto disgiunta dal legame biologico e genetico, alla recisione dei rapporti con la famiglia d'origine fa da contraltare il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, destinatario di una tutela divenuta progressivamente sempre più significativa⁵³. In materia di procreazione medicalmente assistita, pare

⁵¹ Cfr. F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, cit., 163. La questione relativa all'indagine sulle origini genetiche del nato a seguito di fecondazione eterologa, e *a fortiori* se con maternità surrogata, che, come è argomentato nel testo, dall'attuale disciplina pare senz'altro da prospettarsi in termini assolutezza della garanzia dell'anonimato (sia dei donatori di gameti, sia della gestante per altri) rimane comunque aperta. In prospettiva *de iure condendo* non può escludersi, infatti, l'introduzione, sulla falsariga delle legislazioni di altri Paesi, di qualche temperamento al principio di segretezza, per esempio subordinando il diritto di accesso ai dati identificativi dei donatori di gameti o della gestante per altri al consenso prestato da questi e dalla coppia beneficiaria. Cfr. M. BASILE, *I donatori di gameti*, cit., 238 ss.. Sul tema, per una diversa impostazione, cfr. A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Riv. Ass. it. cost.*, 2012, 1 ss. ove l'Autore ritiene maggiormente conforme all'interesse del nato con fecondazione eterologa, nonché al principio della responsabilità genitoriale, il superamento totale della segretezza.

⁵² Sul tema vedi, di recente, A. M. 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, 242 ss. spec. 256 ss.; M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, in *Fam. dir.*, 2015, 190 ss., spec. 197.

⁵³ In materia si è assistito al passaggio da un sistema basato sul segreto all'espresso riconoscimento, ad opera della riforma dell'adozione (l. 28 marzo 2001, n. 149), nell'art. 28 l. n. 184/83, del diritto del figlio innanzitutto ad essere informato della sua condizione di adottato e successivamente ad accedere alle informazioni sull'identità genetica e, a determinate condizioni, anche giuridica dei genitori biologici. La tutela assicurata a tale diritto è stata poi rafforzata dalla pronuncia (prima di condanna da parte della CEDU, 25 settembre 2012, n. 33783, *Godelli c. Italia*, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1597 e poi) della C. Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Foro it.*, 2014, I, 4 con la quale il diritto a conoscere le proprie origini viene esteso anche all'ipotesi in cui la madre naturale, pur avendo dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata, interpellata attraverso un procedimento che assicuri la massima riservatezza, abbia successivamente revocato tale dichiarazione. Un ulteriore ampliamento della tutela garantita al diritto in discorso deriva dalla pronuncia della Suprema Corte (Cass., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Giust. civ. mass.*, 2016) con la quale lo stesso viene riconosciuto, anche in presenza della dichiarazione della madre biologica

viceversa emergere la contrapposta tendenza a determinare una cesura definitiva tra il soggetto così generato e quelli che hanno contribuito in qualche modo (donazione di gameti, gestazione per altri) alla sua nascita. Invero il contrasto pare meno stridente ove si osservi che sul piano assiologico il fondamento della differente disciplina è il medesimo: l'interesse del soggetto alla tutela della sua dignità e della sua identità personale. La tutela è invero accordata con strumenti antitetici (l'uno volto a garantire la ricerca delle origini genetiche, l'altro diretto ad inibirla) in quanto diverso è l'interesse che emerge in capo ad un figlio adottato e quello ravvisabile in capo ad un figlio generato con tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e con maternità surrogata.

L'adottato è infatti un soggetto concepito da due persone tra le quali esiste un legame di tipo relazionale, uno dei quali (la donna) ha poi scelto di portarlo in grembo e metterlo al mondo invece di interrompere la gravidanza, e con i quali talvolta ha anche vissuto per un periodo di tempo; egli può quindi avere interesse, nel ricostruire la propria identità, la propria storia, a conoscere l'identità di questi soggetti con cui ha un rapporto che non si esaurisce nella mera genetica, ma assume tratti di tipo relazionale.

Il figlio generato con procreazione medicalmente assistita, seppur di tipo eterologo e con maternità surrogata, nasce invece da un progetto di genitorialità maturato nel rapporto tra i suoi genitori giuridici e sociali; il donatore di gameti (l'uomo che ha donato il seme o la donna donatrice dell'ovocita), come la gestante per altri, si limita a compiere un gesto di solidarietà nei confronti della coppia per consentirgli la realizzazione del progetto genitoriale, senza quindi stabilire alcun legame di tipo psicologico né relazionale con il nascituro. Nella ricostruzione della propria identità, quindi, non pare che il soggetto così generato possa avere interesse (diverso da una mera e irrilevante curiosità) a conoscere un dato che rimane meramente genetico, con riguardo ai donatori, o biologico, in relazione alla gestante per altri, e privo di qualunque incidenza sulla genesi emotivo relazionale della sua identità⁵⁴. Invero un'eccezione parrebbe potersi rinvenire nelle ipotesi in cui la gestante per altri sia anche legata geneticamente al nato, in quanto abbia fornito anche l'ovulo utilizzato per la fecondazione in vitro o abbia consentito alla fecondazione in vivo. In queste ipotesi, infatti, il legame tra il nato e la donna che si è prestata alla gestazione per altri può assumere una connotazione di tipo relazionale in quanto coniuga il legame genetico con la vita gestazionale. Si tratta tuttavia di casi che dovrebbero costituire una bassissima percentuale, in quanto di regola le strutture autorizzate all'esecuzione di tecniche di procreazione medicalmente assistita possiedono una banca genetica in

di non volere essere nominata, dopo il decesso di questa, ancorché non sia decorso il termine di cento anni dalla nascita, prescritto dall'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003 per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata.

⁵⁴ Sul tema vedi L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella pma con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 815 ss..

cui i gameti (maschili e femminili) di donatori anonimi vengono conservati e dalla quale si attinge per procedere alla fecondazione in vitro degli embrioni da impiantare nell'utero della gestante per altri. Con riguardo a queste specifiche e, pare potersi dire, eccezionali ipotesi può concordarsi con quanti rilevano che la volontà non possa prevalere *tout court* sulla verità⁵⁵, ma con riguardo alla generalità dei casi, in cui la gestante per altri non è geneticamente legata al nato, non pare emergere un meritevole interesse alla conoscenza della verità genetica e biologica, specie con riguardo ai dati identificativi delle persone dei donatori o della gestante per altri.

Come il Comitato nazionale di bioetica, evidenziata la sostanziale differenza tra adottato e nato con procreazione medicalmente assistita⁵⁶, non manca di rilevare, mentre è senz'altro meritevole di tutela l'interesse di quest'ultimo a conoscere i dati genetici e la storia clinica dei donatori di gameti, utili per la propria salute⁵⁷, può dubitarsi, data la mancanza di un legame relazionale, in ordine alla riscontrabilità in capo al medesimo di un reale interesse a conoscere anche i dati anagrafici di questi.

Pare viceversa emergere l'oggettivo interesse del soggetto nato a seguito di procreazione medicalmente assistita alla tutela della sua identità e della sua dignità, da proteggere proprio evitando che un dato meramente biologico (gestazione e parto) o genetico (corredo cromosomico) alteri la stabilità della sua storia identitaria, intesa in senso biografico, relazionale e affettivo⁵⁸; una storia che, a differenza di quella dell'adottato, non è segnata dall'abbandono dei genitori biologici e dalla successiva accoglienza di quelli giuridici e sociali, bensì si esaurisce nella programmazione, nell'accoglienza, nella responsabilità e nella costruzione relazionale dei soli genitori giuridici e sociali, anche se uno di essi non corrisponde con il suo corredo genetico o con il corpo che lo ha custodito durante la gestazione.

⁵⁵ Cfr. G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in ID., *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, 52.

⁵⁶ Cfr. il parere del 25 novembre 2011 su "Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa" ove in motivazione si rileva che "Se nel caso dell'adottato si può parlare di una "storia" familiare prima dell'abbandono, è fuorviante usare questo termine per il semplice patrimonio genetico derivato dall'offerta di gameti. L'accesso alle proprie radici ha dunque un ben diverso significato per il nato adottato: in alcuni casi questa conoscenza potrebbe essere di aiuto a una migliore elaborazione psicologica del rifiuto dei genitori naturali, condizione invece del tutto assente nella nascita da PMA".

⁵⁷ E a tale interesse, come si è già rilevato, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa emesso il 4 settembre 2014 (14/109/CR02/C7SAN), assicura tutela disponendo che, in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, i dati clinici del donatore/donatrice siano resi noti al personale sanitario. Sulla opportunità di consentire l'accesso alle informazioni "non identificative" e sulla possibilità di ottenerlo nel nostro Paese già *de iure condito*, pur rimanendo necessario un intervento legislativo, vedi M. BASILE, *I donatori di gameti*, cit., 240.

⁵⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 586 ss. il quale avverte sul rischio che la biologia cancelli la biografia così determinando una regressione culturale e sociale e rileva come "una «pulizia genetica», argomentata con l'assolutezza del diritto a conoscere la propria origine, ... può determinare un drammatico impoverimento" ove travolga rapporti costruiti negli anni, lasciando il soggetto solo con la "nuda trama dei geni".



La rinnovata rilevanza ermeneutica delle clausole d'uso

di Ettore Battelli*

SOMMARIO: 1. Esigenza di valorizzazione della tipicità dell'agire privato e diffidenza giuspositivistica. – 2. Clausole d'uso e usi negoziali. – 3. Clausole d'uso come norme di fatto "alternative" a quelle di origine legale. – 4. Clausole d'uso come fonte di integrazione del contratto. – 5. Clausole d'uso tra intervento delle Authorities e ruolo delle associazioni di categoria. – 6. Le clausole d'uso come pratiche generalizzate degli affari e rischi di vessatorietà. – 7. Le clausole d'uso come pratiche generali interpretative. Rilevanza anche a livello sovranazionale (cenni).

1. Nel disegno del legislatore italiano relativo ai contratti in generale (Libro IV, Titolo II), come è noto, gli usi possono avere non solo efficacia interpretativa, rispetto al contratto di significato oscuro («pratiche generali interpretative»: art. 1368, co, 1, c.c.) ma anche un'efficacia integrativa, che si realizza attraverso le "clausole d'uso" (che si intendono inserite nel singolo contratto individuale, se non risulta che non siano state volute dalle parti; art. 1340 c.c.) ovvero attraverso gli usi "integrativi" (che svolgono tale funzione laddove la stessa non sia assunta direttamente dalla legge; art. 1374 c.c.)¹.

Più in generale, gli usi trovano uno spazio di rilievo nell'ambito della disciplina relativa ai contratti tipici, come attestano i numerosi richiami contenuti nel codice italiano² e le raccolte operate anche a livello internazionale³.

* Professore Associato di Diritto Privato, Dipartimento di Giurisprudenza - Università Roma TRE.

¹ F. ASTONE, *Sub Art. 1368*, in E. NAVARRETTA - A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, II, Torino, 2011, p. 564 ss., spec. p. 567.

² In materia di singoli contratti gli usi richiamati in tema di vendita (artt. 1492, 1498, 1510, 1517, 1521, 1522 c.c.), somministrazione (art. 1569 c.c.), locazione (artt. 1692, 1694, 1696 c.c.) affitto (art. 1616 c.c.), appalto (art. 1657, 1658, 1665, 1687 c.c.) mandato (artt. 1709 e 1712 c.c.), commissione (art. 1736 c.c.), spedizione (artt. 1739, 1740, 1749, 1750, 1761, 1753), mediazione (artt. 1755 e 1756 c.c.), conto corrente (artt. 1825 e 1831 c.c.), contratti bancari (artt. 1834 e 1838 c.c.), apertura di credito (art. 1845), anticipazione bancaria (art. 1847 c.c.), conto corrente bancario (art. 1855 c.c.). Gli usi trovano peraltro un particolare rilievo nella disciplina del codice in materia di lavoro (artt. 2109, 2110, 2118, 2120, 2130, 2139, 2143, 2147, 2148, 2152, 2153, 2155, 2156, 2163, 2164, 2172, 2173, 2178, 2183, 2225, 2232, 2233, 2234, 2240, 2243, 2245 c.c.). Si intende che, in tutti questi ambiti, la valutazione del concreto rilievo degli usi deve essere verificata alla luce della normativa extra codicistica sopravvenuta. Negli anni più recenti, il settore in cui gli usi hanno effettivamente saputo porsi al centro dell'attenzione è quello bancario, segnatamente in riferimento all'anatocismo; dapprima considerato uso normativo e poi degradato a uso negoziale.

³ Sono ormai pacificamente ritenute clausole d'uso, e quindi usi negoziali, gli usi uniformi relativi ai crediti documentari raccolti dalla Camera di Commercio internazionale di Parigi: cfr. G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, p. 200.

La distinzione tra usi contrattuali (o clausole d'uso)⁴ e usi normativi quali due diverse figure di uso appare in linea teorica piuttosto chiara ma deve riconoscersi che, in concreto, è piuttosto difficile ricondurre un uso all'una o all'altra categoria⁵.

Ciò è testimoniato, ad esempio, dalle diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza sulla pratica bancaria dell'anatocismo⁶.

In tal contesto, occorre rilevare come, storicamente, gli usi sembrano avere percorso una lunga parabola⁷: un tempo considerati fonti primigenie delle norme, hanno rappresentato, prima dell'avvento dei codici, una delle forze motrici del diritto moderno. In seguito, sono stati progressivamente ridimensionati dalle legislazioni di impronta giuspositivistica⁸.

Più recentemente, anche il legislatore comunitario ha guardato con diffidenza agli usi per due ordini di ragioni: a) l'omogeneizzazione del diritto europeo; b) la protezione delle categorie "deboli". Sotto il primo profilo gli usi, che esprimono i particolarismi locali e presentano carattere frammentario, rischiano di ostacolare lo sviluppo di un diritto privato uniforme a livello europeo⁹. Sotto il secondo profilo, il richiamo alla prassi determina l'applicazione di regole il cui contenuto lo conosce soltanto il professionista per effetto dell'attività abitualmente svolta¹⁰; nella maggior parte dei casi il consumatore resta all'oscuro delle pratiche diffuse nel settore¹¹. Inol-

⁴ G. GITTI, *Le clausole d'uso come fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 115 s.

⁵ La possibile sovrapposizione non attiene solo alle diverse figure di usi negoziali, ma riguarda anche gli usi normativi; su questi temi, N. LIPARI, *Le singole fonti del diritto privato*, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2008, p. 113 ss., spec. p. 121 s. L'Autore ricorda, tra l'altro, che la contrapposizione tra usi normativi e usi negoziali «pur se astrattamente nitida, è suscettibile di diventare evanescente ove si consideri che il giudice può modificare la qualificazione dell'uso degradandolo da normativo a negoziale», come avvenuto, ad esempio, per l'anatocismo, classificato come uso negoziale e non normativo a partire da Cass. 16 marzo 1999, n. 2374.

⁶ Il *revirement* della Cassazione iniziato con Cass. 16 marzo 1999, n. 2374 e Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, entrambe in *Foro it.*, 1999, 1, c. 1153 ss., con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, è proseguito con: Cass. 11 novembre 1999, n. 12507, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1485 ss.; Cass. 28 marzo 2002, n. 4490, in *Giur. it.*, 2002, c. 1422 ss.; Cass. 13 giugno 2002, n. 8442, in *Giust. civ.*, I, p. 2109 ss.; Cass. 20 agosto 2003, n. 12222, in *Foro it.*, 2004, 1, c. 110 ss.; Cass. 18 settembre 2003, n. 13739, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratti bancari», n. 80; Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3294 ss. Nello specifico, quando la Corte di Cassazione, sul finire degli anni '90, ha scardinato il sistema dell'anatocismo in deroga all'art. 1283 c.c. fondato sulla prassi bancaria (che consisteva nella capitalizzazione trimestrale, secondo cui gli interessi maturati nel trimestre divengono capitale e producono altri interessi), ha fatto leva sulla qualificazione di tale prassi, ritenendola un uso negoziale, non normativo, e pertanto inidoneo a inibire l'applicazione dell'art. 1283.

⁷ È opinione diffusa che gli usi sopravvivano oramai come relitti di epoche giuridiche tramontate, capaci di gettare «assai fiocchi bagliori» del loro antico splendore (così N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, con introduzione di Paolo Grossi, Torino, 2010, p. 29).

⁸ A. LIPARI, *L'interpretazione dei contratti bancari e finanziari per riferimento agli usi*, in *Contratti*, 2015, p. 814 ss.

⁹ G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, p. 230.

¹⁰ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 141.

¹¹ Cfr. E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 519, il quale a proposito di «Unilateralità nella formazione della prassi», cita l'esempio delle vecchie

tre, specie in mercati oligopolistici come quello bancario e finanziario, il ricorso agli usi può costituire il risultato della predisposizione unilaterale di determinati modelli ad opera dei soggetti con maggior potere economico¹².

All'atteggiamento di chiusura verso gli usi manifestato dal legislatore europeo fa da contraltare l'esigenza di valorizzare il momento della tipicità dell'agire privato, attraverso la promozione di pratiche che agevolino la conclusione, l'integrazione e l'interpretazione dei contratti, rendendo più efficienti gli scambi¹³.

Si sostiene, infatti, che il processo di comunitarizzazione, improntato ad una diffusa partecipazione della società civile, costituisca terreno fertile per il "diritto nascente dal basso" e cioè anche per la prassi che non solo non è destinata a scomparire dalle fonti del regolamento contrattuale, bensì diventa «laboratorio virulento in cui il nuovo diritto prende forma»¹⁴.

In questo senso è significativo l'interesse degli interpreti per la *lex mercatoria*¹⁵.

«Norme bancarie uniformi» predisposte direttamente dall'ABI. «È necessario che si eviti ciò di cui si è reso conto recentemente il legislatore in materia bancaria e creditizia; ovvero che la formazione degli usi possa imporsi in nome di una classe, di un ceto – generalmente organizzato e avveduto – attraverso intese ed accordi di cartello. Per cui la prassi, quale fenomeno spontaneo e volontario, potrà essere giuridicamente tale, sempre che abbia dato vita all'equa composizione degli interessi contrapposti» (G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, Napoli, 1998, p. 267 s.).

¹² L'erosione degli usi, specialmente nei contratti bancari, è legata alla crescita della normativa secondaria imperativa e alla diffusa determinazione convenzionale del contenuto dei contratti. Sul punto E. DEL PRATO, *Fonti legali ed usi*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 515 ss. Con particolare riguardo al settore bancario v. N. SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 597. Nel senso che l'uso rappresenti generalmente il prodotto di un potere (per di più non istituzionalizzato, e quindi fisiologicamente meno idoneo a realizzare contemperamenti di interessi e a rispettare le esigenze dei destinatari dei suoi comandi) si veda A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, p. 70.

¹³ Così C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da E. Gabrielli e P. Rescigno, Torino, 1999, p. 986. Con l'avvertenza, però, che il contemperamento tra la valorizzazione del ruolo degli usi nell'interpretazione del contratto e la protezione degli interessi della parte debole non è riducibile alla semplicistica alternativa tra la salvaguardia dell'efficienza degli scambi (sostenuta attraverso gli usi) e la tutela del consumatore (da perseguire mediante l'esclusione della prassi), ma richiede valutazioni estremamente articolate e complesse; cfr. A. LIPARI, *L'interpretazione dei contratti bancari e finanziari per riferimento agli usi*, cit., p. 822.

¹⁴ In questi termini P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, 2009, p. 255. Sulla tendenza del legislatore e della giurisprudenza comunitari a valorizzare il raccordo tra diritto formale e società civile, v. S. RODRIGUEZ, *Law-making and policy formulation: il ruolo della società civile*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2010, p. 125; sul tema cfr. anche N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1207 ss., spec. p. 1222 s., ove l'A. sottolinea la "diffusa sensibilità", nel contesto europeo, «a cogliere il farsi del diritto nei modi di atteggiarsi dell'esperienza».

¹⁵ Sulla *lex mercatoria* non potendo dar conto in questa sede della vasta bibliografia, ci si limita a richiamare, cfr.: J. BONELL, *Lex mercatoria*, in *Dig. comm.*, IX, Torino, 1993, p. 11 ss.; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 721 ss. e Id., *Lex mercatoria*, V^a ed., Bologna, 2010, p. 253 ss.; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003; F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008.

Nel dibattito assume rilevanza il tema dei meccanismi di formazione di regole sovente qualificate in termini di usi¹⁶, ma in realtà elaborate intenzionalmente¹⁷ dai soggetti più influenti del mercato, in grado di imporre determinati modelli contrattuali in funzione dei loro stessi interessi¹⁸.

Sarebbe peraltro connaturato alle attività umane l'assestamento in schemi organizzativi uniformi, espressivi di una tendenziale normalità perché volti ad affermare determinati valori ed interessi attraverso scelte razionali. In ogni settore del commercio, dunque, si affermerebbero spontaneamente delle stregue socialmente tipiche; le pratiche generali interpretative avrebbero la funzione di agevolare la ricostruzione del significato di una clausola ambigua proprio mediante il ricorso a queste stregue¹⁹.

Possono, quindi, essere distinti due *trend* tra loro contrastanti²⁰: a) la necessità di evitare che, nell'interpretazione del contratto, il riferimento a modelli di comportamento diffusi nella prassi possa dar luogo a soprusi nei confronti delle parti più deboli; b) l'esigenza di assecondare un diritto che tende sempre più «a riappropriarsi di una dimensione extrastatuale»²¹.

2. Il codice fa riferimento alle clausole d'uso nel capo dei requisiti del contratto (art. 1340), alle pratiche generali interpretative in quello dell'interpretazione (art. 1368), agli usi integrativi in quello degli effetti del contratto (art. 1374), sicché si è ipotizzato che i tre articoli, nel richiamare il generico termine "usi" facciano in realtà riferimento a tre fenomeni diversi.

Di carattere suppletivo è il disposto di cui all'art. 1374 c.c., in forza del quale «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e l'equità», colmando tutte le possibili lacune di un contratto già completo²², esclu-

¹⁶ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 119; nello stesso senso F. ASTONE, *Sub Art. 1368*, cit., p. 569; sul punto v. anche F. MACARIO, *Sub Art. 1374*, ivi, p. 716.

¹⁷ «A colpi di contratto», secondo la formula utilizzata da V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1085.

¹⁸ In tal senso N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 175, a cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 253. Sul punto cfr. C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 367. Con riguardo ai mercati finanziari cfr. N. VARDI, *Verso una lex mercatoria finanziaria? Analisi delle fonti alla base del processo di integrazione dei mercati finanziari europei*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 473 ss., spec. p. 496 s. la quale rileva come la recente crisi finanziaria abbia portato alla luce la necessità di comprendere ed anticipare gli effetti dell'applicazione delle regole private sull'operatività del mercato.

¹⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, cit., p. 986, sottolinea peraltro la differenza rispetto alle clausole d'uso dell'art. 1340, le quali contribuiscono a «fissare l'assetto di interessi sulla base del presupposto di una mancanza di manifestazione di volontà in senso contrario dei contraenti».

²⁰ Sul punto A. LIPARI, *L'interpretazione dei contratti bancari e finanziari per riferimento agli usi*, cit., p. 816.

²¹ Sul tema dell'extrastatualità come connotato "ontologico" del diritto civile cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 2ª ed., (1ª ed. agg. 2012), p. 79 ss.

²² A. GENTILI, *Dell'interpretazione del contratto - Sub Art. 1362*, in E. NAVARRETTA - A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, cit., p. 355 ss., spec. p. 384.

sivamente in relazione a quegli effetti del contratto in ordine ai quali le parti non abbiano espresso la loro volontà o l'abbiano espressa in modo lacunoso e ambiguo.

Ne consegue che gli usi negoziali vadano esclusi, secondo l'insindacabile accertamento del giudice del merito, allorché le parti abbiano compiutamente ed univocamente regolato gli effetti del contratto ed il contenuto delle loro prestazioni.

Non diversa è l'operatività degli usi normativi. Quest'ultimi integrano solo il contratto che sul punto non disponga, determinando, ad esempio, il luogo e il tempo dell'adempimento se non stabilito dal patto o le modalità dell'offerta del debitore se questi non sceglie di attenersi a quelle legali oppure il termine per l'accettazione se non fissato nella proposta, nonché inseriscono nel contratto clausole comuni nella prassi se non risultano escluse (art. 1340 c.c.) oppure stabilendo il senso delle clausole ambigue in assenza di altri criteri (art. 1368 c.c.).

Gli usi negoziali²³, che operano integrando o interpretando la volontà dei contraenti quando essa sia incompletamente o ambigualmente espressa, consistono in pratiche seguite da una determinata cerchia di contraenti individuati su base territoriale o per l'appartenenza ad una individuata categoria di operatori economici, che obbligano le parti anche se da esse ignorati e prevalgono sulle stesse norme di legge aventi carattere dispositivo²⁴.

A questo punto, però, occorre rilevare che, come è noto, l'unificazione legislativa del 1942 ha fatto perdere agli usi commerciali legali (giuridici) la posizione gerarchica che essi tenevano secondo l'abrogato codice di commercio (e secondo tutti i progetti di riforma fino all'ultimo del 1940), posizione di precedenza in materia commerciale rispetto alla legge civile, salve le norme cogenti²⁵.

²³ In tema cfr. A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 71 ss., e in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1961, p. 365 ss. e ANT. GENOVESE, *Usi negoziali e interpretativi (dir. priv.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1 ss.

²⁴ L'opinione più diffusa (cfr. E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Torino, 2014, p. 32) è nel senso di definire gli usi negoziali come «quelli che si sviluppano in un determinato settore del mercato, o su una determinata "piazza"».

²⁵ Con l'unificazione del 1942 gli usi commerciali sono stati posti sullo stesso livello degli usi civili e cioè considerati quali fonti di completamento della legge, solo dove la legge li richiama (artt. 1 e 8, comma 1 delle disposizioni sulla legge in generale allegate al Codice civile). Per un verso, il disposto del comma 1 dell'art. 8 delle preleggi è univoco nel postulare che, per avere efficacia «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti», gli usi debbano essere espressamente «richiamati» da norme legislative e regolamentari (*secundum legem*). Per un altro verso, tuttavia, il comma 1 dell'art. 8 cit., in sé e per sé, non vieta che gli usi operino nelle «materie» non «regolate» da leggi e regolamenti (*praeter legem*) e lascia, oltretutto, un margine obiettivo di incertezza nella identificazione di quello che debba intendersi per «materia» non «regolata». Per «materia» non «regolata» potrebbe intendersi solo quella non toccata affatto da disciplina legislativa e regolamentare ed allora diventerebbe ben arduo il riscontrare effettivamente una tale zona franca, in cui se del caso potrebbero valere anche usi non «richiamati»; oppure potrebbe ritenersi non «regolata» anche la «materia» solo in modo incompiuto e lacunoso disciplinata dalla legge e dai regolamenti, ed allora l'operatività degli usi, ancorché non «richiamati» per esplicito, potrebbe apparire assai più attestata su di una sorta di orientamento intermedio e più pragmatico. Cfr., ad es.: Cass., 12 ottobre 1983, n. 5947, in *Mass. giur. it.*,

Si noti che l'art. 1374 non era nel progetto del libro delle obbligazioni del 1940, ma fu inserito proprio nella fase finale della unificazione dei codici civili e del commercio. Così in materia contrattuale, gli usi anche commerciali, hanno bensì l'autorità di completare la legge come «fonte di diritto obiettivo secondaria»²⁶, in virtù del generale richiamo dell'art. 1374 c.c., ma solo subordinatamente alla legge («in mancanza») anche se di carattere dispositivo²⁷.

Tra le diverse fonti del regolamento contrattuale, così, l'art. 1374 stabilisce una gerarchia: usi ed equità assumono carattere suppletivo; valgono solo «in mancanza»²⁸ della volontà espressa dalle parti o di disposizioni di legge.

Il carattere suppletivo degli usi rispetto alla legge, però, è coerente con l'art. 8 prel. in base al quale gli usi, nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti, hanno efficacia solo in quanto da essi richiamati. L'art. 1374 c.c. deve infatti essere considerato quale fonte mediata di detto richiamo, talché è possibile una integrazione secondo gli usi pur in mancanza di una legge puntuale che ad essi faccia rinvio²⁹. Il richiamo operato dall'art. 1374 consente quindi una «generale applicabilità degli usi in materia contrattuale»³⁰

1983; Cass., 8 aprile 1992, n. 4310, in *Corr. trib.*, 1992, p. 1709 s. e in *Comm. trib. centr.*, 1992, II, p. 1339.

²⁶ A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno di insegnamento*, III, Bologna, 1953, p. 25 ss.; Id., *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, p. 444 ss.; Id., *Usi legali e usi negoziali*, *ivi*, 1944, I, p. 71 ss.

²⁷ Come evidenziato da E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, cit., p. 28, gli usi si collocano in maniera ambigua: per una parte tra le fonti (artt. 1, 8 disp. prel. e 1374), per l'altra tra gli atti di autonomia privata (art. 1340, che contempla le clausole d'uso) che non si annoverano tradizionalmente tra le fonti del diritto perché sono essi stessi una vicenda che il diritto regola. Con l'introduzione di una serie di vincoli a tutela del cliente si è attribuito alle autorità amministrative indipendenti, soprattutto alla Banca d'Italia, il compito di limitare il potere delle banche e di dettare regole specifiche per determinati assetti di interessi. Ad es. l'art. 117 del d.lgs. 1.9.1993 n. 385 (Testo Unico Bancario) attribuisce alla Banca d'Italia il potere di stabilire che determinati contratti debbano farsi per iscritto; e ciò che è scritto non può consistere in usi. L'esigenza di tutelare le parti deboli ha, in quest'ottica, condotto al tramonto degli usi a vantaggio delle discipline dettate dai regolamenti e delle norme generali delle autorità amministrative indipendenti.

²⁸ «La regola dell'integrazione del contratto secondo gli usi, di cui all'art. 1374 c.c., opera esclusivamente in relazione a quegli effetti del contratto in ordine ai quali le parti non abbiano espresso la loro volontà o l'abbiano espressa in modo lacunoso o ambiguo» (Cass., 14 marzo 1983 n. 1884, in *Rep. Foro it.*, 1983, «Contratto in genere», n. 239; come già Cass., 30 settembre 1958, n. 3056, in *Mass. Giur. It.*, 1958).

²⁹ E cioè «senza la necessità di specifici rinvii da parte di norme di legge»: così E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006, p. 184. Tuttavia, l'operatività degli usi rimane comunque limitata dal momento che essi non possono nel rispetto della gerarchia delle fonti, porsi *contra legem*, neppure se si tratti di norme derogabili, soluzione questa pure desumibile dall'inciso «in mancanza» di cui all'art. 1374; così C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, 2ª ed., Milano, 2000, p. 518 e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Artt. 1374-1381*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 68.

³⁰ A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 521 ss.; A. PIZZORUSSO, *Consuetudini*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Milano, 1989, p. 1 ss.; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, p. 824 ss.

Gli usi fonte del diritto sono definiti usi normativi e rappresentano una componente del diritto oggettivo, cioè sono norme. E precisamente, norme, del grado più basso, quelle che si applicano in mancanza di altre fonti scritte, o quando le fonti scritte vi rinviano. Ed è in contrapposizione ad essi che l'altro segmento degli usi, quelli che sono sullo stesso piano dell'atto di autonomia privata, si descrive con l'espressione usi negoziali.

Sono negoziali gli usi vigenti in una comunità determinata; normativi gli altri. La distinzione tra usi-norme (usi normativi: artt. 1, 8 disp. prel. e 1374) e usi-clausole (gli usi negoziali art. 1340), in astratto, è chiara, ma in concreto è difficile da accertare, al punto da metterne in dubbio la rilevanza.

Tuttavia tale distinzione non è affatto priva di effetti, perché il regime giuridico degli usi normativi è radicalmente diverso da quello degli usi negoziali. Ed infatti giova rilevare che il nuovo codice nello stesso tempo in cui il legislatore italiano ha posto, anche in materia di commercio, gli usi in posizione di subordine rispetto alla legge, ha avuto particolare cura di lasciare aperta la valvola degli usi contrattuali, nella loro funzione non solo interpretativa delle clausole ambigue (art. 1368), ma anche integrativa (suppletiva) delle lacune contrattuali con una nuova formula («Le clausole d'uso si intendono inserite nel contratto se non risulta che non sono state volute dalle parti») ed una nuova collocazione (art. 1340)³¹ quasi in contrappeso dell'inciso "in mancanza" inserito nell'art. 1374³².

Il raccordo costantemente accreditato tra le clausole d'uso e gli usi *tout court* ha favorito la sistemazione dell'art. 1340, c.c., nell'ambito, a seconda dei punti di vista, delle norme interpretative o di quelle integrative degli effetti del contratto³³.

³¹ A. DI MAJO, *Le clausole d'uso*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, 13^a ed., Torino, 2006, p. 567 s.

³² Con l'art. 1340 c.c., secondo la ricostruzione più risalente (A. ASQUINI, *Le clausole d'uso dell'art. 1340 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1950 II, p. 445 ss.), gli usi negoziali vengono in considerazione come clausole tipiche di determinati mercati, di determinati rami del commercio, di determinate categorie professionali, di determinati ordinamenti del mercato. In quanto tali, nonostante alcune incertezze, essi vanno tenuti distinti dalle clausole di stile (vedi le pregevoli riflessioni di G. BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1239 ss.) che si inseriscono nel contenuto del contratto (A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 71 ss.; L. COVIELLO JR., *In margine all'art. 1340 c.c.*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 514-517; A. GUARNERI, *Usi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 531 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass, sez. lav., 25 luglio 1996, n. 6690, in *Mass. giur. it.*, 1996, p. 605 ss.; Cass, sez. lav., 18 aprile 1994, n. 3651, ivi, 1994, p. 331 s.; Cass, Sez. Un., 23 agosto 1990, n. 8573, ivi, 1990, p. 1018; Cass, sez. lav., 10 aprile 1990, n. 3039, in *Notiz. giur. lav.*, 1990, p. 763) quando le parti non li hanno espressamente esclusi, pur non avendoli conosciuti. In tal senso ANT. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 383; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 198 s. *Contra*, vedi A. SCIALOJA, *Natura ed efficacia dei cd. usi cotonieri*, in *Foro it.*, 1950, I, c. 372; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, cit., p. 97 ss.

³³ Con l'art. 1374 c.c., invece, secondo la dottrina tradizionale (C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 517), trovano ingresso nell'ordinamento gli usi normativi, norme di legge non scritte che un dato ambiente sociale osserva in modo costante nel tempo, con la convinzione che trattasi di una osservanza giuridicamente vincolante. Tali usi sono una fonte suppletiva e trovando applicazione nelle materie non disciplinate dalla legge

Resta il dato che l'art. 1340 c.c. è collocato nella sezione intitolata «dell'accordo delle parti» e prima delle norme che disciplinano le condizioni generali di contratto ed i moduli e formulari, vale a dire le fonti di predisposizione contrattuale considerate dal legislatore³⁴. L'art. 1340 c.c. apre la disciplina codicistica delle fonti negoziali di integrazione del contratto che si affianca a quella delle fonti cosiddette eteronome, la legge, gli usi e l'equità, di cui all'art. 1374 c.c. Si è così sostenuto da un lato che con l'art. 1340 c.c. il legislatore abbia fatto fare alle clausole d'uso un salto, portandole dal piano negoziale (elementi di integrazione del contratto), al piano legale (elementi di integrazione della legge) parificandole agli usi normativi³⁵ (art. 1374 c.c.) quali fonti di diritto obiettivo³⁶; dall'altro che sia da accogliere la distinzione tra gli usi integrativi del contratto (art. 1340) e usi integrativi della legge (art. 1374), con il corollario della idoneità dei primi e non dei secondi a derogare alla legge (dispositiva).

Se così è, la nozione di clausole d'uso, storicamente acquisita e presente nel sistema dell'economia moderna, alla quale in questa sede occorre fare riferimento, è nel senso di clausole tipiche di: determinati mercati o specifici rami del commercio³⁷.

3. Si può dire che le clausole d'uso sono le “norme di fatto”, che continuano a prodursi spontaneamente mediante lo strumento della contrattazione di massa e/o

(cioè quando manca una norma scritta) o da regolamenti oppure quando sono richiamati dalla legge medesima (art. 8 disp. prel.) (se una norma scritta vi fa rinvio), sono tali da integrare non già il contenuto, ma gli effetti del contratto.

³⁴ L'art. 1135, c.c., previgente, più o meno corrispondente al vigente art. 1340, era in effetti inserito tra le norme sull'interpretazione del contratto. Per un'accurata ricostruzione dei precedenti della norma in esame cfr. L. COVIELLO JR., *In margine all'art. 1340*, cit., p. 508 ss.

³⁵ In giurisprudenza, per la definizione dell'uso normativo, e per la distinzione dall'uso contrattuale, v. Cass., 12 giugno 1963, n. 1572, in *Banca borsa tit. credito*, 1963, II, p. 333 ss.; Cass., 17 ottobre 1968, n. 3342, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 143 ss. con commento di R. SACCO, *In tema di usi individuali*; più recentemente v. Cass., 1 settembre 1995, n. 9227, in *Fallimento*, 1996, p. 163 ss. e in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 240 ss.; Cass., 30 marzo 1994, n. 3134, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2114 ss.; Cass., 23 maggio 1994, n. 5024, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, c. 1322 ss. e in *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 786 ss., in *Vita not.*, 1994, I, p. 1371 ss., nonché in *Foro it.*, 1995, I, c. 2528 ss.; Cass., 15 giugno 1994, n. 5815, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 474 ss.

³⁶ Sostengono questa tesi: G. OPPO, *Profili della interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 81 s.; M. FRAGALI, *Dell'interpretazione dei contratti - Libro delle obbligazioni*, in *Commentario D'Amelio e Finzi*, I, Firenze, 1948, p. 371. Anche ANT. GENOVESE, *Gli usi sulla disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 368 in part. p. 385 ss., contesta che gli artt. 1340 e 1374, c.c. disciplinino lo stesso fenomeno e limita dunque il campo di applicazione della prima norma ai soli usi individuali. Su quest'ultima opinione vedi le obiezioni di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 70, e tendenzialmente E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, p. 273 ss.

³⁷ Così A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 30, secondo il quale, scomparso l'ordinamento corporativo e la disciplina che vi aveva dato l'abrogata legislazione, si può forse dire che «le clausole d'uso sono le norme corporative di fatto, che continuano a prodursi spontaneamente e che come le originarie norme corporative restano parificate alla volontà contrattuale nell'efficacia di derogare alla legge di carattere dispositivo, in difetto di volontà contraria».

collettiva in vari settori come quelli del commercio internazionale, dei rapporti interprofessionali e della deontologia, con una sempre più accentuata tendenza ad elaborare una formazione alternativa a quella di origine legale, com'è particolarmente evidente nei casi di contrattazione collettiva "in deroga" addirittura a leggi di carattere imperativo e vincolistico (es. nei contratti di locazione).

Le clausole d'uso, infatti, vincolano le parti sul presupposto di una conforme volontà dei contraenti³⁸, che l'uso fa presumere³⁹ e a differenza degli usi normativi possono derogare alle regole dispositive, avendo come limite naturale quello della inderogabilità di norme di legge che abbiano carattere imperativo⁴⁰.

³⁸ Secondo A. ASQUINI, *Le clausole d'uso dell'art. 1340 c.c.*, cit., p. 444 ss.; ID., *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 71, la legge prevede un'inserzione automatica delle clausole a prescindere da ogni riferimento alla volontà tacita o presunta delle parti; per escluderla, invece, si richiede una espressa contraria volontà delle parti mentre la prova dell'ignoranza dell'uso negoziale non si reputa sufficiente. Cfr. Cass., 19 gennaio 1965, n. 109, in *Mass. Foro it.*, 1965.

³⁹ Sulle clausole d'uso di cui all'art. 1340 c.c., gli orientamenti sono ampiamente controversi in dottrina e giurisprudenza [si veda per tutti A. DI MAJO, *Le clausole d'uso*, cit., p. 567 s.] al punto che vi sono tre diverse teorie: quella dell'uso normativo, quella dell'uso di mercato e quella dell'uso individuale (per una completa rassegna di dottrina e giurisprudenza v. ANT. GENOVESE, *Usi negoziali e interpretativi (dir. priv.)*, cit., p. 1 ss.). In estrema sintesi, la prima delle tre teorie ritiene che le clausole d'uso siano nient'altro che dei normali usi normativi (v. in tal senso: C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, p. 290; M. FRAGALI, *Dell'interpretazione dei contratti*, cit., p. 371; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 102). La seconda che le clausole d'uso siano degli usi di mercato costituiti dalle clausole tipiche di determinati rami del commercio, categorie professionali o ordinamenti del mercato (così: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari - Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352 - Libro quarto, Delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 235 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1946, p. 486; A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 71). L'ultima che le clausole d'uso coincidano con la nozione di usi individuali. Secondo C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 340 ss. gli "usi individuali" sono la «prassi che si instaura nei rapporti fra determinati contraenti», che (come riferisce E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, cit., p. 32) «hanno l'abitudine di stipulare contratti tra loro»; questa abitudine «semplifica la contrattazione e, di riflesso, il contenuto dei singoli contratti: da un certo momento in poi alcune clausole non si introducono perché si danno per scontate. Secondo questa prospettiva l'uso individuale opera, dunque, in una cerchia di soggetti determinati». In particolare, nella nozione di usi individuali vengono ricomprese anche le c.d. "clausole abituali", intese come quelle pattuizioni ripetute in una serie di contratti identici stipulati tra le stesse. Si vedano: S. RODOTÀ, *In tema di usi individuali*, in *Foro Pad.*, 1971, I, p. 143; G. GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 273. In giurisprudenza v. Cass., 2 marzo 1971, n. 528, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1940 ss., ivi con nota di L. ROVELLI e in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 1440 ss. *Contra* l'ammissibilità di una distinzione tra usi negoziali e usi individuali v. ANT. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, cit., p. 368 ss. e A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966 (rist. 1974), p. 150 ss.

La giurisprudenza consolidata sembra seguire, pur se con diverse motivazioni, la seconda teoria, quella degli usi di mercato. Cfr. Cass., 19 aprile 1980, n. 2583, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2504 ss.; ID. 9 novembre 1973, n. 2953, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce «Contratto in genere», n. 229; ID., 8 aprile 1972, n. 1079, in *Foro Pad.*, 1972, p. 318; ID., 19 gennaio 1965, n. 109, in *Mass. Foro It.*, 1965, p. 19; ID., 10 giugno 1961, n.1348, ivi, 1961, voce «Obbligazioni e contratti», n. 221.

⁴⁰ Cioché se l'uso normativo non può derogare alle norme dispositive di legge, viceversa l'uso negoziale, operando sul contenuto del contratto, può farlo.

D'altronde, gli usi "negoziali" o clausole d'uso prescindono dai requisiti propri dell'uso normativo consistendo più semplicemente in pratiche reiterate nel tempo e seguite da una determinata cerchia di contraenti⁴¹.

Gli stessi usi aziendali⁴², che sono richiamati dall'art. 2078 c.c. e paiono avere i crismi della normatività, sono qualificati invece dalla giurisprudenza come usi negoziali individuali⁴³.

Le clausole d'uso, pertanto, si distinguono tanto dagli usi normativi quanto da quelli negoziali individuali⁴⁴.

Comune con gli usi normativi è il requisito della spontaneità e dell'uniformità della loro osservanza nei rispettivi settori; ma il meccanismo della loro obbligatorietà è diverso. Gli usi normativi determinano gli effetti del contratto in via immediata. Le clausole d'uso sono, invece, inserite dalla legge nel contratto, come riflesso di una determinata situazione contrattuale (es. appartenenza del contratto a un determinato mercato tipico) e obbligano attraverso il contratto⁴⁵.

Si tratta di vie diverse a cui la legge ricorre per integrare nel primo caso (usi normativi) il contratto, nel secondo (clausole d'uso) gli effetti del contratto⁴⁶. Le clau-

⁴¹ Occorre, però, precisare che una prassi istituitasi tra le parti in occasione di precedenti contrattazioni non può essere identificata con l'uso negoziale che, pur con le necessarie limitazioni, avrebbe portata generale. Cfr. Cass., 17 ottobre 1968, n. 3342, cit., p. 143 ss. Il problema della demarcazione degli usi normativi da quelli negoziali si pone quando con la denominazione "uso aziendale" si vuole alludere alla prassi di determinati operatori del mercato, ad esempio quella bancaria in materia di anatocismo. Cfr. Cass. 16 marzo 1999, n. 2374, cit.; Cass. 11 novembre 1999, n. 12507, cit.; Cass. 4 maggio 2001, n. 6263, in *Mass. giur. it.*, 2001; Cass. 28 marzo 2002, n. 4490, cit.; e tra le decisioni più recenti, Cass. S.U., 4 novembre 2004, n. 21095, cit., e Id, 2 dicembre 2010, n. 24418 (in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 418 ss., con nota di P. FERRO-LUZZI, e in *Giur. it.*, 2011, p. 2078 ss., con nota di M. D'AURIA).

⁴² Con riferimento agli usi aziendali vedasi: S. LIEBMAN, *Usi aziendali, volontà dell'imprenditore e autonomia negoziale*, in nota a Cass., 6 novembre 1996, n. 9690, in *Giust. civ.*, 1997, p. 1343 ss.; E. DEL PRATO, *L'individuazione dell'uso aziendale*, in nota a Cass., 23 dicembre 1986, n. 7864, in *Giur. it.*, 1987, I, p. 1368 ss.

⁴³ Cfr. Cass. 7 agosto 1998, n. 7774, in *Studium Juris*, 1998, p. 1385 ss. Con specifico riguardo agli usi individuali: G. LIOTTA, *L'interpretazione del contratto e il comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 983 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 235 ss.; M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, p. 115 ss.; M. DOSSETTO, *Clausola d'uso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1957, p. 363 ss.; A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 71 s.

Pare utile aggiungere che con l'espressione "usi individuali" (*rectius* bilaterali) si è soliti indicare quei comportamenti tenuti dalle parti sia prima che successivamente alla conclusione del contratto, il cui contenuto assume normalmente rilievo ai fini della interpretazione del contratto per effetto dell'art. 1362, co. 2, c.c.

⁴⁴ Sulla difficoltà di «applicare la distinzione in sede di attività ricognitiva degli usi» v. peraltro G. GABRIELLI, *Lezioni sul contratto*, II, Trieste, 1982, p. 162 ss.

⁴⁵ L. COVIELLO JR., *In margine all'art. 1340 c.c.*, cit., p. 501 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 67 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 51 ss.; G. SCIANCELEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, cit., *passim*.

⁴⁶ A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 29, ritiene gli usi in materia contrattuale: «come elementi di integrazione della fattispecie contrattuale, (art. 1368) e come elementi di integrazione della legge nella disciplina degli effetti contrattuali (art. 1374)» distinguendoli in base alla natura e alla funzioni in usi (a) negoziali, (b) interpretativi e (c) normativi.

sole d'uso richiamate dall'art. 1340 c.c., pertanto, operano sul piano tipico del contratto non della legge.

La legge, tuttavia, parla semplicemente di "usi" senza ulteriori attributi, sia quando le preleggi ne stabiliscono la qualità di fonti del diritto e ne disciplinano i rapporti con le altre fonti, sia quando numerose norme disseminate nel Codice civile e in altri testi legislativi rinviano appunto agli usi per la disciplina di determinati aspetti delle materie da esse considerate⁴⁷.

L'impostazione che ha avuto più fortuna in dottrina, e che ha trovato importanti conferme nella giurisprudenza di legittimità, è quella in base alla quale la distinzione tra le due categorie di usi andrebbe colta non sul piano ontologico ma su quello della diversa funzione ad essi assegnata dal sistema⁴⁸.

L'uso normativo costituisce dunque una norma giuridica, mentre l'uso negoziale o interpretativo costituisce un elemento di integrazione della fattispecie negoziale ed opera perciò sullo stesso piano delle clausole contrattuali⁴⁹.

Gli usi "negoziali" a differenza degli usi "normativi", non sono considerati preceetti giuridici, avendo la funzione di interpretare o di integrare la volontà dei contraenti che vi abbiano fatto tacito riferimento, sia non esponendo la loro intenzione, sia esponendola ambiguamente⁵⁰.

⁴⁷ Il dibattito dottrinale ha contrapposto coloro che ritengono che gli usi cui la legge fa rinvio siano sempre quelli normativi, fondando tale assunto principalmente sulla considerazione che solo in presenza e per effetto di una consuetudine normativa, che costituisca una fonte del diritto, possa ammettersi che le parti rimangano vincolate a clausole non conosciute (cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 297 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 77 ss.), a coloro che, invece, affermano la configurabilità di usi "negoziali" in senso stretto (di cui all'art. 1340 c.c.), distinti da quelli "normativi" (di cui all'art. 1374 c.c.), e connotati da una diversa disciplina per cui questi ultimi, in quanto norme consuetudinarie, avrebbero valore solo espressamente richiamate dalla legge e subordinatamente a questa, mentre i primi rilevrebbero come clausole contrattuali e, quindi, anche in deroga a norme dispositive di legge. Cfr. A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 27 ss.; ID. *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 71 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 235 ss.; ANT. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, cit., p. 368 ss.

⁴⁸ Cfr., per esempio, Cass. 21 novembre 1983, n. 6948, in *Rep. Foro it.*, voce «Consuetudine e uso», n. 3, la cui massima recita: «Gli usi giuridici o normativi si distinguono da quelli negoziali o interpretativi perché mentre i primi costituiscono fonte sussidiaria del diritto nelle materie in cui manca del tutto la disciplina legislativa ("usi *praeter legem*") ovvero, in materie regolate da leggi o regolamenti, i secondi costituiscono mezzi di interpretazione della volontà ambiguamente espressa dai contraenti o di integrazione della medesima con la clausola che, abitualmente praticata nella zona, si presume voluta dalle parti anche se non espressamente richiamata».

⁴⁹ Così A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, cit., p. 519. Cfr. A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1952 (rist. 1962), p. 166, secondo il quale la constatazione che tali usi rilevino perlopiù sul piano dell'interpretazione del contratto ai sensi dell'art. 1362, c. 2, non sembra tuttavia essere sufficiente per escludere che la costanza della loro applicazione nei rapporti tra le parti assuma rilievo, oltre che ai fini dell'interpretazione, ai fini della stessa determinazione della regola contrattuale.

⁵⁰ Accertata l'esistenza della pratica generale, la conseguente applicazione in funzione interpretativa è svincolata dalla conoscenza che le parti ne abbiano avuto (G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio*

4. Come è noto, sono previste tecniche interpretative differenziate: gli usi normativi sono soggetti ai principi di interpretazione delle leggi (art 1-12 Preleggi), gli usi negoziali a quelli di interpretazione dei contratti (artt. 1362 ss.)⁵¹. Più precisamente, gli usi normativi (detti anche “legali” o “giuridici”) costituiscono vere e proprie norme giuridiche, non scritte, risultanti da una pratica generale e costante, protratta per un congruo periodo di tempo ed attuata con la convinzione di obbedire ad una regola giuridica⁵².

Essi, in quanto frutto del comportamento della generalità dei consociati e dell'elemento soggettivo della *opinio iuris atque necessitatis* assumono, ai sensi dell'art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice civile, valore di vere e proprie norme giuridiche⁵³.

La distinzione tra usi normativi e usi negoziali, quindi, viene ulteriormente tratteggiata con riguardo ai requisiti della generalità e della *opinio iuris ac necessitatis*,⁵⁴ che negli usi negoziali sarebbero meno stringenti (se non del tutto assenti sotto il profilo oggettivo) nel senso che sarebbe sufficiente la pratica diffusa in una cerchia ristretta⁵⁵.

giuridico, cit., p. 103; ANT. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, cit., p. 373) in quanto la sua efficacia poggia sulla natura di norma di legge e non sulla volontà delle parti medesime (L. MOSCO, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, p. 35 s.) le quali, trattandosi comunque di norma dispositiva (F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, (Art. 1362-1371), in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 147; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 102 s. e 111), possono in ogni caso escluderne l'applicazione (ANT. GENOVESE, *op. cit.*, p. 376).

⁵¹ E. DEL PRATO, *Fonti legali ed usi*, cit., p. 515 ss.; ANT. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, cit., p. 368, ss.

⁵² Gli usi “normativi” o “giuridici” costituiscono fonte sussidiaria di diritto nelle materie non regolate dalle legge e con funzioni integrative del contenuto delle norme scritte. Tuttavia, alcune ricostruzioni hanno comunque cercato di fondare l’“obbligatorietà” degli usi normativi al di là del riconoscimento positivo del legislatore e indipendentemente da un espresso richiamo della legge. Cfr. R. FRANCESCHELLI, *Consuetudine (diritto moderno)*, in *Noviss. Digesto it.*, IV, Torino, 1959, p. 323 ss., secondo il quale “l’elusione” del riconoscimento legislativo, come presupposto dell’obbligatorietà degli usi, avviene mediante un altro riconoscimento questa volta ad opera del giudice, una sorta di “accertamento costitutivo”. Cfr. Cass., 21 novembre 1983, n. 6948, cit. Per una analisi della giurisprudenza di legittimità sugli usi normativi si veda: Cass., 30 marzo 1999, n. 3096 e Id., 16 marzo 1999, n. 2374, entrambe in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1301.

⁵³ Secondo R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* di L. MENGONI, Milano, 1998, p. 647 ss.: «L'uso non è altro che una prassi sociale costante, ripetuta uniformemente per lungo tempo (...) accompagnata dall'idea che una certa condotta sia doverosa».

⁵⁴ In questo senso, ad esempio, Cass. 23 dicembre 1986, n. 7864, cit., p. 1368 ss. Si è altresì sottolineato (C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 341) come l'uso normativo richieda «una pratica inveterata e consolidata nell'ambiente sociale quale regola di diritto».

⁵⁵ A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 74; M.S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1947, p. 93 s. E se l'elemento soggettivo dell'*opinio* appare un retaggio di pregiudizi idealistici inadeguato a porsi come criterio distintivo dei diversi tipi d'uso, invece l'elemento oggettivo della necessità (che esista una costante ed uniforme ripetizione della regola di condotta), ove sussistente, conferisce all'uso il valore di precetto giuridico. Secondo il pensiero idealistico, se un uso si identifica con una più o meno definita coscienza collettiva, allora null'altro si richiede, in ordine alla struttura del diritto consuetudinario, che la

L'uso negoziale deve essere allegato e provato dalla parte che ne chiede l'applicazione ed intende avvalersene⁵⁶ (in base al principio generale di cui all'art. 2697 c.c.), mentre gli usi normativi, in quanto fonte di norme giuridiche, beneficiano del principio *iura novit curia* in base al quale il giudice è tenuto ad applicarli d'ufficio anche in mancanza d'istanza e di prova di parte⁵⁷. Tuttavia, su questo punto gli orientamenti giurisprudenziali sono oscillanti: si riscontrano casi in cui l'onere della prova è stato addossato alle parti anche per gli usi normativi non riprodotti nelle raccolte di cui all'art. 9 c.c.⁵⁸.

Infine, se la violazione o la falsa applicazione dell'uso normativo può formare oggetto di sindacato⁵⁹, quest'ultimo è invece escluso in ordine all'accertamento e alla valutazione dell'uso negoziale compiuti dal giudice di merito, in quanto questa indagine si svolge sul terreno dei fatti della causa⁶⁰. Parimenti, la violazione o la falsa applicazione di un uso negoziale, a differenza di quanto accade per gli usi normativi,

presenza di quell'impulso spirituale che sarebbe alla base di ogni ordinamento giuridico; così A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, cit., p. 517.

⁵⁶ Secondo G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 199: «Di solito quando vuol dare rilievo positivo agli usi, la giurisprudenza li definisce negoziali e procede all'integrazione del contratto invocando l'art. 1340 c.c.; al contrario quando vuol escludere la rilevanza degli usi, si preferisce richiamare la norma di cui all'art. 1374 c.c. e dunque la categoria degli usi normativi, affermando la carenza di qualche presupposto (...) ad esempio la mancanza di un richiamo agli usi fatto dalla legge nella materia d'interesse». Cfr. Cass. 1 marzo 1989, n. 1141, in *Mass. giur. it.*, 1989, la cui massima recita: «L'uso che, in materia di locazione, regola il termine per il pagamento del canone non può essere considerato, giusta l'art. disp. prel. c.c., un uso normativo, non essendo richiamato dall'art. 1587 n. 2 c.c., ma va considerato come uso negoziale, operante in base all'art. 1340 c.c. in quanto non escluso dalle parti, sicché la prova della sua esistenza va data dal locatore che sulla sua base pretenda l'anticipata corresponsione del canone».

⁵⁷ Agli usi normativi si riferiscono i principi che valgono per tutte le norme, i quali vengono soprattutto in rilievo nell'applicazione giudiziaria. E poiché il giudice deve applicare le norme anche se le parti non gliele indicano; in base al principio *iura novit curia*, il giudice conosce le norme. Da ciò consegue una ulteriore differenza tra usi normativi e usi negoziali: per i primi non opera l'onere della prova (art. 2697). L'onere di allegazione e prova vale per i fatti e non per le norme: conseguentemente la parte non è tenuta a provare l'esistenza di un uso normativo. Tant'è vero che l'art. 9 disp. prel. stabilisce che «gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati si presumono esistenti fino a prova contraria». La parte che contesta la perdurante esistenza dell'uso normativo deve provare che è caduto in desuetudine, e quindi è cessato.

⁵⁸ Cfr. Trib. Milano, 13 luglio 1995, in *Annali It. Dir. Autore*, 1996; Cass., 11 marzo 1948, n. 372, in *Mass. Foro. it.*, 1948.

⁵⁹ Se un giudice ha ritenuto esistente un uso che non esisteva o ha ritenuto non esistente un uso che esisteva, si configura un vizio di legittimità così come se ha male applicato un uso (art. 360, n. 3, c.p.c.). Dunque la violazione o la falsa applicazione di un uso può essere dedotta in Cassazione come vizio di legittimità.

⁶⁰ La parte, la quale afferma che una clausola d'uso è entrata nel contratto perché non risulta una volontà contrattuale contraria, deve dedurre l'esistenza dell'uso e, in caso di contestazione, provarlo. Per l'uso negoziale, non opera, quindi, il principio *iura novit curia*. Di conseguenza, a differenza dell'uso normativo, c'è l'onere di allegare e provare l'uso negoziale. È escluso, infine, il ricorso per Cassazione per violazione di un uso negoziale, perché esso non è norma. Su allegazione e prova degli usi negoziali; cfr. Cass. 26 settembre 1977, n. 4093, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 2098 ss.

non può essere motivo di ricorso per cassazione, trattandosi di una questione di fatto, insindacabile dal giudice di legittimità⁶¹.

La nettezza di questa diversità di regime si scontra con la difficoltà di demarcare, in fatto, l'ambito degli usi normativi da quello degli usi negoziali, cioè di stabilire, in concreto, se un uso sia normativo o negoziale, e a quali condizioni da negoziale diventa normativo. Le norme non soccorrono perché danno per scontato che gli usi normativi (artt. 1, n. 4, disp. prel. e 1374) sono norme e gli usi negoziali sono clausole (art. 1340); ma, in realtà, anche la clausola, in quanto regola, si atteggia come norma⁶².

Tuttavia, laddove il codice o altre leggi richiamano gli usi senza specificazione, si riferiscono agli usi normativi poiché gli usi negoziali, in quanto clausole che entrano nel contratto in mancanza di intento contrario, escludono quelle lacune dell'autoregolamento pattizio, che costituiscono la premessa per l'operatività degli usi normativi. Perciò, quando la legge richiama gli usi in via suppletiva, non può che riferirsi a quelli normativi.

Ai sensi dell'art. 1340 c.c. gli usi negoziali sono da considerarsi clausole d'uso e cioè clausole contrattuali le quali (a differenza degli usi normativi) esplicano la loro efficacia senza la necessità di alcun richiamo di legge. Essi consistono nel modo costante e uniforme con cui determinati affari vengono compiuti o eseguiti dalle parti contraenti, in rispondenza alle condizioni del mercato in cui il negozio si conclude, o alle esigenze tecniche peculiari del commercio di date merci.

Escluso il caso nel quale «risulti con certezza che i contraenti non abbiano voluto riferirsi ad esse»⁶³, le clausole d'uso (in quanto usi negoziali) si ritengono inserite nel contenuto del contratto prescindendo dalla rilevanza della volontà delle parti in ordine alla loro applicazione (e cioè anche se ignote alle parti stesse)⁶⁴. In sostanza,

⁶¹ In tal senso Cass., 2 giugno 1990, n. 5180, in *Giur. Agr. It.*, 1991, p. 415 ss. e in *Mass. Giur. It.*, 1990; conformi le precedenti pronunce: Cass. 26 settembre 1977, n. 4093, cit., p. 2098 ss.; Id., 8 aprile 1981, n. 2021, in *Mass. Giur. It.*, 1981.

⁶² Il termine clausola può ben alludere ad una norma: l'art. 1339, che contempla l'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, si riferisce esclusivamente all'applicazione di norme inderogabili in sostituzione di clausole pattizie difformi.

⁶³ V. Cass., 19 aprile 1980, n. 2583, cit., c. 2504 s., secondo la quale «Gli usi di fatto, o contrattuali o convenzionali [...] obbligano le parti anche se da esse ignorati (in quanto l'applicazione degli stessi è esclusa soltanto ove risulti con certezza che i contraenti non abbiano voluto riferirsi ad essi)». In senso conforme Cass., 11 febbraio 1987, n. 1489, in *Mass. giur. it.*, 1987, p. 233; Id., 5 agosto 1985, n. 4388, *ivi*, 1985, p. 833; Id., 8 aprile 1972, n. 1079, cit., p. 318 ss. Di recente nello stesso senso: Cass., 6 marzo 2007, n. 5135, in *Rep. Foro it.*, 2007, «Contratto in genere», n. 455.

⁶⁴ Si vedano autori, come R. SACCO, *L'integrazione*, cit., p. 464, secondo i quali gli usi contrattuali operano «anche nei confronti dei contraenti ignari». Si sostiene sul punto che, altrimenti, la prova di non avere voluto la clausola d'uso sarebbe assunta come prova di averla espressamente esclusa; e ciò non sembra richiesto dall'art. 1340. *Contra* G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, cit., p. 71. Non basterebbe l'accertamento della sua obiettiva esistenza, occorrendo anche un'adesione almeno implicita delle parti contrattuali. Chi prova di esserne ignaro prova, per ciò stesso, di non averla voluta.

in relazione ad esse non è necessario che i contraenti manifestino la propria volontà circa l'inserimento nel singolo contratto e, per quel che più rileva, l'integrazione si determina pur se le parti ne ignorino l'esistenza⁶⁵.

Ai fini dell'operatività delle clausole d'uso, esse si intendono inserite nel contratto anche in assenza della prova che le parti le abbiano conosciute o accettate⁶⁶.

Una spiegazione del particolare meccanismo di funzionamento dell'art. 1340 c.c. può essere ricercata nella buona fede nella fase di formazione del contratto che impone alle parti l'imputazione di usi negoziali imposti dalle esigenze del traffico giuridico, pur se da esse ignorati⁶⁷ e sempre purché le stesse parti non abbiano regolato i loro interessi in modo da escluderla; ciò in quanto l'art. 1340 c.c. non richiede, in positivo, che le parti abbiano voluto gli usi ma, in negativo, che non vi sia stata una esclusione delle clausole d'uso⁶⁸.

Si sostiene, tuttavia, che le clausole d'uso per la loro natura negoziale debbano intendersi non operative in ordine a quelle determinazioni per le quali è imposto un onere formale⁶⁹.

⁶⁵ In questo senso, tra gli altri, G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 85 ss. e p. 94 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 87; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e usi negoziali)*, cit., p. 526; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 153, nota 194 e p. 156 s.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 69.

⁶⁶ Nell'opinione di A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 33: «nell'art. 1341 c.c. la legge opera nei termini consueti della meccanica della volontà, la quale implica che per volere una cosa si debba previamente conoscerla, e la sola importante innovazione è l'equiparazione dell'ignoranza colpevole alla conoscenza mediante la integrazione del principio di volontà con quello di responsabilità, in cui si esprime lo spirito sociale del nuovo codice». V. pure ID., *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, cit., p. 444 ss.; ID., *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 71 ss.

⁶⁷ Cfr. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 155 ss. Si veda anche Cass., 18 aprile 1994, n. 3651, in *Rep. Foro it.*, 1994, «Lavoro (rapporto)», n. 499.

⁶⁸ In ordine al rapporto tra clausole d'uso e volontà dei contraenti, diffusamente G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, cit., p. 102 ss., secondo il quale «non appare peregrino ritenere che anche nel caso in cui manchi la volontà ostativa dei contraenti le clausole non operano a condizione che chi ne invoca l'inefficacia provi di ignorare la vigenza dell'uso specifico in quel determinato momento» (p. 108). L'argomento riposa sull'idea che «non si possa validamente volere ciò che si ignora». Considerazione in sé certo ineccepibile ma non anche capace di negare per ciò stesso la prospettiva pattizia e negoziale delle clausole in questione. Un orientamento giurisprudenziale richiede, invece, non solo la prova della loro obiettiva esistenza ma anche di una volontà esplicita o perlomeno implicita delle parti di conformare ad essi il rapporto contrattuale. Secondo Cass., 7 aprile 1964, n. 764, in *Mass. giur. it.*, 1964 e Id., 5 agosto 1985, n. 4388, *ivi.*, 1985: «l'uso negoziale, in quanto operante sullo stesso piano delle clausole contrattuali, non può considerarsi inserito in un contratto se non in virtù di una espressa o implicita manifestazione di volontà dei contraenti».

⁶⁹ Si veda C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 412. Con riguardo alle clausole d'uso (quali usi negoziali), un orientamento giurisprudenziale sostiene che esse, poiché entrano nel contratto ancorché non conosciute, non possono essere assoggettate al medesimo trattamento di quelle che sono inserite in conseguenza dell'unilaterale predisposizione di uno dei contraenti; così Trib. Genova, 25 luglio 1949, in *Foro it.*, 1950, c. 364 ss., con nota (critica) di A. SCIALOJA, *Natura ed efficacia dei c.d. usi cotonieri*; Cass., 14 marzo 1986, n. 1729, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Contratto in genere», c. 232; cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 80. *Contra* in giurisprudenza si veda Cass., 7 aprile 1964, n. 764 in *Foro it.*, 1964, 1, c.

5. In tema, non stupisce quindi che parte degli studiosi prenda a modello l'efficacia integrativa dei provvedimenti delle Autorità indipendenti con le quali si definiscono alcuni contenuti delle condizioni negoziali di mercato, facendo espresso richiamo proprio alle clausole d'uso⁷⁰.

Proprio la partecipazione di soggetti e/o associazioni rappresentative di interessi qualificati (ad esempio di professionisti e/o utenti e consumatori) alla definizione delle condizioni negoziali oggetto dei provvedimenti delle Autorità indipendenti, nei quali siano presenti forme di "partecipazione procedimentale"⁷¹ dei soggetti interessati all'adozione degli atti normativi autoritativi (art. 23, L. n. 262 del 2005)⁷²,

1661 ss., che ritiene il richiamo generico, contenuto nel modulo predisposto a stampa dalla ditta venditrice, agli usi di vendita per i filati di cotone, non vincolante per il contraente che non l'abbia espressamente approvato per iscritto. Pure Cass. 23 maggio 1994, n. 5024, cit., ha richiesto la necessità della specifica approvazione nel caso di clausole riprodotte di usi contrattuali. In dottrina cfr. G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso. Disposizioni normative e prassi*, Camerino-Napoli, 1998, p. 121 ss.

Cfr. E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, cit., p. 186, secondo il quale, una lettura coordinata con l'art. 1341 porta a preferire la tesi in base alla quale le clausole d'uso sono assoggettate «al medesimo trattamento di quelle che sono inserite in conseguenza dell'unilaterale predisposizione di uno dei contraenti (...) almeno tutte le volte in cui la clausola d'uso possa considerarsi il risultato di una predisposizione "di fatto" in quanto unilateralmente elaborata e utilizzata dagli imprenditori del settore o da loro organizzazioni di categoria» (p. 189). Secondo A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 35, per quanto attiene al rapporto tra clausole d'uso e clausole vessatorie, il secondo comma dell'art. 1341 interviene disponendo che, quando il contenuto del contratto sia preconstituito e quando si tratti di disposizioni che incidono in quelle determinate materie (che la seconda parte dell'art. 1341 elenca) non vi può essere inserzione di clausole d'uso nel contratto, se non in base a una dichiarazione di volontà "specificata ed espressa". Le clausole d'uso, perfino di formazione bilaterale (si pensi ai contratti tipo bilaterali), non possono entrare per *relationem* nel contratto a meno che la volontà di farle proprie non sia specificatamente dichiarata.

⁷⁰ F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 320 e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, pp. 3-21 [e sullo stesso tema Id., *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI, (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, Bologna, 2006, pp. 109-124], rileva come l'approvazione dell'Autorità indipendente integrerebbe il requisito dell'usualità di guisa che le clausole così prodotte sarebbero idonee ad integrare il contratto ai sensi dell'art. 1340 c.c.; e la "negozialità" di questo fenomeno si spiega attraverso «quella concezione dell'autoregolamento di interessi che ne identifica altresì la sussistenza nelle figure dell'autonomia privata negativa, nel senso che il tratto fondante la negozialità delle ipotesi che vi possono essere ricomprese consiste nella possibilità di esprimere utilmente una volontà contraria all'efficacia della clausola d'uso, la quale dovrebbe allora considerarsi semplicemente come non apposta, volendo con ciò significare che essa vale a realizzare l'integrazione normativa del contenuto del singolo contratto» (p. 321).

⁷¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 20 marzo 2015, n. 1532, in *www.osservatorioair.it*, secondo il quale il mancato rispetto delle richiamate garanzie e regole procedimentali determina l'illegittimità dell'atto regolatorio finale; vedasi altresì Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 1 ottobre 2014 n. 4874, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 2015, p. 230 ss. In tema cfr. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.

⁷² Secondo l'art. 23 «Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali» della L. n. 262 del 2005 «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari»: «I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna (...) consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti

contribuisce a qualificarli come atti amministrativi negoziati ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11, co. 2, della l. n. 241 del 1990, tale per cui ai suddetti atti vanno applicati «in quanto compatibili, i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti»⁷³.

Sulla base di questa norma, si è sostenuto che le condizioni negoziali elaborate dalle Autorità amministrative con la partecipazione procedimentale sopra descritta delle associazioni professionali, pur non riconducibili ad una forma di negoziazione di tipo collettivo, si ritengono produttive di «clausole d'uso in quello stesso mercato»⁷⁴.

Una negoziazione che coinvolge imprenditori di un determinato mercato e le associazioni maggiormente rappresentative dei consumatori e degli utenti, può produrre, pertanto, in quello stesso mercato clausole d'uso⁷⁵. Anche in questo caso l'usualità non deriverebbe tanto dalla reiterazione e uniformità di osservanza di clausole e comportamenti di interesse contrattuale, quanto dalla rappresentatività dei soggetti che queste clausole elaborano⁷⁶.

vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori». In base a tale norma, Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip sono obbligate ad una preventiva consultazione delle categorie interessate nei procedimenti di adozione di loro regolamenti e atti generali. Sul tema cfr. R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in G.P. CIRILLO - R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, p. 67 s.; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 37 ss.

⁷³ La tesi è sostenuta da G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 255 ss. e (con lo stesso titolo) in *Id* (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 104 s.

⁷⁴ Secondo G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., p. 255 ss. e 267 ss., e in *Id*. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 104 s.; l'espressa qualificazione delle condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali (stabilita dalla competente Autorità solo a seguito di una negoziazione tra gli esercenti il servizio e le associazioni dei consumatori), come "inderogabili", per il mercato vincolato, e come "condizioni contrattuali di riferimento", per il mercato libero, induce a ritenere che trattasi di una forma di "neocorporativismo". Dello stesso avviso F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 316, e e in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 191 ss., secondo il quale la determinazione del contenuto minimo di un contratto può «essere svolta dall'Autorità operante nello specifico settore in modo "indipendente", attraverso un meccanismo contrattuale che, non a torto, ha indotto a ricorrere all'espressione "negoziato di tipo corporativo".

⁷⁵ Secondo F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà*, cit., p. 316: «analogamente, *mutatis mutandis*, a quanto avviene nel procedimento (...) da parte delle Camere di commercio»; cfr. G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., p. 268.

⁷⁶ Per la tesi della natura di clausola d'uso delle norme collettive v.: L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Ius*, 1975, p. 167 ss., ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 257 ss. La giurisprudenza ribadisce che l'efficacia del contratto collettivo si estende, oltre agli iscritti alle associazioni sindacali, anche a coloro che vi abbiano dato adesione implicita: Cass., 3 agosto 2000, n. 10213; *Id.*, 14 gennaio 1999, n. 368.

Nei casi in esame, relativi ai c.d. “contratti regolamentari”, le clausole d’uso mantengono peraltro la propria natura negoziale, giacché, come espressamente previsto dagli stessi provvedimenti dell’Autorità, esse sono inderogabili *in peius* ma possono essere derogate *in melius*, purché in modo trasparente⁷⁷.

La partecipazione (audizione) delle associazioni maggiormente rappresentative dei professionisti e dei consumatori insieme con l’adozione di un atto amministrativo negoziato collettivamente sono in grado di garantire un sufficiente punto di equilibrio tra gli opposti interessi dei contraenti, comportando nel contempo anche un’elevata probabilità di riduzione di clausole d’uso vessatorie.

D’altronde il legislatore dell’ultimo decennio, soprattutto in attuazione delle direttive comunitarie, ha abituato l’interprete a fare i conti con la fissazione, per via legislativa imperativa, del c.d. “contenuto minimo” di un contratto in funzione della tutela della parte più debole. Non si vede alcuna ragione perché tale determinazione non possa essere svolta in modo “indipendente”, attraverso un meccanismo contrattuale che, non a torto, ha indotto a ricorrere all’espressione “negoziato di tipo collettivo”, idonea a “produrre clausole d’uso”⁷⁸.

Viene confermato da quanto appena esposto, tra l’altro, il rilievo centrale da riconoscere al momento genetico della clausola d’uso. Si ritiene che la contrattazione “partecipata” e la capacità esponenziale dei soggetti che la stessa clausola concorrono ad elaborare permettano di ricorrere ad una concezione di usualità «ulteriore»⁷⁹, tale «da spostare la valutazione in termini di diffusione ed autorevolezza dalla regola all’organismo che la pone in essere», perché a garantire l’applicazione delle clausole d’uso sarebbe «la rappresentatività delle associazioni di categoria che queste clausole elaborano»⁸⁰.

A garantire l’applicazione pratica di tali clausole sta, difatti, la rappresentatività o meglio il riconoscimento reciproco della rappresentatività delle associazioni di categoria che queste elaborano o contribuiscono ad elaborare⁸¹.

Con riguardo al momento genetico delle condizioni contrattuali predisposte, però, alcuni dubbi sorgono rispetto allo stesso presupposto fondante la tesi delle clausole d’uso, ovvero alla c.d. “negoziato” collettiva che sarebbe alla base della loro elaborazione. Effettivamente, una disciplina che preveda la partecipazione dei soggetti interessati alle procedure di adozione di atti normativi non dà sempre luogo ad una vera e propria negoziazione. Difatti, la partecipazione e la consultazione delle categorie interessate nella elaborazione, quand’anche prevista come obbligato-

⁷⁷ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., p. 105.

⁷⁸ F. ADDIS, *La produzione di clausole d’uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI, (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 109 ss., spec. 123.

⁷⁹ F. ADDIS, *Le clausole d’uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, cit., p. 319 ss.

⁸⁰ G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 211.

⁸¹ M. IAIONE, *Contratto-tipo e class action. Contributo allo studio dell’autonomia collettiva nei rapporti di consumo*, Napoli, 2008, p. 91.

ria⁸² da parte di soggetti terzi (si pensi alle *Authorities*, o altri enti pubblici cui questi compiti sono affidati), non comporta come conseguenza che la procedura debba intendersi come una negoziazione o che gli stessi soggetti amministrativi siano tenuti a negoziare sulle specifiche problematiche oggetto del procedimento e accogliere le clausole in tal modo enunciate⁸³.

Trattasi, il più delle volte, non di negoziazione di una soluzione condivisa, bensì di instaurazione di un contraddittorio sui profili maggiormente conflittuali, attraverso la messa a fuoco degli elementi da prendere in considerazione da parte dell'autorità amministrativa.

Il richiamo alla categoria delle clausole d'uso e l'interpretazione evolutiva dell'elemento dell' "usualità", tenuto conto parimenti del ruolo svolto dai soggetti "rappresentativi" partecipanti alla procedura e della loro negoziazione quale presupposto, offre degli spunti di grande interesse⁸⁴.

6. Le clausole d'uso, quali usi negoziali⁸⁵, come accennato, sono definite anche come «pratiche generalizzate degli affari»⁸⁶ il cui elemento costitutivo è rappresentato dalla loro applicazione costante e generalizzata in un determinato settore economico (o di affari) e in uno specifico luogo o ambiente socio-economico nel quale valgono come clausole contrattuali⁸⁷.

Se poi si considera che tanto gli usi negoziali quanto quelli interpretativi siano espressione di ciò che si pratica nel luogo di conclusione del contratto, ne deriva che le clausole d'uso, in quanto usi negoziali, si possono accomunare sostanzialmente agli usi interpretativi⁸⁸ di cui all'art. 1368 c.c.⁸⁹.

⁸² Cfr. art. 2, co. 12, lett. b), l. n. 481/1995, cit. e art. 23 l. n. 262/2005 nel quale si statuisce che i regolamenti e gli atti generali della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip siano preceduti dalla previa consultazione delle categorie interessate.

⁸³ V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, p. 146.

⁸⁴ V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., p. 145.

⁸⁵ Cfr. per tutti A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 25 ss.

⁸⁶ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, con la collaborazione di M. Bianca, Milano, 2014, p. 411.

⁸⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 237 ss. Cfr. Cass., 26 settembre 1977, n. 4093, cit., p. 2098 ss.

⁸⁸ Sugli usi interpretativi: A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 25 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 78 ss.

⁸⁹ L'art. 1368 c.c. è l'unica tra le norme sull'interpretazione che cita espressamente l'imprenditore; essa è stata consapevolmente introdotta dal legislatore del 1942 al fine di soddisfare «l'esigenza di uniformità nel contenuto dei contratti di impresa» anche quando stipulati dall'impresa in luoghi diversi. Si legge, infatti, nella *Relazione al codice civile*, n. 625 che l'art. 1368 c.c. richiama «la pratica del luogo in cui è la sede dell'impresa pure quando il contratto si è perfezionato in altro luogo, e così soddisfa quell'esigenza di uniformità nel contenuto dei contratti di impresa, alla quale si è accennato a proposito dei contratti per adesione». Con ciò soddisfacendo l'esigenza, propria di un sistema di produzione in massa, di una attività contrattuale condotta secondo schemi uniformi». Così F. GALGANO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*, 13^a ed. (rist. agg.) 2013, p. 70. In tal senso anche: ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 22; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da G. Grosso – F. Santoro Passarelli, Milano,

L'obiettivo perseguito consisterebbe nella ricerca di un'interpretazione uniforme finalizzata ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici intersoggettivi⁹⁰.

Attraverso le clausole d'uso vengono in considerazione quelle «clausole tipiche di determinati rami del commercio, di determinate categorie professionali, di determinati ordinamenti del mercato»⁹¹, che consentono l'integrazione del contenuto contrattuale in conformità di ciò che si pratica in quei mercati, specialmente allorché al silenzio della ripetitiva prassi subentri la parola resa statica nel modulo a stampa⁹².

Emerge così chiaramente il rischio che la capacità delle imprese "forti", dominanti nel settore economico di riferimento, di imporre l'uso generalizzato tramite i moduli predisposti per la firma dei clienti o comunque favorirne l'automatico inserimento nei c.d. contratti "individuali".

Per certi versi, ciò trova conferma nel fatto che le clausole d'uso commerciali hanno la loro fonte nelle clausole utilizzate dagli operatori economici in modo generalizzato, a prescindere dal loro espresso richiamo nelle singole contrattazioni.

Usi e condizioni generali «non sono fenomeni tra loro molto distanti»: l'uso è una regola spontaneamente osservata in un determinato ambiente economico, mentre le condizioni generali di contratto sono regole predisposte da un singolo professionista o da gruppi di imprese, ma nulla toglie che l'applicazione diffusa di siffatte regole in un intero settore possa dotare quelle regole dei requisiti di generalità ed uniformità che caratterizzano gli usi⁹³.

È per questo che l'art. 1341 c.c. è ritenuto applicabile anche alle clausole d'uso⁹⁴.

1977, p. 182; P. PERLINGIERI, *Appunti di "teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, p. 86. Secondo altra opinione (G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 96 ss.) l'art. 1368 c.c. costituisce «un favore accordato all'imprenditore che ha poca giustificazione logica», tesi che va condivisa tanto più che la sede dell'impresa è un elemento più formale che sostanziale, rappresentativo di un criterio statico, inidoneo rispetto ai molteplici contratti che l'impresa conclude.

⁹⁰ Il superamento delle logiche volontaristiche e la convinzione diffusa che l'interpretazione del contratto non sia rivolta esclusivamente alla ricerca del volere autentico delle parti, hanno portato a considerare la regola espressa dall'art. 1368 c.c. come fondata su un parametro (oggettivo) di ragionevolezza; così F. ASTONE, *Sub Art. 1368*, cit., p. 573. Cfr. G. GIACOBBE, *L'interpretazione del contratto*, in AA.VV., *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. 2, Milano, 2009, p. 587 ss. v. riferimenti ivi citati.

⁹¹ A. ASQUINI, *Le clausole d'uso dell'art. 1340 c.c.*, cit., p. 445.

⁹² N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

⁹³ In tal senso A. PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1977, I, p. 24 s.; Id., *Gli usi bancari*, in G. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 32 ss.

⁹⁴ Le clausole d'uso al pari di ogni altra clausola negoziale soggiacciono alla disciplina generale del contratto e sono qualificabili come condizioni generali ai sensi dell'art. 1341 c.c. e se, oltre ad essere unilateralmente predisposte, hanno il carattere delle vessatorietà, per esse occorre una specifica accettazione scritta. Cfr. la nota sentenza Cass., 26 ottobre 1968, n. 3572, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1106 ss., dove si sottolinea il bisogno della specifica approvazione scritta di clausole vessatorie facenti parte delle c.d. norme bancarie uniformi e dello statuto del Banco di Napoli. Secondo un primo orientamento, la necessità dell'approvazione specifica è collegata al principio di buona fede (A. GIORDANO, *Il fondamento dell'efficacia delle clausole d'uso e l'art. 1341 c.c.*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 265), che caratterizza la fase di

Con riguardo ai contratti del consumatore deve ritenersi che le clausole d'uso non sfuggano neanche al controllo di cui agli artt. 33 ss. c. cons.⁹⁵. Pertanto, sia pure all'esito di ragionamenti diversi, si afferma⁹⁶ che gli usi contrattuali di carattere vessatorio sono inseriti nei contratti tra professionista e consumatore, soltanto se oggetto di specifica trattativa ai sensi dell'art. 34, co. 4 e 5, c. cons.

La clausola d'uso, in quanto clausola negoziale, va assoggettata alla disciplina sulle clausole vessatorie di cui al Codice del consumo nella misura in cui essa sia connotata da un carattere di vessatorietà⁹⁷.

La specifica approvazione è sempre necessaria allorché una clausola d'uso sia stata sostanzialmente predisposta da un contraente più forte, specie se l'aderente risulti estraneo al contesto in cui sorge la regola, e non invece, quando i contratti intercorrono tra soggetti che appartengono al medesimo settore del mercato e sono dotati di egual forza⁹⁸. Questa impostazione, pur temperando le istanze di protezione delle parti deboli, richiede al giudice un controllo particolarmente intenso,

formazione del contratto. *Contra* A. PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, cit., p. 26, precisa che l'approvazione specifica delle clausole d'uso può trovare giustificazione alla luce del principio di buona fede soltanto se si ritiene che le clausole indicate nell'art. 1341, co. 2, c.c. debbano essere approvate in modo specifico per la loro natura di clausole onerose, a prescindere da qualsiasi altro elemento. Un ulteriore argomento evocato è che le clausole d'uso sono comunque clausole negoziali, e quindi non si vede perché non debbano essere specificamente approvate nel caso in cui abbiano carattere vessatorio (C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto, I Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 4). Un terzo orientamento muove dalla considerazione che l'inserimento delle clausole d'uso si basa su una presunzione di volontà dei contraenti, che invece non è sufficiente per l'inserimento di clausole vessatorie (A. SCIALOJA, *Natura ed efficacia dei cosiddetti usi cotonieri*, cit., c. 372 ss.). Cfr. le riflessioni di B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *L'impresa*, II, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da F. Galgano, Padova, 1978, p. 361, il quale ammette una diversa soluzione nel caso in cui le clausole siano contenute in un contratto predisposto e utilizzato tra i componenti del settore di mercato che ha concorso a formare la clausola vessatoria.

⁹⁵ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 81. Anzi, evidenzia E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, cit., p. 190, proprio la forza dell'argomento della loro automatica inclusione, ancorché non conosciute, sembra oggi indebolito dallo sfavore con cui sono guardate le clausole che questi «non abbia avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto» (art. 33, c. 2, lett. l, e 35, c. 2, lett. c, c. cons.).

⁹⁶ A. BARBA - S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, vol. I, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2014, p. 179 s. In giurisprudenza v. Cass. 23 maggio 1994, n. 5024, cit.

⁹⁷ Sul tema cfr. B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti commerciali*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. ecom.*, diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, p. 360 ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 811 ss.; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto (dir. civ.)*, cit., p. 4.

⁹⁸ Tuttavia non manca chi sostiene che il requisito della specifica approvazione non possa essere esteso alle clausole d'uso, perché queste si inseriscono nel contratto in base ad un meccanismo diverso rispetto alle condizioni generali di contratto: le prime, infatti, si fondano su una prassi seguita dalla generalità dei consociati in un dato settore, le seconde sono invece predisposte da uno dei contraenti. Cfr. PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, cit., p. 26 s. In questo senso, peraltro, si esprime anche una certa giurisprudenza; cfr. Cass. 14 marzo 1986, n. 1729, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Contratto in genere», n. 232. Peraltro, si è notato (A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, cit., p. 25 ss.) come il sistema delineato dal Codice civile dovrebbe impedire non solo che clausole vessatorie possano entrare nel contratto ma a maggior ragione che possano trasformarsi in usi.

finalizzato a verificare che le clausole sotto esame siano realmente il frutto della diffusione spontanea di determinati modelli di comportamento e non il risultato di imposizioni ad opera di soggetti influenti sul mercato.

Il ridimensionamento dell'ambito di operatività delle clausole d'uso, come è noto, è derivato dal fatto che esse denotavano un «fattore di opacità» dei contratti, dal momento che, recependo e cristallizzando prassi normalmente inaugurate dalla parte forte del rapporto, acuivano lo squilibrio esistente tra gli stipulanti⁹⁹. Ed è per questo evidente che, avuto riguardo ai contraenti dotati di minore forza economica, in un ottica pro-concorrenziale, le clausole d'uso siano diventate spesso oggetto di attenzione da parte delle Autorità di vigilanza e regolazione¹⁰⁰.

In alcuni rami del commercio, l'uso delle formule tipiche di negoziazione ha ormai raggiunto una notevolissima diffusione e si può dire che non vi è transazione internazionale che non risulti attuata col ricorso a schemi tipici¹⁰¹. Occorre allora, altresì, riconoscere che le clausole negoziali convertite in precetti d'uso e imposte dagli operatori dominanti rappresentano un dato della realtà normativa dell'ordinamento con la quale occorre confrontarsi¹⁰².

7. Non deve sorprendere, quindi, che il riferimento alle clausole d'uso (e più in generale agli usi) come fattore rilevante a fini interpretativi compaia anche nelle raccolte di principi correntemente applicati in materia commerciale internazionale (che consistono, esse stesse, in una raccolta sistematica di usi, pratiche e consuetudini), nonché nei “modelli” che dovrebbero rappresentare il punto di riferimento di possibili codificazioni europee del diritto dei contratti¹⁰³.

⁹⁹ Così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002 (3^a ed., 2011), p. 13 s., il quale spiega che «Gli usi sono visti come fattore di opacità nei contratti fra le parti in posizioni sbilanciate, perché una di esse è *insider* della materia cui il contratto si riferisce, in quanto pratica professionalmente il relativo mercato e ne conosce le prassi (tipicamente: l'impresa che offre un certo bene e servizio), mentre l'altra si accosta al contratto da *outsider*, come tale sfornita di adeguate conoscenze ed esperienze delle prassi di quel mercato (tipicamente: il consumatore o l'investitore non professionale)».

¹⁰⁰ Così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 147, secondo il quale si assiste ad una «deriva regolatoria» di alcune autorità (tipica quella che spesso si rimprovera all'Antitrust, ad esempio, nell'ambito delle decisioni con impegni *ex art. 14 ter*, l. n. 287 del 1990; cfr. L. BERTI - A. PEZZOLI, *Le stagioni dell'antitrust*, Milano, 2010, p. 66 s.) che tendono ad abbandonare la propria funzione tutoria in favore dell'elaborazione di proprie politiche di settore.

¹⁰¹ Nella pratica è ormai comune che il singolo imprenditore scelga di avvalersi del modello o formulario le cui condizioni generali sono elaborate da altri professionisti del settore o da organizzazioni di categoria; così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 349; cfr. U. CAPRARA, *Le negoziazioni caratteristiche dei vasti mercati: principi di tecnica mercantile*, 2^a ed., Torino, 1946, p. 223 ss. V. ad es. per il commercio della seta: M. ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, I, Paris, 1928, p. 50.

¹⁰² C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto, usi negoziali e principio di effettività*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Condizioni generali di contratto*, Milano, 1981, vol. I, p. 32 s.

¹⁰³ Nei Principi UNIDROIT gli usi si trovano considerati all'ultimo posto tra le “circostanze rilevanti”, dall'art. 4.3 («Circostanze rilevanti»). Si legge che: «[n]ell'applicazione degli articoli 4.1 e 4.2, si deve avere riguardo a tutte le circostanze rilevanti del caso, ed in particolare a: (a) le trattative intercorse tra le parti; (b) le prati-

Agli usi del commercio internazionale si riconduce oggi la *lex mercatoria*¹⁰⁴, intesa come un sistema di regole di natura consuetudinaria rispettate in modo spontaneo, tendenti a facilitare l'armonizzazione dei contratti in ambito internazionale, che oggi sono state raccolte ad opera dell' UNIDROIT, che ne ha realizzato una sorta di "codificazione", riconoscendo un ruolo primario anche agli usi interpretativi¹⁰⁵. E i Principi UNIDROIT, ad esempio, sono stati ritenuti usi con-

che instauratesi tra le parti; (c) i comportamenti delle parti successivi alla conclusione del contratto; (d) la natura e lo scopo del contratto; (e) il significato comunemente attribuito ai termini ed alle espressioni nel settore commerciale considerato; (f) gli usi». Similmente, l'art 5:102 dei Principi del diritto europeo dei contratti stabilisce che: «[n]ell'interpretare il contratto si deve avere riguardo, in particolare, a: (a) le circostanze nelle quali esso è stato concluso, comprese le trattative; (b) il comportamento delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto; (c) la natura e l'oggetto del contratto; (d) L'interpretazione che le parti abbiano già data a clausole simili e le pratiche che hanno adottate nei loro rapporti; (e) il significato dato alle clausole e alle espressioni nel settore di attività interessato nonché l'interpretazione che clausole simili possano già avere ricevuto; (f) gli usi; (g) la buona fede e la correttezza». Nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), l'art. 8:102 dispone: «[i]n interpreting the contract, regard may be had, in particular, to: (a) The circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations; (b) The conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract; (c) The interpretation which has already been given by the parties to terms or expressions which are the same as, or similar to, those used in the contract and the practices they have established between themselves; (d) The meaning commonly given to such terms or expressions in the branch of activity concerned and the interpretation such terms or expressions may already have received; (e) The nature and purpose of the contract; (f) Usages; and (g) good faith and fair dealing».

¹⁰⁴ Come osserva A.C. CUTLER (*Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, 2003, p. 109 ss.), la *Lex Mercatoria* svolge un ruolo importante «in furthering the economic aims of modern times which include 'the establishment of a borderless global economy, the complete denationalization of all corporate procedures and activities, and the eradication of economic nationalism'». Aggiunge L. MILLER (*The Emergence of EU Contract Law*, cit., p. 165) che «These transnational market practices do not operate according to national legal rules and structures. Instead, regulation occurs through 'soft law' mechanisms (such as privately agreed bodies of norms or standards) thereby suggesting that lawmaking can occur outside of the 'official' (state) constitutional mechanisms. Furthermore, enforcement of these norms is also often 'privatized' through arbitration procedures rather than national court institutions. In this way, Lex Mercatoria allows private parties to emancipate themselves from national legal orders and to operate outside state, or official, lawmaking and enforcement institutions. To this purpose, the prevalence of Lex Mercatoria is perceived as reducing the power of the state and de-emphasizing the 'vertical' subordination of citizens to their sovereigns».

¹⁰⁵ I Principi UNIDROIT consistono in un sistema organico e ben definito di norme; meno organiche risultano, invece, le raccolte delle Camere di commercio. Tuttavia, i due fenomeni sicuramente molto diversi, condividono la matrice comune, legata all'incertezza degli usi e all'esigenza di fissare in un corpo stabile un insieme di regole in continuo movimento. Peraltro, se è vero che gli usi nascono in ambiti spesso locali e necessariamente settoriali: la sfida dell'UNIDROIT riflette appunto il tentativo di raccogliarli, delocalizzandoli, di modo da renderli stabili e globali. In questo senso, la *lex mercatoria* appare un fenomeno qualitativamente diverso rispetto alla raccolta degli usi locali ad opera delle Camere di commercio pur muovendosi in entrambi i casi dalla constatazione della prassi. Nei Principi UNIDROIT è evidente la mediazione culturale dei giuristi che, raccogliendo e coordinando gli usi, l'opera di selezione e al tempo stesso di armonizzazione con i principi comunemente condivisi.

trattuali¹⁰⁶. Il criterio idoneo a identificare gli usi contrattuali è ben colto dall'*Uniform Commercial Code* degli Stati Uniti, allorché riporta l'efficacia vincolante degli usi commerciali alla legittima aspettativa di ciascun contraente circa la loro osservanza da parte dell'altro contraente, ingenerata dal fatto che gli operatori di quel dato luogo o di quel dato settore sono soliti uniformarvisi (§ 1-202).

E proprio la *lex mercatoria* rappresenta una felice metafora del "ciclo" degli usi, che nascono dalla prassi, rimangono per definizione incerti e mutevoli giustificando così la tendenza alla raccolta e alla sistemazione, per poi "convertirsi" in norma di diritto ed essere così codificati¹⁰⁷. È questo il processo, sinteticamente descritto, che relega gli usi ai margini del sistema all'indomani delle opere di codificazione, per destare invece interesse e attenzione quando queste siano in discussione e la prassi appaia un importante fattore di legittimazione di possibili nuove regole¹⁰⁸.

E «le pratiche generali interpretative», di cui parla il codice, rappresentano un fenomeno che solo in parte riflette il "ciclo" di cui si è dato sinteticamente conto e

¹⁰⁶ Così G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'UNIDROIT*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, p. 833 ss.; nonché Coll. Arb. Roma, 4 dicembre 1998, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 465 ss., con nota di F.P. TRAISCI, *Principi UNIDROIT, lex mercatoria e diritto del commercio internazionale: note a margine di un lodo arbitrale*. Sul problema diffusamente L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, 1994, p. 24 ss.

¹⁰⁷ Si è affermato che la rilevanza degli usi «sembra conoscere un destino singolare. (...) L'accreditarsi nella realtà del traffico di regole o prassi di comportamento, se può fornire sufficienti garanzie circa la loro corrispondenza a quegli standard di razionalità e congruità economica, che sono alla base della c.d. *lex mercatoria*, non è di per sé idoneo a conseguire gli obiettivi di politica del diritto (in ipotesi, in termini di accentuata tutela di una delle parti del rapporto contrattuale) che il legislatore possa avere di mira»; così C. SCOGNAMIGIO, *L'integrazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1033 s. A ben vedere, la *lex mercatoria* «trarrebbe legittimazione» dal venire essa stessa «applicata [soltanto] dopo aver ricevuto il filtro culturale di UNIDROIT, che la rimodella secondo i consolidati principi di civiltà giuridica, cui nessun operatore economico può sottrarsi nella ricerca del giusto punto di equilibrio tra gli opposti interessi in gioco, fra le ragioni dell'impresa e l'esigenza di protezione del contraente debole»: così F. GALGANO, *Il riflesso giuridico della globalizzazione*, in *Studi in memoria di V.E. Catelmo*, I, a cura di R. Favale e B. Marucci, Napoli, 2003, p. 795, e in ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 74 s.; cfr. altresì F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impresa/Europa*, 2005, p. 519 ss.; P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, II, cit., p. 1345, spec. p. 1365.

¹⁰⁸ Così F. ASTONE, *Sub Art. 1368*, cit., p. 569. Esemplificativo di questo processo è, come noto, il ruolo marginale che agli usi riconoscono gli artt. 1, 8 e 9 delle preleggi. Con riguardo all'esperienza della codificazione, ha probabilmente inciso anche la riunificazione dei codici, posto che è segnatamente in ambito commerciale che gli usi hanno sempre avuto una maggiore forza (per l'ovvio maggiore dinamismo degli affari "commerciali" rispetto a quelli civili): per esempio, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Milano 1929, p. 64-86; A. SCIALOJA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 253 ss.; F. MAROI, *Studi sugli usi commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 557 ss. Su questi temi di recente, i saggi raccolti da S. ZORZETTO (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, 2008.

che attiene anche ai significati del linguaggio giuridico¹⁰⁹. La funzione degli usi è di suggerire il significato di una espressione, di una formula, di un termine¹¹⁰.

E le stesse clausole d'uso, in definitiva, assumono così, anche nella prospettiva internazionale, una posizione di rilievo, pur essendo, in definitiva, riconducibili al procedimento ermeneutico. Quest'ultimo, infatti, presuppone – e non precede –

¹⁰⁹ Nell'interpretazione dei contratti, il ruolo delle pratiche generali consiste nell'indicare il significato di una clausola, di una formula o di una parola che può assumere accezioni tecniche diverse nelle diverse parti del territorio. E in tale ottica, proprio guardando all'ambito europeo e internazionale nonché ai mercati specialistici, gli usi sembrano assumere nuova rilevanza (A. LIPARI, *L'interpretazione dei contratti bancari e finanziari per riferimento agli usi*, in *Contratti*, 2015, p. 821). Le disomogeneità linguistiche e culturali, nonché il tecnicismo di alcune clausole, richiedono necessariamente che l'interprete, nel ricostruire il senso e la portata dell'operazione posta in essere dalle parti, tenga conto dell'uso, cioè del significato specifico che le espressioni inserite nell'accordo assumono negli ambienti o nei settori in cui sono state elaborate. Qualificata come uso linguistico, la pratica generale interpretativa sopravvive in tutti i campi del diritto contrattuale, specialmente in relazione ad operazioni di particolare complessità tecnica, finalizzata come è a garantire un'interpretazione uniforme, in termini obiettivi, a prescindere dalla volontà delle parti sul punto. Cfr. A. LIPARI, *L'interpretazione dei contratti bancari e finanziari per riferimento agli usi*, cit., p. 821, che in merito richiama A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 594.

¹¹⁰ Si pensi a quelle parole che assumono una precisa accezione tecnica in una data parte del territorio, mentre in altre aree, potrebbero assumerne una diversa ovvero non averne alcuna. Nelle "Raccolte degli usi" tenute dalle Camere di commercio è facile reperire una pluralità di usi interpretativi che spiegano il significato di parole o di formule, a volte dialettali che, in contesti diversi da quelli in cui sono utilizzate, potrebbero perdere il loro significato o assumere un significato diverso. Le Raccolte, laddove si riferiscano agli usi interpretativi, assolvono appunto a questa funzione, suggerendo il significato di clausole che sarebbero altrimenti di significato inaccessibile ai forestieri: v., per esempio, ma solo a titolo puramente indicativo negli usi raccolti dalla Camera di commercio di Siena, con riguardo alla vendita di bestiame, art. 14 «[n]el caso di acquisto di animali, con la clausola a cavezza o sacco legato si intende che il venditore è liberato da ogni garanzia dal momento della consegna e che non può esperirsi alcuna azione redibitoria, fatta eccezione per le malattie contagiose per le quali la garanzia si intende tacitamente convenuta»; art. 15 «[n]elle contrattazioni di bestiame, con la clausola a fiamme e fuoco si intende che la vendita è effettuata senza alcuna garanzia, a completo rischio e pericolo dell'acquirente»; art. 16 «[n]elle contrattazioni di bestiame, con la clausola a piè fermo si intende che il venditore è liberato da ogni garanzia dal momento della consegna»; art. 17 «[n]elle contrattazioni di bestiame, con la clausola quanto è lunga la cavezza si intende significare che il pagamento deve essere effettuato alla consegna» (la cavezza è il laccio di cuoio che lega l'animale: il pagamento deve essere effettuato appena si tende la cavezza per portare via l'animale e quindi prima ancora che il compratore si allontani); art. 18 «[n]elle contrattazioni di bestiame o di prodotti agricoli, con la clausola *moh* o *toh* si intende che il pagamento deve avere luogo alla consegna». Ma basta raggiungere Arezzo per trovare, nella corrispondente raccolta della camera locale, espressioni almeno in parte diverse: ma non per questo mutano le regole e invece della clausola a cavezza o sacco legato, a fiamme e fuoco o a piè fermo, per significare che il venditore non assume nessuna garanzia, si dice che la vendita viene effettuata «a stronco, strappacavezza, te la vendo com'è»: Titolo V, art. «Compravendita di Prodotti», v. l'art. 81 ma anche l'art. 84 (dove si menzionano le clausole «fuoco e fiamme», «strappa cavezza», «a stronco», «te la vendo com'è», «tò e dà qua»). Al riguardo, però, è da rilevare come, almeno in ambito nazionale, considerata la progressiva scomparsa delle formule tipicamente locali e dei dialetti, la rilevanza degli usi interpretativi, da questo punto di vista, appare oggi declinante. Così, pressoché testualmente, F. ASTONE, *Sub Art. 1368*, cit., p. 571.

l'integrazione stessa¹¹¹ che consente di raccordare l'assetto di interessi scelto dalle parti con i valori perseguiti dall'ordinamento¹¹².

Accade lo stesso, anche nel diritto contrattuale europeo, nel quale da un lato è possibile rinvenire nelle clausole d'uso fonti eteronome di integrazione¹¹³ e dall'altro, anche per la carenza di un quadro ordinamentale di riferimento, si assiste, invece, più propriamente, alla crescita di modelli di autointegrazione del contratto¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, cit., p. 730.

¹¹² Secondo G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, p. 230, per quanto attiene agli usi, però, nel diritto contrattuale, essi sono ritenuti per lo più un prodotto del ceto dei professionisti, rispondente agli interessi di questi ultimi. Del resto, i consumatori sono spesso ignari delle prassi presenti sul mercato, e quindi finiscono per subire gli effetti di regole di cui non sono a conoscenza e che non consentono di bilanciare la disparità di forza economica. Cfr. M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, cit., p. 413.

¹¹³ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, «Statuti» dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 273 ss.

¹¹⁴ Così C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 47.

Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del “tenore di vita” dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente?

di Giancarlo Savi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Recenti istanze evolutive del regolamento del rapporto coniugale entrato in crisi. – 3. Il precedente di Corte Cost. 11 febbraio 2015 n. 11, nel particolare. – 4. Il confronto tra le due conclusioni ermeneutiche. – 5. Il nuovo decalogo prospettato. – 6. I punti critici salienti. – 7. Gli essenziali motivi del dissenso. – 8. Il confronto argomentativo con la posizione del figlio maggiorenne. – 9. Le successive espressioni della Corte di legittimità e le prime voci della dottrina. – 10. Le prime applicazioni del nuovo corso ad opera della giurisprudenza di merito. – 11. Conclusioni.

1. Con un recente arresto la Corte di legittimità ha segnato ulteriore svolta in materia matrimoniale, statuendo in ordine al peculiare tema del diritto al riconoscimento dell'assegno divorzile¹.

* Avvocato - Direttore della Scuola di Alta Formazione Specialistica in Diritto di Famiglia dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia-Università Roma Tre-Consiglio Nazionale Forense

¹ Cass., sez. I, sentenza 10 maggio 2017 n. 11504 (pres.: S. Di Palma, rel.: A.P. Lamorgese. p.g.: F. Ceroni, diff.). Ricostruendo la funzione dell'assegno divorzile, in antitesi al consolidato indirizzo, la Corte indica il metodo decisorio, statuendo che, nel procedere all'accertamento in punto *an debeatur*, il criterio rilevante è costituito unicamente dalla verifica della sussistenza o meno in capo al richiedente di una condizione di autosufficienza a condurre una esistenza libera e dignitosa. Questa la massima ricavabile: “Il riconoscimento dell'assegno divorzile, nella fase del giudizio in punto *an debeatur*, prescinde dal parametro di riferimento al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; estinguendosi il rapporto matrimoniale, per effetto della sentenza di status divorzile, sia sul piano personale che su quello economico-patrimoniale, una tale garanzia per il coniuge economicamente più debole collide radicalmente con la natura stessa dell'istituto e con i suoi effetti giuridici, incarnando una illegittima ultrattività del vincolo matrimoniale in mera prospettiva economico-patrimoniale; diversamente, l'assegno di divorzio che può essere riconosciuto all'ex coniuge, come persona singola e non già come (ancora) parte di un rapporto matrimoniale estinto, di natura eminentemente assistenziale, è informato soltanto al criterio dell'inadeguatezza dei mezzi ed alla coincidente condizione soggettiva dell'impossibilità a procurarsi per ragioni obiettive in rispetto del canone di autoresponsabilità dei singoli, da intendersi in mera prospettiva di indipendenza od autosufficienza economica a condurre un'esistenza libera e dignitosa, secondo il canone di residuale solidarietà post-coniugale esigibile in virtù della pregressa vita comune, a tenore degli artt. 2 e 23 Cost.; sia la prima fase di giudizio in punto *an debeatur* che la seconda in punto *quantum*, ispirato quest'ultimo ugualmente al parametro dell'aiuto esigibile in prospettiva del raggiungimento dell'indipendenza od autosufficienza personale del già coniuge svantaggiato e tenuto conto degli altri criteri indicati nell'art. 5 L. div. (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune,

Al contempo, attraverso responso altrettanto significativo, la stessa prima sezione civile della Corte, rimarca il diverso connotato della misura assistenziale *post*-coniugale rispetto all'assegno di mantenimento in favore del coniuge in regime di vita separato²; tanto che la regolamentazione della crisi del rapporto coniugale risulta davvero lontana da quella relativa al suo scioglimento (o cessazione degli effetti).

L'odierna conclusione ermeneutica raggiunta dal primo arresto, spezza una consolidata prassi giurisprudenziale³ nell'interpretazione applicativa concreta dell'art. 5,

durata del matrimonio, ragioni della decisione), presuppone la puntuale e pertinente allegazione, nonché l'assolvimento del relativo onere probatorio di tutti tali elementi ed in primo luogo di non possedere mezzi adeguati e di non essere in grado di procurarseli, da parte del coniuge che propone la domanda." Questo cambio di rotta, pubblicato con vasta risonanza, si rinviene anche in *Foro it.*, 2017, 1859, ed in *Giur. it.*, 2017, 1299; nonché nelle banche dati *Juris*, *Giuffrè*, e *Pluris*, *Wki*.

² Cass., sez. I, sentenza 16 maggio 2017 n. 12196 (pres.: S. Di Palma, rel.: P. Campanile. p.g.: F. Ceroni, diff.). Ricostruendo anche qui la funzione dell'assegno di contributo al mantenimento coniugale, di cui all'art. 156 c.c., ne fissa i criteri di insorgenza del diritto ed in particolare la rilevanza assunta in tale accertamento del riferimento al tenore di vita matrimoniale. Questa la massima ricavabile: "*Sussiste profonda differenza fra il dovere di assistenza materiale fra i coniugi nell'ambito della separazione personale e gli obblighi correlati alla c.d. "solidarietà post-coniugale" divorzile: nel primo caso, il rapporto coniugale non viene meno, determinandosi soltanto una sospensione dei doveri di natura personale, quali la convivenza, la fedeltà e la collaborazione; al contrario, gli aspetti di natura patrimoniale - in ipotesi di non addebitabilità della separazione stessa - non vengono meno, pur assumendo forme confacenti alla nuova condizione.*" Anche questo arresto è rinvenibile in *Foro it.*, 2017, 1859, e nelle banche dati *Juris*, *Giuffrè*, e *Pluris*, *Wki*.

³ Per l'esattezza, questo indirizzo, risale alla svolta impressa con composizione degli anteriori contrasti, dal noto arresto di Cass., sez. un., 29 novembre 1990 n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67, con notazioni di E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, e V. CARBONE, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; in *Riv. dir. civ.*, 1991, 221, con nota di C.M. BIANCA, *Natura e presupposto dell'assegno di divorzio: le sezioni unite della cassazione hanno deciso*; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 536, con nota di G.M. PELLEGRINI, *La determinazione dell'assegno di divorzio al vaglio delle sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 1991, I, 1223, con nota di A. SPADAFORA, *L'orientamento delle sezioni unite in materia di assegno divorzile: considerazioni critiche*; ed in *Quadrimestre*, 1991, 609, con nota di M. DOSSETTI, *Il dibattito sull'assegno di divorzio e la sintesi proposta dalle sezioni unite*; questo precedente basilare è in realtà coevo ad altri quattro di segno identico (n. 11489, 11491 e 11492), ed è sostanzialmente prevalso sino ad oggi; una sommaria menzione degli arresti successivi, induce ad indicare quantomeno, Cass., sez. I, 1 dicembre 1993 n. 11860, in *Fam. dir.*, 1994, 15, con nota di V. CARBONE, *L'evoluzione giurisprudenziale in tema di assegno di divorzio*; Id., 6 agosto 1997 n. 7269, in *Giur. it.*, 1998, 215, con nota critica di F. PARENTE, *L'assegno di divorzio tra tenore di vita paraconiugale ed esistenza libera e dignitosa*; Id., 28 febbraio 1998 n. 2087, in banca dati *Foro it.*; Id., 16 giugno 2000 n. 8225, in *Giur. it.*, 2001, 462, con nota di O.B. CASTAGNARO, *La Cassazione si ostina a far sopravvivere uno status economico connesso ad un rapporto definitivamente estinto ed a non riconoscere il carattere alimentare dell'assegno di divorzio*; Id., 11 settembre 2001 n. 11575, in *Fam. dir.*, 2002, 285, con nota di G. SCIANCALEPORE, *La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio*; Id., 17 gennaio 2002 n. 432, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 38, con nota di E. AL MUREDEN, *In tema di adeguatezza dei redditi del coniuge divorziato*; Id., 21 marzo 2002 n. 4038, in *Giur. it.*, 2002, 1828, con nota di L. BARBIERA, *Quantificazione e datazione dell'assegno di divorzio: vecchi e nuovi problemi*; Id., 27 settembre 2002 n. 14004, in *Fam. dir.*, 2003, 14, con nota di G. DE MARZO, *Revisione dell'assegno divorzile e conservazione del tenore di vita matrimoniale*; Id., 19 marzo 2003 n. 4040, in *Archivio civ.*, 2004, 116; Id., 28 gennaio 2004 n. 1487, *Fam. dir.*, 2004, 237, con nota di A. LIUZZI, *Assegno di divorzio e incrementi reddituali*; Id. 16 luglio 2004 n. 13169, in banca dati *Pluris*; Id., 22 agosto 2006 n. 18241, in *Foro it.*, 2007, I, 770, con nota redazionale di G. CASABURI; Id., 12 luglio 2007 n. 15610 e n. 15611, in *Fam. dir.*, 2007, 1092, con nota di R. RUSSO,

comma 6°, l. div., fondata sulla correlazione al cd. “tenore di vita” caratterizzante la comune vita in costanza di rapporto matrimoniale, rivisitandone i capisaldi ed incidendo in verità su qualche distorsione di troppo che questo riferimento convenzionale ha prodotto nel tempo, come con crescente evidenza emerso nel tessuto sociale: il parametro in parola semplicemente non rileva per il riconoscimento dell’assegno *post-coniugale*.

Quel che colpisce è la perentoria diversa analisi dell’immutato quadro normativo, e l’eccezionalità delle due fattispecie concrete, afferenti un ceto sociale dotato di mezzi economici che possiamo definire eufemisticamente sovrabbondanti; casi che hanno però costituito l’occasione concreta della radicale svolta impressa (significativo il dato Istat che certifica l’attuale importo medio dell’assegno divorzile, pari ad €. 496,60= mensili); invero, con ritorno a conclusioni che erano già presenti nella giurisprudenza anteriore alle sezioni unite del 1990. La riflessione prima risiede pertanto in questa obiettiva constatazione: l’interpretazione di principio può fondarsi su una casistica così distante dalla vita dei più?

I due casi risultavano in sostanza persino imbarazzanti (la domanda scrutinata nella vicenda conclusasi con la sentenza n. 11504/2017 corrispondeva ad €. 500.000,00= mensili), connotati come sono da un domandare volto a locupletazione, con quella carica reattiva che inevitabilmente induce; difatti, la ricerca di una coerente ragione giustificatrice, di meritevolezza di tali arricchimenti, secondo il comune sentire, in questo contesto sociale, non risulta in grado di approdare ad un valido risultato; di certo, queste fattispecie concrete sono totalmente aliene rispetto alla problematica di come individuare in concreto il livello ordinario o, se si vuole, comune, di indipendenza od autosufficienza economica.

La Corte di legittimità nel rinviare al lavoro delle sedi di merito non si spinge però al punto di individuare tale livello come un *tot* economico (prevalentemente monetario) uguale per tutti. Evidentemente, in virtù della ragione secondo cui, anche il concetto della doverosa assistenza alimentare, al ricorrere dei basilari vincoli parentali prefigurati dall’ordinamento, non è esattamente configurata come importo fisso indistinto, uguale per ogni individuo che per sciagurato destino esistenziale si venga a trovare in stato di bisogno tale da risultare privo del necessario per la vita; dirimente è infatti, che non può comunque prescindere dalle reali circostanze concrete⁴, avendo “*riguardo alla sua posizione sociale*”, come detta l’art. 438, comma 2°, c.c.

Ancora sull’assegno divorzile: la Cassazione conferma l’orientamento; Id., 21 maggio 2008 n. 13058, in banca dati *Pluris*; Id. 11 novembre 2009 n. 23906, *ivi*; Id., 21 ottobre 2013 n. 23797, *ivi*; Id., 28 ottobre 2013 n. 24252, *ivi*; Id., 5 febbraio 2014 n. 2546, *ivi*; Id., 20 giugno 2014 n. 14128, in *Fam. dir.*, 2015, 380, con nota di C. MAGLI, *Assegno di divorzio e progressione di carriera del coniuge obbligato: presupposti e limiti dell’aspettativa del coniuge debole*; Id., 10 febbraio 2015 n. 2574, *ivi*, 2016, 259, con nota di V. GIORGIANNI, *L’assegno “divorzile” ai tempi della crisi: criteri e requisiti per la sua determinazione*; Id., 9 giugno 2015 n. 11870, in banca dati *Pluris*; Id., 29 settembre 2016 n. 19339, *ivi*.

⁴ C. ARGIROFFI, *Degli alimenti*, Artt. 433 - 448, in *Commentario cod. civ.* SCHLESINGER-BUSNELLI, Milano, 2009, 57.

Senza anticipare conclusioni, opportuno rimarcare subito, come l'assistenza alimentare non possa confondersi con il connotato "assistenziale" dell'assegno *post-coniugale*. Il pericolo di una tale impostazione ermeneutica, che da tempo risalente affiora (seppur occasionata da peculiari questioni che esigono sistemazione di principio con riferimento alla comune matrice di tutela della persona e, quindi, ne giustificano un avvicinamento), attraverso la spendita dell'argomento secondo cui l'attribuzione dell'assegno presupporrebbe uno "stato di bisogno", oltre a far dubitare della piena consapevolezza sistematica, collide con il dettato dell'art. 5, comma 6°, l. div., ove volutamente è assente un qualche riferimento ad una situazione di bisogno "alimentare"; anzi, a dire il vero, come si vedrà, neppure ad una situazione di bisogno rispetto all'esigenza di assicurare un "dignitoso mantenimento"⁵.

2. Invero, le avvisaglie di un approdo sostanziale tendente alla prudente moderazione della prestazione da imporre al singolo *ex coniuge* verso l'altro, erano in qualche modo nell'aria, mentre non sono mai risultate sopite le contrastanti tesi⁶; solo per limitarci ai tempi recenti, il "poderoso" dubbio di costituzionalità sollevato dal Tribunale di Firenze nel 2013⁷, pur non cogliendo l'utile risultato della declaratoria

⁵ Durante l'*iter* dei lavori parlamentari di riforma della l. div., introdotta con la l. 6 marzo 1987 n. 74, come noto, venne eliminata proprio l'originaria proposta di un riferimento al "dignitoso mantenimento" (cfr. meglio *infra*, nota 41). A titolo esemplificativo della problematica considerazione del binomio alimenti/mantenimento, proprio quanto alle differenze strutturali degli stessi, evanescenti ad esempio sotto il versante quantitativo modesto o sotto le caratteristiche comuni (quali la reciprocità, il carattere strettamente personale, la variabilità secondo la condizione *rebus sic stantibus*), cfr., G. FREZZA, *Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 32; V.M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza*, Bologna, 1984, 57; E. QUADRI, *L'adeguamento monetario degli assegni periodici con funzione assistenziale*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 49; G. GABRIELLI, *L'ordine giudiziale di pagare a familiari del creditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 462; G. PROVERA, *Degli alimenti, sub art. 447 c.c.*, in *Commentario cod. civ.* SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1972, 169. In giurisprudenza, ancora a titolo esemplificativo, secondo Cass., sez. I, 19 giugno 1996 n. 5677, in banca dati *Pluris*, la domanda avente ad oggetto gli alimenti rappresenta un *minus* rispetto alla richiesta di mantenimento; mentre, Cass., sez. I, 9 giugno 2002 n. 13060, in *Giur. it.*, 2003, 1794, con nota redazionale di D. IACOBAZZI, arriva a sovrapporre i confini legislativamente imposti. Seguono comunque nel testo numerosi spunti di riflessione.

⁶ Una bibliografia essenziale ed ultima in tema induce a richiamare, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1 La famiglia*, Milano, 2014, 289; L. ROSSI CARLEO - C. CARICATO, *Il diritto di famiglia*, in *Trattato dir. priv. BESSONE*, IV, Torino, 2013, 2, 281; A. ANCeschi, voce *Divorzio*, in banca dati *Digesto it. (civile)*, 2012; G. GIACOBBE - P. VIRGADAMO, *Le persone e la famiglia*, 3, *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, in *Trattato dir. civ.* SACCO, Torino, 2011, 57; A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Trattato dir. famiglia ZATTI*, Milano, 2011, I, 1631; G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario cod. civ.* SCHLESINGER - BUSNELLI, *Art. 149 e L. 1° dicembre 1970, n. 898*, Milano, 2010, 572; A. MARINI, *Il divorzio*, in LIPARI-RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, II, *La famiglia*, Milano, 2009, 326; A. ARCERI, *Lo scioglimento del matrimonio*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, II, 3897; e naturalmente i contributi già rinvenibili nella *Rivista*.

⁷ Con la nota Ordinanza 22 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 687, commentata da E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*; e da A. MORRONE, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del "medesimo tenore di vita"*.

di illegittimità⁸, ipotizzato con motivazioni incisive e conformi ad un diffuso sentire sociale, aveva indotto la Corte delle leggi⁹ ad indicare il valore da attribuire al punto

⁸ Il nuovo indirizzo impresso con l'arresto n. 11504/2017, consente comunque di escludere agevolmente un qualche profilo di contrarietà alla carta fondamentale dell'art. 5, comma 6°, l. div., secondo il costruito logico giuridico già tentato dal Tribunale di Firenze 22 maggio 2013, *cit.*, ricorrendo anzi piena ed armonica conformità, salvi ora nuovi e ben diversi dubbi; in buona sostanza, quell'accusa di anacronistica irragionevolezza dell'attribuzione patrimoniale periodica in parola, connessa al recupero dello *status* personale, a distanza di quarantasette anni dall'introduzione dell'istituto del divorzio ed in un contesto sociale profondamente mutato, proprio per la svolta impressa dalla Suprema Corte, risulta oggi priva del suo primo e basilare argomento.

⁹ Con la sentenza 11 febbraio 2015 n. 11, in *Fam. dir.*, 2015, 537, con nota di E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di auto responsabilità*; ed in *Avv. fam.*, 2015, 1, 56, con Mia notazione, *L'assegno post coniugale: importanti precisazioni della Corte Costituzionale sul parametro del "tenore di vita" matrimoniale*. Questa la conclusione: "L'assegno divorzile non deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, in quanto, viceversa, questo parametro rileva soltanto per determinare in astratto il tetto massimo della misura della prestazione assistenziale, da determinare poi in concreto, caso per caso, con tutti gli altri criteri di diminuzione indicati nell'art. 5 l. div. (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) sino all'azzeramento." D'uopo evidenziare come la Corte, pur individuando nell'orientamento della Corte di legittimità che da tempo considerava "il tenore di vita tenuto in costanza di coniugio" come il parametro della sola prima verifica cui si deve necessariamente procedere, e cioè il confronto relativo che consente di rinvenire o meno una concreta disparità di condizioni e risorse, tuttavia finiva per far emergere le criticità del sistema. Gli arresti giurisprudenziali di legittimità, indicati come significativi di una tale corretta attività ermeneutica, ivi risultano enumerati esattamente secondo questo percorso: Cass., sez. I civ., 5 febbraio 2014 n. 2546, in banca dati *Pluris*; Id., 28 ottobre 2013 n. 24252, *ivi*; Id., 21 ottobre 2013 n. 23797, *ivi*; Id., 12 luglio 2007 n. 15611, in *Fam. dir.*, 2007, 1092, con nota di R. Russo, *Ancora sull'assegno divorzile: la Cassazione conferma l'orientamento*; Id., 22 agosto 2006 n. 18241, in *Foro it.*, 2007, I, 770, con nota di G. CASABURI; Id., 19 marzo 2003 n. 4040, in *Archivio civ.*, 2004, 116. In sostanza, nonostante l'asciutta motivazione espressa con rilevante rimando ad una giurisprudenza specifica che invero annoverava vaste espressioni (ma non mancando il laconico *ex plurimis*), venne reputata valida e conforme alla nostra carta fondamentale l'interpretazione secondo cui, in tema di scioglimento del matrimonio e nella disciplina dettata dall'art. 5, comma 6°, della l. n. 898/1970, come modificato dall'art. 10 della l. n. 74/1987, l'accertamento del diritto all'assegno di divorzio si articola in due fasi: nella prima, il giudice è chiamato a verificare l'esistenza del diritto in astratto, in relazione all'inadeguatezza dei mezzi o comunque all'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, in confronto al tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, ovvero che poteva legittimamente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio (fissate al momento del divorzio) e, quindi, procedere ad una determinazione quantitativa della somma sufficiente a colmare quella inadeguatezza dei mezzi, che costituisce il tetto massimo ipotizzabile della misura dell'assegno *post-coniugale* stesso. Nella seconda fase, il giudice deve poi procedere alla determinazione in concreto dell'assegno in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri indicati nello stesso art. 5, che quindi agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto, e possono in ipotesi estreme valere anche ad azzerarla, quando la tendenziale conservazione del tenore di vita assicurato dal matrimonio finisca per risultare incompatibile con detti elementi di quantificazione. Singolarmente, non viene neppure menzionato che tale giurisprudenza in realtà risaliva alla svolta dettata con l'arresto di Cass., sez. un., 29 novembre 1990 n. 11490, *cit.* Secondo il medesimo primo arresto qui considerato, la Corte delle leggi sarebbe caduta in qualche contraddizione di troppo con un proprio precedente (relativo però al settore penale, inerente la punibilità delle diverse condotte inadempienti dell'obbligato: Corte Cost. 31 luglio 1989 n. 472, in *Foro it.*, 1990, I, 1815, con nota di E. QUADRI, *Legittimità costituzionale della*

di riferimento del tenore di vita dei con-sorti, per decidere riguardo all'attribuzione ed alla misura del mantenimento richiesto dal coniuge economicamente svantaggiato, al momento del dissolvimento del vincolo. Il responso di costituzionalità, pur richiamando lo stesso "tradizionale" indirizzo interpretativo della Corte di legittimità¹⁰, difforme da quello odierno, consapevolmente innovato, come peraltro si rileva acutamente nel primo arresto, rimandava all'attività ermeneutica del giudice, da condursi nel singolo caso, con criteri comunque volgenti ad evidente moderazione.

Il passaggio successivo di maggior rilievo interviene ancora nel 2015, quando la stessa Corte di legittimità¹¹, occupandosi della diffusa problematica caratterizzante la materia, della successione di relazioni affettive di coppia del divorziato, istituite stabilmente secondo uno degli odierni diversi modelli familiari, giunse a statuire che *"L'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, costituisce espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, costituzionalmente tutelata dall'art. 2 Cost. come formazione sociale stabile e duratura in cui si svolge e sviluppa la personalità dei singoli, idonea a rescindere l'anteriore modello di vita"*

nuova tutela penale del divorziato; ed in Dir. fam. pers., 1990, 18, con nota di F. DALL'ONGARO, *Sulla dubbia legittimità costituzionale dell'art. 12 sexies della vigente legge sul divorzio*), siccome ivi è rinvenibile la motivazione secondo cui, testualmente, *"per il divorziato l'assegno non è correlato al tenore di vita"*. L'assunto non appare propriamente condivisibile anche sotto il profilo del suo reale valore ai fini che qui ci occupano, per più ragioni, che in questa sede possono così sintetizzarsi: in primo luogo nell'economia di quel precedente di scrutinio di norme incriminatrici rilevanti l'una in regime di separazione e l'altra in quello divorzile, l'argomento appare solo a valenza rafforzativa di ben più articolato e complesso apparato motivato, tanto da non potersene dedurre quella specifica valenza dirimente; inoltre, la Corte allora mutuava conclusioni emerse nella giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione, all'epoca non ancora passate al vaglio delle sezioni unite, cui giunse per l'appunto in virtù dei contrasti interpretativi anteriori al novembre 1990; ad ogni modo, appare risolutiva la constatazione secondo cui nella sentenza n. 11/2015 la Corte Costituzionale ha preso in esame *ex professo* la specifica questione, indicando la corretta interpretazione costituzionalmente orientata, con la persuasiva opera di efficace componimento, sopra trascritta. Già questi cenni consentono di escludere quella contraddizione significativa che invece ha ritenuto di intravedervi il primo arresto in commento, rilevante per l'odierno nuovo corso.

¹⁰ Cfr. in particolare le citazioni in nota 3.

¹¹ Cass., sez. I, 3 aprile 2015 n. 6855, in *Giur. it.*, 2015, 2078, con nota di D. BUZZELLI, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile*; ed in *Foro it.*, 2015, I, 1527, con nota redazionale di G. CASABURI; invero, il precedente risulta diffusamente segnalato ed annotato; cfr. anche, in *Fam. dir.*, 2015, 553, con nota di G. FERRANDO, *"Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 681, con nota di E. AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*; ed in *Corr. giur.*, 2016, 626, con nota di R. GELLI, *Finita la convivenza more uxorio il diritto all'assegno divorzile non rivive*. L'indirizzo si consolidava, con numerosi responsi successivi identici, tra i quali, Cass., sez. VI-1, 11 gennaio 2016 n. 225, in banca dati *Juris*; Id., 8 febbraio 2016 n. 2466, *ivi*; Id., 1 luglio 2016 n. 19345, *ivi*; Id., 29 settembre 2016 n. 19345, *ivi*; Id., 13 dicembre 2016 n. 25528, in banca dati *Pluris*; Id., 22 febbraio 2017 n. 4649, *ivi*; Id., 8 marzo 2017 n. 6009, *ivi*; Id., 22 marzo 2017 n. 7388, *ivi*, che invero estende il principio anche riguardo all'assegno di mantenimento in regime di vita separato; Id., 22 maggio 2017 n. 12879, *ivi*. Sul tema, aggiornato anche in relazione alle implicazioni prodotte dall'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016 n. 76, sia consentito rimandare all'ampia recente analisi condotta in G. SAVI, *Nuove convivenze familiari e revoca dell'assegno divorzile*, in *Diritto e Processo*, 2016, 173.

fondato sul vincolo di coniugio e, quindi, a far venir meno il residuo obbligo connesso al tenore di vita che l'aveva caratterizzato, comportando la perdita dell'assegno divorzile fissato ai sensi dell'art. 5 l. div.; l'esclusione di tale misura assistenziale, ispirata a ragioni di solidarietà post-coniugale, necessita di un accertamento giudiziale, ma con efficacia irreversibile, anche nell'ipotesi in cui il nuovo rapporto familiare di fatto venga poi ad interrompersi." Questa soluzione, pur confermando il riferimento al pregresso "tenore della vita matrimoniale", richiama con forza l'attenzione dell'interprete sul fondamentale canone di autoresponsabilità dei singoli per le scelte esistenziali realizzate.

Il rilievo pratico di tali questioni, inevitabilmente legato all'evoluzione del contesto sociale e normativo, è larghissimo, cosicché giova ancora evidenziare ciò che da tempo aleggia nel tessuto sociale.

Già la Corte delle leggi, nel 2015, indicando la corretta interpretazione della disposizione normativa, la rinveniva nell'orientamento della Corte di legittimità che da tempo considera "il tenore di vita tenuto in costanza di coniugio" come parametro rettammente utilizzabile anche nella prima verifica - *an debeatur* - cui si deve necessariamente procedere; cioè, in quel confronto relativo che consente di stabilire se sussista o meno una concreta disparità di condizione tra il prima ed il dopo. In realtà, sottendeva una composizione delle perplessità ed ambiguità che il dato normativo ad onor del vero propone, pur frutto della riforma del 1987 e che nelle intenzioni del legislatore doveva risolvere; con il risultato, al fondo sostanziale delle cose, di evidente richiamo alla moderazione ed alla razionalità.

Lo stesso intervento della Corte delle leggi è rimasto però come incompreso nelle aule di Giustizia e, perciò, non appaga il sentire sociale con le sue molteplici sensibilità; la ragione sostanziale può agevolmente rinvenirsi nella condizione di crisi che da lungo tempo attraversa il rapporto affettivo istituito secondo il vincolo matrimoniale, che appare storicamente come inarrestabile; tra le tante cause di fondo, da annoverare certo l'evoluzione dell'ordinamento positivo volta a riconoscere la posizione del singolo piuttosto che quell'interesse superiore della comunità familiare¹²; processo di trasformazione che inevitabilmente induce la ricerca di nuovi equilibri, con l'esigenza di composizione della vocazione conflittuale che incarna, e che, tra l'altro, trova ampio riscontro nell'odierna pluralità dei modelli familiari riconosciuti dall'ordinamento. Rilevante anche il fatto che la questione è percorsa da ruvide inquietudini di genere, oramai davvero manifeste, che risuonano da tempo anche su tutti gli organi di stampa; infatti, nell'esperienza concreta, seppur realizzata l'uguaglianza morale e giuridica, maturava la conclusione secondo cui risulta insoste-

¹² Il tema vede una vasta letteratura; cfr. da ultimo, M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 567; ma anche il significativo bilancio della fine degli anni ottanta, rinvenibile, in P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 109, analisi autorevolmente ripresa dall'A. in *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 1; e quanto all'anteriore contesto, A. BARBERA, *sub art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 49; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, 191.

nibile che soltanto i coniugi di sesso maschile, finiscano per “incappare”, sul versante materiale, quasi in via di automatismo, se così è consentito esprimerci, in una sorta di “accollo del peso dell’altro vita natural durante”; l’evidenza statistica - inconfutabile - è d’altronde fin troppo significativa; un meccanismo pratico che incarnava ed incarna una valutazione sociologica discriminatoria, con corrispondente *favor* “vitalizio” per la posizione femminile, pressoché per una sorta di dogma pratico precostituito, nella disciplina della patologia di coppia, arduo da mettere in discussione nel confronto processuale¹³.

Invero, la questione involge anche i costumi giudiziari: una struttura giudicante purtroppo prevalentemente generalista¹⁴ e deficitaria rispetto all’esigenza di un efficiente “servizio Giustizia”, caposaldo primo di organizzazione sociale, che mostra nei fatti una certa qual avversione a calarsi realmente e con autentico sforzo nelle relazioni familiari; nonostante lo spessore primario dei diritti coinvolti e, quindi, il severo impatto sociale che tali statuizioni delineano (risulterebbe di vasto interesse uno studio sociologico che indaghi se e come la nostra giurisprudenza abbia o meno contribuito ad “opacizzare” la concezione stessa del vincolo esistenziale tra con-sorti presso le nuove generazioni, che mostrano evidente fuga dall’istituto¹⁵).

¹³ Emblematico, tra altri, quanto apparso sulla prima pagina di *Panorama*, 4 marzo 2015, sotto il titolo “*Uomo divorziato uomo rovinato*”, che peraltro prende le mosse proprio dalla notizia della decisione della Corte Costituzionale con la *cit.* sentenza 11 febbraio 2015 n. 11. Ma se si vuol restare rigorosamente alla casistica giurisprudenziale, numerose le fattispecie financo imbarazzanti con l’uso dell’umana ragione. A titolo esemplificativo, tra i tanti possibili, *cfr.*, Cass., sez. I, 20 giugno 2014 n. 14128, in *Fam. dir.*, 2015, 380, con nota di C. MAGLI, *cit.* in nota 3, che legittima pretese anche sulle risorse reddituali conseguite dal singolo coniuge in epoca successiva all’interruzione della condivisione delle sorti esistenziali, per intervenuta separazione personale; Cass., sez. I, 16 ottobre 2013 n. 23442, in *Corr. giur.*, 2014, 1349, con nota di V. AMENDOLAGINE, “*Tenore*” e “*stile*” di vita non possono considerarsi tra di loro sinonimi quando si tratta di determinare l’assegno divorzile, che riconosce l’assegno divorzile alla *ex* coniuge professionista (primario ospedaliero) in elevata condizione benestante, peraltro con regime di vita matrimoniale concordemente improntato a *self-restraintment*; Cass., sez. I, 4 febbraio 2009 n. 2721, in *Fam. dir.*, 2009, 682, con nota di E. AL MUREDEN, *L’assegno divorzile viene attribuito dopo un matrimonio durato una settimana. Configurabilità e limiti della funzione assistenziale-riabilitativa*, che riconosce l’assegno divorzile persino in ipotesi di *cd.* matrimonio effimero davvero estrema (matrimonio inconsumato durato pochi giorni); peraltro, contraddicendo specifici arresti consolidati, quali, Cass., 16 giugno 2000 n. 8233, in banca dati *Pluris*, e Cass., sez. I, 29 ottobre 1996 n. 9439, in *Fam. dir.*, 1996, 508, con nota di V. CARBONE, *Matrimonio effimero: l’assegno non è dovuto*.

¹⁴ Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura è oggi ben consapevole, calandovi peculiare attenzione, che l’assetto della giustizia familiare e minorile debba essere attuato all’insegna della specializzazione: *cfr.* Circolare 25 gennaio 2017 sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2017/2019, in *www.csm.it*; in tale marcata direzione i progetti legislativi all’esame del Parlamento, pur nello scorcio della XVII legislatura corrente, sull’istituzione del *cd.* Tribunale della famiglia.

¹⁵ Il magistero della Chiesa si è particolarmente speso sul valore centrale della famiglia fondata sul sacramento matrimoniale, con illuminate parole moderne; *cfr.*, a mero titolo esemplificativo oltre ai documenti ufficiali, BENEDETTO XVI, *La famiglia. Speranza della Chiesa e della società*, a cura di G. VIGINI, Roma, 2012. In letteratura l’approccio tende ad una maggiore attenzione sul versante delle sensibilità psicologiche; tra le tante opere, si segnalano, S. TAMARO, *Per sempre*, Firenze, 2011; M. RECALCATI, *Non è più come prima. Elogio del perdono nella vita amorosa*, Milano, 2014.

La tentazione di rifuggire da una tale imponente responsabilità, percorrendo prassi decisionali che fanno dubitare della loro effettiva ispirazione, siccome appare tesa più alla “eliminazione dei fascicoli” dal tavolo del giudice¹⁶, è oramai bagaglio di esperienza noto al ceto forense dedito alle controversie cd. di diritto di famiglia; d'altronde, trova significativo riscontro sia nelle ripetute condanne CEDU pronunziate contro l'Italia, per la mancanza strutturale di efficaci tutele in tale peculiare ambito, come nelle recenti riforme di vasto ampliamento dell'autonomia privata dei coniugi e dei genitori nel componimento delle crisi familiari, esplicitate proprio in tale direzione (come mostra la stessa sintomatica espressione “*degiurisdizionalizzazione*”), piuttosto che allo scopo autentico di miglior riconoscimento evolutivo dei diritti del singolo.

Avuto riguardo ai contributi della dottrina, in tutte le sue plurime espressioni, cioè quelle di fonte propriamente accademica e quelle di fonte curiale o forense, non era sfuggito il recente saggio pubblicato dall'estensore del primo arresto in disamina¹⁷; un tratto saliente di tale studio, teso a mettere in luce la non attualità culturale, sociologica ed economica del tradizionale criterio giurisprudenziale di attribuzione dell'assegno divorzile, fondato sul presupposto di una concezione definita “*criptoindissolubilista*” del matrimonio soltanto sul versante economico-patrimoniale, testualmente, sottolinea, come a seguito della riforma introdotta dalla legge 6 marzo 1987 n. 74, che ha modificato l'originario tenore dell'art. 5, comma 6°, “*all'assegno di divorzio è stata riconosciuta dal legislatore natura eminentemente assistenziale, per cui ai fini della sua attribuzione assume ora valore decisivo l'autonomia economica del richiedente, nel senso che l'altro coniuge è tenuto ad 'aiutarlo' solo se egli non sia economicamente indipendente e nei limiti in cui l'aiuto si renda necessario per sopperire alla carenza dei mezzi conseguente alla dissoluzione del matrimonio, in applicazione del principio di solidarietà 'post-coniugale', che costituisce il fondamento etico e giuridico dell'attribuzione dell'assegno divorzile*”; e poi, che tale *ratio*, era stata rettamente e meglio interpretata con l'arresto di Cass., sez. I, 2 marzo 1990 n. 1652¹⁸, che aveva

¹⁶ Con la precisazione che tale fenomeno in verità può prodursi anche per l'inverso caso della pendenza dei procedimenti su lassi temporali assolutamente inaccettabili, ovvero per le inefficienze in sede attuativa-esecutiva.

¹⁷ A.P. LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in *Questione Giustizia*, 11/3/2016.

¹⁸ In *Foro it.*, 1990, I, 1165, con nota di F. MACARIO e E. QUADRI, *La cassazione “rimedita” il problema dell'assegno di divorzio*; in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1742, con nota di C. IACOVINO, *Assegno di divorzio e “modelli” di vita*; in *Giust. civ.*, 1990, I, 925 e 2390, con nota di S. SOTGIU, *Il concetto di “adeguatezza di mezzi” nell'attribuzione dell'assegno di divorzio*; e A. SPADAFORA, *Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno divorzile nell'ottica assistenzialistica della riforma del 1987*; in *Dir. fam. pers.*, 1990, 437, con nota di G. NAPPI, *Assegno divorzile e principio di solidarietà postconiugale*, e F. DALL'ONGARO, *L'art. 10 della legge n. 74 del 1987 ed il dissidio sul concetto di mezzi adeguati*; in *Rass. dir. civ.*, 1990, 895, con nota di R. TOMMASINI, *Primi “discutibili” orientamenti della suprema corte in tema di determinazione dell'assegno di divorzio*. Cfr. anche, le ferme notazioni di C.M. BIANCA, G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 537, nonché la successiva sottolineatura, *ivi*, 1990, II, 659.

dettato il seguente principio di diritto: “*nel giudizio per l’attribuzione dell’assegno di divorzio la valutazione relativa all’adeguatezza dei mezzi economici di cui dispone il richiedente deve essere compiuta con riferimento non al tenore di vita da lui goduto durante il matrimonio, ma ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei singoli casi, configurato dalla coscienza sociale*”.

Come cennato, risulta ad ogni modo utile registrare che le ambiguità di fondo non risultano certo nuove, né sono mancate voci tese a metterle in luce¹⁹.

3. Già nell’occasione dell’annotamento della sentenza della Corte Costituzionale 11 febbraio 2015 n. 11, si è avuto modo di rimarcare come non fosse di poco conto la sintesi che poteva trarsi da tale verifica, siccome in qualche modo si era fatta carico di prendere in considerazione la stessa diffusa avversione al criterio del mantenimento della posizione socio-economica acquisita con il matrimonio, nonostante il definitivo venir meno del vincolo.

Queste le parole che allora vennero in proposito spese: “In realtà, la Corte rivaluta certamente, imponendolo all’interprete, il rigore del dato normativo secondo quella *mens legis* che il legislatore sentì l’esigenza di precisare e correggere nel 1987 (dopo diciassette anni di problematica applicazione della originaria l. div.), rimarcando meglio la natura assistenziale della previsione, mettendo la parola fine a quelle interpretazioni alternative sorprendenti (pur nel novero infinito delle fattispecie concrete che la norma è chiamata a regolare), rispetto a quella individuata come ‘diritto vivente’. Ne deriva perciò un impatto concreto di grande rilievo, affermandosi definitivamente la scelta per una determinazione concreta dell’assegno *post*-matrimoniale in favore del coniuge sfavorito, fondata sul criterio secondo cui il ‘tenore di vita goduto in costanza di matrimonio’ è soltanto il parametro di partenza del complesso bilanciamento del caso concreto, funzionale cioè all’opera di primo scrutinio della spettanza o meno del diritto ed alla quantificazione del tetto massimo ipotizzabile. Questo dato numerico di partenza - ancora astratto - deve sottoporsi unicamente alle diminuzioni del caso concreto in relazione ai tratti salienti che hanno caratterizzato la vita matrimoniale, sino a rendere possibile persino il suo azzeramento. L’opzione ermeneutica quindi esclude, con forza e chiarezza, che l’assegno divorzile debba necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole, sempre e comunque, il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, seppur da individuarsi in termini di adeguatezza tendenziale. Ponendoci nella stessa ottica di lineare consequenzialità espressa dalla Corte, appare evidente come questo dato numerico massimo del potenziale assegno divorzile potrà riconoscersi nella sua integrità soltanto alla condizione che: a) il coniuge sfavorito si trovi in condizione personale priva di mezzi adeguati o percepisca redditi obiettivamente non migliorabili; b) abbia contribuito personalmente ed economicamente alla conduzione fami-

¹⁹ Cfr., ad esempio, M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 575; F. ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: ‘il tenore di vita in costanza di matrimonio’, un’aporia interpretativa?*, in nota critica a Cass., sez. I, 3 luglio 2013 n. 16597, in *Fam. dir.*, 2013, 1079.

liare ed alla formazione del patrimonio individuale dell'onerato od a quello comune; c) il vincolo abbia sviluppato una durata temporale consona alla stabilità del progetto di vita; d) le ragioni della decisione intrinsecamente connesse all'analisi delle dinamiche che hanno portato al fallimento del vincolo, risultino scerve da azioni od omissioni ascrivibili causalmente (s'intende al di là dei presupposti della declaratoria di addebito in sede di separazione coniugale, seppure l'esistenza di un tale giudicato risolve in radice la spettanza dell'assegno). Come a dire, la solidarietà *post*-coniugale dovrà risultare sostanzialmente connotata in termini di 'ragionevole meritevolezza', con analisi concreta *ex post* dei tratti comportamentali, dell'impegno rispetto al progetto di vita comune, delle dinamiche del moto d'affetto, del senso di autoresponsabilità e condivisione, del rispetto e dedizione reciproca, della lealtà, come pure del sacrificio personale ed economico ove volto a privilegiare l'unione o l'altro rispetto all'individualità personale - *contributo dato* -. D'altro canto, non può che correre un abisso tra il caso limite di un rapporto matrimoniale di lunga durata con prole, caratterizzato da totale dedizione alla famiglia nel quotidiano da parte del coniuge svantaggiato, che apporta il proprio contributo alla costituzione del patrimonio dell'onerato e che infine "subisce" l'iniziativa divorzile, rispetto ad un matrimonio di breve durata scervo da ognuna di tali emergenze²⁰. L'approfondimento di tali parametri, tutti rilevanti ed ammissibili anche sul versante della verifica probatoria, impone in primo luogo rigorosa opera del difensore del coniuge, chiamato a promuoverne la disamina effettiva nel merito. In fondo è una pagina positiva della Corte delle leggi che indubitabilmente impone il recupero del senso autentico della misura assistenziale, quando venne meglio codificata, rispetto all'originaria previsione degli anni settanta, ponendo un monito a quelle espressioni della nostra giurisprudenza di merito che avevano in sostanza trasformato una tale provvidenza in senso tutt'affatto diverso; cioè in una sostanziale 'rendita di posizione', secondo una causa dell'attribuzione socialmente non condivisa, piuttosto che espressione di quella giusta solidarietà e prima ancora, per ciò stesso, di equità, tra *ex* coniugi in condizione dispari al momento del dissolvimento del vincolo. Ci si riferisce a quel diffuso automatismo di qualche tribunale, mosso più da prassi 'sbrigative' o, se si vuole, 'distorsive', secondo cui l'unico parametro rilevante è costituito dall'analisi del divario dei redditi e del dato patrimoniale, ovvero che gli altri elementi enumerati dalla

²⁰ Pur con grande sommarietà, si possono ipotizzare numerose tipologie dimostrative delle differenze sostanziali in concreto ricorrenti tra un matrimonio e l'altro. Posta la somma ripartizione dei matrimoni con prole - differenziando poi per il numero dei figli - rispetto a quelli senza prole che ovviamente comportano di norma minor impegno nella conduzione familiare ed attenuano anche i distinti ruoli, in realtà ancora in qualche misura radicati nel tessuto sociale per importanti strati di popolazione; si possono ad esempio ipotizzare fasce di durata della comunanza di vita prendendo a metro il lustro, distinguendo comunque quella cd. effimera, da quella almeno venticinquennale ed oltre; distinguere poi il caso del coniuge dedito unicamente al lavoro casalingo od alla collaborazione nell'attività dell'altro; ed ancora, l'ipotesi del concorde indirizzo che comporta il sacrificio della realizzazione o professionalità dell'uno a vantaggio dell'altro e dell'intero nucleo familiare; ovvero, l'ipotesi di contribuzione economica alla formazione dei patrimoni, anche di comune pertinenza; e così via.

norma in commento possono discrezionalmente trascurarsi, ivi compresa l'indisponibilità del coniuge che invoca la misura ad attivarsi per raggiungere quell'autonomia personale idonea a mitigare l'obbligazione dell'*ex* coniuge e persino rispondente al più ovvio senso di responsabilità del singolo, proprio secondo il dettato costituzionale (con sostanziale negazione, quindi, alla considerazione delle peculiari circostanze del caso concreto, od anche soltanto ad indagarle attraverso giusta attività probatoria); evenienza che non può che snaturare, od evidenziarne l'estraneità, alla vicenda specifica del rapporto personale di coniugio realmente intercorso, da regolarsi nel momento del suo sgretolamento esistenziale. Lo stesso processo di divorzio in sé e per sé considerato, così ridotto, aveva sempre evidenziato una carica di alienazione esistenziale, peraltro aggiunta rispetto al destino già nefasto connesso al fallimento del legame d'affetto e di vita quotidiana."

4. Volutamente abbiamo riportato queste espressioni di commento stese nel 2015²¹, poiché in sostanza veniva precorso, sull'onda della stessa tendenziale sensibilità, un sentire conforme al contesto sociale e giuridico già emerso, seppur inipottizzabile una correzione di rotta così netta da parte della Corte di legittimità, che torna sui propri passi dopo ventisette anni, recuperando l'alternativa espressione minoritaria anteriore alle sezioni unite del 1990²², ora apprezzata come meglio corrispondente alla retta interpretazione del dato normativo.

Fronteggiandosi due tesi ermeneutiche, è necessario in primo luogo indagarne il livello di compatibilità. L'essenziale snodo critico del dissidio vede, da un lato, quella razionalmente prevalente sino a tutt'oggi, che ha trovato il significativo avallo della Corte delle leggi sopra riportato, secondo cui, il criterio oggettivo della rispondenza della misura ai bisogni primari della famiglia necessita di specificazioni sulla base delle concrete condizioni di quella data unione matrimoniale e del contesto in cui è inserita, caratterizzandosi perciò, pur nei profili oggettivi, per il suo carattere essenzialmente relativo, cosicché, il rilievo del principio solidaristico conduce ad una congruità che non può prescindere da un riferimento primario alle condizioni economiche e sociali e, quindi, al tenore di vita²³; dall'altro lato, la visione che imprime rigoroso discrimine limitativo all'insorgenza stessa del diritto in parola, in base alla mera verifica della sussistenza o meno di una condizione di indipendenza/auto-sufficienza personale del singolo (*già coniuge*), così lucidamente disegnata dall'arresto che ha occasionato queste riflessioni.

In verità, v'è da chiedersi, come si tenterà *infra*, in che misura queste due impostazioni, pur chiaramente divergenti, impattino nel concreto, o meglio, se utilizzando rettamente gli stessi criteri enunciati, applicandoli al singolo caso concreto, esse

²¹ Cfr. *op. cit.* in nota 9.

²² Appunto rinvenuta nel precedente di Cass., sez. I, 2 marzo 1990 n. 1652, *cit.* (cfr. nota 18).

²³ Sono parole prese in prestito dalla pregevole elaborazione sul dato codicistico, di M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, Artt. 143 - 148, in *Commentario cod. civ.* SCHLESINGER-BUSNELLI, Milano, 2012, 114 ss.

possano portare a risultati pratici davvero difformi, ovvero fortemente difformi; od ancora, se questo dipende dall'enunciato ovvero dipende dall'applicazione pratica, sempre alla ricerca della semplificazione più estrema, con tutti i pericoli insisti in questo metodo, come in ogni "noncuranza" dell'umano operare.

Ciò si osserva poiché un tale dubbio non è affatto gratuito e tantomeno paradossale; difatti, nessuna di queste impostazioni afferma che nel nostro ordinamento si rinviene la garanzia del cd. tenore di vita matrimoniale come sorta di assicurazione vitalizia di mera posizione sociale (il che finirebbe per ostacolare proprio la promozione della pari dignità, oltre a risultare in contrasto con l'idea stessa di divorzio, siccome il suo presupposto risiede nell'irreversibile fine del *consortium vitae*); e non è neppure contestato come alla nozione di mezzi adeguati sia intrinsecamente sottesa una sua mutevole relatività - fatta evidente anche dalla lettera della norma che contiene l'efficace dizione "tenuto conto" - a seconda del parametro o del riferimento considerato, cosicché fissarne una soglia sostanzialmente di natura alimentare, ovvero di obiettivo arricchimento, è in primo luogo esercizio di vasta discrezionalità; viepiù evidente nel momento in cui discrimina la sussistenza o meno di un diritto, non la sua entità. Inoltre, neppure la visione ancorata al "tenore di vita" sembra rifuggire dalla considerazione secondo cui il suo tendenziale mantenimento può soltanto significare che l'*ex* coniuge svantaggiato non si venga a trovare, per effetto del divorzio, relegato in una fascia economico-sociale grandemente deteriore; in sintonia cioè col principio di aiuto esigibile, che nel merito corrisponde al sentire riferito alla coscienza collettiva, viepiù marcato in relazione al tipo matrimoniale concreto che abbia visto durante la convivenza apporti asimmetrici nell'impegno domestico a vantaggio del nucleo familiare.

E queste riflessioni non sono solo la prova della piena ragionevolezza del dubbio, ma fanno percepire con evidenza quante e quali distorsioni concrete sono state (o potranno ancora essere) consumate sull'altare dell'una e dell'altra tesi: numerosi gli esempi di "polvere e miseria"²⁴ da un lato, e di "suntuosi arricchimenti"²⁵ dall'altro, esattamente ciò che la legge di certo non prefigura, ispirata com'è al canone della solidarietà.

5. A questo punto, a fronte dell'estrema chiarezza del nuovo indirizzo impresso all'accertamento del diritto all'assegno *post*-coniugale, più che procedere alla sua chiosa seguendone i singoli tratti, appare di maggior utilità trarne il decalogo essenziale destinato alla sua operatività concreta.

²⁴ Frutto di percorsi argomentativi tesi a concludere per una etero integrazione normativa, postulando la necessaria ricorrenza di una "condizione di bisogno", qualificata perciò nei fatti come di natura sostanzialmente alimentare, o ad essa fortemente assimilabile.

²⁵ Ancor più ingiustificati in quanto in genere riconosciuti con argomentazioni di stile, trascurando il concetto stesso che informa la prestazione, quale residua assistenza solidale, peraltro, senza adeguata considerazione delle capacità del richiedente di procurarsi autonomamente risorse, come del severo riparto dell'onere probatorio cui questi deve in realtà attendere.

In tale ottica, l'arresto da cui abbiamo preso le mosse indica questo percorso:

1) l'accertamento giudiziale di scioglimento del matrimonio o di cessazione dei suoi effetti, assistito dalla cosa giudicata, basato sulla impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione spirituale e materiale tra i coniugi, comporta la definitiva estinzione del rapporto coniugale, sotto qualsiasi profilo, sia personale che economico-patrimoniale (143, comma 2°, e 191, comma 1°, c.c.);

2) da questo momento in poi i coniugi - salvo il diverso vincolo derivante dal rapporto di filiazione - rilevano per l'ordinamento positivo unicamente come "*persone singole*", libere ed autoresponsabili, non come parte di un matrimonio estinto ma pur sempre ultrattivo sul solo piano economico-patrimoniale;

3) tuttavia, al perfezionamento della fattispecie estintiva del rapporto matrimoniale e proprio a causa dello scioglimento (o cessazione degli effetti), può residuare il diritto all'assegno di divorzio, di cui all'art. 5, comma 6°, l. div., alla imprescindibile condizione della "mancanza di mezzi adeguati" da parte dell'*ex* coniuge richiedente tale provvidenza, da valutarsi anche come "impossibilità a procurarseli per ragioni oggettive", informato cioè al principio di autoresponsabilità economica degli stessi *ex* coniugi, fissato con la riforma del 1987;

4) un tale riconoscimento del diritto all'assegno divorzile in punto *an debeatur*, che costituisce la prima fase del giudizio, nitidamente distinta dalla legge, rispetto alla successiva fase di determinazione del *quantum*, è informato dalla funzione esclusivamente assistenziale, in ragione della comunione di vita intercorsa e della solidarietà ancora esigibile, a tenore dei canoni *ex* artt. 2 e 23 Cost., e non in ragione del rapporto matrimoniale estinto;

5) la sussistenza o meno di mezzi adeguati in capo all'*ex* coniuge richiedente, comprensiva delle effettive possibilità di procurarseli, va risolta unicamente indagando la ricorrenza o meno della condizione soggettiva di indipendenza o autosufficienza economica di questi; mentre il riferimento al parametro del tenore di vita comporta che il discrimine per l'insorgenza del diritto finisce per fondarsi sul fatto della mera preesistenza del vincolo coniugale (secondo visione risalente che ne predicava il modello come sistemazione di vita), incompatibile con la residua solidarietà esigibile; difatti, scindendosi il metodo decisorio nelle due fasi, nettamente distinte, dell'accertamento dell'*an debeatur* e, soltanto all'esito positivo di questo scrutinio, che si conclude con il riconoscimento del diritto all'assegno divorzile, della fissazione del *quantum*, unico momento in cui rileva la dimensione economico-patrimoniale del preesistente rapporto matrimoniale, l'utilizzo dei parametri di giudizio che la legge indica soltanto nella seconda fase detta, comporterebbe inammissibile commistione tra queste fasi ed i relativi accertamenti; in particolare, comporterebbe inammissibile funzione di riequilibrio delle posizioni economico-patrimoniali - secondo metodo decisorio comparativo rilevante solo in punto *quantum* - e la precipua considerazione del soggetto "pagante", piuttosto che l'esclusivo riferimento alle condizioni del soggetto richiedente l'assegno per il tempo successivo al divorzio;

6) pertanto, ai fini dell'insorgenza del diritto all'assegno divorzile rileva unicamente l'insussistenza della condizione di indipendenza od autosufficienza economica soggettiva del richiedente (analogamente alla previsione a favore del figlio maggiore), come posizione svantaggiata meritevole di aiuto in virtù della pregressa comunanza di vita, al fine di raggiungere la ridetta autonomia personale, idonea a condurre una esistenza libera e dignitosa, come coscienza sociale impone;

7) i criteri per dirimere la sussistenza o la non sussistenza di una tale condizione - che non si rinvergono espressamente in norme positive - e, quindi, la spettanza o meno del descritto aiuto solidaristico, sono la risultante dell'esame di indici dimostrativi, enumerati come principali, ma senza pretese di esaustività, lasciando così aperti spazi per le singole fattispecie, nel seguente ordine: a) il possesso di redditi di qualsiasi specie; b) il possesso di cespiti patrimoniali, sia mobiliari che immobiliari, gli oneri imposti ed il costo della vita con peculiare riguardo al luogo di residenza (ovviamente del richiedente); c) le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo; d) la stabile disponibilità di una casa di abitazione;

8) l'accertamento della condizione di non autosufficienza in parola risponde al generale principio dispositivo e di distribuzione dell'onere probatorio, ragione per cui è unicamente alla parte che propone la domanda che gravano le pertinenti allegazioni, deduzioni e prove di "non avere mezzi adeguati" e di "non poterseli procurare per ragioni oggettive", salvo ovviamente il diritto dell'altro all'eccezione ed alla prova contraria;

9) l'onere probatorio ha ad oggetto i predetti indici principali, costitutivi del parametro dell' "indipendenza economica personale", dispiegandosi, quanto ai redditi ed al possesso dei cespiti patrimoniali, di norma su base documentale, ed in caso di puntuale contestazione, con l'ulteriore facoltà di ricorso alle indagini officiose di polizia tributaria; mentre, relativamente alle "capacità e le possibilità effettive di lavoro personale" è ammesso il ricorso ad ogni mezzo, anche presuntivo, fermo l'onere di chi domanda l'assegno di allegare specificamente e provare, in caso di contestazione, le concrete iniziative assunte per il raggiungimento della propria indipendenza economica, secondo le proprie attitudini e le eventuali esperienze lavorative;

10) all'esito positivo della prima fase, conclusasi con il riconoscimento del diritto all'assegno *post-coniugale*, il giudice, nella fase del *quantum debeatur*, informata anch'essa al principio della solidarietà economica esigibile da parte del (già) coniuge più debole, deve tener conto di tutti gli altri parametri enumerati dalla norma (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno, reddito di entrambi, valutazione complessiva condotta anche in rapporto alla durata del matrimonio), al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno di divorzio, ancora sulla base di pertinenti allegazioni, deduzioni e prove.

6. Interrogarsi sui punti critici di questo indirizzo impresso, o meglio, parzialmente recuperato e “rimeditato”, che non può dirsi fondato sul dato testuale della norma positiva, comporta riflessioni di non poco conto, mentre la ricerca delle possibili contraddizioni appare subito piuttosto affollata.

Intanto, i quesiti non sono certo “miracolosamente evaporati”, rimanendo aperta la questione principe dell’individuazione del parametro o del riferimento da prendere in considerazione, nonostante un distratto legislatore non mostri ancora di voler svelare ogni possibile equivocità residua del dettato normativo.

Si tratta infatti, in primo luogo, di individuare comunque quale possa essere in concreto il livello economico che garantisce la conduzione di una vita libera e dignitosa, nonché, a monte, quando questa sia tale secondo la coscienza collettiva.

Un altro rude approccio, già cennato in apertura, è se ciò corrisponda o meno ad un livello di disponibilità di risorse economico-patrimoniali atte a sostenere gli oneri per vivere uguale per tutti, una sorta di soglia *standard*, tipo pensione sociale, un suo multiplo o qualcosa di simile, e questa riflessione nasconde un possibile intento pratico della svolta della giurisprudenza di legittimità, ovviamente non palesato: “archiviare” sbrigativamente, nell’univoco contesto giudiziario sopra cennato, i numerosi contenziosi pendenti su tali questioni avanti ai nostri tribunali. Affermare che il singolo rapporto coniugale, come ogni relazione familiare, non sia meritevole di considerazione se non alla stregua di un numero nella massa informe che la Giustizia è chiamata quotidianamente a regolare, prima ancora che violare il dato normativo, obiettivamente teso alla disamina articolata e specifica del singolo rapporto familiare, fondato sul vincolo di coniugio, costituisce un regresso civile che francamente lascia persino increduli.

La stessa sede giudiziale prefigurata dall’art. 4 l. div. (ben noto che il processo di divorzio è celebrato in primo grado secondo le forme dell’ordinaria cognizione, di più alta garanzia per le parti) verrebbe a risultare anomala, se non addirittura inadeguata, trattandosi di soluzione meglio affidabile alla precisione di un contabile o di una intelligenza artificiale: inseriti i dati non v’è altro da fare che attendere il risultato!

Non rimane perciò che confidare sul fatto che questo non è e non sarà l’approdo reale che si è aperto.

Occupandosi dei principi dirimenti, la Corte finisce per dettare un nuovo statuto, ma come spesso accade in questi casi, non riesce - né poteva se non al prezzo di decretare una nuova legge debordando manifestamente dai limiti del potere esercitato - a disegnare l’elemento essenziale che si presenterà ad ogni giudice del merito, e che possiamo sintetizzare in questo interrogativo: qual è la soglia secondo cui obiettivamente un soggetto possa dirsi disporre di redditi e sostanze sufficienti a condurre un’esistenza libera e dignitosa? Ed inoltre: nell’attuale contesto, se così ci è consentito sinteticamente esprimerci, di disgregazione sociale improntata nettamente ad “individualismo”, la coscienza sociale sul livello di meritevolezza dell’aiuto legittimamente esigibile dal *già coniuge*, è individuabile con sicurezza?

Una razionale prospettiva, in nesso logico consequenziale, porta dritti al riferimento informato al principio che si rinviene nell'art. 36 della carta costituzionale, in quanto la retribuzione del lavoratore "*sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa*", tale risulta, per unanime noto indirizzo, ove corrispondente ai compensi stabiliti in un C.C.N.L. di categoria; ecco allora un primo possibile risultato della svolta giurisprudenziale in commento: il *già coniuge* svantaggiato che ha una occupazione lavorativa piena, percependo retribuzione corrente mensile secondo tali parametri, certamente non avrà più alcun diritto all'assistenza *post-coniugale*. Come a dire, operai, impiegati, insegnanti, *etc.*, ma anche artigiani, commercianti, professionisti (assistiti da tariffari o compensi in qualche modo regolati anche solo su prassi correnti o criteri presuntivi), non potranno domandare efficacemente la prestazione che prende titolo dalla sentenza di *status* divorzile, nonostante l'eventuale disparità anche estremamente significativa di redditi e/o patrimoni, e magari un impegno personale profuso in famiglia preponderante - criterio quest'ultimo sino ad oggi diffusamente considerato nei fatti pur con incertezze sistematiche che non possono sottacersi²⁶ -.

Il collegamento concettuale appare marcato da una tale vicinanza testuale: condizione di indipendenza soggettiva che consente una esistenza libera e dignitosa; le parole odierne della Corte di legittimità allora sembrano testualmente tratte, in primo luogo, proprio dall'art. 36 Cost.

Questa conclusione ha però il significato di prescindere dal ben diverso contesto e dallo spessore della "relazione" familiare instaurata con il vincolo matrimoniale, come a cancellarla, quasi una fastidiosa coda da definire quanto più agevolmente possibile, mentre, appunto, il valore attribuito a tale relazione e la sua salvaguardia risulta costituzionalmente presidiata, a tenore dei cardini *ex artt.* 2, 3 e 29 Cost.

Senza omettere di evidenziare come ogni relazione sociale è un "capitale sociale", mentre indubbiamente la famiglia costituisce un riferimento primario della collettività, tesa alla realizzazione di diritti inalienabili.

È univocamente significativa in tale direzione l'insistente sottolineatura secondo cui i coniugi dopo lo scioglimento del vincolo rilevano per l'ordinamento positivo solo come "*persone singole*"; questa espressione - a dir poco inesatta poiché lo stato civile del divorziato²⁷ non è affatto identico a quello della persona singola (celibe o

²⁶ La stessa giurisprudenza ed in tal senso anche le sezioni unite del 1990, *cit.* (cfr. nota 3), da tempo esclude in principio che all'assegno divorzile possa attribuirsi funzione compensativa e tanto meno risarcitoria (ma la casistica non manca di far dubitare: l'enunciato sulla carta poi nel concreto non è sempre evidente). Da segnalare in proposito, l'interessante ricostruzione proposta da E. QUADRI, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1307; ID., *Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio*, in *Corr. giur.*, 2009, 474.

²⁷ Basta d'altronde riflettere, al di là dei contenuti definitivi degli atti anagrafici, e dell'efficacia dell'annotazione della sentenza divorzile, peculiarmente regolata nell'art. 10, comma 2°, l. div., a titolo meramente esemplificativo, in ordine al divieto temporaneo di nuove nozze previsto per la donna nell'art. 89 c.c., ovvero alla legittima conservazione del cognome "maritale" di cui all'art. 5, comma 3°, l. div., ma anche al diritto all'assistenza sanitaria, seppur ipotesi assolutamente residuale, di cui al successivo comma 11°; e

nubile) che non abbia mai contratto matrimonio - incarna il dato filosofico, se così è consentito qualificarlo, del primo arresto, che ha occasionato queste riflessioni. La Suprema Corte ha sentito l'esigenza di qualificare come giuridicamente dirimente l'affermazione del recupero dello *status libertatis* da parte dei "già coniugi", esaltando proprio l'aspetto dell'irreversibile superamento della relazione familiare, seppur questa istituita secondo lo spessore primo dei modelli prefigurati dal nostro ordinamento positivo, assistito dal più elevato grado di tutela. A ben riflettere, sembra potersi cogliere in questa impostazione ulteriore spunto di disorientamento concettuale, nel momento in cui la considerazione degli effetti dello scioglimento (o di cessazione degli effetti civili) del vincolo matrimoniale finisce per equivalere all'ipotesi della nullità dell'atto costitutivo del rapporto matrimoniale; trascurando poi di considerare che persino rispetto al matrimonio dichiarato nullo si rinviene la previsione di efficacia "ultrattiva", in quanto, come noto, anche un tale rapporto può essere fonte di obbligazione al mantenimento od agli alimenti, in prospettiva temporale posteriore all'accertamento del vizio inficiante in radice l'atto celebrativo (artt. 129 e 129bis c.c.).

L'impostazione stessa di questo aspro confronto, tra la libertà personale e l'antecedente relazione familiare, non appare un "prezzo" adeguato per il conseguimento del fine sostanziale che la stessa Corte si prefiggeva²⁸, poiché il concetto di "adeguatezza

prima ancora, al significativo valore sistematico che si trae dalla disciplina inerente la revisione del giudicato divorzile (art. 9), come di quella sul diritto al riparto del trattamento di fine rapporto (art. 12bis) e del trattamento di quiescenza reversibile (art. 9), ed all'ipotesi di trasmissione dell'assegno divorzile a carico dell'eredità dell'obbligato (art. 9bis). Allargando l'orizzonte delle riflessioni all'ipotesi di scioglimento statisticamente più rilevante - quella della morte di uno dei coniugi ex art. 149, comma 1°, c.c. - non è priva di significato la condizione che ne discende, di stato vedovile o di coniuge superstite (si veda, A. DE CUPIS, *Coniuge* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 6). Queste riflessioni danno peraltro l'occasione di porre in evidenza una severa contraddizione del primo arresto da cui sono originate le presenti riflessioni anche con altri recenti arresti delle sezioni unite; difatti, mutando il più ampio Collegio il pregresso orientamento in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario, proprio su sollecitazione della prima sezione (Cass., sez. un., 17 luglio 2014 n. 16379 e n. 16380, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 36, con nota di U. ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*, e l'approfondimento di E. QUADRI, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, *ivi*, II, 47; ma v. anche, ampliando il tema, E. MARTINELLI, *L'araba fenice: post fata resurgo. La riforma del processo matrimoniale canonico e i suoi riflessi sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2016, 1032), ha concluso che la delibazione di sentenze ecclesiastiche è preclusa ove il matrimonio risulti comunque caratterizzato da una significativa convivenza come coniugi nonostante il vizio che ne minava la validità, rimarcando particolarmente nelle argomentazioni motivate "la natura inderogabile a valenza di ordine pubblico dei diritti e dei doveri che derivano dal matrimonio, inclusi quelli inerenti la solidarietà *post-coniugale*"; cioè, predicando la "tutela dell'affidamento riposto sul matrimonio e sulle garanzie economiche espressione del fondamentale principio di solidarietà *post-coniugale*". L'orientamento si è poi consolidato ed oggi appare decisamente stabile: v., da ultimo, Cass., sez. VI-1, 24 maggio 2017 n. 13120, in banca dati *Pluris*.

²⁸ Almeno così sembra, trascurando l'ipotesi che quel Collegio abbia espresso una posizione ideologica.

di mezzi” poteva essere disegnato anche prescindendo da tanto. Difatti, se si ha a cuore la sostanza delle umane cose, non v'è reale motivo di finire su tale terreno, quasi a “calpestare” persino il “ricordo”, ma è ovviamente più esatto dire, il “valore sociale”, della relazione familiare intercorsa tra quel singolo uomo e quella singola donna, secondo il millenario modello del coniugio, poiché, appunto, neppure serve per stabilire che l'assegno divorzile deve rispondere a rigorosi parametri di meritevolezza in funzione di una coscienza assistenziale.

L'aver invece privilegiato una “via di fuga” agile e sbrigativa da un vincolo oramai “fastidioso” per il singolo, che anela unicamente alla più incisiva esaltazione della propria individualità, come valore assoluto, comporta un costo sociale importante.

A questo punto dovrebbero spendersi parole infinite, ma tutte agevolmente rinvenibili nella nostra bibliografia giuridica degli ultimi decenni, tante e tali sono state le pagine dedicate a questo argomento, sull'uno e sull'altro versante, come mostrano anche le citazioni pur decisamente contenute di questo scritto, chiedendo perciò venia ai molti ed illustri autori che si sono spesi sul tema.

Si badi, non si vogliono mettere in discussione e minimamente, i diritti inviolabili della persona, inalienabili quanto alle espressioni di libertà e di realizzazione della personalità, anche nell'ottica del suo pieno sviluppo in esito all'evenienza di disgregazione di un rapporto matrimoniale colpito da avversa sorte. Al tempo stesso, non si può parimenti non evidenziare l'ovvia conseguenza negativa che discende dalla statuizione contenuta nel primo arresto, per qualunque relazione matrimoniale tutt'oggi armonicamente vissuta o di quelle future delle generazioni che vi si appropceranno. In maniera espressiva efficace, merita di essere rimarcato, diciamo, *si licet*, il “colpo di maglio” inferto alla famiglia costituita secondo il vincolo coniugale. Un ragionamento elementare conduce difatti al seguente paradigma: se è vero come è vero che il matrimonio si regge su scelta di libertà sino all'eventuale suo epilogo fallimentare, e se, pertanto, entrambi i coniugi debbono essere pienamente consapevoli di questa fisiologica evenienza, cui può residuare una solidarietà in mera prospettiva volta a porre riparo ad un lato bisogno seppur non meramente alimentare²⁹, quale di essi rinuncerà mai alla propria piena realizzazione lavorativa o professionale, per dedicarsi o sostenere l'altro od il nucleo familiare, magari comprensivo di più figli?

Peraltro, questa esigenza di mantenere la propria autonomia personale “*da singolo*”, entra in stridente rotta di collisione con la regola prima sulla quale si fonda l'indirizzo della vita familiare, univocamente informata all'accordo (art. 144 c.c.), quale conquista della pari dignità morale e giuridica riconosciuta con la riforma del

²⁹ La giurisprudenza, trascurate aporie interpretative occasionate da peculiari questioni che esigono il rispetto di medesimi principi di tutela della persona (cfr. quanto cennato in nota 5), *ex professo*, ha affermato da tempo che la funzione dell'assegno *post*-coniugale è comunque diversa da quella meramente alimentare; cfr., Cass., sez. I, 19 febbraio 1977 n. 772, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1341; Id., 20 aprile 1996 n. 4456, in *Fam. dir.*, 1995, 213, con nota di V. CARBONE, *Sospensione dei termini processuali: assegno di divorzio e “assegno alimenti”*; Id., 28 febbraio 2017 n. 5075, in banca dati *Pluris*.

1975; per di più, in presenza di uno statuto che sanziona di nullità i patti prematrimoniali, comunque relegando i regimi patrimoniali in ambiti diciamo prestabiliti (art. 159 ss. c.c.); ed ancor prima, ponendo seri problemi di compatibilità con il canone che impone la considerazione equivalente tra l'impegno nella conduzione del ménage familiare ("*lavoro casalingo*", come detta l'art. 143, comma 3°, c.c.) ed il lavoro professionale, dato oramai scontato del nostro ordinamento positivo.

La risposta all'interrogativo, ognuno la coglie, ed emerge anche qui quel carattere estremamente aleatorio del rapporto di coppia³⁰, quale risultato di una evoluzione o, se si vuole, modernità, che certo segnala contraddizioni rilevanti. Una tale alea è decisamente idonea ad influire ulteriormente anche sui costumi correnti. Secondo il dato statistico, invero riferibile al tasso di occupazione femminile (oscillante tra il 46 ed il 49%), il numero delle donne coniugate dedite nei fatti unicamente alla cura della famiglia nel quotidiano, corrisponde comunque ad una percentuale ragguardevole, socialmente importante se non fondamentale per un vasto spettro sociale. Non potendo più contare su una solidarietà *post*-coniugale correlata (almeno come dato iniziale nell'accertamento del diritto) al tenore della condivisione di vita matrimoniale instaurata, bensì sulla residuale assistenza in vista della mera autosufficienza personale (verrebbe quasi da dire, ancora *si parva licet*, una sorta di ... "*cristiana carità per ordine di giudice*", peraltro da vagliare passando attraverso l'assolvimento di rigorosi oneri processuali di prova in ordine all'impossibilità di procurarsi il necessario per una tale indipendenza), nessuna persona consapevole e responsabile potrà più "*affidarsi al buon cuore dell'altro*", sacrificando la propria realizzazione personale anche sul versante reddituale, a discapito dell'autonomo futuro personale da *singolo* (che la Cassazione qualifica come dovere imprescindibile anche nella famiglia coniugale).

Un diverso comportamento sociale è piuttosto qualificabile come imprudente eccesso di dedizione affettiva, secondo una generosità di costumi definitivamente archiviata, come appartenente solo ad ... "*ingenui romantici*".

Sul punto giova considerare come il nostro Paese non vede misure di protezione sociale dei coniugi divorziati privi di mezzi, quali si rinvencono negli altri Paesi del contesto Europeo (ove peraltro la percentuale di donne occupate è decisamente più elevata), elemento menzionato nel precedente di svolta qui analizzato - in assenza pertanto di quella necessaria omogeneità del dato complessivo da porre a paragone -, come significativo motivo della nuova interpretazione adeguatrice; mentre, il regime patrimoniale della separazione dei beni (che costituisce oramai l'opzione assolutamente dominante), non offre la possibilità del benché minimo riequilibrio patrimoniale a garanzia del coniuge svantaggiato, nel momento della crisi del rapporto.

A tutto ciò si aggiunga la contraddizione della stessa sezione della Suprema Corte, intervenuta qualche giorno dopo, con il secondo arresto da cui parimenti hanno

³⁰ Importanti le similitudini con quanto si è avuto modo di segnalare in ordine allo statuto del rapporto di unione civile, "istituito" dalla recente l. 20 maggio 2016 n. 76, analizzando a confronto i modelli: cfr., G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Perugia, 2016, 82.

preso origine queste riflessioni: com'è possibile, a fronte di un dato normativo sostanzialmente identico, almeno quanto al possesso di “*adeguati redditi propri*” (art. 156, comma 1°, c.c.), che durante la condizione di vita separata³¹ il coniuge abbia pienamente garantito il diritto al godimento dell'antecedente tenore di vita - anche milionario o dopo qualche giorno di matrimonio, con evidente paradosso non solo giuridico, ma anche soltanto secondo il buon senso³² -, nonostante il venir meno di tutti i doveri coniugali e la marcata attenuazione della residua doverosità sul piano materiale?

Infatti, in primo luogo, la piana lettura del dato normativo, che non presenta la dizione “*tenore di vita*”³³ (sintesi espressiva convenzionale), riferendosi in realtà ai redditi ed alle possidenze patrimoniali, appare indistinta sia nella separazione che nel divorzio.

Ora, il primo arresto riconosce serenamente che “*la separazione personale lascia in vigore, seppure in forma attenuata, gli obblighi coniugali inerenti l'assistenza materiale*”, mentre con il secondo si finisce per esaltare - oltre il segno - come valore di principio, il fatto che i coniugi separati abbiano diritto a mantenere senz'altro il medesimo tenore di vita, letto peraltro in prospettiva potenziale rispetto all'eventuale minor livello di vita condotta in concreto, proprio a staccarne differenza rispetto al regime divorzile. Una speculazione tra categorie astratte come tipicamente ricorre anche in giurisprudenza, tendenzialmente protesa a distinguere per schemi non sempre conformi ad obiettività sostanziale e tanto meno al diffuso sentire sociale.

³¹ Peraltro, l'art. 1, l. 6 maggio 2015 n. 155, ha significativamente ridotto il periodo di ininterrotta separazione, quale causa prevalente dello scioglimento del vincolo, a sei mesi, ovvero ad un anno, a seconda che la separazione sia stata statuita per mero consenso o concordemente domandata, ovvero in sede contenziosa; cfr., C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato dir. civ. comm.* CICU-MESSINEO-MENGONI-SCHLESINGER, Milano, 2015, 26; sotto il profilo dei nuovi strumenti tesi a prescindere da un intervento giudiziale, cfr., F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, *ivi*, 2015, 867; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, 295; M.N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, 15.

³² Ricorre la convinzione - che è bene non autocensurare ipocritamente - che l'odierno risultato ermeneutico costituisca in sostanza il “prezzo” di queste estremizzazioni casistiche che la giurisprudenza non è stata in grado di contenere, come invero assolutamente poteva e doveva, applicando fedelmente il dato legislativo, a volte con sotto traccia l'impressione di una qualche acrimonia di troppo, e su questo altare la generalità è ora come chiamata ad “immolarsi”, pagando il “sacrificio” ingenerato da questi dissidi che riguardano al più qualche decina di persone, ma comportano una rivoluzione di sistema. Per un confronto esemplificativo, v. già la significativa casistica *cit.* in nota 13.

³³ Come non presenta la dizione “*indipendenza o autosufficienza economica*”. Invero, nel comma 9°, dello stesso art. 5, l. div., compare la dizione “*effettivo tenore di vita*”, in proposito dell'evenienza di disporre indagini, anche avvalendosi della polizia tributaria; questo comporta, da un lato, di poter cogliere la coincidente origine semantica della stessa espressione convenzionale, come un'evidente conferma di fondatezza della ricostruzione ermeneutica proposta in questa sede. Mentre, d'altro canto, consente di evidenziare ulteriore paradosso: l'odierna concezione dell'assegno divorzile sancita dalla Corte di legittimità finisce per relegare nell'irrelevanza le indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, in quanto l'autosufficienza personale del richiedente la misura assistenziale in parola deve considerarsi raggiunta già con la percezione dei comuni redditi stipendiali.

Questo risultato comunque non appare convincente se solo si considera che i con-sorti, già separandosi personalmente, vedono entrare in severa crisi il loro rapporto di coppia, mentre la legge vi ricollega persino la causa di scioglimento dell'eventuale regime patrimoniale della comunione dei beni; e questo *status*, in genere prodromico al recupero dello *status libertatis* (assolutamente trascurabile a livello statistico l'ipotesi di riconciliazione *ex art.* 158 c.c., istituito peraltro in sostanza avverso dalla stessa giurisprudenza di legittimità³⁴), oggi, come visto, è significativamente ridotto ad un periodo davvero minimo³⁵; tra l'altro, l'ordinamento interno è uno dei pochi ancora strutturato su tale sistema del doppio *step* sostanziale/procesuale.

Pertanto, quantificare l'assegno di separazione secondo il tenore di vita matrimoniale in somma periodica di evidente locupletazione e, dopo sei mesi od un anno, decretare che il coniuge con redditi correnti idonei alla mera autosufficienza personale vede la propria posizione di diritto passare da "cento a zero", è un percorso in sostanza bizzarro; v'è da dire che tale stravaganza dovrebbe anche apprezzarsi conforme alla coscienza collettiva, mentre certo non si confa ad un regime giuridicamente rilevante; difatti, è il sistema e proprio la maturazione sociale a riguardo delle crisi del rapporto coniugale, come evenienze più o meno fisiologiche, quindi secondo alea tipica di ogni scelta di libertà, che non sembra reputarlo plausibile.

Ed una tale visione più ampia, in verità, aveva già trovato importanti prese d'atto da parte della stessa prima sezione della Suprema Corte, nel momento in cui alla separazione si è attribuita una efficacia sovrapponibile al divorzio; si pensi, a titolo esemplificativo, al recente indirizzo che ha riconosciuto una sorta di equiparazione sostanziale tra separazione e divorzio, comunque considerati momenti di un percorso e di una condizione assimilabile, al fine di stabilire il *dies a quo* da cui far decorrere la prescrizione³⁶. Ed il segno univoco emerge anche *aliunde*; tra i tanti possibili esempi, la memoria corre alla sentenza della Corte Costituzionale 21 gennaio 2000 n. 17³⁷, proprio sulla equiparazione della natura dei crediti da assegno di

³⁴ Che non ritiene costituiscono "efficace" riconciliazione comportamenti pur rilevanti quali elementi dimostrativi di una comunanza di vita, quali ad esempio l'abitudine di condividere ugualmente momenti di vita o di vacanza, la ripresa dei rapporti sessuali, *etc.*, non seguiti da altre manifestazioni di autentico e pieno ripristino della comunione spirituale e materiale, sottoponendo l'eccezione alla relativa severa disciplina processuale; cfr., in punto, *ex pluribus*, Cass., sez. I, 13 maggio 1999 n. 4748, in *Fam. dir.*, 2000, 362, con nota di S. IVALDI, *Riconciliazione e nuova separazione*; Id., 16 ottobre 2003 n. 15481, in banca dati *Juris*; Id., 6 ottobre 2005 n. 19497, *ivi*; Id., 6 dicembre 2006 n. 16165, *ivi*; Id., 1 ottobre 2012 n. 16661, *ivi*; Id., 24 dicembre 2013 n. 28655, *ivi*; Id., 17 settembre 2014 n. 19535, *ivi*; Cass., sez. VI-1, 5 febbraio 2016 n. 2360, *ivi*.

³⁵ Cfr. *op. cit.* in nota 31.

³⁶ Cass., sez. I, 4 aprile 2014 n. 7981, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 890, con nota di M. DE PAMPILIS, *La prescrizione dei reciproci diritti patrimoniali dei coniugi separati nelle recenti (e contraddittorie) pronunce della cassazione*; Id., 20 agosto 2014 n. 18078, in *Fam. dir.*, 2015, 350, con nota di F. FAROLFI, *La sospensione della prescrizione in caso di separazione personale nell'interpretazione evolutiva della cassazione*.

³⁷ In *Giur. it.*, 2000, 677, con nota di L. BARBIERA, *Una definitiva conferma del carattere alimentare e privilegiato dei crediti da assegno di separazione o di divorzio*. Cfr., peraltro, le citazioni di note 29 e 5, in prospettiva di

separazione o di divorzio; altra equiparazione significativa è quella che si rinviene in Corte Cost. 3 novembre 1988 n. 1009³⁸, in tema di estensione della spettanza del diritto al trattamento pensionistico di reversibilità (*ex art. 9 l. div.*), anche in capo al coniuge superstite separato con addebito e tuttavia titolare di assegno alimentare.

In sostanza, seppure la crisi del rapporto matrimoniale si sviluppa nei due momenti della separazione prima e del divorzio poi, il regolamento delle condizioni che prendono titolo da tali statuizioni è talmente ravvicinato da risultare persino incomprensibile una soluzione così radicalmente divergente.

Ancora, nell'arresto n. 11504/2017 in commento si rinviene l'inciso motivo per cui in ambito Europeo vi sono ordinamenti che comunque prevedono il significativo criterio dell'estinzione dell'obbligazione *post*-coniugale al decorrere di un certo lasso temporale massimo - il riferimento sembra particolarmente rivolto all'ordinamento francese³⁹ -; questo rilievo non è privo di pregio e potrebbe costituire certo un criterio in fondo illuminato, del tutto ragionevole⁴⁰, se non fosse che le leggi debbono essere scritte dal Parlamento, spettando alle aule di Giustizia un diverso compito.

Esattamente come la creazione di un parametro di riferimento (l'indipendenza o autosufficienza personale di chi ha mezzi sufficienti ad assicurarsi una esistenza libera e dignitosa), che non emerge espressamente dal dato positivo⁴¹. Il dettato normativo è invero composito, ed indubbiamente impone (“*tenuto conto*”) di correlare il concetto di “*mezzi adeguati*” a quella data famiglia costituita secondo il modello matrimoniale, con le sue specifiche vicissitudini, entrata in crisi irreversibile, ma ciò

una possibile lettura armonica del quadro che ne deriva.

³⁸ In *Foro it.*, 1988, I, 3516; l'illegittimità costituzionale dichiarata vede un percorso motivato interessante ai nostri fini, anche nel tratto sull'ultrattività della *vis matrimonii*.

³⁹ V. l'art. 270 *code civil*, che prefigura una durata massima di otto anni. Allargando lo sguardo, cfr. anche, E. AL MUREDEN, *Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 212; M.G. CUBEDDU, *Principi europei sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in S. PATTI - M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, 271.

⁴⁰ In tal senso depone anche l'evoluzione del nostro apparato normativo di settore, se si considera che l'art. 1, comma 65°, l. 20 maggio 2016 n. 76, prevede il diritto del convivente che versi in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento, di ricevere dall'altro, in caso di cessazione della convivenza, un assegno alimentare a suo favore, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza, quindi, con necessaria previsione a termine (in tal senso, in deroga al principio generale *ex artt.* 440, 448 c.c.); v., L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in AA.VV., *L'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze*, a cura di P. SCHLESINGER, in *Fam. dir.*, 2016, 938; e, L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, a cura di P. RESCIGNO e V. CUFFARO, in *Giur. it.*, 2016, 1788.

⁴¹ La Corte ha trascurato di motivare in ordine al fatto - come rilevato in apertura - che durante l'*iter* dei lavori parlamentari della riforma del 1987, venne significativamente eliminato il riferimento al “*dignitoso mantenimento*” contenuto nell'originario progetto di riforma, con efficacia che oggi appare viepiù rilevante; cfr., comunque, le riflessioni in punto di A. LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, 455, assai problematiche già nell'immediatezza.

non di meno relazione destinata a produrre ulteriori effetti, non potendo scemare al livello di un fastidioso fardello da cui sgravare sbrigativamente il singolo suo attore. L'evocazione dei criteri di giudizio in parola, dei quali è indispensabile appunto tener conto, è un dato obiettivo dal quale l'interprete non può prescindere.

L'argomento (prettamente formalistico) secondo cui quei parametri possono collocarsi utilmente solo al momento in cui, superata positivamente la prima fase del giudizio, si deve determinare il *quantum debeatur*, risulta, prima ancora che fallace a fronte dell'obiettivo dato normativo, contraddittorio *in re ipsa*; infatti, se il tenore di vita non rileva, allora in effetti non dovrebbe rilevare neppure in sede di fissazione del *quantum*, riferendosi in realtà la norma alle (eventualmente diverse) condizioni dei coniugi ed al confronto del reddito di entrambi, e agli altri complessi parametri.

In questo senso, il nuovo indirizzo percorre il sentiero della vera e propria attività normativa, non potendo neppure inserirsi nel solco tematico - recentemente emerso con progressiva evidenza pratica -, di per sé già delicato e complesso, afferente la regolamentazione costruita sul cd. principio casistico. Accertati i limiti della normativa generale rispetto allo specifico caso concreto emerso di volta in volta (le odierne specificità sono davvero molteplici), la ricerca della sua soluzione da parte dell'interprete si incanala verso la creazione di norme ritagliate sulla singola fattispecie; la sua fondamentale ispirazione è originata dal rilievo secondo cui la legge, seppur formalmente uguale per tutti, può risultare contraddittoria, ovvero mancare, rispetto alla rivendicazione di giusta tutela secondo i valori espressi dal dato positivo⁴².

Appare allora criticabile la mancata attivazione delle sezioni unite, atteso che in ogni caso il nuovo indirizzo - prescindendo dall'eccezionalità delle fattispecie regolate - si pone in contrasto stridente con un granitico contrario indirizzo, quasi trentennale, che aveva visto il peculiare sigillo confermativo della Corte delle leggi⁴³; sul

⁴² Di vivo interesse recenti contributi della dottrina sul tema; cfr., tra altri, N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto: Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1, con l'ampia bibliografia ivi rinvenibile; cfr., inoltre, in ottica che coglie anche altri complessi e magmatici versanti, sia sostanziali che in genere processuali, G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, *ivi*, 2017, 869; G. GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 435; P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831; ID., *Il giudice civile. Un interprete?*, *ivi*, 2016, 1135; B. CAVALLONE, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1548; G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, *ivi*, 2015, 1085; ID., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, *ivi*, 2012, 6; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, *ivi*, 2014, 36; M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 35; C. SOTIS, *All'incrocio tra carte e corti: il ruolo del giudice nel "labirinto" delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2013, 2562; C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 567; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, *ivi*, 2011, 1073.

⁴³ Tra gli scenari apertisi, non è da trascurare il fatto che tutti i contenziosi pendenti presenterebbero quantomeno una istruttoria erratica, avendo le parti fatto affidamento sul contrario consolidato indirizzo giurisprudenziale della stessa Corte di legittimità, costituente "diritto vivente", siccome elaborato e confermato in innumerevoli casi. Come non è certo da trascurare l'interrogativo del se risulti possibile o

punto, la stessa motivazione stereotipata, è invero sintomatica, non potendo revocarsi in dubbio che ricorrevano tutte le condizioni prefigurate nell'art. 374, commi 2° e 3°, c.p.c., in funzione dell'armonica interpretazione nomofilattica, compresa la particolare importanza della questione.

meno porre in discussione i giudicati formati sotto l'anteriore regime, quanto alle prestazioni periodiche - ovviamente, solo riguardo a quelle che verranno a scadere in futuro -, per il solo fatto di una diversa interpretazione in punto di diritto; sino ad oggi, i "giustificati motivi" rilevanti ai fini dell'accoglimento di una domanda di revisione delle condizioni divorzili, in virtù della natura del giudicato, *rebus sic stantibus* (cfr., R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991), soggetto appunto all'eccezionale rimedio della "revisione" in forza del mutamento delle condizioni soggettive delle parti rispetto alla ricognizione comparativa già scrutinata (o meglio, rispetto alle condizioni sussistenti sino al momento in cui si è prodotta la preclusione deduttiva nel procedimento che ha condotto alla statuizione resa), sono stati intesi, da granitica giurisprudenza di legittimità, sempre ed esclusivamente come "circostanze di fatto". Come noto, rispetto ad una patologia da accertarsi sì anch'essa in via retrospettiva come d'ordinario, il giudicato in parola non è insensibile all'evolversi delle condizioni di vita degli attori del rapporto, siccome prodottesi nei fatti. Appare certo come un qualsivoglia indirizzo giurisprudenziale, per quanto autorevole sia l'organo da cui promana e convincenti le sue motivazioni, non possa essere ricondotto neppure nell'alveo dello *ius superveniens*; peraltro, come noto, anche questo costituisce elemento sopravvenuto di norma precluso dal giudicato; tanto che il nostro ordinamento presenta dettami anche recenti - specificatamente in ambito familiare - nei quali il legislatore ha rettamente disciplinato la modalità di adeguamento delle statuizioni giudiziali vigenti, assistite dalla cosa giudicata, all'introduzione di radicali riforme di sistema (un esempio su tutti, l'art. 4, comma 2°, l. 8 febbraio 2006 n. 54), altrimenti appunto intangibili *ex art.* 2909 c.c. Sul tema la giurisprudenza di legittimità, espressasi nei vari settori, si staglia comunque nitida: cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 10 dicembre 2010 n. 24996, in banca dati *Juris*; Cass., sez. un., 16 giugno 2014 n. 13676, in banca dati *Pluris*; Cass., sez. VI-5, 9 gennaio 2015 n. 174, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 501, con nota di G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*; Cass. sez. I, 28 ottobre 2015 n. 22008, in *Giur. it.*, 2016, 663, con nota di E. DALMOTTO, *Mezzi di impugnazione della declinatoria di competenza e clausola per arbitrato societario*; Id. 1° febbraio 2016 n. 1863, in banca dati *Pluris*; Cass., sez. lav., 23 febbraio 2016 n. 3488, *ivi*; Cass., sez. II, 11 marzo 2016 n. 4826, *ivi*; Cass., sez. VI-5, 27 luglio 2016 n. 15530, *ivi*; Cass., sez. lav., 12 aprile 2017 n. 9398, *ivi*; Cass., sez. III, 20 aprile 2017 n. 9954, *ivi*. Nonostante ciò, ora (v. *infra* nel testo), ulteriore coevo arresto della stessa sezione prima (nota 56), anch'esso di segno fortemente innovativo ed ancora in sostanziale contrasto con l'anteriore indirizzo consolidato avallato dalle sezioni unite - sulla detta rilevanza delle sole circostanze di fatto (come ad esempio rinvenibile in Cass., sez. un., 26 aprile 2013 n. 10064, in *Giur. it.*, 2014, 74, con nota di L. BIANCHI, *L'esecutività del provvedimento che modifica le condizioni divorzili*) -, induce ad interrogarsi in ordine al se all'orizzonte si profili o meno un complessivo più ampio disegno della prima sezione civile, tendente a riscrivere integralmente ogni possibile corollario del nuovo "principio di diritto" affermato. Cfr. inoltre, in senso univocamente rilevante, da ultimo, Cass., sez. I, 13 gennaio 2017 n. 787, in banca dati *Juris*; Id., 3 febbraio 2017 n. 2953, *ivi*. Non sembra invocabile, per ciò stesso, neppure l'eccezionale rimedio individuato da Cass., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254 (cfr., tra altri, R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, *ivi*, 3344; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390), relativamente al mutamento repentino di giurisprudenza (cd. *overruling*) su questione o regola processuale, prima consolidata nel diritto vivente, come tale fonte di legittimo affidamento della parte, la cui nuova soluzione - imprevedibile - risulta idonea a pregiudicare un diritto di azione o difesa; cfr. anche, Cass., sez. un., 6 novembre 2014 n. 23675, in banca dati *Pluris*.

Non può allora sfuggire, anche sotto questo versante, l'esigenza di un intervento legislativo, che ponga definitivamente rimedio ad una questione di così vasta rilevanza sociale, altrimenti appesa ad incertezze davvero gravi.

Seppur la prevalente dottrina reputi l'eventuale "disapplicazione" dell'art. 374, comma 3°, c.p.c.⁴⁴, priva di conseguenze dirette sul procedimento, rimarcando la rilevanza prettamente disciplinare della violazione, ciò non attenua l'arbitrarietà del *modus procedendi*; il diverso *iter* seguito lede la salvaguardia dell'effettivo accesso al giudizio di legittimità, come lede la fondamentale funzione istituzionale della Corte; la tutela giurisdizionale non prescinde dal criterio guida della coerenza e, quindi, da quell'esigenza di ragionevole prevedibilità delle decisioni, a salvaguardia del principio di uguaglianza; assicurare la tendenziale uniformità degli orientamenti giurisprudenziali, ad iniziare da quelli che appunto si formano in tale terza istanza, presuppone - per espressa volontà legislativa - il rispetto della medesima composizione degli organismi giudicanti; difatti, le decisioni emesse con noncuranza della disposizione in parola, costituiscono comunque obiettivo fenomeno patologico. Questa considerazione non risulta scalfita dal fatto che nella specie le parti abbiano trascurato di esercitare l'impulso processuale di pertinenza *ex* art. 376, comma 2°, c.p.c., con la proposizione della peculiare istanza (art. 139 disp. att. c.p.c.) di rimessione alle sezioni unite, in quanto la parte ricorrente ha seguito una strategia difensiva fondata proprio sull'indirizzo consolidato, valutando evidentemente scontato che il ricorso fosse affidato alla sezione semplice; in assenza peraltro di un qualche segno premonitore del nuovo indirizzo; mentre il resistente, domandando la conferma dell'univoca statuizione conseguita nei gradi di merito, non aveva un precipuo interesse in tal senso o, con più probabilità, l'ha reputata non utilmente percorribile proprio per lo spessore dell'orientamento consolidato in punto di diritto.

Proprio il contributo teorico offerto dalla tesi propugnata nella sentenza di svolta da cui abbiamo preso le mosse, avrebbe avuto il merito di richiamare l'autorevolezza del più ampio Collegio di legittimità ad un'ulteriore adeguata riflessione⁴⁵, restando

⁴⁴ A. CARRATTA, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1118; G. VERDE, *In difesa dello ius litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 10; ma non mancano opinioni di segno contrario, quale quella espressa da M. FORNACIARI, *La decisione della Cassazione dopo la riforma del 2006: l'enunciazione del principio di diritto, l'accoglimento con rinvio ed il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1104. In visione più ampia, cfr. le riflessioni di F. P. LUISSO, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 897.

⁴⁵ Il precedente prossimo - restando alla materia familiare - prodottosi innanzi alla Suprema Corte, assimilabile anche per importanza, ha riguardato la diffusa questione del rilascio della casa familiare goduta dai coniugi/genitori a titolo comodatario, privo del termine di scadenza ed in prosieguo di tempo assegnata in uso al cd. collocatario della prole; tale tema vedeva una stabilizzazione dell'indirizzo di legittimità, attestato da Cass., sez. un., 21 luglio 2004 n. 13603, in *Fam. dir.*, 2005, 601, con nota di E. AL MUREDEN, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra tutela dei figli e diritti del comodante*; l'istanza di revisione dello stesso indirizzo è stata sollevata con l'ordinanza di Cass., sez. III, 18 giugno 2013 n. 15113, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 1387, con nota di N. CIPRIANI, *Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni Unite*, che si faceva interprete di tutte le inquietudini critiche emerse nel tempo, chiamando rettamente il più ampio Collegio ad un nuovo scrutinio; infine, la soluzione veniva adottata da Cass., sez. un., 29 settembre 2014 n. 20448, in *Fam. dir.*, 2015, 5, con nota di R. RUSSO, *Le sezioni unite si pronunciano nuovamente sul comodato di immobile destinato ad abitazione della famiglia*; vicenda che peraltro ci insegna

sulla via maestra; non si evince ovviamente se sia corso un qualche timore per l'esito del più ampio confronto in parola; certo è che il rapido percorso dell'*iter* processuale adottato dalla prima sezione, tradisce un'autoreferenzialità, come *legibus soluta* dal ridetto comma 3°, dell'art. 374, codice di rito.

La severità di questa conclusione risulta viepiù evidente se si considera che l'apprezzamento complessivo della norma, nel suo significato logico, non sembra proprio condurre alla formalistica individuazione contrappositiva tra criteri di attribuzione dell'assegno *post-coniugale* e criteri di sua quantificazione. Prescindere dai criteri elencati dal legislatore, qualificando il dato come non incidente in sede di accertamento del diritto, corrisponde ad una operazione di "amputazione" (in primo luogo del riferimento alle condizioni ed alle sostanze economico-patrimoniali), che, come tale, svuota di significato sostanziale la portata della norma; regola *iuris*, invece, chiaramente diretta ad imporre un vaglio contestuale, desumibile anche dal confronto tra il tenore originario del 1970 con quello riformato nel 1987 (nota 41).

D'altro canto, se ben si riflette, pur ferma la correttezza del metodo decisorio nelle due fasi dell'*an debeat* e del *quantum*, la rilevata "contrapposizione tra criteri di riconoscimento del diritto e criteri di quantificazione", corrisponde ad una esigenza motiva al fine di ricavare il principio, altrimenti impresentabile; questo percorso ermeneutico, basato sulla scissione dell'analisi, secondo parametri tra loro impermeabili, però significa troppo ed è esso stesso il primo indizio dell'allontanamento dalla norma. L'espressione "*tenuto conto*", come quella che univocamente segue "*valutati tutti i suddetti elementi anche...*", collegano strettamente i criteri elencati nella prima parte del comma 6°, dell'art. 5, l. div., con "l'adeguatezza dei mezzi disponibili".

Altro elemento significativo è la stessa "logica comparativa" della concreta condizione dei coniugi, che si ricava a piene mani dalla stessa norma, quale obiettivo metodo decisorio imposto dalla legge.

Non possono allora rilevare altri e diversi parametri, frutto di eterointegrazioni della stessa disposizione, quale risulterebbe il riferimento al "*dignitoso mantenimento*" (opzione esclusa dal legislatore della riforma), cui è assimilabile l'odierna "*indipendenza/autosufficienza economica atta a condurre una esistenza libera e dignitosa*"; od addirittura allo "*stato di bisogno*" sotteso alla provvidenza meramente alimentare (con la quale - come visto - non può certo confondersi l'assegno *post-coniugale*), ed oggi alla nuova provvidenza espressamente prefigurata tra *ex* conviventi di fatto, come sopra rilevato (nota 40).

Si potrebbe obiettare che anche il riferimento al "*tenore di vita matrimoniale*" costituisce indebita eterointegrazione della norma: questa conclusione risulta però subito da scartare per il fatto che la giurisprudenza, con tale dizione, avallata dalla

come, di norma, il lavoro della giurisprudenza non si caratterizza secondo repentine e profonde svolte, ma pazientemente si affina e meglio elabora nel tempo, con evidente autorevolezza agli occhi della collettività; nell'occasione appena menzionata, le sezioni unite, pur confermando il principio sancito nel 2004, hanno fornito ulteriori preziose indicazioni, proprio nel senso sollecitato dalla terza sezione, in primo luogo, richiamando l'interprete alla giusta considerazione della volontà espressa dalle parti nel singolo caso.

Corte delle leggi nei sensi ripercorsi, ha sempre inteso rappresentare la sintesi motivata di tutti i parametri che emergono dalla piana e persino ovvia lettura della disposizione; fermo il suo connotato assistenziale, ma sempre correlato alle “*condizioni dei coniugi*” con quell’ulteriore espresso riferimento al “*reddito di entrambi*”. Con ciò si vuole anche sottolineare che, trattandosi appunto di un linguaggio convenzionale, l’interprete è chiamato prudentemente ad allontanarsi da qualsivoglia pericolo di suggestione; difatti, già all’utilizzo dell’espressione “*tenore di vita*”, nell’attualità sembra accompagnarsi una qualche evocazione di negativi preconetti sociali, come tipicamente ricorre in ogni contrapposizione faziosa; l’opera che è chiamato ad assolvere il giurista deve però rimanere ben distante da tali insidie.

Questo puntuale contesto volge a garantire, nel regolamento delle condizioni che trovano titolo nello scioglimento del matrimonio, unicamente un certo equilibrio nella posizione dei coniugi, da adattarsi necessariamente allo specifico caso concreto; partendo dal ridetto dato, riassunto in linguaggio convenzionale nella dizione “*tenore di vita*”, come ipotesi massima, dalla quale operare decurtazioni attraverso l’analisi ponderata dei parametri che il legislatore enumera, sino al suo legittimo eventuale azzeramento; ma non segue affatto una logica di senso opposto, volgente solo a verificare se il richiedente abbia quanto sufficiente alle normali esigenze di vita, secondo un parametro di indistinta dignitosa libertà esistenziale.

Del tutto evidente come chi propugna una lettura della disposizione normativa avulsa dalla sua prima parte, ritiene poi che vi sia la necessità di operare sul piano interpretativo, ricercando il presunto parametro mancante nel testo legislativo, come puntualmente mostra l’arresto n. 11504/2017; l’operazione ermeneutica risulta in principio inammissibile, in quanto la scelta tra l’uno o l’altro possibile parametro, che forza la lettera ed il senso della norma positiva, inevitabilmente finisce per corrispondere alle diverse propensioni a valorizzare questo o quel referente sistematico, scivolando così nell’espedito interpretativo comunque opinabile e tipico dell’arbitrio soggettivo.

7. In questi termini, l’odierna soluzione di sistema proposta dalla Corte di legittimità attraverso gli arresti in commento non risulta appagante⁴⁶, pur risultando condivisibile (come le parole già spese e sopra riportate dimostrano) la linea tendenziale che nella sostanza anima la questione sociale inerente l’assegno *post*-coniugale; linea in fondo rispondente all’indicazione della Corte delle leggi del 2015, con quel severo monito alla moderazione dell’obbligazione soggettiva gravante in capo all’*ex* coniuge onerato, spostando il baricentro su colui che domanda la misura assistenziale in parola; d’altro canto, la storia insegna che la “*cupidigia*” di chi troppo pretende, anche in ambito affettivo, non esprime certo valori dell’umana “*nobiltà*”.

Il motivo autentico del dubbio e, quindi, del dissenso, sotteso a questa analisi, risiede piuttosto nella stessa semplice constatazione cennata in apertura: se il criterio

⁴⁶ Difformi le conclusioni rassegnate in entrambi i casi anche dall’organo requirente presso la stessa Corte di legittimità, in sintonia con quanto qui espresso.

per il riconoscimento del diritto in punto *an debeat* si sposta dal cosiddetto tenore di vita al mero rimedio per sopperire alla mancanza di autosufficienza od indipendenza della persona singola, secondo il parametro della verifica di sussistenza o meno di risorse sufficienti ad un livello di vita libero e dignitoso, riportato nel decalogo sopra steso, il diritto sorge senza correlazione alcuna con l'antecedente comunanza di vita; e si staglia più come un parametro tendenzialmente uniformato per la gran parte dei casi, affinché il coniuge svantaggiato possa al più contare su una sorta di assegno alimentare più ampio, secondo il parametro dell'autosufficienza di un individuo indistinto, che in tal guisa si vede reciso il collegamento al criterio sovraordinato della pari dignità morale e giuridica, posto a base del rapporto dei con-sorti, secondo l'impegno esistenziale assunto all'atto del matrimonio.

Questa conclusione, prescindendo per un attimo dal fondamento familiare come "luogo degli affetti", può indifferentemente ritenersi cruda od equa, a seconda del dato di riferimento che la legge dovrebbe aver cura di precisare: ma allo stato del nostro ordinamento positivo la soluzione ermeneutica prospettata dall'organo nomofilattico colpisce solo per la sua crudezza, siccome il criterio non si rinviene neppure in sede strettamente alimentare; infatti, persino questa estrema misura assistenziale in ambito familiare non è certo estranea ad una correlazione con la "*posizione sociale*" dell'alimentando, come sopra evidenziato; oltre che, ovviamente, con le "*condizioni economiche di chi deve somministrarli*".

Se di tanto non è dato dubitare, allora corrisponde ad errata esegesi l'affermazione secondo cui, nel dettato legislativo, la dimensione economico-patrimoniale del preesistente rapporto matrimoniale è irrilevante per stabilire se debba riconoscersi o meno il diritto all'assegno divorzile.

Né può adeguatamente soccorrere, come abbiamo visto, l'argomento inerente la natura strettamente assistenziale dell'assegno divorzile, atteso che a questa natura non è invero estranea una correlazione a quella data famiglia.

La stessa conclusione risulta invece impedita dal contrapposto indirizzo avallato dalla Corte delle leggi nel 2015, meglio articolato ed idoneo a calarsi nelle peculiarità della singola fattispecie, ma la cui ispirazione sostanziale aveva già recepito le istanze di cui oggi la Corte di legittimità si è fatta ferma e decisa interprete; l'unica controindicazione "fatale" è data dal fatto che l'opera richiesta all'organo giudicante è certo maggiormente impegnativa.

Queste due tesi allora si fronteggeranno ancora in futuro, auspicandosi magari che il torpore parlamentare sulle varie questioni del diritto delle persone e delle relazioni familiari, da adeguare ai tempi, veda almeno un scatto d'orgoglio, non foss'altro che sul versante della chiarezza⁴⁷, qualità invero indispensabile ad ogni comando legislativo.

⁴⁷ La difficoltà dei testi legislativi, di varia fonte, promananti da "autori" che sembrano come aver smarrito quel sapere e quell'equilibrio consegnatoci dalla storia, secondo un dato inconfutabile, affligge l'opera del giurista dei tempi moderni, costituendo uno dei momenti di evidente crisi del sistema, proprio nella fase patologica e dell'applicazione concreta; tanto che il tema viene oggi studiato con crescente preoccupazione,

8. Il tratto motivo dell'arresto sulla spettanza o meno dell'assegno divorzile, teso a coinvolgere nella dinamica decisoria, in termini comparativi estensibili, la posizione di diritto del figlio maggiorenne⁴⁸, desta peculiare interesse.

Si assume in sostanza che neppure il figlio maggiorenne - il cui *status* è qualificato "tendenzialmente stabile e permanente" - avrebbe garantito il tenore di vita familiare, ragione per cui risulta legittima un'applicazione analogica del principio che si trarrebbe dall'art. 337^{septies}, comma 1°, c.c. (invero identico al previgente art. 155^{quinquies} e da leggersi in uno agli artt. 147, 148, 315, 315^{bis}, 337^{ter} e 337^{sexies}), secondo cui è la "non indipendenza economica" del figlio maggiorenne che discrimina la spettanza dell'assegno periodico.

Il paragone sorprende per molteplici ragioni; trascurando l'impropria definizione di "permanenza" dello *status*, in primo luogo, per l'obiettiva distanza ed unicità che corre tra il rapporto di filiazione e quello di coniugio, che non legittima in radice un simile approccio, pur rientrando nei temi generali del diritto di famiglia.

Risulta così insostenibile la sovrapposizione della disciplina poiché la dizione che si rinviene nell'ordinamento positivo a favore del figlio maggiorenne, "non indipendente economicamente", non compare nel comma 6°, dell'art. 5, l. div., il quale, ben diversamente, o meglio, differenziandosi, impone la disamina di parametri specifici diversi e non di altri. Tali diverse espressioni normative non sono casuali, atteso che compito primo dei genitori è quello di accompagnare i figli verso la maturità adulta; questo diritto/dovere si sostanzia per sua stessa natura come a termine; difatti, ogni sforzo esigibile è proteso al raggiungimento di una indipendenza economica, peraltro, secondo le aspirazioni e le inclinazioni del figlio (che possono non coincidere con la condizione sociale eventualmente migliore dei due genitori⁴⁹).

Tanto che il diritto del figlio maggiorenne è strutturato in senso composito, in funzione dell'educazione verso la condizione adulta da raggiungere, come traguardo, obiettivo che racchiude in sé il senso proprio della trasmissione della vita; un tale progetto di crescita, costituzionalmente presidiato, si compone perciò di molteplici

invero nell'apparente indifferenza delle stesse rappresentanze elettive parlamentari; la marcata incertezza del diritto, segnalata come autentica emergenza sociale, ovviamente va di pari passo con rinnovati interrogativi sull'esercizio della giurisdizione, con peculiare attenzione alla stretta connessione con il pericolo di derive arbitrarie, travalicando così i confini degli studi strettamente giuridici (a proposito dei quali merita particolare menzione l'importante convegno promosso dall'Accademia dei Lincei, dal titolo, *I precedenti*, tenutosi in Roma, il 6 luglio 2017), per divenire argomento diffusamente trattato anche sugli organi di informazione di massa, secondo un dato comunicativo che può sintetizzarsi come il "confuso mondo delle leggi" (cfr., da ultimo, C. MIRABELLI, *Come la qualità delle leggi condiziona la nostra vita*, in "Il Messaggero", 14 agosto 2017, 21).

⁴⁸ A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato dir. civ. comm.* CICU-MESSINEO-MENGGONI-SCHLESINGER, Milano, 2013, 638 ss.; A. MORACE PINELLI, *Le disposizioni in favore dei figli maggiorenni*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Milano-Lavis, 2015, 855. La cortesia del lettore è poi rinviata a G. SAVI, *Legittimazione del figlio maggiorenne ad intervenire nel giudizio di separazione coniugale dei genitori*, in *Giur. it.*, 2012, 1290; e ID., *Intervento del figlio maggiorenne nei giudizi coniugali/genitoriali aventi ad oggetto il proprio mantenimento*, *ivi*, 2011, 82.

⁴⁹ Cfr., l'illuminante precedente di Cass., sez. I, 3 settembre 2013 n. 20137, in banca dati *Pluris*.

esigenze: la stessa norma ne disegna i tratti essenziali, del mantenimento, della cura anche morale e dell'istruzione (sino al livello professionale).

Trovando tale percorso evolutivo di crescita il suo apice essenziale nel risultato finale dell'educazione all'autonoma vita adulta, necessariamente è una condizione che infine esige l'impegno filiale, per ontologica natura del rapporto giuridico di filiazione; perciò, i genitori debbono, per quanto è nelle loro possibilità, educare il figlio a condurre una esistenza indipendente, fino a che l'obbligo stesso non può che estinguersi⁵⁰.

Neppure a dirsi che prima del raggiungimento di tale autonomia la posizione del figlio maggiorenne sia altrimenti qualificabile rispetto a quella del figlio ancora in età minore (salva ovviamente la sfera inerente l'affidamento), trattandosi di un percorso evolutivo certamente non scindibile in segmenti, bensì complessivamente rilevante⁵¹, in vista proprio del traguardo dell'indipendenza personale; per esemplificare efficacemente, il ragazzo che frequenta l'ultimo anno di un corso liceale non si trova in posizione di diritto diversa da quella dello studente che in prosieguo di tempo segue l'impegno formativo del primo anno di un corso di laurea: entrambi hanno diritto "al mantenimento, all'istruzione, all'educazione...", secondo il tenore di vita dei genitori.

Ecco allora il ben diverso risultato di questo confronto: anche per tale via, la relazione del diritto delle persone e della famiglia, come ricorre nel rapporto di filiazione, che si instaura con la procreazione, ci presenta l'identico criterio primo della correlazione a quella data famiglia ovvero ai due genitori⁵² e non ad uno *standard* astratto, eguale per tutti.

⁵⁰ Invero, il diritto del figlio maggiorenne, seppur vede ampio riconoscimento (cfr., ancora a titolo esemplificativo, Cass., sez. I, 26 gennaio 2011 n. 1830, in *Fam. dir.*, 2011, 999, con nota di C. MAGLI, *Il matrimonio del figlio maggiorenne quale causa di estinzione del diritto al mantenimento: presupposti e limiti*), è in stretta connessione limitativa con il progredire della soglia di età raggiunta, secondo orientamento che oramai appare in sostanza pacifico; v., Cass., sez. I, 20 agosto 2014 n. 18076, in banca dati *Juris*; e, da ultimo, Cass., sez. I, 22 giugno 2016 n. 12952, in *Foro it.*, 2016, I, 2741, con nota di G. CASABURI, *In tema di mantenimento del figlio maggiorenne*; ed in *Fam. dir.*, 2017, 236, con nota di G.A. PARINI, *I mobili "confini" del diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti*. Sulla cd. colpevole inerzia cfr., Cass., sez. I, 1° febbraio 2016 n. 1858, *ivi*, 20157, 134, con nota di M.S. ESPOSITO, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne tra aspirazioni personali e colpevole inerzia*. Da ultimo, appare dirimente in visione sistematica, l'arresto di Cass., sez. I, 12 aprile 2017 n. 9415, in *Giur. it.*, 2017, 1089, secondo cui il figlio maggiorenne ha diritto agli alimenti soltanto in ipotesi residuali.

⁵¹ Come si evince dall'apparato normativo menzionato, che trova la propria fonte nell'art. 30 Cost.; opportuno in proposito il richiamo delle basilari parole di M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2015, 234 e 300.

⁵² Cfr., a titolo esemplificativo, gli arresti di Cass., sez. I, 22 marzo 2005 n. 6197, in banca dati *Pluris*; Id., 9 maggio 2013 n. 11020, in *Fam. dir.*, 2014, 240, con nota di C. MAGLI, *Sulla persistenza del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne*; Cass., sez. VI-1, 13 dicembre 2016 n. 25528, in banca dati *Pluris*; Id., 26 aprile 2017 n. 10207, *ivi*, che espressamente conferma il diritto/dovere in parola entro i limiti della "compatibilità con le condizioni economiche dei genitori".

Non è peraltro senza significato il fatto che un coniuge possa essere chiamato al dovere di autoresponsabilità per le proprie scelte di vita, ma al contrario del figlio che ha un dovere di attivarsi utilmente per il proprio futuro adulto e, quindi, necessariamente è chiamato a rispondere verso se stesso di ogni scelta di libertà, il coniuge potrebbe anche soltanto “subire” le scelte esistenziali dell’altro; ben noto difatti che lo *status* giuridico di coniuge in regime di vita separato prima e di divorziato poi, corrisponde all’esercizio di un diritto connotato potestativamente⁵³.

La stabilità o meno della famiglia dipende strettamente dalle decisioni unilaterali dei coniugi, che pur in posizione di eguaglianza non sono certo garantiti a tal punto, ove nolenti; se poi ben si riflette, l’affermarsi del diritto di dare vita ad una nuova famiglia⁵⁴, richiamato nel primo arresto, né è la miglior riprova.

9. Un qualche segno di rimeditazione della stessa prima sezione civile sembrava potersi cogliere in un arresto di qualche giorno successivo⁵⁵, afferente il caso di una coniuge divorziata che risultava aver rifiutato offerte di lavoro, pur modeste, ma ciò nonostante, si vedeva confermato il riconoscimento dell’assegno divorzile e nel cospicuo importo fissato dalla Corte territoriale (anche il riparto dell’onere probatorio risulta contraddetto, nonostante la severità della svolta determinata sul punto dal primo arresto risulti in sé pienamente condivisibile), con contraddizione casistica evidente rispetto al decalogo sopra enumerato.

Ma l’impressione è subito risultata disillusa da successivo arresto⁵⁶, occasionato da un giudizio di revisione avente ad oggetto l’assegno divorzile (azione che da qui in avanti, con tutta probabilità, ricorrerà massivamente, per far valere proprio questo nuovo indirizzo, anche in relazione a sentenze risalenti di molti anni); il responso ha concluso nel senso che anche il nuovo indirizzo può costituire sufficiente fatto sopravvenuto, che rende ammissibile la revisione in punto *an debeatur*⁵⁷, con buona pace del cardine della cosa giudicata, pur *rebus sic stantibus*; seppure il tema risulti a

⁵³ A. PROTO PISANI, *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Foro it.*, 2008, V, 161. In tema, v. anche i rilievi da ultimo evidenziati in G. SAVI, *Lo scioglimento “volontario” dell’unione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 691.

⁵⁴ V., Cass., sez. I, 19 marzo 2014 n. 6289, in *Fam. dir.*, 2015, 470, con nota di D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell’obbligato*; quanto alla fattispecie della sopravvenuta nascita di un figlio di “secondo letto”, senza la costituzione di un nuovo nucleo familiare, cfr., Cass., sez. VI-1, 10 luglio 2015 n. 14521, in banca dati *Pluris*.

⁵⁵ Cass., sez. VI-1, 22 maggio 2017 n. 12878, in banca dati *Pluris*.

⁵⁶ Ci si riferisce a Cass., sez. I, 22 giugno 2017 n. 15481, in banca dati *Pluris* (cfr. quanto in nota 43).

⁵⁷ Cfr., il primo commento di, G. DOSI, *Può essere chiesta la revoca dell’assegno di divorzio in seguito al nuovo orientamento della Cassazione sul criterio di attribuzione dell’assegno divorzile?*, in *www.lessicodidirittofamiglia.com*; ma anche le argomentazioni in nota al primo arresto da cui originano queste riflessioni, di F. DANOVÌ, *Assegno di divorzio e tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l’impatto sui divorzi già definiti*, in *Fam. dir.*, 2017, 655. Oltre quanto osservato in nota 43, appare utile proporre la seguente esemplificazione della conseguenza paradossale che si può produrre in concreto: si faccia conto che una delle parti del giudizio conclusosi con l’arresto di Cass., sez. un., 29 novembre 1990 n. 11490, *cit.* in nota 3, o di altro identico contenzioso in punto, reputi di domandare una revisione fondata sul nuovo indirizzo,

dir poco difficoltoso, come peraltro emerge dai cenni in nota 43, la pronuncia non presenta una motivazione che proponga una sua sistemazione *ex professo*.

In verità, questo arresto mette in luce un netto dissenso dell'organo requirente presso la Corte, che ha invano sollecitato l'intervento delle sezioni unite⁵⁸; la motivazione, sorprendente anche nel tenore, richiama l'indirizzo già assunto di recente con i precedenti di Cass., sez. I, 22 giugno 2016 n. 12962⁵⁹, e Id., 30 settembre 2016 n. 19599⁶⁰, resi in tema di adozione del figlio del *partner* dello stesso sesso e di trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero quanto al figlio generato con tecniche di P.M.A., da due donne coniugate in Spagna; al di là della constatazione che la perpetuazione di un errore non conduce ovviamente all'esattezza del risultato ultimo, si è già avuto modo di dissentire⁶¹ rispetto a questo illimitato esercizio del potere di apprezzamento discrezionale della sezione, che non può non considerare prudentemente che la massima importanza di questioni di tal fatta, la loro novità od i contrasti di indirizzo sottesi, lo sono prima di tutto per ragioni obiettive percepibili da chiunque; peraltro, questa "resistenza" all'intervento della sede collegiale più ampia di cui all'art. 374 c.p.c., può infine nuocere alla stessa funzione istituzionale dell'organo nomoflattico, in quanto, solo a titolo esemplificativo volendo tacer d'altro, i giudici del merito legittimamente possono qualificare "consolidato" il solo responso delle sezioni unite (di riflesso, risulta poi vistoso l'ampliamento della loro discrezionalità, potendo richiamarsi all'una o all'altra delle diverse opzioni decisorie).

Le prime voci della dottrina, pur con aperture sostanziali sul versante dell'evoluzione sociale, risultano prevalentemente critiche⁶², o comunque propongono vasti

immutate tutte le circostanze di fatto; ebbene, ove la domanda venga accolta, la pronuncia di revisione prevarrebbe sul giudicato, nonostante il contrario principio di diritto sancito dal più ampio Collegio.

⁵⁸ Il Procuratore Generale presso la Cassazione è comunque titolare della peculiare richiesta alla Corte di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, *ex art.* 363 c.p.c., istanza sulla quale è ammissibile l'intervento del più ampio Collegio; cfr. in proposito, l'interessante "cronaca" della prassi ultima, condivisa con il mondo accademico, di G. COSTANTINO, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 712. I precedenti non mancano: emblematica la vicenda che, appunto su iniziativa *ex art.* 363 c.p.c. del P.G., ha portato al pregevole risultato di Cass., sez. un., 25 gennaio 2017 n. 1946, in *Fam. dir.*, 2017, 740, con nota di P. DI MARZIO, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*; nonché in *Corr. giur.*, 2017, 617, con nota di M.N. BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*.

⁵⁹ In *Giur. it.*, 2016, 2573, con notazioni di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*; e I. RIVERA, *La sentenza della Corte di cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*.

⁶⁰ In *Corr. giur.*, 2017, 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; ed in *Dir. fam. pers.*, 2017, 52 e 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*

⁶¹ G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, op. cit., 128, al richiamo di nota 156.

⁶² G. CASABURI, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in *Foro it.*, 2017, 1895; C. BONA, *Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti*, *ivi*, 1900; A. MONDINI, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide "in autonomia"*. *Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*, *ivi*, 1903; G. DOSI, *Presupposti dell'assegno divorzile e condizione femminile: perché la prima sezione civile della Cassazione non è convincente*, in www.lessicodidirittofamiglia.com; E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra*

interrogativi; le maggiori perplessità ineriscono l'evoluzione interpretativa in senso integrativo del dato legislativo, la difformità tra il regime divorzile e quello separativo, le diversità che possono caratterizzare il singolo matrimonio e le marcate difficoltà dell'impatto concreto di un nuovo indirizzo che dovrà comunque attendere un consolidamento⁶³ prima di poter esser qualificato "diritto vivente", per effetto della mancata investitura delle sezioni unite.

10. Qualche ulteriore riflessione discende dall'analisi della prima giurisprudenza di merito emersa: il Tribunale di Milano⁶⁴, adeguatosi prontamente, rispondendo al quesito di quale sia il livello reddituale che consente al singolo una esistenza libera e dignitosa, lo ha individuato nel tetto di reddito che consente il suo accesso al patrocinio a spese dello Stato, cioè poco meno di €. 1.000,00= mensili (soluzione problematica se solo si considera, pur nel contesto attuale di crisi economica, il costo della vita in una città come Milano, ove certo non è erroneo rilevare come quell'entità economica risponde a mala pena alla mera assistenza alimentare), erigendolo a primo parametro fisso di regolamentazione divorzile.

In sostanza conforme, quanto alla disponibilità di tale livello reddituale, la posizione assunta dal Tribunale di Venezia⁶⁵.

Ciò significa che il timore sotteso al dissenso sopra esposto si è concretizzato in realtà in maniera ancor più grave, anche se non può non evidenziarsi che tali statuizioni sono andate ben oltre il segno dettato dal primo arresto in commento e l'accentuazione appare evidente⁶⁶.

autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale, in *Fam dir.*, 2017, 642; A. DI MAJO, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Giur. it.*, 2017, 1304.

⁶³ Si segnala comunque l'ulteriore arresto di Cass., sez. VI-1, 29 agosto 2017 n. 20525, in banca dati *Pluris*, seppur con motivazione che si limita a richiamare la massima del primo arresto, dando laconicamente seguito al nuovo indirizzo.

⁶⁴ Ordinanza 22 maggio 2017 (est.: G. Buffone), in *www.ilcaso.it*, con la seguente massima: "Il presupposto giuridico per il riconoscimento dell'assegno divorzile non è il progresso tenore di vita matrimoniale, bensì la 'non' indipendenza economica dell'ex coniuge richiedente. Per 'indipendenza economica' deve intendersi la capacità per una determinata persona adulta e sana - tenuto conto del contesto sociale di inserimento - di provvedere al proprio sostentamento, inteso come capacità di avere risorse sufficienti per le spese essenziali (vitto, alloggio, esercizio dei diritti fondamentali). Un parametro (non esclusivo) di riferimento può essere rappresentato dall'ammontare degli introiti che, secondo le leggi dello Stato, consente (ove non superato) a un individuo di accedere al patrocinio a spese dello Stato (soglia che, ad oggi, è di euro 11.528,41 annui ossia circa euro 1000 mensili). Ulteriore parametro, per adattare 'in concreto' il concetto di indipendenza, può anche essere il reddito medio percepito nella zona in cui il richiedente vive ed abita".

⁶⁵ Ordinanza 24 maggio 2017 (est.: T. Vettore), in *www.ilcaso.it*, con la seguente massima: "Secondo i più recenti orientamenti della giurisprudenza appare privo di rilevanza per la concessione dell'assegno divorzile il parametro relativo al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo piuttosto rilevanti altri indici, quali il 'possesso' di redditi ed il patrimonio mobiliare e immobiliare, le 'capacità e possibilità effettive' di lavoro personale e la 'stabile disponibilità' di un'abitazione".

⁶⁶ Ad iniziare dall'opera di individuazione del "parametro base"; ragionevole aspettarsi che magari per altri tribunali, viepiù se aventi sede in territori economicamente svantaggiati, lo stesso parametro base venga individuato nel primo stipendio di un lavoratore dipendente o nell'assegno cd. di mobilità, che non supera in genere €. 750,00= mensili; v'è da chiedersi poi, a titolo esemplificativo, perché non è stato reputato plausibile

La sbrigativa eliminazione di ogni questione, sia in punto alla spettanza che alla quantificazione dell'assegno divorzile, ora anche secondo il diverso canone, propone pur sempre frammistione tra le due fasi del giudizio (come motiva la Corte nel primo arresto in verifica che pur ne stigmatizza l'esigenza di distinzione), esattamente in senso inverso rispetto all'indirizzo anteriore, quindi, secondo un metodo decisivo allora identicamente inaccettabile.

Conclusione assimilabile è stata espressa anche dal Tribunale di Mantova⁶⁷, che ha dichiarato insussistente il diritto all'assegno divorzile da parte della coniuge insegnante con uno stipendio di €. 1.450,00= mensili, assunta a tempo indeterminato nel settembre 2016, qualificato "buono stipendio", pur in presenza di un rilevante divario rispetto al coniuge imprenditore; situazione di autosufficienza che esclude in radice di poter ipotizzare l'esigenza di un "aiuto assistenziale".

Si è invece consapevolmente discostato dal nuovo indirizzo il Tribunale di Udine con la sentenza 1° giugno 2017⁶⁸, statuendo che il parametro del tenore di vita tenuto da quella data famiglia coniugale rileva sia in punto *an debeat*, che in punto determinazione del *quantum*, respingendo così la svolta di cui al primo arresto, reputato espressione di convincimento assolutamente minoritario della Corte regolatrice e privo in effetti dell'indispensabile supporto normativo.

Sulla stessa linea di dissenso sostanziale si è espresso il Tribunale di Roma, con la sentenza della sez. I, 17 luglio 2017 n. 11723⁶⁹.

Una diversa soluzione sembra potersi desumere anche dall'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 5 settembre 2017⁷⁰, che nel sospendere l'esecutorietà provvisoria della sentenza divorzile di primo grado (che aveva disatteso la domanda di assegno *post*-coniugale, invece attribuito in fase presidenziale), afferma la rilevanza del contesto sociale in cui la famiglia ha sempre vissuto.

11. Come si vede, se prevarrà la prima interpretazione di merito, assunta dal tribunale meneghino, la conseguenza principe - di evidente gravità sistematica - è quella

l'altro possibile riferimento, pur presente nell'ordinamento positivo, che indica come impignorabili gli stipendi sino al multiplo di tre volte l'importo della cd. pensione sociale (art. 545, comma 8°, c.p.c.), evidentemente reputata soglia di sussistenza sociale. Ad una simile "babele", come già sopra rilevato, il legislatore non potrà non porre rimedio, posto che la natura dei diritti e degli interessi in gioco esige un soddisfacente grado di certezza - anche per gli operatori -, considerato il quadro complessivo in cui si colloca la questione, nel delicato momento di regolamentazione della crisi familiare e di disciplina dei suoi riflessi personali e patrimoniali.

⁶⁷ Sentenza 26 maggio 2017, in www.ilcaso.it, con la seguente massima: "Per verificare se il coniuge richiedente abbia o meno diritto all'assegno divorzile non deve più accertarsi se lo stesso disponga di risorse economiche (ovvero sia in grado di procurarsele) tali da consentirgli di poter continuare a godere, sebbene in via solo tendenziale, il medesimo tenore di vita del periodo di convivenza matrimoniale, ma è necessario invece appurare se lo stesso sia o meno indipendente o autosufficiente economicamente, avuto riguardo al costo della vita del luogo in cui risiede".

⁶⁸ In www.osservatoriofamiglia.it, 18 giugno 2017.

⁶⁹ In www.diritto.it, 20 luglio 2017; indirizzo che sembrerebbe confermato da due sentenze 21 luglio 2017, in www.osservatoriofamiglia.it, ma con incertezze importanti, che peraltro mettono in luce le severe difficoltà dei giudici di merito.

⁷⁰ In www.ilmfamiliarista.it, 6 settembre 2017.

secondo cui, d'ora in avanti, la disponibilità di un reddito di circa €. 1.000,00= mensili da parte del coniuge svantaggiato inibisce il riconoscimento dell'assegno divorzile.

Con ciò al contempo significando che lo sforzo legittimamente richiesto al coniuge eventualmente chiamato ad assolvere tale obbligazione assistenziale non potrà ovviamente eccedere (o eccedere significativamente) un tale ordine di grandezza.

Se questo è, allora, in realtà la Suprema Corte non avrebbe dato soltanto la stura ad una interpretazione che nei fatti risulta ad efficacia soppressiva del 6° comma, dell'art. 5, l. div., in contrasto con gli unici parametri di giudizio rilevanti ivi enumerati (come sopra meglio evidenziato), bensì ad un nuovo sistema di severa esclusione massiva dell'assegno *post*-coniugale.

Persino ipotizzando, solo per un momento, che d'ora in avanti sia legittimo relegare la rilevanza dei ridetti parametri normativi nella sola fase della determinazione del *quantum debeatur*, il risultato di una tale opzione conduce ad una provvidenza che risulterà, nel suo massimo, in sostanza eguale in tutti i casi, emergendo così, anche per tale via, la stridente contraddizione evidenziata.

Ma ancor prima, è la nozione stessa di solidarietà che risulta contraddetta, se solo si considera che secondo il dizionario della nostra lingua, per solidarietà si intende “*la coscienza viva di partecipare vicendevolmente alle necessità di una comunità di persone*”.

Non valorizzare l'intero testo del 6° comma, dell'art. 5, l. div., con la vista tecnica contrappositiva ad efficacia mutilante, e procedere con etero integrazioni, significa in realtà rifuggire dalla strada indicata dal legislatore, che impone obiettivamente al giudice di procedere all'applicazione ponderata al singolo specifico caso dei parametri enumerati.

Difatti, nell'imporre il metodo incarnato dalla dizione “*tenuto conto*”, il legislatore certo non ha conferito discrezionalità altra se non quella di valutare tali parametri, non di poterne prescindere: lo stesso imperativo espressivo - univoco nel contesto della norma - conduce in tale direzione, come la giurisprudenza di legittimità, per ben ventisette anni, ha sempre rettammente affermato.

Diversamente, equivale a dire, che la stessa nozione di assegno divorzile, come sino ad oggi intesa, non si rinviene più, risultando di fatto “abrogata” nella quasi totalità dei casi, con evidenza ancor più marcata proprio nei casi in cui l'onere chiamato alla residua obbligazione *post*-coniugale “patisca” minor sforzo soggettivo in virtù della florida condizione economico-patrimoniale.

Indice Generale 2017



Indice delle rubriche*

SAGGI E PARERI

Enrico Minervini

Il diritto del consumatore all'equità contrattuale 1, 7

Valerio Tavormina

Anatocismo e frutti civili da Napoleone ai nostri esegeti 1, 31

Massimiliano Granieri

Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita 1, 45

Giovanni Strampelli

I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale 1, 79

Mario Talani

Invalidità degli atti giuridici privati e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto 1, 103

Maria Barela

Principio di maggioranza e tutela del dissenziente 1, 121

Camilla Ferrari

Contratti finanziari e contratti energetici: nuove esigenze di qualificazione e di disciplina del contratto 1, 139

Andrea Fusaro

Gli effetti del contratto nella riforma del *Code civil* francese 2, 7

Roberto Calvo

Autoritarismo e interpretazione degenerata della legge 2, 27

Cristiano Cicero

Consensualismo e trascrizione 2, 35

* Ci scusiamo nuovamente con i lettori per l'errore materiale nella impaginazione del fascicolo 2.

Alberto Venturelli

Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale *ex art.*
2932 c.c. 2, 57

Paolo Pardolesi

Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi
economica del diritto 2, 87

Irene Coppola

Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): trasparenza ed
adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento 2, 113

Francesco Scarongella

La causa del contratto di rete: funzione economica e profili di tutela 2, 127

Massimo Di Rienzo

Patrimonio e patrimonializzazione nelle società cooperative 3, 327

Amalia Diurni

I diritti collettivi dei pazienti nel panorama europeo 3, 349

Alberto Maria Benedetti

Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale 3, 379

Andrea Dalmartello

Clausole di destinazione agli eredi e «diritto proprio» del beneficiario
dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e
diritto successorio 3, 399

Antonio Lamorgese

La responsabilità dello Stato tra diritto europeo e diritto nazionale 3, 427

Daniele Imbruglia

La regola di appropriatezza nei contratti di servizio di risparmio
amministrato 3, 457

Giuseppe B. Portale, Antonio Cetra

L'esercizio del diritto di intervento e di voto della *holding* nelle assemblee
delle società partecipate 4, 487

Andrea Fusaro

Il notaio esercita attività giurisdizionale? 4, 497

Vincenzo Barba

Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa* 4, 513

Angela La Spina

La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata 4, 553

Ettore Battelli

La rinnovata rilevanza ermeneutica delle clausole d'uso 4, 573

Giancarlo Savi

Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del "tenore di vita" dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente? 4, 599

Indice analitico

CONSUMATORI

Enrico Minervini

Il diritto del consumatore all'equità contrattuale 1, 7

Amalia Diurni

I diritti collettivi dei pazienti nel panorama europeo 3, 349

CONTRATTI

Massimiliano Granieri

Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita 1, 45

Camilla Ferrari

Contratti finanziari e contratti energetici: nuove esigenze di qualificazione e di disciplina del contratto 1, 139

Irene Coppola

Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento 2, 113

Francesco Scarongella

La causa del contratto di rete: funzione economica e profili di tutela 2, 127

Daniele Imbruglia

La regola di appropriatezza nei contratti di servizio di risparmio amministrato 3, 457

CONTRATTO

Mario Talani

Invalidità degli atti giuridici privati e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto 1, 103

Andrea Fusaro

Gli effetti del contratto nella riforma del *Code civil* francese 2, 7

Cristiano Cicero

Consensualismo e trascrizione 2, 35

Alberto Venturelli

Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale *ex art.* 2932 c.c. 2, 57

Alberto Maria Benedetti

Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale 3, 379

Ettore Battelli

La rinnovata rilevanza ermeneutica delle clausole d'uso 4, 573

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI

Andrea Dalmartello

Clausole di destinazione agli eredi e «diritto proprio» del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio 3, 399

Vincenzo Barba

Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa* 4, 513

DIRITTO SOCIETARIO

Giovanni Strampelli

I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale 1, 79

Maria Barela
Principio di maggioranza e tutela del dissenziente 1, 121

Massimo Di Rienzo
Patrimonio e patrimonializzazione nelle società cooperative 3, 327

Giuseppe P. Portale, Antonio Cetra
L'esercizio del diritto di intervento e di voto della *holding* nelle assemblee delle società partecipate 4, 487

FILIAZIONE

Angela La Spina
La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata 4, 553

INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

Roberto Calvo
Autoritarismo e interpretazione degenerata della legge 2, 27

MATRIMONIO

Giancarlo Savi
Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del "tenore di vita" dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente? 4, 599

NOTARIATO

Andrea Fusaro
Il notaio esercita attività giurisdizionale? 4, 497

OBBLIGAZIONI

Valerio Tavormina
Anatocismo e frutti civili da Napoleone ai nostri esegeti 1, 31

RESPONSABILITÀ CIVILE

Paolo Pardolesi

Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi economica del diritto 2, 87

Antonio Lamorgese

La responsabilità dello Stato tra diritto europeo e diritto nazionale 3, 427

Indice degli autori

Vincenzo Barba

Professore ordinario di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa* 4, 513

Maria Barela

Ricercatore confermato di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Principio di maggioranza e tutela del dissenziente 1, 121

Ettore Battelli

Professore associato di Diritto Privato, nell'Università di Roma TRE

La rinnovata rilevanza ermeneutica delle clausole d'uso 4, 573

Alberto Maria Benedetti

Professore associato di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Genova

Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale 3, 379

Roberto Calvo

Professore ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi di Aosta

Autoritarismo e interpretazione degenerata della legge 2, 27

Cristiano Cicero

Professore ordinario di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Cagliari

Consensualismo e trascrizione 2, 35

Irene Coppola

Professore a contratto nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento 2, 113

Andrea Dalmartello

Ricercatore di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Milano

Clausole di destinazione agli eredi e «diritto proprio» del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio 3, 399

Massimo Di Rienzo

Professore ordinario di Diritto Commerciale nell'Università degli Studi di Bari

Patrimonio e patrimonializzazione nelle società cooperative 3, 327

Amalia Diurni

Professore associato di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

I diritti collettivi dei pazienti nel panorama europeo 3, 349

Camilla Ferrari

Ricercatore confermato di Diritto Privato nell'Università degli Studi dell'Insubria

Contratti finanziari e contratti energetici: nuove esigenze di qualificazione e di disciplina del contratto 1, 139

Andrea Fusaro

Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Genova

Gli effetti del contratto nella riforma del *Code civil* francese 2, 7

Il notaio esercita attività giurisdizionale? 4, 497

Massimiliano Granieri

Professore associato di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Brescia

Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita 1, 45

Daniele Imbruglia

Dottore di ricerca in Diritto privato europeo nella Scuola Normale Superiore di Pisa

La regola di appropriatezza nei contratti di servizio di risparmio amministrato 3, 457

Antonio Lamorgese

Magistrato, Consigliere di Cassazione

La responsabilità dello Stato tra diritto europeo e diritto nazionale 3, 427

Angela La Spina

Professore associato di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Messina

La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata 4, 553

Enrico Minervini

Professore ordinario di Diritto Privato nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Il diritto del consumatore all'equità contrattuale 1, 7

Paolo Pardolesi

Professore associato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Bari

Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi economica del diritto 2, 87

- Giuseppe B. Portale***, **Antonio Cetra****
**Professore emerito di Diritto Commerciale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore*
***Professore ordinario di Diritto Commerciale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore*
L'esercizio del diritto di intervento e di voto della *holding* nelle assemblee delle società partecipate 4, 487
- Giancarlo Savi**
Avvocato
Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del "tenore di vita" dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente? 4, 599
- Francesco Scarongella**
Avvocato
La causa del contratto di rete: funzione economica e profili di tutela 2, 127
- Giovanni Strampelli**
Professore associato di Diritto Commerciale nell'Università L. Bocconi di Milano
I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale 1, 79
- Mario Talani**
Magistrato ordinario
Invalidità degli atti giuridici privati e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto 1, 103
- Valerio Tavormina**
Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università Cattolica di Milano
Anatocismo e frutti civili da Napoleone ai nostri esegeti 1, 31
- Alberto Venturelli**
Professore associato di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Brescia
Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.* 2, 57

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2018	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2018	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 978-88-6611-638-7



9 788866 116387

€ 38,00