



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme

Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA



Gli Speciali

Ottobre 2025

Cinquant'anni dalla riforma del diritto di famiglia: una svolta epocale delle relazioni familiari? I «precedenti», lo «stato dell'arte», le «prospettive»

www.rivistaoide.net

Rivista telematica - ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafaa Ben Achour – Anthony Arnulf – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgorgue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjé – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajar Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatrice Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Patrizia Accordino – Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Luigi Prosperi – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Alberto Marchese – Luigi Zuccari

Criteri di referaggio:

Gli Speciali sono sottoposti, in forma anonima, a due *referees*, che decidono sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Cinquant'anni dalla riforma del diritto di famiglia: una svolta epocale delle relazioni familiari? I «precedenti», lo «stato dell'arte», le «prospettive»

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 4/2025
ottobre 2025

ISSN 2284-3531

I saggi ospitati in questo numero speciale della Rivista OIDU costituiscono una parte degli Atti del Convegno *“Cinquant’anni dalla riforma del diritto di famiglia: una svolta epocale delle relazioni familiari?”* svoltosi a Messina, presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, nei giorni 16 e 17 maggio 2025.

Il volume ove si darà compiutamente atto degli svolgimenti dell'incontro di studi è in corso di pubblicazione. Intanto devono essere ringraziati i condirettori della Rivista OIDU e la sua redazione per le anticipazioni qui consentite.

ROBERTO AMAGLIANI



INDICE

ALESSANDRO MORELLI, <i>Introduzione</i>	I
MARIO CALOGERO, « <i>Sessione introduttiva: analisi del contesto di riferimento</i> »	
Lo stato dell'arte	
ANGELO FEDERICO, <i>Del contributo alla Riforma del diritto di famiglia di alcuni esponenti della Scuola giuridica di Messina</i>	1
MARIA F. TOMMASINI, <i>I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio tra tradizione e attualità</i>	7
ANTONINA ASTONE, <i>I danni endofamiliari</i>	20
MARIAFRANCESCA COCUCCIO, <i>Matrimonio nullo e buona fede: profili personali e patrimoniali del matrimonio “putativo”</i>	32
ALBERTO MARCHESE, <i>La risoluzione pattizia della crisi familiare: prospettive civilistiche</i> ..	47
VALERIA RESTUCCIA, <i>L'impresa familiare. Vecchie e nuove problematiche</i>	60
Le prospettive (I)	
LINA PANELLA, <i>Introduzione</i>	72
LUCA BUSCEMA, <i>La famiglia: radici, eredità morale, trasmissione e apprendimento significativo di valori identitari. Profili giuspubblicistici</i>	75
EMANUELE LA ROSA, <i>La riforma del diritto di famiglia nella (lenta) evoluzione del diritto penale della famiglia</i>	86
FRANCESCA PERRINI, <i>Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo in materia di procreazione assistita</i>	102
ANNA PITRONE, <i>L'influenza dell'ordinamento UE sul diritto di famiglia</i>	110
FRANCESCO MARTINES, <i>La casa come “luogo” della famiglia. Nuovi strumenti di tutela del diritto all'abitare: dal social housing al co-housing</i>	120
Le prospettive (II)	
FRANCESCO CIRAOLO, <i>Introduzione</i>	142
PATRIZIA ACCORDINO, <i>La rilevanza dei legami familiari nell'ambito delle “dinamiche fiscali” patologiche</i>	145
MAURIZIO BALLISTRERI, <i>L'evoluzione del diritto di famiglia e del diritto del lavoro nei cambiamenti sociali del nostro paese</i>	161
ROBERTO CARATOZZOLO, <i>L'accesso ai servizi bancari e finanziari quale strumento di riequilibrio nei rapporti tra coniugi</i>	168
SANTA DE MARCO, <i>La fiscalità dei patti di famiglia</i>	177
MARIA VITTORIA SERRANÒ, <i>Il nucleo familiare e la capacità contributiva: evoluzione storica e prospettive “de iure condendo”</i>	187

INTRODUZIONE

ALESSANDRO MORELLI*

È un onore e un piacere portare i saluti del Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche in apertura di questo importante Convegno organizzato da Roberto Amagiani e dalle altre colleghe e colleghi della cattedra di Diritto privato, in occasione dei cinquant'anni della legge n. 151 del 1975 di riforma del diritto di famiglia.

Quello che viene oggi rievocato e che costituirà oggetto di autorevoli ed approfondite analisi è un passaggio epocale nella storia evolutiva del nostro ordinamento; si parla di una riforma che ha dato finalmente un'ampia (anche se ovviamente non compiuta) attuazione legislativa ai principi enunciati dalla Carta repubblicana, a cominciare da quelli previsti negli artt. 29 e 30 (i quali, ovviamente, fanno sistema con altri principi fondamentali nel medesimo testo riconosciuti, come quelli di libertà, egualianza e solidarietà).

Non v'è dubbio che la legge del '75 abbia segnato un momento di svolta, non soltanto per la regolazione dei rapporti familiari ma anche per il più ampio processo di emancipazione sociale e giuridica della donna. Tale correlazione tra le riforme inerenti all'assetto della famiglia e i cambiamenti che hanno interessato il ruolo della donna nella società è sottolineata, in particolare, da Giuseppe Speciale nel suo denso contributo storico-giuridico, che ricostruisce un itinerario che va dall'Unità d'Italia all'avvento della Costituzione, mostrando la lenta erosione del modello patriarcale. Anche le riforme apparentemente più innovative, infatti, il più delle volte sono il frutto di prolungati e complessi processi culturali, dei quali è necessario tenere conto per inquadrare correttamente i contenuti e la portata delle trasformazioni prodotte.

La legge n. 151 è, poi, approfonditamente analizzata da Tommaso Auletta nella sua relazione, che fornisce un ampio affresco dell'evoluzione del diritto di famiglia negli ultimi cinquant'anni. Si sottolinea, innanzitutto, il carattere fortemente innovativo del dettato costituzionale in materia, evidenziando come il riconoscimento del principio di egualianza morale e giuridica dei coniugi (contenuto nel secondo comma dell'art. 29 Cost., pur «con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare») abbia sovvertito la visione codicistica del rapporto di coppia connotato dalla predominante posizione riservata al marito, inteso, a tutti gli effetti, come «capo della famiglia». Nel complesso, tale principio, unitamente alla previsione, contenuta nel primo comma del medesimo articolo, secondo cui «[...]a Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», e al principio previsto dal terzo comma dell'art. 30, in base al quale la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio «ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima», sancisce il «definitivo abbandono della concezione istituzionalistica della famiglia portatrice di un interesse superiore e la configura come formazione sociale funzionalizzata al perseguimento degli interessi della persona».

* Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell'Università degli Studi di Messina.

Se la riforma del '75 ha dato un contributo decisivo all'attuazione dei principi costituzionali di egualanza, solidarietà e libertà nella vita familiare, gli anni più recenti hanno visto una progressiva apertura dell'ordinamento a modelli plurali di relazioni affettive, fino al riconoscimento di un “principio famiglia” unitario, che troverebbe traduzione in ogni stabile organizzazione di vita affettiva come “formazione sociale” tutelata dall'art. 2 Cost.

Restano aperte, tuttavia, diverse questioni, che meritano ancora adeguati interventi normativi (dall'unificazione della filiazione alla regolamentazione della surrogazione e delle famiglie ricomposte), nella prospettiva di una continua evoluzione del diritto di famiglia nel solco dei principi definiti dalla Carta repubblicana.

Su un piano diverso, ma complementare, si colloca la riflessione di Antonio Ruggeri, che si sofferma sulla tensione fra stabilità e mutamento del modello costituzionale di famiglia. Senza disconoscere la necessaria apertura della Carta repubblicana a una pluralità di forme affettive e genitoriali, Ruggeri individua alcuni tratti indefettibili del modello costituzionale che non potrebbero essere modificati se non attraverso revisione costituzionale. In tale prospettiva, si sottolinea la necessità di mantenere un diritto costituzionale capace di rigenerarsi semanticamente senza dissolversi, pur a fronte delle tante e sempre nuove istanze di riconoscimento provenienti dalla società, le quali possono continuare a trovare copertura nella tutela assicurata dall'art. 2 Cost.

L'analisi sociologica condotta da Ester Cois, se da un lato mostra come, lungo i cinquant'anni dalla riforma del 1975, si sia avuta una moltiplicazione delle forme familiari, non tanto in termini di varietà di configurazioni concrete (dato che tale varietà, in fondo, si è sempre avuta), ma «dal punto di vista della validazione prioritaria assegnata a un solo modello familiare rispetto a tutti gli altri», dall'altro lato, porta a confermare, in conclusione, la «cifra familiare» come uno dei *contenuti sostanziali della cittadinanza*, capace di condizionare «da possibilità di realizzarsi nelle formazioni sociali scelte come più adeguate, di dare significato alla propria esistenza e di concepire la felicità individuale e di coppia». Per questo, conclude Cois, è ancora così importante comprendere la natura e il ruolo di tali formazioni, aggiornando le competenze necessarie a comprendere il linguaggio delle tante “famiglie” esistenti. Ed è, quest'ultimo, un compito di grande rilievo anche per il diritto e per i suoi processi interpretativi e creativi, un compito la cui realizzazione non può che esigere uno studio interdisciplinare e transdisciplinare come quello condotto in questo Convegno.

Seguono, nelle sessioni successive, contributi di taglio storico, filosofico, giuridico e sociologico (la maggior parte dei quali offerti da colleghi e colleghi afferenti al Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche), rispettivamente volti ad approfondire i precedenti della riforma del '75, i contesti, lo stato dell'arte della disciplina (vista anche nella sua effettività) e le ulteriori prospettive evolutive della stessa.

Analisi come quelle condotte in questa sede rivelano l'adeguatezza di un Dipartimento multidisciplinare come il nostro ad affrontare la complessità dei fenomeni oggetto di studio delle odierne scienze sociali, offrendo contributi importanti non soltanto per la comprensione dei problemi e dei contesti, ma anche per l'individuazione di possibili interventi correttivi degli assetti istituzionali e normativi.

Nel complimentarmi ancora con gli organizzatori e ringraziando loro e tutti i partecipanti a questo Convegno, non mi resta, pertanto, che augurare a tutte e a tutti un buon lavoro.

SESSIONE INTRODUTTIVA: ANALISI DEL CONTESTO DI RIFERIMENTO

MARIO CALOGERO*

Confesso che, accanto ai prestigiosissimi relatori che partecipano alla Sessione introduttiva di questo interessantissimo convegno, ed in particolare, per ragione di affinità di interessi scientifici, accanto ai professori Auletta e Ruggeri, mi sento del tutto inadeguato ad introdurre i lavori.

Per questa ragione, onde non sfigurare troppo, mi limiterò solo ad alcune brevissime notazioni, lasciando loro il compito di sviluppare come si conviene i vari temi che vengono in rilievo.

Tanto doverosamente premesso, credo si possa agevolmente convenire sul fatto che la disciplina (il diritto) della famiglia, contenuta nel testo originario del codice civile del 1942, rappresentava una sorta di usbergo posto a presidio di una idea di famiglia, figlia di valori etico-sociali, nonché riflesso di strutture sociali, economiche e politiche (quali, per restare solo agli aspetti più macroscopici, la primazia dell'uomo, marito e padre, sulla donna, moglie e madre, la netta distinzione dei compiti dell'uomo e della donna dentro e fuori la famiglia, la inconciliabile diversità di trattamento, insomma la discriminazione, tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio, la natura prevalentemente agricola dell'economia italiana, e così via) molto risalenti nel tempo.

Quando, però, nel 1975, con la l. 19.5.1975, n. 151 sopraggiungeva la storica riforma del diritto di famiglia, quell'usbergo era stato già oggetto di molti assalti che, indebolendolo, avevano cominciato ad introdurre elementi di discontinuità rispetto al tradizionale modello di famiglia, che la medesima riforma avrebbe portato a sviluppi ulteriori. Si pensi, anche questa volta per restare agli aspetti più eclatanti, ai principi introdotti dalla Costituzione del 1948 (in particolare, l'egualanza tra uomo e donna e, ancor più specificamente, l'egualanza morale e giuridica, tra i coniugi; la tutela dei figli nati fuori dal matrimonio, seppur nei limiti della compatibilità con quella dei figli nati nel matrimonio) che hanno consentito al giudice delle leggi, già prima del 1975, di cancellare alcune delle norme codicistiche maggiormente in contrasto con la Costituzione medesima; alla fine del "dogma" della indissolubilità del matrimonio, grazie alla legge del 1970 sullo scioglimento del matrimonio e sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario; alla disciplina della adozione (speciale) dei minori in stato di abbandono, aggiunta al codice civile originario nel 1967; ed altro si potrebbe aggiungere.

E' appena il caso di sottolineare che le modificazioni/integrazioni del formante legislativo e giurisprudenziale appena segnalate (e le altre dello stesso segno poste in essere nello stesso periodo) avvenivano di pari passo, tra l'altro, a) con il mutamento, manifestatosi quasi immediatamente dopo la fine del secondo conflitto mondiale, della sensibilità sociale nei confronti dei rapporti di coppia (e di filiazione) e dei costumi sociali in generale; b) con l'imponente fenomeno della emancipazione femminile che nello stesso torno di anni cominciava a prendere corpo, e che, tra l'altro, evidenziava come un sempre maggior numero

* Professore ordinario f.r. di diritto privato, Università di Messina.

di donne mirava a proiettare le proprie istanze di realizzazione personale (lo sviluppo della propria personalità, insomma) al di là dell'assolvimento dei meri compiti domestici; c) con la trasformazione dell'economia del nostro Paese, da agricola ad industriale, e altro ancora.

Insomma, non credo sia azzardato affermare che nel 1975, ma forse anche prima, la famiglia quale risultava dal codice del 1942 in realtà, in larga misura, non esisteva più, se non forse nella memoria collettiva, quale retaggio di convincimenti sociali, religiosi ed etici molto risalenti e duri a scomparire.

Fatto sta, però, che solo con la novella del 1975 il tessuto codicistico della famiglia del 1942 veniva letteralmente e definitivamente strappato; e seppur nella riforma non era difficile ravvisare anche elementi di continuità con il passato (si pensi, ad esempio, nell'ambito della disciplina della potestà dei genitori ex art. 316 post riforma, al persistente ossequio alla primazia dell'uomo, laddove stabiliva che “Se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre [non la madre] può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili”, o al tuttora vigente art. 143-bis in forza del quale “la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze” o ancora alla assenza di qualsiasi ripensamento della disciplina del cognome patronimico dei figli che, in fondo, si risolveva in un ulteriore ossequio alla primazia dell'uomo) non v'è dubbio che la relativa disciplina segnava un inesorabile momento di discontinuità rispetto al passato.

Come ho già detto, i Relatori di questa sessione illustreranno sicuramente di gran lunga meglio di quanto abbia potuto fare io con queste estremamente sintetiche osservazioni i temi in esame.

Per questo mi affretto a dare loro la parola.

Prima, però, mi sia consentita un'ultima osservazione.

La riforma del 1975 non poteva, certo, rappresentare la risposta definitiva alla esigenza di offrire idonea tutela ai valori ed interessi legati alla famiglia, allora già emersi, e nemmeno una risposta destinata a durare senza limiti di tempo. Il diritto, come è ben noto, è un fenomeno storico e, dunque, non può sottrarsi ai cambiamenti, agli adattamenti che l'evoluzione della società via via richiede.

Ed invero, la famiglia, i rapporti e le dinamiche familiari, dopo il 1975, hanno continuato ad evolversi sul piano culturale e sociale, peraltro, anche su impulso del diritto e della giurisprudenza internazionale ed europea, ed il nostro legislatore (unitamente alla giurisprudenza, ordinaria e costituzionale) non ha potuto non tenerne conto.

Guardando, anzi, ad alcune novità relative al diritto di famiglia o comunque incidenti sullo stesso, successive al 1975, di respiro forse più limitato, ma non per questo meno profonde (si pensi, ancora una volta limitandoci ai fenomeni più evidenti, alle discipline della Interruzione volontaria della gravidanza, della Procreazione medicalmente assistita, della Amministrazione di sostegno, dello Stato unico di figlio, delle Unioni civili, delle Convivenze etero ed omosessuali, della Negoziazione assistita familiare preordinata alla separazione e al divorzio), mi verrebbe fatto di dire, che proprio a partire da quell'anno tutti i formanti del sistema, in particolare quello legislativo, quello giurisprudenziale e quello dottrinale, sono stati costretti a fare continuamente i conti con la “permacrisi”, indotta su molti aspetti dei legami familiari e sui corrispondenti valori dalle tumultuose trasformazioni sociali, culturali, economiche e tecnologiche della nostra epoca, sempre alla ricerca di un idoneo assetto giuridico.

“Permacrisi” alla quale, in una certa misura, la stessa riforma del 1975, cancellando i rigidi schemi del passato, probabilmente ha contribuito a schiudere le porte.

Lo stato dell'arte

DEL CONTRIBUTO ALLA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA DI ALCUNI ESPONENTI DELLA SCUOLA GIURIDICA DI MESSINA

ANGELO FEDERICO*

Nel dare avvio alla presente Sessione intitolata Lo stato dell'arte non posso fare a meno di ringraziare, intanto, il regista di questo Convegno, il prof. Roberto Amagiani, a cui mi lega una, ahimè, lunga, ma fortunatamente anche arricchente e solida amicizia. A quest'ultima, infatti, prima di tutto, devo l'opportunità, assolutamente preziosa, di prendere parte al presente Convegno su i Cinquant'anni dalla riforma del diritto di famiglia e di introdurne la presente Sessione.

Un Convegno che nel voler dare risposta all'interrogativo che lo sorregge, Una svolta epocale delle relazioni familiari?, viene declinato in chiave plurale, come solo nel Dipartimento che lo ha promosso e che lo ospita, quello di Scienze Politiche e giuridiche (Scipog) è possibile svolgere. All'insegna, voglio dire, di una riflessione che va oltre la prospettiva giuridica e si avvale anche di uno sguardo meno autoreferenziale, quello della dimensione storica e di quella sociologica-politica, dei precedenti, appunto, e delle prospettive della Riforma, come si intitolano le diverse sessioni.

Per questa raffinata e avvincente articolazione che, senza trascurare il passato, vuole interrogarsi sul futuro e sul cambiamento inarrestabile dei rapporti familiari, non ci si può non complimentare con gli altri componenti del Comitato scientifico i prof.ri Maria Francesca Tommasini e Alberto Marchese che, tra l'altro, da qui a poco ascolteremo.

Ai relatori della presente sessione, su Lo Stato dell'arte, ai quali lascerò di qui a poco la parola il compito, sicuramente non semplice, di fare il punto su alcune delle questioni più attuali che investono il diritto delle relazioni familiari: quella dei profili personalistici dei diritti e dei doveri familiari, sia nella fase fisiologica del rapporto che in quella patologica dei c.d. danni endofamiliari, nella loro evoluzione; quella dei profili patrimoniali, e non, che discendono dal matrimonio putativo e dall'esistenza dell'impresa familiare e, infine, la riflessione sulla crisi, ormai sempre più frequente del rapporto e, conseguentemente, sulla ammissibilità di forme di gestione pattizia della stessa¹.

Anche soltanto cercare di fare una sintesi delle questioni appena evocate che sottendono il processo di trasformazione attualmente in atto nel diritto delle Relazioni familiari sarebbe una missione impossibile. Come è davanti agli occhi di tutto, si tratta di una realtà normativa che si va facendo sempre più complessa e disarticolata, con la necessità di tenere in considerazione plessi normativi, regole e principi dislocati fuori dal codice (adozione, divorzio, unioni civili e convivenze, procreazione medicalmente assistita, negoziazione familiare assistita).

* Professore ordinario di diritto privato, Università di Messina.

¹ Si tratta, delle seguenti Relazioni: M. F. Tommasini, *I diritti e doveri nascenti dal matrimonio tra tradizione e attualità*; A. Astone, *I danni endofamiliari*; M. F. Cocuccio, *Matrimonio nullo e buona sede: profili personali e patrimoniali del matrimonio putativo*; A. Marchese, *La risoluzione pattizia della crisi familiare: prospettive civilistiche*; V. Restuccia, *L'impresa familiare. Vecchie e nuove problematiche*.

Mi limiterò, allora, escludendo fin da ora il controcanto sulle relazioni che andremo ad ascoltare, a svolgere qualche brevissima considerazione introduttiva che vuole essere una sorta di omaggio alla memoria, quasi doveroso in questo Ateneo, sul contributo, determinante che alcuni componenti di spicco della Scuola giuridica di Messina², hanno dato non solo al sorgere, ma anche alla realizzazione di alcuni degli obiettivi della Riforma e, direi anche, a contribuire e a fare in modo che le realtà familiari e le regole della Riforma tenessero il passo con La sfida della complessità³ da cui sono state investite.

In questa sede, naturalmente, non ho l'opportunità di prendere in considerazione l'apporto complessivo che diversi Civilisti che si sono formati a Messina hanno svolto e, a tutt'oggi, continuano a svolgere in materia di diritto di famiglia (si pensi, ad es. agli studi, particolarmente significativi, di Marcella Fortino o di due acuti giuristi della mia generazione come Roberto Amagliani e Attilio Gorassini)⁴, e però voglio sottolineare che, a prescindere dalle diverse inclinazioni e formazioni personali degli Autori, non è difficile rintracciare il comune filo rosso, come si dice, che sorregge sul piano del metodo tali studi: la comune appartenenza ad una Scuola che si caratterizza per il necessario riferimento a la giurisprudenza come scienza pratica⁵. E, conseguentemente, per la utilizzazione complementare dell'analisi (l'esegesi) e della sintesi (la sistematica) nella ricerca degli interessi e nella reinterpretazione dei valori in cui il diritto traduce le esigenze che provengono dalla realtà sociale⁶.

Mi concentrerò, invece, in modo sintetico e necessariamente assertivo, solo qualche cenno, su l'influenza che tre grandi giuristi messinesi hanno dato alla Riforma contribuendo: a) ad anticiparla e prepararla, quantomeno sul versante della Scienza giuridica; b) a prospettare una chiave interpretativa di snodi determinanti di ambiti della riforma (i rapporti patrimoniali) oggi del tutto accolta e divenuta diritto vivente; c) a coglierne, infine, nella dialettica tra sistema formale e sistema reale delle relazioni familiari, anche alla luce della prospettiva europea, la dimensione del mutamento e della complessità⁷.

Mi riferisco rispettivamente a Lorenzo Campagna, Angelo Falzea e Vincenzo Scalisi. Vediamone il perché.

² Di recente in tema possono vedersi le ricostruzioni di G. D'AMICO, *Angelo Falzea e la Scuola giuridica di Messina*, e di M. LA TORRE, *La normatività e la Scuola di Messina – Angelo Falzea e Rodolfo De Stefano*, entrambi in, a cura di Giovanni D'Amico e Angelo Federico, *Angelo Falzea. Un Maestro del Novecento giuridico italiano*, Giappichelli, 2024, 7 ss.

³ Il riferimento è allo storico volume curato da Gianluca Bocchi e Mauro Ceruti, *La sfida della Complessità*, ristampato di recente da Mimesis, 2025 con Presentazione di Sergio Manghi.

⁴ Per volersi limitare ai temi della Riforma mi limito a ricordare di Marcella Fortino la seconda edizione del Manuale, *Diritto di famiglia, I valori, i principi, le regole*, Giuffrè, 2004, di Roberto Amagliani gli Studi raccolti in *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Giappichelli, 2005, mentre di Attilio Gorassini, lo studio monografico *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, Esi, 1994.

⁵ *La giurisprudenza come scienza pratica*, come è noto, è il titolo di un famoso saggio di Salvatore Pugliatti edito su la RISG del 1950, oggi in Id., *Scritti giuridici*, VI, 2012, p. 3, che ha costituito una sorta di manifesto scientifico per gli studiosi messinesi del diritto.

⁶ Sulle due tendenze e sulla necessità metodologica della loro integrazione A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, 75, nt. 62, che richiama anche S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica*, Giuffrè, 1958, 667 ss.

⁷ Il riferimento è ai numerosi studi svolti da Vincenzo Scalisi durante un quarantennio sul diritto di famiglia che sono in qualche modo uno svolgimento del principio di adattamento della forma alla sostanza o di convenienza dell'effetto agli interessi portati dalla realtà fattuale teorizzato da Angelo Falzea (*Efficacia*, pp. 62-63).

Se probabilmente può condividersi quanto scrive Luigi Mengoni circa il ruolo del tutto marginale svolto dalla cultura accademica italiana sulla riforma del diritto di famiglia⁸, nonostante i due importanti Convegni di Venezia presso la Fondazione Cini che la precedettero⁹ a Lorenzo Campagna, cui, non a caso è intitolata l'Aula dove si sta svolgendo il Convegno,¹⁰ può essere assegnato un ruolo non marginale e in un certo senso preparatorio della Riforma, e dello stesso modo di concepire e di interpretare il diritto di famiglia: finalmente alla luce dei principi e valori costituzionali di cui agli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione per decenni rimossi dalla dottrina¹¹.

Il riferimento è, essenzialmente, a un saggio monografico sintetico e denso, del 1966, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*.

L'A. sottopone a vaglio critico l'idea, incontrastata nella letteratura dell'epoca, della famiglia legittima come centro del sistema e in una posizione di preminenza assoluta e incontrastata nell'ambito di altre relazioni familiari. Campagna evidenzia, sulla scorta del diritto positivo, come già nel codice del 1942, l'adozione, oggetto privilegiato della sua indagine avesse cominciato a mutar pelle, rispetto alla valenza esclusivamente successoria che la caratterizzava nella codificazione napoleonica e in quella italiana del 1865¹².

“L'abolizione del limite di età minima dell'adottando e la conseguente possibilità di adottare minori di età”, osserva Campagna, “ha profondamente alterato il sistema di interessi che stava a base del fenomeno, introducendo un valore nuovo: l'interesse dei minori, interesse che, a causa dei particolari caratteri che riveste, ha assunto nella considerazione normativa un rilievo di primo piano”¹³.

La nozione giuridica di famiglia, comunque, con non si identifica ma va distinta dalla parentela per Campagna, va verificata, cosa che oggi ci appare del tutto scontata alla luce delle norme costituzionali che “hanno in gran parte innovato rispetto al sistema accolto dal legislatore del 1942”.

Si profila così una concezione nuova e diversa della famiglia in cui trovano spazio accanto alla famiglia fondata sul matrimonio, quella nascente dalla adozione o ancora dal riconoscimento del figlio naturale. Le cause di questo mutamento, scrive Campagna, vanno ricercate principalmente “nel diverso valore che si assegna oggi al valore della persona umana” e “alle esigenze del minore”¹⁴.

⁸ Scrive L. MENGONI, in *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997, 50, come : “La marginalizzazione del rapporto tra cultura accademica e legislazione si è manifestata anche nell'elaborazione delle leggi che hanno profondamente rinnovato la disciplina del codice civile in materia di diritto di famiglia: le due leggi sull'adozione del 1967 e del 1983, la legge di divorzio del 1970 e la legge di riforma organica del 1975”.

⁹ *La Riforma del diritto di famiglia*, Cedam, 1967, nonché *La Riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno, Cedam, 1972

¹⁰ Per uno schizzo su l'itinerario biografico e scientifico di Lorenzo Campagna mi permetto di fare rinvio a A. Federico, *Campagna, Lorenzo* su DBGI, I, Bologna, 401-402.

¹¹ Ne costituisce un segno tangibile la voce *Famiglia* scritta per l'Enciclopedia del diritto da Pietro Barcellona circa un decennio prima della Riforma che appare profondamente influenzata dalla monografia dell'A. a cui facciamo riferimento.

¹² “...al rapporto di carattere meramente successorio cui l'adozione dava origine si è sostituita la famiglia adottiva, un nuovo istituto giuridico che si pone accanto alla famiglia legittima” (p. 95).

¹³ Op. cit., 26.

¹⁴ “L'interesse del minore è in effetti diventato la preoccupazione dominante del legislatore: il dato fondamentale in relazione al quale l'intera disciplina dell'adozione ha acquistato una nuova dimensione” Id., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, 1966, p. 94.

E' una vera e propria rivoluzione copernicana che precorre una concezione, quella della famiglia degli affetti e dell'incidenza dell'interesse del minore in tema di crisi familiare e di filiazione, che solo con la Riforma prenderanno forma e sostanza normativa.

Lorenzo Campagna, primo Preside nel 1970 dell'appena istituita Facoltà di Scienze Politiche, scompare prematuramente il 7 febbraio del 1971, a soli quarantatré anni, e non conoscerà la nuova disciplina del diritto di famiglia introdotta dalla Riforma del 1975, ma il suo contributo e il suo pensiero rappresenteranno un punto di riferimento ineludibile negli studi sulla stagione cd. costituzionale della famiglia fondata sulla parità e sulla solidarietà¹⁵.

Nonostante Angelo Falzea, il più autentico continuatore dell'insegnamento di Salvatore Pugliatti, sia molto più noto per i suoi studi di teoria generale anche i suoi scritti sul diritto di famiglia rappresentano "un contributo unico e imprescindibile"¹⁶.

In questa introduzione, però, farò esclusivo riferimento a uno studio pubblicato all'indomani della Riforma che può considerarsi assolutamente determinante circa l'interpretazione da condurre sui Rapporti patrimoniali nell'ambito del diritto di famiglia tra i coniugi e non solo : Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia¹⁷ .

Grazie ad un analitico censimento degli interessi che il legislatore della Novella aveva inteso riconoscere e tutelare (della famiglia, dei coniugi, dei figli, dei terzi) Falzea, identifica nel dovere di contribuire (l'art. 143, comma 3, c.c.), pur previsto nell'ambito dei rapporti personali tra i coniugi, e di cui rintraccia le diverse modalità di attuazione, lo strumento giuridico in grado di realizzare, quale espressione del principio di solidarietà coniugale, l'uguaglianza sostanziale tra i coniugi. Falzea osserva come uno degli obiettivi fondamentali della Riforma non potesse essere affidata al regime patrimoniale legale, quello della comunione dei beni, comunque, non universale e oltretutto facilmente derogabile (con una semplice dichiarazione resa nell'atto di celebrazione del matrimonio) come, invece, i primi commentatori erano inclini a ritenere.

Oggi non solo è un dato acquisito, anzi del tutto scontato, la distinzione costruita da Falzea, pur in mancanza di qualsiasi espresso riferimento testuale, tra "regime patrimoniale primario-contributivo" inderogabile nell'ambito della conduzione della vita familiare e regime patrimoniale secondario distributivo costituito dalle diverse regole che disciplinano la spettanza dei beni dei coniugi (fondamentalmente comunione o separazione dei beni). Non solo. Il Dovere di contribuzione, secondo l'insegnamento di Falzea, continua a tutt'oggi a costituire un fattore di potente stabilizzazione e riorganizzazione sistematica dei rapporti patrimoniali nelle relazioni familiari in genere (anche con riferimento alla crisi o alla disciplina delle unioni civili e delle convivenze) rispetto a un riformismo legislativo a volte ambiguo, a volte contraddittorio, a volte incerto¹⁸.

¹⁵ Non è un caso se quando nel 1973, proprio a ridosso della riforma viene pubblicato il volume "Studi sulla riforma del diritto di famiglia", in cui un folto gruppo di studiosi messinesi si cimenta sul testo unificato delle proposte di legge sulla riforma del diritto di famiglia in esergo si legge "questa ricerca si collega idealmente agli studi sul diritto di famiglia di Lorenzo Campagna ed è dedicata alla memoria di Lorenzo Campagna "ai cui studi" " sul diritto di famiglia si collega" Si tratta di una serie di saggi condotti sul testo del disegno di legge e che dopo il saggio iniziale di Ennio Russo sui Profili generali si sofferma su Matrimonio e famiglia , La Filiazione, I Rapporti Patrimoniali

¹⁶ Così, M. Bianca, *Angelo Falzea e il diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1062 ss.; sul pensiero di Angelo Falzea con riferimento al diritto di famiglia vedi anche R. AMAGLIANI. *Il pensiero lungimirante e anticonformista di Angelo Falzea negli scritti sul diritto di famiglia*, in *Angelo Falzea*, a cura di Giovanni D'Amico e Attilio Gorassini, Esi, 2023, 781 ss.

¹⁷ In *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 609 ss.

¹⁸ Per la dimostrazione analitica di questo assunto mi permetto di rinviare per alcune considerazioni di sintesi a A. FEDERICO, *Dovere di contribuzione e dinamiche familiari*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 7 ss.

Vincenzo Scalisi, infine, allievo principale di Angelo Falzea, ha avuto una lunga e ricorrente consuetudine col diritto di famiglia svoltasi per oltre un quarantennio¹⁹. Naturalmente non è possibile riprendere i diversi temi approfonditi dall'Autore dopo la riforma e che analizzano, anche in dimensione storica e sociologica, i luoghi principali delle relazioni familiari. A lui, però, va soprattutto ascritta, la piena intuizione e percezione del profondo cambiamento che con la riforma del 1975 si era realizzata nel diritto di famiglia. E' lui per primo in un lavoro, *La famiglia e le famiglie*²⁰ scritto in occasione del decennale della riforma, a gettare un sasso in piccionaia. Il saggio suscitò polemiche e dissensi, ma l'identificazione e la ricostruzione di una pluralità di statuti normativi della famiglia rappresenterà l'inizio di un nuovo percorso che andrà a intraprender la civilistica italiana, così come l'affermarsi della consapevolezza della necessità di recuperare nello studio del diritto di famiglia la dimensione dell'avvenuto passaggio da una società industriale ad una società post-industriale e dell'esplodere della complessità sociale.

Post modernità e complessità solo le formule o meglio le traiettorie di ricerca che orientano il percorso di Vincenzo Scalisi che così condenserà in uno degli ultimi saggi il suo itinerario scientifico: "sul rapporto legge – famiglia molto si è detto e scritto. Ma vi è un aspetto sul quale è utile tornare a riflettere ed è il seguente. A differenza di tutti gli altri fenomeni giuridici, la famiglia al pari della persona non appartiene soltanto al mondo dell'essere (Sein), ma anche e soprattutto è il luogo del dover essere, il luogo cioè, dove si producono e hanno origine le corrispondenti regole di governo delle relazioni familiari.

Vi è nella famiglia nesso di necessaria coappartenenza tra Sein e Sollen tra realtà e regola. La giuridicità, anzi, è propriamente conformativa e costitutiva della stessa dimensione familiare"²¹. (p. 243).

Tre contribuiti, allora, tre esercizi di stile giuridico, tre studiosi che tenendo fede a un metodo appreso nelle Aule di questo Ateneo con il loro intuito e il loro impegno, in una parola con la loro maestria, hanno preceduto e accompagnato in modo determinante la Riforma che tra qualche giorno, il 19 maggio del 2025 avrà compirà i cinquant'anni. Tre studiosi che costituiscono a tutt'oggi un esempio che con orgoglio possiamo ascrivere alla nostra scuola, e in qualche modo a noi stessi e a tutti i giovani studiosi messinesi, nella misura in cui anche inconsapevolmente abbiamo introiettato il messaggio del loro insegnamento e riusciamo ancora a trasmetterlo a chi, come i relatori che ci accingiamo ad ascoltare vorranno o dovranno misurarsi con le molte sfide che le nuove realtà dei rapporti familiari continuano a proporci .

¹⁹ I suoi studi si trovano raccolti e sistematicamente organizzati in V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, 2014 cui vanno aggiunti Id., *Maternità surrogata, come «far cose con regole»*, in *Riv.dir.civ.*, 2017, 1097 ss. e *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2028 405 ss.

²⁰ Vedilo in *Studi sul diritto di famiglia* cit., 3 ss.

²¹ Id., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, *Studi* cit., 6.4

DIRITTI E DOVERI NEL MATRIMONIO: UN CONFRONTO TRA PASSATO E PRESENTE

MARIA FRANCESCA TOMMASINI*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il dovere di fedeltà e la riparazione del danno c.d. *endofamiliare*. - 3. Il dovere di coabitazione e la residenza della famiglia. - 4. Doveri patrimoniali nel matrimonio. - 5. Responsabilità genitoriale e doveri verso i figli. - 6. Doveri matrimoniali e nuove forme familiari: verso un'evoluzione del diritto.

1. Premessa

I diritti e i doveri reciproci che nascono tra marito e moglie per effetto del matrimonio costituiscono materia del Capo IV del Titolo sesto del primo libro del codice civile¹ così come modificato dalla Legge di riforma del diritto di famiglia del 1975². La riforma, prevedendo al novellato articolo 143 c.c. che “con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri” ha attuato in maniera incondizionata il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dall’articolo 29 della Costituzione³. Fino a quel momento, infatti, la normativa, più che a tale principio aveva dato seguito alla parte finale dell’articolo 29 della Costituzione che subordinava l’uguaglianza tra coniugi “alla garanzia dell’unità familiare” piuttosto che al principio di parità. Emblematico è, in tal senso, il previgente articolo 144 c.c. secondo cui il marito-padre era il capo della famiglia; la moglie doveva seguirne la condizione civile, assumerne il cognome ed era obbligata ad accompagnarlo ovunque egli ritenesse opportuno stabilire la propria residenza⁴.

* Professore ordinario di diritto privato, Università di Messina.

¹ Il libro primo del codice civile, dedicato alle persone (fisiche e giuridiche) ed alla famiglia, è insieme il più antico ed il più nuovo. Il più antico perché approvato ed entrato in vigore prima degli altri e il più nuovo perché ampiamente riscritto in anni recenti a seguito del mutato costume sociale (F. MARINELLI, *Il diritto di famiglia venti anni dopo*, in *Giust. civ.* 1995, 27; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma -Bari 1991, 66).

² Legge n. 151 del 19 maggio 1975, in G.U. n. 135 del 23 maggio 1975. La legge entra in vigore 120 giorni dopo la sua pubblicazione e cioè il 20 settembre 1975.

³ R. AMAGLIANI, *I principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi costituzionali* a cura di Ventura-Morelli, Milano 2015, 625.

⁴ Particolarmente significativa è, in tal senso, l’evoluzione di pensiero della Corte Costituzionale. A fronte delle prime interpretazioni tendenti a giustificare la diversa posizione del marito e della moglie prevista dalla disciplina ordinaria proprio in considerazione dell’unità familiare e, quindi, a considerare l’eguaglianza fra i coniugi alla stregua di un principio relativo (Corte Costituzionale, sentenza n. 64 del 28 novembre 1961, in *Giur. cost.* 1961, 1224), nel tempo la Consulta ha, inizialmente, ritenuto il principio di egualità fra i coniugi assoluto (Corte Costituzionale, sentenza n. 46 del 23 maggio 1966, in *Giur. cost.* 1966, 772) per poi giungere ad affermare, seppure con riferimento ai rapporti patrimoniali, che l’unità della famiglia si rafforza nel rispetto del principio di solidarietà e di parità fra i coniugi (Corte Costituzionale, sentenza n. 133 del 13 luglio 1970, in *Giur. cost.* 1970, 1605).

Secondo quanto previsto nella versione originaria dell'articolo 143 del codice civile, i coniugi erano tenuti a tre principali doveri: coabitazione, fedeltà (perdurante nonostante la separazione personale)⁵ e assistenza. Con la riforma, il legislatore ha confermato i doveri di fedeltà e coabitazione, ha ridefinito il dovere di assistenza, articolandolo nei suoi aspetti sia morali che materiali ed ha introdotto un nuovo dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia. Per dare attuazione concreta al principio di effettività sancito dall'articolo 3, comma 2, della Costituzione, ha aggiunto l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia (art. 143, comma 3, c.c.), rafforzando così il principio della partecipazione sostanziale alla vita familiare. Sebbene i doveri coniugali siano indicati nominalmente, il legislatore non ne ha, però, fornito una definizione puntuale⁶, demandando all'interprete il compito di delinearne di volta in volta il contenuto concreto.

2. Il dovere di fedeltà e la riparazione del danno c.d. endofamiliare

Il testo riformato dell'articolo 143 c.c. prevede quale primo dovere tra coniugi quello alla reciproca fedeltà. Se originariamente esso veniva identificato nel “dovere di astensione” da relazioni sessuali con persone diverse dal coniuge e nel corrispondente dovere di “soddisfare le richieste sessuali del partner, quasi che ciascun coniuge potesse vantare una sorta di *ius corporis* sull’altro”⁷, oggi il concetto di fedeltà coniugale non si identifica più nella esclusività affettiva e sessuale ma si avvicina a quello di lealtà⁸ e si articola in una serie di comportamenti (di devozione e ausilio materiale e morale) funzionali alla realizzazione della vita comune⁹. Il dovere di fedeltà dura quanto il matrimonio e non viene meno per limite di età, infermità o altro impedimento fisico¹⁰.

⁵ Sul punto viene sollevata questione di legittimità costituzionale e la Corte Costituzionale (sentenza n. 99 del 18 aprile 1974, in *Foro it.* 1974, I, 1574) dichiara l'illegittimità dell'art. 156, comma 1, nella parte in cui non limita l'obbligo di fedeltà al dovere di astenersi da quei comportamenti che, per il concorso di determinate circostanze, siano idonei a costituire ingiuria grave all’altro coniuge. La permanenza dell’obbligo della fedeltà è questione connessa a quella dell’ammissibilità o meno del mutamento del titolo della separazione, se cioè, per fatti sopravvenuti al provvedimento del giudice, la separazione consensuale possa giudizialmente essere mutata in separazione per colpa di uno dei coniugi o la separazione giudiziale per colpa di uno dei coniugi possa essere mutata in separazione per colpa di entrambi i coniugi, con i ben noti effetti economici in tema di mantenimento e diritti successori. Sul punto la sentenza della Corte costituzionale non risolve il problema, che si ripresenterà all’interprete del nuovo diritto di famiglia, dopo la riforma (G. MELITITIERI, *Evoluzione del diritto di famiglia nei rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. notariato* 1997, 5, 1111).

⁶ F. RUSCELLO, *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano 2005, 91.

⁷ Così F. VASSALLI, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero la Dogmatica Ludicra*, Roma 1885-1955.

⁸ Sull’evoluzione del concetto di fedeltà, sul superamento dell’interpretazione in chiave di esclusività sessuale e sulla diversa configurazione in termini di lealtà si vedano: F. BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale oggi*, in *Giur. it.* 1975, IV, 129; E. SCARANO, *Crisi coniugale e obbligo di fedeltà*, in *Fam. e dir.* 2007, 253; R. TOMMASINI, *Sub art. 143*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, a cura di L. Balestra, I, Torino, 2010, 427; N. COSPIRE, *Artt. 143- 230 bis*, in AA.VV., *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian-Trabucchi, Padova 2011, 232.

⁹ V. VADALÀ, *Obbligo di fedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia* a cura di Cagnazzo-Preite-Tagliaferri, Milano 2015, I, 478.

¹⁰ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Artt. 143 - 146*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano di famiglia* a cura Carraro-Oppo-Trabucchi, Padova, 1977, 228, ma già prima F.D. BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale oggi*, in *Giur. it.* 1975, 129; V. LOJACONO, *Fedeltà coniugale, etica giuridica e costituzione*, in *Dir. fam. pers.* 1974, 1127; P. TRABUCCHI, *Fedeltà coniugale e costituzione*, in *Riv. dir. cir.* 1974, 314.

Nel tempo, quindi, si è assistito ad un processo di trasformazione del significato di fedeltà che, spogliatosi della sua veste arcaica di dovere a contenuto prevalentemente “sessuale”, è da intendersi, più latamente, come capacità di sacrificare interessi e scelte individuali rispetto a quelle imposte dal sodalizio matrimoniale¹¹. In questa accezione possono ricomprendersi nel dovere di fedeltà il divieto per il marito di ricorrere alla donazione di seme o alla sterilizzazione, il divieto per la donna di procedere a una fecondazione eterologa o all'interruzione della gravidanza. La fedeltà impone, ancora, il rispetto della privacy del partner oltre che della sua dignità e onore¹².

Al dovere di fedeltà non corrisponde, tuttavia, un diritto soggettivo assoluto alla fedeltà. La sua violazione non assume rilievo penale avendo, già da tempo, la Corte Costituzionale dichiarato illegittime le norme incriminatrici sull'adulterio e sul concubinato¹³. Essa, però, può rilevare ai fini di un possibile addebito della separazione qualora i comportamenti contrari ai doveri coniugali siano determinanti della rottura del rapporto coniugale e dell'intollerabilità della convivenza¹⁴. Qualora, invece, il comportamento del coniuge violativo del dovere di fedeltà sia collocabile nell'ambito di un rapporto già deteriorato (o non caratterizzato da *affectio coniugalis*), l'addebito non potrà essere pronunciato, essendo l'intollerabilità della convivenza preesistente e indipendente dall'infedeltà commessa¹⁵. Sarà, quindi, compito del giudice accertare, di volta in volta, se “la frattura del rapporto coniugale sia stata provocata dal comportamento oggettivamente trasgressivo di uno o di entrambi i coniugi”¹⁶, se sussista “un rapporto di causalità tra detto comportamento ed il verificarsi dell'intollerabilità della convivenza”¹⁷, o se, piuttosto, “la violazione dei doveri coniugali sia avvenuta quando era già maturata una situazione di crisi del vincolo coniugale in un contesto caratterizzato da una convivenza meramente formale”¹⁸.

¹¹ Corte di Cassazione, sentenza n. 15557 dell'11 giugno 2008, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, 1286; Corte di Cassazione, sentenza n. 8862 del 1° giugno 2012, in *Foro it.* 2012, I, 2037.

¹² G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino 1997, 106.

¹³ Fino al 1969 l'infedeltà coniugale integrava una fattispecie di reato ai sensi degli artt. 559 e 560 del codice penale. L'infedeltà della moglie, peraltro, era da sempre considerata più grave di quella del marito e la differenza di trattamento tra uomo e donna era stata giustificata dal preminente interesse dell'unità familiare. Successivamente, con due sentenze della Corte Costituzionale (la n. 126 del 19 dicembre 1968, in <https://www.diritto.it> e la n. 147 del 3 dicembre 1969, in <https://www.cortecostituzionale.it>) le due norme del codice penale sono state dichiarate incostituzionali (V. PILLA, *L'infedeltà coniugale*, in AA.VV., *Trattato dei nuovi danni*, III, Padova 2011, 371).

¹⁴ Corte di Cassazione, sentenza n. 14591 28 maggio 2019, in *Diritto & Giustizia* 2019, afferma, infatti, che “la pronuncia di addebito non può fondarsi sulla sola violazione dei doveri posti dall'art. 143 c.c. a carico dei coniugi, essendo, invece, necessario accettare se tale violazione abbia assunto efficacia causale nel determinarsi della crisi del rapporto coniugale”. Dello stesso tenore anche Corte di Cassazione, sentenza n. 23284 del 18 settembre 2019, in *Diritto & Giustizia* 2019; Corte di Cassazione, sentenza n. 3923 del 19 febbraio 2018, in *Diritto & Giustizia* 2018. L'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale può giustificare una pronuncia di addebito della separazione anche nell'ipotesi in cui tale condotta sleale sia la causa dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e non una conseguenza di questa (Corte di Cassazione, sentenza n. 18175 del 23 ottobre 2012, in *Diritto & Giustizia* 2012).

¹⁵ Corte di Cassazione, sentenza n. 7998 del 4 aprile 2014, in *Fam. dir.* 2014, 1099, con nota di S. TARRICONE, *Domanda di addebito e adempimento dell'onere della prova nei giudizi di separazione coniugale*; ma già prima Corte di Cassazione, sentenza n. 8512 del 12 aprile 2006, in *Giust. civ.* 2007, 1711.

¹⁶ Corte di Cassazione, sentenza n. 9384 del 16 aprile 2018, in *Ilfamiliarista.it* 2018 secondo cui “la ricerca di relazioni extraconiugali nei siti di incontri in internet è circostanza oggettivamente idonea a compromettere la fiducia tra i coniugi e a provocare l'insorgere della crisi matrimoniale all'origine della separazione”.

¹⁷ Corte di Cassazione, sentenza n. 22291 del 7 agosto 2024, in *Guida al diritto* 2024, 37.

¹⁸ M. COCUCCIO, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e previdenza* 2020, 4, 1320.

In taluni casi, poi, l'infedeltà coniugale, oltre che giustificare l'addebito della separazione, può dar luogo ad un comportamento (doloso o colposo) che incidendo su beni essenziali della vita, causa un danno ingiusto con conseguente obbligo di risarcimento¹⁹. In effetti, per lungo tempo, si è negata una tale possibilità obiettando che la risarcibilità del danno non patrimoniale era ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge ai sensi dell'articolo 2059 c.c. che, anteriormente al vigente codice civile, si riducevano ai soli danni cagionati da reato (articolo 185 c.p.)²⁰. Il segno di un mutamento di tendenza si è avuto ad opera della Corte Costituzionale la quale ha affermato che “se il danno biologico o alla salute è presente in ogni fatto lesivo della persona, deve in ogni caso essere risarcito”²¹. E, sulla base di una rilettura dell'articolo 2059 c.c. in combinato disposto con l'articolo 2043 c.c. e con l'articolo 2 della Costituzione, si è affermato successivamente che “la necessità di tutelare i diritti inviolabili della persona deve fare ammettere che una loro lesione vada risarcita sia in sede contrattuale che in quella extracontrattuale”²². Dunque anche, in ambito familiare, il rispetto della dignità e della personalità di ogni singolo individuo, se leso dalla violazione di un obbligo coniugale (nella specie dalla violazione dell'obbligo di fedeltà), può comportare il diritto al risarcimento del danno c.d. *endofamiliare*²³. Affinché si possa ottenere

¹⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 8862 dell'1 giugno 2012, in *Giust. civ.* 2012, I, 2601.

²⁰ A. LA TORRE, *Responsabilità e assicurazione*, Milano 2019, 153, il quale afferma che la violazione dell'obbligo coniugale di fedeltà rende applicabili solo l'addebito della separazione per colpa, la perdita dei diritti successori, la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare ai sensi dell'articolo 146 c.c., l'assegno di divorzio. Contra P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1998, 622) secondo cui il diritto di famiglia non può considerarsi un sistema chiuso ed esaustivo nel quale il generale principio di risarcibilità del danno ingiusto è soppiantato da una disciplina speciale “a meno di non volere ritenere che i diritti e i doveri dei coniugi non hanno carattere di giuridicità”. A conferma di un tale orientamento Corte di Cassazione, sentenza n. 9801 del 10 maggio 2005, in *Giur. it.* 2006, 4. La Suprema Corte afferma che “il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo da un lato ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare; e dovendo dall'altro lato escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio - se ed in quanto posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona - riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale branca del diritto, dovendosi invece predicare una strutturale compatibilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, con la conseguente, concorrente rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuzioni di natura patrimoniale, sia (e sempre che ricorrano le sopra dette caratteristiche di gravità) quale fatto generatore di responsabilità aquiliana”.

²¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 184 del 14 luglio 1986, in *Giur. it.* 1987, I, 392 secondo cui “il legislatore ordinario non può limitare la tutela risarcitoria per la violazione di diritti dichiarati costituzionalmente fondamentali”.

²² Corte di Cassazione, sentenza n. 26972-5 dell'11 novembre 2008, in *Giust. civ.* 2009, 4-5, I, 913. E successivamente anche Corte di Cassazione, sentenza n. 4470 del 23 febbraio 2018, in *Diritto & Giustizia* 2018; Corte di Cassazione, sentenza n. 26383 del 19 novembre 2020, in *Resp. civ. e previdenza* 2020, 6, 1985.

²³ Copiosa è in materia l'elaborazione dottrinale. Solo a titolo esemplificativo si vedano: G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. e previdenza* 2019, 2, 421; G.F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi*, in *Fam. pers succ.* 2012, 95; E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, in *Europa dir. priv.* 2010, 145; C. MIGHELA, *Il risarcimento del danno derivante dal c.d. illecito endofamiliare*, in *Resp. civ. e previdenza* 2010, 44; G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in AA.VV., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato a cura di Maugeri-Zoppini*, Bologna, 2009, 407; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in AA.VV., *Nuovi percorsi di diritto di famiglia* a cura di Sesta, Milano, 2009; P. CAMPANILE, *La responsabilità endofamiliare*, in AA.VV., *Famiglia e*

un ristoro per il danno sofferto occorre, però, che la violazione dell'obbligo coniugale sia posta in essere attraverso condotte che, “per la loro intrinseca gravità”, ledano i diritti fondamentali del singolo e/o ostacolino “le attività realizzatrici della persona umana”²⁴. La gravità della lesione rappresenta un requisito essenziale per il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dalla violazione dell'obbligo di fedeltà. Ciò significa che la lesione subita non può consistere in meri disagi o fastidi²⁵ ma deve coinvolgere un diritto costituzionalmente protetto²⁶ (onore, dignità, decoro etc.) e deve superare “una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio talmente serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza”²⁷. La casistica giurisprudenziale dimostra, peraltro, che l'entità dei risarcimenti liquidati non si limita solo alla riparazione del danno subito dal coniuge tradito, essendo presente anche una componente deterrente al fine di scoraggiare la ripetizione del fatto lesivo²⁸.

3. Il dovere di coabitazione e la residenza della famiglia

In modo analogo a quanto accaduto per il dovere di fedeltà, anche quello di coabitazione è stato confermato dal legislatore della riforma. Esso, disciplinato dal vecchio articolo 144 c.c. sulla scorta di quanto già previsto dal codice civile del 1865²⁹, si specificava nell'obbligo della moglie di accompagnare il marito “dovunque” egli credesse “opportuno

persone (II) a cura di Rossi, Torino, 2008, 329; T. MONTECCHIARI, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.* 2008, 929; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e previdenza* 2007, 2005; G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006; M.G. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno resp.* 2006, 585; G. CONTIERO, *I doveri coniugali e la loro violazione*, Milano, 2005; A. FRACCON, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fatti-specie*, in *Tratt. Resp. civ. pen. in famiglia* a cura di Cendon, IV, Padova, 2004, 2801; R. PARTISANI, *Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale*, in *Resp. comuni. impr.* 2003, 87.

²⁴ L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. e previdenza* 2008, 1251; F. DE MARZO, *Responsabilità civile endofamiliare. Le molte questioni aperte*, in *Foro it.* 2012, 2047; G. FACCI, *La responsabilità civile nei rapporti coniugali*, in *Giustiziacivile.com* 2018.

²⁵ Corte di Cassazione, sentenza n. 9801 del 10 maggio 2005, in *Giur. it.* 2006, 691, con nota di A. FRACCON, *Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi*; Corte di Cassazione, sentenza n. 18853 del 15 settembre 2011, in *Foro padano* 2012, 1, I, 49; Corte di Cassazione, sentenza n. 9934 del 12 aprile 2024, in *Diritto e Giustizia* 2024,

²⁶ R. MARINI, *Infedeltà coniugale e danno*, in *Dir. di famiglia e delle persone* 2018, 3, 1021.

²⁷ Così G. CASSANO-C. MARVASI, *Danno esistenziale e danni punitivi: profili risarcitorii e quantificazione nella famiglia in crisi*, in *Danno resp.* 2016, 685; ma anche A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.* 2014, 1220.

²⁸ Sulla funzione anche deterrente della riparazione del danno non patrimoniale, si confrontino tra gli altri F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa dir. priv.* 2009, 909; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1996, 256; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 11.

²⁹ L'articolo 131 del codice del 1865 statuiva che “il marito è capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza”. E l'articolo 132 proseguiva dicendo che “il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze”.

fissare la sua residenza” e nell’obbligo del marito di tenere la moglie presso di sé³⁰. Con la legge del 1975, il principio di uguaglianza tra i coniugi manifesta la sua portata innovativa anche con riferimento al dovere di coabitazione stabilendo che marito e moglie coabitano nel luogo in cui – di comune accordo e tenendo presenti le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia³¹ – hanno fissato la residenza della famiglia stessa (articolo 144, comma 1, c.c.). In linea con i principi generali indicati dall’articolo 43 del codice civile in tema di residenza della persona, la fissazione della residenza della famiglia risulta dalla concorrenza di un elemento oggettivo e di uno soggettivo. Il primo è rappresentato dalla permanenza della famiglia in un dato luogo. A tal proposito, pur non essendo richiesto un periodo di tempo minimo o ininterrotto, deve, però, trattarsi necessariamente di un fatto compiuto e non di un mero fatto programmato. Va, pertanto, escluso che possa considerarsi come familiare la casa non già adibita a residenza della famiglia o quella meramente destinata a diventare tale³². Il secondo elemento di natura soggettiva è l’intenzione di avere stabile dimora nel luogo indicato quale residenza della famiglia tenuto conto della acquisita consuetudine di vita e/o dello svolgimento delle normali relazioni sociali³³.

Seppure il principio dell’accordo consenta ai coniugi di non convivere nella casa familiare³⁴ e/o di organizzare la vita comune in modo originale alla stregua delle esigenze lavorative e professionali, delle inclinazioni personali che connotano ciascuna relazione di coppia con peculiarità spesso irripetibili³⁵, è da escludersi che possano avversi più case familiari³⁶ o che una residenza della famiglia possa, in concreto, non sussistere³⁷. Qualora uno dei due coniugi si allontani senza giusta causa dalla residenza familiare o rifiuti di tornarvi, è sospeso nei suoi confronti il diritto all’assistenza morale e materiale a meno che non sia stata proposta domanda di separazione o di divorzio³⁸. Proprio in caso di separazione, si pone l’esigenza di stabilire chi, nel momento in cui i coniugi risultano autorizzati a vivere

³⁰ P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della “società coniugale” in Italia*, Milano 2011, 630, secondo cui “quel *dovunque* rafforza il potere del capofamiglia rispetto al *dove* più saggio e ragionevole: seguire il marito ovunque in ogni caso e per sempre, dovunque anche in capo al mondo anche per mero capriccio”.

³¹ Corte di Cassazione, sentenza n. 24574 del 3 ottobre 2008, in *Guida al diritto* 2008, 40 secondo cui la scelta della residenza familiare non deve soddisfare soltanto le esigenze economiche e professionali del marito ma deve “soprattutto salvaguardare le esigenze di entrambi i coniugi e quelle preminenti della serenità della famiglia”.

³² Sul punto Corte d’Appello di Venezia, sentenza del 3 febbraio 1982, in *Giur. it.* 1983, I, 292; Tribunale di Taranto, sentenza del 14 luglio 1978, in *Dir. fam.* 1979, 116; Tribunale di Bari 12 luglio 1978, in *Dir. fam.* 1979, 745 che fanno riferimento alla casa in cui la famiglia avrebbe dovuto trasferirsi.

³³ Corte d’Appello di Milano, sentenza dell’11 maggio 1976, in *Foro padano* 1976, I, 172.

³⁴ In caso di mancata convivenza, laddove sussista una deroga convenzionale tra le parti, non sussiste violazione del dovere di coabitazione (Corte di Cassazione, sentenza n. 4558 dell’11 aprile 2000, in *Giur. it.* 2000, 2235).

³⁵ E. ROPPO, Voce *Cconiugi. Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur.* Treccani, VIII, Roma, 1988, 2.

³⁶ Tale ipotesi, seppure sostenuta da autorevole dottrina (G. GABRIELLI, *Sub art. 540*, in *Commentario alla Riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, II, Padova 1976-1977, 1, 839) la quale riteneva che due luoghi di stabile dimora possano venire ad avere egual importanza di “focolare”, come centri della convivenza familiare (per esempio, la casa di città e la casa di campagna, incontra, però, il limite del principio dell’unicità della residenza della famiglia che si ricava direttamente dal combinato disposto degli articolo 144 e 45 del c.c. (Corte di Cassazione, sentenza n. 8667 del 16 luglio 1992, in *Giust. civ.* 1992, I, 3002).

³⁷ TRABUCCHI, *Sub art. 45*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, 1, Padova 1976-1977, II, 79.

³⁸ Una situazione di incompatibilità ambientale in nessun caso può giustificare l’inosservanza del dovere di coabitazione che incombe sui coniugi (Corte di Cassazione, sentenza n. 10648 del 29 ottobre 1997, in *Giust. civ.* 1997, I, 1046; Corte di Cassazione, sentenza n. 4936 del 4 maggio 1991, in *Nuova giur. civ. commentata* 1992, II, 90).

separatamente, possa continuare ad abitare la casa familiare³⁹. L'articolo 155, comma 4, c.c. dispone che "l'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza, e ove possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli"⁴⁰. A tale stregua, il giudice deve assegnare il diritto di abitare nella casa familiare (e di disporre degli oggetti in essa contenuti⁴¹) preferibilmente al coniuge affidatario dei figli anche se non ne sia proprietario o contitolare, ovvero non sia parte sostanziale del relativo contratto di locazione. Ove ciò non sia possibile ovvero, pur in presenza di figli, non sia reputato opportuno dal giudice, l'abitazione può essere assegnata anche al coniuge non affidatario o, in ragione delle specifiche circostanze, può essere divisa⁴². Il legislatore ad opera della legge n. 154 del 4 aprile 2001 (Misure contro la violenza nelle relazioni familiari)⁴³ ha previsto che, quando la condotta di un coniuge è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale o alla libertà dell'altro, il giudice (anche nell'ambito del procedimento di separazione o di divorzio) può disporre a carico del responsabile l'allontanamento dalla casa familiare, il divieto di farvi rientro e di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice, o può prescrivere determinate modalità di visita a tutela della vittima (articolo 2, comma 2).

4. Doveri patrimoniali nel matrimonio

La riforma ha messo i coniugi su un piano di maggiore parità anche grazie alle disposizioni di natura economica. Il codice del 1942 stabiliva che il marito, quale capo della famiglia, doveva somministrare alla moglie tutto "il necessario ai bisogni della vita", mentre la moglie era tenuta a "contribuire al mantenimento del marito" solo se questi fosse privo di "mezzi sufficienti" (articolo 145 c.c.). La norma, sulla cui portata era stata già sollevata questione di illegittimità costituzionale in riferimento all'articolo 29 della Costituzione perché creava un privilegio ingiustificato per la moglie⁴⁴, è stata modificata nel corso del tempo.

³⁹ R. AMAGLIANI, *Separazione dei coniugi ed assegnazione della casa familiare*, in *Rass. dir. civ.* 1982, 2; ID., *Assegnazione della casa familiare e assegni di mantenimento (a proposito di due recenti sentenze)*, in *Giust. civ.* 1984, 269.

⁴⁰ La norma ha riguardo esclusivamente all'interesse della prole, dovendo la locuzione "spetta di preferenza" essere intesa come riferita non già al soggetto destinatario dell'assegnazione bensì allo stesso provvedimento di assegnazione, sicché la norma in questione, in presenza dei presupposti, legittimerebbe esclusivamente l'alternativa in termini di emissione o meno del provvedimento (Corte di Cassazione, sentenza n. 8426 del 15 ottobre 1994, in *Dir. fam.* 1995, 984). In dottrina sul punto, solo a titolo esemplificativo, si vedano: A. FINOCCHIARO- M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano 1984, 577; G. GIUSTI, *Crisi coniugale e protezione della casa coniugale*, in *Dir. fam.* 1986, p. 773; C. RIMICI, *L'assegnazione della casa familiare quale attuazione dell'obbligo di mantenimento*, in *Nuova giur. civ.* 1994, I, 244; L. SCARANO, *La casa familiare*, in *Familia* 2001, 131.

⁴¹ U. BRECCIA, Voce *Separazione personale dei coniugi*, in *Digesto, IV, Discipl. Priv. Sez. civ.*, Torino, 1998, 351, il quale sottolinea che "la casa non è individuata, come ogni altro edificio o porzione di edificio, soltanto dalle strutture che sorreggono le pareti ma anche da un insieme di beni mobili che sono stati inseparabilmente legati alle scelte e alle modalità di vita degli abitanti".

⁴² Il potere del giudice della separazione di assegnare l'abitazione della casa familiare include la facoltà di attribuire alcuni soltanto dei locali di detta casa, quando essi abbiano ampiezza sufficiente per soddisfare le esigenze di detti figli e del genitore cui sono affidati, ed altresì abbiano caratteristiche strutturali e funzionali tali da consentirne il distacco come autonoma unità abitativa, con modesti accorgimenti o piccoli lavori, senza opere edili di trasformazione (Corte di Cassazione, sentenza n. 11787 dell' 11 dicembre 1990, in *Giust. civ. Mass.* 1990).

⁴³ Legge n. 154 del 4 aprile 2001, in *G.U. n. 98 del 28 aprile 2001*.

⁴⁴ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 133 del 13 luglio 1970 (in <https://dejure.it>), ha ritenuto che "siffatta disparità di trattamento non trovi giustificazione in funzione dell'unità familiare. Si può, anzi, affermare che,

La legge di riforma del 1975 ha voluto, infatti, connotare il sistema delle relazioni familiari di una dimensione “comunitaria” anche per quanto attiene ai rapporti patrimoniali⁴⁵ e ciò trapela dalla previsione del dovere di assistenza morale e materiale che i coniugi devono imprimere alla loro relazione, in una dimensione di leale attenzione alle reciproche esigenze fisiche e spirituali⁴⁶. Il dovere di assistenza, concettualmente più ampio e onnicomprensivo, trova una sua specificazione nel nuovo dovere di collaborazione nell’interesse della famiglia che tende a sottolineare, da un lato, che il governo del consorzio familiare deve essere il risultato di una consultazione e di un dialogo continuo tra i coniugi e, dall’altro, che questi devono essere pronti a sacrificare eventuali interessi individuali per privilegiare le esigenze di unità e continuità del gruppo familiare (articolo 143, comma 2)⁴⁷.

Entrambi i doveri, pervasi da una componente personale e al tempo stesso patrimoniale, si specificano e si concretizzano nell’obbligo di contribuzione che si determina, nella previsione normativa, in riferimento a un doppio ordine di parametri: l’uno “finalistico” consistente nel richiamo “ai bisogni della famiglia” e l’altro relativo alle modalità di adempimento che si collega alle “sostanze” dei coniugi e alla loro “capacità di lavoro professionale o casalingo” (articolo 143, comma 3, c.c.). Avuto riguardo al primo profilo occorre rilevare, innanzitutto, che il bisogno indica l’esistenza di una esigenza della persona che aspira alla sua soddisfazione. Il bisogno, indipendentemente dalla sua natura⁴⁸, non può

quando si tratti dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, è proprio l’eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo. Certo è, in verità, che, che, per quanti sforzi si facciano, l’obbligo del marito di mantenere la moglie se questa disponga di mezzi sufficienti o più che sufficienti in nessun modo riesce ad apparire come strumento necessario all’unità della famiglia: la quale, al contrario, si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità. Ciò è sufficiente a dimostrare l’illegittimità costituzionale di una diversità di trattamento che, un tempo coerente con una concezione dei rapporti fra marito e moglie radicalmente diversa da quella poi assunta dal legislatore costituente a fondamento della nuova disciplina, appare ora come fonte di un puro privilegio della moglie, non conforme all’odierna valutazione dei rapporti familiari e - ciò che conta ai fini del controllo della sua legittimità costituzionale - contrastante con l’art. 29 della Costituzione”.

⁴⁵ Con la formula “rapporti patrimoniali tra coniugi” si allude a due distinti problemi: quello (di diritto delle obbligazioni) della misura e delle modalità con cui marito e moglie sono tenuti a far fronte, giorno per giorno, alle necessità materiali della famiglia; e quello (inerente, piuttosto, situazioni di diritto reale) della titolarità nonché del regime di amministrazione e circolazione dei beni acquistati dai coniugi. Mentre a quest’ultimo danno risposta le norme sul regime patrimoniale legale e sulle convenzioni matrimoniali, al primo è dedicata la disciplina del regime patrimoniale c.d. primario relativa agli obblighi di mantenimento e/o di contribuzione (E. ROPPO, Voce *Coniugi. Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, cit. 4).

⁴⁶ L’obbligazione reciproca di assistenza morale e materiale è un effetto essenziale del matrimonio ed esprime un dovere di carattere generale che grava su ciascun coniuge nell’interesse stesso della famiglia, affinché ai bisogni di quest’ultima contribuiscano entrambi i coniugi (Corte di Cassazione, sentenza n. 6403 del 21 marzo 2011, in *Guida al diritto* 2011, 21).

⁴⁷ La violazione del dovere di assistenza morale e materiale può integrare gli estremi del reato di cui all’articolo 570 del codice penale, rubricato “violazione degli obblighi di assistenza familiare” secondo cui “chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all’ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotrentadue euro”.

⁴⁸ Secondo Abraham Maslow (*A theory of human motivation*, in *Psychological Review* 1943, 4, 370) uno psicologo statunitense, esiste una vera e propria gerarchia dei bisogni. La piramide di Maslow si compone di 7 livelli di bisogno. In fondo alla gerarchia ci sono i bisogni fondamentali o fisiologici di un essere umano: cibo, acqua, sonno, sesso, omeostasi ed escrezione. Al livello successivo ci sono la sicurezza, l’ordine e la stabilità. Questi due passaggi sono importanti per la sopravvivenza fisica della persona. Una volta che gli individui hanno un’alimentazione di base, un riparo e sicurezza, cercano di ottenere di più. Il terzo livello di

non tenere conto dello *status* della persona (età, salute, capacità) e delle sue abitudini di vita (relazioni sociali e tenore di vita). In quest'ottica se il bisogno in sé è relativo alle singole posizioni soggettive, all'interno del nucleo familiare esso deve necessariamente travalicare la soglia della stretta individualità e connotarsi dei caratteri di solidarietà e altruismo. La vita in famiglia, senza sopprimere i bisogni individuali, comporta, infatti, sempre la formazione di bisogni transindividuali (quelli che sorgono dal rapporto di coniugio) o interindividuali (derivanti dal rapporto di filiazione) che, innanzitutto, devono essere soddisfatti. L'espressione onnicomprensiva “bisogni della famiglia”, secondo una interpretazione più rigorosa, si riferisce, dunque, a tutte le esigenze che i redditi e i beni della coppia possono soddisfare, lasciando ai coniugi la libertà di decidere quanta parte destinare ai bisogni attuali (consumi) e quanta riservare ai bisogni futuri (risparmio). Ove si accogliesse questa impostazione, si dovrebbe riconoscere a ciascun coniuge un diritto di controllo sull'uso dei redditi dell'altro, circostanza che solleva non poche perplessità⁴⁹. Risulta, allora, più convincente l'idea che i “bisogni della famiglia” costituiscano un dato oggettivo, “determinabile nell'interesse collettivo della famiglia”⁵⁰, al cui soddisfacimento ciascun coniuge è tenuto a contribuire in proporzione alle proprie risorse, restando libero di trattenere per i propri bisogni personali le eventuali eccedenze⁵¹. Peraltra, in base al grado di disponibilità patrimoniale dei coniugi, “i bisogni della famiglia” non si limitano necessariamente a quelli c.d. minimi, ma, specialmente nei contesti in cui vi siano consistenti risorse economiche⁵², possono estendersi a quelli accessori.

In relazione, poi, alla modalità con cui si deve adempiere all'obbligo di contribuzione, il riferimento alle “sostanze dei coniugi” e alla loro capacità di “lavoro professionale o casalingo” non ha l'effetto di esonerare dall'obbligo di prestare un'attività lavorativa nell'interesse della famiglia il coniuge che abbia una disponibilità di risorse proprie⁵³, ma al contrario di ribadire che, comunque, una tale disponibilità non elimina il dovere di contribuire attivamente alla vita della comunità domestica⁵⁴. Ne sarebbe prova il fatto che legislatore menziona insieme il “lavoro professionale” e quello “casalingo” riconoscendo ad essi pari dignità. Salvo, quindi, un diverso accordo⁵⁵, ciascun coniuge, senza ripartizione di ruoli, è legittimato ad assolvere il proprio obbligo di contribuzione svolgendo sia una attività

bisogno è “Amore e appartenenza”, che sono bisogni psicologici; quando gli individui si sono presi cura di se stessi fisicamente, sono pronti a condividere se stessi con gli altri, come con la famiglia e gli amici. Il quarto livello si raggiunge quando gli individui si sentono a proprio agio con ciò che hanno realizzato. Questo è il livello di “Stima”, la necessità di essere competenti e riconosciuti, ad esempio attraverso lo status e il livello di successo. Poi c'è il livello “Cognitivo”, dove gli individui si stimolano intellettualmente ed esplorano. Dopo c'è il livello “Estetico”, che è il bisogno di armonia, ordine e bellezza. Al vertice della piramide, il “Bisogno di autorealizzazione” si verifica quando gli individui raggiungono uno stato di armonia e comprensione perché sono impegnati a raggiungere il loro pieno potenziale. Una volta che una persona ha raggiunto lo stato di autorealizzazione, si concentra su sé stessa e cerca di costruire la propria immagine.

⁴⁹ P. SCHLESINGER, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano 1976, 65.

⁵⁰ Corte di Cassazione, sentenza n. 34883 del 13 dicembre 2023, in *Guida al diritto*, 2024, 4.

⁵¹ S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano 1979, 370.

⁵² Corte di Cassazione, sentenza n. 18749 del 17 settembre 2004, in *Giust. civ.* 2004, 9.

⁵³ F. SANTORO PASSARELLI, *Sub articolo 143 c.c.*, in *Comm. riforma diritto di famiglia* a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, Padova 1977, I, 1.

⁵⁴ M. BASILE- G. SILVESTRI, *Eguaglianza dei coniugi e divisione del lavoro nella famiglia*, in AA.VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi* (Atti del convegno di Napoli 14-15 dicembre 1973), Napoli 1975, 21.

⁵⁵ Corte di Cassazione, sentenza n. 23713 del 21 dicembre 2012, in *Guida al diritto* 2013, 22; Corte di Cassazione, sentenza n. 13366 del 15 maggio 2024, in *Giust. civ. Mass* 2024.

domestica che extradomestica⁵⁶. L'allontanamento dalla casa familiare non esclude la persistenza degli obblighi di cui all'articolo 143 c.c., con possibilità del giudice di ordinare il sequestro dei beni del coniuge a garanzia del loro adempimento e di quelli cui all'articolo 147 c.c. (doveri verso i figli).

5. Responsabilità genitoriale e doveri verso i figli

La tendenza a parificare la posizione dei coniugi ha riguardato anche il rapporto (verticale) con i figli. Alla potestà esercitata dal padre (patria potestà) si è sostituita, nel tempo, una potestà esercitata di comune accordo da entrambi i genitori (potestà genitoriale) e, più recentemente, con il decreto legislativo n. 154 del 2013⁵⁷, la c.d. responsabilità genitoriale⁵⁸. L'articolo 316, comma 1, c.c., infatti, stabilisce che entrambi i genitori sono titolari della responsabilità genitoriale e la esercitano di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore e adottano le scelte relative alla sua istruzione ed educazione. In caso di contrasti, purché si tratti di questioni di particolare rilevanza, ciascuno dei genitori può rivolgersi al giudice il quale, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, tenta di raggiungere una soluzione concordata e, ove questa non sia possibile, adotta la soluzione che ritiene più adeguata all'interesse del figlio (comma 3)⁵⁹.

I genitori oggi, ai sensi dell'articolo 147 c.c., hanno l'obbligo di "mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni secondo quanto previsto dall'articolo 315 bis c.c. La norma in materia di filiazione, introdotta con la Legge n. 219 del 2012⁶⁰ e attuata mediante il Decreto Legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013⁶¹, ha sostanzialmente ridefinito il contenuto dell'articolo 147 c.c., svuotandolo in parte della sua portata originaria. Essa, infatti, individua i doveri dei

⁵⁶ Così M. BESSONE- G. ALPA- G. FERRANDO- A. D'ANGELO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna 1980, 66; e anche S. RODOTÀ, *Relazione*, in *Quale famiglia per gli anni '80. Bilanci e prospettive della legge di riforma* a cura di Leonardi-Violante (atti del Convegno del PCI, Roma 15-16 marzo 1980), Roma 1981, 63.

⁵⁷ Decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), in *G.U.* n. 5 dell'8 gennaio 2014.

⁵⁸ Per l'esercizio della responsabilità genitoriale è indispensabile che si sia istaurato un rapporto di filiazione giuridicamente rilevante. Se il figlio è nato al di fuori del matrimonio o se solo uno dei genitori lo ha riconosciuto l'esercizio delle relative funzioni spetta a lui in via esclusiva. Se il figlio è riconosciuto da entrambi i genitori la responsabilità genitoriale dovrà essere esercitata di comune accordo. Se uno dei genitori è lontano, incapace o impedito, la responsabilità genitoriale è esercitata dall'altro genitore. In ogni caso il genitore che non esercita la responsabilità vigila sull'istruzione, educazione e sulle condizioni di vita del figlio.

⁵⁹ Si fa rientrare nella responsabilità genitoriale la rappresentanza legale dei figli minori e l'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli. Sul punto solo a titolo esemplificativo: R. TISCINI, *Controlli ordinamentali sull'esercizio della responsabilità genitoriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2025, 1, 125; A. TORRONI, *L'evoluto concetto di responsabilità genitoriale: poteri gestionali e ruolo del giudice tutelare*, in *Diritto fam e delle persone* 2021, 4, 1880; A. SPATUZZI, *Il conflitto di interessi nella responsabilità genitoriale*, in *Diritto fam e delle persone* 2015, II, 1496; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2014, 795; G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Diritto fam e delle persone* 2013, 4, 1475.

⁶⁰ Legge n. 219 del 10 dicembre 2012 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), in *G.U.* n. 293 del 17 dicembre 2012.

⁶¹ D. Lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, in *G.U.* n. 5 dell'8 gennaio 2014.

genitori nei confronti dei figli in modo uniforme, rendendoli validi per ogni tipo di relazione genitoriale, indipendentemente dal vincolo matrimoniale⁶². Di là dal reiterato dovere di mantenimento, educazione, istruzione e assistenza morale gravante sui genitori verso i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni e aspirazioni (comma 1), l'articolo 315 bis c.c. ai commi successivi, riconosce, come oggetto di un autonomi diritti dei figli, anche quello a crescere nella propria famiglia, attenzionato dalla riformata legge sull'adozione⁶³, a mantenere rapporti significativi con i parenti⁶⁴ e quello ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano se abbia compiuto gli anni dodici o se anche di età inferiore ove capace di discernimento (commi 2 e 3)⁶⁵.

Anche il successivo articolo 148 c.c. contenente la disciplina del concorso dei genitori agli oneri economici relativi al mantenimento ed educazione dei figli si è ridotta a mera norma di rinvio all'articolo 316 bis c.c. Posto che il dovere di mantenimento della prole sia essa minorenne o maggiorenne ma non autosufficiente⁶⁶, “non è riconducibile al solo obbligo alimentare, ma va esteso anche all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, alla opportuna predisposizione - fin quando l'età dei figli lo richieda - di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di educazione”⁶⁷, l'articolo 316 bis, comma 1, c.c. stabilisce che i genitori vi devono concorrere non soltanto con le loro sostanze ma anche facendo leva sulla loro capacità di

⁶² L'articolo 315 c.c., così come riformulato ad opera della legge n. 219 del 2012 proclama l'identità giuridica di tutti i figli. Sul punto R. AMAGLIANI, *La riforma della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giust. civ.* 2019, 1023; A. MALOMO, *Unicità dello stato di figlio e nozione di parentela. Un'interpretazione conforme a Costituzione*, Napoli 2022.

⁶³ Legge n. 184 del 4 maggio 1983, in *G.U.* n. 133 del 17 maggio 1983 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) come riformata dalla Legge n. 149 del 28 marzo 2001, in *G.U.* n. 96 del 26 aprile 2001, che ha mutato lo stesso titolo della legge, oggi denominata “Diritto del minore ad una famiglia”.

⁶⁴ La rilevanza dei rapporti parentali è presente oltre che nella legge sull'adozione anche nella legislazione sull'affido condiviso (Legge n. 54 dell'8 febbraio 2006 in *G.U.* n. 50 dell'1 marzo 2006) la quale riformulando l'articolo 155 c.c., ha previsto che “anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale). Anche la legge sull'adozione”. Ma lo è anche nella legge sull'adozione

⁶⁵ Si pensi a tal proposito a quanto disposto nell'articolo 45 della Legge sull'adozione in merito all'acquisizione del consenso del minore -adottando che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età nel procedimento di adozione di cui all'articolo 44 e sull'ascolto dello stesso se dodicenne o di età inferiore.

⁶⁶ Corte di Cassazione, sentenza n. 4756 del 3 aprile 2002, in *Fam dir.* 2002, 351. A contrario l'obbligo non è configurabile qualora il figlio maggiorenne sia ormai istruito ma inerte nella ricerca di una occupazione (Corte di Cassazione, sentenza n. 17183 del 14 agosto 2020, in *Diritto & Giustizia* 2020; Corte di Cassazione, sentenza n. 12952 del 22 giugno 2016, in *Guida al diritto* 2016, 38). Anche il figlio maggiorenne non autosufficiente e affetto da handicap, ove non si impegni nella ricerca diligente di una occupazione confacente, idonea a renderlo in tutto o in parte economicamente autosufficiente, può perdere il diritto al mantenimento dei genitori (Corte di Cassazione, sentenza n. 18451 dell'8 giugno 2022, in *Dir. famiglia e delle persone* 2022, i, 968). Il cambiamento di sesso può dare, invece, diritto alla prosecuzione dell'assegno di mantenimento da parte dei genitori per un tempo ulteriore rispetto a quello già spettante nei confronti dei figli che abbiano problemi a divenire economicamente indipendenti. L'adeguamento dei caratteri sessuali, infatti, può dar luogo a un grave disagio psicologico che richiede un periodo di adattamento sociale per prendere le misure con la nuova vita. Dopo tre anni, però, e superati i 30 anni d'età, il mantenimento non è più giustificato. Questo è quello che afferma la Cassazione confermando la decisione di merito che aveva accolto la richiesta di un padre, stufo di versare l'assegno di 400 euro nei confronti della figlia dopo il cambio di sesso di quest'ultima. Per la Corte tre anni sono sufficienti per l'inserimento sociale nella nuova realtà e per trovare un lavoro (Corte di Cassazione, sentenza n. 5883 del 12 marzo 2018, in *Guida al diritto* 2018, 87).

⁶⁷ Tribunale di Bari, sentenza n. 754 del 24 febbraio 2022, in *Redazione Giuffrè* 2022.

lavoro, professionale o casalingo. Qualora essi non abbiano mezzi sufficienti, gli ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli. Recentemente, poi, la legge n. 230 del 2021 ha previsto che, ove i genitori non siano in grado di mantenere economicamente i figli, può intervenire lo Stato con un sostegno economico diretto, volto ad assicurare un livello minimo di tutela e benessere per i minori, indipendentemente dalla condizione lavorativa o dallo stato civile dei genitori⁶⁸.

I doveri gravanti sui genitori, fatte salve le modifiche conseguenti ai provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, non subiscono alcuna alterazione sostanziale né in sede di separazione né di divorzio⁶⁹. Qualora, però, essi vengano violati o trascurati, il giudice può pronunciare nei confronti del genitore inadempiente la decadenza dalla responsabilità genitoriale, può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare, ovvero l'allontanamento del genitore stesso (articolo 330 c.c.). Oltre alle sanzioni previste dal diritto di famiglia⁷⁰, i genitori possono rispondere anche per illecito civile qualora la loro condotta violi diritti garantiti dalla Costituzione⁷¹.

6. Doveri matrimoniali e nuove forme familiari: verso un'evoluzione del diritto

Se la riforma del 1975 ha rappresentato un momento di svolta, ponendo le basi per un modello di famiglia fondato sull'uguaglianza tra i coniugi, la parità di diritti e doveri e l'interesse preminente dei figli, il diritto di famiglia ha continuato a evolversi, attraverso successivi interventi normativi e giurisprudenziali che ne hanno consolidato e ampliato i principi ispiratori originari. In questo percorso di progressiva apertura si inserisce la Legge n. 76/2016 (cosiddetta "Legge Cirinnà")⁷² che, istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto, mostra una crescente attenzione del legislatore verso il valore affettivo e patrimoniale della convivenza, soprattutto laddove si riscontrino legami consolidati, progettualità comune e responsabilità genitoriali. Seppure nell'impianto normativo della legge sia nitida la non riconducibilità delle nuove forme di convivenza alla fattispecie del matrimonio⁷³, la disciplina ad esse applicabili è in larga parte mutuata dalle regole dettate per i coniugi. È infatti previsto un regime paritario tra le parti: entrambe acquisiscono gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri (art. 1, comma 11); possono scegliere il cognome comune (art. 1, comma 10); e sono tenute alla coabitazione, concordando l'indirizzo della vita familiare e la residenza (art. 1, comma 12), oltre che all'assistenza morale e materiale reciproca. Non è invece riprodotto l'obbligo di fedeltà, che

⁶⁸ La legge n. 230 del 29 dicembre 2021 (Istituzione dell'assegno unico e universale per i figli a carico, in attuazione della delega conferita al Governo ai sensi della legge 1° aprile 2021, n. 46) in G.U. n. 309 del 30 dicembre 2021.

⁶⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 21087 del 3 novembre 2004, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 11; Corte di Cassazione, sentenza n. 317 del 15 gennaio 1998, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 69, Corte di Cassazione, sentenza n. 1305 del 21 febbraio 1983, in *Giust. civ. Mass.* 1983, 2.

⁷⁰ Tribunale di Cagliari, sentenza n. 259 del 25 gennaio 2017 in *Redazione Giuffrè* 2017.

⁷¹ Corte d'Appello di Napoli, sentenza n. 4467 del 2 dicembre 2021, in *Redazione Giuffrè* 2021, Tribunale di Milano, sentenza del 23 luglio 2014, in *Ridare. it* 2015.

⁷² Legge n. 76 del 20 maggio 2016, in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016.

⁷³ La disposizione di esordio della Legge n. 76 del 2016 qualifica, infatti, i nuovi istituti come formazioni sociali rivestite di tutela costituzionale ai sensi dell'articolo 2 e 3 della Carta fondamentale (articolo 1, comma 1).

resta una peculiarità del matrimonio. Anche il regime patrimoniale primario è assimilato a quello matrimoniale, con l'obbligo di contribuzione proporzionale alle capacità di lavoro professionale e casalingo di ciascuna parte (art. 1, comma 11). E come già detto, in virtù dell'unicità dello status di figlio, anche i genitori non sposati hanno gli stessi doveri dei coniugi nei confronti dei figli.

In un mondo in continua trasformazione, in cui si evolvono i costumi, i modi di sentire, gli stili di vita e i modelli familiari, ciò che resta immutabile è la centralità della persona umana. Al di là dei cambiamenti sociali e culturali, rimane fondamentale il rispetto pieno e incondizionato dei valori sostanziali e inderogabili sanciti dalla nostra Costituzione: la libertà individuale, l'uguaglianza tra tutti i cittadini e la solidarietà come principio fondante della convivenza civile.

Questi valori non solo costituiscono il fondamento dell'ordinamento democratico, ma si intrecciano e si rafforzano reciprocamente nella realtà familiare, contribuendo alla costruzione di un ambiente sano, equilibrato e inclusivo. La famiglia, in tutte le sue forme, diventa così il luogo privilegiato in cui tali principi trovano concreta attuazione, tutelando i diritti delle persone che ne fanno parte e promuovendo lo sviluppo armonico dell'individuo all'interno della collettività.

LA QUESTIONE DEL DANNO ENDO-CONIUGALE NEL DIRITTO DI FAMIGLIA RIFORMATO

ANTONINA ASTONE*

SOMMARIO: 1. *Status e resistenze all'ingresso della responsabilità civile nel perimetro familiare.* – 2. L'orientamento favorevole della giurisprudenza di merito. – 3. Il perimetro della risarcibilità dei danni endo-coniugali e i principi fissati dalla Suprema corte. – 4. Il rapporto tra l'azione risarcitoria e i rimedi previsti in caso di crisi del rapporto coniugale.

1. Status e resistenze all'ingresso della responsabilità civile nel perimetro familiare

Il tema del risarcimento dei danni endo-coniugali, che rientrano nella categoria più ampia dei danni endo-familiari¹, assume grande attualità. La realtà quotidiana ci consegna l'immagine di una famiglia al cui interno si verificano, spesso, sopraffazioni e/o molestie, tacite, a volte, in nome di un astratto superiore interesse della famiglia.

Il riconoscimento del diritto al risarcimento di tale tipologia di danni, che oggi può considerarsi, quasi un diritto “quesito”, è stato in realtà frutto di un percorso lungo e tormentato, che ha visto spaccata sia la dottrina che la giurisprudenza². Diverse le resistenze a riconoscere il binomio famiglia-responsabilità civile in base proprio alla spinta progressista, impressa dalla Costituzione, che ha costituito terreno fertile perché fiorissero dubbi e perplessità rispetto all'applicazione delle norme sull'illecito civile nel microcosmo familiare,

* Professoressa associata di diritto privato, Università di Messina.

¹ Sulle varie tipologie di danni, riconducibili alla locuzione “danno endofamiliare” A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur.dir.priv.*, 2008, 943; G.F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno endofamiliare tra coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 95.

² Tra i primi ad affrontare il problema e ad evidenziare i contrasti, S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; ID. *Famiglia e responsabilità civile, un lungo itinerario*, in M. SESTA, (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIAVI, *Introduzione*, Torino, 2008; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 605 ss.; A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003; G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale – Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006; G. RAMACCIONI, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 1, 175 ss.; G. FACCIO, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004; ID., *Doveri familiari e responsabilità civile*, in G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia. Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, II, 2008, 84 ss.; ID., *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale diretto da G. VISINTINI*, I, Padova, 2009, 407 ss.; G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile*, Bologna, 2009, 407 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 15 ss.; C. PETTA, *Su alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto*, in *Act. jur. iberoamer.*, 2015, 105 ss.; A.C. NAZZARO, *Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra “familiari”*, in *Giust. civ.*, 2016, 827 ss.; M.R. MARELLA, *Il problema della responsabilità endofamiliare. Effetti redistributivi e simbolici*, in ID. (a cura di), *La violenza domestica e la responsabilità civile nel nuovo diritto di famiglia*, Pisa, 2025, 199 ss.

fondati sul timore che tale percorso subisse una battuta d'arresto³.

Le argomentazioni contrarie alla risarcibilità dei danni tra i familiari trovavano fondamento proprio in uno dei tratti caratterizzanti la riforma del diritto di famiglia, costituito dal processo di “de-giurisdizionalizzazione”⁴, che ha determinato un allentamento degli aspetti marcatamente sanzionatori del sistema previgente, plasticamente rappresentato, già molti anni prima, dalla metafora di Jemolo della famiglia “come isola che il mare del diritto può lambire soltanto”⁵. Tra le ragioni, principalmente indicate, la specificità del diritto di famiglia, connotato da particolari sanzioni e rimedi, ridotti al minimo proprio a seguito della riforma. Si pensi alla responsabilità del coniuge in mala fede, nei casi di matrimonio nullo, ex art.129 c.c.⁶, alle ammende nelle ipotesi di conoscenza, da parte di uno dei coniugi, prima del matrimonio, di una causa di nullità del matrimonio, ex art. 139 c.c. e di inosservanza del divieto temporaneo di nuove nozze, ex art.140 c.c., o al sistema sanzionatorio previsto per l'allontanamento ingiustificato dalla residenza familiare, ex art.146 c.c.

Emblematiche, altresì, le trasformazioni subite dagli istituti della separazione e divorzio. La separazione⁷, da “sanzione” è stata ridisegnata quale “rimedio” rispetto ad una convivenza divenuta intollerabile⁸: l'eliminazione delle ipotesi tassative di comportamenti colposi, che ne legittimavano la richiesta, in coerenza con un sistema di valori familiari profondamente mutato, ha sembrato affievolire la stessa valenza giuridica dei doveri coniugali, la cui violazione, non più sanzionata dalla pronuncia di separazione, acquista rilievo, ove sia richiesto e, qualora ne sussistano le circostanze, solo ai fini dell'addebito di responsabilità⁹. Questo cambiamento, dando sostegno alla tesi minoritaria della natura non

³ Cfr. le perplessità osservazioni di G. FERRANDO, *Separazione e divorzio*, nella *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da W. BIGIAVI, Torino, 2003, 337 ss., secondo cui se l'ingresso all'interno della famiglia del risarcimento del danno per fatto illecito “non può certamente essere escluso in linea di principio” appare “pericoloso” il ricorso alle regole della responsabilità aquiliana nell'ambito del rapporto coniugale governato da regole pensate e costruite per il diritto di famiglia diverse da quelle che governano altri rapporti sociali.

⁴ In tal senso V. ROPPO, voce *Coniugi. 1) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 2 ss.

⁵ C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Un. Catania*, VIII, Napoli, 1949, 57.

⁶ Il risarcimento del danno, previsto per il matrimonio putativo, secondo parte degli interpreti, si caratterizzerebbe per una funzione sanzionatoria, in quanto costituirebbe un ristoro più proteso alla punizione che alla riparazione: R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978; R. NICOLÒ, *Matrimonio putativo*, in *Comm. Cian Oppo Trabucchi*, t. I, sub.artt.128 ss., Padova, 1992, 388 ss.; F.D. BUSNELLI -S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 2, Torino, 2003, 253.

⁷ La letteratura è piuttosto ampia, cfr. per tutti: P. ZATTI -M. MANTOVANI, *La separazione personale*, Padova, 1983; U. BRECCIA, voce *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, 380; M. CALOGERO, *La separazione giudiziale*, in G. FERRANDO-M. FORTINO- F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, VII, in P. ZATTI (diretto da) *Trattato di diritto di famiglia*, Aggiornamento, Milano, 2006,196 ss.

⁸ In dottrina aveva rilevato il limite di una separazione fondata sulla colpa, prospettando l'individuazione di una formula ampia su cui basare la richiesta: A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943; bisogna, peraltro, sottolineare che prima della riforma del diritto di famiglia, la giurisprudenza tendeva ad interpretare in chiave evolutiva ed estensiva le ipotesi di colpa disciplinate, facendovi rientrare ipotesi di sicura intollerabilità della convivenza: v. Cass. civ., 29 gennaio, 1955, n. 244, in *Foro it.*, 1955, I, 163, v. anche: C. GRASSETTI, *La separazione personale dei coniugi. Problemi di diritto sostanziale*, in *Giust. civ.*, 1964, IV, 7 ss.; C. MIRABELLI, *La separazione personale di coniugi per giusta causa. Studi in tema di diritto di famiglia*, Milano, 1967, 341.

⁹ In dottrina, L. LENTI-L. OLIVERO, *La separazione con addebito*, in G. FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, nella *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. BIGIAVI, cit., 346. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. I ,25 marzo 2009, n. 7207, in *Fam. e dir.*, 6, 2009, con nota di A. PLAIA, 563 ss. secondo cui la relazione omosessuale del marito costituisce violazione del dovere di fedeltà e motivo di addebito. La pronunzia di addebito non può

più giuridica dei diritti e doveri, da considerarsi obbligazioni *sui generis* intimamente connesse alla volontà dei coniugi e, come tali, prive del carattere della coercibilità¹⁰, ha sembrato ancora di più allontanare dalla famiglia l'applicazione delle norme sull'illecito aquiliano.

Da ricordare, ancora, il fatto che, con la riforma del 1987, è stato liberato il giudizio di divorzio dal peso che la colpa ancora rivestiva ed è stato diminuito il numero degli anni di separazione, necessario per la formulazione della domanda¹¹, nonché eliminata la possibile opposizione da parte del coniuge incolpevole, di sapore squisitamente sanzionatorio ed introdotta la possibilità di richiesta congiunta¹². Inoltre, non di secondaria importanza è l'interpretazione, fino al *revirement* delle S.U. nel 2018, riguardo la natura essenzialmente assistenziale dell'assegno post-matrimoniale, sicché il profilo risarcitorio non ha rivestito, per lungo tempo, valenza autonoma fondante la richiesta dell'assegno post-matrimoniale ma dispiegato incidenza eventuale solo sul *quantum debeatur* dell'assegno¹³.

2. L'orientamento favorevole della giurisprudenza di merito

Le resistenze ad aprire le porte della famiglia all'illecito aquiliano sembravano scaturire dalla difficoltà di proiettare il valore della persona al di fuori dello *status*, che l'appartenenza al nucleo familiare necessariamente comporta¹⁴.

essere limitata alla mera inosservanza dei doveri coniugali: occorre verificare l'effettiva incidenza delle relative violazioni nella determinazione dell'intollerabilità della convivenza. Inoltre, di fronte ad un comportamento contrario ai doveri del matrimonio, da parte di entrambi i coniugi, la condotta dell'uno non può essere giudicata senza una comparazione con quella dell'altro. V. in proposito, Cass. civ., sez. I, 19 marzo, 2009, n.6697, in *Guida al dir.*, 2009, 17, con nota di M. FINOCCHIARO, 26; Trib. Monza, 18 gennaio 2010; Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2010, n.21245.

¹⁰ Sulla natura dei diritti e doveri tra i coniugi cfr. C.A. JEMOLO, *Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, 561; V. ROPPO, voce *Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, cit., 4; contra V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile Nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 212 ss., secondo cui il primato della *regola iuris* sarebbe rimasto inalterato con la riforma del diritto di famiglia.

¹¹ Attualmente, con la l. 6 maggio 2015, n. 55 sono stati ancor più ridotti i termini in ordine alla durata minima del periodo di separazione ininterrotta dei coniugi, che legittima la domanda di divorzio e, prima ancora, la l. 10 novembre 2014, n.162 di conversione in legge del d. l. 12 settembre 2014, n.132 – recante Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile ha introdotto riti alternativi a quelli giudiziari. Ci sia consentito il richiamo a A. ASTONE, *Il procedimento municipale di separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in P. Zatti (diretto da) *Trattato di diritto di famiglia*, a *Le riforme, Legami di coppia e modelli familiari*, cura di M. FORTINO-G. FERRANDO-F. RUSCELLO, Milano, 2018, 327 ss.; si rinvia inoltre a M. CALOGERO, *Negoziazione assistita familiare*, in *Enc. dir. I Tematici*, in F. MACARIO (a cura di), *Famiglia*, Milano, 2022, 921 ss.

¹² Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, IV, t. I, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1999, 161ss.; A. FINOCCHIARO, in A.M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, 1384 ss.

¹³ Il riferimento è a S.U., 11 luglio 2018, n. 18287, sulla ridefinizione dei criteri di valutazione in ordine alla corresponsione dell'assegno divorzile, in *Nuova giur.civ.com.*, 11, 2018, con nota di C. BENANTI, 1601 ss., in *Resp. civ. prev.*, 2018, 6, 1856, con nota di G.F. BASINI, in *Corr. giur.*, 2018, 10, 1186, con nota di S. PATTI, in *Giur. it.*, 2018, 8, 1843, con nota di C. RIMINI.

¹⁴ Per una critica della logica dello *status* nel rapporto coniugale: cfr. S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 15 che evidenzia come “Il familiare, prima ancora di essere tale, è una persona, un soggetto dell'ordinamento, che non subisce una limitazione delle sue prerogative fondamentali neanche nei confronti di altri membri della

Diverse le considerazioni da cui emergeva, quasi una sorta di contraddizione di fondo, nell'applicazione della disciplina del danno ingiusto in un sistema, come quello familiare e, nello specifico coniugale, connotato da un processo di “degiuridificazione” che si innestava, peraltro, nella tendenza alla valorizzazione della libertà ed autonomia dei soggetti che lo compongono¹⁵.

Abbandonato il modello di famiglia-istituzione, al quale era ispirato il codice del 1942¹⁶, la riforma del 1975, come è noto, ha accolto il modello di famiglia-comunità, i cui interessi si pongono non su un piano sovraordinato, ma si identificano con quelli solidali dei suoi componenti. L'egualanza tra i coniugi, sancita dall'art. 29 Cost., è realizzata con il riconoscimento di uguali responsabilità nello svolgimento dei rapporti familiari e di pari diritti di sviluppo e di arricchimento della personalità, sia in ambito interno sia nella vita di relazione. Le scelte sull'indirizzo della vita familiare devono essere, via via, incanalate dentro due limiti precisi: la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, che diviene parametro per giudicare la legittimità o meno delle decisioni adottate dai coniugi, dall'altro la tutela dell'interesse familiare, che può rendere legittimo anche il sacrificio di qualcuna delle libertà fondamentali, purché sia equamente ripartito su entrambi i coniugi¹⁷.

Ed è proprio la realtà dei fatti concreti della vita quotidiana, spesso sapientemente nascosta dalle pareti domestiche che, quando si rivela nelle aule dei Tribunali, mostra l'insufficienza del mero accordo e dei rimedi previsti, per una tutela efficace dei membri del nucleo familiare, posti in posizione di debolezza rispetto agli altri. Si è, quindi, constatato come una disciplina esclusiva ed esaustiva dei rimedi sanzionatori, contemplati dal diritto di famiglia, avrebbe comportato un contrasto con l'art. 2 Cost. che, tutelando l'individuo, anche nelle formazioni sociali in cui esplica la sua personalità, comporta una sua tutela anche in ambito familiare, oltre che con l'art. 29 Cost. Sono, così, proprio i giudici di merito, costretti giorno per giorno a misurarsi con le diverse questioni e problemi che, in concreto, animano la crisi del rapporto coniugale ad accogliere le istanze di risarcimento del danno formulate da un coniuge nei confronti dell'altro¹⁸.

famiglia”. In tema anche P. ZATTI, *Diritti e doveri del matrimonio*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. RESCIGNO*, 3, II, *Personae e famiglia*, Torino, 1996, 20 ss., secondo cui si deve superare la prospettiva in base alla quale la totalità del “giuridico” vigente tra i coniugi debba ricavarsi dall'analisi dei doveri e poteri specifici degli *status*. D. MESSINETTI, *La famiglia tra status e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 37 ss. e, più in generale, H. SUMNER MAINE, *Dallo status al contratto*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna* Zanichelli, 1971, 211.

¹⁵ Sull'autonomia tra i coniugi si rinvia a V. ROPPO, voce *Coniugi. 1) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, cit., 2 ss.; R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I Contratti*, 2014, 582 ss.; A. SPADAFORA, *Autonomia privata nei rapporti familiari*, in *Enc.dir.*, I Tematici, cit., 71 ss.

¹⁶ La famiglia era stata definita “cittadella statale al servizio della nazione” da F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto secondo i postulati fascisti*, in *Archivio di studi corporativi*, 1940, 41. La continua tensione tra pubblico e privato, che pervade anche la famiglia, è un tema studiato da S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 696; L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra “pubblico e privato”*, Milano, 1979, 276; G. CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in G. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, Padova, 1977, 74 ss.; M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di P. RESCIGNO*, II, Milano, 1998, 832.

¹⁷ Così M. FORTINO, *Diritto di famiglia, I valori, i principi le regole*, Milano, 2004, 188 ss.

¹⁸ Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2, 2001, con nota di M. DOGLIOTTI, 161, ha risarcito i danni subiti dalla moglie, affetta da gravi problemi psicologici, lasciata sola al proprio destino nel salotto di casa, segregata per anni dall'indifferenza del marito; Trib. Bassano del Grappa, 27 gennaio 2005, in *Fam. e dir.*, 5, 2006, 43 ss., ha risarcito il danno morale subito per il mancato versamento dell'assegno di separazione, prima e

Così la relazione omosessuale, intrattenuta dal marito e taciuta per anni alla moglie, è stata considerata fonte di danno non patrimoniale¹⁹; analogamente è stato risarcito il danno esistenziale subito dal marito ingannato sullo stato di gravidanza della moglie ad opera di un altro.²⁰ Il tradimento, dapprima solo nella realtà virtuale di Internet e poi nella realtà concreta, è stato considerato fonte di risarcimento di un danno non patrimoniale diverso dal biologico, consistente in “ uno stato di malessere diffuso che, pur non sfociando in una vera e propria malattia psico-somatica, ha provocato al coniuge ansia, irritazione, difficoltà di far fronte alle normali occupazioni.” Il danno liquidato in via equitativa, in aggiunta al riconoscimento dell’addebito della separazione, è stato risarcito sulla base dell’intensità della sofferenza patita e della lesione provocata nella sfera emotiva, relazionale ed affettiva²¹.

È rimasto, invece, senza neanche il conforto di un ristoro pecuniario il coniuge tradito, che ha chiesto direttamente all’amante il risarcimento dei danni, imputandogli la responsabilità per avere indotto la moglie alla violazione del dovere di fedeltà²².

3. Il perimetro della risarcibilità dei danni endo-coniugali e i principi fissati dalla Suprema corte

I fattori che hanno giocato un ruolo fondamentale, per il superamento del principio “dell’immunità” della famiglia²³ e la conseguente apertura alla tutela risarcitoria, appaiono riconducibili essenzialmente a tre aspetti: la consapevolezza dell’insufficienza dei rimedi alla crisi matrimoniale e delle specifiche sanzioni a rendere effettiva la tutela della persona coniugata; le riforme legislative, che hanno manifestato un cambiamento di tendenza con l’allentamento degli aspetti più marcatamente sanzionatori del sistema previgente, e gli approdi cui è pervenuta l’interpretazione della nozione di danno non patrimoniale.

Sotto il primo profilo, il contatto esterno con la crisi coniugale che, come detto, si

di divorzio poi, da parte del coniuge obbligato; Trib. Milano, 4 aprile 2002, in *Guida al dir.*, 2002, 24, con nota di M. FINOCCHIARO, 37, ha riconosciuto il danno esistenziale e relazionale, subito dalla moglie, in conseguenza del comportamento del marito che, dopo la nascita del primo figlio, aveva iniziato a disinteressarsi di lei, privandola di ogni forma di collaborazione e di assistenza ed instaurando una relazione extraconiugale con un’altra. V. altresì Cass. pen., 3 giugno 2005, n. 35874 che ha condannato al risarcimento del danno il coniuge per le ingiurie rivolte ai suoceri. Secondo i giudici di legittimità lo stretto legame parentale fra la persona cui le offese sono comunicate e quelle cui si riferiscono, determina che tali ingiurie costituiscono una mancanza di rispetto, importante componente della dignità umana, anche nei confronti del percettore di tali espressioni.

¹⁹ Trib. Brescia, 14 ottobre 2006, in *Fam. e dir.*, 1, 2007 con nota di G. FACCI, 57 ss.

²⁰ App. Milano, 12 aprile 2006, in *Fam. e dir.*, 5, 2006, con nota di G. FACCI, 509 ss.

²¹ Trib. Busto Arsizio, 5 febbraio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 6, con nota di G. FACCI, 473: la fattispecie riguardava la scoperta, da parte della moglie, della corrispondenza erotico-sentimentale del marito con varie donne su Internet. La spudoratezza delle immagini e delle espressioni veicolate tramite Internet, i rapporti intrattenuti nelle *chat*, anche con minorenni, sono stati ritenuti una gravissima violazione dei diritti della moglie.

²² V. sul punto Trib. Roma 17 settembre 1989, in *Contr. impr.*, 1990, con nota di P. CENDON, 607 che ha rigettato la richiesta di risarcimento danni, ritenendola non adeguatamente provata: per una disamina del caso cfr. G. FACCI, *Doveri familiari e responsabilità civile*, cit., 104 ss., A. SPANGARO, *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., 145 ss.; v. anche, per una fattispecie analoga, Trib. Monza, 15 marzo, 1997, in *Fam. e dir.*, 1997, con nota di A. ZACCARIA, 462: i giudici di merito hanno affermato che l’amante, in quanto terzo estraneo al rapporto matrimoniale, non è destinatario dell’obbligo di fedeltà, fondato sul principio di autodeterminazione, gravante solo sui coniugi e, pertanto, non è responsabile nei confronti del coniuge tradito.

²³ Sul tema dell’immunità v. P. RESCIGNO, *La tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, in *Studi in onore di G. CHIARELLI*, IV, Milano, 1974.

consuma nelle aule giudiziarie, ha costituito l'occasione per alcune riflessioni in ordine, in particolare, all'effettiva efficacia della separazione, del divorzio e degli altri specifici rimedi, previsti dalla normativa familiare, per la tutela della persona del coniuge. La crisi del rapporto coniugale fa emergere, a volte, comportamenti offensivi della dignità di un coniuge che, se si verificano tra due soggetti estranei, non sono minimamente tollerati, e la cui portata lesiva potrebbe subire, invece, un forte ridimensionamento con l'applicazione esclusiva degli specifici rimedi familiari. Invero, l'eventuale danno subito dal coniuge, per effetto di una condotta che l'altro ha posto in essere, in aperta e grave violazione dei doveri coniugali e che, sostanzialmente, integra gli estremi dell'illecito, non pare che possa essere sussunto nello specifico rimedio dell'addebito, che è strettamente connesso alla variabile della sperequazione economica fra i coniugi²⁴. Ne consegue che, se non vi sono i requisiti previsti per l'addebito, il coniuge, che ha riportato un danno per la violazione dei doveri coniugali, rischia di rimanere privo di adeguata tutela²⁵.

Analoghe considerazioni sono state fatte valere per il divorzio: a seguito della riforma del 1987, la componente assistenziale dell'assegno, quale emergeva dalla formulazione dell'art. 5 legge div., è stata considerata come detto, determinante ai fini del riconoscimento dell'*an debeatur*, a differenza di quelle risarcitoria e compensativa. Fino alla decisione delle S.U. del 2018, l'assegno di divorzio è stato commisurato, all'effettiva capacità patrimoniale dell'obbligato e finalizzato a consentire all'avente diritto di mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, in maniera direttamente proporzionale alla durata del rapporto coniugale. Il rischio, qualora non ricorressero tali presupposti, era quindi, quello di negare il diritto al risarcimento del danno, provocato da un coniuge all'altro, con una potenziale *deminutio* di quella tutela minima che il coniuge, innanzitutto in quanto persona, deve ricevere.

Il secondo fattore, che ha favorito l'estensione al sistema familiare delle norme sull'illecito, è da ricercare nelle riforme, via via introdotte, sia in ambito estero che nazionale.

A dare sostegno a un cambio di passo il confronto con gli ordinamenti sovranazionali²⁶: in quasi tutti gli Stati membri della UE la tutela del coniuge, vittima illeciti, è affidata anche

²⁴ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Nullità, separazione, divorzio: l'esigenza di un'omogeneizzazione*, in *Separazione e divorzio*, I, in G. FERRANDO (a cura di), *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. BIGIAVI, cit., 101ss. In chiave critica sull'addebito M. FORTINO, *Non sempre il fine giustifica i mezzi: il tentativo delle Sezioni Unite di "liberare" il giudizio di separazione dall'oscuro peso della "colpa" si infrange sullo scoglio di un ambiguo dato positivo*, nota a S.U. 3, dicembre, 2001, n.15240, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2002, 111 ss.

²⁵ Cass. civ., sez. I, 6 aprile 1993, n.4108, in *Giust. civ.*, 1993, 624; Cass. civ., sez. I, 22 marzo 1993, n.3367. La Suprema corte, sostanzialmente, riteneva che il legislatore, avendo disciplinato, specificatamente, le conseguenze della separazione personale, inquadrabile tra i diritti che garantiscono la libertà della persona, ed avendo comminato specifiche sanzioni, avrebbe precluso qualsiasi spazio alla responsabilità aquiliana. Si sottolineava l'esistenza di una sostanziale incompatibilità fra addebito della separazione e risarcimento del danno sulla base del seguente ragionamento: il fatto generatore dell'addebito della separazione non integra la violazione di un diritto dell'altro coniuge, ma comporta solo gli effetti previsti dalla legge, di conseguenza, non può essere invocata la tutela risarcitoria per mancanza del danno ingiusto.

²⁶ In questo senso si è mossa la *Commission on European Family law*, con la formulazione dei *Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses* su cui KBOELE-WOELKI, F. FERRAND, C.GONZÁLEZ BEILFUSS, M.JÄNTERÄ-JAREBORG , N.LOWE, D. MARTINY, V TODOROVA, *Principles of european family law revisited*, Intersentia, Cambridge, 2024. Ha posto in evidenza la difficoltà di dar vita a un diritto europeo della famiglia, dovuta al fatto che la famiglia è, più degli altri istituti, legata alle tessuto culturale e territoriale di un popolo S. PATTI, *Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa*, in ID.-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, 3 ss.

allo strumento del risarcimento dei danni.²⁷ Ad esempio, nell'ordinamento tedesco ed in quello francese, le norme sulla responsabilità civile sono pienamente applicabili nell'ambito del rapporto coniugale. Anche nel sistema di *common law* è stato superato il principio dell'*'interspousal immunity'*: di conseguenza, è espressamente attribuito a ciascun coniuge il diritto di agire nei confronti dell'altro per chiedere il risarcimento dei danni “come se essi non fossero sposati”²⁸.

Nell'ordinamento italiano, l'inconsistenza dell'apparato rimediale, previsto in campo civilistico, avrebbe, in realtà, dovuto essere controbilanciata dal sistema penale, cui era stata delegata la salvaguardia dei soggetti deboli, vittima di illeciti nell'ambito della famiglia.²⁹ Ma, nonostante la tendenza ad accentuare, attraverso la previsione di nuovi reati e l'inasprimento delle sanzioni già esistenti, la particolare gravità degli illeciti perpetrati nel contesto familiare, le difficoltà, a volte insormontabili, riscontrate dagli stessi familiari vittima, nel denunciare gli illeciti subiti, nel timore di possibili ripercussioni negative, hanno fatto registrare una crisi del modello penalistico.

Sulla scorta di quanto verificatosi nel sistema statunitense³⁰, si è, quindi proceduto a un intervento nel settore civile, mirato a rafforzare la tutela del familiare debole, soprattutto attraverso meccanismi di *deterrence*, di cui uno dei tasselli è costituito dalla legge sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari³¹, che offrono l'effetto di condurre alla sospensione della convivenza. Significative, anche, altre novità, nel tempo, introdotte: il Codice delle pari opportunità, d. lgs., n.198 dell'11 aprile 2006, che indica, tra gli strumenti di tutela, il risarcimento del danno, per contrastare le pratiche discriminatorie e, fra queste, sono

²⁷ Sui profili comparatistici si segnalano: P. SCHLESINGER, *Diritti e doveri nella coppia*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX E ANT. D'ANGELO (a cura di) *Matrimonio, matrimonii, L'alambicco del comparatista* diretto da M. LUPOI, Milano, 2000; V.D. HENRICH, *La tutela contro la violenza nella famiglia: la riforma tedesca*, in *Familia*, II, 2002, 765 ss.; R. TORINO, *Il risarcimento del danno in famiglia: profili comparatistici*, in P. CENDON (a cura di), III, *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, 2004, 2673. Nell'ordinamento tedesco il risarcimento del danno fra i coniugi si ricollega alla violazione di un obbligo di protezione: cfr. S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile, un lungo itinerario*, Introduzione al volume *La responsabilità civile nelle relazioni familiari*, cit.

²⁸ L'*'interspousal immunity'* è stata eliminata in seguito ai profondi cambiamenti sociali, che hanno interessato la famiglia con il *Law Reform Act* (*Husband and wife*) del 1962, antecedente al *Family law act* del 1996. L'immunità fra i coniugi trovava fondamento nella *doctrine of unity of spouses*, risalente alla seconda metà del XVIII secolo, secondo cui con il matrimonio il marito e la moglie divengono una persona sola e quella persona è il marito. Unico limite all'esperibilità dell'azione risarcitoria è individuato nel fatto che essa sia sostanzialmente inutile: è previsto, infatti, che l'azione può essere sospesa se da essa non derivino benefici concreti per entrambe le parti: v. S. PATTI, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Riv.dir.civ.*, 1981, I, 378 ss.

²⁹ In dottrina, per tutti, G. CONSO, *Il nuovo regime dei rapporti tra coniugi nelle sue incidenze penalistiche*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 829; Cass. pen., 23 gennaio 2001, n.12655, in *Foro it.*, 2001, II, c.321 e in *Dir. e giust.*, 2001, 17, 60 ss., secondo cui risponde del reato di violazione di corrispondenza il coniuge che installa un radio registratori allo scopo di intercettare le comunicazioni telefoniche dell'altro con terzi, nella situazione conflittuale indotta dalla separazione già in atto. Cass. pen. 2 febbraio 2024, n. 4840 ha condannato il coniuge, ex art. 615 bis c.p. per interferenza illecita nella vita privata dell'altro, a causa delle telecamere istallate illecitamente nell'abitazione, al fine di spiare il partner.

³⁰ H. KRAUSE, L.D. ELROD, M. GARRISON, G.T. OLDHAM, *Family law*, St. Paul, 1998, ed appendice di aggiornamento, 2000, 162 ss.

³¹ Per un quadro generale, v. A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2005; A. RENDA, *Abusi familiari e ordini di protezione*, in *Enc.dir.*, I Tematici, cit., 1 ss.; V. CARBONE, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, 83 ss.; C. IRTI, *La dimensione «privata» della violenza e gli ordini di protezione, dal contesto «spaziale» a quello «digitale», in la violenza domestica e la responsabilità civile nel nuovo diritto di famiglia*, in M.R. MARELLA (a cura di), cit., 109 ss.

espressamente incluse quelle perpetrate in ambito familiare. Inoltre, l'art. 709-ter c.p.c.³², oggi in sostanza sostituito dall'art. 473-bis 39 c.p.c.³³, che prevede il rimedio risarcitorio, in caso di uso distorto della responsabilità genitoriale, che si concreti in gravi inadempienze quanto all'esercizio della responsabilità genitoriale o di atti "che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento o, più in generale, che arrechino pregiudizio al minore" a carico del genitore responsabile di tali episodi.

Sotto il terzo profilo, l'ingresso nel perimetro familiare della responsabilità aquiliana ha trovato, essenzialmente, la sua ragion d'essere nei principi fissati dalla giurisprudenza in tema di danni ingiusti alla persona. Fino a quando l'ingiustizia del danno è stata ristretta nei confini della patrimonialità e il danno non patrimoniale limitato ai casi di reato, l'osmosi fra famiglia e responsabilità civile non poteva che essere, evidentemente, di difficile realizzazione. La progressiva affermazione di una nozione ampia di ingiustizia del danno³⁴, nonché del principio di diritto secondo cui il danno non patrimoniale è risarcibile, in virtù del combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 2059 c.c., ogni qual volta si verifica una lesione dei diritti costituzionalmente garantiti della persona³⁵, ha reso maturi i tempi per far cadere il velo che riparava i legami di sangue o, comunque, affettivi, che si istaurano fra i membri della famiglia, dalle "mobili frontiere" della responsabilità aquiliana.

L'insieme di fattori, fin qui segnalati, hanno reso maturi i tempi per un'interpretazione della Suprema Corte³⁶ conforme agli approdi cui era pervenuta, in materia, la giurisprudenza

³² In particolare, sull'art. 709 ter c.p.c. v. M. SESTA, *La violazione della modalità di affidamento e i rimedi di cui all'art. 709-ter c.p.c.*, in *Liber amicorum* per D. HENRICH, *Famiglia e successioni*, Torino, 2012, 84 ss; ci sia consentito il richiamo anche ad A. ASTONE, *L'art. 709-ter c.p.c. un riconoscimento normativo della funzione punitiva della responsabilità*, in M. FORTINO (a cura di), *I danni ingiusti alla persona*, in G. ALPA-S. PATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Padova, 2009, 317 ss.; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, 35 ss.; F. SCIA, *Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Pers. e merc.*, 2020, 415 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 640; E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c. e le novità della legge 26 novembre 2021*, n. 206, in M.A. ASTONE-G. BASILICO (a cura di), *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio* Milano, 2022, 328 ss.

³³ Art. 473-bis.39 c.p.c. introdotto dalla c.d. Riforma Cartabia, operata con il d.lgs. 149/2022, su cui M.G. RUO (a cura di), *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile. La legge delega e le novità immediatamente precettive dal 22 giugno 2022: negoziazione assistita, consulenze tecniche, allontanamento del minore, riparto di competenze, curatore speciale del minore*, Santarcangelo di Romagna, 2022. Tale disposizione, come si legge nella relazione di accompagnamento, opera un "restyling delle regole processuali" contemplate nell'art. 709 ter c.p.c.: *Relazione illustrativa ai d.lgs. 10 ottobre 2022, n.149*, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, I, 19 ottobre 2022, 70, v. nt. 45.

³⁴ La letteratura è vasta, cfr. per tutti e in generale, il volume di C. SCOGNAMIGLIO (diretto da) *Responsabilità civile. I tematici*, in *Enc. dir.*, VII, 2024 ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

³⁵ v. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n.8828, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, con note di P. CENDON, E. BARGELLI, P. ZIVIZ, 675 ss., in *Foro it.*, I, con nota di E. NAVARRETTA, c. 2272; Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, in *Corr. giur.* 8, 2003, con nota di M. FRANZONI, 1031 ss.; cfr. altresì: F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 8-9, 2003, 828; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, ivi, 2003, 833; G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 1, 2004, 5 ss. In senso conforme cfr. Corte cost., 11 luglio 2003, n.233, in *Corr. giur.*, 2003, con nota di M. FRANZONI, 1028 ss.

³⁶ Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2005, n. 9801, in *Dir. fam.*, 2005, 1181, con nota di A. GALIZIA DANOVY, in *Corr. giur.*, 2005, con nota di G. DE MARZO, 921 ss., in *Fam. dir.*, con note di M. SESTA e di G. FACCI, 365ss., in *Familia*, 4-5, 2005, con nota di C. CARICATO, 875 ss.: la fattispecie riguardava l'omessa informazione da parte del marito, prima del matrimonio della malformazione sessuale che impediva l'assolvimento degli obblighi

di merito.³⁷

I giudici di legittimità mostrano di condividere appieno le argomentazioni sostenute a favore della risarcibilità del danno fra i coniugi, negando, *in primis*, la presunta completezza della disciplina dei rapporti familiari. L'evoluzione del diritto di famiglia, secondo la Suprema corte, evidenzia come il rispetto della dignità della personalità di ogni componente il nucleo familiare assume i connotati di diritto inviolabile, la cui lesione da parte di un membro della famiglia, che a tal riguardo è equiparato ad un terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità civile. Non sarebbe, infatti, possibile che diritti, definiti inviolabili, ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari ed il responsabile del danno si trovino collocati o meno all'interno di un contesto familiare.

Gli stessi Giudici sottolineano la natura giuridica e non meramente morale dei diritti-doveri nascenti dal matrimonio, come si ricaverebbe dal reiterato riferimento, contenuto nell'art.143 c.c., alle nozioni di dovere, di obbligo e di diritto, dal riconoscimento, di cui all'art. 160 c.c., della loro inderogabilità, dalle conseguenze che l'ordinamento giuridico fa derivare dalla loro violazione. Infine, evidenziano come la separazione ed il divorzio non esaurirebbero la regolamentazione dei rapporti che si istaurano al momento della crisi coniugale ove, in concreto, si verifichino comportamenti che violano, non solo diritti riferiti allo *status* ma, anche, quelli riconducibili alla dignità ed all'integrità psico-fisica di ciascun coniuge. Non è da escludere, pertanto, secondo la Suprema Corte, che lo stesso comportamento possa rivestire rilevanza sia ai fini della separazione e/o della cessazione del vincolo coniugale sia quale fatto generatore della responsabilità.

Si consolida, così, l'orientamento secondo cui lo *status* di coniuge o di figlio non può comportare una limitazione di quella tutela minima dei diritti fondamentali che deve essere riconosciuta a ogni persona, in quanto tale. In particolare, proprio il settore del diritto di famiglia ha costituito terreno di elezione del danno esistenziale,³⁸ il cui futuro sembrava essere reso incerto dalle sentenze delle S.U. della Suprema corte del 2008.³⁹ E, proprio prima ancora che le S.U. ponessero il filtro della serietà della lesione e della gravità dell'offesa, per arginare l'espansione dei c.d. danni bagatellari, in tema di illecito endo-familiare i giudici di legittimità⁴⁰ hanno escluso che potessero trovare ristoro richieste risarcitorie basate su "comportamenti

coniugali, v., par. successivo e, in particolare nt. 44. In senso conforme, Trib. Roma, 26 agosto 2014; Trib. Palermo, 3 giugno 2016, n. 2999; Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2016, n. 6833.

³⁷ In effetti, negli anni '90 si era già registrata una timida apertura, allorquando il Supremo collegio aveva ammesso, sebbene solo in linea teorica, la risarcibilità dei danni, ove i fatti, che hanno dato luogo all'addebito della separazione, integrino gli estremi dell'illecito aquiliano: Cass. civ., sez. I, 26 maggio 1995, n.5866, in *Giur.it*, 1997, I, 843 ss.

³⁸ V. App. Salerno, 8 gennaio 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, 1362 con note di P. CENDON e R. ROSSI, che, nel caso di maltrattamenti familiari, protrattisi per numerosi anni e concretizzatisi in reiterati atti di lesione dell'integrità fisica e morale, della libertà e della dignità di un coniuge, ha affermato l'esistenza di danni dovuti ai "sovvertimenti esistenziali" provocati dall'illecito.

³⁹ Il riferimento è alle quattro sentenze gemelle nn. 26972/3/4/5 delle S.U. 11 novembre 2008, nelle quali si specifica che tra i diritti inviolabili della persona, che possono legittimare il risarcimento del danno non patrimoniale, vi sono quelli della famiglia. v. G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle S.U. dell'11.11.2008*, in *Fam. dir.*, 2, 2009, 113 ss. Sulle sentenze la bibliografia è ampia, Cfr. per tutti F.D. BUSNELLI- S. PATITI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 105 ss. in cui è richiamata la nota definizione di "sentenze di San Martino", coniata da F.D. Busnelli. In tempi recenti, l'interrogativo sul ruolo del danno esistenziale, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, sembra permanere v., sul punto, M. GRONDONA, *C'è spazio per una giustizia esistenziale nella responsabilità civile contemporanea?*, in *Danno e resp.*, 5, 2024, 533.

⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza”⁴¹.

4. Il rapporto tra l'azione risarcitoria e i rimedi previsti in caso di crisi del rapporto coniugale.

Nonostante gli approdi giurisprudenziali in materia di danni endoconiugali siano significativi e ormai pacifici, alcune questioni rimangono aperte, in particolare, in ordine alla compatibilità tra la richiesta di risarcimento e quelle di addebito della separazione o di assegno divorzile.

Come è noto, oggi, non è controverso che l'azione risarcitoria, in pendenza del giudizio di separazione personale, possa essere promossa autonomamente ed a prescindere dalla richiesta di addebito della responsabilità, qualora però ricorrano determinati presupposti⁴². L'addebito della separazione e la richiesta di risarcimento del danno, formulata nei confronti di un coniuge, si muovono, infatti, su piani diversi: l'addebito è strettamente connesso all'esistenza di una disparità economica, che viene presa in considerazione come elemento determinante per la rilevanza stessa del rimedio, si proietta nel futuro e regola i residui rapporti fra i coniugi. Il risarcimento del danno, invece, guarda al passato: si concentra sul comportamento offensivo e prescinde dalle eventuali condizioni economiche di coniugi. Secondo i giudici di merito⁴³, bisogna guardare, in particolare, al profilo della gravità della colpevolezza del responsabile, in quanto in grado di ledere diritti fondamentali: il risarcimento avrebbe, pertanto, una funzione non solo compensativa ma anche sanzionatoria

⁴¹ Trib. di Verona, 7 marzo 2025, n. 515.

⁴² Trib. Treviso, 12 febbraio 2025; Cass. civ., sez. I, 9 gennaio- 9 marzo 2020, n. 6518 ha affermato che la violazione dell'obbligo di fedeltà nel matrimonio può determinare non solo l'addebito della separazione, ma anche una responsabilità civile autonoma. In particolare, la Suprema Corte ha stabilito che il tradimento non si limita a produrre effetti solo sul piano del diritto di famiglia (come l'addebito e la perdita del diritto al mantenimento), ma può configurarsi come illecito civile se provoca una lesione di diritti fondamentali del coniuge tradito, quali l'onore, la dignità e la salute psicofisica. V. anche Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2019, n. 6598 ove si afferma che: “La natura giuridica del dovere di fedeltà derivante dal matrimonio implica che la sua violazione non sia sanzionata unicamente con le misure tipiche del diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, ma possa dar luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia a ciò preclusiva, sempre che la condizione di afflizione indotta nel coniuge superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto, quale, in ipotesi, quello alla salute o all'onore o alla dignità personale”. Questo significa che anche in assenza di un addebito nella separazione, il coniuge tradito può comunque chiedere un risarcimento se dimostra che l'infedeltà ha avuto conseguenze gravi e documentabili sulla sua persona.

⁴³ Così Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 1, con nota di A. BENNI DE SENA, 89 ss., in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 9, con nota di P. CENDON, 1885 ss., secondo cui “affinché la violazione del dovere di fedeltà tra i coniugi rilevi sul terreno della responsabilità civile, dando luogo ad obblighi risarcitori, in particolare per quanto riguarda i danni non patrimoniali, occorrerà che il comportamento dello sposo “fedifrago” attinga certe soglie di intensità, tendenzialmente quelle del dolo o della colpa grave. In tal caso saranno risarcibili, quali capitoli negativi autonomi, sia il danno corrispondente ai disturbi psichici risentiti dalla vittima sia quello inerente alla lesione della sfera della dignità da cui siano derivate compromissioni nella sfera relazionale della stessa”. Cass. civ., sez. I, ord., 12 aprile 2024, n. 9934 che afferma come non siano risarcibili i danni derivanti dalla violazione del dovere di fedeltà in caso di coppia aperta.

-deterrente con la finalità di disincentivare le condotte lesive. Tutti gli altri comportamenti, privi di queste caratteristiche, sarebbero riconducibili agli strumenti tipici di crisi del matrimonio, in quanto, al di fuori di questi casi, lo strumento risarcitorio potrebbe costituire una forma di coazione indiretta rispetto ad un rapporto di coppia all'interno del quale i comportamenti rimangono difficilmente coercibili.

Sul fronte del divorzio, ad incidere su eventuali possibili richieste di risarcimento, è la causa su cui è fondato il ricorso. Se il titolo è costituito da una condanna penale, per reati che un coniuge ha commesso a danno dell'altro, non sembra che sussistano dubbi sul fatto che possa essere avanzata la richiesta di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, in base al combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p..

Tra le altre cause di divorzio, quella che sembra aver fatto guadagnare maggiore spazio alla responsabilità extracontrattuale è l'inconsumazione del matrimonio. In corre in responsabilità, ad esempio, il coniuge che, intenzionalmente, ha tenuto nascosto la sua malattia all'altro che, qualora avesse saputo dell'incapacità di avere rapporti sessuali, non avrebbe prestato il consenso al matrimonio. Il danno ingiusto è rappresentato, in questo caso, dalla condotta dolosa del coniuge che, in violazione dei doveri di solidarietà e correttezza, ha celato una qualità essenziale all'altro tale da potere costituire anche causa di nullità del matrimonio. “Le conseguenze possono consistere in significative ricadute negative sulla persona del coniuge, suscettibili di estrinsecarsi in un’alterazione dell’equilibrio o in future inibizioni”⁴⁴.

In ordine alla causa, statisticamente più frequente, rappresentata dalla separazione, bisogna valutare caso per caso: è evidente che è difficile reiterare, con esito positivo, senza che siano intervenuti *medio tempore* fatti nuovi che la legittimino, una richiesta di risarcimento del danno, ove la stessa sia stata già avanzata in sede di separazione.

Diversa è l'ipotesi di una pretesa risarcitoria, non avanzata in sede di separazione e fatta valere, per la prima volta, in fase di divorzio: in questo caso entra in gioco, la componente risarcitoria che connota l'assegno di divorzio, espressa dalla formula “ragioni della decisione”.

Oggi bisogna tenere conto del fatto che la funzione assistenziale, come emerge dai principi fissati dalle S.U con la decisione n. 18287/2018, va considerata alla luce di quelle compensativa e perequativa svolte dell'assegno divorzile. Se l'assegno deve essere finalizzato a ristabilire un equilibrio tra gli ex coniugi, tenendo conto delle disparità patrimoniali che possono emergere e anche “dalle ragioni” sottese alla decisione di sciogliere il matrimonio, sotto quest'ultima formula potranno trovare ristoro tutti quei pregiudizi che, magari, non hanno trovato riconoscimento nelle fasi di separazione. In conclusione, questa rinnovata interpretazione delle disposizioni sull'assegno divorzile rappresenta un fattore positivo per il coniuge, vittima di illeciti ad opera dell'altro al pari delle novità, introdotte in ambito processuale, con l'art. 473-bis c.p.c. che sancisce che le domande di risarcimento del danno endo-familiare rientrano nel rito speciale per persone, minori e famiglie⁴⁵.

⁴⁴ Sono queste le conclusioni alle quali è pervenuta la Suprema Corte, con la decisione 9801/2005 v.nt.36. Analogamente App. Milano, 12 aprile 2006, ha risarcito i danni esistenziali, subiti dalla moglie per la lesione della libertà di determinarsi al matrimonio, dovuta all'omessa informazione, da parte del futuro coniuge, della propria disfunzione sessuale: in questo caso il danno, definito esistenziale, è stato considerato *in re ipsa*. In dottrina si rinvia a F. SCARDULLA, *Il concetto di matrimonio non consumato con riguardo all’istituto del divorzio*, in *Dir. fam. e pers.*, 1975, 496.

⁴⁵ Art. 473-bis. Rubricato *Ambito di applicazione. Mutamento del rito* sancisce che “Le disposizioni del presente titolo si applicano ai procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie attribuiti alla

Proprio le varie modifiche segnalate dovrebbero favorire la proposizione di azioni di responsabilità, con l'obiettivo non solo di deterrenza o di sanzione, quanto per offrire un'ulteriore tutela a familiari deboli, generalmente donne e minori, rafforzando la loro posizione all'interno del nucleo familiare.

competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni nonché alle domande di risarcimento del danno conseguente a violazione dei doveri familiari, salvo che la legge disponga diversamente”.

MATRIMONIO NULLO E BUONA FEDE: PROFILI PERSONALI E PATRIMONIALI DEL MATRIMONIO “PUTATIVO”

MARIAFRANCESCA COCUCCIO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’istituto del matrimonio putativo. - 3. La nozione di buona fede. - 4. Gli effetti riguardo i coniugi: profili personali e patrimoniali. - 5. I coniugi in buona fede: diritti e tutele. - 6. Il coniuge in mala fede e la posizione del terzo: responsabilità e imputabilità della causa di nullità. - 7. Gli effetti riguardo i figli. – 8. Brevi rilievi conclusivi.

1. Premessa

Il progetto governativo di *Riforma del diritto di famiglia*, il primo¹, di una lunga serie di disegni e proposte di legge avanzati ai due rami del Parlamento², mise in evidenza la necessità di alcune modifiche al diritto di famiglia in quanto i «rapporti familiari» risentivano l’incidenza del mutare dei tempi dovuto, in gran parte, al *processo di trasformazione* del ritmo della vita familiare conseguente alle accresciute esigenze economiche, alla costante aspirazione ad un sempre maggiore benessere e alla continua ricerca di nuovi strumenti che quelle esigenze potevano meglio realizzare.

Fino a quel momento le norme che regolavano i rapporti tra i coniugi erano quelle previste dal Codice civile del 1942 in cui la figura del marito era concepita come il *capo della famiglia* che la moglie «era obbligata ad accompagnare ovunque egli credeva opportuno di fissare la sua residenza» e al quale la stessa restava inesorabilmente subordinata.

Nel documento si sottolineava, infatti, la necessità che la nuova disciplina rispondesse all’esigenza «di una più efficiente e organica visione della famiglia, in cui i poteri e i doveri dei singoli membri [fossero] meglio inquadrati e coordinati al fine di conseguire i nuovi obiettivi che la vita familiare si proponeva».

* Ricercatrice di diritto privato, Università di Messina.

¹ D.d.l. «Modificazioni delle norme del Codice civile concernenti il diritto di famiglia e le successioni», presentato alla Camera Deputati il 9 gennaio 1967 (doc. n. 3705).

² Ancora durante la IV Legislatura, il 10 marzo 1967, un gruppo numeroso di parlamentari (Jotti Leonilde, Spagnoli, Guidi, Longo, ecc.) ha presentato, sempre alla Camera dei deputati, una proposta di legge (Doc. n. 3900), avente il medesimo titolo del progetto governativo. Alla Camera dei deputati, all’inizio della V Legislatura, furono presentate tre diverse proposte di legge per una riforma organica del diritto di famiglia: la prima (Doc. n. 503), l’11 ottobre 1968, d’iniziativa dei deputati repubblicani Reale, La Malfa e altri (*Modificazioni delle norme del codice civile concernenti il diritto di famiglia e le successioni*); la seconda (Doc. n. 703), il 19 novembre 1968, d’iniziativa dei deputati democristiani Ruffini e Martini (*Riforma del diritto di famiglia*); la terza, infine, (Doc. n. 1378), il 30 aprile 1969, d’iniziativa dei deputati comunisti Jotti, Spagnoli, Lonco e altri (*Modificazioni delle norme del Codice civile concernenti il diritto di famiglia e le surtormenete cessioni*). Nel corso della medesima Legislatura, al Senato furono presentati due disegni di legge: uno (Doc. n. 754) il 2 luglio 1969, d’iniziativa del senatore democristiano Falcucci (*Riforma del "diritto di famiglia"*) e l’altro (Doc. 1151) il 16 marzo 1970, Gatti Caporaso, Pieraccini e altri (*Disposizioni sullo stato delle persone e l’ordinamento della famiglia*).

La legge che ne è conseguita è stata davvero storica, necessaria e mediata (non certo improvvisata)³. Si è inserita in una prospettiva ampia di revisione degli strumenti normativi della realtà sociale investendo l'intero campo del diritto di famiglia: dall'atto di matrimonio, alle cause della sua invalidità, ai rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, alla loro separazione, alla potestà genitoriale fino alle successioni⁴.

Tra le modifiche che la legge ha introdotto anche quella in materia di *matrimonio putativo* (art. 19 l. riforma): istituto che si è posto come rimedio agli effetti della dichiarazione di nullità del matrimonio. Funzione primaria del matrimonio putativo è quella di salvaguardare, entro certi limiti, gli effetti del matrimonio dichiarato nullo, in favore di uno o di entrambi i coniugi in buona fede (o quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi) che hanno fatto *affidamento* nella validità del matrimonio, nonché dei figli.

La stessa legge, invero, non può certo ignorare che il vincolo matrimoniale contratto abbia creato di fatto una comunità familiare. Questa deve essere tutelata di fronte al vizio che ne abbia inficiato la validità e l'accertamento delle cause di invalidità passa attraverso la dichiarazione di nullità (o di annullamento) del matrimonio.

2. L'istituto del matrimonio putativo

La legge di riforma del diritto di famiglia ha inciso sulla disciplina codicistica del matrimonio putativo, che è stata in parte novellata con non lievi ritocchi e in parte ampliata con nuove previsioni normative. Il nucleo della fattispecie resta sempre l'art. 128 c.c. che è stato così riformulato: *se il matrimonio è dichiarato nullo, gli effetti del matrimonio valido si riproducono in favore dei coniugi, fino alla sentenza che pronunzia la nullità, quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede, oppure quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi* (comma 1)⁵.

³ L. 19 maggio 1975 n. 151, "Riforma del diritto di famiglia". La legge rifacendosi al principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), ha abrogato numerose disposizioni del Codice civile in aperto contrasto con la Costituzione, ha modificato la disciplina relativa ai rapporti familiari e ha dato attuazione all'impostazione già in precedenza delineata dalla Corte costituzionale (Corte cost. 13 luglio 1970 n. 133; Corte cost. 16 dicembre 1970 n. 188; Corte cost. 27 giugno 1973 n. 91; Corte cost. 26 giugno 1974 n. 187).

⁴ Punti qualificanti della riforma sono stati: la completa parità giuridica dei coniugi (art. 143 c.c.); il riconoscimento ai figli naturali gli stessi diritti successori rispetto ai figli legittimi (art. 566 c.c.); un più incisivo intervento del giudice nella vita della famiglia (artt. 145 e 155 c.c.); la scomparsa dell'istituto della dote e del patrimonio familiare; l'istituzione della comunione legale dei beni fra i coniugi (artt. 159 ss. c.c.) come regime patrimoniale legale della famiglia (in mancanza di diversa convenzione); l'introduzione della potestà genitoriale attribuita collettivamente e nella stessa misura ad entrambi i genitori, in luogo della patria potestà precedentemente attribuita esclusivamente al padre; la qualifica di erede, e non più di usufruttuario *ex lege*, conferita al coniuge superstite (artt. 581 ss. c.c.).

⁵ L'originario art. 128 c.c. del 1942 affermava: *Se il matrimonio è dichiarato nullo [68, 117-127], gli effetti del matrimonio valido si producono, in favore dei coniugi, fino alla sentenza che pronunzia la nullità, quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede, oppure quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi [122, 584, 785]. Il matrimonio dichiarato nullo ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli. Se le condizioni indicate nel primo comma si verificano per uno solo dei coniugi [139], gli effetti valgono soltanto in favore di lui e dei figli [139, 251]. Il matrimonio dichiarato nullo, contratto in malafede da entrambi i coniugi, ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli nati o concepiti durante lo stesso, salvo che la nullità dipenda da [bigamia o] incesto. Nell'ipotesi di cui al quarto comma, rispetto ai figli si applica l'articolo 251.*

La norma, richiamando con quest'ultimo inciso la causa di invalidità introdotta col novellato art. 122 c.c., equipara la violenza e il timore di eccezionale gravità alla buona fede, fermo restando che, se una di queste condizioni si verifica solo per uno dei coniugi, *gli effetti valgono soltanto a favore di lui e dei figli* (comma 3)⁶.

L'innovazione più vistosa dell'art. 128 (finalizzata alla tutela della innocente prole) è senza dubbio, quella contenuta nel comma 4: *il matrimonio dichiarato nullo, contratto in malafede da entrambi i coniugi, ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli nati o concepiti durante lo stesso, salvo che la nullità dipenda da [bigamia o] incesto.*

Preservare lo *status legitimatis* dei figli dalla malafede dei genitori era un passo al quale il legislatore del 1942 non aveva creduto di potersi spingere, limitandosi a concedere lo stato di figli naturali riconosciuti *nei casi in cui il riconoscimento è consentito*. Questa formula compare nel comma 5 del novellato art. 128, che tale *status* riserva ai figli nati da genitori in malafede nell'ipotesi di cui al comma precedente, ossia qualora *la nullità dipenda da [bigamia o] incesto*⁷.

Ciò significa che la riforma del 1975, nel superare il limite che al legislatore del 1942 era sembrato invalicabile, si è fermata a metà strada: basandosi sul medesimo presupposto (matrimonio contratto in malafede da entrambi i coniugi), ha, infatti, discriminato i figli illegittimi e naturali, secondo la causa di nullità del matrimonio, che peraltro non ha considerato rilevante nel caso di buona fede di entrambi i genitori (comma 1) o anche di uno solo di essi (comma 3), dichiarando in tal senso la legittimità dei figli ancorché la nullità dipenda da [bigamia o] incesto⁸.

La fattispecie in esame comprende un elemento oggettivo (il matrimonio dichiarato nullo) e un elemento soggettivo (la buona fede dei coniugi o di uno di essi). Ed è proprio quest'ultimo che maggiormente qualifica, sostanzia e denomina il matrimonio putativo: i coniugi ritengono il matrimonio valido e da ciò ne fanno derivare gli effetti per entrambi e per i figli⁹.

L'espressione *matrimonio putativo*¹⁰, infatti, si riferisce a un matrimonio dichiarato nullo che produce alcuni effetti del matrimonio valido a tutela della *buona fede* di uno o entrambi i coniugi (nonché dei figli), intesa come *ignoranza* della causa di nullità. Si presenta, come istituto che compendia due realtà, una giuridica ed una materiale, tra loro contrapposte: da un lato vi è il principio generale per cui *quod nullum est non parit effectum* (ciò che è nullo non produce alcun effetto) e dall'altro un atto che si annulla, che ha avuto vita, non giuridica forse, non consistente e non duratura, ma pur sempre un aspetto di vita. A ciò si aggiunga che la mera invalidità del matrimonio, quale che ne sia la causa, non rappresenta un fattore ostacolo alla produzione, sia pure *medio tempore*, di effetti da parte del matrimonio pur

⁶ A. LA TORRE, *Il matrimonio putativo*, in Ego et alter *nel diritto delle persone*, Milano, 2011, p. 121.

⁷ A. LA TORRE, *Il matrimonio putativo*, in Ego et alter *nel diritto delle persone*, cit., p. 122

⁸ A. LA TORRE, *op. ult. cit.* 123, per il quale così facendo la riforma del 1975 ha inserito nel sistema una disparità di trattamento fortemente sospetta di legittimità costituzionale.

⁹ Il concorso di entrambi questi elementi determina la fattispecie e la conseguente produzione degli effetti del matrimonio valido. Ciò evidenzia la natura complessa dell'istituto giuridico, proprio per l'essenzialità degli elementi sopra indicati: A. CAGNAZZO, *op. cit.*, p. 271. V. anche M. COCUCCIO, *Il matrimonio putativo*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1234; M. DOGLIOTTI, *Gli effetti del matrimonio invalido. Il matrimonio putativo*, in *Tratt. diri. fam.*, (diretto da Zatti), *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 983 ss.

¹⁰ L'aggettivo *putativo* nel gergo giuridico designa l'atteggiamento mentale di chi, in buona fede, suppone erroneamente di compiere un atto conforme al diritto che, invece, gli era impedito. Sul punto A. LA TORRE, *Il matrimonio putativo*, in Ego et alter *nel diritto delle persone*, cit., p. 131.

Cfr. anche R. TOMMASINI, G. FARANDA, *Matrimonio putativo. Della famiglia*, (art. 74 – 176), in *Comm. cod. civ.*, (a cura di Balestra), Torino, 2010, 353.

astrattamente invalido, ma tale ancora non riconosciuto con sentenza del giudice¹¹.

La conseguenza, pertanto, è che la sentenza che dichiara nulle le nozze non ha efficacia retroattiva: il matrimonio resta valido (sia per i coniugi che per i figli) fino al giorno della pronuncia giudiziale e gli effetti dell'annullamento si producono solo a partire da quest'ultima¹². Ciò avviene, in particolare, quando entrambi i coniugi hanno contratto matrimonio in buona fede, cioè non conoscendo la causa di nullità (ad esempio non sapevano di essere parenti stretti e non potersi sposare); quando il loro consenso è stato estorto con violenza (non solo fisica, ma anche morale: si pensi alle minacce di un terzo) o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi (si pensi a chi si è sposato per sfuggire a persecuzioni politiche o di altro genere).

Non si può, quindi, parlare di matrimonio putativo se non in quanto sia stato celebrato¹³. Solo in presenza di tale presupposto potrà essere impugnato e, se dichiarato nullo, si accerterà se i coniugi lo avevano contratto in buona fede, (o se il loro consenso era stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi) essendo questo l'elemento che del matrimonio invalido salva, come se fosse valido, alcuni effetti (tra i quali principalmente la legittimità dei figli)¹⁴.

3. La nozione di buona fede

Uno degli elementi fondanti l'istituto del matrimonio putativo è la buona fede dei

¹¹ E. GIACOBBE, *Il matrimonio. L'atto e il rapporto*, in *Tratt. dir. civ.*, (diretto da Sacco), 2011, p. 421.

¹² La tecnica giuridica (c.d. tecnica formale di imputazione del termine di decorrenza degli effetti della nullità del matrimonio) che opera nell'ambito dell'istituto del matrimonio putativo fa sì che si apporti una deroga alla retroattività in senso sostanziale che caratterizza, generalmente, le sentenze di annullamento degli atti negoziali giuridici. Di conseguenza la rilevanza del matrimonio putativo la si deve trovare essenzialmente nel determinare il momento temporale a partire dal quale dovranno venire meno gli effetti del matrimonio nullo. Pertanto, si dovrà operare uno spostamento del termine: dal momento nel quale l'atto viene posto in essere a quello in cui viene pronunciata definitivamente la sentenza di annullamento del matrimonio. Tale fattispecie giuridica produttiva di effetti sostanziali può avere struttura semplice quando è presente il solo elemento del matrimonio dichiarato nullo, ovvero struttura complessa quando, oltre all'elemento del matrimonio nullo, concorre l'elemento della buona fede. Conseguentemente, l'inefficacia dell'atto non opera dal momento in cui esso sia stato attuato ma da quello della formulazione della sentenza giudiziale: A CAGNAZZO, *Il matrimonio putativo*, in *Atti notarili. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2012, p. 275.

¹³ Sul punto v. A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 111, riporta il brano di CICU, *Sul fondamento del c.d. matrimonio putativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 3 ss.: non si ha matrimonio putativo se non è intervenuta la celebrazione. È interessante osservare come anche nel diritto canonico, in cui è sorta ed è stata elaborata la figura del matrimonio putativo, si è sempre richiesto, oltre la *bona fides*, il requisito della celebrazione *in facie Ecclesiae* o *in prospectu Ecclesiae*, essendo naturale pensare che presupposto del matrimonio putativo fosse l'esistenza di un matrimonio, formalmente distinguibile da ogni altra unione, pur se nell'intenzione e nel fatto corrispondente all'unione matrimoniale.

In giurisprudenza Cass. 11 novembre 2021 n. 33409: in relazione agli effetti dell'art. 128 c.c., si presume la buona fede dei nubendi nel momento della celebrazione del matrimonio, con la conseguenza che l'onere di provare l'inefficacia del matrimonio nullo, anche sotto il profilo della putatività, e la mala fede del nubendo incombe a colui che lo allega. Se è vero che la buona fede è incompatibile con lo stato di dubbio del coniuge sulla validità del matrimonio, tuttavia, la prova dell'esistenza di un tale stato è a carico di chi ha interesse a dimostrare l'assenza di buona fede.

¹⁴ G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.* (fondato da Cicu e Messineo, proseguito da Mengoni), Milano, 2002, p. 689: l'onere della prova, a carico del soggetto che chiede di escludere gli effetti del matrimonio putativo, sarà assolto solo con l'accertamento della non conoscenza della causa di invalidità, anche sotto il profilo della erronea qualificazione della fattispecie legale. La condizione di dubbio, proprio per il meccanismo dell'onere della prova, non esclude la buona fede, poiché la prova del contrario è raggiunta solo quando la si dimostri in modo certo, non essendo sufficiente una prova non concludente.

coniugi al momento della celebrazione del matrimonio¹⁵. Questo significa che entrambi i coniugi dovevano essere all'oscuro dei vizi (o delle irregolarità) che hanno invalidato il matrimonio¹⁶. Se la buona fede, intesa come falsa conoscenza, errore (di fatto o di diritto)¹⁷ o ignoranza della causa che ha portato alla dichiarazione di invalidità del matrimonio è provata¹⁸, il matrimonio si considera valido fino alla pronuncia della sentenza di nullità¹⁹. Deve sussistere al momento della celebrazione, essendo irrilevante il suo venir meno in un momento successivo, in base al principio *mala fides superveniens non nocet*, secondo il quale gli effetti del matrimonio valido si producono fino alla sentenza che pronuncia la nullità (art. 128 c.c.), non avendo alcuna rilevanza la successiva conoscenza della causa di invalidità del matrimonio da parte dei coniugi²⁰.

Si è ampiamente discusso sul concetto di buona fede e sul fatto se essa abbia un contenuto meramente *psicologico* (o intellettuale di non conoscenza) e, quindi, la si possa identificare con l'ignoranza della causa di invalidità (ignoranza del vizio) o, abbia, invece, un contenuto *etico* è, cioè, che sussiste buona fede ogni qualvolta si debba escludere una responsabilità morale per avere concluso il matrimonio, pur se vi sia stata conoscenza della

¹⁵ Per la nozione di buona fede, BERTOLA, *Buona fede nel matrimonio putativo e relazioni fra gli ordinamenti canonico e civile*, in *Studi in onore di Del Giudice*, Milano, 1953, 100; A. C. JEMOLO, *Nullità matrimoniale e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, p. 416 ss.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 131. Sulla nozione di buona fede nel diritto romano, cfr. P. BONFANTE, *Essenza della "bona fides" e suo rapporto con la teoria dell'errore*, in *Ist. dir. rom.*, 1893, p. 85 ss.

¹⁶ La dottrina oggi dominante si mostra pressoché concorde nell'escludere, nell'ambito del matrimonio putativo, l'operatività del principio di cui all'art. 1147 c.c., comma 2., per il quale la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave, in ragione della volontà della legge di salvare, finché è possibile, gli effetti del matrimonio invalido e la legittimità dei figli: F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. cod. civ.*, (a cura di Scialoja e Branca), Bologna-Roma, 1993, p. 193.

V. anche R. NICOLÒ, *Matrimonio putativo*, in *Comm. rif. dir. fam.* (a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi), Padova, 1977, 183; T. AULETTA, *Gli effetti dell'invalidità del matrimonio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, (a cura di Ferrando), Bologna, 2007, p. 303 ss.

¹⁷ Se, tuttavia, non par dubbio che l'ignoranza si identifichi con la completa negazione della conoscenza, si è constatato che «una qualche parte di ignoranza vi ha sempre anche nell'errore, per cui non ci avviene di formare un retto giudizio». La riconduzione alla buona fede anche delle ipotesi di errore ha posto, o forse imposto, subito in risalto la distinzione tra errore di fatto (che nessun problema suscitò in dottrina) ed errore di diritto, la ammissibilità del quale, ai fini di concretare gli estremi del matrimonio putativo, risultò alquanto controversa. Ad appianare la controversia si evidenziò la distinzione tra errore di diritto ed ignoranza della legge, riservando a quest'ultima tutto il rigore possibile ai fini dell'esclusione della buona fede, laddove, relativamente al primo, il rigore del principio *error juris nocet* fu in qualche modo temperato: E. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 423.

¹⁸ È opinione corrente che la buona fede non debba essere dimostrata da chi l'allega, essendo, piuttosto, l'altra parte a dover fornire la prova contraria. Questa regola viene generalmente fondata sulla «presunzione di buona fede» di cui all'art. 1147 c.c. che si sostiene essere norma di portata generale: Cass. 5 agosto 1981 n. 4889, in *Foro it.*, 1982, p. 1110; Cass. 6 marzo 1996 n. 1780, in *Fam., dir.*, 1996, p. 115, con nota di Carbone, *Sul diritto all'indennità da parte del coniuge in buona fede*.

¹⁹ Non si identifica con la buona fede il comportamento di chi abbia contratto matrimonio trovandosi nella posizione psicologica determinata dall'altrui violenza o sia stato determinato da un timore di eccezionale gravità *ab extrinseco*. Infatti, in questi due casi, il dichiarante manifesta una volontà a contrarre matrimonio, ma in realtà non lo vuole, come non vuole attribuire allo stesso alcun effetto giuridico. Ciò spiega il disposto dell'art. 128 c.c., nella parte in cui, derogando al principio generale, limita il matrimonio putativo alla sola buona fede considerando valido il matrimonio quando il consenso sia stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi: A CAGNAZZO, *op. cit.*, p. 273.

²⁰ Si disattende, in tal modo, quell'orientamento, minoritario ma autorevole, in virtù del quale si era in passato sostenuto che, se posteriormente al matrimonio i coniugi, o uno di essi avessero acquisito la conoscenza certa di un impedimento legale, essi avrebbero dovuto separarsi o far cessare il matrimonio, non potendo restare uniti in buona fede, secondo una tradizione anch'essa riconducibile al diritto canonico: E. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 426.

causa di invalidità²¹.

Il tutto trova una spiegazione in una differente concezione della *buona fede*, intesa principalmente dagli studiosi del diritto canonico come *assenza di peccato* e dai civilisti come *stato psicologico intellettuivo*²². La Chiesa da parte sua considera il matrimonio un sacramento e ogni relazione vissuta al di fuori di esso come *peccaminosa*: gli sposi, credendo di essere uniti in legittime nozze, non sanno di violare la legge divina e, per questo, sono innocenti finché non ne hanno conoscenza. Il matrimonio canonico cessa di essere *putativo* nel momento in cui entrambi gli sposi divengano consapevoli della sua nullità, poiché continuando a vivere in una sorta di “concubinato”, il matrimonio degrada a sede di *sacrilega fornicazione*²³. Nel matrimonio civile, invece, la buona fede è intesa come *ignoranza della causa di invalidità* ed è sufficiente che sussista al momento della celebrazione del matrimonio.

La nozione di buona fede, relativa al nostro istituto, non coincide, però, né con quella *etico teologica* della tradizione canonista, né con quella *psicologica*. Nel nostro ordinamento, infatti, la buona fede non rileva come *fenomeno psichico*, di carattere esclusivamente soggettivo e può solo servire ad occupare il c. d. *spazio giuridico vuoto*. Rileva, però, solo quale essa è, e cioè non tanto come giudizio di conformità del fine dell'atto di diritto, quanto come clausola generale di correttezza, come regola direttiva che concorre a determinare il comportamento dovuto²⁴. Assume, pertanto, un valore *ermeneutico convincente*, quando si tratta di verificare il comune significato delle dichiarazioni stesse, in quanto conformi alle norme regolatrici del consenso matrimoniale²⁵.

4. Gli effetti riguardo i coniugi: profili personali e patrimoniali

L'attuale formulazione dell'art. 128, comma 1, c.c., che ricalca quasi fedelmente l'originario testo dell'art. 128 c.c. del 1942 (unificando, tuttavia, la previsione già contenuta nell'originario disposto dell'art. 129 c.c.) prevede che, se il matrimonio è dichiarato nullo, gli effetti del matrimonio valido si producono, fino alla sentenza che pronuncia la nullità (e cioè fino al suo passaggio in giudicato), in favore di entrambi i coniugi in buona fede o solo per quello che si trova in tale condizione. Ciò significa che fino alla sentenza, e solo fino a questa data, i due vengono considerati coniugi; di conseguenza se uno dei due è deceduto prima, il coniuge in buona fede conserva la quota di successione legittima sul suo patrimonio salvo che il *de cuius* fosse legato da valido matrimonio al momento della morte²⁶ (art. 584 c.c.:

²¹ M. COCUCCIO, *op. cit.*, p. 1235.

²² Secondo la ricostruzione posta da A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 113, la nozione di ignoranza soggettiva, che pure il diritto civile ha mutuato da quello canonico, vale a differenziare i due ordinamenti, poiché se, per il diritto della Chiesa, essa vale a designare la assenza di peccato, non così può assumersi nella concezione laica, nella quale è estranea qualsivoglia idea di peccato.

²³ A. LA TORRE, *op. cit.*, 128, che richiama il canone 1061, par. 3, del c.i.c. del 1983: “*matrimonium invalidum dicitur putativum, si bona fide ab una saltem parte celebratum fuerit, donec ultraque pars de eiusdem nullitate certa evadat*”. Si ribadisce, così, la nota impostazione canonistica secondo la quale “*bona fides*” appare elemento qualificante del matrimonio putativo.

²⁴ R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, p. 360. L'A. fa discendere gli effetti della buona fede non dalla semplice ignoranza, ma dall'esistenza, in capo al coniuge, di un comportamento giuridicamente corretto, nel senso che non gli si possa rimproverare di non essersi astenuto dalla celebrazione di un matrimonio invalido.

²⁵ M. COCUCCIO, *op. cit.*, p. 1236.

²⁶ Il che può verificarsi solo nella ipotesi di matrimonio annullato per bigamia dopo la morte dell'ereditando e di sopravvenienza del coniuge del precedente matrimonio: MENGONI, *op. cit.*, p. 92. Conf. R. LANZILLO, *op. cit.*,

situazione che sembra ipotizzabile solo nel caso che la causa di annullamento del matrimonio putativo sia l'esistenza di un valido matrimonio contratto dal coniuge che viene a morte)²⁷.

Gli effetti, quindi, che il matrimonio valido produce riguardano sia i rapporti personali che quelli patrimoniali dei coniugi in buona fede.

Con riferimento allo *status* personale, alcuni doveri coniugali (coabitazione, fedeltà e assistenza morale) cessano con l'annullamento del matrimonio. Restano comunque salve, sino a tale momento, le conseguenze che nel frattempo si sono verificate in caso di violazione di tali obblighi: in particolare, la pronuncia di addebito della separazione conserva la sua efficacia in caso di morte del coniuge anteriore alla sentenza di nullità (o di annullamento), con la conseguenza che il coniuge "addebitato" vanta solo il diritto all'assegno vitalizio se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto (art. 548 c.c., comma 2)²⁸.

Si determina, altresì, sia lo scioglimento della comunione legale tra i coniugi (art. 191 c.c.) senza riferimento alcuno alla buona o mala fede dei coniugi stessi²⁹, sia la nullità della

p. 222, per il quale l'esclusione del coniuge putativo dalla successione (*ex art. 584 c.c.*) può verificarsi anche in un altro caso: annullamento del matrimonio contratto dal coniuge del morto presunto (art. 65 c.c.) a causa del ritorno o dell'accertata esistenza in vita di quest'ultimo (art. 68 c.c.).

²⁷ In dottrina E. EMILIOZZI, *Relazione coniugale putativa e successione familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 160; E. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 433.

Sul punto v. Cass. 17 gennaio 2024 n. 1772, per la quale il diritto alla quota ereditaria del coniuge superstite cessa quando siano presenti contemporaneamente due condizioni essenziali e interconnesse, ovvero la nullità del matrimonio e la mancanza di buona fede da parte del coniuge superstite. Questo principio determina la rilevanza della buona fede come elemento cardine degli aspetti successori in seguito a una dichiarazione di nullità del matrimonio. Nel caso di morte di uno dei coniugi al momento della dichiarazione di nullità, il matrimonio è già sciolto, secondo l'articolo 149 c.c., mentre l'articolo 584 c.c. tutela i diritti ereditari del coniuge superstite in buona fede. Il contesto normativo necessita di un chiarimento che riguarda la legittimazione ad agire, con particolare attenzione all'articolo 128 c.c., che regola gli effetti del matrimonio nullo contratto in buona fede. L'importanza della buona fede emerge in modo significativo nell'accertamento della nullità del matrimonio. Infatti, la giurisprudenza, basandosi sull'articolo 1147 c.c., presume la buona fede dei nubendi al momento della celebrazione del matrimonio, collocando in capo a colui che ritiene nullo il matrimonio l'onere di provare l'inefficacia dello stesso, inclusa la dimensione della putatività, sottolineando che la dimostrazione di un dubbio sulla validità del matrimonio è a carico di chi afferma l'assenza di buona fede. Analizzando l'articolo 584 c.c., emerge che il diritto alla quota ereditaria del coniuge superstite cessa solo se convergono due condizioni: la nullità del matrimonio e l'assenza di buona fede del coniuge superstite. Questa norma è di natura sostanziale e non processuale, stabilendo i presupposti giuridici del diritto riconosciuto. Pertanto, l'articolo 584 c.c. non prescrive che il coniuge superstite abbia diritto alla quota solo in presenza di buona fede, ma stabilisce che tale quota spetta al coniuge superstite in buona fede, con la presunzione di buona fede salvo prova contraria. Di conseguenza, l'interesse a promuovere l'azione *ex art. 117 c.c.*, mirata a evitare pregiudizi successori derivanti dall'applicazione dell'articolo 584 c.c., risulta legittimo solo se l'azione è finalizzata a dichiarare la nullità del matrimonio e a verificare la mala fede del coniuge superstite, con l'obbligo di presentare allegazioni e prove a carico dell'attore.

Cfr. anche Cass. 11 novembre 2021 n. 33409, cit.

²⁸ Con riferimento agli accordi patrimoniali stipulati dai coniugi nel verbale di separazione, è dato rilevare come la successiva dichiarazione di invalidità del matrimonio non inficia l'efficacia delle obbligazioni assunte dalle parti, fatta eccezione per l'ipotesi, sempre da provare, che i "paciscenti" hanno subordinato l'efficacia dell'accordo alla persistente validità del matrimonio: A. CAGNAZZO, *op. cit.*, p. 267.

²⁹ Alquanto controversi sono i rapporti tra l'art. 128 c.c. e l'art. 191 che individua nell'annullamento del matrimonio una delle cause di scioglimento della comunione legale, senza ulteriori specificazioni. Secondo parte della dottrina tale indistinta indicazione costituisce espressa eccezione alla retroattività della pronuncia di annullamento del matrimonio, di modo che il regime di comunione legale dei beni si considera operante, a prescindere dallo stato di buona o mala fede dei coniugi, sino al passaggio in giudicato della sentenza di nullità: F. MASTROPAOLO, P. PITTER, *Scioglimento della comunione*, in *Comm. dir. it. fam.*, (a cura di Cian, Oppo, Trabucchi), Padova, 1992, p. 292.

donazione obnuziale (art. 785, comma 2, c.c.), anche se il coniuge è in buona fede, dovendo in tal caso restituire i frutti, limitatamente a quelli maturati dopo la presentazione della domanda³⁰.

La domanda intesa a far valere l'inefficacia della donazione e ottenere la restituzione dei frutti, potrebbe essere presentata anche successivamente: il trattamento del coniuge in buona fede sarebbe diverso rispetto a quello del possessore in mala fede in generale, che, ai sensi dell'art. 1148 c.c. fa suoi i frutti naturali e civili fino alla domanda. La non coincidenza tra l'art. 785 c.c., comma 2 e l'art. 1148 c.c. in ordine alla domanda giudiziale” fino alla quale l'*accipiens* di buona fede fa propri i frutti, si spiega nel senso dell'operatività della prima disposizione quando non sussistano le condizioni di applicazione della seconda: vale a dire allorché il coniuge, in buona fede al momento della celebrazione del matrimonio, non lo è più nel momento, eventualmente successivo, in cui ha conseguito il possesso³¹. La donazione, invece, in favore di figli nascituri rimane efficace per i figli per i quali si verificano gli effetti del matrimonio putativo (art. 785, comma 3, c.c.)³².

Ed ancora gli effetti del matrimonio valido riguardano anche le elargizioni e le corresponsioni di somme effettuate prima dell'indicato momento. Stante il disposto dell'art. 128 c.c., le medesime sono irripetibili. Qualora, di contro, i coniugi fossero stati in mala fede, non sembra da accogliersi, *sic et simpliciter*, la tesi che reputa comunque irripetibili le prestazioni effettuate dai coniugi per provvedere ai bisogni della famiglia, considerate comunque riconducibili al disposto dell'art. 2034 c.c.³³.

Tenuto conto che l'obbligazione naturale sussiste solo quando la fattispecie sia riconducibile ad un dovere morale o sociale, e non già ad una fattispecie che, per legge, deve considerarsi invalida, sembra più convincente, sebbene estremamente difficoltosa dal punto di vista probatorio, la tesi di chi distingue tra *elargizione spontanea*, della quale potrà avvantaggiarsi anche il coniuge di mala fede qualora rispondente al disposto dell'art. 2034 c.c. anche sotto il profilo della adeguatezza e proporzionalità della elargizione ed *elargizione effettuata* in ottemperanza al disposto dell'art. 143 c.c. che, in caso di mala fede del coniuge che ne ha beneficiato, deve considerarsi ripetibile³⁴.

5. I coniugi in buona fede: diritti e tutele

³⁰ L'annullamento del matrimonio a differenza di quanto previsto per la donazione obnuziale non influisce sulla donazione in riguardo di nozze che ha la natura di una vera e propria donazione condizionale con la conseguenza che l'evento dedotto in condizione è rappresentato dalla mera celebrazione del matrimonio (si ricordi come nella donazione obnuziale, invece, la celebrazione del matrimonio è requisito legale di efficacia): A. CAGNAZZO, *op. cit.*, p. 266.

³¹ E. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 434.

³² I figli, purché almeno uno dei coniugi sia stato in buona fede, sono considerati legittimi. Il motivo per cui la donazione era stata fatta è in sostanza, soddisfatto alla stessa guisa se il matrimonio non fosse stato annullato: ciò che interessava il donante, compiendo la donazione a favore dei figli nascituri di una determinata persona, non era tanto che il matrimonio conservasse la sua validità quanto che i beneficiari dovessero essere considerati figli legittimi: A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* (diretto da Cicu e Messineo), Milano, 1954, p. 463.

³³ Tesi avallata da M. DOGLIOTTI, *Gli effetti del matrimonio invalido. Il matrimonio putativo*, cit., p. 715. V. anche D. MESSINETTI, *L'invalidità del matrimonio civile. Il matrimonio putativo*, in *Tratt. dir. fam.*, (diretto da Bonilini e Cattaneo), Milano, p. 473.

³⁴ Cfr. T. AULETTA, *Gli effetti dell'invalidità del matrimonio*, cit., p. 295.

Per quanto riguarda la tutela dei coniugi in buona fede, il riferimento normativo è l'art. 129 c.c.³⁵ (art. 20, l. n. 151/1975), per il quale il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni, l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle proprie sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze³⁶.

Si afferma, così, un'esigenza di solidarietà (e di mutua assistenza) che perdura anche dopo la dichiarazione di nullità, facendo carico al coniuge più fortunato di aiutare l'altro per il tempo necessario a rifarsi una vita e nello stesso tempo si tende a contemperare gli interessi dei coniugi, entrambi in buona fede, in modo da evitare qualsiasi documento derivante dall'annullamento del matrimonio e rendere possibile il ripristino dello *status quo ante* di carattere patrimoniale precedente l'instaurazione del vincolo³⁷.

La *ratio* prevista dalla norma è, infatti, di semplice e chiaro intendimento, e cioè si vuole assicurare al coniuge in buona fede, in mancanza di redditi propri o nel caso in cui questi fossero inadeguati, il mantenimento di una condizione patrimoniale, certamente goduta durante il rapporto, per il tempo successivo all'annullamento del vincolo³⁸.

L'entità dell'assegno, stabilita dall'organo giudicante, deve tenere conto non solo dei redditi del coniuge istante, ma anche della situazione patrimoniale del coniuge onerato e va commisurata al tenore di vita matrimoniiale realmente posto in essere e non a quello, eventualmente più elevato, che le condizioni dei coniugi avrebbero consentito di attuare³⁹. Inteso quale mezzo di sostegno economico nei confronti del coniuge che non abbia adeguati mezzi propri, l'assegno deve essere commisurato, infatti, ad una valutazione comparativa della situazione patrimoniale di entrambi i coniugi, collegato all'aspettativa del coniuge di vedersi assicurato un tenore di vita adeguato ad un'esistenza economicamente autonoma, libera e dignitosa. La durata non superiore ad un triennio limita, però, in modo significativo detta tutela.

Per quanto riguarda il termine di decorrenza del diritto al mantenimento bisogna

³⁵ In questa disposizione si è vista la *modifica* più rivoluzionaria in materia, poiché con essa si è iniziata una assimilazione, quanto meno agli effetti patrimoniali, delle conseguenze del matrimonio nullo alle conseguenze del matrimonio valido. Ma non è superfluo ricordare che una siffatta assistenza economica (post) coniugale, il cui obbligo l'art. 129 c.c. protrae per un periodo successivo all'annullamento del matrimonio, trova la sua remota anticipazione in una decretale pontificia medievale: quella che impegnava gli *ex sposi* a sovvenire ognuno alle necessità dell'altro, nei limiti delle proprie possibilità: A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 123 ss.

³⁶ A. CAGNAZZO, *op. cit.*, p. 278, per la quale si coglie l'elemento dell'autonomia della qualificazione dell'assegno con il quale il legislatore riconosce la facoltà di individuare la meritevolezza dell'interesse da tutelare (il diritto al mantenimento), con una disposizione del seguente tenore “il giudice può disporre”.

³⁷ Non si tratta di una sorta di ultrattivit  del matrimonio rappresentando l'elemento della esistenza delle condizioni del matrimonio putativo per entrambi i coniugi il presupposto, e non la causa, dell'insorgere degli effetti. D'altro canto, se dovesse intendersi la disposizione nel senso di proiezione nel futuro degli effetti del matrimonio, e dunque “effetto” del matrimonio putativo, non si Spiegherebbe la limitazione dell'operativit  della norma al solo caso di buona fede di entrambi i coniugi, laddove l'art. 128 c.c. ben puntualizza che in caso di buona fede di un solo coniuge, gli effetti del matrimonio putativo si verificano in suo favore: E. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 435.

³⁸ R. NICOLÒ, *Artt. 128-129 bis*, in *Comm. dir. it. fam.*, (a cura di Cian, Oppo, Trabucchi), Padova, 1992, p. 194. L'A. afferma che entrambi i coniugi sono parimenti degni di tutela per l'ordinamento, essendo in buona fede, ma colui che   svantaggiato dal punto di vista economico, non avendo i mezzi concreti per sopravvivere, va maggiormente tutelato.

³⁹ L'entit  del sostegno economico segue la linea adottata dall'ordinamento per l'assegno previsto in caso di separazione e per l'assegno post-matrimoniale, pur differenziandosi da entrambi sia per la durata temporanea, sia per alcuni parametri di cui tenere conto per la quantificazione: R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, cit., p. 389.

distinguere a seconda che esso sia stato fatto valere insieme con la domanda di nullità (ipotesi nella quale il termine andrà identificato con la sentenza che dichiara il matrimonio nullo) o in un momento successivo, sempre entro il triennio dalla pronunzia di nullità (ipotesi nella quale il termine decorrerà dalla presentazione della domanda)⁴⁰.

Il pagamento dell’assegno decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento⁴¹ o, dalla data in cui viene reso esecutivo il provvedimento ecclesiastico di annullamento. Per il periodo precedente il giudice può decidere di liquidare un assegno provvisorio se i coniugi sono stati autorizzati a vivere temporaneamente separati in attesa della conclusione del giudizio. L’assegno temporaneo, disposto dalla norma, risponde prevalentemente ad un principio di solidarietà, in cui è del tutto assente l’elemento assistenziale e prescinde da potenziali profili di responsabilità⁴².

La disposizione, però, nulla dispone con riguardo la modalità di pagamento dell’assegno: il versamento periodico sembra la soluzione più appropriata e sarebbe suscettibile di adeguamento se cambia la situazione economica delle parti in base alla quale è stato concesso; il mutamento può portare anche all’estinzione dell’assegno, così come la scadenza del termine o il passaggio a nuove nozze dell’avente diritto.

6. Il coniuge in mala fede e la posizione del terzo: responsabilità e imputabilità della causa di nullità

Se l’art. 129 c.c. uniforma, in un certo senso, gli interessi dei coniugi, egualmente non colpevoli della celebrazione, in modo da evitare che uno dei due possa “ingiustamente” soffrire del danno prodotto dall’annullamento del matrimonio, l’art. 129 *bis* c.c. (art. 21, l. n. 151/1975) indica piuttosto la giusta considerazione nei confronti di una situazione di oggettiva inferiorità a carico del coniuge debole⁴³. Quest’ultima norma dispone che il coniuge al quale sia imputabile la causa di nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere all’altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto, comprendente una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. Lo stesso coniuge è tenuto, altresì, senza limiti di tempo, a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede sempre che non vi siano altri obbligati.

Si considera pure la posizione del terzo⁴⁴ che, nel caso in cui sia a lui imputabile la

⁴⁰ M. FIGONE, *Sub art. 128*, in *Codice della famiglia*, (a cura di Sesta), Milano, 2009, p. 519 ss.

⁴¹ F FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., 204: ritiene che la richiesta possa retroagire a quel momento anche se avanzata successivamente, ma la soluzione lascia perplessi perché in mancanza della domanda la pretesa non è coercibile.

⁴² Nonostante la portata innovativa della legge di riforma sul codice del 1942, il nostro sistema si presenta oltremodo arretrato rispetto alle altre legislazioni europee che sono giunte alla completa parificazione degli effetti del matrimonio invalido agli effetti del divorzio. Tale parificazione si tradurrebbe in un indiscutibile trattamento di *favor* per il coniuge economicamente più debole, offrendo al giudice maggiori e più ampi elementi per commisurare l’entità dell’assegno: T. AULETTA, *Gli effetti dell’invalidità del matrimonio*, in *Família*, 2003, p. 305 ss. Prescinde per la funzione risarcitoria dell’indennità, R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, cit., p. 264 ss.

⁴³ Nell’art. 129 c.c. si è vista la modifica più rivoluzionaria in materia, poiché con essa è iniziata una assimilazione, quanto meno agli effetti patrimoniali, delle conseguenze del matrimonio nullo alle conseguenze del matrimonio valido. In tal senso V. CAFERRA, *Famiglia e assistenza*, Bologna, 1996, p. 64, per il quale, dopo la pronunzia di nullità del matrimonio putativo, così come dopo la sentenza di divorzio, i coniugi in buona fede sono considerati dalla legge nella loro qualità di *ex coniugi*.

⁴⁴ Cfr. D. MESSINETTI, *L’invalidità del matrimonio civile. Il matrimonio putativo*, in *L’invalidità del matrimonio e i suoi effetti*, (a cura di Ferrando e Querci), Milano, 2007, p. 498, il quale delimita il concetto di terzo escludendo che

nullità del matrimonio, è tenuto esclusivamente al pagamento dell'indennità al coniuge in buona fede (art. 129 *bis*, comma 2, c.c.)⁴⁵; se, invece, ha concorso con l'altro coniuge nel determinare la nullità, entrambi sono solidamente responsabili per il pagamento della stessa (art. 129 *bis*, comma 3, c. c.)⁴⁶ e perché la nullità sia ad essi imputata è necessario, quindi, che si sia verificato un comportamento che estrinsechi una effettiva conoscenza (prima della celebrazione) da parte di uno di questi soggetti o di entrambi della causa di nullità, sanzionandosi così una condotta negligente, scorretta, irresponsabile⁴⁷.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sono interrogate sia sulla natura giuridica del termine *responsabilità* prevista dall'art. 129 *bis* c.c., quanto sul significato di *imputabilità* della causa di nullità. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, alcuni autori⁴⁸, hanno ritenuto sia necessario un comportamento che abbia cagionato l'invalidità; altra, invece, è la posizione di chi evidenzia la necessità che la causa di invalidità sia non solo conosciuta ma anche riconducibile al coniuge o ad un terzo⁴⁹.

Secondo, però, l'orientamento prevalente l'imputabilità si identifica con la mala fede, cioè, con la conoscenza della causa di invalidità non comunicata colpevolmente all'altro coniuge. Non è sufficiente la riferibilità oggettiva della causa di invalidità e non basta nemmeno la consapevolezza di essa, occorrendo, piuttosto, un comportamento ulteriore (commissivo ed omissivo)⁵⁰ del responsabile, contrario al generale dovere di correttezza, che abbia contribuito alla celebrazione del matrimonio e ravvisabile anche nella omessa comunicazione (deliberata o semplicemente volontaria) al coniuge di buona fede del fatto invalidante⁵¹.

questi si identifichi con la indistinta nozione di cui all'art. 2043 c.c. Secondo l'A., non ogni terzo si pone come termine relazionale della norma, ma solo alcuni terzi, predeterminabili sulla base di un contatto sociale già istituito con i coniugi;

⁴⁵ V. CARBONE, *Sul diritto all'indennità da parte del coniuge in buona fede*, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 118.

⁴⁶ V. in argomento, E. GIACOBBE, *op.cit.*, p. 436.

⁴⁷ La giurisprudenza ha ritenuto ravvisabili elementi di responsabilità, ai fini delle conseguenze patrimoniali di cui all'art. 129 *bis*, c.c., "quando sia provato che, nonostante le condizioni in cui egli si trovava in quelle circostanze, il coniuge, vittima della violenza o del timore aveva la possibilità se non di impedire in qualche modo la celebrazione stessa, quanto meno di comunicare all'altra parte i fatti dai quali sarebbe derivata la invalidità del matrimonio": Cass. 22 febbraio 1982 n. 1094, in *Giust. civ.*, 1983, p. 967, con nota di A. FINOCCHIARO, *Sul preteso obbligo del coniuge nei cui confronti si verificano gli effetti del matrimonio putativo di corrispondere all'altro l'indennità di cui all'art. 129-bis cod. civ.*

⁴⁸ R. NICOLÒ, *Artt. 128-129 bis*, in *Comm. dir. it. fam.*, cit., p. 436 ss., il quale rileva che non basta e non occorre necessariamente che la causa di invalidità dipenda dal coniuge mentre necessita la conoscenza dell'effetto. Pertanto, è in malafede il coniuge che, conoscendo l'esistenza della causa di invalidità non l'abbia comunicata all'altro coniuge.

⁴⁹ D. BUZZELLI, *Sulla responsabilità dei coniugi per l'invalidità del matrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 325.

⁵⁰ Può trattarsi di una condotta commissiva quando il coniuge abbia posto in essere raggiiri per indurre l'altro in errore su qualità essenziali e ai sensi dell'art. 122, o quando abbia esercitato pressioni o minacce, o addirittura una violenza fisica nei confronti dell'altro. Può, inoltre, trattarsi di un comportamento omissivo, reticente, consistente nel non avere informato l'altro coniuge di circostanze rilevanti per la formazione di un valido consenso. L'omissione è qui rilevante in quanto può ben dirsi che tra persone prossime a sposarsi sussiste un dovere di protezione e salvaguardia della reciproca libertà matrimoniale. Il fatto di tacere l'esistenza di un proprio precedente matrimonio di cui l'altro non è a conoscenza (si pensi al matrimonio celebrato all'estero non trascritto), di un rapporto di parentela o di affinità, di una malattia fisica o psichica, del proprio stato di gravidanza, e così via rende il coniuge responsabile nei confronti dell'altro perché da questa reticenza dipende un consenso viziato: G. FERRANDO, *Gli effetti del matrimonio invalido. Il matrimonio putativo*, in *L'invalidità del matrimonio e i suoi effetti*, (a cura di Ferrando e Querci), Milano, 2007, p. 276.

⁵¹ Cass. 22 febbraio 1982 n. 1094, cit.: nella fattispecie è stato giudicato inaccettabile il comportamento reticente del marito il quale, abbandonata la moglie (che l'aveva sposato in buona fede) e il figlio da lei avuto, impugnò

Occorre evidenziare come l'omessa comunicazione sia rilevante solo quando assuma un carattere per così dire essenziale in ordine alla celebrazione del matrimonio che altrimenti non sarebbe stato celebrato, sempre che costituisca una ulteriore qualificazione della condotta cui sia imputabile.

Il coniuge, pertanto, è responsabile per non avere impedito la celebrazione o almeno per non avere comunicato l'esistenza di una causa di invalidità del matrimonio da lui conosciuta e sconosciuta all'altro coniuge rendendo così possibile la celebrazione di un matrimonio invalido.

L'orientamento che individua il presupposto della responsabilità nella *riferibilità obiettiva* non è però, condivisibile: il concetto stesso di *imputabilità* presume la capacità di intendere e di volere del soggetto ed un comportamento almeno colposo, anche se omissione⁵².

L'unico elemento certo è che il coniuge cui è imputabile la nullità non può essere il coniuge in buona fede; obbligato al pagamento dell'indennità sarà, pertanto, sempre e solo il coniuge in mala fede (*ex art. 128 c.c., comma 1*) sul presupposto che la mala fede ricorre non solo nell'ipotesi di conoscenza della causa di invalidità, ma anche nel caso di ignoranza dovuta a colpa grave⁵³.

Circa la natura della responsabilità, su cui si basa l'indennità dovuta ai sensi dell'art. 129 *bis* c.c., essa è intesa da una parte degli autori come responsabilità extracontrattuale⁵⁴ o precontrattuale⁵⁵, da altri come fattispecie autonoma⁵⁶, nonché, da un orientamento minoritario, come responsabilità contrattuale⁵⁷.

In particolare, sulla riconducibilità della fattispecie nell'ambito della responsabilità precontrattuale sono state, però, avanzate diverse perplessità. In realtà già dalla disciplina sulla promessa di matrimonio emerge come il legislatore abbia inserito anche in questa materia i principi della responsabilità precontrattuale: il coniuge—risponde per non avere celebrato ingiustificatamente il matrimonio, dopo un periodo di fidanzamento, così come la parte contrattuale risponde per aver interrotto le “trattative” senza un giusto motivo⁵⁸.

Controversa è, anche, la natura dell'indennità prevista dall'art. 129 *bis* c.c.: alcuni interpreti le attribuiscono natura risarcitoria⁵⁹, altri sanzionatoria, sul presupposto che la somma è dovuta anche in mancanza di prova del danno⁶⁰, altri ancora ritengono che si sostanzi in un obbligo di mantenimento, ovvero abbia funzione assistenziale (come nel caso

il matrimonio dopo oltre trent'anni dalla celebrazione, svelando solo allora che il consenso era stato coartato da violenza estrinseca. V. anche Cass. 10 maggio 1984 n. 2862, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 163; Cass. 13 gennaio 1993 n. 348, in *Giust. civ.*, 1993, p. 605, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, p. 960, con nota di M. CUBEDDU, *Annnullamento del matrimonio e autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1993, 1670, con nota di CASOLA, *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della cassazione all'autonomia negoziale dei privati*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 822, con nota di LOMBARDI, *La cassazione privilegia l'autonomia negoziale dei coniugi negli accordi di separazione*, in *Vit. not.*, 1994, p. 91, con nota di CURTI, *Accordi patrimoniali fra coniugi*.

⁵² F. FINOCCHIARO, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 811.

⁵³ R. NICOLÒ, *Matrimonio putativo*, cit., p. 258 ss.

⁵⁴ R. LANZILLO, *op. cit.*, 260 ss.

⁵⁵ R. SACCO, *In tema di matrimonio putativo*, in *Foro pad.*, 1959, p. 1296 ss.

⁵⁶ R. NICOLÒ, *Artt. 128-129 bis*, in *Comm. dir. it. fam.*, cit., p. 436.

⁵⁷ F. FINOCCHIARO, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., p. 809 ss.

⁵⁸ L'orientamento maggioritario ha con ragione affermato che la responsabilità del coniuge è rinvenibile laddove allo stesso possa ascriversi un comportamento riprovevole omissione o commissivo sia pure non decisivo in ordine alla celebrazione del matrimonio: A. CAGNAZZO, *op. cit.*, p. 281.

⁵⁹ V. CAFERRA, *Famiglia e assistenza*, Bologna, 1976, p. 310.

⁶⁰ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 30.

dell'assegno divorzile)⁶¹.

Per quanto concerne la responsabilità del terzo, al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, si ritiene abbia la stessa natura di quella del coniuge (e cioè sanzionatoria); a differenza, però, di quanto avviene per il coniuge responsabile della causa di nullità, per il terzo non è richiesta la mala fede, nel senso che non occorre la prova specifica della sua esistenza per fondare la responsabilità del terzo⁶².

7. Gli effetti riguardo i figli

La riforma del diritto di famiglia si è fatta portatrice dell'istanza volta ad escludere che le colpe dei genitori possano ricadere sui figli, beneficiando questi ultimi degli effetti del matrimonio valido anche in caso di mala fede dei coniugi.

Il regime degli effetti del matrimonio invalido nei riguardi dei figli (nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo, nonché rispetto ai figli nati prima del matrimonio e riconosciuti anteriormente alla sentenza che dichiara la nullità) è stato modificato con l'attuazione della riforma della filiazione⁶³, che ha previsto il superamento di ogni pregressa distinzione tra figli legittimi e naturali, stabilendo così che il matrimonio dichiarato nullo ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli (art. 128, comma 2, c.c.)⁶⁴.

Nel caso uno solo dei coniugi sia in buona fede, gli effetti del matrimonio putativo valgono soltanto in favore di lui e dei figli nati dal suddetto matrimonio (così il comma 3, non modificato dell'art. 128 c.c.). La disposizione sembra far pensare alla creazione di uno *status* differenziato dei figli in relazione ai genitori: il che sarebbe assurdo, non potendo un soggetto essere figlio di un genitore e non dell'altro. Se un soggetto è figlio, pertanto, lo sarà sia nei confronti del coniuge in buona fede, sia nei confronti del genitore in mala fede.

Ed ancora, secondo quanto previsto dall'art. 128, comma 4, si producono gli effetti del matrimonio valido nei confronti dei figli, nati o concepiti durante lo stesso, anche se entrambi i coniugi abbiano contratto il matrimonio in mala fede *salvo che la nullità dipenda da incesto*⁶⁵, nel qual caso si applica, rispetto ai figli l'art. 251 c.c.: *il figlio può essere riconosciuto previa autorizzazione*

⁶¹ R. LANZILLO, *op. cit.*, p. 256: si preferisce aderire alle considerazioni di quella dottrina che fa coincidere la natura della prestazione del diritto di mantenimento con la natura, il fondamento e le finalità dell'assegno di divorzio. Questo inteso quale mezzo di sostegno economico nei confronti del coniuge che non abbia adeguati mezzi propri, deve essere commisurato ad una valutazione comparativa della situazione patrimoniale di entrambi i coniugi, collegato all'aspettativa del coniuge di vedersi assicurato un tenore di vita adeguato ad un'esistenza economicamente autonoma, libera e dignitosa.

⁶² R. NICOLÒ, *Matrimonio putativo*, *cit.*, p. 209 ss.

⁶³ L. 10 dicembre 2012 n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*. Con il D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, il Governo ha dato piena attuazione a quanto stabilito nella l. 219/2012 che per prima aveva disposto la parificazione dei diritti tra figli nati all'interno ed all'esterno del rapporto matrimoniale. In primo luogo, infatti, tale disposizione contiene la cancellazione, in tutto il corpo di norme del Codice civile, di ogni differenza terminologica atta a distinguere i due rapporti di filiazione.

⁶⁴ L'art. 128, comma 2, c.c. è stato modificato dall'art. 2 del D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della l. 10 dicembre 2012 n. 219”.

⁶⁵ Sono considerati *incestuosi* i figli concepiti da persone tra le quali esiste un rapporto di parentela, anche solo naturale, in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado ovvero un vincolo di affinità in linea retta.

del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio⁶⁶.

Nel sistema precedente la legge di riforma del diritto di famiglia, pur mantenendosi la distinzione tra lo *status* di figlio *naturale* rispetto a quello *legittimo*, si era conservato il divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, salvo che per i genitori in buona fede (entrambi o solo uno di essi); in questo caso era stata, però, inserita la previsione di una autorizzazione giudiziale del riconoscimento (art. 251, comma 2, c.c.)⁶⁷.

La legge di riforma sulla filiazione, di contro, consente ora il riconoscimento dei figli *incestuosi*: viene, così, rimosso ogni divieto di riconoscimento dei figli dei parenti, poiché gravemente contrastante con lo spirito della riforma, che non ha voluto far gravare sui figli le colpe dei genitori o, meglio, l'unione vergognosa dei genitori. Si è voluto, così, eliminare ogni discriminazione tra tutti i figli, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 30 Cost., che assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, implicando un giusto contemperamento tra l'esigenza di assicurare tutela ai figli nati fuori dal matrimonio, da un lato, e dall'altro, ai diritti dei membri della famiglia legittima.

8. Brevi rilievi conclusivi

Il matrimonio putativo presenta alcune anomalie di struttura e di funzione che rendono quasi difficile ogni suo tentativo di inquadramento sistematico. Non per niente è stato detto di esso: *che nasce non come categoria dogmatica ma come espressione di charitas* (benevolenza); *che non ha mai trovato la sua giustificazione nella logica giuridica ma solo nella storia*; *che anzi la categoria è illogica e può essere definita come trasparente contraddizione in termini*.

Ebbene, sul presupposto oggettivo della celebrazione delle nozze il matrimonio putativo si è formato come una sorta di edificio costruito su una serie di *finzioni*, che è lo stesso legislatore a introdurre quando le reputa necessarie: o per l'esigenza di non applicare la *regula iuris* a casi in cui essa produrrebbe conseguenze inique, o per l'inversa esigenza di escluderla in casi che, in modo altrettanto ingiusto, dovrebbero restarne fuori⁶⁸.

La prima di queste finzioni è a favore dei coniugi, sul presupposto che siano entrambi in buona fede. Essi, fino al passato in giudicato della sentenza che pronunzia la nullità sono considerati *come se fossero uniti* da valido matrimonio, con i relativi diritti e doveri da questo nascenti (compreso il diritto alla quota di successione legittima). Nel caso, invece, in cui il matrimonio sia stato contratto in buona fede da uno solo dei coniugi ecco che subentra la seconda finzione: gli effetti del matrimonio valido si verificano soltanto a favore di lui.

Ma questo trattamento differenziato porta a questa quasi "paradossale" conseguenza: si avrà la moglie di un uomo che non è suo marito oppure il marito di una donna che non è sua moglie. Veramente la norma (art. 128, comma 3) dice di più, disponendo che gli effetti

⁶⁶ Prima della riforma sulla filiazione lo stesso limite, ora soppresso dall'art. 2, D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, valeva nel caso di nullità del matrimonio derivante da bigamia. Si aggiunga che nell'ipotesi di cui al comma 4 i figli, nei cui confronti non si verifichino gli effetti del matrimonio valido, hanno lo status di figli naturali riconosciuti, nei casi in cui il riconoscimento (art. 250 c.c.) è consentito. Tale interpretazione consente, pertanto, di superare alcune aporie già presenti nella disciplina del matrimonio putativo riformato ed accentuate da alcuni interventi legislativi.

⁶⁷ Si sottolinea anche che il figlio incestuoso, in base al dettato dell'art. 251 c.c., acquisiva lo status di riconosciuto se i genitori (o uno di essi) ignoravano, al tempo del concepimento, il vincolo esistente tra di loro o che il matrimonio, da cui derivava l'affinità, era stato dichiarato nullo.

⁶⁸ A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 132.

valgono in favore di lui (cioè, del coniuge in buona fede e dei figli). Ed è un'aggiunta questa, che sembra introdurre un ulteriore elemento di confusione poiché i figli se, in un certo senso, livellati sulla posizione del solo genitore per il quale valgono gli effetti del matrimonio, avrebbero uno *status legitimatis* dimezzato; il che sarebbe assurdo, non potendo un soggetto essere figlio legittimo di un genitore e non dell'altro. Ma ciò sembra potersi escludere in base ad un'interpretazione sistematica della norma il cui ultimo inciso risulta peraltro superato dalla disposizione successiva (comma 4, art. 128 c.c.: *il matrimonio dichiarato nullo, contratto in malafede da entrambi i coniugi, ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli nati o concepiti durante lo stesso, salvo che la nullità dipenda da bigamia o incesto*)⁶⁹.

In buona sostanza, se il matrimonio putativo altro non è che un matrimonio reputato valido ma dichiarato nullo, compito del legislatore è (o sarebbe quello) quello di ricondurre le relative problematiche nel quadro di una regolamentazione dei vari effetti conseguenti alla pronuncia di invalidità considerando, che dalla dissoluzione di un matrimonio, annullato (o sciolto che sia), residuano posizioni soggettive, riguardanti sia gli *ex coniugi* che i figli, che reclamano un ben definito trattamento giuridico (e soprattutto senza alcuna finzione)⁷⁰.

⁶⁹ A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁰ A. LA TORRE, *op. ult. cit.* p. 135.

LA RISOLUZIONE PATTIZIA DELLA CRISI FAMILIARE: UN BILANCIO A 50 ANNI DALLA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA **

ALBERTO MARCHESE *

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 1.1. Dinamiche evolutive dei rapporti familiari e strumenti di autonomia negoziale nella gestione delle crisi familiari. – 2. La più ampia latitudine (non soltanto terminologica) dei «patti pre-crisi» rispetto ai c.dd. «patti prematrimoniali». – 3. La Crisi dei rapporti familiari: prospettive comparatistiche e valorizzazione dell'autonomia negoziale, con particolare riferimento al diritto spagnolo. – 4. La riconfigurazione della *causa separationis* nel contesto delle pattuizioni in vista del futuro divorzio. – 5. Orientamenti giurisprudenziali in materia di accordi pre-crisi: un bilancio critico.

1. Premessa

La riforma del diritto di famiglia¹, promulgata cinquant'anni or sono, ha segnato un momento epocale nella storia giuridica italiana, introducendo principi innovativi volti a

* Professore associato di Diritto privato, Università degli Studi di Messina.

** Il presente lavoro è frutto della rielaborazione del contributo presentato in occasione del Convegno interdisciplinare di studi *Cinquant'anni dalla riforma del diritto di famiglia: una svolta epocale delle relazioni familiari? I «precedenti», lo «stato dell'arte», le «prospettive»* svoltosi presso l'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, nei giorni 16-17 maggio 2025 e vi confluisce, *ratione materiae*, il risultato dell'attività di ricerca svolta presso la *Facultad de derecho* dell'Università di Valladolid (ES) negli anni 2024-2025.

¹La riforma del diritto di famiglia introdotta con la legge n. 151 del 19 maggio 1975 costituisce uno dei passaggi più significativi del processo di modernizzazione dell'ordinamento giuridico italiano nel secondo Novecento. Essa si colloca in un periodo storico caratterizzato da profondi mutamenti politici, sociali e culturali, nei quali si intrecciarono istanze di emancipazione femminile, nuove concezioni della vita familiare e una più compiuta attuazione dei principi costituzionali. Sul piano storico-politico, la riforma maturò in un contesto segnato dall'ascesa dei movimenti femministi, dalla diffusione di un dibattito pubblico sempre più sensibile alle tematiche dell'uguaglianza e dall'impatto di recenti innovazioni legislative, in particolare la legge sul divorzio del 1970, confermata dal *referendum* del 1974. La famiglia, quale istituzione fondamentale della società, appariva ancora regolata da un impianto normativo risalente al codice del 1942, fortemente improntato a un modello patriarcale e gerarchico. In tale cornice, il marito era designato quale “capo della famiglia”, titolare della patria potestà e depositario di una prevalente capacità decisionale rispetto alla moglie e ai figli. La distanza tra questo assetto normativo e i principi di uguaglianza formale e sostanziale consacrati dalla Costituzione del 1948 risultava ormai insostenibile. La legge del 1975 introdusse un radicale mutamento di prospettiva, segnando il passaggio da un modello di famiglia fondato sulla subordinazione a uno imperniato sulla parità e sulla solidarietà. Tra le innovazioni più rilevanti si annovera l'eliminazione della figura del «capo della famiglia» e l'affermazione dell'uguaglianza dei coniugi nei rapporti personali e patrimoniali. L'istituto della patria potestà venne sostituito con la potestà genitoriale, attribuita congiuntamente a entrambi i genitori, i quali divennero titolari di identici diritti e doveri nei confronti della prole. Anche sul piano economico-familiare il legislatore operò una scelta dirompente: fu introdotto come regime patrimoniale legale la comunione dei beni, superando il tradizionale sistema dotale e riequilibrando i rapporti economici tra i coniugi. Infine, la riforma inaugurò un processo di progressiva equiparazione tra figli legittimi e figli naturali, apendo la strada a successive e più compiute trasformazioni in tema di filiazione. Gli effetti sociali della riforma furono di vasta portata. La parificazione giuridica tra i coniugi contribuì a ridefinire i ruoli all'interno della famiglia, conferendo alle donne una piena soggettività giuridica e sociale, in linea con le conquiste civili del tempo. La famiglia venne riconfigurata come comunità di affetti e di solidarietà fondata sull'uguaglianza, e non più come microcosmo gerarchico dominato dalla figura maschile. In questa prospettiva, la riforma del

modernizzare la disciplina dei rapporti familiari e a promuovere l'uguaglianza tra i coniugi. In questo contesto celebrativo, si rende opportuna una riflessione approfondita sulle evoluzioni che hanno interessato il diritto di famiglia, con particolare riguardo alla gestione delle crisi coniugali e all'emergere di nuovi strumenti negoziali.

L'analisi che segue si propone, dall'angolo visuale della disciplina dei c.dd. patti prematrimoniali, di esaminare criticamente il percorso compiuto, evidenziando le sfide e le opportunità che si presentano nell'attuale panorama giuridico e sociale.

1.1. Dinamiche evolutive dei rapporti familiari e strumenti di autonomia negoziale nella gestione delle crisi familiari

L'indagine giuridica sui rapporti familiari si configura come un campo di studio intrinsecamente dinamico e complesso, caratterizzato da una costante tensione tra la stabilità delle categorie normative e la fluidità delle manifestazioni sociali.

Tale dualismo, lunghi dall'essere una mera questione metodologica, riflette la sfida intrinseca di un sistema giuridico chiamato a interpretare e a disciplinare una realtà in continua trasformazione².

La famiglia, intesa non più come entità monolitica ma come costrutto polimorfo³, richiede un approccio ermeneutico che superi il paradigma dell'unicità in favore di quello della pluralità, riconoscendo la legittimità e la specificità delle diverse configurazioni relazionali⁴.

1975 non fu soltanto un adeguamento normativo, ma un vero e proprio atto di civiltà, capace di restituire coerenza tra l'ordinamento giuridico e i principi costituzionali, anticipando al contempo ulteriori sviluppi del diritto di famiglia contemporaneo, dalla disciplina dell'affidamento condiviso alla riforma della filiazione, fino al riconoscimento delle unioni civili.

² Come aveva giustamente segnalato L. MENGONI, *Nuovi orientamenti sul matrimonio civile*, in *Ius*, 1980, p. 106 ss., il processo di privatizzazione dell'istituto matrimoniale in Italia è stato avviato dall'introduzione del divorzio e si è andato concretizzando con la successiva riforma del diritto di famiglia; in argomento, ma solo per notazioni di carattere generale, v. anche M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam e dir.*, 2013, p. 235 ss; M. N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, spec. p. 15 ss.

³ Su punto, F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 520 ss.; per A. C. JEMOLO, *Sul diritto di famiglia*, in *Scritti in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 553 ss. (p. 563), il diritto di famiglia di matrice legislativa (*rectius*, statuale) costituisce un «elemento eterogeneo» destinato a venire, sia pure lentamente, eliminato. In giurisprudenza, emblematica sul punto la nota decisione Trib. Milano, sez. IX civ., decr. 15 – 16 aprile 2015, in *Fam e dir.*, 2016, p. 496, con nota di B. Grazzini; e, successivamente, quella proposta da Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza 3 maggio – 7 luglio 2016, n. 7813, doc. web., in *Diritto e Giustizia – Quotidiano di informazione giuridica on line*.

⁴ Sulla tendenza alla pluralizzazione e alla successiva analisi differenziale degli istituti giuridici, si v. innanzitutto S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; com'è noto la formula è stata poi estesa all'ambito propriamente familiare, oggetto della presente trattazione, da V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in ID., *Categorie ed istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 211 ss. Per ulteriori approfondimenti, anche di carattere storico-biografico, relativi all'elaborazione (ed all'evoluzione) del pensiero pugliattiano cfr. A. FALZEA, *Salvatore Pugliatti, il maestro*, poi in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III, *Scritti di occasione*, Milano, 2010, p. 51 ss.; ID., *Dalla scuola dell'apprendimento alla scuola dell'insegnamento*, in AA. VV., *Scritti in onore dell'Istituto tecnico commerciale "Antonio Maria Jaci" di Messina nel CXX anniversario della fondazione (1862-1982)*, Messina, 1982, vol. I, p. 183 ss., poi in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, *Teoria generale del diritto*, Milano 1999, p. 565 ss.; V. SCALISI, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 1, p. 221 ss.; ID., *I professori del genere civilistico istituzionale a Messina. Dalla tragedia del terremoto al*

In questo scenario, la complessità sociale, derivante dalle molteplici articolazioni dell'esperienza umana, si contrappone alla necessità di elaborare categorie giuridiche capaci di cogliere la ricchezza e le sfumature delle relazioni familiari. La consapevolezza di una polimorfia del diritto impone l'adozione di discipline diversificate, in grado di adeguarsi alle esigenze di una società in rapida evoluzione.

Ciò si manifesta con particolare evidenza nell'analisi degli istituti giuridici che regolano lo scioglimento del vincolo familiare, dove questioni di *status*⁵ e di qualificazione normativa si intersecano con problematiche di natura organizzativa ed economico-patrimoniale.

La scienza giuridica, in tale contesto, è chiamata a un incessante moto dialettico, in cui convergono la razionalità empirica e la molteplicità irrazionale della storia. L'interprete, in questo senso, assume il ruolo di decodificatore di una realtà che spesso si cela dietro formule normative ambigue o obsolete.

L'obiettivo è individuare un margine logico-giuridico per la risoluzione non contenziosa delle crisi familiari, in un'ottica di valorizzazione dell'autonomia negoziale⁶.

Questa prospettiva si rivela cruciale laddove interessi di natura economica, tutt'altro che marginali, rischiano di confliggere con il ripristino di regole tradizionali. La ricerca di soluzioni soddisfacenti impone una ponderazione attenta dei vari interessi in gioco,

secondo conflitto mondiale, in G. PACE-GRAVINA (a cura di), *La Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università degli Studi di Messina, 1908-1946*, Messina, 2009, p. 137 ss.; P. GROSSI, *Presenze vigili: Salvatore Pugliatti, un civilista inquieto*, in ID., *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, p. 95 ss.; ID., *L'arrivo di un itinerario scientifico. Una lettura del primo volume degli "Scritti giuridici" di Salvatore Pugliatti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 4, p. 365 ss.; A. GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, in AA. VV., *Salvatore Pugliatti giurista. Ricordo nel I centenario della nascita (1903-2003)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 6, p. 633-38.

⁵ Sul concetto di *status* sia consentito un rinvio al nostro, *Soggetto e Oggetto nel "Diritto civile antimafia"*, Milano, 2017, *passim*, spec. p. 97 ss. Per una più approfondita disamina con specifico riferimento all'ambito dei rapporti familiari cfr., altresì, C. GRASSETTI, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Noriss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 49 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, p. 23 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss., anche per ampi richiami alla letteratura straniera; G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 157 ss.; A. IANNELLI, *Stati della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984; G. TAMBURINO, *Le persone fisiche*, in ID., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1990, p. 286 ss. Per ulteriori riferimenti di carattere generale v. anche G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, p. 3 ss.; e, da ultimo, G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del novecento*, Milano, 2013. Vastissima è, altresì, la letteratura straniera in particolare quella anglo-americana, per limitare il riferimento alle opere più note cfr. C. ALLEN, *Status and capacity*, in *The Law Quarterly Review*, 1930, p. 277 ss.; R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, London, 1953; H.S. MAINE, *Ancient law*, London-New York, 1965, p. 99 ss.; P. FRIEDMANN, *Some Reflections on Status and Freedom*, in *Concepts of Jurisprudence. Essay in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 222 ss.; M. REHBINDER, *Status, contract and the Welfare-state*, in *Stanford law rev.*, 1971, XXIII, n. 5, p. 941 ss. Sebbene vi sia, attorno al concetto di *status*, un crescente interesse dogmatico, molteplici sono le ambiguità epistemologiche che, ancor oggi, non consentono di fornirne una compiuta definizione. Poco più di un secolo fa Antonio Cicu così si esprimeva in apertura del suo saggio intitolato, appunto, *Il concetto di status: «l'espressione status dal diritto romano in poi ritorna continuamente nella terminologia giuridica. Pure il concetto che essa vuol rendere è rimasto sempre tra i più vaghi nella elaborazione scientifica. E nondimeno ciò non ha valso a negarlo od eliminarlo, pur senza intenderlo; e fenomeno strano se ne limita anche il campo di applicazione, pur senza che ci renda ragione del perché della sua limitazione»* (corsivi nell'originale). A. CICU, *Il concetto di status*, in *Studi per V. Simonelli*, Napoli, 1917, p. 61.

⁶ Per una ricostruzione di carattere generale v. P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, in *Atti del Convegno di Roma, 3 dicembre 1987*, Napoli, 1988, p. 136 ss.

riconoscendo che nessuna risposta può considerarsi definitiva in un contesto così mutevole⁷.

2. La più ampia latitudine (non soltanto terminologica) dei «patti pre-crisi» rispetto ai c.dd. «patti prematrimoniali»

La precisione terminologica riveste un ruolo fondamentale nel discorso giuridico, in quanto la corrispondenza tra il *nomen iuris* e la realtà materiale che esso intende descrivere è essenziale per evitare ambiguità e confusioni concettuali. In tale ottica, la locuzione “patti prematrimoniali”, sebbene di uso comune, si rivela imprecisa e potenzialmente fuorviante.

Tale imprecisione deriva, in primo luogo, dalla non corretta individuazione del momento genetico di tali accordi, i quali, come l’esperienza dimostra, possono essere stipulati anche in un momento successivo alla celebrazione del matrimonio. In secondo luogo, la terminologia “prematrimoniale”⁸ tende a circoscrivere l’applicazione di tali pattuizioni esclusivamente all’ambito delle *instae nuptiae*, ignorando la loro rilevanza in altre forme di unione, ormai legalmente riconosciute.

Si propone, pertanto, una riqualificazione lessicale in “patti pre-crisi”, al fine di ricondurre la denominazione alla sua effettiva funzione e al suo ambito di applicazione, sia sotto il profilo della evoluzione cronologica dell’istituto che su quello della sua collocazione sistematica.

Come si è anche altrove argomentato⁹, questa nuova terminologia, oltre a garantire una maggiore aderenza alla realtà fenomenologica, contribuisce a superare l’idea che tali

⁷ Per questa prospettiva metodologica la scienza giuridica contemporanea è certamente debitrice al pensiero di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 89, secondo cui «ormai da anni la concezione puramente formalistica del diritto cede il terreno di fronte ad una considerazione più ricca e piena, quella dell’esperienza giuridica nelle sue molteplici articolazioni e sfaccettature. E non è consentito al giurista che sia – come deve essere – sensibile alla funzione del diritto, oltre che al fascino degli schemi concettuali, chiudere gli occhi di fronte a quelle correnti che tentano di valorizzare il diritto vivente o l’attuazione spontanea. Il pre o metagiuridico, il sociologico, non si possono facilmente accantonare. Il diritto è espressione della concreta realtà delle società umane, e non si lascia privare di quella dimensione, che è costituita dal dato sociale. Insomma: la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo, o tentare di abituarsi al rumore, per non subirne più la molestia». Ulteriori approfondimenti in V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in AA. VV., *Salvatore Pugliatti giurista. Ricordo nel I centenario della nascita (1903-2003)*. Incontro di studio tenutosi a Messina, 27-28 giugno 2003, ora in *Riv. dir. civ.*, 2004, vol. 49, p. 580 ss.

⁸ Per una ricostruzione sempre attuale della problematica, cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 99 ss.; e ancora il testo della proposta di legge (ponenti Morani – D’Alessandro) n. 2699 del 15 ottobre 2014 recante *Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali*. Notazioni interessanti anche in A. FUSARO, *Marital Contracts, Eheverträge, Convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, spec. p. 475 ss.

⁹ Sul punto sia consentito il rinvio ai nostri *I patti preconflictuali nella dinamica patologica del conflitto familiare*, in F. DANOVY, F. FERRARIS, T. FRAGOMENI, A. MANIACI, ID., *I patti preconflictuali*, Torino, 2019, p. 86 ss.; *Mediazione familiare e asimmetrie patrimoniali tra coniugi*, in P. MAZZAMUTO (a cura di), *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell’affidamento condiviso. Atti del Convegno Nazionale 31 ottobre 2018*, Torino, 2019, p. 81 ss.; *La composizione della crisi coniugale nel «continuo e discontinuo» delle unioni familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2/2020, p. 611 ss. Ulteriori e puntuali notazioni nella prospettiva di un’efficace puntualizzazione dell’opzione terminologica qui ulteriormente riproposta cfr. G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in S. LANDINI-M. PALAZZO (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, spec. p. 33 ss.

accordi siano esclusivamente finalizzati a regolare le conseguenze di un eventuale scioglimento del matrimonio, evidenziando invece la loro funzione preventiva e di gestione anticipata di potenziali situazioni di crisi, indipendentemente dalla forma giuridica dell'unione.

3. La Crisi dei rapporti familiari: prospettive comparatistiche e valorizzazione dell'autonomia negoziale, con particolare riferimento al diritto spagnolo.

L'analisi della crisi dei rapporti familiari, in una prospettiva comparistica, rivela un panorama giuridico in costante evoluzione, in cui la gestione delle conseguenze patrimoniali dello scioglimento del vincolo assume un ruolo centrale. Tradizionalmente, gli studi e le pronunce giurisprudenziali si sono concentrati sui patti relativi al futuro divorzio tra coniugi separati, un ambito significativo ma peculiare rispetto a una categoria più ampia di accordi preventivi.

Il presupposto fondamentale di tale analisi è la piena disponibilità delle attribuzioni patrimoniali *post-matrimonium*, un principio che trova fondamento non solo nell'assenza di ostacoli normativi *de iure condito*, ma anche in riflessioni storico-sociologiche, di matrice comparistica, e nel cosiddetto “diritto vivente”, prodromo certamente di future evoluzioni.

Già il diritto romano, in epoca preclassica e classica, riconosceva e ammetteva una varietà di pattuizioni volte a rafforzare il conferimento dotale e a disciplinarne la restituzione in caso di cessazione del vincolo. Espressioni come “*pacta conventa ante vel post nuptias*” sono particolarmente evocative e hanno influenzato la disciplina della *common law*, definendo gli accordi preventivi (o successivi) alle nozze che contengono regole specifiche da applicarsi una volta che il vincolo coniugale sia venuto meno. Analoghe pattuizioni si riscontrano nel diritto alto-medievale, ad esempio con la *restitutio dotis* in caso di inadempienza degli obblighi alimentari, o la previsione della cessazione retroattiva della comunione legale nei matrimoni “alla latina” in caso di separazione “per colpa”, istituto non dissimile dalla “*clausola alsaziana*” francese che consente, in caso di divorzio consensuale, la riattribuzione dei beni tra i coniugi.

Nel contesto contemporaneo, la *rule of divorce* e il successo dei *prenuptial (o premarital) agreements in contemplation of divorce* nel sistema nordamericano rappresentano il regime *standard* di riferimento. L'influenza di tale giurisprudenza si è estesa al continente europeo, dapprima in Gran Bretagna, dove è stata superata la difficoltà di considerare tali accordi contrari all'ordine pubblico per il solo fatto che potessero favorire il divorzio. I giudici britannici dimostrano un marcato *self-restraint* nel procedere *ipso iure* a divisioni patrimoniali autonome tra ex coniugi che abbiano preventivamente stipulato accordi precisi.

Similmente, negli stati del Commonwealth, il tema degli accordi preventivi è stato positivamente risolto, come dimostra il *De Facto Relationships Act* del Nuovo Galles del Sud (1984) e il successivo *Property (Relationships) Act*, che ha esteso l'ambito applicativo dei prenuptial agreements a tutte le ipotesi di scioglimento del vincolo coniugale, in conformità al *Family Law Amendment Act* del 2000.

In Europa, significative aperture legislative sulla validità di accordi preventivi sulle conseguenze del divorzio si riscontrano nella disciplina tedesca, dove dottrina e

giurisprudenza avallano l'inserimento, in sede di stipula degli *Eherverträge*, di clausole *ad hoc* che predeterminano il *quantum* e il *quomodo* della corresponsione del *nachehelicher Unterhalt* (assegno di divorzio) sia rinunziandovi del tutto ovvero rinunziando soltanto ad alcune, specifiche, componenti di natura patrimoniale come, ad es., la quota di riversibilità sulla pensione (*Versorgungsausgleich*) ovvero ancora procedendo ad una revisione dell'ammontare complessivo in base ad una specifica procedura di (*Abänderungsklage*) che, ai sensi del § 323 ZPO, riproduce la regola, a noi certamente non ignota, della modifica giurisdizionale ispirata al principio *rebus sic stantibus* (ex art. 710 cod. proc. civ. e art. 9 l. n. 898 del 1970).

Aperture simili si osservano in Austria e Svizzera, dove gli accordi sulla crisi coniugale non devono necessariamente essere stipulati in un periodo successivo all'insorgere della crisi, ma possono essere conclusi anche in un momento precedente.

In Francia, sebbene l'orientamento prevalente sia contrario agli accordi che mirano a predeterminare il quantum della prestazione post-divorzile (in virtù del principio che consente al giudice di non omologare l'accordo di divorzio se pregiudica la posizione di uno dei coniugi, art. 232 *code civil*), è comunque possibile modificare *ex ante* il regime della comunione legale, individuando cespiti da devolvere ai coniugi in caso di divorzio, o attribuire beni personali, o liquidare la posizione tramite trasferimento di denaro o altri beni fungibili.

In Spagna e in Catalogna, la legge ammette espressamente la possibilità di regolare in via pattizia la “rottura” del matrimonio.

Più nel dettaglio, l'ordinamento spagnolo riconosce ai contratti prematrimoniali la medesima efficacia vincolante di qualsiasi altro negozio giuridico, sottoponendoli, pertanto, ai requisiti generali di validità previsti dal relativo Codice civile. Il consenso deve essere libero e immune da vizi quali errore, dolo, violenza o intimidazione (art. 1265 c.c. spagnolo), l'oggetto deve risultare certo, lecito e possibile (artt. 1271–1273 c.c. spagnolo), e la causa deve presentarsi come reale e conforme a legge (artt. 1274–1277 c.c. spagnolo).

La disciplina distingue tra patti a contenuto personale e patti a contenuto patrimoniale, nonché tra quelli che riguardano esclusivamente i coniugi e quelli che incidono direttamente sulla posizione dei figli soggetti a potestà genitoriale.

Gli accordi che mirano a disciplinare i diritti e doveri coniugali sono sottoposti a limiti stringenti. In particolare, i doveri di convivenza e fedeltà, sanciti dall'art. 68 c.c. spagnolo, sono inderogabili, rientrando nella sfera del *ius cogens*. Non è consentito, dunque, escluderli o modificarne il contenuto essenziale, né introdurre doveri *ex novo*, come dimostra la nullità di patti che obblighino il futuro coniuge a interrompere relazioni personali o familiari.

La riforma introdotta con la Ley 15/2005, che ha inciso sulla disciplina della separazione e del divorzio, ha ridotto l'ambito di rilevanza giuridica dei doveri coniugali, lasciando come unico residuo giuridicamente azionabile il dovere patrimoniale di soccorso. Tuttavia, il suo inadempimento non comporta sanzioni giuridiche rilevanti, né attribuisce strumenti di reazione al coniuge adempiente.

Molto più ampio si presenta il margine di autonomia in materia patrimoniale.

La dottrina¹⁰ è divisa circa la validità di patti che subordinano un'indennità al mero fatto della separazione o del divorzio. Una parte¹¹ li reputa ammissibili sulla base dell'art.

¹⁰ Sul punto cfr. A.M. PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada 2000, spec. p. 31 ss.; Á. SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*, in R. BARRADA ORELLANA, M. GARRIDO

1154 c.c. spagnolo, che consente al giudice di ridurre equitativamente la penale convenuta, sostenendo che non limitano il diritto costituzionale di scioglimento del matrimonio (artt. 10 e 32 cost. spagnola). Altri autori¹², invece, li ritengono contrari alla morale e all'ordine pubblico familiare, poiché possono dissuadere dal ricorso al divorzio o incentivarlo a fini economici, trasformando il matrimonio in un meccanismo di arricchimento ingiustificato.

Analoga prospettiva con riferimento alla possibilità di corresponsione di un assegno con natura compensativa (art. 97 c.c. spagnolo): la maggioranza della dottrina ammette la disponibilità del relativo diritto, riconoscendo validità a patti che ne stabiliscono entità, durata, modalità (capitale o rendita) e cause di estinzione e attribuendo agli stessi efficacia vincolante¹³. Più problematica è la rinuncia preventiva, da taluni ritenuta nulla poiché concernente diritti futuri (art. 1102 c.c. spagnolo), da altri considerata ammissibile come esclusione volontaria della legge applicabile (art. 6.2 c.c. spagnolo), e quindi riconducibile all'autonomia negoziale. Centrale, in ogni caso, è l'applicazione del principio di reciprocità, elevato a criterio imperativo dal legislatore catalano (art. 231-20.3 c.c. catalano). Ulteriore profilo problematico è rappresentato dalla possibile previsione di regimi economici matrimoniali: è ampio lo spazio concesso alla libertà capitolare (art. 1327 c.c. spagnolo), con possibilità di modificare o adattare la disciplina della società di tipo *gananciales*, regolando la qualificazione dei beni, le facoltà gestorie e le modalità di liquidazione (artt. 1324, 1355, 1406 c.c. spagnolo).

Sono tuttavia nulli i patti che escludano la responsabilità dei beni comuni o personali per le obbligazioni contratte (artt. 1367 e 1369 c.c. spagnolo).

MELERO, S. NASARRE AZNAR (coordinadores), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Barcelona, 2011, pp. 328-329.

¹¹ I. PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ, *Previsiones capitulares, Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid, 2008, spec. p. 100 ss.

¹² Per L. AGUILAR RUIZ – C. HORNERO MÉNDEZ, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, in *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo 2006, pp. 25-26 la morale «ha de ser entendida como el conjunto de convicciones de ética social imperantes en nuestra comunidad», così come l'«orden público», concetto di difficile catalogazione che «sin embargo debe entenderse, en este ámbito concreto, a aquellos principios fundamentales o rectores de nuestro ordenamiento jurídico-familiar [y] la doble referencia del artículo 1255 del Código Civil (LA LEY 1/1889) al límite de la moral y el orden público – al que debe equipararse aquí la mención a las buenas costumbres del artículo 1328 del Código Civil (LA LEY 1/1889)-, se ha considerado un arcaísmo en un sistema matrimonial que concede absoluta prioridad a la autonomía de los cónyuges en la regulación de sus intereses estrictamente económicos o patrimoniales, no así en los que afecten a cuestiones familiares de otra índole, tales como guarda y custodia de hijos, atribución del domicilio familiar o alimentos entre cónyuges, en las que ciertos valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico-privado siguen proyectándose de forma clara a través de conceptos jurídicos indeterminados tales como el denominado orden público familiar o el interés de la familia».

¹³ Precisa L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia*, in F. DE P. BLASCO GASCÓ, M.E. CLEMENTO MEORO; F.J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA, R. VERDERA SERVER (coordinadores), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II*, Valencia 2011, spec. p. 1531 che «como regla general, los acuerdos prematrimoniales son vinculante, ya que no existe ninguna previsión específica acerca de la posibilidad de que los tribunales modifiquen o anulen dichos acuerdos. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán en una sentencia de 6 de febrero de 2001 estableció la necesidad de revisar judicialmente los acuerdos de los cónyuges cuando se daban determinadas circunstancias [Desde entonces,] el Tribunal Supremo ha especificado los parámetros sobre los que se debe llevar a cabo esa revisión, así la libertad en la regulación de las consecuencias del divorcio no debe tener el efecto de desvirtuar la finalidad tuitiva que se contiene que las previsiones legales, lo cual se daría en el caso de que uno de los cónyuges hubiese de soportar una distribución de las cargas inaceptable y desproporcionada».

Un ambito particolarmente delicato riguarda l'uso della casa familiare. In assenza di figli, la dottrina prevalente riconosce la disponibilità dell'accordo, purché non arrechi grave pregiudizio a uno dei coniugi (art. 96.3 c.c. spagnolo). In presenza di figli minori, invece, il diritto è indisponibile e subordinato all'approvazione giudiziale (art. 96.1 c.c. spagnolo), essendo prevalente l'interesse del minore quale criterio interpretativo fondamentale.

In relazione alla gestione della prole, la disciplina consente accordi circa la modalità di esercizio della potestà genitoriale (artt. 92.4 e 156 c.c. spagnolo), la custodia condivisa o esclusiva, i regimi di visita e comunicazione, nonché la determinazione e garanzia della pensione alimentare. Rimane, tuttavia, indisponibile la titolarità della potestà in sé considerata (art. 170 c.c. spagnolo), la quale può essere limitata o esclusa soltanto con sentenza giudiziale. Analogamente, non sono ammissibili patti che vincolino automaticamente le scelte future del genitore affidatario, poiché tali clausole comprometterebbero la libertà di autodeterminazione.

Sul versante successorio, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria reputano nulli i patti che condizionano la fedeltà con sanzioni economiche, o che vietano al coniuge di contrarre nuove relazioni o di stabilire la propria residenza (artt. 10 e 19 Cost. spagnola).

Ugualmente inefficaci, nel diritto civile comune, sono i patti successori prematrimoniali, poiché l'art. 1271.2 c.c. spagnolo vieta i contratti su eredità future e l'art. 816 c.c. spagnolo tutela l'intangibilità della legittima. Solo in alcuni ordinamenti forali tali patti ricevono riconoscimento.

Come si è avuto modo d'intravedere, il sistema spagnolo riconosce un ampio spazio all'autonomia privata in materia patrimoniale, soprattutto con riguardo alla determinazione dei regimi economici familiari.

Queste brevi considerazioni comparatistiche rafforzano l'idea che l'abbandono della regola che attribuiva la colpevolezza a uno dei coniugi come presupposto della separazione legale ha aperto la strada a una funzione para-assistenziale dell'assegno divorzile. Venuto meno il collegamento formale tra "colpa" e crisi coniugale, non è più sostenibile negare rilevanza a pattuizioni deflattive del contenzioso post-coniugale con l'argomento che potrebbero incentivare i processi di separazione e divorzio.

Tale argomentazione, infatti, risulterebbe un *argumentum a contrario* che finirebbe per provare troppo o troppo poco.

Sul versante giurisprudenziale interno, la Corte di Cassazione italiana ha mantenuto posizioni restrittive, sebbene con qualche timida apertura recente (v. *infra*, par. 5).

La compatibilità con l'ordine pubblico internazionale (art. 16, l. n. 218 del 1995) degli accordi stipulati tra coniugi di nazionalità estera ma residenti in Italia, volti a regolare i rapporti patrimoniali in vista del divorzio, non appare risolutiva, poiché la motivazione di tale compatibilità sembra fondarsi su mere puntualizzazioni concettuali, senza spiegare con precisione perché principi solenni come l'indisponibilità dello *status matrimonii* – spesso evocati per negare la legittimità di tali accordi in sede domestica – non siano considerati diritti fondamentali e irrinunciabili solo perché si enfatizza l'elemento di collegamento con l'ordinamento straniero.

4. La riconfigurazione della causa separationis nel contesto delle pattuizioni in vista del futuro divorzio

La tradizionale concezione della *causa separationis* come elemento essenziale per lo scioglimento del vincolo matrimoniale ha subito una profonda riconfigurazione nel contesto della contrattazione *in contemplation of divorce*.

Tale evoluzione riflette un mutamento paradigmatico nella disciplina del diritto di famiglia, che si allinea con i principi di autonomia negoziale e di gestione non contenziosa delle crisi familiari, in linea con lo spirito della riforma del diritto di famiglia di cinquant'anni fa.

Storicamente, la separazione legale era strettamente legata all'attribuzione di una colpa a uno dei coniugi, un approccio che ha progressivamente ceduto il passo a una visione più funzionale e meno stigmatizzante della crisi coniugale. L'introduzione e la progressiva affermazione della funzione para-assistenziale dell'assegno divorzile hanno contribuito a scindere il legame tra la “colpa” e le conseguenze economiche dello scioglimento del matrimonio.

Questa disconnessione ha aperto la strada al riconoscimento della validità di pattuizioni volte a deflazionare il contenzioso post-coniugale, superando l'argomento secondo cui tali accordi potrebbero incentivare i processi di separazione e divorzio. Tale argomentazione, infatti, si rivela debole e controproducente, in quanto finirebbe per limitare indebitamente l'autonomia delle parti nella gestione delle proprie relazioni.

In questo nuovo scenario, la *causa separationis* non si configura più come un elemento imprescindibile per la validità degli accordi pre-crisi, ma piuttosto come un coelemento di efficacia, che incide sulla loro operatività.

La logica sottesa a tale approccio è quella di promuovere la negoziazione e la composizione amichevole delle controversie, in un'ottica di responsabilizzazione delle parti e di tutela degli interessi coinvolti, in particolare quelli dei soggetti più vulnerabili. La giurisprudenza, sebbene con resistenze, sta gradualmente riconoscendo la legittimità di tali accordi, purché rispettino i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (*in primis*, quello di solidarietà, *sub specie* di solidarietà familiare¹⁴) e non pregiudichino diritti indisponibili.

La prospettiva della contrattazione *in contemplation of divorce* si inserisce pienamente nel solco tracciato dalla riforma del diritto di famiglia, che ha mirato a superare una visione

¹⁴ Per una ricostruzione di carattere generale sul tema della solidarietà (coniugale, o meglio) familiare, cfr. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivistaac.it*, 2017, 2, 18 maggio 2017; ID., *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consultaonline.it*, 2017, 3, 30 ottobre 2017, p. 445 ss.; resta, ad avviso dell'a., ad oggi largamente inesplorato il modo con cui diritti e doveri si combinano reciprocamente, specie nelle più spinose e complesse vicende giuridicamente rilevanti, quali quelle che vengono poi portate alla cognizione dei giudici. Ulteriori riferimenti sul tema in F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002; ID., *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI - M. CAVINO - E. GROSSO - J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, p. 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. VENTURA, ID. (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, p. 305 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 2017, 4, p. 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; S. GIUBBONI, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nel-la crisi europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 3, p. 591 ss.; G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 2, p. 245 ss.

paternalistica e statalista dei rapporti familiari, promuovendo invece l'autodeterminazione degli individui e la capacità delle parti di autoregolare i propri interessi.

In tal senso, gli accordi pre-crisi rappresentano uno strumento prezioso per la gestione efficiente e meno traumatica delle separazioni e dei divorzi, contribuendo a decongestionare il sistema giudiziario e a favorire soluzioni personalizzate e consensuali¹⁵.

5. Orientamenti giurisprudenziali in materia di accordi pre-crisi: un bilancio critico

L'esame della giurisprudenza in materia di accordi pre-crisi rivela una tendenza, seppur con resistenze, verso una maggiore considerazione del sostentamento materiale del coniuge economicamente più debole. Questa dinamica riflette una consuetudine culturale che, sebbene radicata, sta gradualmente cedendo il passo a nuove interpretazioni da parte degli operatori del diritto.

Nello specifico, l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione italiana ha tradizionalmente sancito la nullità degli accordi che, violando l'articolo 160 c.c. e il principio di indisponibilità dei diritti e degli obblighi nascenti dal vincolo matrimoniale, si fondano su una causa illecita¹⁶.

Da ciò consegue l'invalidità anche delle convenzioni di natura transattiva stipulate in una fase antecedente¹⁷ allo scioglimento del rapporto coniugale. Tuttavia, in anni recenti, la

¹⁵ Sul punto, v. G. CASU, *I patti successori*, in L. Iberati (a cura di) *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006, p. 469 ss. Si consideri l'ipotesi di una donazione con *modus* là dove l'adempimento dell'onere debba realizzarsi dopo la morte del donante. L'arricchimento del donante si avrebbe, in tal caso, all'esito del realizzarsi di una vera e propria connessione funzionale con la detta controprestazione - anche là dove quest'ultima rilevasse alla stregua dell'unico motivo determinante dell'atto di liberalità. Quella della rilevanza dell'onere che si innesta sulla donazione senza privare quest'ultima della sua peculiare caratterizzazione è una tesi che trova conforto nella lettura testuale dell'art. 794 cod. civ., ove espresamente si prevede che l'onere impossibile o illecito renda nulla la donazione ove ne abbia costituito il solo motivo determinante e non in altra ipotesi.

¹⁶ Come opportunamente segnalato da F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione*, Padova, 1997, p. 285, le tesi che «annoverano tra i diritti inderogabili di cui all'art. 160 cod. civ. il diritto del coniuge a ricevere dall'altro le prestazioni di contribuzione di cui all'art. 143, comma 3, cod. civ., durante la fase fisiologica dello svolgimento della vita coniugale [...] sono tutte prive di fondamento».

¹⁷ Famosa, in tal senso, Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Dir. fam.*, 1981, p. 1025 ss., secondo cui «[...] in tema di divorzio, il preventivo accordo con cui gli interessati stabiliscono, in costanza di matrimonio, il relativo regime giuridico, anche in riferimento ai figli minori, convenendone [la non modificabilità] per un dato periodo di tempo, è invalido, nella parte riguardante i figli, per l'indisponibilità dell'assegno dovuto ai sensi dell'art. 6 [della legge sul divorzio (l. n. 898 del 1970)], nella parte riflettente l'assegno spettante all'ex coniuge a norma del precedente art. 5, per contrasto sia con l'art. 9 della stessa legge, che non consente limitazioni di ordine temporale alla possibilità di revisione del suindicato regime, sia con l'art. 5, cit., che, fissando i criteri per il riconoscimento e la determinazione di un assegno all'ex coniuge, configura un diritto insuscettibile, anteriormente al giudizio, di rinuncia o di transazione, attesa [la non liceità] della causa di un negozio siffatto, perché sempre connessa, esplicitamente o implicitamente, all'intento di viziarie, o quanto meno di circoscrivere, la libertà di difendersi in detto giudizio, con irreparabile compromissione di un obiettivo d'ordine pubblico come la tutela dell'istituto della famiglia. Pertanto, in tale giudizio, non può una delle parti impedire all'altra di provare la verità delle condizioni di fatto alle quali la legge subordina e commisura l'assegno di divorzio e quello di mantenimento dei figli, eccepido l'intangibilità dell'accordo intervenuto in merito prima dell'inizio del giudizio medesimo». Nello stesso ordine d'idee, cfr. Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1456; Cass., 2 luglio 1990, n. 6773, in *Mass. giur. it.*, 1990; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, p. 417 ss.; Cass., 1º marzo 1991, n. 2180, in *Dir. fam.*, 1991, p. 926; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 338 ss.; Cass., 11 agosto 1992, n. 9494; Cass., 28 ottobre 1994,

medesima Corte ha manifestato, sebbene in modo sporadico, aperture verso l'ammissibilità di talune convenzioni¹⁸ – genericamente qualificate come accordi prematrimoniali – qualora sorrette da una comune *causa perequationis*¹⁹.

Una comparazione delle diverse pronunce consente di individuare un minimo comune denominatore assiologico, che definisce il margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza.

In una prima tipologia rientrano le pronunce in cui, a fronte di esborsi sostenuti da uno dei coniugi per migliorare la vita familiare (ad esempio, spese per la ristrutturazione di un immobile di proprietà esclusiva²⁰), viene prevista una controprestazione (ad esempio, il

n. 8912; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, tutte consultabili in *De jure.it*; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 704 ss.

¹⁸ Cfr. Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corr. giur.*, 2013, n. 12, p. 1564 ss., secondo la quale, si tratterebbe in tal caso di considerare legittimo «un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo peraltro alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti. Nella specie, dunque, un accordo [cioè un vero e proprio “contratto”] caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, secondo l'inquadramento effettuato dal giudice *a quo*»; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 103 ss.; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4210. Come la più recente ord. del 2025, anche le pronunce citate, pur non rappresentando un pieno avallo dell'ammissibilità dei patti prematrimoniali denotano, tuttavia, una significativa apertura giurisprudenziale sulla validità di accordi fra coniugi in materia economica e patrimoniale, quand'anche disciplinanti la crisi del matrimonio.

¹⁹ Sulla generale validità di accordi con finalità perequativa, prima della recente apertura giurisprudenziale, cfr., *ex multis*, oltre ai nostri, *I patti preconflictuali nella dinamica patologica del conflitto familiare*, cit., spec. p. 89 ss.; *Mediazione familiare e asimmetrie patrimoniali tra coniugi*, cit.; *La composizione della crisi coniugale nel «continuo e discontinuo» delle unioni familiari*, cit., spec. p. 615 ss.; A. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 297 ss.; M. PARADISO, *sub art. 143-148 in Commentario Schlesinger*, Milano, 2012, p. 105 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 84 ss.; A. DI MAJO, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 349 ss.; A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 609 ss.; S. ALAGNA, *Il regime patrimoniale primario della famiglia*, in *Vita not.*, 1977, p. 850 ss. Per una ricostruzione di carattere dogmatico, riferita al fondamentale profilo assiologico, v. A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., *passim* secondo il quale un primo connotato valoriale può trarsi dall'analisi dei compiti naturali della famiglia, intesa quale comunità volta a soddisfare le esigenze della vita materiale, e che possono darsi elementari giacché volti ad assicurarne la mera sussistenza. Ma si tratta, appunto, di un criterio “minimo”, che finisce col non dire molto e, sicuramente, col non dire tutto ove si consideri, nello specifico, che la diversità delle condizioni economiche e sociali porta ad apprezzare come necessarie esigenze che in altri contesti socio-culturali possono addirittura apparire superflue. Il problema dell'eccessiva ampiezza e genericità del c.d. “dovere di contribuzione” è messa in luce anche da F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 89 ss. Sulla preminenza delle situazioni esistenziali rispetto a quelle patrimoniali si rinvia, per tutti, alle considerazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, spec. p. 151 ss.

²⁰ Già prima dell'ord. del 2025, la giurisprudenza di merito, aveva riconosciuto la legittimità di tali rimborzi giustificandola sulla base della situazione relazionale che l'un coniuge aveva col bene, definibile nel senso della detenzione mera (e non qualificata). Sul punto, cfr. Trib. Venezia, 23 settembre 2015 e Trib. Brindisi, 26 maggio 2014, entrambe consultabili in *De jure.it* ove si afferma che anche con riferimento alla richiesta di rimborso per i miglioramenti apportati all'immobile per il coniuge non proprietario deve escludersi la tutela tipica del possessore atteso che la natura relativa del diritto è compatibile solo con il riconoscimento di una situazione di mera detenzione e non anche di possesso. Sul tema, cfr. L. BERTINO, *Accordi di indirizzo sulla casa familiare ed obblighi restitutori tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 810 ss., secondo cui la convivenza tra coniugi dà luogo ad una situazione di fatto, sul bene destinato a residenza familiare, non riconducibile ad alcun diritto reale, bensì alla fattispecie della detenzione. A fondamento dell'assunto, l'a. richiama gli esiti cui perviene la giurisprudenza in tema di convivenza o rapporti di fatto, in particolare Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giur.*

trasferimento di un altro immobile) che possa ristorare, in tutto o in parte, le spese sostenute. Si tratta, in sostanza, di una prestazione in luogo dell'adempimento relativa a un'obbligazione con un fondamento originario nella *causa matrimonii*.

Una seconda categoria comprende le decisioni che ritengono ammissibile, quale fondamento dell'obbligo restitutorio, l'individuazione di un contratto di mutuo gratuito (articolo 1813 c.c.) da rimborsarsi al verificarsi della condizione sospensiva della crisi coniugale e della successiva separazione.

Il ragionamento sottostante è più articolato e si basa su considerazioni di carattere generale. Secondo l'attuale orientamento giurisprudenziale, il limite invalicabile tra i patti ammessi (o ammissibili) e quelli vietati è rappresentato da una valorizzazione del profilo causale sotteso agli accordi, in particolare sotto il profilo della loro conformità all'ordine pubblico e al buon costume.

In tale contesto evolutivo, si inserisce, da ultimo, la recente ordinanza della Corte di Cassazione n. 20415 del 21 luglio 2025²¹, la quale, pur non sovertendo i principi consolidati, offre un'ulteriore apertura verso il riconoscimento della validità di accordi patrimoniali stipulati in previsione della crisi coniugale.

La vicenda trae origine da una scrittura privata sottoscritta dai coniugi nel 2011, con la quale il marito si obbligava, in caso di separazione, a corrispondere alla moglie una somma determinata, in riconoscimento del contributo da lei prestato nel pagamento del mutuo e nelle opere di ristrutturazione di un immobile di sua proprietà. In contropartita, la moglie rinunciava alla titolarità di alcuni beni mobili. In una prospettiva certamente definibile di tipo assiologico-pratico la Corte ha ritenuto che simili pattuizioni integrino un contratto atipico ex art. 1322, secondo comma, c.c., pienamente ammissibile quale espressione della libertà negoziale, purché rispettoso dei limiti costituiti da norme imperative, ordine pubblico e diritti indisponibili. La circostanza che l'efficacia dell'accordo sia subordinata all'eventuale separazione personale dei coniugi non ne inficia la liceità: tale evento deve essere qualificato come condizione sospensiva ai sensi dell'art. 1354 c.c., e non come causa illecita o contraria ai doveri coniugali ex artt. 143 e 160 c.c.

Si sottolinea, infatti, che il patto non incide sugli obblighi inderogabili di assistenza morale e materiale tra i coniugi né pregiudica i diritti dei figli, limitandosi a disciplinare, in modo anticipato e patrimonialmente equilibrato, rapporti suscettibili di insorgenza in caso di crisi matrimoniale.

L'ordinanza del 2025, tuttavia, riveste un rilievo ulteriore in quanto afferma in maniera espresa la liceità anche di accordi prematrimoniali o comunque anteriori alla separazione, a condizione che essi rispettino i canoni di trasparenza, proporzionalità ed equità.

L'impatto sistematico della decisione è rilevante. Essa apre la strada a una più ampia valorizzazione della contrattualistica familiare e a una progressiva assimilazione dell'ordinamento italiano a modelli già consolidati in altri sistemi giuridici, nei quali i c.d. "patti prematrimoniali" rappresentano strumenti ordinari di regolazione dei rapporti

^{it.}, 2013, p. 2491 ss., con nota di I. FERRETTI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto*. Per una ricostruzione di carattere generale, cfr. O. CLARIZIA, *Casa familiare e convivenza more uxorio*, in G. CARAPEZZA FIGLIA-J.R. DE VERDA Y BEAMONTE-G. FREZZA-P. VIRGADAMO (a cura di) *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Napoli, 2016, p. 187 ss.

²¹ Come parzialmente anticipato, tale pronuncia si inserisce all'interno di quell'orientamento, inaugurato da Cass. n. 23713/2012 e progressivamente ribadito con le decisioni n. 19304/2013, n. 18066/2014, n. 5065/2021, n. 11012/2021, fino alle più recenti n. 13366/2024 e n. 18843/2024.

patrimoniali tra coniugi. Pur permanendo i limiti invalicabili dettati dall'ordine pubblico e dalla tutela dei diritti fondamentali, la Cassazione riconosce una maggiore centralità all'autonomia privata, contribuendo così a una trasformazione culturale che considera la famiglia non più come una struttura rigidamente gerarchica e indisponibile, bensì come un luogo di responsabilità condivisa e di negoziazione equilibrata degli interessi.

In definitiva, si consolida l'idea che il diritto di famiglia non sia impermeabile alla logica contrattuale, ma anzi possa accogliere strumenti di regolazione preventiva volti a ridurre conflittualità e incertezza, purché rispettosi della cornice costituzionale e dei valori fondanti dell'ordinamento. Detto altrimenti, pur ribadendo la necessità di salvaguardare i principi inderogabili dell'ordinamento, come l'indisponibilità dello *status* e la tutela del coniuge debole, si evidenzia una crescente sensibilità verso la generale capacità equilibratrice dell'autonomia negoziale, purché, ovviamente, gli accordi non si traducano in una predeterminazione rigida e incondizionata sulle conseguenze economiche della crisi familiare, ma siano piuttosto espressione di una volontà di gestione consapevole e responsabile della crisi familiare.

Questo orientamento, sebbene ancora ispirato ad una (forse) eccessiva prudenza, rappresenta un passo significativo verso una maggiore flessibilità e adattabilità del diritto di famiglia alle esigenze della società contemporanea, in linea con lo spirito della riforma del 1975 che ha promosso una visione più dinamica e personalizzata dei rapporti familiari.

La sfida per il prossimo futuro sarà quella di consolidare tali orientamenti, superando le residue resistenze e garantendo una piena e uniforme applicazione dei principi di autonomia negoziale anche in ambito familiare.

L'IMPRESA FAMILIARE TRA DIRITTO CODIFICATO E REALTÀ SOCIALE

VALERIA RESTUCCIA*

SOMMARIO: 1. Impresa familiare e nuovi consorzi familiari. – 2. Tutela del convivente nell'impresa familiare. L'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale. – 3. Segue. Tutele previdenziali e fiscali del convivente di fatto. – 4. Impresa familiare e patto di famiglia. – 5. Rilievi conclusivi.

1. *Impresa familiare e nuovi consorzi familiari*

L'impresa familiare, introdotta nel nostro ordinamento dalla legge di riforma del diritto di famiglia n. 151 del 1975¹, è disciplinata dall'articolo 230-bis del codice civile.

La scelta di collocare, tale disposizione, a chiusura del capo dedicato al regime patrimoniale della famiglia, è dettata dalla volontà di introdurre un “regime patrimoniale secondario” diretto a regolare l'attività lavorativa nell'ambito dell'impresa².

Più in particolare, l'istituto si prefigge lo scopo di accordare tutela ai familiari dell'imprenditore (il coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo) che prestino di fatto, e in modo continuativo, il proprio lavoro nell'impresa, o all'interno della famiglia³, nell'ipotesi in cui non sia stata pattuita una diversa disciplina volta a regolare il sudetto apporto collaborativo⁴.

A tali soggetti, nello specifico, viene riconosciuto il diritto al mantenimento e quello di partecipare agli utili dell'impresa e agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, “in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato”⁵.

* Assegnista di diritto privato, Università di Messina.

¹ Legge 19 maggio 1975, n. 151. Riforma del diritto di famiglia, in *G.U. Serie Generale*, n. 135 del 23 maggio 1975.

² In questi termini, G. DI ROSA, *La riconosciuta eguale tutela del convivente di fatto nell'impresa familiare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 6, 2024, 1422.

³ Le ragioni sottese all'introduzione, ad opera della Riforma del diritto di famiglia del 1975, dell'istituto dell'impresa familiare tendono ad avvalorarne la diversità con la disciplina concernente la comunione tacita familiare, originariamente disciplinata dall'abrogato articolo 2140 c.c. Più specificatamente, tra la comunione tacita familiare e l'impresa familiare non sarebbe ravvisabile una sorta di c.d. “continuità normativa” sulla base delle differenze strutturali tra le relative discipline. In tal senso, G. DI ROSA, *La riconosciuta eguale tutela del convivente di fatto nell'impresa familiare*, cit., 1422.

⁴ Si parla, al riguardo, di natura “residuale” dell'impresa familiare. In tal senso, cfr., O. CAGNASSO, *L'impresa familiare e la s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 473; M. DOGLIOTTI-A. FIGONE, *Impresa familiare: le problematiche più recenti*, in *Fam. e dir.*, 2011, 191; F. ROSSI, *La natura dell'impresa familiare*, Napoli, 2009, 34; S. PATTI, *Diritto al mantenimento e prestazioni di lavoro nella riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam.*, 1977, 1355.

⁵ La possibilità di assoggettare a fallimento anche i familiari che prestano il proprio apporto lavorativo dipende dalla natura giuridica che si intende attribuire all'impresa familiare. Da sempre discussa è stata la natura giuridica dell'impresa familiare. Secondo alcuni, l'istituto in esame avrebbe natura di impresa collettiva. Accogliendo tale ultima tesi, il potere di amministrazione spetterebbe a tutti i collaboratori e non soltanto all'imprenditore. Coloro che prestano la propria attività lavorativa all'interno di tale impresa, inoltre, sarebbero soggetti anche loro a fallimento. In questi termini, C. IODICE-S. MAZZEO, *Il regime patrimoniale della famiglia*,

All'epoca in cui era intervenuta la riforma del diritto di famiglia, non ravvisandosi l'esigenza di tutelare aggregati familiari differenti dalla famiglia fondata sul matrimonio, dalla nozione di "familiare", ex articolo 230-bis, terzo comma, furono volontariamente pretermessi i conviventi *more uxorio*.

Conseguentemente, in tutti i casi in cui non era possibile accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, la tutela del convivente, all'interno dell'impresa, veniva garantita ricorrendo a istituti di diritto comune, quali, in particolare, la soluti retentio e l'azione di ingiustificato arricchimento⁶.

Di là dall'ostacolo rappresentato dal tenore letterale del terzo comma dell'articolo 230-bis c.c., non è mancato chi⁷, invece, interpretando estensivamente la disciplina dell'impresa familiare, ne estendeva la portata anche ai conviventi di fatto.

Tutto ciò, fino all'entrata in vigore della legge n. 76 del 20 maggio 2016 (Legge Cirinnà)⁸ che ha introdotto, all'interno del codice civile, l'articolo 230-ter, intitolato "Diritti del convivente". Tale disposizione, nello statuire che al convivente che presta stabilmente la propria opera nell'impresa del proprio partner⁹ spetta una partecipazione agli utili, ai beni acquistati con essi e agli incrementi dell'azienda (anche in ordine all'avviamento e in proporzione al lavoro prestato), sembrava (almeno apparentemente) avere sopperito alla man-

Milano, 2015, 329. Maggioritaria risulta essere la tesi che attribuisce all'impresa familiare natura di impresa individuale. La qualifica di imprenditore, infatti, spetterebbe soltanto all'imprenditore con la conseguenza che solo quest'ultimo sarà eventualmente soggetto a fallimento. Conseguentemente la gestione ordinaria circa l'attività imprenditoriale spetterebbe unicamente all'imprenditore e tale circostanza sarebbe avallata da quanto disposto dallo stesso articolo 230 bis c.c. secondo il quale le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi, nonché quelle relative alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate a maggioranza dai familiari che partecipano all'impresa in questione. Una ulteriore implicazione pratica data dal considerare l'impresa familiare come impresa individuale è quella secondo la quale il diritto dei partecipanti agli utili o agli incrementi si configura in termini di diritto di crediti, ossia quale mera pretesa creditoria dei singoli collaboratori nei confronti del titolare dell'impresa. In conseguenza di ciò, dal punto di vista fiscale, in caso di accertamento di un maggior reddito imprenditoriale, lo stesso deve essere riferito soltanto al titolare dell'impresa, dovendo escludersi che esso possa essere attribuito "pro quota" agli altri collaboratori familiari aventi diritto alla partecipazione agli utili d'impresa. In tal senso, *ex multis*, G. GHEZZI, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazioni di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 45; per la giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., n. 27966, 31 ottobre 2018, in *foro it.*, 2018, 34.

⁶ G. OBERTO, *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio*, in *FD*, 2016, 2, 129, che evidenzia l'inadeguatezza di tali istituti. Più in particolare, l'articolo 2034 c.c. non riuscirebbe a porre rimedio a tutti quei casi in cui il *partner* "forte" non ritenga di adempiere spontaneamente ai doveri morali e sociali che nascono tra conviventi; l'articolo 2041 c.c., invece, potrebbe trovare un ostacolo applicativo nel fatto che la volontarietà e la spontaneità della prestazione suggerisce di escludere l'ingiustizia dell'arricchimento.

⁷ In questi termini, C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, Milano, 2017, 552. In giurisprudenza, però, si rileva come l'articolo 230 bis c.c., in maniera inequivoca, segnali l'impossibilità di ricorrere al procedimento analogico non sussistendo una lacuna di legge in tal senso e visto il carattere eccezionale della medesima norma. Sul carattere eccezionale dell'articolo 230 bis c.c., in ordine alle norme generali in tema di prestazioni lavorative e in relazione alle strutturali diversità tra la famiglia legittima (fondata sul matrimonio) e la convivenza, Cass. 18 ottobre 1976, n. 3585, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1949 ss.; T. Roma, 10 luglio 1980, in *Dir. fall.*, 1980, II, 611 ss., con nota di Farenga, *In tema di "rapporto more uxorio", "famiglia di fatto" e "impresa familiare"*; T. Milano, 10 gennaio 1985, in *Soc.*, 1985, 507 ss.; T. Firenze, 18 giugno 1986, in *Toscana lav. e giur.*, 1987, 228 ss.

⁸ Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in *G.U. Serie Generale*, n. 118 del 21 maggio 2016.

⁹ Il comma 36 dell'articolo 1 della legge n. 76 del 2016 prevede che "si intendono per 'conviventi di fatto' due persone maggiorenni uniti stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile".

canza di una apposita tutela nei riguardi della famiglia di fatto¹⁰.

Senonché, da un'attenta analisi della disciplina dell'impresa familiare, è emersa una maggiore protezione accordata ai "familiari", ex articolo 230-bis c.c., rispetto a quella prevista, dalla novella del 2016, per i conviventi more uxorio¹¹. I primi, infatti, oltre a essere titolari dei diritti concessi al convivente dall'articolo 230-ter c.c., hanno anche diritto al mantenimento "secondo la condizione patrimoniale della famiglia", a partecipare alle scelte concernenti l'impresa e sono, altresì, titolari del diritto di prelazione in caso di trasferimento dell'azienda o di divisione ereditaria¹².

Sudetta deminutio di tutela accordata ai conviventi, ex articolo 230-ter c.c., pur trovando fondamento nella qualificazione della convivenza come "situazione di fatto", come tale idonea a riservare ai partners la possibilità di un *commodus discessus*¹³, comportava, infatti, una disparità di trattamento tra quest'ultima e la famiglia fondata sul matrimonio e quella costituitasi a seguito di una unione civile¹⁴.

2. Tutela del convivente nell'impresa familiare. L'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale

Con la recente pronuncia n. 148 del 24 luglio 2024¹⁵, la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimi il terzo comma dell'articolo 230-bis e, in via derivata, l'articolo 230-ter del codice civile.

La Consulta, infatti, accogliendo la questione di legittimità sollevata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con l'ordinanza del 18 gennaio 2024¹⁶, ha ritenuto che, nono-

¹⁰ Diversa è, invece, la posizione dell'unito civilmente che presta la propria attività di lavoro nella famiglia o all'interno dell'impresa familiare. La parte di una unione civile è, infatti, per espressa previsione da parte del comma 20 dell'articolo 1 della legge del 2016, equiparata a quella del coniuge con conseguente applicazione alle unioni civili dell'intera disciplina di cui all'articolo 230 bis c.c.

¹¹ Più in particolare, tale limitazione di tutela per i conviventi sembra essere, altresì, giustificata dalla circostanza secondo la quale i conviventi non sono titolari dei diritti e dei doveri di cui agli articoli 143 e ss. del codice civile. Quest'ultimi, infatti, si riferiscono unicamente ai coniugi e alle parti di una unione civile. In tal senso, M. GIORDANO, *Sulla tutela del lavoro nella famiglia: spunti per una lettura unitaria dell'impresa familiare tra diritto sostanziale e processo*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 1.

¹² Il convivente che collabora all'interno dell'impresa del proprio *partner* non gode, infatti, del diritto al mantenimento quale diritto, invece, pienamente riconosciuto ai familiari dall'articolo 230 bis c.c. Al convivente, inoltre, vengono preclusi i c.d. "diritti corporativi", ossia quelli concernenti la partecipazione alle decisioni sull'impiego degli utili e degli incrementi e a quelle riguardanti la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi e la cessazione dell'impresa. Contrariamente poi da quanto previsto dall'articolo 230 bis c.c., non viene accordata al convivente la possibilità di liquidare in denaro la sua prestazione lavorativa in caso di cessazione o di alienazione dell'azienda. Per una approfondita disamina dell'articolo 230 ter c.c., cfr., F. ROMEO, *Impresa familiare e rapporti di convivenza: art. 230-bis c.c. versus art. 230-ter c.c.*, in *Studium iuris*, 2018, 289; G. QUADRI, *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2017, 590; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 937; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 346; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, I, 274.

¹³ F. RONCI, *Legge Cirinnà ed i diritti del convivente nell'impresa familiare*, in *Il Foro Malatestiano*, 1, 2017, 5.

¹⁴ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021, 932, secondo cui è la prestazione lavorativa che costituisce il titolo per l'applicazione della disciplina dell'impresa familiare.

¹⁵ Corte Costituzionale sentenza n. 148, 4-25 luglio 2024, in *GU 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale* n. 31 del 31 luglio 2024.

¹⁶ Ordinanza del 18 gennaio 2024 della Corte di Cassazione, in *GU 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale* n. 12 del 20 marzo 2024. Più in particolare, le Sezione Unite della Corte di Cassazione avevano sollevato questione

stante la Costituzione abbia scelto di attribuire rilevanza unicamente alla famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), ad oggi, appare indispensabile tenere conto dei mutamenti sociali che hanno interessato i rapporti familiari. Negli ultimi anni, la famiglia di fatto, infatti, ha assunto progressivamente la qualifica di relazione connotata dall'*affectio maritalis* e di formazione sociale meritevole di tutela¹⁷, ex articolo 2 della Costituzione, in grado di generare legami di matrice solidaristica, sia morali che materiali¹⁸.

A fronte di quanto osservato, e nel rispetto della discrezionalità del legislatore nazionale di prevedere discipline differenti per la famiglia c.d. “istituzionale” e per le convivenze *more uxorio*¹⁹, vi sono dei casi in cui risulta doverosa una univocità di trattamento, ove vengano in rilievo i diritti inviolabili dell'uomo²⁰.

L'articolo 230-bis c.c. tutela il lavoro come bene fondamentale²¹ che deve essere pie-

di legittimità costituzionale dell'articolo 230 *bis*, comma 3, c.c. e dell'articolo 230 *ter* c.c. in riferimento agli artt. 2,3,4, 35 e 36 della Costituzione (nonché dell'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione, in relazione agli artt. 8 e 12 della CEDU). Il caso da cui ha tratto origine la rimessione della questione al vaglio della Consulta riguardava la pretesa avanzata da parte della convivente di un imprenditore agricolo defunto, la quale si era rivolta al Giudice del lavoro al fine di richiedere l'accertamento del suo diritto ad una corretta liquidazione circa la quota spettante quale partecipante all'impresa familiare. In primo grado, il Tribunale aveva respinto la domanda della ricorrente sulla scorta del fatto che il convivente di fatto non poteva essere considerato “familiare” ai sensi dell'articolo 230 bis, terzo comma, del codice civile. Dello stesso avviso era stata, altresì, la Corte d'Appello, la quale aveva disposto il rigetto del gravame sulla base dell'identico presupposto rilevato dal primo estensore, escludendo, inoltre, l'applicabilità dell'articolo 230 *ter* c.c., essendo il rapporto di convivenza cessato prima dell'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà) che, con l'aggiunta della disposizione in questione, aveva in parte esteso ai conviventi *more uxorio* la disciplina dell'impresa familiare. La deducente, però, decideva di sottoporre il caso al vaglio della Suprema Corte, lamentando, in particolare, l'ammissione della deroga al principio di irretroattività, non presidiato da alcuna norma costituzionale, soprattutto nelle ipotesi in cui ciò sia rispondente al criterio di ragionevolezza. La Corte di Cassazione, sezione lavoro, pertanto, con ordinanza interlocutoria, aveva richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, al fine di chiarire se l'articolo 230 *bis*, comma terzo, c.c. poteva essere interpretato in chiave evolutiva e in linea con quanto statuito dagli artt. 2,3,4 e 35 della Costituzione, nonché dell'articolo 8 della Cedu, nel senso di prevedere l'applicabilità della disciplina in questione anche al convivente. A loro volta, le Sezioni Unite della Cassazione avevano rimesso la questione al vaglio della Corte Costituzionale precisando come la decisione in esame trovasse il suo fondamento nell'inapplicabilità *ratione temporis* dell'articolo 230 *ter* c.c. e nella impossibilità di applicare estensivamente l'articolo 230 *bis* c.c.

¹⁷ F. SEVERA, *Nota a Commento di Corte Costituzionale, sentenza n. 148 del 2024*, in *Rivista del Notariato*, 6, 2024, 1246.

¹⁸ N. DI NAPOLI, *Convivenze di fatto, tutela dei legittimari e principio solidaristico: spunti di riflessione e proposte interpretative*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2024, 1182, secondo il quale, a seguito dell'entrata in vigore della Legge Cirinnà, si sono delineati due diversi modelli di convivenza: quello disciplinato dalla medesima legge, quale formazione sociale meritevole di tutela ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione; e quello privo di una comunanza di vita, di affetti seri e stabili, e di reciproca assistenza materiale e morali che, allo stato attuale, non merita rilievo all'interno dell'ordinamento giuridico.

¹⁹ Pur dall'appurato riconoscimento dell'esistenza di un nucleo essenziale di tutela cui l'ordinamento è tenuto nei confronti delle convivenze *more uxorio*, nascente dalla lettura sistematica delle norme costituzionali (artt.2,3,4, 35 e 36) europee (art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e convenzionali (art. 8 Cedu), il legislatore nazionale rimane, generalmente, libero, nei limiti della ragionevolezza e dell'effettività, nella scelta della misura dell'intervento.

²⁰ La Consulta, pur mantenendo ferma la tradizionale distinzione tra matrimonio e convivenze di fatto, opera una equiparazione tra di loro in punto di disciplina normativa specifica facendo leva sui diritti fondamentali. In questi termini, N. Di Napoli, *Brevi riflessioni a margine di Corte cost. 25 luglio 2024, n. 148*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4, 2024, 1373.

²¹ Già con la sentenza n. 476 del 1987, in *G.U. 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale*, n. 47 del 23 novembre 1988, la Corte Costituzionale aveva ritenuto che l'istituto dell'impresa familiare era stato introdotto in vista della

namente riconosciuto e garantito anche quando è connotato da uno spirito solidaristico come quello che anima un contesto familiare. In questi termini, dunque, secondo la Consulta, non si ravvisa il motivo per il quale il diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.) e il correlato diritto ad una giusta retribuzione (art. 36, comma 1, Cost.) debbano mutare la propria ontologia a seconda che venga esercitato da un “familiare” o da un convivente more uxorio.

Sulla base di tale ragionamento, pertanto, è stato dichiarato illegittimo il terzo comma dell'articolo 230-bis c.c. nella parte in cui non include tra i “familiari” il convivente di fatto e, conseguentemente, anche l'articolo 230-ter c.c. Più in particolare, in virtù della nuova concezione di famiglia, tale ultima disposizione non avrebbe più il significato di apprestare tutela al convivente, bensì quello di restringerla ingiustificatamente (e in modo discriminatorio) ponendosi in contrasto con il principio di ragionevolezza (ex articolo 3 della Costituzione)²².

A seguito della sentenza della Consulta, le Sezioni Unite civili, con ordinanza del 4 maggio 2025 n. 11661, adottando un modello di “nomofilachia costituzionalmente orientata”²³, hanno cristallizzato l'ingresso del convivente di fatto nella disciplina dell'impresa familiare.

Più dettagliatamente, sulla base della finalità di protezione propria dell'istituto dell'impresa familiare, all'apporto collaborativo prestato dal convivente more uxorio viene accordata adeguata tutela, previo accertamento della sua continuità ed effettività e della stabilità del rapporto di convivenza.

3. Segue. Tutele previdenziali e fiscali del convivente di fatto

La dichiarazione di illegittimità costituzionale che ha colpito il terzo comma dell'articolo 230-bis e l'articolo 230-ter del codice civile ha non poche ripercussioni sul piano previdenziale.

Mediante la Circolare n. 66 del 31 marzo 2017²⁴, la Direzione Centrale Entrate e Recupero Crediti dell'INPS ha fornito chiarimenti sugli obblighi previdenziali, posti a carico degli esercenti l'attività d'impresa, nelle ipotesi di collaborazione previste dagli articoli 230-bis e 230-ter c.c.

Se, infatti, con riguardo alla posizione dell'unito civilmente, la predetta Circolare, richiamando il disposto dell'articolo 1, comma 20, della L. n. 76/2016, estende, anche a quest'ultimo, le tutele previdenziali e fiscali previste per i coniugi, la stessa cosa non può dirsi con riguardo al convivente di fatto che svolge la propria attività lavorativa all'interno

meritoria finalità di dare tutela al lavoro comunque prestato negli aggregati familiari.

²² La Costituzione non disciplina, espressamente, il principio di ragionevolezza. Per tale motivo, dagli anni 70 in poi, la Corte Costituzionale ha agganciato la ragionevolezza all'articolo 3 della Costituzione, quale sinonimo di uguaglianza sostanziale, come limite alle scelte arbitrarie del legislatore nella sua funzione di produzione normativa. Più in particolare, secondo i giudici di legittimità, la discrezionalità legislativa è libera e insindacabile, purché sia ragionevole, ovvero, che la scelta legislativa sia basata su un accurato bilanciamento di interessi in astratto, tale da non comportare discriminazioni intollerabili tra situazioni similari. Tra le pronunce della Corte Costituzionale che riconducono il principio di ragionevolezza all'articolo 3 della Costituzione, cfr., Corte Costituzionale 20 giugno 2025, n. 83, in *G.U. 1° Serie Speciale- Corte Costituzionale n. 26 del 25-6-2025*.

²³ L. CASTELLI-L. ACCOLLA-C. ARZINI, *Impresa familiare e convivenza di fatto: la svolta delle Sezioni Unite*, in *Dir. & Gius.*, fasc. 84, 2025, 1.

²⁴ [Lavorosi.it/fileadmin/user-upload/inps-circ-n-66-del-31-03-2017-unioni-civili-artigiani-commercianti](http://www.avorosoi.it/fileadmin/user-upload/inps-circ-n-66-del-31-03-2017-unioni-civili-artigiani-commercianti).

dell'impresa familiare²⁵. Più in particolare, sulla base di quanto statuito dall'articolo 230-ter c.c.²⁶, la Circolare stabilisce che l'eventuale attribuzione di utili al convivente more uxorio, da parte del titolare dell'impresa, non comporti, per quest'ultimo, l'insorgere di alcun obbligo contributivo alle gestioni autonome, non sussistendo i requisiti soggettivi costituiti dal legame di parentela o affinità con l'imprenditore.

Particolare rilievo assume, inoltre, la Risoluzione n. 134/E del 26 ottobre 2017²⁷, attraverso la quale la Direzione Centrale Normativa dell'Agenzia delle Entrate ha espresso la propria posizione in ordine alla possibilità di imputazione di una quota di utili al convivente che collabora nell'impresa familiare. L'Agenzia delle Entrate, dopo aver chiarito che la tutela prevista dall' articolo 230-ter c.c. è limitata solo al diritto di partecipazione agli utili, ai beni acquistati con essi e agli incrementi dell'azienda, richiama l'articolo 5, comma 4, del TUIR (Testo Unico delle Imposte sui Redditi)²⁸ relativo al regime tributario dell'impresa familiare. Tale disposizione prevede, infatti, che i redditi dell'impresa siano imputati, limitatamente al 49% dell'ammontare risultante dalla dichiarazione dei redditi dell'imprenditore, a ciascun familiare che abbia prestato, in modo continuativo e prevalente, la sua attività di lavoro proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili²⁹.

Nonostante il comma 5 dell'articolo 5 del TUIR faccia riferimento ad una nozione "ristretta" di "familiare", comprensiva soltanto del coniuge, dei partenti entro il terzo grado e degli affini entro il secondo, l'Agenzia delle Entrate, operando un'interpretazione estensiva dell'articolo 230-ter c.c. e, in particolare, dell'inciso "partecipazione agli utili dell'impresa familiare", ha ritenuto applicabile, anche al convivente di fatto, quanto statuito dall'articolo 5, comma 4.

Una tale rilettura, da parte dell'Agenzia delle Entrate, conformemente a quanto già previsto nella pronuncia n. 148 del luglio 2024 della Corte Costituzionale, si fonda sulla circostanza che le convivenze more uxorio sono aggregati familiari meritevoli di una tutela analoga a quella accordata ai rapporti matrimoniali e alle unioni civili³⁰.

²⁵ Per un approfondimento sulla differenziazione di regime tra convivenze *more uxorio* e unioni civili, nella L. n. 76 del 20 maggio 2016, cfr., G. BUFFONE-M. GATTUSO-M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 36 ss.; M. TOLA, *Famiglia, famiglie e discriminazioni nell'impresa familiare*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 892; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili*, 2016, 169; E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia*, Napoli, 2016, 2016, 54 ss.; G. FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in *juscivile.it*, 2016, 222.

²⁶ Analizzano, in modo esaustivo, la disciplina di cui all'articolo 230 ter c.c., F. ROMEO, *Impresa familiare e rapporti di convivenza: art. 230 bis c.c. versus art. 230 ter c.c.*, cit., 289; F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 8; M. GORGONI, *Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, 230.

²⁷ Risoluzione n. 134/E, Roma, 16/10/2017.

²⁸ Testo Unico delle imposte sui redditi, in G.U. n. 302 del 31 dicembre 1986- *Suppl. Ordinario n. 126*.

²⁹ Più in particolare, l'articolo 5, comma 4, del TUIR, statuisce che "*I redditi delle imprese familiari di cui all'articolo 230 bis del codice civile, limitatamente al 49 per cento dell'ammontare risultante dalla dichiarazione dei redditi dell'imprenditore, sono imputati a ciascun familiare, che abbia prestato in modo continuativo e prevalente la sua attività di lavoro nell'impresa proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili. La presente disposizione si applica a condizione: a) che i familiari partecipanti all'impresa risultino nominativamente, con l'indicazione del rapporto di parentela o di affinità con l'imprenditore, da atto pubblico o da scrittura privata autenticata anteriore all'inizio del periodo di imposta, recante la sottoscrizione dell'imprenditore e dei familiari partecipanti; b) che la dichiarazione dei redditi dell'imprenditore rechi l'indicazione delle quote di partecipazione agli utili spettanti ai familiari e l'attestazione che le quote stesse sono proporzionate alla qualità e quantità del lavoro prestato nell'impresa, in modo continuativo e prevalente, nel periodo di imposta; c) che ciascun familiare attestì, nella propria dichiarazione dei redditi, di aver prestato la sua attività di lavoro nell'impresa in modo continuativo e prevalente*".

³⁰ Analogamente risulta essere illegittima la Circolare del 13 ottobre n. 45 del 2017 emanata dall'Istituto Na-

Quanto rilevato fa emergere, dunque, la necessità di estendere la nozione di “familiare”, di cui al comma 5 dell’articolo 5 del TUIR, anche ai partners che potranno, perciò, godere dei benefici di natura fiscale al pari di quanto avviene in caso di coniugio o di unioni civili.

4. Impresa familiare e patto di famiglia

Le considerazioni poste con riferimento all’impresa familiare impongono di verificare se anche l’istituto del patto di famiglia, disciplinato dall’articolo 768-bis del codice civile, risulti applicabile (estensivamente) anche ai conviventi di fatto³¹. Secondo quanto statuito da tale disposizione, per patto di famiglia s’intende quel contratto attraverso il quale, “compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l’imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, la propria azienda e il titolare di partecipazioni societarie aliena, in tutto o in parte, le proprie quote ad uno o più discendenti”³².

zionale per l’Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro. Quest’ultima, infatti, ha precisato che le prestazioni erogate hanno come beneficiari esclusivamente le parti dell’unione civile ma non anche i conviventi *more uxorio*, in virtù di quanto stabilito dalla legge n. 76 del 20 maggio 2016.

³¹ Con legge 14 febbraio 2006, n. 55, in *G.U. Serie Generale*, n. 50 dell’1 marzo 2006, il legislatore, novellando l’articolo 458 c.c. e introducendo al libro II, titolo IV del Codice civile, il capo V-bis, ha previsto una deroga al generale divieto dei patti successori mediante l’introduzione nell’ordinamento di un nuovo contratto rubricato all’articolo 768- bis come “patto di famiglia”.

³² Particolarmente dibattuta è la natura giuridica del patto di famiglia. Secondo un orientamento dottrinale, il patto di famiglia costituisce una nuova fatispecie contrattuale *inter vivos* a titolo gratuito. In questi termini, *ex multis.*, C. BAUCO-V. CAPOZZI, *Il patto di famiglia: profili civilistici e fiscali*, Milano, 2007, 27 ss.; G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. del Notariato*, 2006, 867; L. BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1209. Altra dottrina, inquadra la fatispecie del patto di famiglia nella categoria del contratto a favore di terzo e ciò sulla base della circostanza che la disciplina di cui all’articolo 768-bis c.c. prevede, quale effetto principale, un trasferimento avente ad oggetto un’azienda o quote societarie in favore di uno o più discendenti e, dall’altro lato, l’obbligo dei beneficiari in questione di effettuare il pagamento di una somma di denaro agli altri beneficiari. Tra questi, in particolare, cfr., M.C. ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita Notarile*, 2006, 39. Un ulteriore orientamento ritiene che il patto di famiglia abbia natura giuridica di contratto divisorio. Più in particolare, attraverso il patto di famiglia si realizzerebbe una sorta di “successione anticipata”, limitatamente al bene trasferito, nell’ambito della quale le ragioni dei legittimari (normalmente tutelate *post mortem* attraverso gli istituti della riduzione e della collazione) avrebbero una tutela anticipata che si realizzerebbe mediante l’attribuzione ai c.d. “legittimari non assegnatari” di una somma pari al valore della quota prevista dalla legge calcolata sulla base del bene trasferito. Sostengono la natura divisionale del patto di famiglia, L. ALBERTINI, *Conclusione e formazione progressiva del patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2007, 311 e ss.; G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 356; B. INZITARI, *Il patto di famiglia. Negozialità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2007, n. 55*, Torino, 2007, 71 ss.; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d’impresa. Profili generali e revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. del Notariato*, 1997, 1375. Altri ancora riconducono il patto di famiglia nello schema della donazione e ciò facendo leva sul dato letterale dell’articolo 768- sexies c.c. che utilizza il termine “beneficiari” al fine di indicare gli assegnatari dell’azienda e delle partecipazioni societarie. In questi termini, in particolare, C. CACCAVALE, *Le categorie dell’onerosità e della gratuità nei trasferimenti attuati nell’ambito del patto di famiglia: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, 743 ss.; L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, 373 e ss. Un’altra tesi, invece, assimila il patto di famiglia al negozio *mixtum cum donatione*. Più nel dettaglio, viene in rilievo una causa “mista” (o “complessa”) poiché accanto alla causa di liberalità, che è alla base del trasferimento dell’azienda o delle partecipazioni societarie, è presente una causa solutoria che concerne la liquidazione dei diritti di legittima spettante ai legittimari “non assegnatari”. In tal senso, tra i tanti, E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. del No-*

La finalità del patto in questione risulta essere, pertanto, quella di far sì che il titolare di una attività economica abbia la possibilità di preservare l'integrità e la continuità dell'impresa nei passaggi generazionali, rispettando, al contempo, quanto stabilito dalla disciplina a tutela dei legittimari³³.

Particolarmente dibattuta risulta essere la natura dei rapporti intercorrenti tra il patto di famiglia e l'impresa familiare. Secondo quanto sancito dal primo comma dell'articolo 768 bis c.c., la stipula del patto di famiglia, infatti, è consentita solo “compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare”.

A parere di alcuni³⁴, tale inciso avrebbe lo scopo di conciliare la disciplina del patto di famiglia con la previsione di cui al comma 5 dell'articolo 230-bis c.c. che attribuisce ai partecipanti dell'impresa familiare il diritto di prelazione in caso di trasferimento della medesima. Aderendo a siffatta interpretazione, dunque, non sarebbe ammissibile un patto di famiglia elusivo del diritto di prelazione spettante ai compartecipanti all'impresa familiare. Tale ricostruzione appare, invero, non condivisibile, in virtù della circostanza che il diritto di prelazione a cui fa riferimento l'articolo 230-bis c.c., deve intendersi in senso tecnico, ossia come diritto di un soggetto di essere preferito ad altri, a parità di condizioni, nell'acquisto di un bene. Se, dunque, come si ritiene, il trasferimento a cui fa riferimento il comma 5 dell'articolo 230-bis c.c. concerne unicamente gli atti inter vivos a titolo oneroso, il requisito della “parità di condizioni” non può operare in presenza del patto di famiglia, quale atto negoziale inter vivos a titolo gratuito³⁵.

In virtù di quanto rilevato emerge, pertanto, che il coordinamento tra il patto di famiglia e l'impresa familiare non può che essere riferito al diritto dei compartecipanti, ex articolo 230-bis c.c., di vedere fatti salvi i diritti agli utili o agli incrementi³⁶.

Più in particolare, i partecipanti all'impresa familiare che risultino essere (anche) legit-

tariato, 2001, 3, 635 e ss.

³³ Mentre, infatti, per l'impresa agricola il rischio maggiore è quello della “frammentazione fisica”, e quindi della perdita delle dimensioni unitarie economicamente valide, per quanto riguarda l'impresa commerciale il rischio maggiore consiste nello smarrimento della c.d. “unità di comando”. In un contesto socio economico come quello nazionale, in cui vi è una proliferazione di piccole e medie imprese a carattere individuale, la successione nei beni produttivi evoca immediatamente l'idea del passaggio generazionale all'interno del nucleo familiare con la conseguente necessità che la divisione ereditaria di quei medesimi beni non costituisca impaccio ad una proficua continuazione dell'impresa da parte degli eredi provocando la disgregazione dell'azienda. Di conseguenza, il patto di famiglia si pone lo scopo di prevenire lo smembramento del complesso produttivo coinvolgendo, nell'operazione distributiva, i discendenti legittimari dell'imprenditore al fine di evitare eventuali conflitti tra i medesimi tali da compromettere l'assetto di interessi predisposto durante la propria vita dal disponente attraverso un meccanismo negoziale definito come “riallocazione consensuale del controllo sui beni d'impresa”. In questi termini, A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlangeri, Napoli, 2003, 207-208.

³⁴ Aderiscono a tale ricostruzione, G. PISCOTTA, *Politica europea per le piccole e medie imprese: un'occasione mancata per l'ammmodernamento del diritto successorio interno*, in *Eur. e dir. priv.*, 3, 2007, 734 e ss.; L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, cit., 378.

³⁵ In tal senso, cfr., G. COLLURA, *Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare*, in *Giur. civ. comm.*, 2009, 2, 104 e ss.; A. DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare*, Padova, 1991, 382 e ss.

³⁶ Ulteriore elemento idoneo ad avallare una simile interpretazione è quello secondo cui la *ratio* sottesa all'attribuzione del diritto di prelazione di cui all'articolo 230-bis c.c. va ravvisata nella volontà di mantenere l'azienda all'interno della compagine familiare. Analogamente, la disciplina del patto di famiglia persegue lo scopo di garantire la continuità dell'attività imprenditoriale all'interno della famiglia evitandone la disgregazione. Compiono un'ampia disamina del diritto di prelazione all'interno dell'istituto dell'impresa familiare, T. FEBBRAJO, *Il diritto di prelazione di cui all'art. 230-bis, 5º comma, c.c. e i trasferimenti mortis causa*, in *Giur. it.*, 2002, I, 94; F.D. BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.*, 1980, 810.

timari, nel caso in cui venga stipulato un patto di famiglia, possono godere dei diritti agli utili e agli incrementi e hanno, altresì, il diritto al riconoscimento di una somma di denaro pari al valore delle quote previste dagli articoli 536 e ss. del codice civile.

Secondo quanto stabilito dall'articolo 768-quater, 1 comma, c.c., al patto di famiglia devono necessariamente partecipare il coniuge (o l'unito civilmente) e tutti coloro che sarebbero legittimari, ove in quel momento si aprisse la successione.

Tale disposizione, che ha lo scopo di attribuire stabilità all'atto di trasferimento attraverso la neutralizzazione delle pretese degli altri legittimari³⁷, pone la questione relativa all'inclusione o meno dei conviventi more uxorio tra i "partecipanti".

Diversamente da quanto riscontrato con riguardo all'impresa familiare, una interpretazione estensiva della nozione di "partecipante" non risulta possibile rappresentando, il patto di famiglia", una sorta di "successione anticipata" in favore di coloro che rientrano tra i "legittimari"³⁸.

5. Rilievi conclusivi

Sulla base di quanto detto, l'impresa familiare, così come disciplinata dalla riforma del 1975, non rispecchia il concetto di "famiglia" delineatosi negli ultimi anni.

Il requisito della "non precarietà", che da sempre ha contraddistinto la famiglia fondata sul matrimonio (e, dal 2016, anche le unioni civili), ad oggi, si qualifica come elemento tipico anche dei rapporti di convivenza³⁹ e come tale idoneo a far sì che per essi venga prevista una tutela effettiva (anche) all'interno della disciplina dell'impresa familiare⁴⁰.

In questi termini, dunque, la pronuncia della Corte Costituzionale del luglio 2024 nel rilevare la c.d. "contraddirietà logica", in relazione all'articolo 3 della Costituzione, dell'esclusione del convivente dalla disciplina dell'impresa familiare⁴¹, quale regolamenta-

³⁷ L'accordo perfezionato senza la partecipazione dei soggetti indicati è stato ritenuto, dall'interpretazione prevalente, nullo. In tal senso, S.P. CERRI, *Il sistema rimediale nel patto di famiglia*, in *Vita notar.*, 2014, 1019; U. LA PORTA, *Il patto di famiglia*, Torino, 2007, 34 ss. Non manca chi ritiene che il patto di famiglia, stipulato senza tutti i soggetti indicati dall'articolo 768-quater c.c., sia comunque valido essendo possibili adesioni successive da parte dei legittimari pretermessi. In questi termini, S. DELLE MONACHE, *Divisione e patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 767; L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, 67 ss.

³⁸ A. ARCIERI, *I diritti dei legittimari alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2014, 22 ss.; E. AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1945; G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1942.

³⁹ L'affermazione secondo la quale nei rapporti di convivenza mancherebbe la corrispettività e la reciprocità dei diritti e doveri tipici del matrimonio viene smentita dal dato normativo di cui all'articolo 1, comma 36, della legge del 2016 che indica la sussistenza della "reciproca assistenza morale e materiale" al pari di quanto stabilito per i coniugi dall'articolo 143 c.c. In secondo luogo, viene rilevato che dalla convivenza derivano, inoltre, doveri di solidarietà reciproci, quali, tra tutti, l'obbligo di corrispondere gli alimenti nel caso in cui l'ex convivente versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, secondo quanto stabilito dal comma 65 dell'articolo 1 della legge n. 76 del 2016. In questi termini, N. DI NAPOLI, *Convivenze di fatto, tutela dei legittimari e principio solidaristico: spunti di riflessione e proposte interpretative*, cit., 1182.

⁴⁰ Criticamente si osserva che il matrimonio, invece, non avrebbe più quella "stabilità" che lo qualificava come vincolo indissolubile ed eterno. Il legislatore, infatti, oltre ad aver introdotto, nel 1970, la legge sul divorzio, ha di recente disciplinato forme di scioglimento del matrimonio c.d. "brevi". Sottolinea tale aspetto, N. DI NAPOLI, *Convivenze di fatto, tutela dei legittimari e principio solidaristico: spunti di riflessione e proposte interpretative*, in *Dir. Fam. e delle Pers.*, 3, 2024, 1182.

⁴¹ Oltre alla recente pronuncia d'incostituzionalità che ha colpito parte dell'articolo 230-bis c.c. e, "a cascata",

zione posta a tutela del diritto al lavoro, induce a riflettere sulla necessità di una revisione dell'intero sistema.

Il diritto di famiglia, così come riformato dalla legge n. 151 del 1975, si compone, infatti, di regole imposte dal legislatore che, nella maggior parte dei casi, non rispecchiano più le realtà familiari⁴². La famiglia di oggi non è più solo l'istituzione, fondata sul matrimonio,

l'articolo 230-ter c.c., anche in passato vi sono state sentenze della Corte Costituzionale che hanno risposto alla medesima esigenza di tutelare, in modo uniforme, i diritti fondamentali dei componenti delle formazioni familiari. Più in particolare, con la sentenza del 24 marzo del 1988, n. 404, in *G.U. 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale*, n. 15 del 13 aprile 1988, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 6, primo comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392, in *G.U. Serie Generale*, n. 211 del 29 luglio 1978, per violazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevedeva il convivente *more uxorio* tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore. Tale disposizione nello statuire che, nell'ipotesi in cui il conduttore fosse morto, al relativo contratto di locazione, potevano succedergli il coniuge, gli eredi, i parenti e gli affini “con lui abitualmente conviventi”, si prefiggeva lo scopo di impedire, adempiendo ad un dovere di solidarietà sociale, che coloro che convivevano con il conduttore potessero rimanere privi di abitazione, al momento della morte di quest'ultimo. L'inclusione tra i c.d. “successibili” di coloro che si ponevano al di fuori della cerchia familiare “legittima”, in quanto abitualmente conviventi con il conduttore, e, di contro, l'esclusione di coloro che erano legati da un rapporto di convivenza *more uxorio* con quest'ultimo, aveva dato luogo, dunque, alla pronuncia d'incostituzionalità dell'articolo 6, primo comma, della legge del 1978, per violazione dell'articolo 3 della Costituzione. Tale ultima disposizione, infatti, era stata invocata (al pari di quanto avvenuto, recentemente, con riguardo all'impresa familiare), non per la sua portata egualitaria (restando, di per sé, diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente *more uxorio*), ma in virtù della contraddittorietà logica dovuta all'esclusione del convivente, da parte del primo comma dell'articolo 6, tra coloro ai quali si intendeva garantire il diritto all'abitazione. L'esigenza di parificare la famiglia di fatto a quella fondata sul matrimonio, è venuta in rilievo anche con riguardo alla tematica concernente l'assistenza nei confronti di persone con disabilità. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 213 del 5 luglio 2016, in *G.U.*, del 18 settembre 2016, ha, infatti, dichiarato illegittimo, per violazione degli articoli 2,3, 32 della Costituzione, l'articolo 33, comma 3, della legge del 5 febbraio 1992, n. 104, in *G.U. Serie Generale*, n. 39 del 17 febbraio 1992- Suppl. Ordinario n. 30, nella parte in cui non includeva il convivente tra i soggetti legittimati, in alternativa al coniuge, al parente o all'affine entro il secondo grado, a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza a persona affetta da *handicap*. Se, dunque, la ragione sottesa all'istituto di cui alla legge n. 104 consiste nell'incentivare l'assistenza, in ambito familiare, di persone affette da gravi disabilità che richiedono un sostegno permanente e continuativo, l'articolo 33, comma 3, risultava porsi in contrasto con gli articoli 2,3 e 32 della Costituzione. L'articolo 33, comma 3, pertanto, nell'escludere dal novero dei possibili beneficiari dei permessi retribuiti il convivente *more uxorio*, violava l'articolo 2 della Costituzione poiché non consentiva, alla persona affetta da *handicap* grave, di beneficiare di una piena ed effettiva assistenza nell'ambito della formazione sociale che essa stessa aveva contribuito a creare e che risultava essere sede di svolgimento della propria personalità. La norma in questione, inoltre, si poneva in contrasto anche con gli articoli 3 e 32 della Costituzione dando luogo ad una irragionevole disparità di trattamento tra il soggetto portatore di *handicap* inserito in una famiglia di fatto caratterizzata dai requisiti di continuità e stabilità e colui che viveva all'interno di una famiglia fondata sul matrimonio.

⁴² Un terreno in cui si è assistito ad una equiparazione, a livello normativo, tra la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio è quello riguardante la responsabilità aquiliana. Il comma 49 dell'articolo 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76 statuisce, infatti, che “*in caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite*”. Tale disposizione si caratterizza, dunque, per aver positivizzato la legittimazione del convivente superstite ad ottenere sia il risarcimento del danno patrimoniale, che di quello non patrimoniale, in conseguenza della morte del proprio *partner* per fatto illecito del terzo. Circa i criteri individuati al fine di quantificare il danno patrimoniale subito dal coniuge superstite, è opinione comune quella che esclude sia la parte del reddito che, pur se conferita alla gestione familiare, veniva di fatto utilizzata per far fronte ai consumi nell'ambito della comunione da parte della stessa vittima, sia la c.d. *quota sibi*, ossia quella parte di reddito che il defunto avrebbe speso per soddisfare le proprie esigenze personali. Per quanto riguarda, invece, il diritto del coniuge al risarcimento dei danni non patrimoniali, occorre rilevare che, in caso di decesso del coniunto (o del convivente) per fatto illecito del terzo, uno de pregiudizi maggiormente avvertiti dai superstiti è quel-

a cui i Padri Costituenti avevano riservato protezione ai sensi degli articoli 29, 30 e 31⁴³, né il modello di unione previsto dalla legge del 2016⁴⁴. Attualmente, infatti, vi sono famiglie monoparentali, famiglia adottive, famiglie con prole o senza prole o con prole derivante da procreazione assistita. Rinunciando, pertanto, ad una definizione normativa di “famiglia”, l’auspicio è quello di una riforma organica della materia che recepisca le istanze provenienti dalla nuova realtà sociale, promuovendo la persona e i suoi diritti fondamentali all’interno di qualsiasi tipologia di comunità familiare.

lo c.d. “dinamico-relazionale”. Sul *partner* superstite, infatti, grava l’onere di dimostrare che la condotta illecita del terzo abbia fatto venir meno la stabilità del legame affettivo di coppia e la reciproca assistenza morale e materiale determinando, presuntivamente, la sussistenza del pregiudizio “dinamico-relazionale”. In riferimento al *quantum* risarcitorio di tale ultima tipologia di danno, la valutazione equitativa da parte del giudice deve essere supportata da tutta una serie di elementi, quali, in particolare, la durata del rapporto di convivenza e l’alterazione di specifiche abitudini di vita. Per una disamina sulla tematica dell’illecito aquiliano in ambito familiare, cfr., S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile: quarant’anni dopo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 405; D. BARBIERATO, *Osservazioni su risarcimento del danno e illeciti endofamiliari*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 2080; G. IORIO, *Il danno risarcibile derivante dal decesso del convivente di fatto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1092; V. CIANCIOLI, *Il danno da lesione del rapporto parentale nella convivenza more uxorio*, in *Questioni dir. famiglia*, 2016, 5, 131; A. IULIANI, *La fisionomia del danno e l’ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 137; T. PELLEGRINI, *Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 455; T. ARRIGO, *Il risarcimento del danno da uccisione e da lesioni personali. Formule interpretative e tecniche di tutela dei congiunti*, Padova, 2012, 45 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14 ss.

⁴³ G. ALPA, *La famiglia nell’età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2023, 363.

⁴⁴ V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7, sottolinea come la famiglia sia fondamentalmente un rapporto di necessaria “alterità” e intrinseca “razionalità”, prescindente, in quanto tale, da ogni legame biologico. Più in particolare, la famiglia esprime una condizione affettiva e solidaristica dei membri che ne fanno parte nella quale non trovano spazio gli interessi individuali ed egoistici.

Le prospettive (I)

INTRODUZIONE

LINA PANELLA*

Ringrazio il Prof. Amagiani ed i colleghi di diritto privato per avermi coinvolto in questa iniziativa che, prendendo spunto dal “compleanno” importante della Riforma di diritto di famiglia, continua una tradizione del dipartimento di Scienze politiche e giuridiche, cioè quella di studiare, esaminare un determinato argomento, dal punto di vista di tutti i saperi presenti nel dipartimento stesso, con un approccio interdisciplinare, che a mio parere, rappresenta la cifra distintiva e nello stesso tempo la attualità che oggi si richiede. Oggi parliamo quindi di “famiglia” o meglio di diritto di famiglia, e dopo aver esaminato la storia, lo stato dell’arte ora bisogna cercare di individuare quali possono essere le prospettive di evoluzione, i necessari cambiamenti che si impongono, soprattutto per la sempre più incisiva influenza delle norme sovranazionali. Come abbiamo visto nelle sessioni precedenti, la Riforma del diritto di famiglia, nel dare attuazione ai principi costituzionali, aveva mantenuto fermo il presupposto enunciato dall’art. 29 Cost. secondo cui la famiglia è fondata sul matrimonio, una molteplicità di leggi anche antecedenti alla Riforma, – pensiamo alla legge 1 gennaio 1970 n. 898 (c.d. legge Fortuna-Baslini) che ha introdotto in Italia l’istituto del divorzio – su vari aspetti ne hanno mutato quello che potrebbe essere l’originario presupposto, per rispondere ai cambiamenti “culturali” che la realtà sociale richiedeva¹. Oggi in questa sessione del convegno bisogna guardare al futuro e, in particolare alle nuove fattispecie che si presentano ogni giorno e che richiedono una regolamentazione giuridica.

Gli ingenti flussi migratori che ormai investono l’Europa da alcuni decenni, infatti, hanno determinato importanti modifiche nel tessuto socioculturale dei Paesi di arrivo, che si manifestano nella coesistenza di elementi di diversità culturale, di tradizioni, difficilmente comparabili con quelli presenti in occidente. Questa diversità di tradizioni, di usi, acquista un rilievo fondamentale nell’ambito della famiglia, o meglio del diritto di famiglia, tanto che si parla sempre più di «babele»² o di «famiglia in frantumi»³ determinando, sul piano giuridico, la rilevanza di alcuni istituti, come afferma Vitta, «sconosciuti nel senso di privi di un corrispettivo nel nostro ordinamento»⁴. In effetti a seguito dell’importante fenomeno migratorio che ha visto l’Italia rapidamente trasformarsi da un Paese di emigrazione ad un Paese di immigrazione, come è stato affermato «lo Stato contemporaneo è sempre più multiculturale e multireligioso ed è alla ricerca di un diritto flessibile che realisticamente

* Professore ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

¹ Per un puntuale esame degli sviluppi e delle leggi che sono intervenute nel tempo nel diritto di famiglia v. M. SESTA, *Nuove famiglie e matrimonio*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2025, p. 593 ss.

² L’espressione è di V. SCALISI, «Famiglia» e «Famiglie» in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 7 ss.

³ Così F.D. BUSNELLI, *Prefazione*, in AMRAM, D’ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, Padova, 2011, p. IX.

⁴ E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, 1975, vol. I, p. 127.

prenda atto che le decisioni in materia di diritto di famiglia non possono che ispirarsi al rispetto delle libertà riconosciute ed al conseguente principio di differenziazione»⁵.

Tra gli istituti di diritto straniero di cui sempre più spesso i nostri organi giurisdizionali si devono occupare come conseguenza di una immigrazione crescente, certamente quelli riguardanti la famiglia presentano una rilevanza maggiore in quanto, in tale ambito, si incontrano ulteriori difficoltà ad instaurare un dialogo equilibrato tra culture diverse. Di fronte alla richiesta di affermazione di nuovi modelli e di dare efficacia ad istituti estranei agli ordinamenti occidentali, si pone l'esigenza di un bilanciamento tra la necessità di rispettare i principi fondamentali dell'ordine pubblico, sia interno che internazionale, e l'esigenza di garantire determinati interessi quali il rispetto della vita familiare o i diritti di categorie c.d. vulnerabili, come donne e bambini⁶.

I possibili sviluppi che il diritto di famiglia deve avere e che già in parte si sono verificati attraverso la giurisprudenza dei tribunali di merito e delle Corte superiori, dovrà tenere conto della rilevanza che nel nostro ordinamento hanno assunto istituti, già previsti da norme convenzionali internazionali, ma sconosciuti nel nostro, come ad esempio la *kafalah* o addirittura vietati come il matrimonio poligamico, ma che ora rientrano nel nostro ordinamento attraverso l'adattamento al diritto europeo ed internazionale. Di alcuni di questi aspetti si occupano gli scritti delle pagine seguenti.

Innanzitutto il lavoro del Prof. La Rosa, mette in evidenza come il diritto penale, considerato il nocciolo duro della *domestic jurisdiction* dello Stato, si adatti con difficoltà ai cambiamenti che la società richiede nell'ambito dei rapporti familiari. È sufficiente ricordare che solo con la legge n. 443 del 5 agosto 1981 è stato cancellato quanto previsto nel 1930 dal Codice Rocco sul matrimonio riparatore e sul delitto d'onore, cioè sull'estinzione della pena per violenza sessuale seguita da nozze o la pena ridotta per colui il quale "in stato d'ira" uccideva moglie o figlia o sorella per "illegittima relazione carnale". Ovviamente anche nell'ambito del diritto penale molti progressi sono stati fatti ma, come sostiene La Rosa, il diritto penale della famiglia, si caratterizza per una "lenta" evoluzione.

Il lavoro della Prof.ssa Perrini si occupa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di procreazione assistita, che è intervenuta più volte in relazione alla legge 40 del 19 febbraio 2004. Fin dalla sua giurisprudenza più risalente, la Corte ha riconosciuto il diritto di una coppia a concepire ricorrendo alla PMA, come manifestazione della sua vita privata e familiare, garantita dall'art.8 della Convenzione europea sui diritti sui diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1950. Infatti la Corte europea sottolinea che le limitazioni all'accesso alla PMA non possono essere basate su discriminazioni illegittime, come la condizione di eterosessualità. Agli Stati si riconosce la possibilità di porre dei limiti solo se giustificati "da interessi pubblici cogenti", quali l'integrità psicofisica della donna, la dignità dell'embrione o il rispetto dei principi etici.

⁵ Così P. PERLINGERI, *Libertà religiosa. Principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1/2017, p.165.

⁶ Non essendo questa la sede per affrontare il rapporto tra ordine interno ed ordine internazionale, ci limitiamo a sottolineare che la tendenza riscontrabile a livello europeo è quella di privilegiare una concezione dell'ordine pubblico attenuata nei casi in cui la fattispecie presenta con lo Stato del foro un collegamento tenue in quanto coinvolge esclusivamente cittadini di (o residenti in) un Paese dove i valori di riferimento sono radicalmente diversi soprattutto se la diversità è ricollegabile a motivazioni di tipo culturale e/o religioso. In questo senso B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2023, p. 157.

La giurisprudenza della Corte europea è in costante evoluzione, riflettendo i progressi della scienza ed i cambiamenti sociali, ed in questo senso la Corte continua a svolgere un ruolo importante nel garantire il rispetto dei diritti umani in materia di PMA, promuovendo un approccio equilibrato che riesca a bilanciare i diritti dei singoli con l'interesse pubblico.

Lo scritto della Prof.ssa Pitrone, invece, si occupa, in termini generali dell'influenza dell'ordinamento dell'Unione europea sul diritto di famiglia.

Tralasciando le iniziative legislative intraprese dall'Unione europea al fine di regolare in maniera uniforme e vincolante particolari aspetti del diritto privato e processuale della famiglia, come è noto, il diritto di famiglia costituisce una materia di competenza esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda i suoi profili sostanziali, e la preoccupazione degli Stati di vedere “erodere” la loro competenza in una materia sensibile come questa è dimostrata dalla formulazione dell'art. 81 TFUE riguardante la cooperazione giudiziaria in materia civile, necessaria al “buon funzionamento del mercato interno”. Mentre in generale la procedura legislativa per la realizzazione dello spazio giudiziario europeo, è individuata in quella ordinaria, cioè il procedimento di codecisione che prevede il voto a maggioranza qualificata (art. 81, par. 2), per le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali, si prevede una procedura aggravata. Secondo il par. 3 dell'art. 81, infatti, l'adozione di misure riguardanti il diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali “sono stabilite dal Consiglio che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo”. Inoltre, su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento, il Consiglio può adottare, sempre all'unanimità, una decisione che determini gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati con la procedura ordinaria. In questo caso i Parlamenti nazionali sono informati della proposta ed hanno sei mesi di tempo per manifestare la propria opposizione, che comporta la decadenza della proposta stessa. Come è stato osservato, la norma in esame è la dimostrazione degli Stati di voler “blindare” la cooperazione giudiziaria in materia di diritto di famiglia, riservandosi un diritto di voto che possono far valere sia in sede di Consiglio che attraverso i Parlamenti nazionali.

La necessità di garantire l'efficacia delle norme di diritto dell'Unione europea, ed in particolare la realizzazione della libera circolazione delle persone, così come la tutela dei diritti fondamentali, ha portato tuttavia il diritto dell'Unione a esercitare un'influenza anche sulla disciplina materiale del diritto di famiglia dettata dai legislatori degli Stati membri. Proprio perché l'Unione europea è carente, in via di principio, di competenza in materia di diritto sostanziale dei rapporti di famiglia, essa può giustificare il proprio intervento, soprattutto per via pretoria ottenendo comunque l'effetto utile cui si vuole tendere, cioè preservare “il rapporto familiare” nella sua accezione più ampia.

Come i lavori delle pagine seguenti dimostrano, è sempre più opportuno parlare di “famiglie” e non di “famiglia” per evidenziare il diverso modo di costituzione del nucleo familiare che, per utilizzare un termine caro agli internazionalisti, si basa sull'effettività dei rapporti tra persone che decidono di attuare un percorso di vita insieme: di questo aspetto è necessario che il “nuovo” diritto di famiglia tenga conto.

LA FAMIGLIA: RADICI, EREDITÀ MORALE, TRASMISSIONE E APPRENDIMENTO SIGNIFICATIVO DI VALORI IDENTITARI

LUCA BUSCEMA*

SOMMARIO:1. Alla ricerca di una dimensione identitaria individuale all'interno della comunità familiare: radici ed eredità morale. – 2. La responsabilità genitoriale: fondamenta e prospettive. – 3. Famiglia, scuola e nuove “sfide educative e pedagogiche” nell'era della complessità.

1. Alla ricerca di una dimensione identitaria individuale all'interno della comunità familiare: radici ed eredità morale

La vita di ogni individuo è segnata, nel suo divenire ed incedere, dall'esempio e dal ricordo di chi, per amore, affetto, vicinanza, ha impresso un'impronta indelebile nel cammino, sovente nostalgico ed irrequieto, di ciascuno¹.

Pur se il bagaglio di valori, principi ed ideali che connota, in senso identitario, la personalità di ogni essere umano costituisce il frutto e la sintesi delle proprie, molteplici e caleidoscopiche esperienze, è innegabile che alcune figure di riferimento esercitino un orientamento significativo quanto a scelte di vita, convincimenti, aspirazioni e desideri².

Ciò che siamo - e che, soprattutto, dimostriamo di voler essere - è sì la conseguenza del nostro libero arbitrio, ma anche del significato che attribuiamo agli insegnamenti impartiti, all'educazione (emotiva) ricevuta ed assimilata, alla trasmissione di un radicato e profondo patrimonio assiologico da parte di chi ci ha preceduto³.

Al contempo, “la storia siamo noi”, quella dei nostri antenati che si perpetua attraverso la nostra azione e quella che si forma, in divenire, per il tramite della trasmissione della nostra eredità morale, tra tratti identitari individualistici e comunitari⁴.

* Professore associato di diritto costituzionale e pubblico, Università di Messina.

¹ Cfr. V. TETI, *La restanza*, Torino, Einaudi, 2022, 104 ss.

² In tema di autonomia e autolimitazione degli individui in seno ad una moderna società v. F. ANDOLFI, *Il significato etico della socievolezza in Schleiermacher e Simmel*, in *La società degli individui*, 2006, 145 ss. Circa il concetto di “libera socialità” v. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Saggio di una teoria del comportamento socievole*, in *La società degli individui*, 2006, 125 ss.

³ Circa il tema della gratitudine nei riguardi di chi abbia sopportato sacrifici e patimenti per il nostro bene, v. G. GEMMA, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, in *DeS*, 2020, 3, 433 ss.

⁴ Paradossalmente, a volte, per preservarsi e preservare il futuro dei propri discendenti dai “colpi della storia”, piuttosto che ricordare, si agisce allo scopo di recidere il “filo della memoria” specie ove ripensare ad eventi drammatici si traduca nel rivivere traumi mai definitivamente superati. Ciò accade, in particolare, al cospetto degli “orrori della storia”; il correlato senso di smarrimento e di disagio, peraltro, in siffatte occasioni, non svanisce (né, a volte, diminuisce) per il sol fatto che, col trascorrere del tempo, scompaiano gli ultimi protagonisti, «testimoni dei fatti oggettivi, delle emozioni con cui sono stati vissuti, delle omissioni con cui sono stati scritti nella memoria individuale e collettiva». Auspicare un lento declino verso l'oblio, però, pur se “giustificato” dal legittimo desiderio di dimenticare il dramma personale, proprio o familiare, strida con il bisogno insopprimibile dell'umanità di «interrogare, ascoltare, comprendere, conservare e tramandare». In tema, v. S. VEGETTI FINZI, *La memoria del silenzio*, in *Educazione sentimentale*, 2017, 28, 147 ss.

Partendo da qui, matura un processo di elaborazione di idee, riflessioni, intuizioni⁵ che, affiorando in un determinato momento storico, risentono sì, certamente, delle influenze dei tempi in cui nascono⁶, ma sono poi destinate ad essere riprese, rielaborate, rivisitate anche alla luce di nuove prospettive, frutto dell'emersione di mutevoli usi, costumi, tradizioni culturali⁷.

Di generazione in generazione si assiste ad un costante incedere di un patrimonio intellettuale arricchito sempre più dal bagaglio di esperienze frattanto acquisito⁸ che, in modalità non certo lineare, diviene “deposito” di quanto già appreso e stimolo per lo sviluppo di inedite potenzialità creative⁹.

Ciò, in chiave prospettica, nella “costruzione del sé” in futuro, veicolo attraverso il quale, in diretta congiunzione con il passato, prende forma la narrazione biografica personale e, in verità, anche comune¹⁰.

Accade questo, nel quadro di un continuo mutare e ripensare, in una proiezione individuale e collettiva¹¹, con riguardo ai destini dei singoli e all'affermazione, al consolidamento e pure al “riposizionamento”, nel tempo, di modelli sociali ed istituzionali¹².

In un mondo in cui sempre più prevale la sopraffazione, l'arroganza, la superficialità e una scarsa profondità di pensiero, in cui sembra sovente radicarsi un senso di smarrimento, sgomento e impotenza, occorre riflettere sull'importanza e la valenza dell'eredità morale immediatamente riferibile ai propri affetti, espressione della capacità ed attitudine a identificare, nel loro ricordo, la “retta via” che conduce a credere fermamente nei valori e negli ideali in cui ci si riconosce¹³.

Al di là dei «sassi e dardi - scagliati - dalla oltraggiosa sorte», va rintracciato il senso della propria vocazione, «quel mistero fondamentale che sta al centro di ogni vita umana», che,

⁵ In tema, v. J. HILLMAN, *Il codice dell'anima*, 1997, Milano, Adelphi, 129 ss.

⁶ Si pensi, ad esempio, ai processi costituenti rispetto ai quali “il «tempo» e i «tempi» sono... fondamentali per leggere la fase costituente e i processi di attuazione, interpretazione, applicazione e trasformazione della Costituzione”. In tal senso e per un approfondimento v. L. LACCHÈ, *La memoria della costituzione e il valore della storia costituzionale*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2018, 11 s.

⁷ «Si spiega così che le idee nascoste e implicite nella cultura, in particolare nella cultura politica e giuridica, abbiano maggior forza in particolari circostanze storiche; essa non dipende soltanto dal significato delle idee stesse, ma necessariamente dall'insieme di condizioni che le danno forza e la rendono effettiva nella società». Così G. PIECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diritti sociali: origini e concetto*, in *Sociologia del diritto*, 2000, 1, 33.

⁸ In tema di intelletto, espressione della capacità conoscitiva della ragione che, nel processo di apprendimento, colta intuitivamente, si rivela intrisa di elementi di razionalità, v. G. TARANTINO, *Profili di responsabilità intergenerazionale*, Milano, Giuffrè, 2022, 55 ss.

⁹ Circa l'importanza di promuovere il senso del “vivere insieme, v. E. MANCINO, *Legami segreti. Educarsi alla polis tra silenzi e luoghi di pensiero*, in *Educazione sentimentale*, 2014, 21, 151 ss.; M. ROSSI DORIA, *Polis e politiche educative: per una comunità educante*, in *Educazione sentimentale*, 2014, 21, 144 ss.

¹⁰ In tema, v. C. LECCARDI, *Ridefinizione del futuro e nuove individualità giovanili*, in *La società degli individui*, 2006, 80.

¹¹ Sul punto, v. G. SIMONDON, *L'individuazione del vivente e il collettivo*, in *La società degli individui*, 2006, 5 ss.

¹² Basti pensare, ad esempio, ai profondi processi evolutivi che hanno contraddistinto, nel tempo, l'idea di democrazia. Sul punto, v., *ex multis*: D. HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2007. Per una prospettiva incentrata sui processi di “interferenza” tra democrazia e globalizzazione, v. A. MASTROPAOLO, *L'implosione della democrazia globalizzata*, in *Teoria politica*, 2003, 2-3, 171 ss. In tema di costituzionalismo e democrazia, nel quadro del processo di progressiva globalizzazione di nuovi modelli istituzionali ed assiologici, v. A. RUIZ MIGUEL, *Costituzionalismo e democrazia*, in *Teoria politica*, 2003, 2-3, 73 ss. Sul punto, v. anche P. SALAZAR UGARTE, *La democrazia costituzionale: una proposta (globalmente) praticabile?*, in *Teoria politica*, 2003, 2-3, 109 ss.

¹³ Invero, «solo realizzando le proprie capacità morali e attribuendo un primato regolativo alla giustizia gli esseri umani rendono possibile la creazione di quell'universo di significati condivisi, di simboli e di valutazioni qualitative che costituiscono il mondo propriamente umano, il mondo della cultura, della civiltà, della morale e del diritto». Così G. DE GRANDIS, *La giustizia e il bene*, in *Teoria politica*, 2003, 2-3, 357 s.

oltre a connotare il percorso personale di ciascuno, inevitabilmente incide, in termini relazionali, con il contesto sociale e di vita comunitaria¹⁴.

Il cammino intrapreso e compiuto è, quindi, una storia e memoria di radici¹⁵, di rimembranze, di fughe e ritorni alle “macerie” che «disegnano i confini di un radicamento identitario»¹⁶, di vite vissute lontano nel tempo da cui ritrarre ispirazione, limpidezza di pensieri, parole ed azioni, spirito di sacrificio, abnegazione e generosità, l’incanto, la nobiltà e l’intensità delle proprie credenze da difendere, curare ed incentivare con la forza della verità e dell’onestà intellettuale¹⁷.

Il ricordo, la memoria e la loro rivendicazione alla stregua di «forma di appello alla giustizia»¹⁸, in questa direzione, assumono una funzione proattiva che richiede dedizione nel preservarne i contenuti attraverso un approccio critico che consenta di maturare consapevolezza circa “gli accidenti della vita” ed il fluire del tempo¹⁹ ed in ordine alla loro incidenza sui contenuti assiologici (e pure sugli eventuali “disvalori”) tramandati²⁰, nonché anche per il tramite del ricorso all’elemento simbolico che permetta di mantenere saldo e vivido il senso di appartenenza ad una famiglia, ad un gruppo, ad una comunità²¹.

Ed è proprio nell’impegno profuso allo scopo di impedire che i valori che permeano l’eredità morale di ciascuno siano condannati a «scadere nell’oblio dell’essere»²² - bensì ricevano costante linfa vitale nella promozione di un percorso di vita, ideale e assiologico - che si rinviene un “insano coraggio” che costantemente ricerca la motivazione per non arrendersi al dolore, per non abbandonarsi alla disperazione della privazione, all’assenza, alla solitudine²³, pur accorgendosi improvvisamente che «il silenzio ha il volto delle cose che hai

¹⁴ In tema, v. J. HILLMAN, *Il codice*, cit., 18 ss.

¹⁵ Invero, «la memoria ha a che fare con il vissuto, con quanto in esso c’è di emozione, sofferenza, carne, calore umano, senso d’appartenenza; la storia, da parte sua, trovando le proprie fonti quasi sempre nel documento scritto, a volte nel documento orale, privilegiando l’idea di centralità...scrivendo la sua saga gloriosa, diffida della memoria, e tanto più delle memorie invadenti e rumorose». Così E. BENBASSA, *Storia e memorie: un compromesso difficile*, in *Lettera internazionale*, 2013, 8. Secondo P. RICOEUR, *Memoria, storia, oblio*, in *Lettera internazionale*, 2017, 53, poi, «la pretesa della storia di annettere la memoria alla sfera della cultura raggiunge il suo apice con la storia culturale. Dalla memoria come matrice della storia si passa alla memoria come oggetto della storia. Con lo sviluppo di quella che è stata chiamata la storia delle mentalità, l’iscrizione della storia tra altri fenomeni culturali che si possono definire come rappresentazioni è pienamente legittimata».

¹⁶ Cfr. V. TETI, *La restanza*, cit., 19.

¹⁷ Prospettiva diacronica che investe, in verità, non solo l’esistenza umana, ma anche l’identità (costituzionale) di una intera comunità politica, atteso che «la temporalità storica identifica, costruisce, trasforma le dinamiche e quindi il fenomeno costituzionale. La costituzione si costruisce nella temporalità storica, rappresenta, nel suo progredire, forme e modi di essere della società e delle sue principali strutture [...]la rivoluzione costituzionale pensa il tempo come ragione e non più come tradizione». Così L. LACCHÈ, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in G. BRUNELLI-G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione «inattuata» alla Costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013, 368 s.

¹⁸ Cfr. P. NORA, *L’avvento della memoria*, in *Lettera internazionale*, 2013, 12.

¹⁹ Consapevoli, in particolare, del fatto che «gli accidenti della vita, compresi il mal di cuore e i contraccolpi naturali che la carne porta con sé fanno parte del disegno dell’immagine, sono necessari ad esso e contribuiscono a realizzarlo». Così J. Hillman, *Il codice*, cit. 23.

²⁰ Circa le difficoltà di fare i conti con il proprio passato, v., *ex multis*: A. PROSPERI, *Un tempo senza storia: La distruzione del passato*, Torino, 2021; M. FLORES, *Cattiva memoria: Perché è difficile fare i conti con la storia*, Bologna, 2020.

²¹ In tema di “superstizione parentale”, v. J. HILLMAN, *Il codice*, cit. 89 ss.

²² In tema, v. R. GENOVESE, *L’impossibile comunità*, in *La società degli individui*, n. 25, anno IX, 2006/1, 28.

²³ Sul punto, v. J. HILLMAN, *Il codice*, cit. 77 ss. Invero, «allentare i legami delle origini, sottrarsi al loro peso, rifuggire da ogni retorica delle radici, vivere senza l’oppressione di antichi e perturbanti fantasmi è possibile soltanto se abbiamo memoria della nostra provenienza e appartenenza». Così V. TETI, *La restanza*, cit., 125.

perduto»²⁴.

Un senso di smarrimento, financo capace di scadere nello sconforto, al quale fermamente contrapporre un animo fiducioso, rinvigorendo e rafforzando, con ardimento, nei singoli e nella comunità, sentimenti di coesione ed appartenenza²⁵, consapevoli del fatto che «ciascuna vita umana di giorno in giorno progredisce e regredisce»²⁶.

Quel coraggio che si fa “resistenza” il giorno in cui si è costretti a “lasciare andare” i propri affetti e che, onorando la loro memoria, dopo aver tanto ricevuto e accolto, avversando ogni rischio di “spoliazione identitaria”²⁷, trova la forza di “restituire”, con dignità, passione e amore, affinati da naturale spontaneità e autenticità di intenti e sentimenti²⁸.

Il complesso processo di costruzione identitaria di ogni individuo è, per tale via, in definitiva, inestricabilmente correlato a molteplici fattori che concorrono tra loro nel plasmare i tratti caratteristici di ciascuno nella prospettiva di consentire di poter orientare pensieri ed azioni in ossequio alle proprie, personali vocazioni e conoscenze, con sapienza e saggezza²⁹.

Un percorso di vita non certo rettilineo, a volte (apparentemente) casuale, a volte (solo a prima vista) predestinato³⁰, espressione di volontà, perseveranza, caparbietà e della migliore declinazione di un bagaglio assiologico consolidato all'esito di un lungo (ancorché, talvolta, incerto) incedere³¹.

Un processo, in definitiva, di costante crescita e maturazione che, sin dalla più tenera età, si radica, innanzitutto, all'interno della comunità familiare, talvolta ricca, articolata e composita, talaltra “monocellulare”, ambito entro il quale comunque coltivare un modello affettivo, pedagogico ed educativo *in primis* (ancorché non solo) affidato alla cura dei genitori (sempre più) consapevoli del senso più profondo da ascrivere ad una concezione della responsabilità genitoriale sì in continua evoluzione, tanto mutevole quanto variabile e discontinuo si dimostri il contesto sociale di riferimento, ma in ogni caso chiamata ad essere permeata da un patrimonio assiologico irretrattabile vocato alla difesa e all'esaltazione della dignità, della libertà di coscienza e del principio di autodeterminazione dell'essere umano.

²⁴ Al pari del mito di Antigone, «l'eroina classica che rivendica ardenteamente il rito della sepoltura, denotando la convinzione che percepire sentimenti di compassione per le sorti altrui e di lutto per ogni vita perduta o sacrificata - ivi incluse quelle che dovrebbero nascere in un tempo remoto - presupponga l'intimo riconoscimento della condivisione della medesima natura umana, asserendone la comune dignità». Così G. SORRENTI, *Dalla tirannia dei contemporanei alla custodia del futuro*, in *DeS*, 2022, 1, 238.

²⁵ Cfr. C.A. CIAMPI, *Patria, nazione, bene comune*, testo dell'intervento del Presidente emerito della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi pronunciato a Siena, il 27 settembre 2008, in occasione del Premio conferitogli dalla Fondazione Liberal, in *Il Politico*, 2009, 3, 6 s.

²⁶ Così J. HILLMAN, *Il codice*, cit., 22.

²⁷ Cfr. V. TETI, *La restanza*, cit., 21.

²⁸ Ciò vale sia con riguardo ai singoli individui, sia, in verità, in ordine ad intere comunità, specie ove la memoria, individuale e collettiva, costituiscano strumento per confrontarsi con il proprio “scomodo” passato per trarne moniti ed insegnamenti. Sul punto, v. S. BERNASCONI-P. DONZELLI, *Memoria collettiva, memoria individuale, oggi: diario di un viaggio*, in *Educazione sentimentale*, 2017, 28, 153 ss.

²⁹ «Nella lingua greca antica il lemma σοφία, sapienza, ossia il possesso della perfezione spirituale, era distinto dal termine φρόνησις, saggezza, quella conoscenza, secondo Platone, che esprime la capacità di conciliare la pienezza del sapere teoretico con la vita pratica nell'ambito della convivenza civile». Così M. R. SPASIANO, *Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere*, in *DeS*, 2022, 3, 447.

³⁰ Cfr. F. RICCIARDELLI, *Un mondo senza confini. Il valore dell'educazione globale*, in *Antologia Vieusseux*, 2024, 88, 111.

³¹ Circa il riconoscimento (pubblico) del valore (simbolico) da ascrivere ad un comportamento meritorio, v. D. SPARTI, *Distribuire il riconoscimento. Onore, dignità ed altre forme di riconoscimento come «moneta» per lo scambio di beni di identità*, in *Teoria politica*, 2000, 1, 131 ss.

2. La responsabilità genitoriale: fondamenta e prospettive

La responsabilità genitoriale, lungi dal costituire espressione di autoritarismo, legato ad una ormai vetusta nozione di potestà genitoriale³², si sostanzia in un *munus* teso alla tutela, cura e promozione della prole, assecondandone le attitudini psico-fisiche, le inclinazioni naturali e le aspirazioni.

Essa assurge a strumento di valorizzazione degli obblighi, giuridici e morali, imputabili in capo ai genitori nei confronti dei figli³³ nel quadro di un generale processo di rivisitazione dei tradizionali istituti della soggettività del minore d'età, dei suoi interessi e della sua capacità di discernimento³⁴, quest'ultima, in particolare, apprezzata alla luce della maturazione psicofisica che accompagna la crescita, intellettiva e culturale, della progenie³⁵.

In tal contesto, la libera autodeterminazione del minore si correla alle esigenze educative

³² Per una disamina dell'impostazione teorica volta nella direzione di valorizzare la nozione di responsabilità genitoriale in luogo della potestà genitoriale, alla stregua di categoria più ampia, in uno con l'abbandono della tradizionale concezione dell'istituto della potestà quale potere sulla prole, v., *ex plurimis*: M. BELLETTI, *Quale conformazione giuridica di famiglia nell'evoluzione storica e sociologica*, in *Rivista AIC*, 2025, 1 ss.; F. COVINO, *L'eguaglianza nei rapporti genitoriali tra dato normativo e giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 2025, 43 ss.; G. PIGNATARO, *Genitorialità e continuità di affetti: i diritti dei bambini nel sistema europeo*, in *Iura & Legal Systems*, 2024, Vol. 11, n. 2, 1 ss.; A. PIVA, *Responsabilità genitoriale e diritti del minore tra evoluzione normativa e prassi applicative*, in F. GIARDINI (a cura di), *Effettività nella tutela dei diritti attraverso l'opera del giudice*, Padova, Padova University Press, 57 ss.; S. MONTANARI, *Responsabilità e relazione genitori-figli*, in *Minori giustizia*, 2023, 136 ss.; D. PIRILLI, *Il rapporto tra best interest(s) of the child e responsabilità genitoriale in una prospettiva multilivello*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 1246 ss.; V. CAREDDA, *La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, (II), 2015, 04, 1427 ss.; L. AMBROSINI, *Dalla potestà alla responsabilità: la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, (II), 2015, 02, 687 ss.; M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, (II), 2014, 04, 1628 ss.; E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, (II), 2014, 02, 817 ss.; A. GORASSINI, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, Giuffrè, 2014, 91 ss.; F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in I. NICOTRA-F. GIUFFRÈ (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 98; G. SERGIO, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 81 ss.; S. MATONE-A. FASANO, *I conflitti della responsabilità genitoriale*, Milano, Giuffrè, 2013; M. DOGLIOITI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Milano, Giuffrè, 2007; A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2007; F. RUSCELLO, *La responsabilità genitoriale. I controlli. Art. 330-335*, Milano, Giuffrè, 2006.

³³ Ritiene che i poteri e le facoltà riconnesse alla potestà genitoriale costituiscano lo strumento per l'adempimento delle responsabilità ad essa correlate A. COCCHI, *I doveri genitoriali ex art. 147 c.c. e la discendente responsabilità nell'ipotesi di abuso*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 05, 1463 ss.

³⁴ Secondo P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, 455 ss., «quanto alla capacità di discernimento, una volta scartata la tesi del limite fisso d'età [...], non è opportuno neppure enunciare un'altra regola di carattere generale. Imprescindibile è, al contrario, la valutazione dell'ipotesi concreta, si che di volta in volta [...] si dovrà stabilire se il minore abbia, oppure no, la capacità o, se si preferisce, il discernimento per prendere una decisione con la medesima consapevolezza con cui la prenderebbe una persona adulta».

³⁵ «L'esercizio della potestà genitoriale, che nel corso del tempo si modifica in relazione al raggiungimento di un certo grado di maturità e della capacità di discernimento dei figli, sempre rispettando la loro autodeterminazione e le loro inclinazioni naturali, racchiude i poteri di amministrazione dei beni e degli interessi economici della prole, di rappresentanza e di decisione in riferimento all'istruzione e all'educazione». Così A. COCCHI, *Il dovere educativo dei genitori ex art. 147 c.c. e la correlata responsabilità in caso di condotte abusanti*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 04, 1101 s. Sul punto, v. anche M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale*, cit., 1630 ss.

connesse all'esercizio della potestà (e responsabilità) genitoriale - «dimensione “autentica” di potere esercitato nell'altrui interesse»³⁶ - e diviene il frutto di un delicato contemperamento tra valori (di rango costituzionale), segno tangibile della speciale attenzione che l'ordinamento riserva alla cura dei preminenti interessi del minore «per mezzo di coloro ai quali ne attribuisce la rappresentanza»³⁷, ovvero ai genitori, nell'ottica della imprescindibile funzione educativa dei figli, specialmente nell'ambito della comunità familiare, in continua evoluzione di pari passo con le trasformazioni culturali della società³⁸, allo scopo di promuoverne lo sviluppo e la realizzazione della personalità.

Il minore non diviene più, pertanto, il mero destinatario degli effetti dell'esercizio della potestà genitoriale³⁹, ovvero «oggetto di tutela, bensì soggetto della stessa»⁴⁰.

In questa direzione, all'interno di ciascun nucleo familiare⁴¹, la cui funzione sociale è stata, nel tempo, costantemente riconosciuta, enfatizzata e mai messa in dubbio⁴², è auspicabile che si affermi un progetto pedagogico, frutto di una comunione di vita, in cui sia effettivamente possibile lo sviluppo della personalità di ciascun componente⁴³.

All'interno di una società democratica, il compito più arduo assegnato ai genitori si traduce, in tal senso, nella trasmissione ai propri figli di un patrimonio di valori che permetta loro di maturare consapevolezza in ordine a quei principi fondamentali di coscienza civile e sociale, racchiusi in un comune e condiviso *idem sentire de re publica*⁴⁴, tipici di una società orientata alla tutela e promozione dei diritti inviolabili della persona ed al rispetto della dignità

³⁶ Così M. VIVIRITO PELLEGRINO, *Diritto dei minori alle relazioni familiari e sistema rimediale tipico*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, (II), 2017, 04, 1322.

³⁷ Così e per un approfondimento, v. F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, (II), 2014, 01, 431 ss.

³⁸ Cfr. F. PATRUNO, F. FRENI, *Dinamiche sociali ed esperienza giuridica nell'evoluzione del sistema di diritto di famiglia*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 7-8, 1581.

³⁹ Cfr. A. COCCHI, *Il dovere educativo dei genitori*, cit., 1098 ss. In merito, v. anche G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, (II), 2013, 04, 1475 ss., secondo il quale la responsabilità genitoriale si ispira «ad un rapporto relazionale genitore-figlio che guarda alle peculiarità di ogni singolo caso concreto, mentre la potestà tradisce una prospettiva generalizzante ed astratta che [...] talune volte [...] probabilmente trova proprio nella contraddizione potestà-responsabilità un chiaro e preoccupante sintomo». Sul punto v. anche F. CARIMINI, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia*, cit., 111 ss.

⁴⁰ Così M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 1629. Sul punto, v. anche P. PERLINGIERI-P. STANZIONE, *Minore età e potestà dei genitori*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, 121 ss.

⁴¹ Per un approfondimento circa la nozione di famiglia alla luce di un approccio di tipo antropologico, v., *ex plurimis*: A. COCCHI, *Il dovere educativo dei genitori*, cit., 1097 ss.

⁴² Cfr. M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, 02, 567 ss.; F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, in I. NICOTRA-F. GIUFFRÈ (a cura di), *La famiglia*, cit., 3 ss.

⁴³ Invero, secondo P. DONATI, *Relazione familiare: la prospettiva sociologica*, in E. SCABINI-G. ROSSI (a cura di), *Le parole della famiglia. Studi interdisciplinari sulla famiglia*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, 20 s., la famiglia costituisce «un legame simbolico che va oltre la mera natura (biologica) e instaura l'ordine della cultura intesa come ordine significativo del mondo, in cui gli individui trovano la loro identità e la loro posizione, nello spazio e nel tempo sociali, con riferimento particolare al genere e all'età. [...]. In quanto mette in gioco l'esistenza [...], la famiglia esprime la natura stessa della società, di ogni società storicamente esistita o esistente come rete».

⁴⁴ Ritiene, però, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità genitoriale e libertà religiosa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 04, 1707, che il disposto dell'art. 30 cost. non conferisca «alcuna particolare enfasi alla funzione educativa esercitata dalla famiglia nel quadro dei valori repubblicani, in una sorta di neopubblicismo che, giustamente, all'indomani del fascismo era molto temuto».

dell'individuo⁴⁵.

Ciò, anche laddove, quasi fisiologicamente, si assista alla possibile insorgenza di frizioni nell'ambito del rapporto tra genitori e figli, nel quadro, comunque, di una base affettiva indissolubile creata dal vincolo di filiazione⁴⁶, in riferimento, in particolare, all'esercizio di libertà fondamentali che possano implicare il coinvolgimento della libertà di coscienza (ad esempio, in campo sanitario e religioso), in uno con il libero dispiegamento delle attitudini, inclinazioni, aspirazioni e convincimenti della progenie⁴⁷.

Ne deriva un (auspicabile) costante confronto dialettico in seno alla comunità familiare, ambito ideale ove compulsare la crescita (umana, *in primis*) del minore attraverso un progressivo, pieno coinvolgimento dello stesso onde permettere di poter maturare consapevolezza di sé, dei propri desideri, delle proprie potenzialità e dei propri limiti e ciò non solamente entro i “ristretti confini” del nucleo familiare, bensì con riguardo alle complesse relazioni interpersonali in via di formazione e consolidamento man mano che si giunga ad “un’età senziente”.

Ai compiti educativi dei genitori, che non si esauriscono, di certo, con il compimento del diciottesimo anno della prole⁴⁸, si affianca il contributo offerto dalle istituzioni scolastiche che, sin dalla più tenera età dei figli, accompagna la famiglia nel processo di crescita dei minori mediante la trasmissione di un ricco e composito patrimonio conoscitivo e valoriale, proprio di una società civile, alle nuove generazioni⁴⁹.

⁴⁵ Declinata, quest’ultima, quanto meno in senso minimo, nei termini di principio supremo dell’ordinamento (cfr. F. SACCO, *Il consenso del beneficiario dell’amministrazione di sostegno e il conflitto tra dignità e libertà*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 03, 2280 ss.), presupposto di tutti i diritti fondamentali (cfr. V. TIGANO, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 04, 1749), diritto ad avere diritti (cfr. F. RESTA, *Neoschiavismo e dignità della persona*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 06, 1673), incondizionato rispetto della più intima essenza dell’individuo, corrispondente alla qualità di uomo in quanto tale, al di là di ogni forma di abiezione, avvilimento e degradazione fisica e morale. Invero, intendono la dignità alla stregua di “valore supercostituzionale” A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

⁴⁶ Cfr. A. BELLELLI, *I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 02, 645 ss.

⁴⁷ Cfr., *ex multis*: F. S. REA, *Diritto alla salute del minore e libertà religiosa dei genitori. Riflessioni a margine della recente ordinanza n. 2549/2025 della Corte di Cassazione*, in *Politica del diritto*, 2025, 1, 123 ss.; R. SANTORO, *La libertà religiosa del minore tra genitorialità e confessione religiosa*, in *Diritti fondamentali*, 2024, 2, 241 ss.; S. ANGELETTI, *Libertà religiosa dei minori, diritti educativi dei genitori e vita familiare: recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2023, 633 ss.; G. PIZZOLANTE, *Il diritto del minore alla libertà di religione : la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e il rilievo della Convenzione sui diritti dal fanciullo*, in *Freedom, security & justice: european legal studies*, 2022, 3, 134 ss.; G. GOTTI, *La necessità in una società democratica degli obblighi vaccinali per i minori (nota a margine della sentenza della Corte EDU Vavricka e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 4, 356 ss.; P. LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 04, 1921 ss.

⁴⁸ In tema di responsabilità genitoriale concernente i figli già divenuti maggiorenni v., *ex multis*: F. RUSCELLO, *La responsabilità genitoriale. I controlli. Art. 330-335*, Milano, Giuffrè, 2006, 56 ss.; A. COCCHI, *Il dovere educativo dei genitori*, cit., 1102 ss.

⁴⁹ Sul punto, v. *ex multis*: A. SCHIEDI, *La philia, orizzonte etico di una educazione democratica e di una scuola “umanizzante”*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2025, Vol. 17, n. 29, 116 ss.; V. FERRERO, *La scuola è aperta a tutti. L’impegno per l’equità tra riforme per l’inclusione, autonomia scolastica e altre normative per un’educazione democratica*, in *Orientamenti Pedagogici*, 2023, Vol. 70, Issue 3, 29 ss.; A. RICCI, M. MAGGI, *L’educazione emozionale: strategie e strumenti operativi per promuovere lo sviluppo delle competenze emotive a scuola e in famiglia*, 2022, Milano, Franco Angeli.

3. Famiglia, scuola e nuove “sfide educative e pedagogiche” nell’era della complessità

L’esercizio del diritto-dovere genitoriale all’istruzione dei figli comporta che, tra le facoltà riconosciute ai genitori degli scolari, vi sia, necessariamente, *in primis*, quella di scegliere liberamente il corso di studi ritenuto adeguato alle attitudini ed aspirazioni del minore⁵⁰.

La delicatezza degli interessi sottesi alle decisioni da assumere prefigura l’auspicata ricerca di condivisione d’idee e d’intenti in seno al nucleo familiare⁵¹ senza che, ovviamente, le istituzioni scolastiche possano condizionare, in ragione dell’esercizio di una potestà di apprezzamento discrezionale dei motivi addotti dal discente e/o dalla famiglia circa la preferenza espressa⁵², anche in costanza di anno scolastico, l’effettività di siffatta posizione di libertà, pur se sia già avvenuta la predisposizione degli organici scolastici e delle classi⁵³.

Qualora ricorra, invece, un contrasto tra i genitori circa la predilezione dell’uno piuttosto che dell’altro dell’indirizzo scolastico da far frequentare ai propri figli in conformità alle aspirazioni della prole, il contenzioso che può derivarne non necessariamente risulta essere “circoscritto” alla risoluzione della conflittualità ingeneratasi tra i soggetti esercenti la potestà genitoriale, bensì, sovente, è capace di coinvolgere, anche (in)direttamente, le istituzioni scolastiche.

Certamente, in entrambe le occasioni, spicca l’interesse del minore apprezzato alla luce dei particolari bisogni, esigenze e necessità educative che lo contraddistinguono⁵⁴, legate in via esemplificativa, a possibili difficoltà di apprendimento, particolari fragilità di socializzazione e/o di inserimento in un determinato contesto, opportunità di coltivare studi confacenti alla propria indole ed alla personale inclinazione, nonché, secondo una certa opzione ricostruttiva, all’ estrazione culturale della famiglia di appartenenza⁵⁵.

Da qui, una attenta ponderazione degli elementi di valutazione rilevanti nel singolo caso di specie in vista della scelta, ad esempio, dell’iscrizione del figlio ad una scuola pubblica⁵⁶, ovvero ad un istituto di istruzione privato⁵⁷, dovendo l’istituto scolastico provvedere, ricorrendone i presupposti, al rilascio del nulla-osta al trasferimento del discente solo ed

⁵⁰ Cfr. T. MONTECCHIARI, *La potestà dei genitori*, Milano, Giuffrè, 2007, 75 ss. Invero, in caso contrario, la libertà in questione (e, al contempo, la posizione di responsabilità, morale e giuridica, che ne consegue), risulterebbe, nella sostanza, svuotata di reale contenuto, di guisa che l’art. 30 Cost. rimarrebbe norma impositiva del dovere di impartire una purchessia istruzione alla prole, svincolata da qualsivoglia aspirazione e attitudine personali, il che contrasterebbe, evidentemente, *inter alia*, con elementari canoni di ragionevolezza. In tal senso, v. T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 07/11/2013, n. 4956.

⁵¹ Cfr. A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli: profili di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2007, 134 ss.

⁵² Cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 15/01/2009, n. 59; T.A.R. Umbria Perugia, 06/07/2006 n. 344.

⁵³ Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 07/11/2013, n. 4956.

⁵⁴ Circa la latitudine assiologica ed applicativa della nozione di “interesse del minore” v., *ex multis*: E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016; L. VALLARIO, *L’interesse del minore. Definizione e valutazione psicologica nelle separazioni*, Milano, Franco Angeli, 2016; L. GIACOMELLI, (*Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in I. NICOTRA-F. GIUFFRÈ (a cura di), *La famiglia*, cit., 467 ss.; S. CHIARAVALLOTTI-G. SPADARO, *L’interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano, Giuffrè, 2012; G. O. CESARO (a cura di), *La tutela dell’interesse del minore: deontologie a confronto*, Milano, Franco Angeli, 2007; E. QUADRI, *L’interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 80 ss.; P. STANZIONE, *Lo statuto del minore (commento al disegno di legge 12 gennaio 1994, n. 1792)*, in *Famiglia e diritto*, 1994, 351 ss.; A. DOGLIOTTI, *Che cos’è l’interesse del minore? nota a Trib. min. Torino 26 febbraio 1992*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, I, 1093 e ss.

⁵⁵ Cfr., *ex plurimis*: Trib. Milano, sez. IX, ordinanza 14/07/2016; Trib. Milano, sez. IX, decreto 04/02/2015.

⁵⁶ Cfr., *ex multis*: Trib. Milano, 02/02/2017; Trib. Monza, 22/09/2016; Trib. Roma, 09/09/2016; Trib. Roma, 31/08/2016; Trib. Milano, 18/03/2016.

⁵⁷ Cfr., *ex plurimis*: Trib. Milano, 14/02/2007; Corte di Cassazione, 29/05/1999, n. 5262.

unicamente in presenza di concorde richiesta proveniente da entrambi i genitori⁵⁸.

Va da sé, poi, che, quale che sia la preferenza espressa da parte della famiglia dello studente minorenne, tenuto conto, ovviamente, delle inclinazioni ed aspirazioni da questi manifestate e condivise in seno al nucleo familiare, dovere precipuo dei genitori sia quello di assistere, congiuntamente, i figli durante l'intero percorso di istruzione anche qualora non sussista alcun vincolo matrimoniale, ovvero esso sia stato sciolto, ovvero non ricorra nemmeno l'ipotesi di coabitazione e/o di convivenza.

In siffatte occasioni, in particolare, il principio della bigenitorialità implica che, presupposto l'affido condiviso, entrambi i genitori siano coinvolti in egual misura circa l'insieme delle questioni riguardanti l'educazione e l'istruzione della prole⁵⁹.

Ciò implica il potere/dovere di esercitare una vigilanza sugli orientamenti culturali che un figlio minorenne va formandosi nel consueto percorso scolastico onde poter tempestivamente intervenire qualora ricorrono difficoltà di apprendimento e/o di tipo comportamentale.

La costante attenzione dedicata dai genitori alla prole, in questa direzione, non si traduce nel tentativo di riaffermare una concezione paternalistica della potestà genitoriale, in netta controtendenza con i tempi attuali, ma, più semplicemente, diviene l'espressione della possibilità di avere piena cognizione dei gusti, delle aspettative, degli orientamenti culturali che la prole va acquisendo e sviluppando in un ambiente chiamato a partecipare alla crescita e alla maturazione dell'individuo, ivi incluse le aspettative di vita che, talvolta, possono sfuggire ad un sano dibattito in ambito strettamente familiare⁶⁰.

Del resto, la famiglia è deputata a sostenere la motivazione e l'impegno dello studente nel lavoro scolastico e domestico; a verificare regolarmente lo svolgimento dei compiti assegnati; a controllare che vengano portati a scuola i materiali richiesti; ad incoraggiare l'acquisizione di un sempre maggiore grado di autonomia nella gestione dei tempi di studio, dell'impegno scolastico e delle relazioni con i docenti; a considerare, infine, non soltanto il significato valutativo, ma anche formativo delle singole discipline⁶¹.

Ovviamente, il costante coinvolgimento dei genitori nell'attuazione delle iniziative intraprese nella direzione di istruire ed educare la prole, auspicabilmente includono, nel quadro della partecipazione dei minori alla comunità scolastica, compatibilmente con il grado di maturazione dei figli, l'aiuto ed il sostengo da parte della famiglia nella formazione di una coscienza, civile e sociale, scevra da pregiudizi ed orientata nella direzione della promozione

⁵⁸ Cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 01/12/2011, n. 656.

⁵⁹ In tema di principio di bigenitorialità, v., *ex plurimis*: E. OLIVETTA, *Separazione e bigenitorialità*, Acireale, Bonanno Editore, 2017; A. FIGONE-E. RAVOT, *Responsabilità genitoriale contenuto, limitazioni e decadenza*, Milano, Giuffrè, 2016, 28 ss.; M. SESTA, *L'emersione del diritto alla bigenitorialità nella crisi della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2016; M. FOTI, *Affidamento condiviso e bigenitorialità (ottica giuridica)*, in M. FOTI-C. TARGHER (a cura di), *Comunicare la separazione ai figli: Dall'affidamento condiviso alla bigenitorialità passando per la mediazione familiare*, San Lazzaro Di Savena, Giraldi editore, 2014, 47 ss.; F. RUSCELLO, *Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c.c.*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, I, 265 ss.; V. SCALISI, *Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 520 ss.; F. TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso (nota a Trib. Firenze, 22 aprile 2006)*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 295 ss.; C. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: Prime riflessioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2006, II, 676 ss.; M. DOGLIOTTI, *Filiazione naturale e affidamento condiviso*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 403 ss.; F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo affidamento condiviso*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 625 ss.; M. Sesta, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 377 ss.; C. TARGHER, *Continuità educativa e bigenitorialità*, in M. FOTI-C. TARGHER (a cura di), *Comunicare la separazione*, cit., 53 ss.

⁶⁰ Cfr. T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 20/10/2014, n. 2597.

⁶¹ Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 30/09/2013, n. 4498.

della cultura dei diritti fondamentali della persona⁶².

In ciò, le relazioni scuola-famiglia rappresentano l'asse portante del processo di promozione, crescita e maturazione, culturale ed educativa, degli studenti nel corso di un arco di tempo particolarmente delicato per lo sviluppo della personalità del minore; in tal contesto, il successo scolastico costituisce solo uno degli obiettivi cui dovrebbe tendere il "patto" intercorso tra istituti d'istruzione e famiglie dei discenti, poiché la mera acquisizione (nozionistica) di informazioni di certo non appare un traguardo sufficiente a garantire l'affermazione e l'efficacia di un serio progetto educativo.

Sia a livello organizzativo, sia in ordine alla instaurazione di rapporti individuali, le relazioni scuola-famiglia andrebbero improntate, pertanto, su di un dialogo costruttivo che sappia ritrarre dal conseguente dibattito e confronto l'occasione per intraprendere un cammino di crescita condiviso.

Iniziative promosse nella direzione di sollecitare la partecipazione delle famiglie nel processo educativo dei figli svolto quotidianamente a scuola - quali, per esempio, conferenze o gruppi di incontro per genitori e insegnanti, attività di volontariato per i genitori, organizzazione di eventi per le famiglie e i docenti - assumerebbero, così, il significato di irrinunciabile occasione di collaborazione, pur mantenendo sempre distinti i rispettivi ruoli.

In questa direzione, si osserva, il diritto fondamentale dei genitori di provvedere alla educazione ed alla formazione dei figli, in uno con la posizione di responsabilità, giuridica e morale, che ne consegue, trova il necessario componimento con il principio di libertà dell'insegnamento dettato dall'art. 33 della Cost.

Ciò implica, peraltro, che sia ravvisabile un potere dell'amministrazione scolastica di svolgere la propria funzione istituzionale con scelte di programmi e di metodi didattici potenzialmente idonei ad interferire (ed anche eventualmente contrastare) con gli indirizzi educativi adottati dalla famiglia senza che alle opzioni didattiche assunte sia opponibile un diritto di voto dei singoli genitori.

Al di là delle potenziali (e, spesso, sterili) rivendicazioni di primazia in tema di educazione ed istruzione dei minori, ora imputabili a genitori poco inclini a prestare attenzione al ruolo rivestito dalla scuola, ora riconducibili ad insegnanti incapaci di "ascoltare" i bisogni dei singoli, ovvero della comunità scolastica, ci si augura, in generale, che venga perseguita la ricerca del giusto bilanciamento e componimento dei (rilevantissimi) interessi in gioco che, spesso, investono, *prima facie*, la libertà di coscienza e di autodeterminazione in primo luogo degli studenti.

In un siffatto contesto, non può essere negato che il progressivo affermarsi di autonomi e personali convincimenti morali, filosofici o religiosi della prole investe, direttamente, la

⁶² Per una disamina, pure in chiave comparata, degli strumenti impiegati allo scopo di valorizzare il coinvolgimento della famiglia nelle attività di apprendimento dei figli, facilitando lo scambio di informazioni tra nucleo familiare ed istituto scolastico anche mediante l'implementazione delle risorse educative utilizzate, v., *ex plurimis*: C. A. BROUSSARD, *Facilitating Home-School Partnerships for Multiethnic Families: School Social Workers Collaborating for Success*, in *Children & Schools*, Volume 25, Issue 4, 1 October 2003, 211 ss.; A. SACKS-B. WATNICK, *Family-School Partnership Increases School Readiness*, in *Children & Schools*, Volume 23, Issue 3, 1 July 2001, 188 ss.; N. K. BOWEN, *A Role for School Social Workers in Promoting Student Success through School-Family Partnerships*, in *Children & Schools*, Volume 21, Issue 1, 1 January 1999, 34 ss.; W. WINTERS-A. MALUCCIO, *School, Family, and Community: Working Together to Promote Social Competence*, in *Children & Schools*, Volume 10, Issue 4, 1 July 1988, 207 ss.; M. PENNEKAMP-E. M. FREEMAN, *Toward a Partnership Perspective: Schools, Families, and School Social Workers*, in *Children & Schools*, Volume 10, Issue 4, 1 July 1988, 246 ss.; E. LITWAK-H. J. MEYER, *School, Family, and Neighborhood: The Theory and Practice of School-Community Relations*, New York, Columbia University Press, 1974.

sfera intima della coscienza individuale, che deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana, «valore centrale attorno al quale costruire l'intero quadro dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciuti e garantiti»⁶³.

Invero, in un'età particolarmente delicata per lo sviluppo della personalità dell'individuo, plurimi orientamenti e condizionamenti possono derivare da stimoli esterni, sovente di natura contrapposta, provenienti sia dalla famiglia di appartenenza, sia dalla comunità scolastica frequentata⁶⁴.

Così, emerge l'esigenza di (re)interpretare il rapporto (*rectius*: le molteplici, complesse ed articolate interrelazioni intercorrenti) tra etica e conoscenza in seno sia a “comunità ristrette” (l'ambito familiare e quello scolastico, *in primis*), sia con riguardo ad un condiviso spazio pubblico di discussione e confronto entro il quale misurarsi con nuovi bisogni e novelle aspettative espresse da parte delle giovani generazioni.

Va compulsata, pertanto, una conoscenza proattiva, espressione di autonomia di pensiero, basata su processi e modelli educativi adeguati alla complessità ed articolazione dei “tempi moderni”, allo scopo di consentire a ciascuno la massima espansione dei propri talenti facendo comprendere «quanto sia essenziale non accontentarsi della routine, delle cose che si debbono fare perché sono collocate lungo il percorso... se possibile - inseguendo - l'eccellenza»⁶⁵.

L'ambiente scolastico ed educativo in cui si sviluppa la personalità degli studenti deve, pertanto, costituire il luogo in cui promuovere il confronto sereno, la formazione di uno spirito critico ed il potenziamento e l'esaltazione dei valori della tolleranza e del reciproco rispetto.

Alla famiglia spetta, poi, il compito di imprimere il “giusto orientamento ed indirizzo” educativo, prima e durante lo svolgimento del percorso formativo e d’istruzione della prole, affinché non ci si limiti a sollecitare la mera acquisizione di nuove conoscenze, competenze ed abilità, ma si consolida il senso di appartenenza ad una collettività indivisa i cui componenti avvertano un reciproco legame profondo, espressione di un comune *idem sentire* che rinviene le proprie fondamenta nella primazia, sopra ogni cosa, della dignità dell'essere umano.

⁶³ Così e per un approfondimento v. F. POLITI, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione Repubblicana*, in AA. Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 2670 ss.

⁶⁴ Circa il tema dell'ascolto della persona-minore, «condotto da un interlocutore empatico, riflessivo, disponibile, che sappia percepirlne i disagi, le aspettative e la stessa personalità», v. A. CORDIANO, *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, 3 ss.

⁶⁵ Così P. ANGELA, *Dieci cose che ho imparato*, Milano, Mondadori, 2022.

LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA NELLA (LENTA) EVOLUZIONE DEL DIRITTO PENALE DELLA FAMIGLIA

EMANUELE LA ROSA*

SOMMARIO 1. Considerazioni introduttive. – 2. La tardiva abrogazione dei delitti per causa d'onore. – 3. L'invariato assetto formale della «Tutela penale della famiglia» nel codice Rocco – 4. Il perdurante impianto “pre-riforma” di molteplici norme dello “statuto penale della famiglia”. - 4.1. La violazione degli obblighi di assistenza familiare. – 4.2. La previsione dell'art. 649 c.p. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Per discutere del rapporto tra l. 19 maggio 1975, n. 151 e diritto penale della famiglia occorre prendere le mosse da una notazione di segno positivo: evitando una sgrammaticatura, alla quale ci ha troppe volte abituati, il legislatore si è (quanto meno) astenuto dal mettere mano al diritto penale della famiglia prima di rimodulare la relativa disciplina civilistica. In questo modo si è almeno evitata una inversione metodologica fonte di ambiguità e criticità (oltre che in evidente contrasto con il carattere sussidiario dell'intervento penale). Del resto, la famiglia è inevitabilmente un concetto prevalentemente privatistico, rispetto al quale il diritto penale è una sorta di diritto accessorio «che mutua la il proprio contenuto dalla disciplina extra-penale e quindi nella sostanza dal diritto civile»¹.

Il problema è semmai che a questa iniziale e condivisibile cautela sono seguiti decenni di sostanziale inerzia, che espongono il legislatore ad un giudizio che non può che essere negativo. La ricordata “accessorietà” del diritto penale della famiglia non significa, infatti, che non ci siano e non debbano esserci spazi di autonomia².

Sia pur con colpevole ritardo, il Parlamento italiano ha dovuto prendere atto delle enormi trasformazioni socioculturali che hanno investito il fenomeno familiare e della diversa considerazione che esso riceve nel testo costituzionale. A partire dalla fine degli anni 60 del secolo scorso – anche sulla spinta (sia pur timida e, per molti versi, tardiva) della Corte

* Professore associato di diritto penale, Università di Messina.

¹ R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *Leg. pen.*, 23 marzo 2021, 2.

² In argomento, G. CONTENTO, *Riforma del diritto di famiglia e disciplina penalistica dei rapporti familiari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 168 ss.

costituzionale³ – si sono susseguiti una serie di interventi sulla disciplina civilistica della famiglia⁴ il cui frutto più maturo è rappresentato proprio dalla riforma organica del 1975⁵.

Alla grande stagione delle riforme civilistiche, però, non ha fatto seguito una stagione di riforme penalistiche, con la conseguenza che si è venuto a creare una sorta di iato tra la disciplina civilistica “democratico-costituzionale” e quella penalistica di stampo ancora fascista⁶.

Una mancanza di attenzione alle ricadute penalistiche della riforma che era stata prontamente segnalata, osservando che «non è certo la prima volta che una riforma trascura del tutto le implicazioni di ordine penale che essa determina: ma è probabilmente la prima volta che tale negligenza appare di dimensioni così rilevanti da rendere imperativa la necessità di richiamare l'attenzione anche di coloro che non sono o non hanno ragione di dover essere particolarmente sensibili ai problemi del diritto penale»⁷.

Interventi sulle norme penali poste a tutela o interferenti con la dimensione delle relazioni familiari non sono mancati. L'impressione è, però, quella di un diritto penale familiare che insegne (spesso con ritardo) l'evoluzione della disciplina civilistica della famiglia senza riuscire mai a raggiungerla⁸.

In breve. La legislazione familiare extrapenale, dopo un paio di decenni di immobilismo, ha vissuto una stagione di grande rinnovamento, che ha trovato proprio nella generale riforma del diritto di famiglia la sua massima espressione. Al contrario, il diritto penale familiare è rimasto a lungo incontaminato da interventi legislativi diretti. Una inerzia ritenuta figlia della convinzione – solo in parte fondata – che un «sistema di disposizioni fortemente connotate in senso patriarcale e concepite per assecondare una visione gerarchica della società potesse automaticamente adattarsi ad un disegno familiare e politico-sociale complessivo radicalmente mutato, espressivo di una vocazione adesso egualitaria e personalistica»⁹.

Se oggi il penale familiare si è affrancato da un modello familiare come quello “cristallizzato” nel Codice Rocco, quindi, il merito non è certo ascrivibile ad un attivismo riformistico del legislatore penale¹⁰.

³ Si pensi per esempio alla vicenda che ha interessato i delitti di adulterio e concubinato, dichiarati incostituzionali con sentenza Corte Cost., 16 dicembre 1968, n. 126, dopo che solo qualche anno prima i giudici ne avevano “salvato” la legittimità con argomentazioni che, seppur formalmente ancorate al testo costituzionale, riflettevano nella sostanza una concezione patriarcale della famiglia. Il riferimento è a Corte Cost., 23 novembre 1961, n. 64, ove si osserva che se, da un lato, «è innegabile che anche l'adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione della unità familiare», dall'altro lato, però, «come per la fedeltà coniugale, così per l'unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui vitali interessi di una famiglia».

⁴ Basti ricordare la l. 5 giugno 1967, n. 431, in tema di adozione di minori, volta a superare la logica dell'istituzionalizzazione dei minori in stato di abbandono e di favorirne l'inserimento a pieno titolo in una vera famiglia; o, ancora, la fondamentale legge sul divorzio (l. 1º dicembre 1970, n. 898).

⁵ Sul punto, R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 11 ss.

⁶ In generale, sui rapporti tra diritto familiare ed evoluzione dei modelli familiari, A. VALLINI, *Il diritto penale alla prova dei “vecchi” e dei “nuovi” paradigmi familiari*, in G. CONTE-S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, vol. II, Mantova 2017, 283 ss. Sul punto, v. anche M. BERTOLINO, *Diritto penale della famiglia*, in *Diritto online*, Treccani, 2019.

⁷ G. CONTENTO, *Riforma del diritto di famiglia*, cit., 167.

⁸ R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 12 ss.

⁹ A. SPENA, *Famiglia e diritto penale (evoluzione)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, Milano, 2022, 500. Nello stesso senso, già G. CONTENTO, *Riforma del diritto di famiglia*, cit., 168.

¹⁰ A. SPENA, *Famiglia e diritto penale*, cit., 500.

2. La tardiva abrogazione dei delitti per causa d'onore

Un esempio “eclatante” del disallineamento cronologico precedentemente segnalato è stato rappresentato dalla sopravvivenza dei “delitti per causa d'onore”, almeno fino alla loro abrogazione per effetto della l. 5 agosto 1981, n. 442¹¹.

Nel testo originario del Codice penale, infatti, erano tipizzate, come autonome figure di reato, le *lesioni personali* e l'*omicidio* (art. 587 c.p.) commessi in danno della moglie, della figlia o della sorella, e del partner dell'illegittima relazione carnale, nell'atto di scoprire tale relazione e nello stato d'ira determinato dall'offesa all'onore dell'autore del fatto o della di lui famiglia¹².

Analoga autonoma criminalizzazione era prevista per l'*aborto* (art. 551 c.p.) e per l'*infanticidio* o il *feticidio* (art. 578 c.p.) posti in essere «*per salvare l'onore proprio o di un prossimo congiunto*»: crimini ancor più “odiosi” dei precedenti, se non altro perché commessi in danno di chi – a prescindere da qualsivoglia codice etico-morale preso come riferimento – non poteva che essere qualificato come “innocente”¹³.

In tutti i casi, la risposta sanzionatoria particolarmente mite¹⁴ era chiaramente lo «specchio di un'etica maschilista e familista d'altri tempi»¹⁵.

Il ritardo di oltre un quinquennio con il quale tali norme sono state abrogate è davvero singolare¹⁶.

Già da tempo, peraltro, la dottrina penalistica ne aveva denunciato il carattere anacronistico «frutto di una forma mentis improntata a retrivo egoismo e di concezioni ancestrali dell'onore»¹⁷. Nella stessa Relazione che accompagnava il disegno di legge che

¹¹ Su questa particolare categoria di delitti, I. CARACCIOLI, *Causa d'onore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 580 ss. Sull'iter che aveva condotto al mantenimento dei delitti per causa d'onore nel Codice Rocco, v. L. GARLATI, *Il delitto per causa d'onore. Le istanze abolizioniste nel processo di formazione del codice penale del 1930*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, 2023, 3 ss.

¹² L'art. 587 c.p., sotto la rubrica *Omicidio e lesione personale a causa di onore*, stabiliva quanto segue: «*chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella*».

¹³ *L'innocente*, non a caso, è il titolo del romanzo di Gabriele D'Annunzio del 1892 – portato sul grande schermo da Lucino Visconti nel 1977 - che racconta una vicenda che, per quanto non esattamente riconducibile alla tipicità del previgente art. 578 c.p., costituisce una plastica rappresentazione del drammatico fenomeno che tale disposizione prendeva in considerazione.

¹⁴ Basti pensare che se un omicidio era commesso “per causa d'onore”, la pena massima prevista in via ordinaria per l'omicidio (ventiquattro anni di reclusione ex art. 575 c.p.) si riduceva a sette anni; se poi la vittima era la moglie o la sorella dell'autore, i predetti sette anni si sostituivano alla pena massima di trent'anni di reclusione altrimenti comminati dall'art. 577, co. 2 c.p., mentre se la vittima era la figlia, i sette anni sostituivano l'ergastolo altrimenti derivante dall'art. 577, co. 1 c.p.

¹⁵ D. PULITANÒ, *L'omicidio*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2019, 60.

¹⁶ Ancora più tardiva è stata l'abrogazione dell'art. 544 c.p. che prevedeva il “matrimonio riparatore” quale *Causa speciale di estinzione del reato di Violenza carnale* («Per i delitti preveduti dal capo primo e dall'articolo 530, il matrimonio, che l'autore del reato contraggia con la persona offesa, estingue il reato, anche riguardo a coloro che sono concorsi nel reato medesimo; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali»). Sul punto, v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010, 148. In argomento, V. CALABRÒ, *Storia di un contrastato tramonto. La legge abrogativa della causa d'onore e del matrimonio riparatore*, in M.A. COCCHIARA (a cura di), *Violenza di genere, politica e istituzioni*, Milano, 2014, 275 ss.

¹⁷ Così, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Torino 1972, 51, che, a proposito dell'omicidio per causa d'onore, parlava di «porto di rifugio di non pochi e gravi fatti delinquenziali, caratterizzato da una pena edittale assai lieve e quasi mai scontata per l'incidenza di esimenti e per la prassi dell'indulto». Ancora più

portato alla suddetta abrogazione, si leggeva che si trattava di riforma da troppo tempo invocata e più che matura per la stragrande maggioranza dell'opinione pubblica”, sicché la sua approvazione risultava essere «un atto dovuto al cambiamento di cultura e di sensibilità etico-giuridica avvenuto nella nostra società».

Il carattere intrinsecamente “culturale” di queste disposizioni, cioè la loro congruenza con altrettante norme culturali, diffuse nella società italiana almeno fino agli anni Cinquanta del secolo scorso¹⁸, spiega, ma non giustifica, la sua perdurante vigenza in un contesto nel quale non solo era ampiamente mutato il contesto socio-culturale, ma tale mutamento era stato registrato anche a livello legislativo.

Se questa anomalia è stata infine sanata, altre rimangono ancora. Ed è su alcune di queste che occorre spendere alcune considerazioni.

3. L'invariato assetto formale della «Tutela penale della famiglia» nel codice Rocco

A segnalare la distanza tra il rinnovato assetto delle relazioni familiari sul piano della disciplina civilistica e il corrispondente modello di tutela (anche se forse sarebbe più corretto parlare di intervento) penale è ancora oggi il dato (solo apparentemente formale) delle modalità attraverso le quali la famiglia viene presa in considerazione dal vigente Codice penale.

Nella impostazione originaria del codice Rocco, la famiglia rilevava essenzialmente come oggetto di tutela e solo incidentalmente e secondariamente come fattore di contesto¹⁹.

Per il legislatore del 1930, infatti, secondo l'ideologia autoritario-statualistica dell'epoca, anche la famiglia non poteva che rispecchiare tale ideologia. La prima conseguenza è che la famiglia assurge ad oggetto di protezione penale secondo una dimensione pubblicistica, cioè quale entità, quale bene giuridico autonomo ed indipendente dai soggetti che la compongono e la cui tutela è di per sé meritevole, quale cellula originaria, portante della società, e non in quanto strumentale alla tutela dei diritti di coloro che ne fanno parte. Tanto ciò è vero, che autorevole giurista dell'epoca affermava a proposito del matrimonio «che non è un istituto creato a beneficio dei coniugi, ma è un atto di dedizione e di sacrificio degli individui nell'interesse della società, di cui la famiglia è nucleo fondamentale»²⁰. Con la conseguenza che gli interessi dei singoli avrebbero dovuto essere sacrificati, quando fosse stato necessario per la salvaguardia degli interessi del nucleo familiare.

severo il giudizio di G. PISANI, *Pena di morte all'italiana*, in ID., *Tutela penale e processo: studi*, Milano, 1978, 409, secondo cui ci si trovava al cospetto di una sorta di «pena di morte ad iniziativa privata».

¹⁸ Lo sottolinea F. BASILE, *Immigrazione*, cit., 149, che evidenzia come il «contenuto di queste norme culturali che fornivano la linfa vitale alle citate norme penali, trapela dalla lettura di alcune risalenti pronunce della Cassazione». La correttezza di questa ricostruzione è confermata dalla evoluzione dell'impostazione giurisprudenziale, che, a ridosso dell'entrata in vigore della l. n. 442/1981 e nel periodo successivo, ha negato la possibilità di valorizzare il movente d'onore come fattore attenuante la responsabilità penale. Così, per esempio, Cass. pen., sez. I, 16 giugno 1979, in *Cass. pen.*, 1981, 507, che ha negato il riconoscimento dell'attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale (art. 62, n.1 c.p.), in considerazione del fatto che «il senso morale comune non approva la uccisione del coniuge o dell'amante di questi o di entrambi per motivi di onore e per violazione del dovere di fedeltà coniugale, perché non può riconoscersi che la coscienza etica imponga al coniuge tradito la necessità di reintegrare l'ordine familiare nell'interesse sociale attraverso l'uccisione degli adulteri».

¹⁹ Su questa distinzione, A. SPENA, *Famiglia e diritto penale*, cit., 492.

²⁰ A. ROCCO, *La legislazione*, in *Civiltà fascista*, 1935, 312.

Il modo in cui le norme penali che impattano sul fenomeno familiare sono collocate e organizzate all'interno del Codice penale non poteva che riflettere questa visione pubblicistica.

Si prendano in considerazione la collocazione e la struttura del Titolo IX del Libro II del C.P., che non esaurisce l'ambito dei rapporti tra famiglia e diritto penale, ma ne rappresenta comunque il nucleo principale.

Quando al primo aspetto, la tutela penale della famiglia si inserisce nello schema di “progressione discendente” tipico del Codice Rocco, che accorda preminenza, anche topografica, ai beni superindividuali riferibili allo Stato-istituzione. Da questi promanano tutti gli altri beni secondo un processo di progressive specificazioni, che passano dai corpi intermedi (quale, appunto, la famiglia) sino ad arrivare all'unità elementare rappresentata dall'individuo²¹. Si tratta di un modello, che, per quanto rovesciato sul piano valoriale con l'avvento della Costituzione repubblicana e ai principi personalistici ai quali essa si ispira, rimane scolpito plasticamente nel testo nel Codice penale, come una zavorra gravida di effetti, non solo sul piano simbolico, ma anche su quello ermeneutico.

Non è meno significativa l'organizzazione interna al Titolo dei *Delitti contro la famiglia*, suddiviso in quattro capi, rispettivamente dedicati ai delitti contro il matrimonio (capo I: artt. 556-563); ai delitti contro la morale familiare (capo II: artt. 564 e 565); ai delitti contro lo stato di famiglia (capo III: artt. 566-569) e, infine, ai delitti contro l'assistenza familiare (capo IV: artt. 570-574).

Il Capo I mira(va) a proteggere e tutelare la famiglia nella sua dimensione costitutiva esistenziale, minata da vizi originari (*Bigamia*), e nella sua indissolubile integrità, messa in pericolo dall'effetto disgregante prodotto da certi comportamenti sessualmente inappropriati dei coniugi. Comportamenti che, peraltro erano valutati secondo un moralismo sessuale asimmetrico, come testimoniato dal diverso trattamento riservato all'adulterio del marito rispetto a quello della moglie.

Se anche il Capo II è permeato da una visione moralistica dei rapporti familiari, il Capo III si concentra (va) sulla tutela della struttura giuridica della famiglia, con particolare riguardo ai rapporti di filiazione legittima.

Di tutti, quello che sembrerebbe “invecchiato” meno è il Capo IV, che, essendo congegnato che garantire il corretto espletamento delle funzioni assistenziali e l'adempimento dei doveri di cooperazione e di mutuo soccorso che costituiscono la centrale ragion d'essere dell'istituto familiare. Nondimeno, anche in questo caso, - come si avrà modo di vedere più avanti – il legislatore mira(va) a proteggere la funzionalità della famiglia come istituzione sociale chiamata a garantire il reciproco sostentamento e la formazione dei futuri cittadini, nell'ottica di un più generale interesse dello Stato.

Da tale impianto, che è rimasto inalterato fino ai nostri giorni, si ricava un'idea di famiglia come «società coniugale e come società parentale» da proteggere contro condotte che tendono a disgregarla. Di conseguenza, come emblematicamente emerge dai lavori preparatori al codice penale del '30 a spiegazione della ratio di tutela della famiglia, lo «Stato deve rivolgere costantemente, e col massimo interesse, la sua attenzione all'istituto etico-giuridico della famiglia, che è il centro di irradiazione di ogni civile convivenza...». In tale prospettiva, in cui la famiglia riveste il ruolo di ente politico intermedio fra lo Stato e l'individuo, diventa compito del legislatore «cercare di rinsaldare, nella sua esistenza fisica e nella sua compagine morale, l'organismo familiare; e a tale scopo serve anche la sanzione

²¹ T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fatti specie criminose*, Bologna, 1991, 50.

punitiva con la sua minaccia contro attentati all’istituto del matrimonio, che costituisce il fulcro di ogni ben costituita società, e contro l’organismo familiare»²²

Il problema è questo modello c.d. pubblicistico-istituzionale di famiglia è rimasto nella topografia del Codice penale sostanzialmente invariato, a dispetto non solo dell’evoluzione sociale della famiglia, ma soprattutto dei mutamenti introdotti dalla Costituzione, prima, e dagli interventi riformatori sul diritto di famiglia, dopo.

4. Il perdurante impianto “pre-riforma” di molteplici norme dello “statuto penale della famiglia”

Volendo spostare l’attenzione dal “contenitore” al “contenuto”, sono molteplici gli esempi di norme riconducibili al vasto alveo del c.d. diritto penale della famiglia, che evidenziano l’inerzia o la lentezza del legislatore di fronte alla evoluzione sociale e giuridica.

Si pensi, per esempio, all’art. 564 c.p., che subordina la punibilità dell’incesto al verificarsi di un *pubblico scandalo*; in questo modo dimostrando di avere di mira la tutela di una non meglio precisata “pace familiare”²³ (se non proprio una visione moralistica dell’istituto familiare), più che degli interessi personali dei soggetti coinvolti (ammesso che si tratti effettivamente di beni meritevoli di tutela penale). Non solo: qualifica come incestuoso il rapporto sessuale tra affini in linea retta, finendo col punire un «adulterio qualificato dal rapporto di affinità, quando però l’adulterio di per sé non costituisce reato»²⁴

Non consentendo l’economia del presente contributo una disamina analitica di tutte le disposizioni codistiche in tema di famiglia che denunciano il loro inevitabile “invecchiamento”, può risultare utile concentrare l’attenzione su due di esse, che assumono un significativo valore paradigmatico: l’art. 570 c.p., che incrimina e punisce la *Violazione degli obblighi di assistenza familiare* e l’art. 649 c.p., che in materia di delitti contro il patrimonio prevede particolari casi di *Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti*.

4.1. La violazione degli obblighi di assistenza familiare

Si prenda anzitutto in considerazione la previsione dell’art. 570 c.p., che, sotto la rubrica *Violazione degli obblighi di assistenza familiare* incrimina una serie di condotte, pur tra loro eterogenee, tutte accomunate dalla capacità di incidere sul pieno rispetto delle “obbligazioni” – patrimoniali e non – nascenti dal vincolo familiare²⁵.

²² *Lavori preparatori del Codice penale*, Relazione sui libri II e III, Roma, 1929, §§ 610, 334.

²³ Così, Corte Cost., 15 novembre 2000, n. 518. Secondo A. VALLINI, *Il diritto penale*, cit., 297, la logica sottesa all’incriminazione sarebbe la seguente: «fintantoché l’incesto non abbia assunto carattere pubblico, è bene che le sue implicazioni negative si risolvano nel contesto interpersonale, ché altrimenti sarebbe la persecuzione penale di per sé a creare quell’esteriore sconvolgimento morale che si intende, invece, evitare». Una logica, questa, che rischia di risultare troppo sacrificante per la tutela della personalità individuale.

²⁴ R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 25 s.

²⁵ Per una più analitica disamina della disciplina dettata dall’art. 570 c.p., v., per tutti, A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, vol. XIII, Milano, 2012, 200 ss.

Nelle intenzioni del legislatore del 1930 la previsione mirava ad imporre un forte consolidamento dei valori familiari contro il pericolo di disgregazione dell'unità morale e fisica della famiglia medesima²⁶.

È di assoluta evidenza come la *ratio* e la struttura di tale disposizione la rendano particolarmente sensibile e permeabile all'evoluzione della disciplina extra-penale della famiglia.

La riforma del 1975 non ha certo ristretto l'ambito degli obblighi di assistenza, che è stato semmai ampliato. Da questo punto di vista, un mancato intervento correttivo sulla disposizione incriminatrice potrebbe apparire non particolarmente significativo.

Sennonché a mutare profondamente è stato il quadro di valori sottinteso a quegli obblighi. Nello spirito della riforma, l'adempimento (o l'inadempimento) non sono valutati sulla base della mera attuazione di comportamenti oggettivamente significativi, «ma esige la realizzazione di una condotta idonea a rappresentare una precisa presa di posizione spirituale dei soggetti titolari degli obblighi»²⁷. Ciò perché l'obiettivo non è più la astratta tutela della famiglia come istituzione e nucleo fondante della società, bensì garantire il rispetto dei vincoli di reciproca solidarietà intra-familiare e la effettiva protezione degli interessi dei singoli.

Emblematico di questo mutamento prospettico è il persistente riferimento – quale nota modale che potrebbe accompagnare la violazione degli obblighi di assistenza penalmente rilevanti – all'*abbandono del domicilio domestico*, che certo non può più assumere in sé il significato di un implicito atteggiamento di violazione dell'obbligo di coabitazione e della funzione di assistenza morale e materiale a cui quell'obbligo assolveva.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 ha abrogato il previgente obbligo della moglie di accompagnare il marito nel luogo in cui si fissava la residenza e di avere lo stesso domicilio del marito, sostituendolo col principio che sono entrambi i coniugi a concordare tra loro l'indirizzo della vita familiare e a fissare la residenza, secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa (art. 144 c.c.).

In un contesto culturale e normativo così mutato lo stesso significato di *abbandono del domicilio*, rischia di assumere contorni tutt'altro che definiti, consentendo al giudice una ampia discrezionalità nell'apprezzamento della giusta causa di abbandono del domicilio.

A questo *deficit* di precisione, poi, si aggiunga l'impatto che la terminologia usata produce sul valore simbolico-espressivo tipico di ogni norma incriminatrice: la terminologia che continua ad essere utilizzata dall'art. 570 c.p. ha a lungo inoculato, nella generalità dei consociati, l'idea che la norma continuasse a punire *sic et simpliciter* quello, che non a caso, era definito “abbandono del tetto coniugale”. Si tratta di una questione solo apparentemente terminologica, che al contrario produce effetti sul piano socioculturale. Ci sono voluti decenni per sradicare dal linguaggio comune una simile espressione (sempre ammettendo che ci si sia riusciti): un tempo che un intervento di adeguamento diretto della norma penale avrebbe di gran lunga abbreviato.

Vero è che gli obblighi di assistenza devono essere alla luce degli artt. 29 e 30 Cost. e ricostruiti sulla base delle disposizioni introdotte dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 e dalle norme in materia di filiazione introdotte nel 2013; la qual cosa ha resto possibile una

²⁶ Lo ricordano G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2020, 445, che sottolineano come alla norma fosse affidato «un comito chiave di tutela nel “programma di restaurazione e di elevazione dei valori morali della famiglia». In questa prospettiva, si mirava a garantire «la saldezza di quei legami morali ed economici che avvincono, per legge, tutti coloro che fanno parte del medesimo nucleo familiare».

²⁷ G. CONTENTO, *Riforma del diritto di famiglia*, cit., 173 s.

qualche forma di armonizzazione in sede applicativa tra le discipline da ultimo citate e la disposizione incriminatrice di cui qui si discute. Nondimeno il tenore letterale dell'art. 570 c.p. mantiene – come si è appena visto – un tono per molti versi anacronistico.

Un altro esempio per tutti: si può davvero ancora parlare di un *ordine o di una morale delle famiglie* quali parametri di valutazione della condotta contraria agli obblighi di assistenza presidiati penalmente dall'art. 570 c.p.? L'interrogativo è evidentemente retorico. La terminologia in parola non poteva che riflettere quella che era l'originaria *ratio politico* criminale della disposizione. Vista oggi, pure riletta in chiave evolutiva e costituzionalmente orientata, continua ad evocare una visione moralistica e pubblicistica della famiglia.

4.2. *La previsione dell'art. 649 c.p.*

Una attenzione particolare merita, poi, la disciplina prevista dall'art. 649 c.p., che riserva un trattamento “di favore” agli autori di offese di natura patrimoniale commesse nel contesto familiare. Un *favor*, questo, la cui intensità dipende, a sua volta, da quella del legame familiare, assunto nella sua dimensione formale²⁸. Nel caso di reato commesso in danno di coniuge non legalmente separato, ascendente o discendente, affine in linea retta, adottante o adottato, nonché di un fratello o di una sorella conviventi, è prevista la rinuncia alla pretesa punitiva (art. 649, co. 1, c.p.). Una non punibilità estesa recentemente estesa alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, per effetto del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6. Per reati commessi a danno del coniuge legalmente separato del fratello o della sorella che non convivano con l'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi l'effetto favorevole si traduce in un mutamento del regime di procedibilità, che diventa a querela della persona offesa. Anche in questo caso, la platea dei destinatari della norma è stata estesa dal d.lgs. n. 6/2017, con l'inclusione della «parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa».

In ogni caso, non si deve trattare di un delitto contro il patrimonio commesso con violenza alle persone (art. 649, co. 3, c.p.), tant'è che sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione *Rapina* (art. 628 c.p.), *Estorsione* (art. 629 c.p.) e *Sequestro di persona a scopo di estorsione* (art. 630 c.p.).

La disposizione in parola ha da tempo attirato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza (anche costituzionale), soprattutto con riferimento all'individuazione della cerchia dei destinatari. Si pensi, in particolare, alla possibilità di estendere l'ambito di applicazione della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*: una eventualità ripetutamente esclusa dalla Corte costituzionale, sia pure con accenti ed argomentazioni sempre più sensibili all'evoluzione del contesto sociale e legislativo²⁹. Pur senza poter esaminare nel dettaglio questa giurisprudenza, un dato emerge (e per certi versi stupisce): ancora dopo decenni dalla riforma del diritto di famiglia, i giudici della Corte Costituzionale sembravano difendere la disciplina dell'art. 649 c.p. in nome di un assetto dell'istituto familiare ampiamente superato a partire dall'entrata in vigore della l. n. 151/1975.

²⁸ Lo rileva, per esempio, L. FERLA, *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali*, Napoli, 2022, 139.

²⁹ Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Consulta in materia di art. 649 c.p., per esempio, G. PONTEPRINO, *La causa di non punibilità per i reati contro il patrimonio commessi a danno di coniugi: tra anacronismo legislativo e potenzialità inespresse*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1516 ss.

Nell'economia del presente contributo, però, non è su questi aspetti che occorre soffermarsi, quanto sulla *ratio* che sorregge la causa di non punibilità: un tema solo in apparenza slegato da quello dei destinatari del trattamento di favore, essendo la selezione di questi ultimi il riflesso delle ragioni di opportunità politico criminale su cui quel trattamento si fonda³⁰.

Si consideri, in particolare, l'ipotesi del primo comma: ci si trova al cospetto di una causa di non punibilità concomitante, che rappresenta la «croce di ogni sistematica del reato»³¹. Ciò in quanto la rinuncia alla punibilità non può che dipendere da considerazioni di inopportunità politico-criminale della repressione, in ragione di interessi extra-penalì particolarmente rilevanti, tali da rendere, in sostanza, la previsione del preceppo ineffettiva sul piano sanzionatorio.

Si tratta di una previsione che, per quanto affondi le radici in una tradizione giuridica consolidata e trovi riscontro anche in altri ordinamenti, appare sorretta da presupposti politico-criminali che sarebbe eufemistico definire anacronistici³².

Lo ha sottolineato, anche se (come accennato) in tempi relativamente recenti, la stessa Corte Costituzionale (sentenza 5 novembre 2015, n. 223)³³. Pur concludendo per la inammissibilità della questione, i giudici condividono, nella sostanza, le doglianze del rimettente circa l'irragionevolezza del trattamento di favore riservato ai congiunti della persona offesa da determinati delitti contro il patrimonio rispetto a quello previsto per gli autori dei medesimi delitti non legati alla vittima da alcuno dei rapporti di parentela menzionati dalla disposizione. Non solo: si spingono a riconoscere come la previsione contenuta nell'art. 649 c.p. sia inadeguata al fluire del tempo³⁴, costituendo un vero e proprio anacronismo legislativo³⁵.

L'intrinseco anacronismo della previsione legislativa emerge su molteplici piani, tra loro intimamente connessi e legati all'antico retaggio dell'istituto, che chiama in causa il bene

³⁰ L'elevato numero di questioni di legittimità costituzionale sollevare in merito all'art. 649 c.p., del resto, è un chiaro segnale di come il bilanciamento di valori operato nel 1930 risulti insoddisfacente alla luce del mutato quadro normativo. Lo osserva V. SPINOSA, *La causa di non punibilità dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare: un privilegio irragionevole secondo la Corte costituzionale* (sent. 5.11.2015, n. 223), in *Leg. pen.*, 2016, 7.

³¹ F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1528.

³² Basti pensare che già nel diritto romano si rinviene la non perseguibilità del *furtum* commesso a danno del coniuge, che si giustificava sia per l'assenza dell'intento fraudolento nel soggetto agente, sia per il contesto di *societas vitae* nel quale la sottrazione è stata realizzata, tale da escludere il requisito dell'altruità della *res furtiva*.

³³ Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 223, in *Famiglia e Diritto*, 2016, con nota di P. PITTARO, *Reati contro il patrimonio: anacronistica la previsione di non punibilità per fatti commessi ai danni dei congiunti*. Su questa pronuncia, v. anche V. SPINOSA, *La causa di non punibilità*, cit., 2.

³⁴ L'art. 649 c.p. rientrerebbe, quindi, nei casi in cui, almeno in linea di principio, è legittimo l'intervento della Corte costituzionale, trovandosi al cospetto di una ipotesi in cui «l'inopportuno trascinamento nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della mutata realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti». Ciò in quanto, «da protezione assoluta stabilità intorno al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non è più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e solidarietà che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento».

³⁵ Con l'espressione «anacronismo legislativo» si fa riferimento ad una norma che risulta contrastante con l'evoluzione dell'ordinamento e con il mutare dei costumi e dei rapporti sociali. In argomento, M. D'AMBROSIO, *L'anacronismo legislativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. FEMIA (a cura di) *Interpretazione ai fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 309 ss.

giuridico sovraindividuale dell'onore e dell'unità familiare, da ritenersi superiore agli interessi puramente patrimoniali offesi dal congiunto³⁶.

Il primo profilo che evidenzia il segno del tempo trascorso attiene alla struttura e al modello familiare che il legislatore aveva presente e che non corrisponde più né alla realtà sociale, né alla sua traduzione in termini giuridici. Il legislatore del 1930 pensava ad una famiglia allargata nella quale era “naturale” che potessero condividere lo stesso tetto oltre al nucleo ristretto (madre, padre e figli), anche nonni, zii, cugini tutte figure a cui l'art. 649 c.p. fa riferimento. Una struttura ben lontana da quella “nucleare” della famiglia contemporanea.

Il secondo aspetto del carattere anacronistico dell'art. 649 c.p. è strettamente connesso al primo, e attiene al diverso assetto dei rapporti economici all'interno della famiglia, che sono ben mutati dalla entrata in vigore del Codice penale.

Alla base delle scelte del Codice Rocco (come già del Codice Zanardelli, a onor del vero), infatti, vi era il riconoscimento della “confusione delle sostanze”, dovuta alla comunanza di interessi sul piano dei rapporti patrimoniali nell'ambito familiare, in una concezione ottocentesca che lo stesso Guardasigilli Rocco, pur riconoscendola inopportuna, ha ritenuto di conservare per non allontanarsi “da una tradizione legislativa universalmente accolta”. Sulla base di tale presupposto si è ritenuto irragionevole incriminare condotte poste in essere in un contesto di abituale condivisione delle risorse economiche disponibili³⁷.

Va detto come già con l'assetto originario del Codice Rocco vi fossero serie ragioni per dubitare della coerenza di una simile ricostruzione. Basti rilevare come la sottrazione di cose comuni sia riconducibile all'ambito dell'applicazione dell'art. 627 c.p. che punisce con pena ridotta l'impossessamento di cose delle quali l'autore del fatto abbia una titolarità patrimoniale solo parziale³⁸. Non è facile comprendere per quale ragione chi si appropria di un bene del quale abbia una (certo parziale, ma pur sempre) formale titolarità debba essere punito, mentre si manda esente da pena un soggetto che “aggredisce” un bene del tuo estraneo alla sfera dei suoi rapporti giuridici formali.

L'assetto patrimoniale è del resto il naturale riflesso di un particolare modo di concepire le relazioni interpersonali all'interno della famiglia. In intreccio di rapporti che vede al suo vertice il *pater familias* dotato autorità e di poteri disciplinari.

Ad ogni modo, continuare a parlare di titolarità indistinta dei beni patrimoniali e di autodichia entro la cerchia familiare sarebbe insostenibile alla luce dei profondi mutamenti della realtà sociale e legislativa, soprattutto dopo la l. n. 151/1975, la quale ha abolito l'istituto della dote, la *patria potestas* e la potestà maritale, con piena attuazione del principio di uguaglianza morale e giuridica fra i coniugi, ai sensi dell'art. 29 co. 2 Cost.. Il matrimonio, che vedeva nel marito l'amministratore dei beni comuni, cui la moglie contribuiva apportando la dote, non è più indissolubile ed è scomparsa quella famiglia patriarcale caratterizzata da un ventaglio di componenti, riscontrabile nella fattispecie dell'art. 649 c.p., ove viene posto l'accento, oltre al coniuge, e con diversa normazione, su ascendente, discendente, affine in linea retta, affine in secondo grado, adottante, adottato, fratello e sorella non conviventi, zio e nipote conviventi. È ormai tramontato il ruolo dominante del marito e

³⁶ Sul punto, per esempio, G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Studi di diritto penale*, Padova 1956, 51 ss.

³⁷ Lo osservava P. NUVOLONE, *Cohabitation, convivenza e relazioni domestiche*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 297 ss..

³⁸ Così, A. MOLARI, *Reato contro il patrimonio non punibile e delitto di calunnia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 200, nt 54. Nello stesso senso, I. MERENDA, *Brevi note sui rapporti di famiglia come “causa di non punibilità” nei delitti contro il patrimonio*, in *Cass. pen.*, 2009, 2402.

del padre, in un contesto che vede la reciproca autonomia economica dei singoli componenti, ed è stata ampiamente messa in discussione la assoluta protezione stabilità al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e di solidarietà, che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento.

A ciò si aggiunga come non sia più sostenibile una rappresentazione formalistica dei rapporti familiari, come quella che permea di sé l'intero impianto della disposizione codicistica qui considerata, al punto da costituire anche il discriminio che il legislatore ha tracciato tra il regime di non punibilità dell'autore della condotta e la procedibilità del reato a querela della persona offesa³⁹.

Secondo una parte della dottrina le ragioni politico-criminali alla base della scelta di mantenere nel Codice penale una disciplina come quella dettata dall'art. 649 c.p. troverebbero nella Costituzione repubblicana una sorta di rilegittimazione: il regime preferenziale troverebbe giustificazione nell'esigenza di tutelare la famiglia, il cui rilievo costituzionale trova riconoscimento negli artt. 29 ss.⁴⁰. Rivista secondo tale chiave di lettura, la disposizione lunghi dal risultare anacronistica, sarebbe del tutto in sintonia con il ruolo e la posizione dell'istituto familiare nell'attuale assetto ordinamentale.

Né mancano ricostruzioni che tentano di ricondurre la previsione entro l'alveo personalistico disegnato dalla Costituzione repubblicana. In questa prospettiva, il reato contro il patrimonio finirebbe con l'assomigliare più a un abuso delle relazioni domestiche che a un vero e proprio impossessamento della *res* altrui, e il trattamento di favore riservato all'autore del reato si giustificherebbe in ragione della sua ridotta pericolosità sociale⁴¹. Costui, infatti, è ritenuto incapace di minacciare i beni di proprietà di soggetti estranei alla dimensione familiare. Si tratta, però, di una impostazione fondata su un assunto criminologico che potrebbe non trovare conferma nella realtà: nulla esclude che l'inclinazione del soggetto a commettere reati contro il patrimonio si esaurisca all'interno del contesto familiare. Non a caso, chi sostiene questa tesi, corrobora la presunzione col riferimento al fatto che, nella comunione di vita instaurata fra i parenti più stretti, il godimento delle cose avvenga in modo promiscuo, senza confini netti nella titolarità dell'uno o dell'altro bene. Una giustificazione, quella fondata sulla c.d. "confusione patrimoniale" del cui anacronismo si è già detto.

Altri Autori, pur riconoscendo l'originaria matrice patriarcale e pubblicistica del modello alla base della *ratio originaria* dell'art. 649 c.p., ne propongono una reinterpretazione volta a recuperare una certa coerenza tra la disposizione in parola e il mutato assetto socio-giuridico delle relazioni familiari. In questa prospettiva, si dovrebbe abbandonare l'impostazione che vede nella causa di non punibilità in parola un presidio di tutela rafforzata dell'unità familiare, pure a scapito dei diritti del singolo, per procedere ad una rilettura costituzionalmente orientata, che tenga conto dell'attuale portata del concetto di famiglia, quale "luogo in cui si svolge la personalità dell'individuo" e sede privilegiata di rapporti basati su rispetto e solidarietà reciproca. In questa rilettura costituzionalmente orientata, l'art. 649 c.p. manterrebbe sì la sua funzione di strumento di garanzia della pace familiare, vista come pacifica convivenza in seno ad essa. Questa funzione andrebbe, però, intesa non nel senso di evitare di rompere ciò che in realtà si è già rotto con la commissione del reato, ma in quello di non creare «una frattura ulteriore che potrebbe compromettere anche i presupposti per la

³⁹ L. FERLA, *Prospettive della non punibilità*, cit., 140.

⁴⁰ G. COCCO, *Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di procedibilità a querela*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1049.

⁴¹ F. SGUBBI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna 1998, 431.

pacifica convivenza e per una eventuale riconciliazione»⁴². In buona sostanza, si tratterebbe di abbandonare l'impostazione che vede nella causa di non punibilità in parola un presidio di tutela rafforzata dell'unità familiare, in favore di un approccio che guardi alla famiglia come sede privilegiata di rapporti basati sul rispetto e la solidarietà reciproca: rapporti che - ove possibile - vanno salvaguardati e protetti, e non in una prospettiva «nemica delle persone e dei loro diritti»⁴³, ma proprio «al fine di favorire la “realizzazione relazionale” dell'individuo all'interno della “famiglia”, sia essa di fatto o di diritto»⁴⁴.

Lo sforzo di rileggere la disciplina qui presa in esame in una prospettiva costituzionalmente orientata è certamente meritevole e si apprezza anche nell'ottica di «preservare la funzione di *extrema ratio* del diritto penale»⁴⁵.

Esso, però, si scontra con un dato letterale ancora impenniato su una concezione istituzionale formalistica della famiglia e dei rapporti interni ad essa. Basti pensare a come l'art. 649 c.p. continui a fare riferimento a rapporti familiari che non solo prescindono dalla convivenza, ma presuppongono una frattura già in atto all'interno del nucleo familiare (es.: *coniuge legalmente separato*). Né pare sostenibile ritenere la convivenza come presupposto implicito per l'applicazione della previsione⁴⁶: l'apprezzabile intento di restringere il raggio di azione di quest'ultima si infrange sul dato testuale che, per esempio, con riferimento a fratelli e sorelle vene nella convivenza il *discrimen* tra non punibilità e procedibilità a querela.

Resta, in ogni caso, un dato ineliminabile: al netto di riletture e correttivi giurisprudenziali, l'art. 649 c.p. restituisce, come uno specchio, l'immagine della società e della visione politica del tempo in cui è stata concepita, in cui «dominava il mito della famiglia patriarcale e indissolubile»⁴⁷. Questa risalente concezione della famiglia si rivela in contrasto con l'attuale sensibilità sociale, nonché con il generale assetto del diritto di famiglia, profondamente rinnovato a seguito della riforma del 1975⁴⁸.

Dell'incapacità della disposizione di adeguarsi automaticamente alle trasformazioni extrapenali dell'istituto familiare si è al fine (e tardivamente) reso conto lo stesso legislatore. Un intervento normativo diretto sull'art. 649 c.p. si è avuto, infatti, con la legge 20 maggio 2016, n. 76, che disciplina l'unione civile tra persone dello stesso sesso e la convivenza di fatto tra persone, dello stesso sesso o di sesso diverso.

A differenza della legge del 1975, in questo caso il legislatore si pone il problema del necessario coordinamento tra la disciplina di nuovo conio e il previgente assetto del diritto penale della famiglia. Infatti, l'art. 1, co. 28, lett. c), della legge in parola conteneva una delega al Governo affinché adottasse le «modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti».

Due profili di tale previsione meritano di essere sottolineati.

⁴² Così, R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 25, secondo cui chi subisce una lesione patrimoniale in ambito familiare «viene privato della tutela penale offerta dalle norme incriminatrici non nel nome di una unità prevaricatrice, ma per agevolare la pace della convivenza, con il risultato di far prevalere l'interesse della pace familiare su quello individuale della punizione». Nello stesso senso, G. PONTEPRINO, *La causa di non punibilità*, cit., 1519 ss.

⁴³ Corte Cost., 20 novembre 2002, n. 494.

⁴⁴ G. PONTEPRINO, *La causa di non punibilità*, cit., 1522.

⁴⁵ G. PONTEPRINO, *La causa di non punibilità*, cit., 1522.

⁴⁶ R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 26.

⁴⁷ F. MANTOVANI-G. FLORA, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2024, 63.

⁴⁸ Così, per esempio, V. SPINOSA, *La causa di non punibilità*, cit., 2.

Il primo è la estrema genericità della delega⁴⁹, tale da determinare un potenziale attrito con disposto dell'art. 76 Cost.

La sostanziale assenza di principi e criteri direttivi è tale che si potrebbe persino dubitare della volontà del legislatore di mettere mano alle possibili ricadute sul piano penalistico della regolamentazione delle unioni civili⁵⁰.

Pure ammettendo che proprio l'ampiezza della formulazione normativa consentiva di includervi anche il riferimento alle disposizioni del Codice penale, resta il dato della evidente tensione col dettato costituzionale dell'art. 76, che subordina la legittimità della delega legislativa alla predeterminazione di «principi e criteri direttivi». Una esigenza ancora più rilevante nella materia penale, soggetta a più elevati standard di legalità. L'art. 1, co. 28, lett. c) contempla più l'oggetto della delega che le indicazioni per la sua concreta attuazione, lasciando mano libera al governo⁵¹.

Il secondo, e per molti versi più interessante, dato di interesse è la limitazione della portata dell'intervento alle sole unioni civili tra persone dello stesso sesso⁵². Una soluzione che sembra riflettere ancora una volta una lettura formalistica delle relazioni familiari in seno all'art. 649 c.p. Nel caso di “unioni civili tra persone dello stesso sesso”, trattandosi del massimo livello di formalizzazione che l'ordinamento riconosce a quel particolare tipo di “formazione sociale familiare”, si applica la medesima disciplina prevista per la famiglia tradizionale fondata sul matrimonio; non così nel caso di “convivenze”, evidentemente concepite come famiglie di livello inferiore, la cui “pace” non meriterebbe di essere tutelata. La qual cosa smentisce la ricordata rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 649 c.p. come “strumento di riconciliazione”⁵³, che vede proprio nella convivenza il principale fattore del trattamento di favore.

Il d.lgs. 2017, n. 6, è intervenuto su tre punti della disciplina penale della famiglia.

In primo luogo, ha esteso la definizione di “prossimi congiunti” – rilevante ai fini dell'applicazione di molteplici norme penali – inferendo nell'art. 307 c.p. un espresso riferimento alla «*parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso*»⁵⁴.

⁴⁹ Critico sul punto P. PITTAPO, *Unioni civili e legislazione penale: il decreto delegato*, in *Fam. Dir.*, 2017, 489 ss.

⁵⁰ P. PITTAPO, *I profili penali della L. n. 76 del 2016*, in *Fam. Dir.*, 2016, 1007 s.

⁵¹ P. PITTAPO, *Unioni civili*, cit., 490.

⁵² Lo rilevava G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della legge Cirinnà*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2016, secondo cui sarebbe stato auspicabile un intervento in materia.

⁵³ V. gli Autori citati *supra* nota 42.

⁵⁴ In merito si consideri come l'art. 1, co. 20, l. n. 76/2016 prevedesse già una clausola di adeguamento automatico, secondo la quale “*al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenuti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*”. Per quanto la lettera della norma utilizzi una formulazione tanto ampia da poter ricomprendere teoricamente anche il diritto penale, la dottrina ha subito evidenziato come detta equiparazione mal si conciliasse con la specificità e con i principi che regolano il diritto penale, specie sostanziale. Così, per esempio, A. MERLI, *Note introduttive al tema: “la rilevanza penalistica della convivenza more uxorio” (dopo la legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale)*, in *Dir. pen., cont.*, 10 maggio 2017, 4. Tali perplessità, lungi dall'essere contenute per effetto del d.lgs. n. 6/2017, appaiono semmai ulteriormente acute. Il decreto attuativo – come ricordato nel testo - sembra essersi spinti oltre i limiti (peraltro, piuttosto generici) imposti dalla delega legislativa. Così, G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone*, cit., 9; A. ROIATI, *Il diritto penale a confronto con unioni civili e convivenze di fatto tra vecchi e nuovi paradigmi differenziati*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 699.

Tale assimilazione tra le unioni civili e il modello familiare “tradizionale” fondato sul matrimonio, trova, poi, il suo completamento nel nuovo art. 574 *ter* c.p.⁵⁵. Questa piena equiparazione, agli effetti della legge penale, tra unioni civili tra persone dello stesso sesso e matrimonio, suscita qualche perplessità.

Ciò non tanto perché la suddetta equiparazione tradirebbe le intenzioni di un legislatore deciso a tenere nettamente distinte (anche e soprattutto da un punto di vista terminologico) le due figure, quanto per il paradossale effetto che essa finisce col produrre. Se in interpreta alla lettera l'art. 574 *ter* c.p., sono applicabili anche in relazione alle unioni civili delitti quali la *Bigamia*, l'*Induzione al matrimonio mediante inganno*⁵⁶.

Non si discute del fatto che in taluni casi tale equiparazione può risultare ragionevole e quanto mai opportuna: si pensi alla violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex art. 570 c.p.* Discutibile è il carattere generalizzato della equiparazione.

In questo caso – e solo in questo – il diritto penale della famiglia sembra muoversi con una velocità maggiore rispetto a quella del diritto di famiglia, ma in una direzione – quella di un allargamento dall'area di rischio penale dei soggetti coinvolti – che non sarebbe certamente auspicabile. Non si comprende per quale ragione la parte di una unione civile debba incorrere nelle medesime ipotesi di responsabilità penale previste per il coniuge, pur a fronte di una tutela che sul piano civilistico risulta attenuata rispetto a quella riservata a chi ha contratto matrimonio. Una sorta di intervento “punitivo”, corroborato dalla incomprensibile scelta di non estendere l'equiparazione tra parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso e qualità di coniuge quando quest'ultima rileva come circostanza attenuante⁵⁷.

La terza modifica, infine, ha riguardato proprio l'art. 649 c.p.: al primo comma, dopo il numero 1), è inserito il numero 1 bis, che fa riferimento alla “*parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*” ed al secondo comma, dopo le parole “*coniuge legalmente separato*”, è inserita la locuzione “*parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa*”.

Il testo originario del d.lgs., in realtà, aveva una portata assai più limitata, dal momento che la rinuncia alla punibilità per i delitti contro il patrimonio commessi dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso era subordinata al ricorrere di un ulteriore presupposto: la consumazione del reato in costanza di coabitazione. Questa limitazione è stata poi eliminata, su impulso delle Camere, sulla base dell'ovvia considerazione che in tal modo si sarebbe determinata una disparità di trattamento fra i coniugi e le parti dell'unione civile, posto che la coabitazione non è contemplata tra i presupposti applicativi dell'art. 649 c.p. per i coniugi non legalmente separati⁵⁸.

⁵⁵ Mediante tale disposizione si prevede espressamente che il termine *matrimonio* si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

⁵⁶ Quanto alla parificazione del coniuge eterosessuale e del coniuge omosessuale ogni qual volta la legge penale considera la qualità di coniuge (solo) come circostanza aggravante del reato, vengono in rilievo i seguenti delitti: *omicidio* (art. 577, comma 2, c.p.); *lesioni personali, mutilazioni genitali femminili e omicidio preterintenzionale* (art. 585 c.p.); *abbandono di persone minori o incapaci* (art. 591, co. 4, c.p.); *sequestro di persona* (art. 605, comma 2 c.p.); *riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi* (art. 602 *ter*, comma 6, c.p.); *violenza sessuale* (art. 609 *ter*, n. 5 *quater*, c.p.) e *atti persecutori* (art. 612 *bis*, co. 2, c.p.).

⁵⁷ Così, G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone*, cit., 9

⁵⁸ Lo ricorda P. PITTAZO, *Unioni civili*, cit., 495, che evidenzia come «una situazione di fatto, come l'assenza della coabitazione, avrebbe atto venir meno la punibilità per le parti dell'unione civile, ma non per i coniugi».

Questa vicenda legislativa, pur con tutti i limiti segnalati, evidenza la (sia pur tardiva) consapevolezza circa la necessità di adeguare la disciplina dell'art. 649 c.p. all'evoluzione anche normativa dell'istituto familiare. Se questo è vero, su una considerazione non può non convenirsi: il decreto del '17 costituisce l'ennesima modifica-tampone in materia di diritto penale della famiglia, un'ulteriore occasione persa di adeguare convenientemente l'ambito penalistico in materia familiare alle mutate condizioni sociali e ai dettati della Costituzione repubblicana⁵⁹. Non solo: una modifica che, per ovviare ad una possibile sperequazione, rischia di generarne un'altra rispetto alla posizione del convivente, nella misura in cui l'applicazione della causa di non punibilità si apre alle unioni civili, ma resta chiusa alle convivenze di fatto⁶⁰.

Tale intervento legislativo ha prodotto un evidente iato tra il modello istituzionale di famiglia, fatto proprio dal Codice Rocco, e una concezione personal-individualistica nella quale essa si pone in termini di strumentalità rispetto al singolo rappresenta una delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. Si tratta di due assetti valoriali, se non contrapposti, certamente eterogenei, ma che, almeno in quel momento storico, continuavano a gravitare «intorno a un archetipo unitario di famiglia»⁶¹.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce delle osservazioni formulate in coda al precedente paragrafo, la mancanza di un intervento organico sull'assetto penalistico della famiglia appare oggi ancora più grave di quanto già non apparisse subito dopo l'entrata in vigore della Riforma del 1975.

Certo non sarebbe corrispondente al vero negare che il diritto penale familiare si sia in grandissima parte liberato dell'ancoraggio al modello originario di famiglia, apparendo «largamente sintonico rispetto ai principi costituzionali»⁶². Questo risultato è, però, stato ottenuto solo grazie ad un lento (e accidentato) processo ermeneutico, che – grazie all'influenza di un diverso ambiente culturale, costituzionale e legislativo extra penale – ha consentito di trarre contenuti normativi di segno profondamente diverso, rispetto a quello che connotava l'originaria connotazione codicistica⁶³.

Si può anche condividere l'affermazione secondo cui non sussisterebbe un'incompatibilità assoluta tra il modello pubblicistico di famiglia e quello costituzionale. Ciò nella misura in cui nell'ordito della Carta fondamentale la famiglia è tratteggiata «non solo come struttura sociale che offre possibilità di libera espressione alla personalità individuale, ma anche come “micro-comunità” alla quale la Costituzione assegna funzioni di interesse generale e costituzionale (assistenza, educazione, mantenimento)»⁶⁴.

⁵⁹ S. RIONDATO, *L'unione familiare di matrimoni, unioni civili e convivenze, dopo la riforma penale 2016-2017*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1007.

⁶⁰ A. ROIATI, *Il diritto penale a confronto*, cit., 701.

⁶¹ A. ROIATI, *Il diritto penale a confronto*, cit., 695.

⁶² A. SPENA, *Famiglia e diritto penale*, cit., 500.

⁶³ Mette in evidenza come buona parte del sistema codicistico conservi i tratti originari, che «pure affiorano ricorrenti nella prassi», A. VALLINI, *Il diritto penale*, cit., 292.

⁶⁴ A. VALLINI, *Il diritto penale*, cit., 293. Nello stesso senso, A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, vol. XIII, Milano, 2012, 25 ss.

Il problema è che in molte disposizioni codicistiche la famiglia continua ad essere presa in considerazione nella sua dimensione istituzionale, piuttosto che in quella sociale, più come nemica dell'individuo che come strumento di realizzazione della sua personalità.

Da qui l'opportunità (*rectius*, la necessità) di un intervento organico del legislatore che metta finalmente mano alla disciplina penale della famiglia, depurandola da quelle incrostazioni moralistiche e patriarcali che, nonostante tutto, ancora permangono, e ponendo rimedio alle ambiguità e ai difetti di accordo con la disciplina extra-penale che restano ancora numerosi, come questo breve scritto ha avuto modo (sia pure in minima parte) di evidenziare.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN MATERIA DI PROCREAZIONE ASSISTITA

FRANCESCA PERRINI*

SOMMARIO: 1. Il legame tra la procreazione medicalmente assistita e l'emersione di “nuovi diritti per nuove famiglie”. – 2. Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo al superamento del divieto di fecondazione eterologa posto dalla normativa italiana. – 3. Il tema della maternità surrogata: una questione ancora aperta. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Il legame tra la procreazione medicalmente assistita e l'emersione di “nuovi diritti per nuove famiglie”*

Un aspetto sul quale sempre di più occorre riflettere in materia di nuove famiglie (e, dunque, nuovo diritto di famiglia) riguarda le influenze che su tale ambito possono derivare dalle tecniche di procreazione assistita. Ciò ove si consideri che, sebbene, tra molte difficoltà, gli ordinamenti nazionali siano riusciti a dotarsi di una normativa sull'argomento, non sempre queste regole si sono rivelate pienamente efficaci o complete. Infatti, su questo tema, più volte, la Corte di Strasburgo si è pronunciata, dando vita ad un lungo ed articolato dialogo con le Corti interne a proposito di “*reproductive rights*”, “*children's rights*”, “*parental rights*”, “*gestational surrogacy*”.

Nel caso dell'ordinamento italiano – la cui normativa di riferimento è data dalla legge n. 40/2004 recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”¹ – occorre evidenziare che al giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo si aggiunge quello della Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionali alcune previsioni della citata legge.

Dal dialogo giurisprudenziale sono derivate importanti innovazioni e l'auspicio è che si proceda in tale direzione.

Preliminarmente occorre precisare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso i casi in materia basandosi sull'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare senza ulteriori dettagli e/o specificazioni.

Come è noto, è stata la Corte di Strasburgo che ha arricchito di contenuto tale diritto, attraverso la sua copiosa giurisprudenza, riuscendo ad applicare la norma in oggetto ai casi riguardanti la procreazione assistita adattandola ai mutamenti sociali e scientifici.

Il caso più famoso per l'Italia è sicuramente il caso *Costa e Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012², in cui i ricorrenti, essendo portatori sani di fibrosi cistica, lamentavano che il divieto

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

¹ Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 24 febbraio 2004, n. 45. Per dei commenti si veda C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 531 ss.; M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in www.forumcostituzionale.it, in cui la legge in oggetto viene definita un “insuccesso legislativo”.

² Sulla sentenza in esame v. V. ZAGREBELSKY, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 669 ss.; A. DI STEFANO,

di diagnosi genetica pre-impianto violasse il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare in quanto l'unico modo per poter avere figli non affetti da tale grave patologia era quello di iniziare la gravidanza in modo naturale e ricorrere, poi, all'interruzione terapeutica nel caso di diagnosi prenatale con esito positivo.

Ciò di cui la Corte viene investita è la richiesta specifica di evitare che il nascituro possa essere affetto da una grave patologia genetica per la quale non vi è alcuna possibilità di cura.

La Corte ha riscontrato una sproporzione tra il divieto imposto dalla legge n. 40/2004 e lo scopo da perseguire e, quindi, ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 della Convenzione in quanto l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e familiare era da considerarsi sproporzionata.

La sentenza in oggetto segna un'importante tappa nel cammino verso un ampliamento delle maglie (fin troppo anguste) della normativa in tema di procreazione assistita e funge da apripista verso nuove pronunce giurisprudenziali orientate verso tutele maggiori.

2. Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo al superamento del divieto di fecondazione eterologa posto dalla normativa italiana

Un altro aspetto della legge italiana sul quale ci sono state molte discussioni è stato il divieto di fecondazione eterologa.

Di questo aspetto la Corte europea si era occupata nella sentenza del 3 novembre 2011 relativa al caso *S. H. e altri c. Austria*³, in cui la Grande Camera aveva concluso per la non violazione degli artt. 8 e 14, stabilendo che «*(l)a marge d'appréciation est généralement étendue lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et des intérêts publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention*» e che «*(d)ès lors que le recours à la fécondation in vitro a suscité et continue de susciter de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, lesquelles s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a pas encore une claire communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation*».

Sulla fecondazione eterologa è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte costituzionale italiana, che, nella sentenza n. 162 del 9 aprile 2014⁴, ha riconosciuto che il

Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto, in *Comunità internazionale*, 2013, p. 745 ss.; L. POLI, *La diagnosi genetica preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 126 ss. Sugli orientamenti della giurisprudenza interna in materia di diagnosi pre-impianto si veda S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo "volto del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in www.forumcostituzionale.it.

³ Sul caso in oggetto e sulle ripercussioni che esso ha avuto per l'ordinamento italiano v. C. CAMPILIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 497 ss.

⁴ Per un commento alla decisione in oggetto si veda A. COSSIRI, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014, n. 162*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 631 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunciato, al 'dialogo' con la Corte Edu (a prima lettura di Corte costituzionale n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, consultabile su www.forumcostituzionale.it; R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 614 ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1123 ss.

divieto posto dalla legge italiana non solo “è privo di adeguato fondamento costituzionale”, ma non è neanche posto da obblighi internazionali, visto che non è previsto né dalla Convenzione di Oviedo del 1997, né dal relativo Protocollo opzionale del 12 gennaio 1998⁵.

Inoltre, ad avviso della Corte, la scelta per la coppia sterile o infertile di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa è “espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” e “concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile”.

Tra l’altro, la Corte costituzionale italiana richiamando il diritto alla salute, anche nella formulazione di cui all’Atto istitutivo dell’OMS (“Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano”), condanna l’impossibilità di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa, nella misura in cui tale impossibilità può turbare la salute psichica della coppia e, quindi, costituire una lesione del diritto alla salute.

La Corte, infine, ritiene che la circostanza che la fecondazione eterologa sia praticata in altri Paesi costituisca “un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina”. Infatti, la possibilità di ricorrere a tale tipo di pratica fuori dal nostro Stato pone un problema di discriminazione tra coppie che hanno i mezzi economici per andare all’estero e sottoporsi a tale trattamento e coppie che non hanno sufficiente disponibilità economica.

Su tale aspetto della normativa, dunque, l’intervento giurisprudenziale è riuscito ad apportare dei correttivi in senso migliorativo ampliando la sfera dei beneficiari.

3. Il tema della maternità surrogata: una questione aperta

Ciò che rimane di difficile soluzione è, invece, la questione della maternità surrogata⁶ che in Italia è vietata, proprio dalla l. n. 40/2004 all’art. 12, recentemente modificato con la previsione della punibilità dei soggetti che si sottopongono a tale pratica all’estero e ciò al fine di scoraggiare la scelta delle coppie di ricorrere alla gestazione per altri in quegli Stati in cui è ammessa e regolamentata⁷.

⁵ Sulla Convenzione di Oviedo, si veda C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Recenti sviluppi in materia di bioetica. In margine al Progetto di Convenzione sulla bioetica del Consiglio d’Europa*, Torino, 1996; R. SAPIENZA, *La Convenzione europea sui diritti dell’uomo e la biomedicina*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 458 ss.; P. FRAISSEX, *La protection de la dignité de la personne et de l’espèces humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 371 e ss; I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009.

Per una spiegazione sulle tipologie di maternità surrogata esistenti si veda O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 421, in cui alla nota 1 si legge: “Com’è noto esistono due tipologie contrattuali di maternità surrogata, la cd. maternità surrogata “tradizionale” e la cd. maternità “gestazionale”. La surroga tradizionale implica un contratto tra genitori committenti e una donna fertile, che acconsente all’inseminazione con seme del committente o di donatore e alla gestazione; in tale ipotesi la madre surrogata è la madre genetica del bambino che ne deriva. La seconda tipologia, invece, si ha quando la madre surrogata non è geneticamente legata al bambino: in tal caso l’ovocita viene prelevato da una donatrice o dalla madre committente e fecondato *in vitro* con seme del padre committente o di donatore di sperma; l’embrione viene successivamente impiantato nell’utero della surrogata”. Sempre sulla precisazione delle varie forme di maternità surrogata si veda R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, n. 2, 2016, p. 312, nota 8.

⁷ La legge n. 169/2024, introducendo la discussa tipologia del “reato universale”, modifica l’art. 12, co. 6 della legge n. 40/2004, disponendo che: «se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». In proposito si veda

In questo caso anche i diritti del bambino nato con questa pratica possono essere messi a rischio e certamente non trovano una tutela con l'estensione della punibilità oltre confine scelta dal nostro legislatore.

Proprio per mettere in evidenza la condizione di vulnerabilità in cui viene a trovarsi il minore nato all'estero a seguito di un contratto di maternità surrogata si ricostruisce il celebre caso sul quale si pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 27 gennaio 2015, vale a dire il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁸.

I fatti riguardano le vicende di due coniugi che, nell'impossibilità di portare a termine una gravidanza, dopo avere ripetutamente provato con le tecniche di fecondazione artificiale consentite nel nostro ordinamento, decidono di recarsi in Russia e lì sottoporsi alla fecondazione eterologa con il liquido seminale del marito e successivamente alla gravidanza surrogata dalla quale nasce il bambino, che, secondo la normativa russa, viene registrato come figlio dei Sig.ri Paradiso e Campanelli. Tornati in Italia i coniugi chiedono che venga trascritto il certificato di nascita nel registro dello stato civile, ma la richiesta viene respinta perché, nel frattempo, il Consolato italiano di Mosca aveva comunicato sia al Tribunale dei minori competente che al Comune di residenza che l'atto di nascita conteneva delle informazioni false. A carico dei ricorrenti inizia, quindi, un procedimento penale e contestualmente il Tribunale dei minori dichiara lo stato di abbandono e conseguente adottabilità del bambino. A seguito di tale ultima decisione viene anche effettuato il test del DNA dal quale risulta che il Sig. Campanelli non è il padre biologico del minore. Pertanto, il Tribunale dispone l'immediato trasferimento del bambino in una casa famiglia nella quale rimane alcuni mesi fino a quando viene affidato ad un nuovo nucleo familiare.

I ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 8 nei loro confronti e nei confronti del minore nato a seguito di contratto di maternità surrogata. Tuttavia, la Corte respinge quest'ultimo aspetto del ricorso ritenendo che i coniugi Paradiso-Campanelli non abbiano titolo ad agire per conto del minore, non essendone genitori biologici, adottivi, ovvero affidatari. In effetti, per quanto potrebbe apparire estremamente rigida la posizione dei giudici di Strasburgo nell'escludere la titolarità ad agire anche per conto del bambino da parte dei Sig.ri Paradiso e Campanelli, non si può non essere d'accordo con tale decisione vista l'assenza di qualsiasi legame giuridico e vista altresì la circostanza (di non poco rilievo) secondo la quale al momento del ricorso alla Corte il bambino era già stato sottratto ai ricorrenti. L'unico legame con il minore era, quindi, un legame affettivo che giustifica certamente l'azione dei coniugi, ma non si ritiene che li legittimi di per sé ad agire anche per conto del bambino.

DANISI, *Maternità surrogata come reato “universale”*: considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea, in *GenIUS*, 2023, p. 75 ss., G. GILLERI, *Gestazione per altri all'italiana: persone, diritti e stereotipi di genere di un reato “universale”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, p. 101; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, p. 1129; E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, p. 71; A. SCHILLACI, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, p. 145

⁸ Per un commento alla sentenza in esame v. O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., p. 420 ss.; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italia: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in www.federalismi.it; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i “pregiudizi” dei giudici nazionali*, in *SIDIBlog*, 3 febbraio 2015, consultabile in www.sii-isil.org.

Per quanto attiene, invece, la valutazione del comportamento delle autorità italiane (e segnatamente la questione dell'allontanamento del minore), la Corte ritiene che l'atteggiamento delle autorità italiane non sia da considerarsi positivamente secondo i giudici di Strasburgo, in quanto non tiene in considerazione il legame familiare di fatto che si era instaurato tra i ricorrenti ed il neonato nel periodo in cui erano stati insieme. Sebbene, infatti, si fosse trattato di un periodo di tempo breve, è stato pur sempre un periodo molto importante, trattandosi dei primi mesi di vita del bambino. A tale proposito, risulta particolarmente interessante l'affermazione della Corte secondo la quale «*La notion de «famille» visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondée sur le mariage, mais peut englober d'autres liens «familiaux» de facto, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance*»⁹. Proprio da tale affermazione, largamente condivisibile, si evince come il concetto di famiglia ormai non è necessariamente legato a categorie rigide e prestabilite. In ogni caso, la Corte ritiene che il ricorso all'allontanamento del minore deve essere un provvedimento del tutto eccezionale, da utilizzare solo quando vi siano situazioni di pericolo e di rischio per il minore stesso e che sempre deve avversi riguardo in via prioritaria all'interesse del minore «*car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*»¹⁰.

La Corte sottolinea, inoltre, la circostanza che il minore sia rimasto per un certo periodo¹³ privo di un'identità, il che vuol dire che per due anni è come se non fosse esistito. Ed è ovvio che il fatto che un neonato sia venuto alla luce da una madre surrogata non deve pregiudicargli il diritto ad avere una identità o la cittadinanza, diritto che è tutelato dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989.

La Corte conclude rilevando che le autorità italiane non sono state in grado di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. Tuttavia, il fatto che vi sia stata la violazione dell'art. 8 non comporta l'obbligo per lo Stato di riaffidare il minore ai ricorrenti, proprio in considerazione dei legami affettivi che nel frattempo si sono instaurati tra il minore e la nuova famiglia.

Occorre sottolineare che, nelle more della pronuncia della Corte europea, la nostra Corte di Cassazione con sentenza n. 24001/2014 ha respinto il ricorso di due coniugi che avevano stipulato un contratto di maternità surrogata in Ucraina ed avevano poi, al rientro in Italia, registrato il bambino all'anagrafe come loro figlio¹¹. Anche in questo caso, risultava da successivi esami clinici che non vi fosse alcun legame genetico tra il bambino e la coppia di coniugi. La Suprema Corte ha sostenuto l'inammissibilità, stante la normativa italiana in tema di fecondazione assistita di cui alla legge n. 40/2004, di ricorso a pratiche di maternità surrogata, con la conseguente impossibilità di riconoscimento del rapporto di filiazione certificato da un ordinamento straniero. È evidente come tale posizione si fondi totalmente sul dato dell'assenza del legame genetico tra genitori committenti e bambino nato dalla maternità surrogata¹². La rilevanza dell'elemento del legame genetico è indice di un

⁹ Par. 67.

¹⁰ Par. 80. A questo proposito la Corte cita la sua precedente giurisprudenza, segnatamente il caso *Wagner et J.M.W.L. c. Lussemburgo* del 28 giugno 2007, nel quale si afferma che «*l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité*», (par. 77).

¹¹ Per un commento alla sentenza in oggetto si veda C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 235 e ss.

¹² Diverso orientamento la Corte di Cassazione assume con sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016, dando ragione ad una coppia di coniugi che avevano stipulato altro contratto di maternità surrogata sempre in Ucraina. In

attaccamento a concetti tradizionali di filiazione che non tiene conto (o non vuole tenere conto) delle nuove forme di genitorialità. La stessa Corte europea vi ha dato ampio risalto nelle sentenze gemelle del 26 giugno 2014 relative ai casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, in cui la maternità surrogata era avvenuta con la donazione del materiale biologico del padre committente, che, quindi, risultava essere anche il padre biologico del bambino. In particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo avere ribadito che, in materia di maternità surrogata, gli Stati dispongono di un ampio margine di apprezzamento, ha sottolineato come tale margine venga superato qualora, in presenza del legame biologico tra il padre ed il bambino, lo Stato si rifiuti di riconoscere lo *status* di filiazione.

È, dunque, da sottolineare la rilevanza che la Corte di Strasburgo riconosce al legame genetico. Ma è, altresì, da sottolineare l'importanza che riveste l'oggetto della causa, dal momento che solo su questo (e non su altro) la Corte è chiamata a pronunciarsi. Non deve destare stupore, quindi, l'assenza di valutazioni sulla legittimità o meno delle pratiche di maternità surrogata dal momento che i giudici non sono mai chiamati a pronunciarsi su tale questione, ma su aspetti ad essa connessi, come, appunto, la mancata trascrizione dell'atto di nascita (caso *Mennesson* e *Labassee*), l'allontanamento del minore (caso *Paradiso e Campanelli*). Ciò che, invece, desta meraviglia è il grande rilievo dato alla presenza del legame genetico e all'aver considerato questo criterio come il solo criterio su cui fondare il riconoscimento dello *status filiationis*, non dando alcun peso ad altri elementi, magari meno obiettivi, ma sicuramente più significativi, come, per esempio, il desiderio di genitorialità, il legame affettivo che si era instaurato con la prole. Risulta evidente che la scelta dei giudici di basare le proprie motivazioni esclusivamente sulla presenza del legame genetico sia stata dettata dalla volontà di non entrare nel merito di questioni più complesse e di sicuro più delicate sul piano etico-morale.

Dopo due anni dalla prima sentenza, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo torna sul caso *Paradiso e Campanelli*, in data 24 gennaio 2017 con una pronuncia che ribalta la precedente decisione, suscitando, ad un primo sentire, non poca delusione¹³. In effetti, il fatto che la Corte abbia accolto il ricorso del governo italiano, concludendo per la non violazione dell'art. 8 della Convenzione, potrebbe apparire, a prima vista, come un arretramento nelle posizioni della giurisprudenza della Corte. Tuttavia, si ritiene che una lettura attenta della sentenza potrebbe indurre ad una valutazione quanto meno più cauta.

La Corte, infatti, puntualizza in maniera molto dettagliata quale sia l'oggetto della causa, stabilendo che essa è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle misure adottate dalle autorità italiane con le quali si è disposto l'allontanamento del minore¹⁴. Pertanto, risulta evidente che l'argomento, pur essendo strettamente collegato alla tematica della maternità surrogata o del diritto ad avere una famiglia, si riferisce alla tutela dei diritti del minore¹⁵.

questo caso, essendovi stata la donazione del materiale biologico paterno, era presente il legame genetico con il bambino e la Corte non ritiene che la trascrizione in Italia dell'atto di nascita redatto a Kiev costituisca un illecito, in quanto i coniugi non avevano l'intenzione di rendere false dichiarazioni e, del resto, avevano seguito la procedura consentita dalla legge ucraina. È altamente probabile che la decisione della Corte sia stata influenzata dalla presenza del legame genetico, elemento che, inevitabilmente, non può che ritenersi prevalente rispetto ad ogni altro dato.

¹³ Sulla sentenza in oggetto v. I. ANRO, *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, in www.eurojus.it; L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in www.sidiblog.org; V. NARDONE, *La pronuncia della Grande Camera sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 113, consultabile al sito www.rivistaoidu.net.

¹⁴ Par. 135.

¹⁵ Par. 133.

Occorre sottolineare come, secondo la Corte, non si sia instaurata tra i ricorrenti ed il minore una relazione di “vita familiare” per la combinazione di una serie di elementi: assenza del legame biologico, brevità del periodo di convivenza, precarietà del legame dal punto di vista giuridico (precarietà che gli stessi ricorrenti, con il loro comportamento illegale avevano contribuito a creare)¹⁶. E già questa considerazione costituisce un primo e profondo scollamento con quanto deciso dalla Camera nella prima sentenza, nella quale (come si è visto) era stata riconosciuta l’esistenza di una vita familiare *de facto* tra i ricorrenti ed il minore¹⁷. Secondo la Corte, l’art. 8 si applica al caso di specie sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata¹⁸. Ne deriva che le misure adottate dalle autorità italiane costituiscono un’ingerenza nella vita privata (e non già in quella familiare) dei ricorrenti. Com’è noto, perché tale ingerenza sia da considerarsi legittima occorre che essa rispetti le condizioni di cui al par. 2 dell’art. 8, vale a dire che sia “prevista dalla legge” e sia necessaria ad assicurare, in una società democratica, uno o più dei seguenti obiettivi: sicurezza nazionale, ordine pubblico, benessere economico del paese, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui¹⁹.

Secondo la Corte, le autorità italiane hanno applicato le norme interne in materia di adozione dichiarando il minore in stato di abbandono e, quindi, l’ingerenza nella vita privata dei ricorrenti è da ritenersi “*prevue par la loi*”. Le misure adottate, inoltre, rispondevano a scopi legittimi, in quanto miravano alla difesa dell’ordine pubblico e dei diritti e libertà altrui (vale a dire i diritti e le libertà del bambino).

Ad avviso della Corte, quindi, i giudici interni, agendo nell’ambito dell’ampio margine di apprezzamento di cui dispongono, hanno realizzato un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco e, pertanto, la conclusione dei giudici di Strasburgo (che hanno deciso con una maggioranza di 11 voti contro 6) è che non vi è stata violazione dell’art. 8.

Anche in questo caso si nota, quindi, una scelta dei giudici di non volere entrare nel merito di questioni più complesse. Scelta che non si ritiene possa essere sempre condivisibile laddove, in materie di questo tipo (e, in genere, in tutte le materie connesse con la tutela dei diritti fondamentali) la giurisprudenza svolge un ruolo fondamentale, nella misura in cui riesce a dare un contributo verso forme più avanzate di protezione.

4. Considerazioni conclusive

In tema di procreazione abbiamo assistito nel corso degli anni ad una graduale evoluzione con un’attenzione crescente verso il diritto alla genitorialità. Il caso italiano dimostra come, partendo da una normativa restrittiva, si sia arrivati a più ampie possibilità per le coppie che vogliono realizzare il loro desiderio di genitorialità. Grazie al proficuo dialogo giurisprudenziale tra Corte europea dei diritti dell’uomo e corti interne (specie quella Costituzionale e quella di Cassazione), alcune discutibili limitazioni della legge n.40/2004 (relative alla diagnosi genetica pre-impianto o alla fecondazione eterologa) sono state smantellate.

L’attenzione è ora rivolta alla questione (forse la più complessa) della maternità

¹⁶ Par. 156.

¹⁷ Parr. 157-158.

¹⁸ Par. 164.

¹⁹ Par. 166.

surrogata, intorno alla quale si registrano le maggiori resistenze che pongono il legislatore di fronte a scelte certamente non facili, ma che non devono sottendere un giudizio di ordine etico-morale.

Tutto ciò che si può dire è che con riferimento a tematiche così particolarmente delicate, nelle quali ad essere in gioco non sono solo i diritti delle persone direttamente coinvolte, ma anche quelli del nascituro e a dover essere oggetto di attenzione è spesso la sfera più intima delle persone, la normativa di riferimento dovrebbe essere *elastica, sobria, aperta*²⁰, ma soprattutto dovrebbe essere in grado di tutelare i diritti umani (in questo caso il diritto al rispetto della vita privata e familiare) anche di fronte alle nuove scoperte della scienza e ai mutamenti della società.

Oggi, mentre servirebbe un ulteriore slancio verso nuove forme di tutela, che, per l'appunto portino verso nuovi diritti per nuove famiglie, assistiamo ad un passo indietro e a interventi normativi che non sono né leggeri, né elastici, né aperti.

²⁰ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 205.

L'INFLUENZA DELL'ORDINAMENTO UE SUL DIRITTO DI FAMIGLIA. BREVI RIFLESSIONI SULLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO IN MATERIA DI FILIAZIONE

ANNA PITRONE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La famiglia nel diritto internazionale privato dell'UE. – 3. La proposta di regolamento in materia di filiazione. – 4. Quali prospettive per le famiglie transfrontaliere?

1. Introduzione

Il diritto dell'Unione europea, come è noto, ha inciso in maniera significativa su molti ambiti tradizionalmente riservati alla competenza esclusiva degli Stati membri, fra questi, il diritto di famiglia rappresenta forse il terreno più sensibile e controverso, poiché tocca direttamente la sfera personale, etica e culturale degli ordinamenti nazionali.

In origine, i trattati istitutivi delle Comunità europee non contenevano alcun riferimento al diritto di famiglia, coerentemente con la vocazione economica che ne aveva ispirato la nascita. Tuttavia, l'evoluzione istituzionale e la centralità attribuita alla libera circolazione delle persone hanno progressivamente reso evidente la necessità di garantire certezza giuridica anche alle situazioni familiari transfrontaliere.

Al fine di fronteggiare eventuali conflitti nell'ambito di tali realtà, ma soprattutto al fine di favorire proprio la libera circolazione delle persone nello spazio giuridico europeo, l'Unione ha sviluppato un *corpus* normativo finalizzato a favorire la circolazione ed il riconoscimento di decisioni e atti pubblici anche in materia di famiglia.

Il percorso normativo e giurisprudenziale che ne è scaturito ha portato all'adozione di numerosi regolamenti in materia di separazione, divorzio, responsabilità genitoriale, obbligazioni alimentari e regimi patrimoniali, delineando un *corpus* sempre più ricco di norme destinate a incidere profondamente sulle legislazioni nazionali.

Tali interventi, infatti, pur circoscritti al diritto internazionale privato, hanno avuto inevitabilmente un riflesso anche sul diritto materiale di famiglia, nonostante resti escluso dalla competenza dell'Unione, ne è un esempio la disciplina del divorzio; concentrandosi maggiormente sulla tutela degli interessi individuali rispetto a quelli collettivi, infatti, le legislazioni nazionali negli anni si sono evolute verso modelli rapidi di dissoluzione del vincolo coniugale, così nel 2015 anche l'Italia ha introdotto la possibilità di accedere al cd. “divorzio breve”¹.

In questa sede, poi, non saranno analizzate le influenze che altri interventi dell'Unione, ad esempio nell'ambito della politica sociale, della tutela dei diritti umani o ancora della politica migratoria, hanno avuto sulla concezione della famiglia negli Stati membri.

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina.

¹ I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2019, p. 175.

In questo quadro si colloca la proposta della Commissione europea di un regolamento in materia di filiazione, che mira a garantire che la genitorialità, una volta accertata in uno Stato membro, sia riconosciuta automaticamente in tutti gli altri, indipendentemente dal modello familiare o dalle modalità di nascita del minore. L'obiettivo dichiarato è quello di rafforzare i diritti fondamentali dei figli, promuovere l'uguaglianza tra i cittadini europei e ridurre i costi, i tempi e le incertezze derivanti dall'attuale frammentazione normativa.

Si tratta, tuttavia, di un progetto ambizioso che incontra ostacoli politici e giuridici non trascurabili. La forte eterogeneità delle legislazioni nazionali in tema di filiazione, la diversità delle concezioni etico-sociali di famiglia e la riluttanza di alcuni Stati membri a cedere porzioni di sovranità in un ambito tanto delicato rendono complesso il cammino verso l'adozione del regolamento. Le prime reazioni nazionali, in particolare il parere emesso dalla Commissione Politiche europee del Senato italiano, nonché lo stallo dei negoziati a quasi tre anni dalla presentazione della proposta, evidenziano infatti tensioni profonde tra l'esigenza di assicurare uniformità e tutela dei diritti dei minori e la volontà di preservare la discrezionalità legislativa statale su temi ritenuti identitari.

Il lavoro propone una breve disamina degli atti sin qui adottati dall'Unione in materia di famiglia e della proposta di regolamento al fine di delineare le prospettive di evoluzione di un settore destinato a incidere non solo sul funzionamento del mercato interno e sulla libera circolazione delle persone, ma anche – e soprattutto – sulla vita quotidiana delle famiglie transfrontaliere, le quali rappresentano ormai una realtà sociale sempre più diffusa e bisognosa di certezza giuridica.

2. *La famiglia nel diritto internazionale privato dell'UE*

La proposta di un regolamento europeo in materia di filiazione si inserisce nel quadro giuridico che trae origine nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), di cui al Titolo V del TFUE, divenuto ormai uno degli assi portanti dell'Unione.

Come detto, i trattati istitutivi non contenevano alcun riferimento al diritto di famiglia, in ragione degli scopi economici delle Comunità europee; tuttavia, col passare degli anni, le modifiche via via apportate ai trattati hanno ampliato le competenze dell'Unione, anche, nell'ambito delle relazioni familiari, sino a “istituzionalizzare” la competenza in materia di famiglia.

L'art. 81 TFUE prevede, infatti, che l'Unione sviluppi una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali, che includa anche l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. In deroga alla procedura legislativa ordinaria, però, per il diritto di famiglia con implicazioni transnazionali si richiede che le istituzioni deliberino secondo una procedura legislativa speciale, che prevede la mera consultazione del Parlamento europeo ed il voto all'unanimità del Consiglio, lasciando così in mano agli Stati il controllo finale. Per questa ragione, laddove non si è raggiunto il consenso unanime, in taluni casi si è fatto ricorso come si vedrà allo strumento della cooperazione rafforzata.

L'obiettivo dichiarato dell'Unione in questo ambito è la promozione della libera circolazione delle persone al fine di assicurare il buon funzionamento del mercato unico; dunque, da un lato è stata assicurata la più semplice circolazione delle decisioni giudiziarie in

materia, dall'altro si è tentato di assicurare certezza giuridica ai rapporti familiari costituiti nell'esercizio della libera circolazione.

Considerata la delicatezza degli ambiti di intervento, strettamente legati a concezioni etico-sociali proprie dei singoli Stati, l'azione dell'Unione è rimasta circoscritta ai conflitti di leggi e di giurisdizioni ovvero al riconoscimento e alla circolazione di decisioni e atti pubblici.

Inoltre, non contenendo i trattati una definizione di "famiglia", l'intervento del legislatore europeo ha riguardato sia le relazioni fra coniugi, e più di recente fra partner, sia la responsabilità genitoriale, fino alle obbligazioni alimentari.

Il primo atto adottato in materia di famiglia fu il Regolamento n. 1347/2000 sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze, nell'ambito di separazione, divorzio e potestà genitoriale sui figli di entrambi i coniugi², recepito, a distanza di qualche anno, nel più ampio Regolamento n. 2201/2003³, per decenni pietra angolare del diritto di famiglia dell'UE, che in materia di responsabilità genitoriale fa riferimento anche ai figli di un solo componente della coppia e anche in caso di mancata unione coniugale dei genitori, comportando di fatto una vera e propria "invasione"⁴ innovativa nel diritto di famiglia nazionale; ciò in ragione dell'esigenza di non discriminare in alcun modo i figli - naturali, legittimi o adottivi – garantendo l'interesse superiore del minore.

Più di recente il Regolamento è stato oggetto di rifusione ad opera del Regolamento 2019/1111⁵, in applicazione dal 1° agosto 2022, che ha modificato specialmente la parte relativa alla sottrazione internazionale di minori, vale a dire l'ipotesi in cui un minore viene illecitamente condotto all'estero da chi non esercita la potestà esclusiva, senza alcuna autorizzazione.

Nel 2009, un altro Regolamento europeo⁶ ha introdotto una disciplina sulle obbligazioni alimentari volta a rendere più semplici per chi vanta tali crediti di trovarvi soddisfacimento in modo più veloce e semplice in qualsiasi Stato membro dell'Unione, l'anno successivo il Regolamento n. 1259⁷ ha istituito una cooperazione rafforzata relativamente alla legge applicabile alla separazione personale e al divorzio. Il Regolamento attribuisce un ampio margine alla volontà delle parti, richiedendo comunque un determinato attaccamento ad un territorio, e, solo in caso di mancato accordo tra le parti, introduce dei criteri di collegamento oggettivi.

² Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in *GUCE L 160* del 30 giugno 2000, p. 19 ss.

³ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUCE L 338* del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

⁴ I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2019, p. 194.

⁵ Regolamento (UE) n. 2019/1111 del Consiglio, del 25 luglio 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale dei minori, in *GUUE L 178* del 2 luglio 2019, p. 1 ss.

⁶ Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *GUUE L 7* del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.

⁷ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE L 343* del 29 dicembre 2010, p. 10 ss.

Infine, due Regolamenti del 2016⁸, in applicazione dal 29 gennaio 2019, attuano la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni rispettivamente in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

3. La proposta di regolamento in materia di filiazione

Gli atti sin qui adottati, pur nella loro “settorialità”, hanno avuto e continueranno ad avere un importante impatto sugli ordinamenti interni anche in ragione della possibilità che le nozioni in essi contenute possano essere oggetto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE che proprio in questo ambito ha dato prova di significativa lungimiranza.

È il caso della sentenza della Grande Sezione del 14 dicembre 2021⁹, relativa alla certificazione di nascita di una minore, cittadina dell'Unione, indicata – in Spagna – come figlia di due madri, che le autorità di un altro Stato membro, la Bulgaria, rifiutavano di identificare come tale. La sentenza, richiamando le disposizioni dei trattati sulla cittadinanza dell'Unione e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur riconoscendo che lo *status* delle persone rientra tra le materie di competenza esclusiva degli Stati membri, ha riconosciuto in capo alle autorità bulgare l'obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione al fine di consentire alla minore il diritto effettivo di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Pur trattandosi di un riconoscimento “funzionalmente orientato”¹⁰ all'esercizio della libertà di circolazione della minore, cittadina europea, la sentenza riveste una grande importanza tenuto conto della delicatezza della questione e delle differenze esistenti fra le legislazioni degli Stati membri.

La posizione della Corte, inoltre, ha indubbiamente accelerato l'*iter* di presentazione da parte della Commissione europea della proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione¹¹.

⁸ Il Regolamento (UE) 2016/1103 stabilisce norme sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi internazionali, in *GUUE L 183* dell'8 luglio 2016, p. 1 ss.; Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in *GUUE L 183* dell'8 luglio 2016, p. 30 ss.

⁹ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 14 dicembre 2021, *V.M.A. contro Stichna obshtina, rayon „Pancharevo”*, causa C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008. Si veda C. DE CAPITANI, *Arrêt « Stolichna obshtina » : homoparentalité et liberté de circulation au sein de l'Union européenne*, in *Journal de droit européen*, 2022, p. 107 ss.; V.O. FARACI, *Il riconoscimento “funzionalmente orientato” dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss.; A. TRYFONIDOU, *The ECJ recognises the right of rainbow families to move freely between EU Member States: the VMA ruling*, in *European Law Review*, 2022, p. 534 ss.

¹⁰ O. FARACI, *Il riconoscimento “funzionalmente orientato” dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 563 ss.

¹¹ Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, del 7 dicembre 2022, COM(2022)695 final.

Obiettivo principale della proposta consiste nella riduzione della burocrazia e nella semplificazione del riconoscimento della genitorialità nell'Unione, onde evitare il verificarsi di casi simili a quello giunto alla Corte di giustizia.

La proposta di regolamento istituisce un regime uniforme in materia di giurisdizione e legge applicabile alla filiazione caratterizzata da elementi di internazionalità, nonché di riconoscimento delle decisioni e di accettazione di atti pubblici in tale ambito e introduce il certificato europeo che, pur non sostituendo i documenti nazionali, avrebbe lo scopo di garantire che la genitorialità, così come è stabilita in uno Stato membro, sia riconosciuta automaticamente anche negli altri Stati membri, per offrire a tutti i minori parità di trattamento.

In particolare, la proposta intende rafforzare la tutela dei diritti fondamentali e degli altri diritti dei figli in situazioni transfrontaliere, compresi il diritto all'identità, alla non discriminazione, alla vita privata e alla vita familiare, i diritti di successione e il diritto agli alimenti in un altro Stato membro, considerando preminente l'interesse superiore del minore.

Nella relazione che accompagna la proposta, la Commissione prende atto della giurisprudenza della Corte di giustizia e quindi dell'obbligo in capo agli Stati membri di riconoscere la filiazione di un minore accertata in un altro Stato membro ai fini dell'esercizio dei diritti legati alla cittadinanza dell'Unione; quindi sottolinea l'esigenza di riconoscere la filiazione accertata in un altro Stato membro anche per altre finalità, al fine di tutelare diritti fondamentali del minore ed eliminare difficoltà che spesso portano ad azioni legali e conseguenti tempi, costi e oneri sia per le famiglie che per i sistemi giudiziari degli Stati membri e risultati incerti.

La base giuridica scelta non poteva che essere la stessa degli strumenti sin qui adottati in materia di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere, vale a dire l'articolo 81, paragrafo 3, TFUE, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia civile, rientrando il relativo diritto sostanziale nella competenza degli Stati membri.

Come altri strumenti dell'Unione sul diritto di famiglia, infatti, la proposta si limita a facilitare il riconoscimento delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici di filiazione attraverso l'adozione di norme comuni in materia di competenza internazionale e di legge applicabile.

La proposta mira, come detto, a imporre il riconoscimento della filiazione accertata in un altro Stato membro, in particolare ai fini dei diritti derivanti dalla filiazione ai sensi del diritto nazionale, senza comportare l'armonizzazione del diritto sostanziale degli Stati membri sulla definizione di famiglia o sull'accertamento della filiazione nel contesto nazionale, lasciando di fatto impregiudicato il diritto nazionale in materia di riconoscimento di matrimoni contratti all'estero o unioni registrate all'estero nonché la competenza delle autorità statali a trattare questioni relative alla filiazione.

Anche la scelta dell'atto non è nuova nell'ambito del diritto internazionale privato, infatti solo un regolamento può garantire un'interpretazione e un'applicazione coerente delle norme in materia di competenza internazionale e di legge applicabile all'accertamento della filiazione in situazioni transfrontaliere.

Per facilitare il riconoscimento o, a seconda dei casi, l'accettazione di decisioni giudiziarie e atti pubblici di filiazione, la proposta stabilisce norme uniformi in materia di competenza per l'accertamento della filiazione avente carattere transfrontaliero, evitando procedimenti paralleli in diversi Stati membri con possibili decisioni confliggenti. I criteri di competenza si basano sulla vicinanza al figlio; la competenza può quindi spettare in alternativa allo Stato membro di residenza abituale del figlio, di cittadinanza del figlio, di

residenza abituale del convenuto (ad esempio la persona nei cui confronti il figlio rivendica la filiazione), di residenza abituale di uno dei genitori, di cittadinanza di uno dei genitori o di nascita del figlio.

Qualora non sia possibile determinare la competenza sulla base di uno dei criteri di competenza alternativi generali, dovrebbero essere competenti le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui si trova il figlio, mentre la competenza residua, in ciascuno Stato membro, dovrebbe essere determinata dalla legge di tale Stato.

Al fine di garantire la certezza del diritto, la proposta introduce norme comuni in materia di legge applicabile che dovrebbe essere quella dello Stato di residenza abituale, al momento della nascita, di colei che partorisce, ovvero, qualora non sia possibile stabilirla, ad esempio nel caso la donna sia rifugiata o sfollata, la legge dello Stato di nascita del figlio.

Le norme uniformi sulla competenza e sulla legge applicabile dovrebbero, nelle intenzioni della Commissione, rafforzare il principio della fiducia reciproca su cui trova fondamento il riconoscimento in uno Stato membro delle decisioni giudiziarie rese in un altro Stato membro e di atti pubblici di accertamento della filiazione aventi effetti giuridici vincolanti nello Stato membro di origine senza che sia richiesta alcuna procedura speciale, compreso l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile del figlio. La proposta fa comunque salva la possibilità che una parte interessata possa intentare un procedimento giudiziario per ottenere una decisione di assenza di motivi di diniego del riconoscimento della filiazione o un procedimento di non riconoscimento.

Nella proposta l'elenco dei motivi di diniego del riconoscimento della filiazione è tassativo; nel valutare un eventuale diniego del riconoscimento della filiazione per motivi di ordine pubblico, le autorità degli Stati membri devono tenere conto dell'interesse del figlio, in particolare della tutela dei suoi diritti, compresa la salvaguardia di legami familiari autentici tra il figlio e i genitori. Il motivo dell'ordine pubblico quale fondamento del diniego del riconoscimento deve essere utilizzato in via eccezionale e alla luce delle circostanze di ciascun caso, ossia non in modo astratto per escludere il riconoscimento della filiazione quando, ad esempio, i genitori sono dello stesso sesso. Per essere negato, il riconoscimento dovrebbe essere manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto perché, ad esempio, i diritti fondamentali di una persona sono stati violati in fase di concepimento, nascita o adozione del figlio oppure di accertamento della filiazione.

Alle autorità giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito negare il riconoscimento di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico rilasciati in un altro Stato membro qualora ciò fosse in violazione della Carta, in particolare dell'articolo 21 che vieta la discriminazione, anche dei minori. Le autorità degli Stati membri non potrebbero quindi negare, per motivi di ordine pubblico, il riconoscimento di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico che accertino la filiazione mediante adozione da parte di un uomo solo, o che accertino la filiazione nei confronti dei due genitori in una coppia dello stesso sesso per il solo motivo che i genitori sono dello stesso sesso.

La proposta, infine, prevede l'istituzione di un certificato europeo di filiazione facoltativo, rilasciato nello Stato membro in cui è stata accertata la filiazione - ai sensi della legge applicabile e le cui autorità giurisdizionali sono competenti in base alla proposta - da utilizzare negli altri Stati membri, allo scopo di facilitare il riconoscimento della filiazione. Il certificato, il cui modello è allegato alla proposta, è facoltativo poiché le autorità degli Stati membri sarebbero tenute a rilasciarlo solo su richiesta del figlio o di un rappresentante legale.

Dunque, nelle intenzioni della Commissione, gli Stati membri potranno continuare a decidere se accettare situazioni specifiche, come ad esempio la maternità surrogata, ma

saranno tenuti comunque a riconoscere la genitorialità così come stabilita da un altro Stato membro, indipendentemente da come il bambino è stato concepito, è nato o dal tipo di famiglia che ha, fatta salva la possibilità di non riconoscere la genitorialità se manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico e solo in casi ben definiti.

Com'era prevedibile, la proposta, fin dal suo esordio, non ha riscosso unanimità di consensi tra gli Stati membri, in quanto l'oggetto della normativa – è innegabile – tocca un tema estremamente sensibile e, soprattutto, assai controverso.

Un anno dopo la presentazione della proposta, il Parlamento europeo si è espresso positivamente, proponendo alcune modifiche al testo che intendono dar maggior rilievo al principio del *best interests of the child*¹², ma da allora sembra che i negoziati si siano fermati, tanto che, a febbraio dello scorso anno, è stata presentata un'interrogazione parlamentare alla Commissione europea a nome della commissione giuridica sullo stato di (non) avanzamento dei negoziati.

Come è stato osservato¹³, la ritrosia di alcuni Stati membri a cedere porzioni di sovranità in materia nonché la netta opposizione da parte di altri rendono assai difficile ipotizzare l'approvazione della proposta che necessita, ai sensi dell'art. 81, par. 3, TFUE, dell'unanimità in Consiglio; tuttavia, è possibile che si proceda avviando una cooperazione rafforzata, soluzione, come visto, già seguita nell'ambito delle relazioni familiari, che però in questo ambito specifico potrebbe minare l'efficacia del regolamento, rendendo ancora più incerti determinati rapporti¹⁴.

4. Quali prospettive per le famiglie transfrontaliere?

La proposta di regolamento in materia di filiazione era stata annunciata già nel discorso sullo stato dell'Unione pronunciato dalla presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, alla plenaria del Parlamento europeo il 20 settembre 2020, durante il quale aveva affermato che “chi è genitore in un paese, è genitore in tutti i paesi”.

L'iniziativa era stata quindi inserita nella strategia dell'UE sui diritti dei minori del 2021¹⁵, come azione chiave a sostegno dell'uguaglianza e dei diritti dei minori, e nella strategia per l'uguaglianza LGBTIQ del 2020¹⁶.

Il Parlamento europeo, nella risoluzione del 2022 sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia¹⁷, aveva accolto con favore l'iniziativa della Commissione.

¹² Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 14 dicembre 2023 sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, in GUUE C 2024/4201 del 2 agosto 2024.

¹³ S. MARINALI, *La proposta di regolamento in materia di filiazione e la sua incidenza sulla libertà di circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2004, p. 26 ss.

¹⁴ In questo senso anche D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *Quaderni di SIDIBlog*, n. 19/2023, p. 419 ss.

¹⁵ Strategia dell'UE sui diritti dei minori, COM(2021) 142 final.

¹⁶ Un'Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, COM(2020) 698 final.

¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2022 sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia (2021/2060 (INI)).

Nel preparare la proposta, la Commissione ha condotto ampie consultazioni con tutti gli Stati membri¹⁸ e con un'ampia varietà di portatori di interessi, i cui risultati hanno sin da subito confermato la delicatezza della questione affrontata; come si legge nella relazione di accompagnamento alla proposta, infatti, da un lato i portatori di interessi rappresentanti le famiglie arcobaleno, gli operatori della giustizia e gli ufficiali di stato civile guardavano con favore al fatto che l'Unione affrontasse i problemi di riconoscimento della filiazione adottando una legislazione vincolante, dall'altro, le organizzazioni rappresentanti le famiglie tradizionali e quelle che si oppongono alla maternità surrogata erano generalmente critiche nei confronti della proposta legislativa.

La Commissione si è avvalsa anche di perizie provenienti da altre fonti e di uno studio condotto da un contraente esterno, che ha elaborato relazioni per paese riguardanti, tra l'altro, il diritto sostanziale degli Stati membri e il diritto internazionale privato in materia di filiazione, concludendo, sulla base di dati empirici raccolti in modi diversi (interviste, questionari, relazioni nazionali), che l'opzione più adatta perché l'Unione conseguisse i suoi obiettivi strategici sarebbe stata l'adozione di uno strumento legislativo come quello proposto.

Anche la valutazione di impatto che ha preceduto la presentazione della proposta ha concluso nel senso che l'opzione prescelta dalla Commissione faciliterebbe il riconoscimento della filiazione per i circa due milioni di figli stimati in famiglie transfrontaliere e non solo per quelli che attualmente si trovano a dover affrontare i maggiori problemi di riconoscimento della filiazione, riducendo al contempo l'onere amministrativo delle procedure di riconoscimento e dei costi di traduzione per tutte le famiglie. L'adozione del regolamento, si legge nella relazione di accompagnamento alla proposta, avrebbe anche chiari effetti favorevoli sulla tutela dei diritti fondamentali dei figli e un positivo impatto sociale e psicologico sulle famiglie transnazionali.

A quasi tre anni dalla presentazione della proposta, però, i timori sul raggiungimento del necessario consenso unanime sono stati confermati.

Già nell'ambito della procedura di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, sono stati emessi due pareri motivati, da parte del Senato francese e di quello italiano, e sei pareri nel contesto del dialogo politico.

In particolare, il *Sénat* francese si è opposto alla scelta di un regolamento del Consiglio quale tipo di strumento giuridico, temendo che l'atto possa imporre il riconoscimento della filiazione accertata in un altro Stato membro, anche in caso di maternità surrogata¹⁹.

La posizione del Senato italiano, su cui si tornerà, invece si è incentrata sui limiti imposti al ricorso all'ordine pubblico per rifiutare il riconoscimento della filiazione.

Nel contesto del dialogo politico, il Senato rumeno ha richiesto definizioni chiare di "filiazione", "genitore" e "famiglia", e ha chiesto di evitare una situazione in cui i bambini nati da maternità surrogata possano essere automaticamente riconosciuti, anche in violazione del diritto vigente di uno Stato membro. Analogamente, il Senato ceco ha chiesto che la maternità surrogata sia esclusa dall'ambito di applicazione della proposta e che gli Stati membri siano autorizzati a rifiutare il riconoscimento della filiazione nei casi in cui l'elemento transfrontaliero sia stato introdotto con l'intento di eludere la normativa nazionale.

¹⁸ Ad eccezione della Danimarca che in conformità al protocollo n. 22, allegato ai trattati, non partecipa all'adozione delle misure a norma dell'articolo 81 TFUE.

¹⁹ Si veda la Relazione annuale della Commissione sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità e sui rapporti con i parlamenti nazionali 2023, COM (2024) 493 final.

La risoluzione adottata dalla Commissione Politiche europee del Senato italiano, da intendersi anche quale atto di indirizzo al Governo, ai sensi dell'articolo 7 della L. 234 del 2012, pone in rilievo, come detto, la contrarietà della proposta ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità di alcune disposizioni contenute nella proposta, e in particolare l'obbligo di riconoscimento (e di conseguente trascrizione) di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico, emessi da un altro Stato membro, che attestano la filiazione, e l'obbligo di riconoscimento del certificato europeo di filiazione.

Nello specifico, il parere richiama la pronuncia delle Sezioni unite civili n. 38162 del 30 dicembre 2022 che ha confermato la contrarietà all'ordine pubblico della pratica della maternità surrogata²⁰, individuando, in mancanza di diverso intervento legislativo, nella "adozione in casi particolari" il solo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita.

Viene messo in rilievo come l'invocazione della clausola dell'ordine pubblico per rifiutare il riconoscimento di un documento di un altro Stato membro che accerta il rapporto di filiazione sia previsto in via del tutto eccezionale e come eventualità da valutare caso per caso; inoltre, la clausola dell'ordine pubblico può essere invocata solo per manifesta contrarietà ad essa, a ciò si aggiunge che il diniego può essere esercitato solo nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare l'articolo 21 sul principio di non discriminazione; ancora non si riscontra alcuna disposizione nella proposta che consenta il diniego degli effetti del certificato europeo di filiazione mediante l'invocazione della clausola dell'ordine pubblico.

La Commissione Politiche europee del Senato italiano ha posto quindi come condizione essenziale che la proposta preveda esplicitamente la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico in via generale su tutti i casi di filiazione per maternità surrogata, a condizione di assicurare una tutela alternativa ed equivalente, quale quella del citato istituto dell'adozione in casi particolari, e che ciò valga esplicitamente anche con riguardo al certificato europeo di filiazione; infine, con riferimento alla legge applicabile all'accertamento della filiazione, ritiene necessario che tale legge sia individuata con criteri stringenti, basati sulla residenza abituale pregressa, debitamente accertata, a tutela di entrambe le parti del rapporto coniugale, per esempio in caso di separazione di fatto con sottrazione del minore a uno dei genitori.

²⁰ Le Sezioni Unite hanno statuito il seguente principio: "Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), della legge n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita".

Invero, si tratta di rilievi che, come in altre occasioni nell'ambito della procedura di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà²¹, risultano poco attinenti al principio stesso, intendendosi invece come posizione contraria alla proposta della Commissione²².

Nonostante nelle sue risposte ai pareri la Commissione europea non abbia mostrato ripensamenti, ricordando come la stessa Corte di giustizia dell'UE abbia stabilito che la nozione di ordine pubblico debba essere interpretata in modo restrittivo, e osservando come la possibilità di rifiutare il riconoscimento della filiazione per motivi di ordine pubblico non potrebbe applicarsi qualora determinasse una situazione di discriminazione, il cammino della proposta sembra essersi interrotto e, a due anni di distanza, neanche l'idea di una cooperazione rafforzata è stata più discussa.

Difficile quindi ipotizzare al momento una ripresa dei negoziati; non resta che continuare a valersi dell'azione pretoria della Corte che speriamo possa, anche in questo caso, rendere maturi i tempi per un cambiamento, sia a livello di ordinamento nazionale che di Unione.

ABSTRACT: *The influence of the EU on family law. Brief Reflections on the proposal for a regulation in matters of filiation*

The essay examines the growing influence of European Union law on family law, an area traditionally reserved to the exclusive competence of Member States and marked by cultural and ethical sensitivities. After outlining the progressive development of EU private international family law—covering divorce, parental responsibility, maintenance obligations, and matrimonial property regimes—the paper focuses on the recent proposal for a regulation on parenthood. This initiative aims to ensure that parenthood legally established in one Member State is automatically recognized across the Union, regardless of the family model or the child's circumstances of birth. While the proposal seeks to strengthen children's fundamental rights, promote equality, and reduce legal and administrative burdens for cross-border families, it also faces significant political and legal resistance. Divergent national approaches to filiation, ethical concerns such as surrogacy, and Member States' reluctance to cede sovereignty in such a sensitive area have stalled negotiations.

²¹ Si permetta di rinviare a A. PITRONE, *Il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, Napoli, 2023.

²² Sull'analisi del parere e sulla insufficiente analisi dei meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria civile dell'UE si veda G. BIAGIONI, *Il parere motivato del Senato italiano sulla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in *Quaderni di Sidi Blog*, n. 19/2023, p. 443 ss. Si veda anche S. ARMELLINI, B. BAREL, *La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere*, in *Papers di diritto europeo*, 2023, p. 1 ss.

**LA CASA COME “LUOGO” DELLA FAMIGLIA.
NUOVI STRUMENTI DI TUTELA DEL DIRITTO ALL’ABITARE:
DAL SOCIAL HOUSING AL CO-HOUSING**

FRANCESCO MARTINES*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il diritto all’abitare nella Costituzione repubblicana. - 3. Il diritto all’abitazione nell’ordinamento europeo e sovranazionale. - 3.1. Le disposizioni della Carta Sociale Europea (CSE) e l’orientamento della Corte Costituzionale. - 3.2. Le disposizioni nella Carta dei Diritti dell’Unione Europea e nella CEDU. - 3.3. La rilevanza del diritto all’abitazione nel Pilastro Europeo dei Diritti Sociali (PEDS) e le misure del PNRR. - 4. Le politiche pubbliche per la tutela del diritto all’abitazione: dall’Edilizia Residenziale Pubblica (ERP) al *social housing*. - 5. Dal *social housing* al *co-housing*. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il diritto all’abitazione rappresenta una delle espressioni fondamentali della dignità umana e un presupposto necessario per l’esercizio di numerosi altri diritti, tra cui il diritto alla salute, alla vita familiare, all’istruzione e alla partecipazione sociale.

Nel nostro ordinamento, pur non essendo formalmente consacrato tra i diritti costituzionalmente “pieni”, il diritto all’abitare trova un riconoscimento implicito in diverse disposizioni della Costituzione, in particolare negli artt. 2, 3, 29-32, 42 e 47, oltre che nella legislazione ordinaria e nella giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

Il contenuto e le modalità di attuazione di questo diritto risultano profondamente influenzati dalle trasformazioni economiche, sociali e culturali che interessano la società, tra

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina.

cui spicca l'evoluzione dei modelli familiari¹ e le (in tutto o in parte) connesse riforme del diritto di famiglia².

Negli ultimi decenni, la nozione tradizionale di "famiglia nucleare" - composta da un padre, una madre e i figli conviventi - è stata messa in discussione e affiancata da nuove configurazioni relazionali: famiglie monoparentali, ricostituite, omogenitoriali, unioni civili, convivenze di fatto, comunità intenzionali, famiglie multigenerazionali, fino a includere forme più informali e flessibili di coabitazione. Questo profondo mutamento sociale, talvolta accompagnato da interventi legislativi, ha determinato una frattura fra l'impianto normativo, ancora in larga parte modellato sul paradigma tradizionale, e la realtà empirica delle forme abitative. Di conseguenza, l'incidenza della diffusione di nuovi modelli familiari sulle politiche del diritto all'abitazione rappresenta un nodo cruciale per il diritto pubblico e, in particolare, per il diritto amministrativo e il diritto delle politiche sociali.

A tale quadro si è aggiunto, quale ulteriore fattore di complessità, l'impatto della pandemia da Covid-19. L'emergenza sanitaria ha agito da catalizzatore di dinamiche già in atto, accentuando le diseguaglianze abitative, imponendo nuove esigenze in termini di spazi, accessibilità, tecnologie, e sottolineando la vulnerabilità delle categorie più fragili, tra cui molti nuovi nuclei familiari "atipici". La crisi pandemica ha messo in discussione modelli abitativi fondati su principi di densità urbana, di collettivizzazione degli spazi e di transitorietà, spingendo numerosi ordinamenti - incluso quello italiano - a riflettere sull'urgenza di una riformulazione delle politiche pubbliche abitative in chiave più inclusiva, resiliente e sostenibile.

In questo contesto, si impone una riflessione approfondita su come il diritto possa (e debba) adattarsi a questi cambiamenti strutturali, al fine di garantire effettività al diritto

¹ I nuovi modelli familiari, pur essendo ormai parte strutturale del tessuto sociale, faticano ancora a trovare un pieno riconoscimento giuridico. Se da un lato la L. n. 76/2016 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") ha introdotto l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e ha regolato le convivenze di fatto, dall'altro permangono zone d'ombra, specie nella fruizione dei diritti sociali collegati allo *status familiare*. Con specifico riferimento al tema delle politiche sulla casa, si osserva che le famiglie monoparentali, per esempio, rappresentano una quota crescente dei nuclei in condizione di disagio abitativo, sebbene raramente beneficino di politiche mirate. Analogamente, le convivenze non registrate, pur socialmente rilevanti, spesso non accedono ad agevolazioni o misure pubbliche se non attraverso forzature interpretative. Inoltre, il sistema di ERP (Edilizia Residenziale Pubblica) e i criteri per l'assegnazione degli alloggi continuano a privilegiare modelli familiari tradizionali e nuclei numerosi, penalizzando le nuove configurazioni, spesso composte da adulti soli, genitori *single* o coppie non sposate. Sul tema, *amplus*, G. BALDINI - F. RESCIGNO (a cura di), *Le famiglie omogenitoriali. Profili giuridici e psicosociali*, Torino, 2015; A. SCHILLACI, *Famiglie, relazioni e diritti: percorsi del diritto costituzionale della famiglia*, in *Quaderni cost.*, 4/2017, pp. 849-872; G. RESTA, *Famiglia e diritto tra pluralismo e diseguaglianza*, in *Pol. dir.*, 3/2016, pp. 361-384; E. LAMARQUE, *Diritto e nuove famiglie. L'evoluzione dei modelli familiari nel diritto italiano ed europeo*, Torino, 2020.

² La riforma del diritto di famiglia del 1975 (L. 19 maggio 1975, n. 151), che quest'anno compie cento anni, ha rappresentato una svolta epocale nel sistema giuridico italiano, ponendo le basi per una concezione della famiglia fondata sull'egualanza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.) e sull'interesse prevalente dei figli. Abolendo la figura del "capofamiglia" e introducendo il principio di responsabilità genitoriale condivisa, la riforma ha segnato il superamento dell'impostazione patriarcale del codice civile del 1942. Le successive innovazioni legislative - tra cui si segnalano la riforma sull'affido condiviso (L. n. 54/2006), le modifiche alla disciplina della filiazione (L. n. 219/2012 e D.Lgs. n. 154/2013), la già citata legge sulle unioni civili e convivenze di fatto (L. n. 76/2016), fino ai più recenti dibattiti sulla genitorialità omogenitoriale e sulle adozioni da parte di *single* - testimoniano un'evoluzione del diritto in linea con la pluralizzazione dei modelli familiari e con l'affermazione di una concezione relazionale e affettiva della famiglia, sempre più sganciata da criteri formali. Tali riforme riflettono la capacità del legislatore di adattarsi, seppur gradualmente e spesso in modo frammentario, alle profonde trasformazioni sociali e culturali che hanno ridefinito la fisionomia della famiglia contemporanea.

all'abitazione in favore di tutti i soggetti (e i modelli familiari), indipendentemente dalla loro giuridica categorizzazione.

In via generale, può dirsi che l'adattamento del quadro giuridico alle trasformazioni della società non è solo una questione di equità ma rappresenta un'esigenza di efficacia delle politiche pubbliche e di coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Nei paragrafi che seguono, da una prospettiva gius-pubblicistica, sarà indagata la categoria concettuale e normativa del diritto all'abitare per verificarne la sua consistenza e tutela attraverso gli istituti del *social housing* e del *co-housing* sociale.

2. Il diritto all'abitare nella Costituzione repubblicana.

A differenza di altri Stati europei (quali Belgio, Portogallo, Spagna e Svezia)³, nel sistema costituzionale italiano il diritto all'abitazione non trova una esplicita enunciazione normativa.

Vi è, tuttavia, un ampio consenso dottrinale⁴ nel riconoscere tale diritto come implicitamente ricompreso nell'ordinamento giuridico nazionale, soprattutto alla luce di diverse disposizioni costituzionali che riconoscono la funzione di garanzia di molteplici altri diritti e libertà fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali i diritti inerenti alla famiglia (artt. 29-31 Cost.), strettamente connessi al diritto all'abitazione.

Tra le disposizioni costituzionali maggiormente significative riguardo a questa tematica, si annovera l'art. 47, il quale impegna la Repubblica a promuovere “*l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione*” (secondo comma)⁵.

Si ritiene che la scelta terminologica di utilizzare il termine “*abitazione*” anziché “*casa*” non sia casuale in quanto mira ad enfatizzare l’importanza delle funzioni sociali e personali che l’immobile deve svolgere, oltre il suo mero valore patrimoniale e urbanistico.

Come è stato condivisibilmente osservato, l'art. 47 Cost. non focalizza l'attenzione sulla proprietà (dell'abitazione), bensì sull'opportunità dell'accesso ad essa tramite il

³ R. ROLLI, *Il diritto all'abitazione nell'Unione europea*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2/2013, pp. 512-590. Sul diritto all'abitazione in Spagna, G. GARCÍA ÁLVAREZ, *El derecho a la vivienda en España*, in *Ist. federalismo*, 3-4/2010, pp. 325-361.

⁴ T. MARTINES, *Il diritto alla casa*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e tutela della persona*, Roma-Bari, 1974, p. 391 ss.; G. BERITI, *Nota introduttiva*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, I, 1986, p. 5 ss. e ID., *Aspetti costituzionali*, ivi, IV, 1987, p. 7; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 63; più recentemente, S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GARDINI, *The Right to Housing and Fundamental Equality: from the Building of Affordable Social Housing to Urban Rehabilitation Programmes*, in J. PONCE SOLÉ (ed.), *Land Use Law, Housing and Social and Territorial Cohesion*, Denver, 2006, p. 91 ss.; F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Ist. federalismo*, 3-4/2010, p. 231 ss.; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, pp. 172-177; P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *www.federalismi.it*, 10/2014; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017; G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *www.federalismi.it*, 4/2018; G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 10 ss.

⁵ F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna-Roma, 1980, p. 153 ss.; G.M. SALERNO, *Art. 47*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 318 ss.; S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 945 ss.

risparmio, il che impone alla Repubblica un impegno "di favore", e non "di garanzia", a differenza di quanto accade per la proprietà privata ai sensi dell'art. 42 Cost⁶.

Questa lettura, prevalente in dottrina, che ha condotto al riconoscimento del diritto all'abitazione quale diritto sociale "debole", non suscettibile di rivendicazioni immediate e vincolanti, ha certamente inciso sull'evolversi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, che – fin dalla fine degli anni Ottanta – pur riconoscendo il diritto all'abitazione come un "diritto sociale fondamentale", la cui tutela rappresenta un presidio essenziale per situazioni di vulnerabilità sociale e rispetto al quale la Repubblica è chiamata ad un impegno di protezione⁷, ha identificato tale diritto fra i diritti sociali "finanziariamente condizionati" non garantendo ad esso un contenuto (*rectius*, nucleo) minimo essenziale di garanzia irrinunciabile⁸.

Questa condizione accentua il rischio che il diritto all'abitazione risulti particolarmente vulnerabile rispetto ai condizionamenti di natura economica, specialmente in contesti di crisi (come quello recente della post-pandemia).

Il carattere "debole" del diritto all'abitazione si riflette altresì nel suo stretto legame con le scelte legislative (soprattutto a livello regionale) in materia di ERP, le quali sono anch'esse soggette a vincoli finanziari.

3. Il diritto all'abitazione nell'ordinamento europeo e sovranazionale.

L'analisi del quadro normativo di riferimento non sarebbe completa senza un doveroso (seppur sintetico) riferimento alle fonti di diritto europeo e sovranazionale. E ciò, soprattutto, in ragione di quanto previsto dall'art. 117, co. 1, Cost. che attribuisce allo Stato e alle Regioni la potestà legislativa nel rispetto non solo dei principi costituzionali ma anche dei "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

⁶ P. LOMBARDI, *Riflessioni sul diritto all'abitazione tra Carta sociale europea, Corte costituzionale e PNRR*, in www.federalismi.it, 2022 che riprende il pensiero di G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, op cit.; A. PISANESCHI, «Diritto all'abitazione» e *housing sociale*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. III, Torino, 2016, p. 1795 ss. Con riguardo a questa linea interpretativa dell'art. 47 Cost., si segnala l'opinione difforme di D. SORACE nel contributo *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto all'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, Milano, 1977, p. 1035 ss.

⁷ Per tutte, data l'ampiezza delle argomentazioni, si veda C. Cost. 25 febbraio 1988, n. 217.

⁸ Sul diritto all'abitazione nella giurisprudenza costituzionale, M.M. COMENALE PINTO, *La rilevanza del bisogno abitativo nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 889 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La politica della casa nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, I, Milano, 1986, p. 27 ss.; R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1802 ss.; G. PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008, p. 75 ss.; M. MEZZANOTTE, *Quando la casa è un diritto*, in www.forumcostituzionale.it, 2009; A. VENTURI, *Dalla legge Obiettivo al Piano Nazionale di edilizia abitativa: il (ri)accenramento (non sempre opportuno) di settori strategici per l'economia nazionale*, in *Le Regioni*, 6/2010, p. 1378 ss.; V. ATRIPALDI, *Il diritto costituzionale all'abitazione*, in A. BUCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche*, Atti del Convegno in onore di Gianni Galli (Firenze, 19-20 ottobre 2012), Padova, 2013, p. 31 ss.; G. SCOTTI, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, p. 11 ss.; G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, cit., p. 10 ss. In generale, sul valore dei diritti sociali in Costituzione, A. MORELLI, *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, in www.forumcostituzionale.it, 2018; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4/2011.

In tale prospettiva, risulta opportuno approfondire se e in quale misura le fonti europee e internazionali abbiano inciso e possano, in futuro, incidere sulla tutela del diritto all'abitazione in Italia.

3.1. *Le disposizioni della Carta Sociale Europea (CSE) e l'orientamento della Corte Costituzionale.*

A livello europeo, la Carta Sociale Europea (CSE) costituisce il primo documento, in ordine temporale, nel quale si rinvengono precise indicazioni a tutela del diritto all'abitazione. In particolare, l'art. 31 della CSE, introdotto nella revisione della Carta del 1996, prevede che “*le Parti si impegnano a promuovere l'accesso a un alloggio adeguato mediante misure volte a: a) favorire la disponibilità di alloggi a prezzi accessibili; b) prevenire e ridurre l'assenza di alloggio o il sovraffollamento; c) migliorare la qualità degli alloggi; d) promuovere l'accesso ai servizi pubblici e ai servizi sociali; e) garantire l'accesso all'alloggio anche per gruppi particolarmente vulnerabili*”⁹.

La norma pone, in modo chiaro, l'obbligo per gli Stati firmatari¹⁰ di assicurare tutela al diritto all'abitazione. Più in concreto, gli Stati sono chiamati ad adottare tutte le misure di carattere legale ed organizzativo utili a garantire, in un tempo ragionevole¹¹, effettività alla protezione dello specifico diritto sociale¹², sia pure nei limiti delle proprie disponibilità finanziarie.

Non può negarsi che l'art. 31 della CSE, anche in ragione dell'azione interpretativa promossa dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS), abbia acquisito un contenuto immediatamente precettivo, capace di orientare le politiche degli Stati contraenti e di garantire un diritto sostanziale, accompagnato da una tutela effettiva, per i soggetti interessati.

Occorre, però, interrogarsi sul valore che la CSE (in generale) ha nel nostro ordinamento¹³.

⁹ La CSE (Carta Sociale Europea) rappresenta uno dei principali strumenti a tutela dei diritti sociali in Europa, includendo specifiche disposizioni relative al diritto all'abitazione e all'accesso a condizioni abitative adeguate. Adottata dal Consiglio d'Europa nel 1961 e successivamente rinnovata con la revisione del 1996, essa vincola gli Stati membri a garantire un livello minimo di diritti sociali, tra cui quelli relativi alla tutela contro la povertà abitativa. Sul tema, G. DE VERGOTTINI, *Diritti sociali e ordinamento europeo*, Torino, 2021; M. ALLENA, *I/Social Housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1/2014, pp. 167-222; più in generale sulla CSE, C. PANZERA – A. RAUTI – C. SALAZAR – A. SPADARO (a cura di), *La carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2017; M. D'AMICO - G. GUIGLIA - B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013.

¹⁰ La CSE (Carta Sociale Europea) originaria (1961) è stata ratificata dall'Italia con la L. n. 929/1965. Con la L. n. 30/1999, l'Italia ha ratificato anche la CSE riveduta nel 1996.

¹¹ Il CEDS (Comitato Europeo dei Diritti Sociali, organo costituito dalla CSE (Carta Sociale Europea) per verificare la conformità del diritto e della prassi degli Stati firmatari alle regole in essa previste), decidendo un reclamo presentato contro l'Italia dalla comunità Rom, ha precisato che, in applicazione dell'art. 31 in esame, non è sufficiente il mero riconoscimento formale del diritto all'alloggio o l'avvio di politiche abitative; è essenziale che gli interventi concreti per la sua realizzazione siano adottati e implementati entro un arco temporale “*adeguato e non ingiustificatamente prolungato*” (decisione del 7 dicembre 2005 nel procedimento *Cobre v. Italy*). Per un commento alla decisione, G. GUIGLIA, *Il diritto all'abitazione nella Carta Sociale Europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in *Rivista AIC*, 3/2011.

¹² Con decisione del 18 ottobre 2006 il CEDS (Comitato Europeo dei Diritti Sociali), in relazione a un reclamo presentato contro le politiche abitative della Bulgaria, ha precisato che (par. 35) “*l'obbligo di garantire il diritto all'abitazione comprende il dovere positivo degli Stati di adottare misure efficaci per prevenire la discriminazione abitativa e per garantire il diritto a condizioni abitative dignitose*”.

¹³ Per una puntuale analisi, B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in www.federalismi.it, 17/2017.

Per dare una risposta a questo interrogativo, anche per ragioni di sintesi, è utile fare riferimento all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'argomento.

La Corte Costituzionale, invero, ha affrontato la questione più volte, delineando una posizione abbastanza articolata.

Con una prima pronuncia del 1979 (n. 3/1979), la Consulta ha sottolineato che gli obblighi derivanti dai trattati internazionali, inclusa la CSE – pur dovendo essere rispettati e attuati dall'ordinamento interno – devono essere valutati in conformità con i principi fondamentali della Costituzione; il criterio della “compatibilità costituzionale”, dunque, funge da limite al recepimento automatico dei trattati.

Più di recente (sentenza n. 84/2011) la Corte – pur ribadendo che le disposizioni della CSE non sono *self-executing* – ha precisato che esse assumono una “*rilevanza interpretativa vincolante*” in quanto devono orientare l'interpretazione delle norme interne in materia di diritti sociali. Attraverso questa importante pronuncia, la Corte ha dunque riconosciuto un ruolo di fonte semi-vincolante della CSE, nel senso che essa non sempre genera diritti immediatamente invocabili ma, certamente, costituisce un parametro (interposto) fondamentale per valutare la legittimità costituzionale delle leggi nazionali e la correttezza dell'azione amministrativa. In questo senso, la pronuncia del 2011 ha risentito dell'importante indirizzo assunto dalla Corte nelle celebri sentenze nn. 348 e 349 del 2007 sul valore delle norme di diritto internazionale quali norme inter poste ex art. 117, co. 1, Cost.¹⁴.

Ma è a partire dal 2018 che si registra una significativa evoluzione nell'orientamento della Corte Costituzionale.

Con due sentenze (n. 120 e n. 194 del 2018) infatti la Consulta ha attribuito alla CSE una posizione più pregnante nel sistema delle fonti.

Nella sentenza n. 120/2018, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma limitativa della libertà sindacale dei militari, motivando tale decisione con un richiamo diretto, oltre che alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), anche alla CSE, qualificata quale fonte internazionale rilevante ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost. La Corte ha evidenziato gli «*spiccati elementi di specialità*» della CSE, la quale rappresenta un «*naturale completamento sul piano sociale*» della CEDU, sottolineandone così l'importanza nel presidio dei diritti fondamentali.

Analogamente, nella sentenza n. 194/2018, la Corte ha ritenuto incostituzionale una disposizione in materia di risarcimento del lavoratore ingiustamente licenziato per violazione dell'art. 24 della CSE, sancendo la necessità di un'integrazione tra le diverse fonti normative e le tutele da esse garantite.

Queste pronunce segnano certamente un mutamento di paradigma.

La Corte Costituzionale si riconosce come garante attivo nell'applicazione della CSE all'interno del nostro ordinamento, pur mantenendo un equilibrio tra l'attenzione alla natura progressiva e programmatica della Carta e la tutela effettiva dei diritti sociali. La Consulta,

¹⁴ Le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, com'è noto, hanno segnato un momento di svolta nel rapporto tra l'ordinamento interno e la CEDU (Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali); la Consulta ha chiarito che le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, integrano il parametro costituzionale dell'art. 117, co. 1, Cost. in quanto “*norme inter poste*”, cioè disposizioni di rango sub-costituzionale ma vincolanti per il legislatore italiano. In dottrina, M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.; D. DE PRETIS, *Fonti internazionali e parametro costituzionale: le sentenze 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 137-162; A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 44/2002, p. 913 ss.; G. PALMISANO, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze «gemelle»*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 1/2018, pp. 1-23.

infatti, continua a riconoscere le norme della CSE come disposizioni di natura “precettiva” e “programmatica” senza attribuire un vincolo interpretativo rigido alle decisioni del CEDS, che può assumere al più un ruolo di autorevole guida ermeneutica¹⁵.

Con specifico riferimento alla tutela del diritto all’abitazione, la Corte Costituzionale – in anni più recenti – ha confermato questo orientamento di maggiore apertura decidendo diverse questioni di legittimità costituzionale relative a leggi regionali di Edilizia Residenziale Pubblica (ERP).

In particolare si segnalano, per l’articolata motivazione, le sentenze nn. 44/2020 e 112/2021 che hanno posto in evidenza come il diritto all’abitazione, pur essendo un diritto fondamentale, sia spesso declinato in termini di diritto condizionato, il cui esercizio è legato a criteri di razionalità e ragionevolezza nelle scelte legislative, specie in relazione ai requisiti di residenza e radicamento territoriale per l’accesso agli alloggi pubblici.

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla conformità alla Costituzione di tali scelte, ha chiarito che l’eccessiva valorizzazione di parametri, quali ad esempio la stabile residenza, può risultare non conforme al principio di ragionevolezza ed al principio di uguaglianza¹⁶.

Per esigenze di sintesi, si limiterà di seguito il riferimento ad alcune pronunce degli ultimi due anni.

Con sentenza 17 luglio 2023 n. 145, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della L.R. Marche 16 dicembre 2005, n. 36 (Riordino del sistema regionale delle politiche abitative), in riferimento all’art. 3 Cost., nella parte (introdotta dall’art. 13 della L.R. n. 49 del 2018) in cui stabiliva – ai fini dell’assegnazione di un alloggio ERP – che il richiedente dovesse dimostrare di “*avere la residenza (...) nell’ambito territoriale regionale da almeno cinque anni consecutivi*”. La Consulta, richiamandosi ad un proprio precedente riguardante una legge regionale lombarda (sentenza C. Cost. n. 44/2020), ha ribadito che “*a differenza del requisito della residenza tout court (che serve a identificare l’ente pubblico competente a erogare una certa prestazione ed è un requisito che ciascun soggetto può soddisfare in ogni momento), quello della residenza protratta integra una condizione che può precludere in concreto a un determinato soggetto l’accesso alle prestazioni pubbliche sia nella regione di attuale residenza sia in quella di provenienza (nella quale non è più residente)*”. La Corte ha altresì affermato che, benché non espressamente previsto dalla Costituzione, il diritto all’abitazione deve ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili e il suo oggetto (l’abitazione) deve considerarsi un bene di primaria importanza.

Di analogo tenore è la sentenza n. 67 del 22 aprile 2024 con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 25, co. 2, lettera a), della L.R. Veneto 3 novembre 2017, n. 39 (Norme in materia di edilizia residenziale pubblica), che prevedeva, tra i requisiti per l’accesso agli alloggi ERP, quello della “*residenza anagrafica nel Veneto da almeno cinque anni, anche non consecutivi e calcolati negli ultimi dieci anni*”. La Corte ha chiarito che la plessa e prolungata residenza, pur se verificabile nell’ambito di un più ampio arco

¹⁵ Sul valore delle decisioni del CEDS (Comitato Europeo dei Diritti Sociali) si veda anche la sentenza C. Cost. n. 120/2018 la quale riconosce che “*le pronunce del Comitato, pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta, tanto più se l’interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali*”.

¹⁶ P. MASALA, *L’inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in Rivista AIC, 1/2022, p. 12 ss.; C. DOMENICALI, *Sull’illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l’accesso all’edilizia popolare: dalla condizionalità all’universalità dei diritti sociali?*, in Le Regioni, 48/2020, p. 628 ss.; A. RANDAZZO, *Il “diritto all’abitare” al tempo delle migrazioni*, in Dirittofondamentali.it, 1/2019.

temporale, indica un requisito “*privo di collegamento funzionale con la finalità di soddisfare il bisogno abitativo di soggetti economicamente deboli?*”.

Da ultimo, con sentenza n. 147 del 25 luglio 2024, la Corte – con motivazioni simili – ha dichiarato l’incostituzionalità della L.R. Piemonte 17 febbraio 2010, n. 3 (Norme in materia di edilizia sociale) che, ai fini dell’accesso agli alloggi ERP, prescriveva il requisito della residenza continuativa protratta per almeno tre anni.

Tutte queste pronunce sono accomunate dalla circostanza che la Consulta, pur senza negare la rilevanza della stabilità territoriale come criterio premiale nell’assegnazione degli alloggi, stigmatizza forme di esclusione che risultano arbitrarie e contrarie ai principi costituzionali.

Attraverso queste decisioni viene quindi sottolineata la necessità di orientare le politiche abitative (statali, regionali e locali) al pieno sviluppo della persona umana, superando distinzioni fondate su condizioni anagrafiche che penalizzano le effettive situazioni di bisogno.

La giurisprudenza costituzionale, pertanto, riflette una sensibilità crescente verso i mutamenti del quadro sociale, caratterizzato da plurime esigenze di integrazione (non ultime quelle legate alla sempre più ampia presenza di “nuovi” modelli familiari), a prescindere dal possesso di requisiti di residenza territoriale.

Può, dunque, concludersi che le regole e i principi della CSE, seppur in via mediata, abbiano un’efficacia nell’ordinamento italiano alla stregua di fonte internazionale di rilievo primario ai fini del rispetto degli obblighi costituzionali, soprattutto nell’ambito della tutela dei diritti sociali.

La sua applicazione concreta rimane “filtrata” dal ruolo interpretativo della Corte Costituzionale che calibra il rapporto tra vincoli internazionali e sovranità legislativa nazionale e regionale, valorizzando al contempo la Costituzione quale parametro supremo.

3.2. Le disposizioni nella Carta dei Diritti dell’Unione Europea e nella CEDU

La tutela del diritto all’abitare, in disparte al riferimento alla CSE, trova un ulteriore fondamento nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE, la Carta di Nizza) che, dal 2009, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati.

In particolare, l’art. 34 della Carta (“*Sicurezza sociale e assistenza sociale?*”) prevede (par. 3) che “(...) l’Unione riconosce e rispetta il diritto all’assistenza sociale e all’assistenza abitativa volte a garantire un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell’Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”¹⁷.

Se è vero che la norma riconosce il diritto alla “assistenza abitativa” nei limiti (oltre che del diritto dell’Unione) delle leggi e delle prassi nazionali, è altresì vero che la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE, Corte di Lussemburgo), nel noto caso *Kamberaj*, ha chiarito che l’art. 34 della Carta di Nizza pone un obbligo - alle autorità nazionali che definiscono il grado di protezione del diritto all’abitazione - di garantire un livello minimo di tutela applicabile a tutti coloro che non sono in grado di provvedere autonomamente al soddisfacimento dei loro bisogni essenziali.

¹⁷ A. GIORGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali*, Bologna, 2001, p. 242 ss.

La sentenza *Kamberaj* rappresenta uno snodo giurisprudenziale di rilievo in materia di diritto all'abitazione e principio di non discriminazione. Il caso riguardava un cittadino albanese, titolare di permesso di soggiorno di lungo periodo, al quale la Provincia autonoma di Bolzano aveva riconosciuto un trattamento meno favorevole rispetto ai cittadini italiani e dell'UE nell'accesso ai contributi per l'alloggio, attraverso una ripartizione dei fondi che destinava ai cittadini di Paesi terzi una quota inferiore. La CGUE ha chiarito che le prestazioni di assistenza abitativa rientrano nel concetto di "assistenza sociale" e devono essere garantite in condizioni di parità ai soggiornanti di lungo periodo, salvo eccezioni tassative espressamente previste. La normativa della Provincia di Bolzano, nella parte in cui limitava in misura rilevante le risorse destinate ai cittadini di Paesi terzi rispetto a quelle riservate ai cittadini UE, risultava dunque in contrasto con il diritto dell'Unione. L'importanza della pronuncia risiede non solo nell'aver ricondotto le misure di sostegno abitativo alla nozione di assistenza sociale di matrice europea, ma anche nell'aver ribadito il collegamento tra diritto all'abitazione quale principio di dignità umana (art. 1 Carta di Nizza) e il ruolo dell'art. 34, par. 3, della medesima Carta come parametro interpretativo¹⁸.

Un altro elemento da non trascurare è che l'art. 34, par. 3, della Carta di Nizza e tutte le altre norme in essa contenute possono essere invocate dai cittadini europei non solo nei confronti delle istituzioni europee ma anche delle autorità nazionali.

Anche la CEDU può rappresentare un utile riferimento normativo a sostegno della tutela del diritto all'abitare, da intendersi come diritto sociale "forte". Sebbene la CEDU sia stata pensata come strumento di protezione dei diritti civili e politici, va ricordato che la Corte di Strasburgo (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Corte EDU) ha inteso i diritti "civili" in senso ampio, al punto da ricomprenderne in via interpretativa molte implicazioni di tipo sociale¹⁹.

In questa prospettiva, per esempio, la Corte EDU ha valorizzato l'art. 8 della CEDU dedicato proprio al "diritto al rispetto della vita privata e familiare" per riconoscere il diritto a conservare il possesso di una abitazione sociale²⁰.

Del resto, nella medesima prospettiva ermeneutica, la Corte Costituzionale – nella recente sentenza giugno 2018, n. 120 – ha chiarito che se la CEDU "ha inteso costituire un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali civili e politici (sentenza n. 349 del 2007), la Carta Sociale Europea ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo".

3.3. La rilevanza del diritto all'abitazione nel Pilastro Europeo dei Diritti Sociali (PEDS) e le misure del PNRR

¹⁸ CGUE (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Corte di Lussemburgo), Grande Sezione, 24 aprile 2012, caso C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano*. Per un commento alla pronuncia, M. BARUFFI, *Il diritto all'alloggio come prestazione di assistenza sociale nella sentenza Kamberaj*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (RDIPP), 2012, p. 657 ss.; A. DI PASCALE, *Parità di trattamento e prestazioni sociali: la Corte di giustizia e il caso Kamberaj*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, p. 1 ss.

¹⁹ A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 9 ss.; G. ROMEO, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in L. MEZZETTI – A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, p. 487 ss.

²⁰ Corte EDU (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), 4 maggio 1999, *Marzari v. Italy*, caso 36448/97.

Nell'ambito del complesso sistema di tutela multilivello del diritto all'abitazione si colloca il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali (PEDS), presentato dalla Commissione Europea ad aprile 2017 e successivamente proclamato congiuntamente dalla Commissione, dal Consiglio e dal Parlamento europeo in occasione del vertice sociale di Göteborg del 17 novembre 2017.

Il PEDS si articola in tre capi principali - dedicati rispettivamente alle pari opportunità e all'accesso al mercato del lavoro, alle condizioni di lavoro eque, nonché alla protezione e inclusione sociale - all'interno dei quali sono enunciati venti principi fondamentali (non vincolanti), volti ad assicurare il buon funzionamento e l'equità del mercato del lavoro e dei sistemi di protezione sociale, garantendo livelli minimi di inclusione e coesione sociale²¹.

In generale, il PEDS rappresenta un rilevante passo avanti verso il rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione europea rivolgendosi agli Stati membri e delineando un quadro di riferimento cui questi ultimi dovrebbero attenersi per rendere effettivamente esigibili determinati diritti sociali.

Pur privo di efficacia giuridica vincolante, il PEDS riveste un'importante funzione di stimolo, inducendo gli Stati membri a valutare la sufficienza delle prestazioni sociali fornite ai cittadini per assicurare condizioni di vita dignitose.

Se gli Stati sono chiamati a dare attuazione ai principi enunciati mediante interventi legislativi nazionali, la Commissione Europea ha il compito di proporre iniziative concrete attraverso strumenti regolativi (per lo più di *soft law*) per favorire la concreta implementazione del Pilastro.

Tra i principi enunciati, ve ne sono alcuni che assumono particolare rilevanza in relazione al diritto all'abitazione quali l'inclusione sociale, l'accesso a servizi adeguati per persone non autosufficienti e la fruizione di servizi essenziali (acqua, energia elettrica e servizi digitali).

Il riferimento espresso al diritto all'abitazione, però, si rinviene nel Principio 19 “*Housing and assistance for the homeless*”, il quale stabilisce che: “*Access to social housing or housing assistance of good quality shall be provided for those in need. Vulnerable people have the right to appropriate assistance and protection against forced eviction. Adequate shelter and services shall be provided to the homeless in order to promote their social inclusion*”²².

Tale principio segna, a livello europeo, un approccio organico e integrato al diritto all'abitazione. La lettera a) della norma individua due modalità principali di tutela: la fornitura di alloggi sociali e la garanzia di un'assistenza abitativa, la quale può comprendere diverse misure, quali indennità di alloggio, sostegno al reddito, agevolazioni fiscali e garanzie locative. È rilevante osservare che tale assistenza non sia riservata esclusivamente a chi versi in condizioni economiche disagiate, come previsto dalla Carta di Nizza; essa infatti viene estesa

²¹ M. CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2022; G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in *Rivista AIC*, 1/2021, p. 166 ss.; R. BALDUZZI, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in www.federalismi.it, 2018, pp. 245-253; A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, ivi, pp. 20-32; J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il "social summit" di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?*, ivi, pp. 49-68; S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni cost.*, 4/2017, p. 953 ss.; A. COZZI, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, ivi, 2/2018, p. 516 ss.; S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?*, in *European Constitutional Law Review*, 14/2018, p. 210 ss.

²² Per la consultazione dei singoli principi, inclusa la versione integrale del Principio 19 – *Housing and assistance for the homeless*, si rinvia al seguente link: <https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/european-pillar-social-rights-20-principles>

a chiunque si trovi in una condizione di particolare bisogno, derivante, ad esempio, da disabilità o da disaggregazione familiare.

L'analisi delle previsioni del PEDS in materia di diritto all'alloggio sollecita una riflessione sugli effetti che esse possono produrre nell'ordinamento interno. Nei precedenti paragrafi si è già riferito in ordine al diverso approccio alla tutela del diritto sociale all'abitazione nel diritto interno e nel diritto europeo e sovranazionale; il contesto europeo delineato dal PEDS induce a ritenere che si sia compiuto un ulteriore passo in avanti verso il pieno riconoscimento del diritto all'abitazione quale diritto fondamentale, caratterizzato da un "contenuto essenziale" che attribuisce all'individuo la facoltà di ottenere la soddisfazione della propria esigenza abitativa in caso di impossibilità di provvedervi autonomamente o, comunque, in presenza di situazioni di vulnerabilità sociale.

Nel futuro, pertanto, il nostro Paese potrebbe essere chiamato ad adottare misure, a livello nazionale, regionale o locale, idonee a concretizzare una tutela effettiva del diritto all'abitare. Ciò implicherebbe la definizione di politiche abitative più incisive, capaci di assicurare protezione alle persone vulnerabili nonché di fornire servizi finalizzati all'inclusione sociale.

In questa direzione, l'impegno del nostro Paese sta già beneficiando e, potrà ancora farlo nei prossimi anni, delle risorse legate al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Il PNRR include la missione 5 dedicata a "*Inclusione e coesione*", articolata in tre componenti di cui la seconda (M5C2) è focalizzata su "*Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore*" e mira a valorizzare la dimensione sociale delle politiche abitative, anche promuovendo l'*affordable housing*, per il sostegno a situazioni di fragilità e intervenendo sui principali fattori di rischio di esclusione sociale, individuale e collettiva.

Tra gli obiettivi generali di tale missione figura il miglioramento del sistema di protezione e le azioni di inclusione per le persone in condizioni di estrema marginalità e deprivazione abitativa, nonché l'integrazione di politiche e investimenti per garantire case più accessibili, soprattutto nell'ambito dell'ERP.

In particolare, l'investimento 2.3 denominato "Programma Innovativo Nazionale della Qualità dell'Abitare" (PINQuA) è finalizzato alla realizzazione di nuove strutture ERP e alla riqualificazione di zone degradate, con un forte impulso all'innovazione verde e alla sostenibilità²³.

All'interno della stessa missione 5 del PNRR si colloca anche l'investimento dedicato a "*Housing First e Stazioni di posta per persone senza dimora*". Lo stanziamento previsto è di 450 milioni di euro, con lo scopo di offrire sistemazioni temporanee in appartamenti o strutture di accoglienza, accompagnate da servizi di supporto sociale personalizzati. L'obiettivo è raggiungere entro il 2026 almeno 25.000 beneficiari.

Secondo gli ultimi dati di monitoraggio rinvenuti su Openpolis (Forum Terzo Settore, 31 marzo 2025), sono stati avviati nel Paese 199 progetti di *Housing First* e 191 di *Stazioni di posta*; il finanziamento erogato ammonta a circa 411,5 milioni di euro, con 38,5 milioni ancora

²³ Il PINQuA, introdotto originariamente dall'art. 1, co. 437, L. n. 160/2019, prevede la riqualificazione e l'ampliamento del patrimonio di ERP (Edilizia Residenziale Pubblica), la riattivazione del tessuto socio-economico, la rifunzionalizzazione degli spazi pubblici, promuovendo la coesione sociale, il decoro urbano e la sostenibilità, nel rispetto del principio "*smart city*" e senza consumo di nuovo suolo. Il co. 438 rinviava l'attuazione ad un decreto interministeriale, che è stato adottato con D.M. n. 395 del 16 settembre 2020. Successivamente, il D.M. 7 ottobre 2021, n. 383 ha approvato gli elenchi dei beneficiari tra Regioni, Comuni e Città metropolitane. Il finanziamento iniziale (800 milioni di euro) è stato incrementato fino a 2,8 miliardi a valere sui fondi PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza). Per ulteriori approfondimenti, C. CELLAMARE, PNRR: rigenerazione urbana e housing, in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, LIII, 135, 2022, p. 183 ss.

da assegnare. Il coinvolgimento diretto di Enti del Terzo Settore (ETS) riguarda circa 112 progetti per un valore di 91 milioni. L'attuazione, tuttavia, presenta alcune criticità confermate dai seguenti dati: solo il 7% circa dei *target* potenziali è effettivamente assistito (1.627 persone prese in carico rispetto ai 27.834 previsti per le *Stazioni di posta*); la spesa effettiva si ferma sotto il 7%, con alcune regioni meridionali sotto l'1%, a fronte di regioni del Nord che hanno raggiunto il 10-15% (fonte: Openpolis, 2025).

Questo evidenzia un ritardo preoccupante nell'attuazione delle misure sociali del PNRR, con riflessi negativi sull'inclusione abitativa.

Il quadro complessivo di lentezza e ritardi risulta confermato anche dalla Relazione semestrale della Corte dei Conti del 9 dicembre 2024²⁴ e dalla Sesta relazione governativa del 27 marzo 2025²⁵, che evidenziano scostamenti significativi rispetto al cronoprogramma, ritardi nella pubblicazione dei bandi, difficoltà nell'uso delle piattaforme di monitoraggio.

In sintesi, il PNRR presenta una visione ambiziosa per la tutela del diritto all'abitare: attraverso il PINQuA e i programmi di *Housing First/Stazioni di posta*, si punta a promuovere un *housing sociale* innovativo, inclusione e autonomia per i soggetti vulnerabili; tuttavia, i processi di attuazione – ad oggi – svelano molte criticità: nonostante gli stanziamenti molto consistenti, si registrano difficoltà rilevanti nella realizzazione dei progetti e nella loro rendicontazione e fruizione finale.

Un ruolo cruciale di facilitazione dei processi, ad avviso di chi scrive, potrebbe essere svolto da un impegno più deciso nel coinvolgimento degli ETS (notoriamente protagonisti attivi nelle politiche sociali) soprattutto nel Mezzogiorno, avvalendosi delle agevolazioni previste per le procedure di co-programmazione regolate dal Codice del Terzo Settore (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

4. Le politiche pubbliche per la tutela del diritto all'abitazione: dall'Edilizia Residenziale Pubblica (ERP) al social housing

Come emerso dall'analisi delle fonti normative in materia di protezione del diritto all'abitazione, che lo inseriscono a pieno titolo nella dimensione di una tutela multilivello dei diritti (internazionale, europeo, nazionale e regionale), è utile adesso concentrarsi sull'approccio che il nostro legislatore (soprattutto quello regionale) e la pubblica amministrazione (per lo più regionale e locale) hanno adottato in concreto nelle politiche “sulla casa”, per verificarne l'efficacia, l'adeguatezza e – per quel che più interessa questo lavoro – la capacità di risposta ai mutamenti sociali che hanno riguardato negli ultimi anni il modello familiare (*rectius*, i modelli familiari) di riferimento.

L'evoluzione storica delle politiche abitative pubbliche in Italia riflette una profonda trasformazione del ruolo dell'amministrazione pubblica nella garanzia del diritto all'abitare. Nato in risposta alle emergenze post-belliche, gli interventi di ERP si sono storicamente concentrati sulla realizzazione di alloggi a canone calmierato per le fasce più fragili della popolazione. Questo modello, fondato su una concezione prevalentemente quantitativa del fabbisogno abitativo, ha trovato un solido ancoraggio normativo e amministrativo nei grandi

²⁴ Corte dei Conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, *Relazione semestrale sullo stato di attuazione del PNRR*, 9 dicembre 2024 (https://www.mur.gov.it/sites/default/files/2024-12/PNRR_cortedeiconti_rel_II_sem_2024.pdf).

²⁵ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento amministrativo, *Sesta Relazione sullo stato di attuazione del PNRR*, 31 marzo 2025 (<https://www.strutturapnrr.gov.it/it/documenti/relazioni-al-parlamento/>)

Piani di Edilizia Economica e Popolare (PEEP), disciplinati dalla L. n. 167/1962 e successivamente sviluppati con la L. n. 865/1971.

Tuttavia, a partire dagli anni Duemila, la crescente complessità del contesto urbano, cui ha certamente contribuito la frammentazione e la diversificazione dei nuclei familiari, l'invecchiamento della popolazione e la precarietà lavorativa, ha reso evidente l'insufficienza e la non adeguatezza di tale paradigma.

L'abitazione non è più soltanto un bisogno primario, ma un diritto fondamentale legato alla piena cittadinanza, alla coesione sociale e alla sostenibilità urbana.

In questo quadro, il concetto di *social housing* si afferma come risposta innovativa e multidimensionale, capace di integrare finalità sociali, criteri di sostenibilità ambientale, tecnologie abitative avanzate e forme di *governance* partecipata.

Il *social housing* si connota per la sua natura ibrida: non si tratta soltanto di un intervento assistenziale, ma integra anche uno strumento di politica pubblica strutturata, che coinvolge una pluralità di attori (pubblici, privati e del Terzo Settore) nella produzione e gestione di spazi abitativi accessibili e socialmente inclusivi.

Questo approccio ha comportato un ampliamento del concetto stesso di diritto all'abitare, inteso non solo come diritto soggettivo alla casa, ma come diritto collettivo alla città, secondo una visione in cui l'abitazione è parte di un (eco)sistema urbano integrato.

Si osservi che il *social housing* promuove una rinnovata riflessione sull'esercizio della funzione amministrativa, sempre maggiormente orientata verso logiche di sussidiarietà orizzontale, partecipazione attiva dei cittadini, partenariati pubblico-privati e co-programmazione degli interventi. Le amministrazioni locali, in particolare, assumono un ruolo strategico nella promozione e nel coordinamento di iniziative abitative con impatto sociale.

Il concetto di *social housing*, pur non essendo ancora definito in modo univoco all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, ha acquisito crescente rilevanza sotto il profilo amministrativo, urbanistico e sociale. La sua natura ibrida riflette la complessità dei bisogni abitativi contemporanei e l'esigenza di un approccio integrato, capace di andare oltre la dicotomia tra edilizia pubblica e mercato immobiliare privato.

Come detto, la normativa sull'ERP, a partire dalla L. n. 167/1962 fino alle più recenti riforme regionali, ha regolato il settore come ambito di intervento separato rispetto alle politiche urbanistiche generali, con forte centralità del soggetto pubblico nella programmazione, costruzione e gestione degli alloggi.

Il *social housing*, al contrario, si caratterizza per un approccio multidimensionale ed integrato, in cui l'abitazione è parte di una progettualità più ampia che incide sui servizi, sugli spazi comuni, sulle tecnologie intelligenti, sulle attività formative e sugli interventi di inclusione sociale. Il cambio di approccio implica la transizione da un modello basato su prestazioni passive (la mera fornitura della "casa popolare" a chi ha i requisiti di legge) a uno orientato all'*empowerment* ed alla costruzione di capitale sociale.

Da un punto di vista categoriale è possibile affermare che il *social housing* si colloca nell'ambito delle funzioni sociali d'interesse generale, nelle quali il soggetto pubblico assume un ruolo di regolatore, facilitatore e co-produttore²⁶.

²⁶ M. ALLENA - M. RENNA, *L'housing sociale*, in F.G. SCOCÀ - P. STELLA RICHTER - P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, p. 292; M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, pp. 167-222; S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GARDINI, *The Right to Housing and Fundamental Equality: from the Building of Affordable Social Housing to Urban Rehabilitation Programmes*, cit., p. 91; A. VITTORIO - A. DIVARI, *De Social Housing, diritto sociale all'abitazione o all'abitazione sociale?*,

La giurisprudenza amministrativa ha contribuito a delineare i contorni della categoria, riconoscendo la legittimità di modelli di partenariato pubblico-privato per la realizzazione e gestione di complessi di *social housing* con finalità sociali coerenti con l'interesse pubblico²⁷.

Di regola, il *social housing* si finanzia lungo due direttive: a valle, tramite l'impegno diretto di risorse pubbliche; a monte, attraverso leve indirette che riducono il costo dell'offerta privata, quali la concessione di aree a prezzo calmierato, la riduzione degli oneri di urbanizzazione o misure fiscali di favore che alleggeriscono i costi di costruzione e gestione.

Quanto ai destinatari, la platea di riferimento si è progressivamente ampliata: non più (o non soltanto) famiglie numerose in condizioni di spiccata vulnerabilità economica, ma anche quella fascia crescente di "classe media" che, pur non possedendo i requisiti per accedere ai tradizionali strumenti di ERP²⁸, non dispone di redditi adeguati per sostenere i valori del libero mercato. È in questo spazio intermedio che le politiche dell'abitare di nuova generazione sono chiamate a misurarsi, calibrando strumenti e criteri su bisogni non immediatamente intercettati dall'ERP tradizionale. Questo approccio nuovo implica la capacità di intercettare ed interpretare nuove tipologie di bisogno, spesso temporanee o non esclusivamente economiche²⁹. L'obiettivo dichiarato è quello di costruire un ventaglio di risposte capace di spaziare dall'emergenza abitativa assoluta, all'alloggio transitorio, fino alla soluzione stabile, tenendo insieme qualità dell'abitare e sostenibilità ambientale ed energetica (efficienza, riduzione dei consumi, materiali e tecniche coerenti con la *green transition*)³⁰.

L'aspetto forse più innovativo del *social housing* attiene però alle modalità di soddisfazione del bisogno abitativo. Le azioni messe in campo, infatti, devono mirare a offrire alloggi di qualità inseriti in contesti dignitosi, attenti agli elementi urbanistici e architettonici e, al contempo, orientati a generare inclusione sociale mediante servizi di prossimità e azioni di *community building*³¹. In questa direzione si collocano i progetti che

in *Ist. federalismo*, 1/2019, pp. 207-230; I. PIAZZA, *Intervento pubblico, iniziativa privata e tutela dei diritti nel social housing*, in A. ADINOLFI - A. SIMONCINI (a cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, Napoli, 2022, p. 316; P. SAGGIANI, *La tutela del diritto all'abitazione per le fasce più deboli della popolazione: tra politiche abitative esistenti e alcune proposte per il social housing*, in *Giureta – Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 17/2019, pp. 433-451; M. G. DELLA SCALA, *Il social housing come servizio d'interesse generale fra tutela multilivello del diritto sociale all'abitare e imperativi della concorrenza*, in *Riv. giur. ed.*, 2/2019, pp. 317-350; R. LUNGARELLA, *Social housing: una definizione inglese di "edilizia residenziale pubblica"*?, in *Ist. federalismo*, 3-4/2010, pp. 271-311.

²⁷ Cons. Stato n. 3780/2024; n. 6138/2021; n. 4669/2015; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2014; TAR Abruzzo n. 368/2023; TAR Campania n. 3186/2023.

²⁸ M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 160. Per una complessiva ricognizione delle vicende evolutive dell'ERP, S. CIVITARESE MATTEUCCI - P. URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2023, pp. 179-182.

²⁹ Rientrano in tale ambito, ad esempio, gli studenti fuori sede, i lavoratori a termine o in missione, i genitori separati, gli anziani soli, i familiari di degenzi, le persone senza dimora; ma anche situazioni di marginalità connesse a patologie, disabilità o fragilità relazionali.

³⁰ G.M. FLICK, *Elogio della città? Dal luogo delle paure alla comunità della gioia*, Roma, 2019, p. 94 ove l'A. collega alle esperienze di *housing sociale* l'obiettivo di miglioramento della qualità della vita urbana.

³¹ Come è stato osservato (M.A. CABIDDU, *Convivere con la crisi: la casa*, in *Ammin.*, 2013, p. 96), viene in rilievo «la necessità di considerare il tema della casa con un approccio "multi-dimensionale", che non guardi solo ai profili economici del problema, ma anche a quelli sociali e dunque alla necessità di integrare i progetti immobiliari con gli aspetti sociali e "immateriali" dei servizi, mediante programmi di facilitazione della convivenza, volti a stimolare l'incontro, la condivisione e la solidarietà fra le persone e a rafforzare così la sicurezza e la coesione sociale e territoriale, scongiurando quei fenomeni di esclusione e marginalizzazione che hanno troppo spesso in passato caratterizzato le politiche di edilizia popolare». Il soddisfacimento di tali interessi può essere ricondotto anche ad un nuovo modo di concepire la categoria stessa di cittadinanza (da

prevedono la realizzazione di spazi comuni e servizi integrati (orientamento e accompagnamento sociale, servizi sociosanitari, assistenza domiciliare, gestione condominiale sociale), nonché formule che coinvolgono attivamente i residenti nella fase realizzativa o nella gestione e manutenzione del patrimonio.

Tale evoluzione ha trovato attenzione crescente a livello dell'Unione europea. La Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 giugno 2013 sul *social housing*, ad esempio, ha sottolineato come il diritto all'abitazione sia componente essenziale per la giustizia e la coesione sociale negli Stati membri, richiamando in particolare la condizione dei gruppi vulnerabili, spesso costretti a vivere in alloggi inadeguati con effetti negativi su salute e sicurezza.

A livello di diritto interno, il riferimento al *social housing* emerge nella stagione del c.d. "Piano casa", inaugurata dall'art. 11 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, che ha promosso "programmi integrati" comprendenti anche edilizia a finalità sociale e, soprattutto, ha inaugurato una prospettiva marcatamente collaborativa pubblico-privato che consente il coinvolgimento di imprenditori, cooperative, soggetti del Terzo Settore, operatori finanziari (incluse banche e fondazioni), i quali investono i propri capitali accedendo a benefici e agevolazioni (quali riduzione degli oneri di costruzione, incentivi e detrazioni fiscali, riconoscimento di specifici diritti edificatori)³².

Ne discende un impianto di politiche - volto a stimolare investimenti privati - che miri a soddisfare situazioni ulteriori rispetto a quelle di massimo disagio, con l'intento di offrire alloggi a categorie di soggetti più ampie rispetto al passato.

Invero, pur avvicinandosi alla logica del *social housing*, l'approccio del Piano casa del 2008 appare più correttamente riconducibile alla nozione – di matrice interna – di "edilizia residenziale sociale": una famiglia di interventi che certamente include alcuni tratti essenziali del *social housing* (partenariato pubblico-privato; finalità sociale; intervento in aree a disagio non estremo), senza però coinvolgere l'elemento più caratteristico del *social housing* europeo, ossia la promozione della coesione sociale attraverso l'integrazione tra abitare e servizi mirati alle esigenze delle diverse tipologie di utenti.

A livello regionale, alcune leggi hanno compiuto significativi passi avanti, adottando un approccio ampio all'"edilizia residenziale sociale" – storicamente tripartita in edilizia

intendersi anche come "cittadinanza amministrativa"), non più riferita soltanto alla titolarità di diritti di tipo politico bensì comprendente posizioni soggettive attive, giuridicamente rilevanti, tese a ottenere una qualità di vita accettabile. Sul tema, C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 481 ss.; A. BARTOLINI - A. PIOGGIA, *Cittadinanze amministrative*, vol. VIII, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2017.

Sia anche consentito il rinvio a F. MARTINES, *Cittadinanza europea ed armonizzazione delle regole: verso un diritto amministrativo globale?*, in A. DI STASI - M.C. BARUFFI - L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, p. 321 ss.

³² Come osservato in dottrina, «il provvedimento ebbe un forte impatto sull'approccio alle politiche abitative non tanto per la quota di finanziamento pubblico, pari a circa 280 milioni di euro, quanto per l'impostazione complessiva che prevedeva la predisposizione di un bando per la selezione delle proposte, la destinazione degli alloggi per la c.d. "fascia grigia", il coinvolgimento finanziario ed economico dei privati attraverso la fissazione di un limite massimo di cofinanziamento, l'attenzione all'infrastrutturazione degli ambiti di intervento e alla eco-sostenibilità degli edifici da realizzare o recuperare» (F. CRUPI, *L'edilizia a carattere sociale in Italia. Dalla Legge Luzzatti al social housing*, in *Open Journal of Humanities*, 7/2021, p. 117). Sul tema, ed in particolare sulle novità nel coinvolgimento attivo degli attori privati, anche B. ACCETTURA, *PNRR e diritti sociali: una nuova declinazione del diritto all'abitazione. Il paradigma della rigenerazione urbana*, in *Società e diritti*, 8/2023, p. 231; A. VIITORIO - A. DIVARI, *De Social Housing, diritto sociale all'abitazione o all'abitazione sociale?*, cit., p. 221; V. CAMPIGLI, *Città intelligenti e diritto all'abitare: transizioni nel social housing*, in *Munus*, 2/2024, p. 531 ss. (in part., pp. 542-543).

sovvenzionata, agevolata, convenzionata – sino a ricomprendere, in taluni casi, anche la nozione europea di *social and affordable housing*.

In effetti, il concetto di *social housing* in Italia non ha ancora trovato un assestamento definitorio compiuto: accanto a esperienze significative, spesso locali o regionali, permangono eterogeneità e episodicità, con un impatto complessivo sulle politiche dell'abitare meno incisivo rispetto a quanto si osserva in altri Stati membri (Paesi Bassi, Austria, Danimarca).

Per conseguire gli obiettivi ambiziosi del *social housing* occorrono interventi più innovativi e sfidanti, in grado di rispondere a un fabbisogno diffuso e mutevole (anche temporaneo) che coinvolge categorie diverse da quelle considerate in passato.

Le politiche sinora adottate hanno mostrato limiti nel soddisfare la domanda abitativa: nonostante i rilevanti interventi normativi degli ultimi decenni – inclusa l'esperienza del Piano casa avviato nel 2008 – non si è registrata una attuazione sufficiente.

Le risorse destinate all'edilizia pubblica (o sociale) si sono assottigliate, per effetto combinato della crisi economico-finanziaria, dell'introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio e dei connessi vincoli europei, nonché dei tagli alla spesa sociale. L'esito è un parziale mancato conseguimento degli obiettivi del Piano casa e, più in generale, una difficoltà a riallineare le politiche pubbliche ai bisogni abitativi emergenti³³.

In definitiva, se si assume il *social housing* nel suo significato europeo – come politica integrata che combina alloggio, servizi e coesione sociale – il percorso italiano appare ancora incompiuto, non mancando esperienze positive, ma isolate.

5. Dal social housing al co-housing.

L'evoluzione delle politiche abitative europee e nazionali mostra come la categoria del *social housing* non esaurisca più, da sola, il bisogno abitativo emerso nell'ultimo decennio. Da un lato, il *social housing* resta ancorato a un impianto di interesse generale e a un perimetro di compatibilità con la disciplina europea sugli aiuti di Stato; dall'altro, si affermano forme collaborative dell'abitare – tra cui il *co-housing* – che enfatizzano la dimensione comunitaria attraverso la messa in comune di spazi e servizi, oltre l'erogazione dell'alloggio a condizioni di vantaggio.

Relativamente alla definizione di “alloggio sociale” contenuta nel D.M. 22 aprile 2008 (legata alle politiche del Piano casa di cui si è detto nel paragrafo precedente), che continua ad essere il riferimento categoriale per inquadrare gli interventi di *housing sociale*, è possibile indicare un fronte nuovo e ulteriore di azione verso un progressivo spostamento dell'asse dalle sole politiche di offerta verso “ecosistemi dell'abitare” in cui servizi di prossimità, inclusione e *governance* partecipata diventano elementi strutturali del diritto all'abitare.

Il *co-housing* si colloca in questa prospettiva come forma di co-residenzialità in cui unità abitative autonome sono integrate da spazi e servizi comuni, progettati e gestiti in modo

³³ Sono emblematiche le preoccupazioni espresse dalla Commissione Europea nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale e all'Eurogruppo sul “Semestre europeo 2019” (“*Valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011*”, Bruxelles, 27 febbraio 2019). Per la parte relativa all'Italia (che ha costituito il presupposto per la valutazione dei contenuti del PNRR), la Comunicazione precisa che «*solo il 4% della popolazione ha accesso ad alloggi con canone agevolato*» e che già nel 2016 il tasso di disagio abitativo grave «era pari all'11,1% (...), a fronte di una media UE del 5,6%».

partecipato dagli abitanti (o da soggetti del Terzo Settore attivi sul territorio), con l'obiettivo di ridurre isolamento sociale, costi e impatto ambientale³⁴.

In disparte alle questioni inerenti la regolazione civilistica dei rapporti fra i *co-houser*³⁵, occorre sottolineare che, sul piano amministrativo, gli interventi di *co-housing* involgono questioni di rilevanza pubblicistica che impongono una riflessione più ampia.

Le possibili forme contrattuali con cui il *co-housing* viene attuato si confrontano sia con la necessità di individuare schemi giuridici idonei a garantire la stabilità dei rapporti e la tutela degli interessi personali coinvolti in un equilibrio tra autodeterminazione dei membri e compatibilità con l'ordinamento vigente, sia con la disciplina del rapporto tra partecipanti e bene immobile il quale, evidentemente, assume una funzione strumentale alla realizzazione del progetto di vita collettivo, di rilevanza pubblicistica.

A fronte dell'assenza nel nostro ordinamento di una disciplina organica del *co-housing*, deve segnalarsi che l'uso del *nomen* (*co-housing*) è, però, invalso frequentemente nei testi normativi e della prassi amministrativa.

Da ultimo, con L. 23 marzo 2023, n. 33 (*Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane*) è stata conferita delega al Governo per la tutela della dignità e la promozione delle condizioni di vita, di cura e di assistenza delle persone anziane, attraverso la ricognizione, il riordino, la semplificazione, l'integrazione e il coordinamento, sotto il profilo formale e sostanziale, delle disposizioni legislative vigenti in materia di assistenza sociale, sanitaria e sociosanitaria alla popolazione anziana, anche in attuazione delle citate missioni 5.2 e 6.1 del PNRR. Tra i criteri direttivi, la L. n. 33/2023 prevede espressamente che il Governo favorisca la “*promozione, anche attraverso meccanismi di rigenerazione urbana e riuso del patrimonio costruito, attuati sulla base di atti di pianificazione o programmazione regionale o comunale e di adeguata progettazione, di nuove forme di domiciliarità e di coabitazione solidale domiciliare per le persone anziane (senior cohousing) e di coabitazione intergenerazionale, in particolare con i giovani in condizioni svantaggiate (cohousing intergenerazionale), da realizzare, secondo criteri di mobilità e accessibilità sostenibili, nell'ambito di case, case-famiglia, gruppi famiglia, gruppi appartamento e condomini solidali, aperti ai familiari, ai volontari e ai prestatori esterni di servizi sanitari, sociali e sociosanitari integrativi*”³⁶.

³⁴ M. ZUCCHINI, *Aspetti operativi: il cohousing dal punto di vista giuridico*, in A. SAPIO (a cura di), *Famiglie, reti familiari e co-housing. Verso nuovi stili del vivere, del convivere e dell'abitare*, Roma, 2010, p. 211 ss.; G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., pp. 28-29; L. ROGEL - M. CORUBOLO - C. GAMBARANA - E. OMEGNA, *Cohousing. L'arte di vivere insieme. Principi, esperienze e numeri dell'abitare collaborativo*, Milano, 2018; G. SPANÒ, *Il prisma del senior co-housing: prospettive multiple, con uno sguardo all'esperienza spagnola*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2024, p. 213 ss.

³⁵ Sui profili civilistici del *co-housing*, U. MATTEI, *I beni comuni come istituzione giuridica*, in U. MATTEI – F. CAPRA (a cura di), *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro (AR), 2017 in cui l'A. esplora il concetto di beni comuni alla luce di esperienze abitative collaborative come il *co-housing*; A. BUCELLI, *Abitazione e condominio. Contributo allo studio dei diritti e degli interessi in comunione*, Napoli, 2018; M. ERMINI, *Cohousing*, in A. BUCELLI (a cura di) *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche. Atti del Convegno in onore di Gianni Galli*, Firenze, 19-20 ottobre 2012, in *Quaderni Riv. dir. civ.*, 2013, p. 229 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2023, p. 160 ss.; D. MARASCIULO, *Cohousing: emersione giuridica di una nuova morfologia dell'abitare*, in *Giureta – Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 23/2025, p. 681 ss.

³⁶ Di particolare interesse, per la comprensione dei contorni dell'istituto, risulta quanto si legge nel Dossier n. 48/2 del 13 marzo 2023 (*Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane*), accluso agli atti parlamentari preparatori alla L. 23 marzo 2023, n. 33: «*Il cohousing può essere considerato una dimensione sociale del vivere sostenibile il cui scopo principale è quello di ricercare un nuovo stile di abitare che garantisca migliori condizioni di benessere e qualità. Nato nel Nord Europa, ha assunto aspetti diversi in tutto il mondo in base alle esigenze e alle culture dei vari Paesi. Il principio alla base del cohousing è quello della "condivisione" di determinati spazi e servizi alla ricerca di un nuovo modo di vivere basato su "socialità, condivisione, collaborazione e stili di vita sostenibili". Per concretizzare questi principi da anni – circa*

Il D.Lgs. 15 marzo 2024, n. 29 (*Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3,4 e 5 della legge 23 marzo 2023, n. 33*) ha individuato nella “coabitazione solidale domiciliare per le persone anziane (senior cohousing)” e nella “coabitazione intergenerazionale (cohousing intergenerazionale)”, strumenti idonei “a promuovere la dignità e l’autonomia, l’inclusione sociale, l’invecchiamento attivo e la prevenzione della fragilità della popolazione anziana” e ne ha incentivato espressamente l’affermazione e lo sviluppo disponendo l’emanazione di “linee guida volte a definire le caratteristiche ed i contenuti essenziali di interventi e modelli di coabitazione solidale domiciliare” (art. 15).

L’esperienza giuridica maturata in altri ordinamenti ha evidenziato come il *co-housing*, pur sorto originariamente quale risposta alla disgregazione delle reti sociali tradizionali (con l’emersione di nuovi modelli, anche familiari), si sia progressivamente evoluto in un modello di *governance* abitativa volto a disciplinare, attraverso strumenti normativi specifici, i rapporti tra i soggetti aderenti e il bene immobile. La funzione del *co-housing*, pertanto, non si esaurisce nella predisposizione di soluzioni residenziali, ma si estende alla creazione di nuove forme di organizzazione sociale, fondate sulla partecipazione e sulla responsabilizzazione degli abitanti.

Il *co-housing* si configura, quindi, quale modello abitativo innovativo che incide in maniera significativa sulle dinamiche relazionali, patrimoniali e organizzative della residenzialità contemporanea. Travalicando la dicotomia tra abitare individuale e forme tradizionali di coabitazione, esso introduce una nuova dimensione collettiva dell’abitare, capace di coniugare l’autonomia privata con la condivisione di spazi e risorse.

Questi aspetti (inerenti alla funzione sociale del *co-housing*) costituiscono la *ratio* ispiratrice della regolazione introdotta dal D.Lgs. n. 29/2024; si tratta di un testo normativo che, pur non introducendo una disciplina specifica della fattispecie, ne presuppone l’esistenza e ne valorizza il rilievo sociale nel quadro delle politiche pubbliche in materia abitativa e di sostegno in favore dei soggetti più vulnerabili (persone anziane e giovani in condizioni svantaggiose)³⁷.

Il provvedimento in esame si colloca nell’alveo di un più ampio processo di riforma del *welfare*, orientato alla promozione di modelli residenziali fondati sulla condivisione e sulla mutualità, mediante un’articolata combinazione di incentivi e di strumenti di agevolazione diretta ed indiretta. In particolare, sono previste misure agevolative per interventi di riconversione del patrimonio immobiliare, pubblico e privato, da destinare a forme di residenzialità collaborativa, nonché l’erogazione di contributi a sostegno di progetti abitativi innovativi idonei a favorire, da un lato, l’autonomia delle persone anziane e, dall’altro, la coesione intergenerazionale, attraverso l’accesso a fondi nazionali e regionali appositamente istituiti.

Il quadro degli strumenti di intervento è completato da previsioni in materia di fiscalità di vantaggio, con la possibilità di usufruire di detrazioni fiscali e di ulteriori incentivi economici per opere di ristrutturazione finalizzate alla coabitazione solidale. A ciò si aggiunge la previsione di criteri selettivi per l’assegnazione di risorse pubbliche destinati a enti locali,

una decina in Italia – si realizzano costruzioni all’interno delle aree urbane, di complessi abitativi composti da alloggi privati indipendenti dotati di ampi spazi e servizi comuni. Queste zone condivise da tutti gli abitanti (i cohouser) possono essere di vario genere e dipendono dalle esigenze e desideri dei cohouser stessi».

³⁷ L’art. 1 del D.Lgs. 29/2024 individua la «coabitazione solidale domiciliare per le persone anziane (senior cohousing) e la coabitazione intergenerazionale (cohousing intergenerazionale)» come uno degli strumenti per il contrasto all’isolamento e alla deprivazione relazionale e affettiva degli anziani e, in genere, per la prevenzione delle fragilità.

cooperative e organizzazioni del Terzo Settore impegnati nella promozione di modelli abitativi integrati con la rete dei servizi alla persona.

In tale cornice, il D.Lgs. n. 29/2024 disciplina altresì l'attivazione di percorsi sperimentali (di iniziativa nazionale, regionale e locale) volti a valorizzare forme di coabitazione integrata mediante il riuso del patrimonio edilizio esistente e interventi di rigenerazione urbana, nel rispetto di criteri di accessibilità, prossimità ai servizi e coerenza con gli strumenti di pianificazione territoriale.

Gli interventi previsti, sebbene ancorati a una logica prevalentemente incentivale, contribuiscono tuttavia alla definizione di un modello operativo idoneo a costituire una solida premessa per una futura sistemazione normativa della fattispecie.

Come già osservato, il D.Lgs. n. 29/2024 non regola il *co-housing* in quanto tale, ma lo individua come strumento destinatario di misure normative tese ad incentivare la diffusione. In altri termini viene operato un riconoscimento meramente finalistico dell'istituto senza introdurne una organica regolazione: tutte le disposizioni del D.Lgs. n. 29/2024, infatti, si collocano in un orizzonte programmatico, incentrato su indicazioni di carattere generale e misure di promozione.

È pur vero che l'art. 15 del D.Lgs. n. 29/2024 prevede l'adozione di apposite linee guida ministeriali³⁸ che dovrebbero sopperire all'assenza di norme più specifiche; ad oggi, tuttavia, dette linee guida non risultano ancora esitate.

Se ci si sposta dal piano degli interventi normativi a quello giurisprudenziale è, senz'altro, da richiamare un unico intervento di rilievo.

Si tratta della sentenza del TAR Lazio 3 febbraio 2022, n. 1286, che, muovendo dal presupposto secondo cui il *co-housing* “segue essenzialmente le direttive dell'incoraggiamento della socialità, dell'aiuto reciproco, dei rapporti di buon vicinato, della riduzione della complessità della vita, della sua migliore organizzazione con conseguente diminuzione dello stress, della riduzione dei costi di gestione delle attività quotidiane” ed è caratterizzato “da un alto livello di condivisione delle scelte, da legami di collaborazione e socialità, dalla condivisione di molti spazi e servizi”, è giunta ad escludere “la ricorrenza del co-housing quando la residenza delle persone anziane è finalizzata in tutto o in parte a consentire l'erogazione di prestazioni di assistenza e sostegno (rientranti nei servizi alla persona e come tali soggetto ai requisiti specificatamente previsti a tutela degli utenti, nel caso di specie, dalla L.R. Lazio n. 41 del 2003) da parte di terzi, dai quali dipenda (anche solo parzialmente) l'organizzazione dell'ambiente”³⁹.

La pronuncia, pur contribuendo a individuare un preciso *discrimen* fra il *co-housing* e altre forme di gestione ed erogazione di servizi alla persona, evidenzia – ad avviso di chi scrive – la necessità di una cornice regolativa certa per dare stabilità al modello del *co-housing* e per scoraggiare attività che non siano ad esso riconducibili, come nel caso esaminato dal TAR laziale.

³⁸ Le linee guida devono essere adottate dal Comitato interministeriale per le politiche in favore della persona anziana (CIPA), istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri dall'art. 2, co. 3, della L. n. 33/2023.

³⁹ Il caso esaminato dal TAR scaturiva da un ricorso presentato da una cooperativa sociale che aveva allestito una struttura di convivenza per anziani con una serie di servizi a sostegno avverso un'ordinanza comunale di chiusura dell'attività sul presupposto che non fosse stata preventivamente autorizzata. Il ricorso era fondato sull'assunto che si trattasse di una esperienza di *co-housing*. Il TAR ha chiarito che il *co-housing* si realizza solo in situazioni di piena autosufficienza e con scambi orizzontali senza intermediazione organizzativa di terzi. Laddove la convivenza sia finalizzata, anche solo in parte, all'erogazione di assistenza o servizi a persone non completamente autosufficienti, la fattispecie deve essere esclusa dall'ambito del *co-housing*. Le eventuali prestazioni accessorie erogate da terzi, secondo il TAR, devono essere marginali.

In attesa che possa completarsi l'attività di normazione, avviata con il D.Lgs. n. 29/2024, può comunque affermarsi che anche in Italia il *co-housing* è un istituto che trova formale riconoscimento e che, per le ragioni esposte, è idoneo a rappresentare un importante strumento per garantire una forma di protezione ampia del diritto all'abitare.

La transizione dal *social housing* al *co-housing* non va letta, dunque, come sostitutiva, bensì come complementare. Il *social housing* – con la sua disciplina di cornice (D.M. 22 aprile 2008 sul Piano casa) – rimane necessario per aumentare la disponibilità di alloggi. Ma, da solo, può non intercettare e soddisfare i bisogni relazionali e temporanei che connotano una parte crescente della domanda.

In conclusione, il passaggio dal *social housing* al *co-housing* segna un ampliamento qualitativo dell'oggetto del diritto all'abitare: dalla casa come bene/servizio alla comunità abitante come infrastruttura sociale.

6. Conclusioni.

Le considerazioni fin qui svolte conducono a formulare alcune brevi conclusioni muovendo dall'assunto che la "casa" è, in senso giuridico sostanziale, infrastruttura primaria di protezione della famiglia.

Ciò vale tanto per la famiglia costituzionalmente tipizzata quanto per le molteplici formazioni sociali (le nuove famiglie) che, pur non coincidenti con il modello codicistico tradizionale, si collocano nell'orbita degli artt. 2 e 3 Cost.: se l'art. 29 Cost. impone una tutela specifica della famiglia fondata sul matrimonio, gli artt. 2 e 3 esigono che l'ordinamento impedisca che differenze di *status* (civile, economico, anagrafico, di orientamento di genere) si traducano in esclusione dal godimento del diritto all'abitare.

Sotto altro profilo, l'art. 31 Cost. sollecita politiche capaci di sostenere le responsabilità di cura e crescita dei figli, che senza uno "spazio domestico" adeguato sono fortemente ostacolate.

In tale prospettiva, nell'indagine svolta, si è cercato di analizzare l'evoluzione normativa ed amministrativa del *social housing* e del *co-housing* in Italia, osservando se e come essa possa rappresentare – pur tra discontinuità e sperimentazioni – un vettore credibile per riallineare il diritto all'abitare alla realtà plurale dei diversi modelli di famiglia che popolano la società contemporanea.

Sul versante del *social housing*, il quadro nazionale si è arricchito di una semantica e di strumenti che superano l'originaria e rigida dicotomia tra edilizia sovvenzionata e mercato. La definizione ministeriale di "alloggio sociale" (D.M. 22 aprile 2008) ha reso, infatti, stabile la qualificazione dell'intervento come servizio di interesse generale, chiarendone finalità di coesione e tracciando una cornice di compatibilità con il diritto europeo degli aiuti. Da allora, piani e programmi (fino agli innesti del PNRR) hanno progressivamente spinto dalla mera produzione di alloggi a canone agevolato verso la combinazione – più aderente ai bisogni reali – di offerta abitativa, sostegni alla locazione, garanzie per i proprietari e servizi di accompagnamento.

Questo passaggio, ad avviso di chi scrive, ha una ricaduta positiva sull'ambito della tutela della famiglia (*rectius*, delle famiglie): la platea dei beneficiari si estende, infatti, verso quella "fascia grigia" (nuclei monogenitoriali, famiglie ricomposte, giovani lavoratori, studenti fuori sede, anziani soli, *caregiver*), che spesso resta esclusa sia dall'ERP (per mancanza dei requisiti oggettivi) sia dal mercato (per ragioni economiche).

Il *social housing*, se realizzato secondo le concezioni più evolute, è certamente in grado di assicurare stabilità dell'abitare, anche nelle sempre più frequenti fasi critiche del ciclo di vita familiare – separazioni, transizioni lavorative, malattia – prevenendo situazioni di grave disagio e forme di disegualanza.

Questi *input* necessitano ancora di essere adeguatamente recepiti e fatti propri dai legislatori regionali e dalle amministrazioni pubbliche affinché ancorino i criteri di accesso e permanenza negli alloggi a parametri sostanziali di bisogno e vulnerabilità e non soltanto ad elementi fondati sull'anzianità anagrafica nel territorio o altri indici non rivelatori di stati di bisogno.

In una prospettiva ancora più avanzata, le nuove indicazioni (anche normative) in materia di *co-housing* inducono a guardare con ottimismo al futuro: forme di co-abitazione e condivisione, infatti, possono certamente rappresentare un elemento di contrasto alle diverse forme di disgregazione familiare e situazione di elevata vulnerabilità che, negli anni più recenti, sono sempre più diffuse nei contesti familiari.

Questa lettura è, del resto, in piena sintonia con il diritto europeo che insiste sul nesso intrinseco tra alloggio e inclusione. Il *co-housing*, più di altri strumenti, consente di modellare luoghi e servizi sulla varietà delle forme di convivenza che, spesso, il diritto privato non ha ancora pienamente riconosciuto o tipizzato. Pensiamo alle famiglie ricomposte con figli in affidamento alternato, alle convivenze di fatto ex L. n. 76/2016 che non intendono o non possono accedere alla proprietà, alle reti di cura informale tra anziani, ai nuclei monogenitoriali che hanno bisogno di prossimità e condivisione di servizi, alle convivenze “solidali” che intrecciano fragilità diverse. In tutti questi casi, il *co-housing* consente economie di scala nei costi e un incremento di capitale sociale che il singolo alloggio evidentemente non può offrire.

Resta imprescindibile – perché questi obiettivi possano realizzarsi in concreto – una solida *governance* dei processi che accompagni la trasformazione con strumenti stabili e regolati. Da un lato, il *social housing* va consolidato come infrastruttura ordinaria dell'abitare, con dotazioni finanziarie pluriennali, criteri di accesso armonizzati rispondenti alle esigenze delle famiglie contemporanee; dall'altro, il *co-housing* deve uscire dalla fase pionieristica per ricevere un riconoscimento normativo generalizzato che ne faciliti la diffusione.

Social housing e *co-housing*, pertanto, non vanno visti come modelli alternativi ma complementari.

Il primo fornisce massa critica di alloggi e stabilità dei canoni, impedendo che il bisogno abitativo si traduca in esclusione; il secondo aggiunge un livello qualitativo – la comunità come infrastruttura di cura – che risponde a quelle configurazioni familiari che il diritto privato fatica ancora a tipizzare, ma che la Costituzione, attraverso i principi personalistici ed egualitari, già riconosce come meritevoli di tutela.

Le prospettive (II)

INTRODUZIONE

FRANCESCO CIRAOLO*

I temi che sono stati sin qui trattati nel corso di questo Convegno, celebrativo del cinquantennio della Riforma del diritto di famiglia, mi hanno riportato con la memoria ai primi passi mossi da studente di Giurisprudenza presso questo Ateneo, allorquando, nell'ambito di discipline temutissime (come la famigerata *'Introduzione alle scienze giuridiche'*), venivano affrontate affascinanti questioni di carattere generale, preliminari allo studio della materia giuridica, come il rapporto tra diritto e società.

Sia pure a costo di un'evidente banalizzazione della questione – l'argomento è particolarmente suggestivo e, non a caso, è stato indagato nei suoi aspetti più complessi da eminenti studiosi di eterogenea formazione (giuristi, filosofi del diritto, sociologi) e di diversa sensibilità culturale (Da Jhering a Marx, da Kelsen a Weber) -, ci limitiamo qui a rammentare che tale rapporto si svolge, in termini generalissimi, in una duplice direzione: a volte il diritto prende atto, recepisce e regola dei fenomeni o dei cambiamenti già intervenuti in un determinato contesto sociale (si pensi, ad es., alla necessità di disciplinare, per colmare eventuali vuoti di tutela, le novità che il progresso tecnologico impone a livello economico-sociale); altre volte, invece, aspira a diventare motore e volano del cambiamento, che pretende di anticipare e di guidare, promuovendo una particolare visione della società, corrispondente a precise istanze di politica legislativa (si pensi, in questo senso, alle norme concepite in funzione della realizzazione di specifici obiettivi di inclusione sociale, o anche, richiamando un tema già trattato nelle precedenti sessioni, alle disposizioni adottate per cercare di gestire efficacemente il problema dei flussi migratori, assicurando un giusto equilibrio tra istanze solidaristiche ed esigenze di ordine pubblico).

Questa breve premessa per significare che il diritto di famiglia incarna, forse più e meglio di altre discipline giuridiche, il duplice rapporto tra diritto e vita sociale sopra illustrato: esso, difatti, talora ha fatto propri i mutamenti sopravvenuti nel contesto sociale, o i cambiamenti registrati nel sentire comune (ed in questo senso non può essere ignorato il peculiare ruolo svolto dalle Corti, richiamato anche nella presentazione di Alessandro Morelli, quali fonti del c.d. diritto vivente), altre volte ha preso di promuovere l'affermazione di nuovi modelli (nella specie, familiari in senso lato), basati su bisogni e valori più moderni e più evoluti; modelli che, per la significativa incidenza sulla vita di ogni cittadino (non v'è bisogno di precisare che la famiglia rappresenta la prima e più basilare formazione sociale all'interno della quale si svolge la personalità di ciascun individuo, secondo la nota formula dell'art. 2 Cost. it.), possono contribuire a scolpire, a loro volta, un diverso modello di società (come chiaramente emerso, peraltro, in più passaggi delle relazioni introduttive dei proff. Auletta e Ruggeri).

A quanto sin qui osservato, aggiungerei però che sarebbe estremamente riduttivo ritenere che la Riforma del diritto di famiglia (considerata unitamente ai molteplici interventi

* Professore ordinario di diritto dell'economia, Università di Messina.

normativi succedutisi nel tempo, densi di riflessi sostanziali anche quando limitati, in apparenza, al solo piano processualistico¹) abbia inciso sul solo piano dei rapporti endofamiliari e sugli istituti tipici del matrimonio, della filiazione o dell'adozione. L'impatto su tali aspetti è ovviamente innegabile (e l'ha sottolineato molto bene in apertura dei lavori Mario Calogero, quali effetti le riforme dell'ultimo cinquantennio abbiano prodotto sulla sfera familiare, affettiva e sessuale delle persone), ma non può non notarsi che esso si estende, in via indiretta, a molti altri profili, alcuni dei quali riferibili ad altre discipline giuridiche (sull'interlocuzione fra diritto di famiglia e diritto del lavoro, ad es., si vedano le riflessioni di Maurizio Ballistreri), altri a discipline totalmente diverse, come l'economia e la sociologia (si rinvia, sul punto, alle relazioni di Domenica Farinella e Monica Musolino).

Volendo andare ancora più fondo nella questione, inoltre, è possibile notare come gli effetti degli interventi di riforma, che siamo abituati a percepire, al netto degli inevitabili margini di miglioramento, come sostanzialmente positivi - perché connessi ad una visione più matura e più sensibile dei rapporti familiari, perché in grado di ammodernare istituti diventati anacronistici o perché volti a scardinare pregiudizi saldamente radicati nel tessuto sociale (basti pensare all'abolizione della dote, per un verso, o all'estensione dei congedi parentali ad entrambi i genitori, per l'altro) -, possono risultare, per certi versi, persino allarmanti, rivelando, se mi si consente un'espressione volutamente colorita, una sorta di lato oscuro, un *dark side* delle riforme in esame. I profondi cambiamenti verificatisi negli scorsi decenni nel contesto sociale, anche in conseguenza di un nuovo modo di concepire le relazioni personali, familiari e intergenerazionali (con evidenti riflessi nell'evoluzione del quadro normativo), hanno infatti contribuito a creare nuove (e forse inattese) emergenze, nuove forme di vulnerabilità sociale: si pensi solo alle difficoltà economiche che affliggono i padri separati nelle grandi città, o alle problematiche abitative scaturite dal progressivo affermarsi di modelli familiari assai diversi da quelli tipici del passato. Sia chiaro: non si auspica in alcun modo un ritorno a tempi e sistemi valoriali ormai lontani e decisamente superati, dei quali chi scrive non avverte alcuna nostalgia. Si tratta, semmai, di comprendere che le profonde trasformazioni avvenute nel contesto sociale, accelerate anche dalle riforme del diritto di famiglia, richiedono l'adozione – rivelatasi talora tardiva, talaltra del tutto inesistente – di efficaci politiche economiche e sociali, idonee a governare una realtà radicalmente modificatasi.

Si può così intravedere, alla luce di tali osservazioni, il *fil rouge* che lega le relazioni che seguiranno, tenute da Colleghe e Colleghi di discipline assai eterogenee: allargare lo sguardo agli effetti delle riforme ben oltre l'esclusivo ambito del diritto di famiglia, per valutarne le esternalità – come si usa dire nel linguaggio economico - dirette o indirette, positive o negative, anche in altri settori, spazianti dal diritto tributario (di cui si occuperanno gli interventi di Maria Vittoria Serranò, Patrizia Accordino e Santa De Marco) al diritto dell'economia (oggetto della relazione di Roberto Caratozzolo), dal diritto del lavoro alla sociologia (v. sopra). Le considerazioni che seguiranno saranno infine arricchite dal contributo “eccentrico” di una docente di filosofia politica (Maria Grazia Recupero), nella certezza che anche tale scienza, per quanto non afferente al novero delle discipline di stretta matrice giuridico-economica, possa offrire utili spunti di riflessione su una tematica la cui portata trascende

¹ Come di recente messo in luce da Roberto Amagliani (*L'interesse superiore del minore e la riforma Cartabia: profili sostanziali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2025, 1, p. 131 ss.), che colgo l'occasione di ringraziare per il gentile invito a presiedere questa sessione.

lo stretto ambito di appartenenza, per assumere una valenza trasversale che ne testimonia e ne conferma, ancora una volta, l'attualità e la rilevanza sociale.

LA RILEVANZA DEI LEGAMI FAMILIARI NELL'AMBITO DELLE “DINAMICHE FISCALI PATOLOGICHE”.

PATRIZIA ACCORDINO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'influenza dei diritti di difesa – 3. I legami familiari nell'accertamento sintetico. – 4. Il comparto delle indagini bancarie – 5. Le collaterali vicende relative a separazione e divorzio – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Ad avviso di chi scrive, si deve necessariamente dare inizio ad un approfondimento relativo all'analisi delle dinamiche familiari nell'ambito del diritto tributario significando che il contesto sembra presentare una sorta di paradosso: difatti, sebbene non sia stato, ad oggi, mai riconosciuto il “nucleo familiare” come soggetto passivo unitario a cui possa far capo una capacità contributiva¹ diversa e autonoma rispetto a quella dei suoi singoli componenti, dal punto di vista “fisiologico”², di contro è innegabile una concreta attenzione a questi aspetti dal punto di vista patologico, cioè nella fase procedimentale e processuale.

La ragione fondamentale che si ritiene sottostante a questa constatazione è da rinvenirsi nell'intervento della Corte Costituzionale con la pronuncia n. 179 del 15 luglio 1976³ che ha sancito l'illegittimità del cumulo dei redditi dei coniugi in capo al *pater familias*,

* Professoressa associata di diritto tributario, Università di Messina.

¹ Su tale aspetto cfr. A. VIOTTO, *Considerazioni sui regimi di tassazione dei coniugi alla luce del principio di capacità contributiva*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2014, p. 947 ss. Un approfondimento mirato del tema della capacità contributiva non può trovare spazio in questo contributo, nondimeno, appare opportuno rinviare a: E. GIARDINA, *Le basi teoriche del concetto di capacità contributiva*, Milano, 1961; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973; tutti *passim*. E. DE MITA, *Capacità contributiva*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, II, Torino, 1987, p. 454 ss.; F. BATISTONI FERRARA, *Capacità contributiva*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. III, Milano, 1999, p. 345 ss.; P. BORIA, *Art. 53*, in R. BIFULCO, A. CELOTTI, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, p. 1055 ss.; F. GALLO, *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in *Rassegna tributaria*, 2013, p. 450 ss.; Id., *Nuove espressioni di capacità contributiva*, *ivi*, 2015, p. 771 ss. e A. GIOVANNINI, *Ripensare la capacità contributiva*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, p. 15 ss.

² Cfr.: A CONTRINO, F. FARRI, *Costituzione, tributi e famiglia nell'attuale contesto di riforme: un'ipotesi di lavoro*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2024, p. 290 ss. i quali evidenziano che, «laddove il presupposto dei tributi consenta la valorizzazione della dimensione personale del contribuente, come avviene in generale per le imposte sul reddito, il soggetto passivo (*tax unit*) non dovrebbe essere individuato necessariamente nella persona fisica, ma — laddove questa venga a comporre un nucleo familiare — dovrebbe essere individuato nel nucleo familiare stesso, salvo la possibilità di optare per il mantenimento della tassazione su base individuale». E che «alla *tax unit* familiare, così enucleata, deve essere assegnato un regime impositivo appropriato».

³ Per il cui commento si vedano: E. DE MITA, *L'illegittimità costituzionale del c.d. cumulo*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1976, p. 337 ss.; A. FEDELE, *Possesso di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del cumulo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, p. 2159 ss.; F. GALLO, *Regime fiscale della famiglia e principio di capacità contributiva*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1977, p. 94 ss.

certamente ispirata dalla riforma sulla famiglia del 1975. È all'evidenza ben noto che tale preesistente impostazione è sembrata in palese contrasto con alcuni principi costituzionali⁴ quali l'art. 3, il principio di uguaglianza in via generale, e l'art. 29, comma 2 Cost. che è mirato ad affermarne l'applicazione all'interno della famiglia. In buona sostanza, soprattutto con l'evolversi della condizione lavorativa della donna in quegli anni, attribuire fittiziamente il reddito della stessa al coniuge, per un apparente esigenza di tutela dell'unità familiare, era una conclusione che non trovava alcuna razionale giustificazione e che, anzi, determinava un accentuarsi della disparità tra i componenti il nucleo predetto. Il contrasto, peraltro, avendo riguardo ai temi costituzionali propri del diritto tributario, sorgeva anche con l'art. 53 Cost., cioè sempre il principio di capacità contributiva già citato, sebbene, in particolare, in ragione del principio di progressività⁵ - delineato nel secondo comma della disposizione costituzionale - in forza del quale la disponibilità dei redditi della moglie convivente in capo al marito aveva come conseguenza una tassazione più impegnativa.

In definitiva, si può osservare che una sorta di condizionamento scaturente dal predetto asserto non ha ad oggi consentito di valorizzare la famiglia come entità autonoma e unitaria dal punto di vista impositivo e così assicurare una effettiva tutela a quelle famiglie in cui la distribuzione del reddito tra i componenti non è omogenea. E ciò sebbene vi sia un altro principio costituzionale da tenere in considerazione, vale a dire quello di sussidiarietà orizzontale⁶, nella misura in cui la famiglia, unitamente alle associazioni e alle comunità, si affianca alle istituzioni e agli enti nel rappresentare una cellula fondamentale per la realizzazione di alcuni bisogni pubblici quali quelli facenti capo agli elementi fragili della società, cioè ai minori, ai malati e disabili e agli anziani. Essa, pertanto, rappresenta nel suo insieme un punto di riferimento fondamentale per ottemperare ad alcuni ambiti della spesa pubblica che, altrimenti, dovrebbero essere sostenuti dallo Stato ed il riconoscimento di tale importante ruolo potrebbe cristallizzare una diversa e più articolata impostazione dell'imposizione⁷.

Diversamente da quanto finora argomentato, ed è qui che sta il paradosso, significativo è il ruolo che viene riconosciuto al nucleo familiare quando si tratta di dinamiche patologiche. E lo si può affermare, come si cercherà di chiarire più avanti, sia con riguardo ad alcune modalità applicative dell'accertamento sintetico, che alle c.d. indagini bancarie, che sulla

⁴ Cfr. A. TURCHI, *La famiglia nell'ordinamento tributario Parte prima I modelli di tassazione dei redditi familiari*, Torino, 2012, p. 128 ss.

⁵ Cfr. F. FORTE, *Il problema della progressività con particolare riguardo al sistema tributario italiano*, in *Rivista di diritto tributario*, 1952, p. 317 ss. R. SCHIAVOLIN, *Il principio di "progressività del sistema tributario"*, in L. PERRONE, C. BERLIRI, (a cura di) *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 153 ss.

⁶ Sulla sussidiarietà orizzontale cfr.: L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2000, p. 99 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 51 ss.; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, 2006, p. 4 ss.; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, p. 593 ss.

⁷ Cfr. A. PERRONE, *Sussidiarietà e fiscalità: un nuovo modo di concepire il concorso alle spese pubbliche?*, in *Rivista di diritto tributario*, 2017, p. 437 ss., in cui l'autore evidenzia come si possa ottenere, grazie all'incrocio del principio di sussidiarietà con le opzioni di amministrazione condivisa, alle quali possono partecipare anche i nuclei familiari, il risultato della valorizzazione economica delle attività degli stessi, consistenti in prestazioni personali, con un riflesso diretto sul concorso alle spese pubbliche. Questa visione rispetto alla famiglia è ben evidenziata in A CONTRINO, F. FARRI, *Costituzione, tributi e famiglia nell'attuale contesto di riforme: un'ipotesi di lavoro*, cit., p. 290 ss., i quali rilevano che «l'azione delle famiglie determina un oggettivo risparmio di spesa pubblica e ciò risulta per definizione rilevante ai fini del sistema di finanza pubblica, che dovrà tener conto del contributo che essa strutturalmente fornisce in natura alle pubbliche spese».

estensione processuale civile della determinazione dell'assegno di separazione e divorzio.

Non si può, peraltro, trascurare un fondamentale dato preliminare, vale a dire l'incrocio delle tematiche appena evidenziate con alcune dinamiche relative a quei diritti di difesa (accesso e contraddittorio) che dovrebbero trovare un riconoscimento pieno fin dalla fase procedimentale, ma che in diritto tributario, per alcuni profili, costituiscono ancora oggi un tema di ampio dibattito. Considerato che per gli aspetti che si evidenzieranno le possibilità di tutelarsi con le predette modalità assumono una importanza fondamentale, è apparso opportuno soffermarsi su queste tematiche in modo più dettagliato partendo proprio dall'esame dei diritti di difesa.

2. L'influenza dei diritti di difesa

I diritti di difesa ai quali si fa riferimento sono quelli che sono ormai incontrovertibilmente assicurati nel contesto europeo con riguardo alla proceduralità in ambito amministrativo e, conseguentemente, anche tributario. Sebbene nel contesto unionale si è privilegiata una impostazione che ha assicurato agli Stati membri il mantenimento della loro sovranità⁸ mediante il sistema dell' "esecuzione indiretta"⁹, da un punto di vista normativo, primariamente è necessario prendere in considerazione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che, come è noto, è stata sottoscritta in occasione del Consiglio europeo di Nizza, il 7 dicembre 2000 e, dopo che è stato siglato il Trattato di Lisbona nel 2009, ha acquisito valore cogente in quanto i diritti in essa garantiti sono applicabili direttamente all'interno degli Stati membri¹⁰.

Nello specifico, assume rilevanza l'art. 41 in cui è sistematizzato un più generale *diritto a una buona amministrazione*¹¹ che è, poi, dettagliato nella disposizione. In primo luogo, si riconosce al cittadino la possibilità di pretendere da parte della Pubblica Amministrazione un trattamento imparziale ed equo¹² che venga assicurato entro un termine ragionevole. E, poi,

⁸ Cfr.: L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, p. 10 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le funzioni*, in M.P. CHITI, (a cura di) *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 151 ss.

⁹ Non sono mancati tentativi per delineare un impianto unionale comune. Si ricordano il c.d. *Codice Renenial*, a cura di un gruppo di studiosi di diritto amministrativo, provenienti da diversi Paesi della Comunità che, dal 2009 al 2014, ha dato corpo ad un modello di Codice amministrativo europeo; cfr. G. DELLA CANANEA – D.U. GALETTA – H.C.H. HOFMANN – J.P. SCHNEIDER – J. ZILLER (a cura di), *Codice Renenial del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016, *passim*. Nel 2016, un ulteriore studio è stato richiesto dalla Commissione Affari Legali del Parlamento europeo; cfr. D.U. GALETTA – H.C.H. HOFMANN – O. MIR PUIGPELAT – J. ZILLER, *Context and legal elements of a proposal for a regulation on the administrative procedure of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 312 e ss.

¹⁰ Cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 193 ss.

¹¹ Cfr.: A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 425 ss., F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 50 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 819 e ss.; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, ivi, 2008, p. 237 ss.

¹² Cfr. C. NAPOLITANO, *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 295 ss., la quale precisa che col termine buona amministrazione si intende l'attività che «garantisce l'applicazione dei principi del giusto procedimento, nei suoi corollari dell'equità, dell'imparzialità, della tempestività, dell'obbligo di motivazione, della possibilità di chiedere

vi è il diritto a essere ascoltati prima che nei propri confronti venga adottato un provvedimento individuale che possa arrecare pregiudizio; il diritto di accesso agli atti; e l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Se quest'ultimo obbligo appare ormai scontato, gli altri due profili sono a tutt'oggi estremamente dibattuti. E, difatti, necessario ricordare che inizialmente sia in giurisprudenza che in dottrina, era prevalsa una interpretazione letterale¹³ della disposizione in conseguenza della quale se ne riconosceva l'applicabilità alle istituzioni, gli organi e organismi dell'Unione escludendone una efficacia diretta all'interno degli Stati membri. Negli anni successivi, tuttavia, l'operato della Corte di Giustizia all'interno del comparto dei predetti diritti ha del tutto ribaltato la visione giungendo a una impostazione che assicura maggiore tutela al contribuente. Bisogna, tuttavia, rilevare che la Carta, ha operato in un'ottica volta a tutelare le competenze fiscali per le quali è prevista la rinuncia alla sovranità da parte degli Stati membri e, quindi, alla luce del disposto dell'art. 113 TFUE, con riguardo a quelle sulla cifra d'affari, le imposte di consumo e le altre imposte indirette, per le quali è ivi prevista la *armonizzazione delle legislazioni*. In tal senso, sono i giudici nazionali a chiedere l'intervento della Corte di Giustizia Ue facendo leva sul suo compito di assicurare il rispetto del diritto unionale, ogni volta in cui rilevino una possibile incompatibilità della norma interna rispetto ai principi garantiti dalla Carta. E, pertanto, con riguardo al diritto di accesso agli atti¹⁴, assumono rilevanza alcuni recenti asserti. Il primo è la sentenza ISPAS del 2017¹⁵, che afferma inequivocabilmente che il rispetto dei diritti della difesa è principio generale del diritto dell'Unione che incombe sulle amministrazioni degli Stati membri e che lo stesso, alla luce del principio di effettività¹⁶, durante una verifica fiscale impone una possibilità reale di accesso. Più recente è la sentenza *État luxembourgeois*¹⁷ in cui si precisa che l'accesso può riguardare tutte quelle informazioni che “non appaiono manifestamente prive di qualsiasi pertinenza prevedibile alla luce dell'identità del

il risarcimento del danno alla p.a. che abbia cagionato un danno nell'esercizio delle proprie funzioni, e così via».

¹³ Sul punto si veda G. VANZ, “*Buona amministrazione*” di cui all'art. 41 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e diritto tributario nazionale, in *Rassegna tributaria*, 2019, p. 709 ss., il quale evidenzia la contrapposizione tra due orientamenti; un primo, limitandosi al riferimento contenuto nella disposizione relativo all'applicazione del principio a *istituzioni e organi dell'Unione*, non ne ammetteva una applicazione diretta all'interno degli Stati membri. Il predetto orientamento, peraltro, appariva suffragato dalla giurisprudenza unionale (cfr. CGUE, sez. V, 13 settembre 2018, causa C-358/16; sez. IV, 9 marzo 2017, causa C-141/15; sez. III, 21 dicembre 2011, causa C-482/10). L'orientamento giurisprudenziale che ne ammetteva l'applicazione in via diretta era, invece, riconducibile a limitate pronunce: una per tutte, CGUE, sez. I, 22 dicembre 2012, causa C-277/11. Nondimeno, la dottrina prevalente richiamava l'art. 53 della Carta che prevede che “nessuna disposizione” della stessa “deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

¹⁴ Sul punto, ci sia consentito di rinviare a: P. ACCORDINO, *L'accesso agli atti del procedimento tributario: molto rumore per nulla?*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2024, p. 1593 ss.

¹⁵ Cfr. CGUE, sez. III, 9 novembre 2017, causa C-298/16, per il cui commento si veda G. DELLA BARTOLA, *Diritto di accesso agli atti del procedimento tributario (quasi) senza limiti*, in *Corriere tributario*, 2018, p. 457 ss.

¹⁶ Volto a garantire che le norme nazionali attuative dei principi comunitari non rendano impossibile o estremamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario e il cui rispetto è attribuito dalla giurisprudenza comunitaria ai giudici nazionali, che devono assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione ; cfr. R. MICELI, *Il principio di effettività quale fondamento dell'integrazione giuridica comunitaria*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Atripaldi*, Napoli, 2010, p. 1623 ss.

¹⁷ Cfr. CGUE, sez grande, 6 ottobre 2020, cause riunite C-245/2019 e C-246/2019, *État luxembourgeois contro B; per un commento si veda M.P. NASTRI, Lo scambio di informazioni in materia fiscale: la tutela giurisdizionale effettiva e il diritto alla protezione dei dati*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2020, p. 1720 ss.

contribuente coinvolto, di quella della persona che detiene tali informazioni e delle esigenze dell'indagine stessa". E, inoltre, la sentenza Glencore del 2019¹⁸ in cui si è concluso che il diritto di accesso al fascicolo è corollario di tutti i diritti della difesa e preliminare all'esercizio del diritto al contraddittorio. In conseguenza di ciò, deve essere consentito agli interessati di poterlo esercitare nel corso del procedimento amministrativo, previa autorizzazione. Se, peraltro, gli Uffici basano le proprie conclusioni su elementi di prova ottenuti nell'ambito di procedimenti penali e di procedimenti amministrativi connessi, anche relativi a terze parti, al soggetto passivo deve essere garantita la possibilità di accedere al contenuto degli atti relativi, compresi quelli che non servono direttamente a fondare la decisione degli Uffici predetti, ma possono essere utili. Le uniche restrizioni considerate ammissibili sono quelle relative a profili privati di terzi, giustificativi di un eventuale accesso parziale. Degna di attenzione, infine, la sentenza CF del 2020¹⁹ che ha aperto alla possibilità per il giudice tributario di procedere a una pronuncia di nullità della decisione adottata dall'Amministrazione finanziaria nel caso in cui al soggetto passivo interessato non sia stato riconosciuto il diritto di accesso, se, in mancanza di detta irregolarità, il procedimento si sarebbe potuto concludere in modo differente.

Con riguardo alle dinamiche interne, è necessario rilevare che un riconoscimento del diritto di accesso in fase endoprocedimentale è estremamente recente e, in atto, anche abbastanza riduttivo. Difatti, se è innegabile che la Legge delega di revisione del sistema tributario 9 agosto 2023, n. 111, alla lettera e) dell'art. 4 richiedeva che fosse introdotta una "disciplina generale del diritto di accesso agli atti del procedimento tributario", il d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 219 che ha portato alla novella dello Statuto dei diritti del contribuente²⁰ non appare aver dato seguito alla *littera legis*. In ultima analisi, se ne occupa facendovi specifico riferimento solo il nuovo art. 6-bis dello Statuto in cui si dispone che "per consentire il contraddittorio, l'amministrazione finanziaria comunica al contribuente, con modalità idonee a garantirne la conoscibilità, lo schema di atto di cui al 1° comma, assegnando un termine non inferiore a sessanta giorni per consentirgli eventuali controdeduzioni ovvero, su richiesta, per accedere ed estrarre copia degli atti del fascicolo. L'atto non è adottato prima della scadenza del termine di cui al primo periodo".

¹⁸ CGUE, sez. V, 16 ottobre 2019, causa C-189/18 – *Glencore Agriculture Hungary*, cfr. A. COMELLI, *I diritti della difesa, in materia tributaria, alla stregua del diritto dell'unione europea e, segnatamente, il "droit d'e' tre entendu" e il diritto ad un processo equo*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2020, p. 1315 ss.

¹⁹ CGUE, sez. VI, 4 giugno 2020, causa C-430/19, C.F. SRL/A.J.F.P.M. e D.G.R.F.P.C., cfr. M. BASILAVECCHIA, *Contraddittorio preventivo e accesso al fascicolo*, in *Corriere tributario*, 2020, p. 737 ss.

²⁰ Come è noto, si tratta del corpus normativo approvato con la legge 27 luglio 2000 n. 212, all'interno del quale sono raccolte le disposizioni a tutela dei diritti del soggetto passivo d'imposta, al quale si conferisce lassicurazione della giusta trasparenza e certezza, rispetto all'attuazione del rapporto tributario in una modalità per la prima volta organica e unitaria. Si è, difatti, restituita al contribuente la giusta dignità di parte del rapporto stesso, mediante la garanzia di una disciplina tributaria basata sulla trasparenza e sull'affidabilità. Se nella sua prima formulazione l'art. 1 si poneva come strumento attuativo delle disposizioni costituzionali, oggi, in seguito alle modifiche susseguenti all'ultima riforma fiscale del 2023, il campo si allarga ai principi dell'ordinamento europeo e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sullo Statuto dei diritti del contribuente, in generale, si vedano: G. MARONGIU, *Lo Statuto del contribuente: le sue "ragioni", le sue applicazioni*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2003, pp 1007 e ss.; ID., (a cura di) *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2004, *passim*; A. FANTOZZI e A. FEDELE (a cura di), *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005, *passim*; C. SCALINCI, *Verso una «nuova» codificazione: uno Statuto di principi tra riconoscizione, determinazione e clausole in apicibus*, in *Rassegna tributaria*, 2003, p. 619 ss.; A. GRIPPA SALVETTI, *Lo Statuto del contribuente tra valore formale e portata interpretativa*, *ivi*, 2004, p. 1719 ss.; A. URICCHIO, *Statuto del Contribuente*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, Agg. V, Milano, 2008, p. 845 ss.

L'altro diritto di difesa è il contraddittorio procedimentale²¹, conosciuto a livello unionale come *right to be heard* e codificato sempre dall'art. 41 della Carta ponendo attenzione sia al profilo della piena conoscenza delle risultanze procedurali²² che alla possibilità di interagire con gli Uffici mediante dinamiche sostanziali, cioè non solo atte a far valere il proprio punto di vista, bensì a che lo stesso sia effettivamente tenuto in considerazione al momento della redazione di un eventuale atto incidente sulla sfera giuridico-patrimoniale del contribuente. Anche in questo caso, la Corte di Giustizia Ue ha ampiamente delineato i confini del principio con riguardo alle controversie doganali e, quindi, alle imposte armonizzate²³ chiarendo in modo inequivocabile il riconoscimento del principio nel contesto comunitario. Nondimeno, il recepimento nell'ambito interno ha determinato consistenti dibattiti, peraltro, introducendo un meccanismo analogo a quello recentemente evidenziato per il diritto di accesso, definito “prova di resistenza” con riguardo ai tributi non armonizzati, fortemente criticato da alcuni esponenti della dottrina²⁴, in quanto sempre volto a consentire il riconoscimento del principio solo se, in presenza di un regolare contraddittorio, il procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso. A ciò si deve aggiungere che solo di recente sono stati superati ulteriori limiti all'esercizio di tale diritto²⁵, all'interno del nuovo art. 6-bis dello Statuto dei diritti del contribuente già preso in esame per l'accesso, affermandone l'applicazione rispetto a tutti gli atti impugnabili – seppur non quelli di mera liquidazione automatizzati e sostanzialmente automatizzati²⁶ – finalmente in modalità sostanziale. Il quarto comma della disposizione, difatti, prevede che l'atto adottato all'esito del contraddittorio tiene conto delle osservazioni del contribuente ed è motivato con riferimento a quelle che l'Amministrazione ritiene di non accogliere. Si tratta, cioè, di quella

²¹ Sul principio del contraddittorio in diritto tributario si vedano: G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009, p. 143 ss.; A. FANTOZZI, *Le violazioni del contraddittorio e l'invalidità degli atti tributari*, in A. BODRITO, A. CONTRINO, A. MARCHESELLI (a cura di), *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente. Studi in onore del Prof. Gianni Marongiu*, Torino, 2012, p. 479 ss.; S. MULEO, *Il contraddittorio procedimentale e l'affidamento come principi immanenti*, ivi, p. 406 ss., F. TUNDO, *Procedimento tributario e difesa del contribuente*, Padova, 2013, p. 125 ss.; G. MARINO, *Il principio del contraddittorio tributario tra abuso di diritto, abuso di potere e diritto dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, p. 570 ss.; A.E. LA SCALA, *L'effettiva applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario tra svolte, ripensamenti e attese*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015, p. 394 ss.; A. COLLI VIGNARELLI, *Il contraddittorio endoprocedimentale e l'“idea” di una sua “utilità” ai fini dell’invalidità dell’atto impositivo*, in *Rivista di diritto tributario*, 2017, p. 21 ss. E, da ultimo, sia consentito rinviare a P. ACCORDINO, *Problematiche applicative del “contraddittorio” nei procedimenti tributari*, Milano, 2018, p. 187 e ss.

²²Cfr. M. PIERRO, *Il dovere di informazione dell'Amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, Torino, 2013, p. 193 ss., la quale evidenzia che l'obbligo è disposto nel comma 2 dell'articolo 6 dello Statuto dei diritti del contribuente.

²³ Ne sono esempio le sentenze *Sopropè*, CGUE, sez. II, 18 dicembre 2007 C 349/07 e *Kamino Datema*, CGUE, sez. 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13.

²⁴ Cfr.: A. COLLI VIGNARELLI, *Il contraddittorio endoprocedimentale e l’“idea” di una sua “utilità” ai fini dell’invalidità dell’atto impositivo*, cit., p. 21 ss.; G. CORASANITI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza nazionale e dell’Unione Europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, p. 1575 ss.; S. MULEO, *Il contraddittorio procedimentale: un miraggio evanescente?*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2016, p. 234 ss.; A.E. LA SCALA, *L'effettiva applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario tra svolte, ripensamenti e attese*, cit., p. 394 ss.

²⁵ Si veda: E. ARTUSO, A. TRAVAIN, *Brevi spunti sul contraddittorio endoprocedimentale, tra afflatti unionali e (discutibili) scenari futuri*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2024, pp. 1369 e ss.

²⁶ L'art. 2, comma 1, DM del MEF del 24 aprile 2024, definisce gli atti automatizzati e sostanzialmente automatizzati come “tutti quegli atti emessi dall'amministrazione finanziaria e riguardanti esclusivamente violazioni rilevate dall'incrocio di elementi contenuti in banche dati nella disponibilità della stessa amministrazione”.

che è stata opportunamente definita “motivazione rafforzata”²⁷, concetto che vuole rappresentare l'espressione delle dinamiche di trasparenza e chiarezza che devono essere garantite nello scambio dialettico tra le parti interessate e la certezza di una valutazione scevra da condizionamenti degli esiti relativi, di cui deve essere dato atto all'interno dello schema che verrà notificato proprio per assicurare il rispetto dei diritti esaminati.

3. I legami familiari nell'accertamento sintetico

I commi quarto e quinto dell'art. 38 del D.P.R. n. 600 del 1973 stabiliscono che l'ufficio, indipendentemente dalle disposizioni recate dai commi precedenti – vale a dire quelle disciplinanti l'accertamento analitico, e dall'articolo 39 che si occupa specificamente dei redditi determinati in base alle scritture contabili –, può sempre determinare sinteticamente²⁸ il reddito complessivo del contribuente sulla base delle spese di qualsiasi genere sostenute nel corso del periodo d'imposta. È pertanto ricondotta nell'ambito del metodo sintetico qualsiasi verifica *diretta* delle spese del contribuente nel periodo d'imposta, vale a dire la disamina delle risultanze del confronto tra reddito dichiarato e spese *di qualsiasi genere* effettivamente sostenute prescindendo, quindi, dall'utilizzo di ulteriori elementi indicativi di capacità contributiva. Questa modalità è stata tradizionalmente definita²⁹ accertamento *sintetico puro*.

Nel quinto comma si precisa che la predetta determinazione può essere altresì fondata sul contenuto induttivo di elementi indicativi di capacità contributiva individuato mediante l'analisi di campioni significativi di contribuenti, differenziati anche in funzione del nucleo familiare e dell'area territoriale di appartenenza, con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale con periodicità biennale, sentiti l'Istituto nazionale di statistica e le associazioni maggiormente rappresentative dei consumatori per gli aspetti riguardanti la metodica di ricostruzione induttiva del reddito complessivo in base alla capacità di spesa e alla propensione al risparmio dei contribuenti. Si aggiunge, pertanto, una modalità indiretta che, per lungo tempo, è stata attuata mediante il c.d. *redditometro*.

Si tratta di uno strumento che viene inquadrato all'interno degli accertamenti *standardizzati*³⁰, cioè fondati su elaborazioni di dati medi e generalizzati. Negli ultimi tempi,

²⁷ Cfr.: F. TUNDO, *Procedimento tributario e difesa del contribuente* cit., p. 326 ss. e A. PERRONE, *Dalla Corte Costituzionale una possibile soluzione alla tormentata questione del contraddittorio endoprocedimentale tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2017, p. 921 ss.

²⁸ Il termine sintetico è tradizionalmente contrapposto ad analitico in quanto la ricostruzione del reddito viene effettuata utilizzando strumenti presuntivi legati alla carenza di informazioni sui redditi dichiarati senza alcun riferimento alla natura delle fonti produttive del contribuente. La valutazione riguarda il reddito complessivo in quanto non è possibile individuare le categorie di reddito relative; cfr. D. STEVANATO, *Fondamenti di diritto tributario*, Milano, 2022, p. 274 ss.

²⁹ Cfr.: A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 426 ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario*, Torino, 2011, p. 216 ss.; G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, 2012, p. 254 ss.; Più di recente richiama questa distinzione G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2024, p. 353 ss. e lo definisce anche *in senso stretto*.

³⁰ Termine che è stato coniato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, Cass., SS.UU., 18 dicembre 2009, nn. da 26635 a 26638 (per il cui commento si vedano: M. BASILAVECCHIA, *Studi di settore, contraddittorio e accertamento*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2010, p. 233 ss. e A. MARCHESELLI, *Natura giuridica degli accertamenti mediante studi di settore e "giusto procedimento" tributario: quattro sentenze capitali delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 711 ss.) avendo riguardo, specificamente, agli studi di settore e agli

tuttavia, esso ha costituito oggetto di contestazioni ed è stato al centro di polemiche anche nell'agonie politico, tant'è vero che ne è stata sospesa³¹ l'applicazione. E, difatti, con riguardo al tema di cui trattiamo, giova segnalare che anche l'ultima versione del redditometro prevede che questa determinazione sintetica del reddito basata sul contenuto induttivo di elementi indicativi di capacità contributiva venga costruita mediante l'analisi di campioni significativi di contribuenti di cui si considerano la capacità di spesa e la propensione al risparmio. In particolare³², erano state individuate 56 voci di spese presunte per nucleo familiare suddivise in 11 categorie, distribuite tra cinque aree geografiche del Paese in base al fatto che si trattasse di persone sole, monogenitori, coppie con o senza figli, ma non in base all'esistenza del vincolo coniugale; invero, le famiglie di fatto venivano equiparate per legge alle coppie sposate e alle unioni civili, in linea con la *ratio* sottostante dell'istituto, che, in questa specifica valutazione, non teneva conto del dato formale, quanto della circostanza di fatto rappresentata dalla condivisione delle risorse economiche tra i membri del nucleo. Appare, in definitiva, abbastanza chiaro come in questo ambito si fosse data palesa importanza al nucleo familiare.

A ciò si aggiunge che, nell'attuale formulazione dell'art. 38 è anche previsto che la determinazione sintetica, sia in modalità pura che indiretta, possa essere effettuata a condizione che il reddito complessivo accertabile ecceda di almeno un quinto quello dichiarato e, comunque, di almeno dieci volte l'importo corrispondente all'assegno sociale annuo³³. E, inoltre, che il contribuente può sempre dimostrare che: *a)* il finanziamento delle spese è avvenuto con redditi diversi da quelli posseduti nello stesso periodo di imposta, o con redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte o, comunque, legalmente esclusi dalla formazione della base imponibile ovvero da parte di soggetti diversi dal contribuente; *b)* le spese attribuite hanno un diverso ammontare; *c)* la quota di risparmio utilizzata per consumi ed investimenti si è formata nel corso degli anni precedenti. E quindi che le spese effettuate per l'acquisto di un bene sono state sostenute con redditi riconducibili al nucleo familiare, intendendo come tale la famiglia formata dal coniuge e dai figli, ma anche i conviventi, considerato che il requisito fondamentale è la prova documentale che sia stata erogata una somma e a qualsiasi titolo (prestito, donazione e quant'altro).

Nondimeno, la Corte di Cassazione per lungo tempo ha continuato a sostenere che per contrastare la ricostruzione presuntiva del reddito operata dall'Amministrazione finanziaria, deducendo che la spesa effettuata dipenda da risorse rientranti nella lettera *a*) e

antecedenti storici rappresentati da parametri e coefficienti ma esteso dalla dottrina anche al redditometro predetto, considerate le evidenti somiglianze strutturali, le modalità di derivazione analoghe e la natura del risultato finale della predeterminazione (cfr.: M. BEGHIN, *Studi di settore, sindrome ansiosa-depressiva del contribuente e accertamento "per standard" del reddito d'impresa*, in *Rivista di diritto tributario*, 2012, p. 422 ss.; A. MODOLÒ, *L'accertamento sintetico redditometrico e la categoria degli accertamenti "standardizzati" tra esigenze di contrasto dell'evasione, ricerca del reddito normale e rischi di tassazione del reddito immaginario*, ivi, 2013, p. 489 ss.; E. DELLA VALLE, *Note minime in tema di accertamenti standardizzati*, in *Rassegna tributaria*, 2014, p. 695 ss.

³¹ Più nello specifico, il Decreto del Ministro delle Finanze 7 maggio 2024, attuativo dell'art. 38, comma 5, D.P.R. n. 600/1973, come novellato dall'art. 10, comma 1, del D.L. n. 87/2018, che era volto a individuare il contenuto induttivo degli elementi indicativi di capacità contributiva rilevanti per la determinazione sintetica dei redditi delle persone fisiche relativi agli anni d'imposta a decorrere dal 2016, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 20 maggio 2024, tuttavia, il vice Ministro dell'Economia con delega alle Finanze Maurizio Leo, per venire incontro alle proteste e alle perplessità relative, ha deciso di sospenderne l'applicazione con atto di indirizzo del 23 maggio 2024.

³² Cfr. M. CONIGLIARO, *La parabola del redditometro, alla ricerca del decreto perduto*, in *Il fisco*, 2024, p. 2433 ss.

³³ Il cui valore è aggiornato per legge, con periodicità biennale, anche sulla base degli indici di adeguamento ISTAT.

facenti capo al proprio nucleo familiare, non sarebbe sufficiente la semplice dimostrazione della disponibilità di tali redditi, bensì la dimostrazione del nesso eziologico rispetto alle spese concretamente effettuate. In altre parole, si dovrebbe dimostrare che effettivamente tali spese sono state sostenute con le voci non reddituali proprie che vengono evidenziate a proprio discarico. Di recente³⁴, tuttavia, i Supremi giudici della sezione tributaria hanno affermato che, se inizialmente lo specifico riferimento, di cui all' art. 38, sesto comma, D.P.R. n. 600 del 1973, alla prova risultante da idonea documentazione della entità di tali eventuali ulteriori redditi e della durata del relativo possesso richiedeva la dimostrazione che le risorse di natura non reddituale fossero state *effettivamente* utilizzate per l'acquisizione proprio degli incrementi patrimoniali oggetto dell'accertamento sintetico, successivamente la giurisprudenza si è stabilizzata *in termini mediani* ed ha precisato che, pur non prevedendosi che le ulteriori entrate (non reddituali) siano state utilizzate proprio per coprire le spese contestate, occorre, tuttavia, una prova documentale su circostanze sintomatiche del fatto che ciò sia accaduto o sia potuto accadere. In sostanza, la disposizione andrebbe interpretata nell'ottica dello scopo di ancorare a fatti oggettivi (di tipo quantitativo e temporale) la disponibilità di dette risorse e consentirne la riferibilità in termini di maggiore capacità contributiva accertata con metodo sintetico in capo al contribuente. Vale la pena, ad ogni modo, di osservare che la stessa Suprema Corte ha anche precisato³⁵ che ove il contribuente abbia adempiuto a queste condizioni all'onere probatorio, compete all'organo giudicante un esame analitico che non può pertanto limitarsi a giudizi sommari, privi di ogni riferimento alla massa documentale entrata nel processo relativa agli indici di spesa. L'impegno, pertanto, appare a tutt'oggi gravoso per il contribuente.

Quanto all'utilizzo del redditometro nell'ambito delle procedure residue ancora *sub judice*, ad oggi, la giurisprudenza di legittimità³⁶ accoglie l'impostazione prevalente dell'Amministrazione finanziaria per cui si tratterebbe di una presunzione legale relativa per cui rimane al contribuente l'onere di provare, attraverso idonea documentazione, che il maggior reddito, determinato o determinabile sinteticamente, è costituito in tutto o in parte da redditi esenti o da redditi soggetti a ritenute alla fonte a titolo di imposta o, ancora, più in generale, secondo una ormai consolidata opinione della Corte, anche che il reddito presunto non esiste o esiste in misura inferiore. La dottrina e altra giurisprudenza, soprattutto di merito, hanno invece ritenuto che si debba trattare di una presunzione semplice, anche per parificarlo alla visione che ha interessato gli altri strumenti standardizzati³⁷. In tal caso, come è stato rilevato³⁸, il risultato è strutturalmente diverso in quanto il giudice può ritenere che il redditometro non sia idoneo a fornire la dimostrazione del maggior reddito del contribuente anche in mancanza di una prova contraria da parte del contribuente stesso.

³⁴ Cfr. Cass. civ., sez. trib., 27 giugno 2024, n. 17782.

³⁵ Cfr. Cass. civ., sez. trib., 04 gennaio 2024, n. 238.

³⁶ Si vedano le ultime: Cass. civ., sez. trib., 31 ottobre 2024, n. 28161 e 16 dicembre 2024, n. 32861, in cui si afferma che la disciplina del redditometro introduce una presunzione legale relativa, imponendo la legge stessa di ritenere conseguente al fatto certo della disponibilità di alcuni beni l'esistenza di una capacità contributiva, sicché il giudice tributario, una volta accertata l'effettività fattuale degli specifici elementi indicatori di capacità contributiva esposti dall'ufficio, non ha il potere di privarli del valore presuntivo connesso dal legislatore alla loro disponibilità, ma può soltanto valutare la prova che il contribuente offre in ordine alla provenienza non reddituale delle somme necessarie per mantenere il possesso di tali beni.

³⁷ Giova, difatti, ricordare che i parametri e gli studi di settore, in seguito alle già citate Cass., SS.UU., 18 dicembre 2009, nn. da 26635 a 26638, sono stati inquadrati nell'ambito delle presunzioni semplici, non idonee a determinare l'inversione dell'onere della prova in favore dell'Amministrazione finanziaria, ma solo a formare un punto di riferimento in presenza delle caratteristiche di gravità, precisione e concordanza.

³⁸ Cfr. G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, cit., p. 353 ss.

4. Il comparto delle indagini bancarie

Il secondo ambito sul quale si ritiene opportuno soffermarsi è quello delle c.d. indagini bancarie, termine con il quale ci si riferisce a tutti quei dati che assumono rilevanza quando l'Amministrazione finanziaria nell'esercizio dei suoi poteri istruttori effettua i controlli nei confronti del contribuente accedendo presso banche, società assicurative, Poste, intermediari finanziari ed altri enti operanti nel campo dei finanziamenti e/o del risparmio. Si tratta di un insieme di informazioni che oggi, soprattutto in seguito ai numerosi obblighi di trasmissione che sono stati imposti al contribuente, ha assunto una ampiezza impressionante e che è fortemente influenzata anche dalle modalità digitalizzate di invio, conservazione e comunicazione di tutti i dati relativi. A ciò si aggiunge che l'abolizione del *segreto bancario*³⁹ ha consentito agli Uffici di estendere i confini delle proprie richieste di dati e notizie prendendo in considerazione qualsiasi rapporto finanziario intrattenuto o operazione effettuata, compresi i servizi offerti ai clienti.

La motivazione sottostante alla delicatezza di questi dati è abbastanza chiara: l'esame di tale interazione può difatti mettere in luce intestazioni fittizie, occultamento di somme e qualsiasi altra operazione che venga posto in essere con il precipuo fine di impedire agli Uffici una chiara e veritiera ricostruzione della realtà. Per tali ragioni, peraltro, è necessario assicurare le più ampie garanzie agli interessati, fondamentalmente basate su procedure autorizzative che contemplano una previa valutazione della effettiva opportunità della tipologia investigativa⁴⁰. Nondimeno, quanto appena delineato comporta che i poteri degli Uffici non si limitano ai soli rapporti facenti capo al contribuente, ma anche alle informazioni di soggetti che a quest'ultimo sono legati da rapporti di parentela, familiarità e cointeressenza, termine con il quale si indica la presenza di una connessione o di una inerenza rilevanti per l'accertamento di una corretta imposizione nei confronti del contribuente predetto che, chiaramente, assume una posizione centrale. E, pertanto, è possibile esaminare conti cointestati tra il contribuente interessato e i suoi familiari e conti intestati solo a questi ultimi⁴¹. Anche in questo caso, invero, come già evidenziato con l'accertamento sintetico, il ragionamento scaturisce dall'ipotizzare quella che si può definire come una "condivisione" della capacità contributiva, in una modalità inversa, in quanto si suppone che il contribuente non abbia goduto di somme facenti capo ad altri componenti del proprio nucleo familiare,

³⁹ Ci si riferisce primariamente alla legge n. 413 del 1991 che ha attribuito all'Amministrazione finanziaria la potestà di interrogare banche, altri istituti di credito e poste in relazione ai rapporti contrattuali che fanno capo ai contribuenti interessati dall'indagine ed estrarre copia delle operazioni rilevanti. In seguito, grazie alla legge finanziaria 2005 (legge 30 dicembre 2004, n. 311), si è giunti al completo superamento delle limitazioni residue; cfr. R. SCHIAVOLIN, *Segreto bancario*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, XIII, Torino, 1996, p. 355 ss.; V. FICARI, *Utilizzazione e trasmissione dei dati bancari, segreto bancario e accertamento tributario: dalla legge 197/1991 antiriciclaggio alla 413/1991*, in *Rivista di diritto tributario*, 1992, p. 851 ss.; M.V. SERRANO', *La tutela del contribuente nelle indagini bancarie*, Messina, 2003, *passim*.

⁴⁰ Quando l'indagine è richiesta dagli Uffici dell'Agenzia delle Entrate, l'autorizzazione deve essere rilasciata dalla Direzione Centrale o Regionale delle Entrate; se, invece, dalla Guardia di Finanza, dovrà occuparsene il Comandante regionale.

⁴¹ Più nello specifico, la disposizione vigente, contenuta nell'art. 32, c. 1, n. 7 del d.P.R. n. 600 del 1973, prevede che sia possibile acquisire dati, notizie, documenti relativi a qualsiasi rapporto od operazione effettuata, mentre quella precedente all'abolizione del segreto bancario limitava tale possibilità ai rapporti intrattenuti con il contribuente.

ma abbia spostato parte della propria capacità contributiva altrove, proprio in capo ad appartenenti al predetto nucleo⁴². Tale coinvolgimento, peraltro, è più prevedibile quando il contribuente interessato dall'indagine è un lavoratore autonomo o un imprenditore individuale e nei casi in cui si esaminano i rapporti relativi a società di persone o società di capitali con una ristretta base partecipativa, in quanto si presume che possa essere più frequente ed anche più semplice che la titolarità e l'effettiva disponibilità non coincidano⁴³.

Preme, peraltro, rilevare che il comparto in esame prevede un complesso incrocio di presunzioni, individuato negli articoli 32, c. 1, n. 2), del d.P.R. n. 600 del 1973 e 51, c. 1, n. 2), del d.P.R. n. 633 del 1972 in forza del quale i dati e gli elementi attinenti ai rapporti e alle operazioni acquisiti durante il controllo sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto a imposta o che non hanno rilevanza allo stesso fine. Ed ancora che, alle stesse condizioni, sono posti come ricavi a base delle stesse rettifiche ed accertamenti, se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario e semprechè non risultino dalle scritture contabili, i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti od operazioni per importi superiori a euro 1.000 giornalieri e, comunque, a euro 5.000 mensili.

Sono, cioè, strutturate ben due presunzioni⁴⁴, la prima prevede che il prelevamento sia utilizzato per remunerare un acquisto che è inherente alla produzione del reddito e la seconda che al predetto acquisto che consiste in un costo che non è stato contabilizzato corrisponda un ricavo allo stesso modo non contabilizzato. È una disposizione questa che, da pregevole e condivisibile dottrina⁴⁵ è stata definita *funambolica*. Entrambe le presunzioni, peraltro, sono ricondotte, non incontrovertibilmente⁴⁶ nell'ambito di quelle inquadrate come legali

⁴² Sul punto si veda F. MONTANARI, *Indagini bancarie, capacità contributiva e «soggettività tributaria della famiglia»: brevi note alla luce di una contrastante giurisprudenza di legittimità*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2002, p. 913 ss.

⁴³ Sul punto, in dottrina si veda A. TURCHI, *La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte II. Tra favore e limiti del sistema*, Torino 2015, p. 183 ss., in giurisprudenza, si veda la recente Cass., sez. trib., 10 dicembre 2024, n. 31750, in cui si ribadisce che, con riguardo a questo tipo di indagini nel caso di redditi di società di persone a ristretta base familiare, spesso si presume la sovrapposizione tra interessi personali e della società, salva la facoltà dell'ente di dimostrare l'estraneità delle singole operazioni alla comune attività d'impresa.

⁴⁴ Per questa interpretazione si vedano: G. FRANSONI, *La presunzione di ricavi fondata sui prelevamenti bancari nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2005, p. 467 ss.; e G. INGRAO, *L'utilizzo dei prelevamenti nei c.d. accertamenti bancari. Una norma irragionevole che non può essere disapplicata dagli Uffici finanziari e che viene rigidamente interpretata dalla giurisprudenza*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, p. 1443 ss.

⁴⁵ Cfr. M. BEGHIN, *Accertamento del reddito d'impresa e prelevamenti bancari: la Consulta ripiega sull'interpretazione adeguatrice*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2023, p. 827 ss.

⁴⁶ E, difatti, utile osservare che l'inquadramento delle presunzioni delineate nella seconda parte dell'art. 32, c. 1 n. 2 come *legali relative*, non è esente da dibattito in dottrina e in giurisprudenza. La predetta impostazione è accolta, fra gli altri, da F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino 2025, p. 261 e ss. R. CORDEIRO GUERRA, *Questioni aperte in tema di accertamento basati su dati estrapolati da conti correnti bancari*, in *Rassegna tributaria*, 1998, p. 560 ss.; R. MICELI, *Il quadro della Suprema Corte in tema di indagini finanziarie. Nessuna apertura ma un richiamo ai valori generali del processo*, in *Ius tributario*, 2020, p. 1 ss. Diverso è, invece, l'orientamento di; L. TOSI, *Segreto bancario: irretroatattività portata dall'art. 18 della L. n. 413/91*, in *Rassegna tributaria*, 1995, p. 1383 ss.; A. VIOTTO, *I poteri d'indagine dell'Amministrazione finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla Costituzione*, Milano, 2002, p. 218 e ss.; ID. *Recenti modifiche normative in tema di accertamenti bancari: tra tutela del diritto alla riservatezza ed interesse generale alla repressione dell'evasione*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2017, p. 819 ss.; E F. PEDROTTI, *Gli accertamenti basati su indagini bancarie e finanziarie nel reddito di impresa*, in *Rivista di diritto tributario*, 2016, p. 185 ss., i quali la considerano una presunzione semplice. In giurisprudenza, l'inquadramento è di presunzione legale relativa nelle sentenze della Corte Cost. n. 225 del 2005 e nella più recente n. 10 del 2023; e, da ultimo, nelle sentenze della Corte di cassazione 16 maggio 2022, n. 15538 e 8 aprile 2024, n. 9403.

relative⁴⁷. Bisogna, tuttavia, evidenziare che, con riguardo ai prelevamenti, la presunzione opera ad oggi solo per gli imprenditori⁴⁸, mentre per i versamenti, per tutti i contribuenti in generale⁴⁹. Aspetto fondamentale da prendere in considerazione anche in questo caso, è se la possibilità individuata possa essere valutata dagli Uffici in linea generale o se sia necessario che venga evidenziata una effettiva riferibilità delle operazioni al contribuente. Si, può infatti, osservare che gli esiti della giurisprudenza di legittimità in questo frangente sono altalenanti in quanto vi è un orientamento⁵⁰ che ritiene sufficiente la semplice potenzialità dell'accadimento, intesa come forte probabilità, in presenza di una mera contiguità familiare; con riguardo all'imprenditore, anche di recente si è sostenuto⁵¹ che, per il superamento della presunzione non è sufficiente una prova generica circa ipotetiche distinte causali dell'affluire di somme sul proprio conto corrente, ma è necessario che il contribuente fornisca la prova analitica della riferibilità di ogni singola movimentazione alle operazioni già evidenziate nelle dichiarazioni, ovvero dell'estraneità delle stesse alla sua attività. In altre pronunce⁵², invece, i

⁴⁷ Giova ricordare che se, in generale, le presunzioni legali, *ex art. 2728 c.c.*, dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali sono stabilite, in quanto è la legge a determinare il nesso logico e a far dipendere dal fatto noto quello ignoto, con riguardo a quelle *relative* è consentita la prova del contrario, in questo caso, con inversione dell'onere della prova in capo al contribuente interessato: Sulle presunzioni in generale cfr. V. ANDRIOLI, *Presunzioni (Dir. Civ. e Dir. Proc.)*, in Enciclopedia giuridica Treccani, XIII, Torino, 1966, p. 769 ss.; A. PALAZZO, *Presunzioni (diritto privato)*, in Enciclopedia del diritto XXXV, Milano, 1986, p. 265 ss.; F. CORDOPATRI, *Presunzione (teoria gen. e dir. proc. Civ.)*, *ivi*, 291 ss. In diritto tributario si vedano: G. TINELLI, *Presunzioni (dir. trib.)*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1991, p. 1 ss.; R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Milano 1988; M. VERSIGLIONI, *Prova e studi di settore*, Milano, 2007 e A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008, gli ultimi *passim*.

⁴⁸ Sebbene anche per gli imprenditori si dibatta ancora, come si può rilevare nella recente sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2023 in cui la Corte, con riguardo ai piccoli imprenditori ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art. 32, comma 1, n. 2), del d.p.r. n. 600 del 1973 in quanto non contrastante con il dettato costituzionale ogniqualvolta lo "si interpreti nel senso che, a fronte della presunzione legale di ricavi non contabilizzati, e quindi "occulti", scaturente da prelevamenti bancari non giustificati, il contribuente imprenditore possa sempre, anche in caso di accertamento analitico-induttivo, opporre la prova presuntiva contraria".

⁴⁹ Si veda Cass. civ., sez. trib., 08 aprile 2024, n. 9403, nella quale si legge che, in tema d'imposte sui redditi, la presunzione legale (relativa) della disponibilità di maggior reddito, desumibile dalle risultanze dei conti bancari, giusta l' art. 32, comma 1, n. 2, del d.P.R. n. 600 del 1973 , non è riferibile ai soli titolari di reddito di impresa o da lavoro autonomo, ma si estende alla generalità dei contribuenti, come si ricava dal successivo art. 38, riguardante l'accertamento del reddito complessivo delle persone fisiche, che rinvia allo stesso art. 32, comma 1, n. 2; tuttavia, all'esito della sentenza della Corte cost. n. 228 del 2014, le operazioni bancarie di prelevamento hanno valore presuntivo nei confronti dei soli titolari di reddito di impresa, mentre quelle di versamento nei confronti di tutti i contribuenti, i quali possono contrastarne l'efficacia dimostrando che le stesse sono già incluse nel reddito soggetto ad imposta o sono irrilevanti.

⁵⁰ Sul punto, si veda la recente Cass. civ., sez. trib., 19 marzo 2024, n. 7360 per cui, qualora il contribuente sia stato vanamente invitato a rendere giustificazioni sugli esiti di indagini bancarie, *ex art. 32 del d.P.R. n. 600 del 1973*, le operazioni effettuate dal contribuente su conti correnti intestati a terzi legittimamente confluiscano nell'accertamento induttivo puro, ai sensi dell'art. 39, comma 2, del citato d.P.R., con la conseguenza che l'Amministrazione non è gravata di alcun ulteriore onere probatorio in punto di riferibilità dei conti al contribuente e delle somme di cui alle suddette operazioni, spettando invece allo stesso contribuente l'onere di fornire rigorosa prova contraria.

⁵¹ Cfr. Cass. civ., sez. trib., 18 settembre 2024, n. 25043 e, da ultimo, 22 maggio 2025, n. 13761. In quest'ultima sentenza i Supremi giudici contestano la sentenza impugnata in quanto la stessa non prende in esame le singole rimesse, specificando i documenti da cui ha tratto le sue determinazioni in ordine alla provenienza e destinazione delle rimesse interessate dall'indagine.

⁵² Si veda la abbastanza recente Cass. civ., sez. trib., 12 dicembre 2023, n. 34747, in base alla quale in tema di accertamento delle imposte sui redditi, le indagini bancarie possono riguardare anche conti correnti intestati a terzi, ove si possa ritenere che siano stati utilizzati per occultare operazioni commerciali a scopo di evasione

Supremi giudici concludono per gravare l'Amministrazione finanziaria dell'onere di provare la effettiva riferibilità al contribuente dei conti intestati esclusivamente ai terzi o delle singole operazioni rilevanti.

5. Le collaterali vicende relative a separazione e divorzio

Resta da esaminare un ulteriore tema che si presenta come collaterale in quanto involge un settore tradizionalmente calato all'interno del diritto civile e processuale civile, ma sul quale il diritto tributario ha un impatto significativo⁵³: si tratta della rilevanza delle risultanze fiscali del contribuente in caso di processi civili di separazione e/o divorzio ed ha un risvolto specifico proprio con riguardo alla «ostensione dei documenti fiscali del contribuente», aspetto strettamente connesso al diritto di accesso già approfondito nei termini generali. È, difatti, abbastanza noto che in questi casi, per quantificare l'assegno dovuto dal genitore per il mantenimento dei figli economicamente non autosufficienti si deve tenere conto del principio di proporzionalità ed effettuare una valutazione comparata dei redditi di entrambi i genitori, tenendo conto delle esigenze attuali del figlio ma anche del tenore di vita della famiglia durante la convivenza dei coniugi⁵⁴ e prendendo in considerazione tutte le risorse a disposizione, quali la disponibilità di un consistente patrimonio, anche mobiliare, e la conduzione di uno stile di vita particolarmente agiato e lussuoso. A tal fine, assumono rilevanza anche i redditi occultati al Fisco, che possono essere accertati mediante l'esercizio dei poteri di indagine dell'Amministrazione finanziaria e anche della polizia tributaria con riguardo all'incompletezza o all'inattendibilità delle predette risultanze fiscali dei coniugi interessati.

Nondimeno, le forti limitazioni che hanno interessato il diritto di accesso endoprocedimentale in ambito tributario⁵⁵, peraltro fortemente condizionate in positivo esclusivamente dagli interventi di apertura della giurisprudenza amministrativa⁵⁶. hanno

fiscale, in base ad indizi, il cui onere di allegazione è a carico dell'Ufficio, non desumibili dal solo vincolo familiare esistente tra il titolare del conto ed il contribuente accertato, essendo necessari ulteriori elementi idonei a dimostrare, in via logico-presuntiva, la riferibilità a quest'ultimo delle movimentazioni bancarie registrate sul conto del familiare, privo di una situazione reddituale con esse compatibile. Più specificamente, i Supremi giudici hanno rigettato il motivo di doglianza, ritenendo corretta sul punto la sentenza impugnata, che non aveva dato rilievo ai conti correnti intestati alla coniuge del contribuente, poiché essa svolgeva una autonoma e separata attività libero professionale, idonea a giustificare tutte le movimentazioni contabili registrate sul suo conto.

⁵³ Come rilevato da L. IEVA, *L'accesso agli atti ex lege 241/1990 tra rapporti fiscali e rapporti post-matrimoniali*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2022, p. 1822 ss., si tratta di un «tema poco indagato in teoria quanto molto sperimentato nella pratica giudiziaria».

⁵⁴ Cfr.: Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2022, n. 22616; 26 gennaio 2024, n. 2536, e 19 giugno 2024, n. 16950.

⁵⁵ Ci si riferisce al condizionamento determinato dall'art. 24, 1° comma, lett. b), della legge n. 241 del 1990, vale a dire la legge generale sul procedimento amministrativo, che è rubricata “Esclusione dal diritto di accesso” e che prevede, con specifico riguardo ai procedimenti tributari, che “per essi restano ferme le particolari norme che li regolano” producendo come effetto una sorta di preclusione che, tuttavia, per una parte condivisibile della dottrina (cfr.: P. PIANTAVIGNA, *Osservazioni sul procedimento tributario dopo la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2007, p. 44 ss. e M. BASILAVECCHIA, *Impossibile l'accesso agli atti tributari*, in *Corriere tributario*, 2008, p. 3093 ss.) era semplicemente volta a mantenere aperta la possibilità di delineare modalità peculiari all'esercizio dell'accesso al procedimento tributario all'interno di disposizioni tributarie stesse.

⁵⁶ Si deve, difatti, dare atto al Consiglio di Stato (inizialmente con la sentenza sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 5144,

limitato la possibilità di avere contezza di tali profili. Basti rilevare che è stato proprio il Consiglio di Stato⁵⁷ a intervenire significativamente rilevando che è essenziale consentire l'esame e l'estrazione di copia dei documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, acquisiti e conservati nell'anagrafe tributaria⁵⁸, relativi a giudizi di separazione e divorzio. Tale possibilità, peraltro, non costituisce un *vulnus*, di alcun tipo alla segretezza che è considerata connaturata alle indagini tributarie in quanto si tratta di analizzare e documenti chiaramente connessi a rapporti giuridici orizzontali tra privati che hanno comportato il coinvolgimento del contribuente unitamente ad altri soggetti le cui vicende sono inequivocabilmente e considerevolmente influenzate dagli esiti relativi. Sempre secondo i giudici di palazzo Spada, si tratta, in definitiva, di documenti amministrativi che, sebbene non formati dall' Amministrazione finanziaria sono preordinati all'esercizio, delle funzioni istituzionali che alla stessa sono attribuite.

Bisogna sottolineare che in questo ambito un importante passo avanti è stato fatto grazie alla c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 149 del 2022) che ha disposto che, qualora debbano essere formulate domande di contributo economico oppure in presenza di figli minori di età, sarà indispensabile allegare le dichiarazioni reddituali dell'ultimo triennio; la documentazione comprovante la titolarità di diritti reali su beni immobili e beni mobili registrati ovvero di quote sociali; gli estratti conto dei rapporti bancari e finanziari concernenti gli ultimi tre anni. Ciò ha reso più efficace e più rapida l'istruzione probatoria, riducendo i tempi processuali. In più è previsto (comma 2 art. 473 bis cpc) che il giudice può ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria. È abbastanza comprensibile, tuttavia, che le stesse modalità che ad oggi non consentono di contrastare facilmente l'elusione e l'evasione fiscale giocano in modo negativo quando uno dei due coniugi ha una rete di consulenti e avvocati tributaristi che sono in grado di presentare un quadro meno florido della condizione effettiva e l'altro contribuente, parte debole, spesso rappresentato da donne, per ragioni meramente economiche, ha certamente grandi difficoltà a contrastare il tutto.

6. Conclusioni

A questo punto appare opportuno formulare le osservazioni conclusive necessarie a

per il cui commento si rinvia a: M. BASILAVECCHIA – M. DI SIENA – R. LUPI, *I principi generali del diritto amministrativo “salvano” l'accesso agli atti tributari*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2009, p. 42 ss.) di avere fornito una lettura costituzionalmente orientata della disposizione che appare escludere dalla possibilità di accesso i procedimenti tributari quantomeno successivamente alla chiusura del procedimento e successiva adozione del provvedimento definitivo di accertamento in quanto in quella fase vengono a mancare esigenze di segretezza: cfr. R. LUPI, *Accesso agli atti: dai T.a.r. semaforo verde con alcune chiusure*, ivi, 2010, p. 23 ss.

⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 25 settembre 2020 nn. 19, 20 e 21. La sentenza n. 19 è stata commentata da C. TOMMASI, *I documenti dell'anagrafe tributaria tra diritto di accesso difensivo e poteri processuali civilistici*, in *Studium iuris*, 2021, 833 ss. e da L. COSTANZO, *L'accesso all'anagrafe tributaria: istruzioni per l'uso tra principi generali e strategie processuali*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 2021, p. 119 ss.

⁵⁸ È noto che l'anagrafe tributaria è la banca dati in cui sono contenuti tutti i dati fiscali dei contribuenti, quali le dichiarazioni, gli atti, i certificati immobiliari, i versamenti, gli esiti delle procedure accertative. In tempi più recenti, grazie alla digitalizzazione, le informazioni che si trovano nell'anagrafe tributaria sono innumerevoli. A ciò si deve aggiungere che, sulla base delle regole relative allo scambio di informazioni fra Stati, pervengono numerosi dati anche dalle anagrafi tributarie di altri Paesi.

contestualizzare collegandoli i vari profili evidenziati. Rispetto a tutti gli ambiti esaminati, emerge una comune esigenza che è una più attenta tutela dei contribuenti interessati, ma anche dei soggetti terzi coinvolti. A tal riguardo, anche un osservatore inesperto rileva che il compito di chi si trova a dover contestare l'operato dell'Amministrazione finanziaria è estremamente complesso in quanto le opportunità di raccolta di elementi di prova da parte di quest'ultima sono comprensibilmente più ampie⁵⁹. La considerazione attiene proprio alla dimensione dei diritti di difesa, in quanto rispetto all'accesso, i limiti evidenziati ad oggi permangono e non v'è chiarezza rispetto alle specifiche modalità procedurali. Quanto all'esercizio di un diritto al contraddittorio endoprocedimentale, mentre relativamente all'accertamento sintetico e al redditometro le dinamiche relative hanno ottenuto uno specifico riconoscimento, nel secondo caso addirittura normativo⁶⁰ già da tempo, nel comparto delle indagini bancarie, a tutt'oggi, non è presente una disposizione che imponga il confronto tra Amministrazione finanziaria e contribuente nella fase endoprocedimentale, ma c'è soltanto una prassi che lo suggerisce in via facoltativa. Sul tema, peraltro, anche la giurisprudenza di legittimità non sembra avere fatto passi avanti⁶¹. Questa impostazione diventa ancor più limitante in caso di coinvolgimento di terzi correlati al contribuente, sulla base delle possibilità che sono state delineate nel paragrafo di dettaglio.

Non v'è dubbio che un ruolo significativo può avere in questi frangenti l'abbastanza recente possibilità per l'ambito processualtributario di articolare la prova per testi⁶² ma ciò, appunto, interessa una fase successiva al procedimento, con evidenti lungaggini e ulteriori complessità che potrebbero essere evitate con modalità di difesa endoprocedimentale più ampie e articolate.

Ci sembra, infine, opportuno osservare che una più mirata e costruttiva visione della tutela degli interessati da queste attività accertative debba essere fondata anche sugli esiti di vicende abbastanza recenti come quella che ha interessato il più generale ambito delle modalità di attuazione delle verifiche fiscali nel nostro Paese da parte della Corte EDU⁶³. Quest'ultima, difatti, ha affermato che alcune disposizioni in tema di accertamento attribuiscono all'Amministrazione finanziaria italiana un margine di discrezionalità illimitato, sia nelle condizioni di attuazione delle misure sia nell'estensione del loro ambito applicativo non prevedendo criteri oggettivi e verificabili e non garantendo un idoneo equilibrio tra i poteri

⁵⁹ Cfr. G. ZIZZO, *Il regime delle prove ed il giusto processo*, in *Rassegna tributaria*, 2013, p. 475 ss. e G.M. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, p. 659 ss.

⁶⁰ Con riguardo al redditometro, la novella effettuata dal D.L. n. 78 del 2010 che ha modificato l'art. 38 del D.P.R. n. 600 del 1973, ha previsto nel comma 7 lo specifico obbligo di invitare il contribuente a comparire di persona o per mezzo di rappresentanti per fornire dati e notizie rilevanti ai fini dell'accertamento sollecitando, peraltro, gli Uffici a considerare gli elementi acquisiti, nel confronto con quest'ultimo, prima di avviare il procedimento di accertamento con adesione.

⁶¹ Si veda, difatti, Cass. civ., sez. trib., 11 giugno 2025, n.15615 nella quale si legge che l'applicazione del contraddittorio, nonostante l'introduzione nello Statuto dei diritti del contribuente dell'art. 6 bis, rubricato proprio "principio del contraddittorio, ad opera del D.Lgs. n. 219 del 30 dicembre 2023, è limitata, secondo il tenore testuale della disposizione, ai soli accertamenti conseguenziali ad accessi, ispezioni e verifiche presso i luoghi di riferimento del contribuente, con esclusione pertanto delle verifiche "a tavolino, tranne che nelle specifiche ipotesi previste dalla legge, con modalità ed effetti diversamente declinati", tra le quali non rientra quella delle indagini bancarie.

⁶² Come è noto, la legge 31 agosto 2022, n.130 ha riformulato l'art.7, comma 4, del D.Lgs .n. 546 del 1992, prevedendo che il giudice "può ammettere la prova testimoniale, assunta con le forme di cui all'art. 257 bis del codice di procedura civile".

⁶³ Ci si riferisce alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, del 6 febbraio 2025, *Italgomme Pneumatici S.r.l. e altri c. Italia* che ha riguardato più nello specifico le regole relative alla possibilità di accedere ai locali in cui si svolge l'attività del contribuente.

dell'Amministrazione e la tutela del contribuente, in assenza di un controllo preventivo effettivo da parte di un organo giurisdizionale. Il coinvolgimento di terzi, nella tematica in esame appartenenti al nucleo familiare, sembra, come si è cercato di dimostrare, ancor più dirompente e, conseguentemente, ancor più degno di cautele.

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA E DEL DIRITTO DEL LAVORO NEI CAMBIAMENTI SOCIALI DEL NOSTRO PAESE

GANDOLFO MAURIZIO BALLISTRERI*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del diritto del lavoro e l'influenza sui diritti. – 2. La famiglia nel diritto del lavoro.
– 2.1. L'Impresa familiare. – 2.2. L'evoluzione delle norme lavoristiche per la famiglia. – 3. Il diritto di famiglia e le implicazioni sul lavoro. – 3.1. La crisi familiare e le sue ripercussioni sul lavoro. – 4. La parità di genere tra diritto di famiglia e diritto del lavoro. – 4.1. La conciliazione lavoro-famiglia. – 5. Il welfare aziendale. – 6. Conclusioni.

Il rapporto tra diritto di famiglia e diritto del lavoro è un tema che merita una riflessione approfondita, poiché i due ambiti giuridici, pur trattando questioni diverse, sono strettamente interconnessi e influenzano reciprocamente la vita delle persone.

1. *L'evoluzione del diritto del lavoro e l'influenza sui diritti*

L'evoluzione del diritto del lavoro, tra la fine degli anni '60 e il decennio successivo del secolo trascorso, ha influito sullo sviluppo in senso progressista di tutte le altre branche del diritto e, segnatamente, del diritto di famiglia.

Il contesto storico è quello che inizia nel '68, l'anno della contestazione studentesca¹. A Berkeley come a Parigi, a Berlino e a Roma, quei fermenti dei figli del "baby boom", cresciuti sull'onda del movimento "beat" e della musica rock, che nascevano dalla miscela di benessere e di esplosione dei consumi, si indirizzano in un movimento di contestazione, mentre a livello internazionale l'influenza delle due superpotenze della guerra fredda, è in declino, con gli Stati Uniti impantanati in Vietnam e l'Unione Sovietica contestata sul piano ideologico dalla Cina di Mao.

Nasce un movimento che avrà come collante una miscellanea ideologica, intrisa dalle varie "eresie" del marxismo: dal luxemburghismo al trotzkismo, dalla "Rivoluzione culturale" cinese alle tesi sull'autonomia operaia, con una forte contestazione antiautoritaria alle gerarchie sociali del tempo, che troveranno nell'operaismo nel femminismo, con sullo sfondo le teorie della Scuola di Francoforte per la liberazione dell'individuo nella società capitalistica, lo sbocco per la concreta azione rivendicativa².

Il cosiddetto "autunno caldo" del 1969 sancisce quella che viene definita la "riscossa operaia", che parte dai rinnovi contrattuali dell'industria di quell'anno, con importanti conquiste salariali e normative, nonché all'abolizione dei differenziali retributivi tra le differenti aree territoriali del Paese: le gabbie salariali³. Sarà una stagione importante per i

* Professore associato di diritto del lavoro, Università di Messina.

¹ A. ASOR ROSA E ALTRI, *La rivolta studentesca in Italia, Stati Uniti, Germania Federale*, Milano, 1988.

² M. BALLISTRERI, *Sindacato e riformismo*, Messina, 1991, p. 48 e ss.

³ G. GIUGNI, *L'autunno caldo sindacale*, Bologna, 1977.

diritti dei lavoratori, con l'approvazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori, che sancisce la costituzionalizzazione dei luoghi di lavoro e la promozione dell'azione sindacale⁴, favorendo anche il processo unitario tra le tre confederazioni storiche⁵, che si sviluppa fondamentale con la nascita della Federazione Lavoratori Metalmeccanici⁶ e l'affermazione attraverso il conflitto sociale, di un forte potere operaio nelle fabbriche⁷: «La conseguenza è che nel 1969 il sindacato riesce ad incanalare in sé la forza del movimento: una forza immensa e che in pochi anni lo trasforma nella maggiore potenza politica della società italiana. A partire dal 1970, il sindacato diventa infatti una forza politica, ancorché non partitica e non parlamentare, che condiziona tutte le scelte politiche del paese»⁸.

L'iniziativa di classe del movimento operaio si traduce anche in esiti di allargamento sociale, conciliandosi con la causa dei diritti sociali nel Novecento⁹, in cui lo Stato democratico si afferma anche quale portato delle lotte dei lavoratori per una rappresentanza politica sulla base della cittadinanza¹⁰, sviluppata essenzialmente dalla costruzione del Welfare State¹¹.

In quella fase storica si può parlare del diritto come struttura del conflitto, l'unità dello Stato e il suo ordinamento giuridico non costituiscono più forme e involucri nei confronti di una realtà sociale in rapido mutamento, dove gli interessi collettivi e i gruppi sociali entrano in un rapporto dialettico, con l'unico limite costituito dalle norme giuridiche, divenute solo regole per la proceduralizzazione dello scontro¹².

In questo contesto storico, il sindacalismo italiano crea le condizioni per una cittadinanza “industriale”, prerequisito fondamentale non solo per la cittadinanza “sociale”, ma anche per la partecipazione istituzionale al potere del movimento operaio¹³.

Lo sviluppo delle tutele in materia di lavoro, in quanto strumento di tutela dei diritti dei lavoratori, avrà un impatto diretto sulla rottura delle tradizionali gerarchie sociali e sulla diffusione dei diritti civili, contribuendo a quell'humus culturale che consentirà l'approvazione del nuovo diritto di famiglia e al superamento della concezione patriarcale nella società italiana.

2. La famiglia nel diritto del lavoro

Costituirebbe un tentativo titanico quello di addentrarsi nelle diverse concezioni filosofiche, morali e, infine, giuridiche di famiglia. Le stesse discussioni generate dall'art. 29

⁴ Tra la sterminata letteratura scientifica, si cita M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, Napoli, 2020.

⁵ G. BENVENUTO, *Le tappe di sviluppo del processo unitario fra i metallurgici*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 1971.

⁶ U. ROMAGNOLI, T. TREU, *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)*, Bologna, 1977.

⁷ S. TURONE, *Storia del sindacato in Italia*, III edizione, Roma-Bari, 1988.

⁸ F. ALBERONI, *Movimenti sociali e società italiana*, in A. ACCORNERO, F. ALBERONI, A. BAGNASCO, C. CARBONI, R. CATANZARO, P. CERI, L. GALLINO, A. MELUCCI, M. PACI, G. PASQUINO, A. PIZZORNO, P. SYLOS LABINI, L. TOMASETTA (a cura di), *Classi e movimenti in Italia 1970-1985*, Roma-Bari, 1986, pp. 129-130.

⁹ T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, London, 1992.

¹⁰ G. THERBORN, *The Rule of Capital and the Rise of Democracy*, in *New Left Review*, 1977, n. 103.

¹¹ G. ESPING ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, 1990.

¹² Così V. TOMEI, *Il diritto come struttura del conflitto*, Milano, 1981, p. 84.

¹³ W. KORPI, *Social policy and distributional conflict in the capitalist democracies*, in *West European Politics*, 1980.

Cost., col suo ben noto ossimoro¹⁴: «società naturale fondata sul matrimonio», si sono, in certa misura, evaporate nella considerazione che, attorno alla dicotomia classica “famiglia nucleare/famiglia estesa”, diverse possono essere le nozioni di famiglia, a seconda delle finalità perseguitate dal legislatore.

In relazione alle esigenze e degli interessi presi in considerazione dalla legge nelle singole norme, l’ambito delle relazioni familiari che assumono rilevanza si allarga o si restringe, dando luogo ad una molteplicità di figure e di significati.

2.1. L’Impresa familiare

Diritto del lavoro e diritto di famiglia, invero, negli ultimi anni, hanno interloquito ben oltre il tema della disciplina del lavoro familiare, che ha ruotato per decenni intorno all’art. 230 bis c.c., introdotto nel 1975 dalla legge di Riforma del diritto di famiglia proprio allo scopo di apprestare una tutela minima e inderogabile alle attività lavorative che si svolgono negli aggregati familiari, arginando, così, i consolidati indirizzi giurisprudenziali tendenti a considerare gratuite le prestazioni, perché rese *affectionis vel benevolentiae causa*¹⁵.

Si è affermata così, nell’ambito del lavoro del familiare la gratuità solo per il lavoro domestico o per le prestazioni saltuarie, declarando, in tutti gli altri casi, la normale onerosità del lavoro, soprattutto se apprestato nell’impresa o nell’ambito di altre attività economiche o professionali, con un accertamento preferibilmente senza un eccessivo irrigidimento degli oneri probatori, sia del vincolo della subordinazione, ma anche quando la collaborazione fosse prestata in condizioni di autonomia, salvo, in quest’ultimo caso, la prova dell’effettiva rinunzia al compenso o comunque della gratuità dell’opera (tenuto conto di alcune circostanze, quali, ad esempio, la natura della prestazione, la non obbligatorietà o la saltuarietà della collaborazione, lo stretto grado di parentela, la convivenza).

La previsione dell’art. 230bis c.c. quindi, ha consentito di andare oltre la tutela derivata anche dal diritto civile, con richiamo all’azione generale di arricchimento prevista dall’art. 2041 c.c. La prestazione di lavoro nella famiglia, e specificamente quella del convivente, quando non supportata da adeguato titolo legale o negoziale, poteva essere senz’altro considerata un’attribuzione patrimoniale priva di una «giustificazione giuridicamente valida» dalla quale aveva origine il diritto all’indennizzo, almeno nei limiti dell’arricchimento. L’applicazione della norma in questione, tuttavia, poteva incontrare degli ostacoli non solo nella sussistenza di un titolo negoziale o di una causa liberale, ma pure nell’esistenza di un dovere morale o sociale, ai sensi dell’art. 2034 c.c., in adempimento del quale siano state svolte le prestazioni. Ciò comportava una non facile valutazione circa la «proporzionalità e adeguatezza» delle prestazioni dei conviventi in relazione ai doveri di solidarietà e reciproca assistenza che, avuto riguardo alle condizioni sociali e patrimoniali della famiglia, caratterizzano il rapporto di convivenza: quando le prestazioni esorbitino tale limite, non sarebbe più richiamabile l’adempimento di un dovere morale o sociale, dovendosi

¹⁴ R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lavoro e Diritto*, 2001, pp. 9 ss. In generale, sulle discussioni originate dall’art. 29 Cost., P. BARCELLONA, voce *Famiglia*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 779 ss.

¹⁵ Al riguardo, le fondamentali riflessioni di G. GHEZZI, *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960, p. 57 ss. Per la ricostruzione dell’evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di lavoro familiare L. MENGHINI, *Il lavoro familiare nella giurisprudenza: questioni chiuse ed ancora aperte*, in *Lavoro e giurisprudenza*, 2015, p. 221 ss.

configurare «una mera operazione economico-patrimoniale, comportante un ingiustificato arricchimento del convivente *more uxorio* con pregiudizio dell'altro».

2.2. L'evoluzione delle norme lavoristiche per la famiglia

È corretto affermare che negli ultimi anni si è verificata l'evoluzione delle norme lavoristiche per la famiglia¹⁶. Così, ai fini dei congedi parentali viene in considerazione solo la famiglia nucleare (cfr. art. 32, d. lgs. n. 151/2001); mentre, ai fini dei congedi per gravi motivi (cfr. art. 2, comma 1, d.m. n. 278/2000, in attuazione dell'art. 4, comma 2, della l. n. 53/2000), vengono in considerazione anche i discendenti, i genitori e gli ascendenti, i generi, le nuore, i suoceri, i fratelli e le sorelle, anche non conviventi, oltre alla famiglia anagrafica, dunque anche la famiglia di fatto; il diritto di precedenza nella trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale sorge in caso di patologie oncologiche che riguardano, non solo «il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice», ma anche il convivente del lavoratore, sebbene, in questo ultimo caso, la malattia dell'assistito debba essere più grave (cfr. art. 12 bis del d. lgs. n. 61/2000679); il lavoratore ha diritto a tre giorni di permesso retribuito all'anno in caso di decesso o documentata infermità del «coniuge, anche legalmente separato, o di un parente entro il secondo grado, anche non convivente, o di un soggetto componente la famiglia anagrafica» (art. 1, comma 1, d.m. n. 278/2000, in attuazione dell'art. 4 della l. n. 53/2000); il diritto a tre giorni di permesso per assistere un familiare con handicap grave sorge allorché esso riguardi i figli, il «coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancati» (art. 33, comma 3, l. n. 104/1992); per la corresponsione degli assegni per il nucleo familiare, esso è composto dalla famiglia nucleare, potendosi allargare solo nei casi di particolare difficoltà o di indigenza; ai fini dell'applicazione del regime della impresa familiare, ai sensi dell'art 230 bis del c.c., «si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo». Tuttavia, in base a una recente sentenza della Cassazione, la disciplina ivi contenuta può essere estesa anche alla famiglia di fatto consistente in una convivenza *more uxorio*¹⁷.

Tale evoluzione ha avuto un impatto diretto sul benessere delle famiglie. Le leggi che regolano la maternità, la paternità, il congedo parentale e la protezione contro il licenziamento durante la gravidanza o in caso di malattia sono esempi evidenti di come il diritto del lavoro contribuisca a garantire la stabilità familiare. Le norme che tutelano la sicurezza economica del lavoratore e della sua famiglia, attraverso il diritto a un salario equo e condizioni di lavoro sicure, sono anch'esse rilevanti in questa prospettiva.

Il congedo parentale, ad esempio, rappresenta un diritto fondamentale per i genitori lavoratori, in quanto consente loro di conciliare le esigenze professionali con quelle familiari. Inoltre, le normative in materia di orari di lavoro, flessibilità e telelavoro hanno il potenziale di migliorare l'equilibrio tra vita privata e lavoro, facilitando così il benessere familiare.

¹⁶ M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona".IT – 146/2012*; A. VISCOMI, *Lavoro in crisi e crisi della famiglia: trasformazioni organizzative, modelli culturali e valori giuridici*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, p. 785 ss.

¹⁷ Cass. 1º marzo 2006, n. 5632, in *Giustizia Civile*, 2007, I, p. 1728.

3. Il diritto di famiglia e le implicazioni sul lavoro

A sua volta il diritto di famiglia può influenzare il diritto del lavoro in vari modi. Le vicende familiari, come il divorzio, la separazione o la cura di un membro della famiglia malato, possono avere ripercussioni sul rapporto di lavoro. Ad esempio, la necessità di prendersi cura di un figlio malato o di un genitore anziano può richiedere l'adozione di misure di congedo straordinario, ferie o permessi.

Il diritto di famiglia, in particolare, ha un impatto significativo in situazioni di separazione o divorzio, in cui la questione del mantenimento economico per i figli o per il coniuge può coinvolgere anche l'area lavorativa. Il lavoratore che ha l'obbligo di versare alimenti o di sostenere un ex coniuge può trovarsi in difficoltà economiche che influenzano la sua capacità di mantenere un determinato livello di vita, generando tensioni nel rapporto di lavoro.

Inoltre, le leggi sul lavoro devono tener conto della necessità di proteggere i genitori single, che si trovano spesso a dover conciliare la gestione familiare con le necessità professionali, con politiche di supporto a questi lavoratori, come l'accesso a permessi per motivi familiari o l'adattamento degli orari di lavoro, sono fondamentali per evitare che le difficoltà familiari abbiano un impatto negativo sull'impiego.

3.1. La crisi familiare e le sue ripercussioni sul lavoro

Le crisi familiari, come il divorzio o la separazione, possono avere effetti profondi anche sul piano professionale. Il lavoratore che attraversa una situazione di conflitto familiare può sperimentare difficoltà psicologiche o emotive che incidono sulla sua capacità di svolgere il proprio lavoro. Il diritto del lavoro, pertanto, deve tener conto di queste situazioni e prevedere misure di sostegno psicologico o di adattamento delle condizioni di lavoro per agevolare il recupero del lavoratore.

Inoltre, il diritto di famiglia può entrare in gioco anche nel caso di problematiche relative all'affidamento dei figli, con la necessità di un equilibrio tra le esigenze professionali e il diritto di un genitore a prendersi cura dei propri figli. In questi casi, la giustizia del lavoro può dover intervenire per garantire che il lavoratore non subisca discriminazioni sul posto di lavoro a causa della sua condizione familiare.

4. La parità di genere tra diritto di famiglia e diritto del lavoro

Uno degli aspetti più rilevanti in questo contesto è la parità di genere, che gioca un ruolo cruciale sia nel diritto di famiglia che nel diritto del lavoro.

Tuttavia, si devono segnalare aporie e contraddizioni negli interventi legislativi su questo tema, in relazione alle previsioni costituzionali.

In particolare, non si può non cogliere una certa contraddizione tra le norme in materia di parità e il riconoscimento della specificità del lavoro femminile proprio in considerazione del ruolo della donna all'interno della famiglia, entrambi contenuti nel primo comma dell'art. 37. C'è un problema di rapporto tra i due diversi nuclei dell'art. 37, quello relativo alla parità dei diritti e quello in base al quale le condizioni di lavoro devono consentire alla donna

l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e garantire una adeguata protezione alla madre e al bambino.

Più in generale nella disciplina del lavoro femminile troviamo per lungo tempo margini di scostamento rispetto alle direttive costituzionali. Infatti, l'opera del legislatore prolunga in modo acritico le linee di disciplina protettiva tracciata da una tradizione legata alle diseguaglianze storiche del lavoro femminile. La legislazione sulla lavoratrice madre è naturalmente giustificata per tutelare l'integrità fisica della mamma e del bambino (si pensi alla l. n. 1204 del 1971, preceduta dalla l. n. 860 del 1950). Alcune di queste norme assumono come dato che la cura dei figli e le connesse attività familiari siano compiti prevalenti o esclusivi della donna. In questo modo si facilita il lavoro femminile esterno, ma subordinatamente alla intangibilità del lavoro familiare. Con questa impostazione il dilemma della donna, di scelta fra lavoro e famiglia, che la Costituzione voleva avviare a scioglimento, resta inevitabilmente irrisolto.

4.1. *La conciliazione lavoro-famiglia*

Le donne, che storicamente si sono occupate maggiormente delle responsabilità familiari, possono trovarsi in una posizione di svantaggio sul mercato del lavoro, con le politiche di conciliazione lavoro-famiglia, come i congedi di maternità e paternità, sempre più orientate a ridurre questo divario.

L'introduzione di congedi parentali condivisi, che permettono ai padri di assumersi una parte della responsabilità per la cura dei figli, ha il potenziale di promuovere una più equa distribuzione dei compiti familiari e di ridurre le diseguaglianze tra uomini e donne nel mondo del lavoro. Allo stesso modo, le misure contro la discriminazione sul lavoro in relazione alla maternità e la cura dei figli sono essenziali per tutelare i diritti dei lavoratori che devono conciliare le esigenze familiari con le richieste professionali.

In questa prospettiva, appare condivisibile l'osservazione secondo cui è necessario un diverso approccio, non solo legislativo ma anche (e soprattutto!) culturale al tema della conciliazione, eliminando una concezione vetusta secondo cui esso riguardi quasi esclusivamente le donne¹⁸.

Qualsiasi intervento legislativo di promozione della conciliazione lavoro-famiglia dovrebbe porsi perciò nell'ottica, più moderna, della promozione della condivisione dei ruoli familiari. Anche questa prospettiva non è nuova, in verità; sul punto si è pronunciata più volte la Corte di giustizia¹⁹ e la stessa Corte costituzionale, quando è intervenuta sulla estensione del congedo di maternità ai lavoratori padri, anche autonomi e libero-professionisti²⁰; un orientamento assunto anche dall'Unione europea.

5. *Il welfare aziendale*

¹⁸ C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, p. 804 ss.

¹⁹ Si veda, ad esempio, C. giust. 16 luglio 2015, Konstantinos Maistrellis c. Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomatou, causa C-222/14, punto 40, che sottolinea come la politica familiare debba essere collocata nel contesto «della promozione della partecipazione delle donne alla vita attiva» e che gli uomini dovrebbero essere incoraggiati ad assumere «uguali responsabilità familiari», ad esempio prendendo un congedo parentale.

²⁰ C. costituzionale 28 luglio 2010, n. 285.

Negli ultimi anni un contributo in campo lavoristico, in specie dall'autonomia collettiva, è venuto per migliorare le politiche di sostegno alla genitorialità.

Il riferimento – in particolare – è al welfare aziendale²¹, strumento di incremento al salario ma anche «complesso di strumenti giuridici e socio-economici adottati dal datore di lavoro in favore del lavoratore (e spesso della sua famiglia) per la promozione del suo benessere in quanto persona e non solo in quanto prestatore di lavoro subordinato»²².

6. Conclusioni

Il rapporto tra diritto di famiglia e diritto del lavoro è intrinsecamente legato al benessere della persona e alla tutela dei suoi diritti fondamentali, sia nel contesto familiare che professionale. Le politiche e le leggi in questi ambiti devono essere armonizzate per garantire che i lavoratori possano affrontare le sfide familiari senza subire pregiudizi nel mondo del lavoro e viceversa. La tutela della famiglia e la protezione dei diritti dei lavoratori devono andare di pari passo, favorendo una società più equa e equilibrata.

L'evoluzione del diritto di famiglia e del diritto del lavoro, insieme agli sviluppi sociali, continua a ridisegnare la visione della conciliazione tra vita privata e vita professionale, con l'obiettivo di migliorare la qualità della vita dei singoli individui e delle famiglie nel loro complesso, per allargare sempre più la sfera della cittadinanza.

²¹ F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico del welfare aziendale*, in RDSS, 2020, p. 103 ss.

²² V. FILÌ, *Sufficienza della retribuzione e sostegno alla famiglia: dall'assegno per il nucleo familiare al welfare aziendale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2024, p. 48 ss.

L'ACCESSO AI SERVIZI BANCARI E FINANZIARI QUALE STRUMENTO DI RIEQUILIBRIO NEI RAPPORTI TRA CONIUGI

ROBERTO CARATOZZOLO*

SOMMARIO: 1. Parità tra coniugi e accesso al mercato finanziario. – 2. L'utilizzo dei servizi bancari quale strumento per riequilibrare i rapporti tra coniugi. – 3. Servizi di pagamento digitali ed inclusione finanziaria e sociale. – 4. Educazione finanziaria e contrasto alla violenza economica. – 5. Note conclusive.

1. Parità tra coniugi e accesso al mercato finanziario

Nell'ambito degli obiettivi fissati dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, volti alla rimodulazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, all'eliminazione delle diseguaglianze tra gli stessi, al riconoscimento della loro parità giuridica ed economica, si pongono quelle previsioni che riconoscono alle donne la possibilità di gestire e di amministrare autonomamente il proprio patrimonio, le proprie risorse, i propri beni, momento principale per poter giungere ad un sostanziale riequilibrio delle posizioni familiari.

Poter accedere ad un conto corrente offerto da una banca o da altro intermediario finanziario e utilizzare tutti i servizi connessi a tale tipologia di contratto, che può essere considerato come il principale e più immediato strumento di ingresso attraverso il quale ogni cittadino instaura un primo contatto con il mondo bancario o finanziario, appaiono, oggi, attività scontate, naturali, quasi ovvie; in effetti, a ben vedere, così scontate non sono, poiché, al contrario, costituiscono il risultato di lunghe, profonde e faticose trasformazioni che hanno interessato aspetti sociali, economici e giuridici anche della nostra tradizione culturale. La riforma del 1975, di cui si sta discutendo in queste dense giornate di studio, nelle sue articolate previsioni è intervenuta anche su questo particolare aspetto, recependo le numerose e diverse istanze provenienti da più parti e provvedendo a modificare gli equilibri precedenti che caratterizzavano i rapporti tra i coniugi e gli assetti dei rispettivi diritti.

La previsione di presupposti volti a riconoscere l'autonomia finanziaria della donna, anche attraverso l'utilizzo di strumenti di gestione delle proprie risorse, ha costituito, infatti, una delle principali manifestazioni del profondo cambiamento prodotto dall'intervento riformatore, che ha aperto la strada ad un percorso che garantisse nuove libertà e attuasse i nuovi criteri attinenti alla parità tra coniugi. Una svolta, questa, di politica legislativa che ha avviato una trasformazione anche culturale e sociale in grado di scardinare l'idea strutturale, profondamente ancorata nella nostra realtà precedente, per cui nelle famiglie italiane la gestione economica fosse attribuita al marito "capo famiglia", mentre la moglie ne era totalmente esclusa.

In effetti la capacità di accedere ad un conto corrente senza il consenso del marito o del padre e, più in generale, quella di gestire in maniera libera, discrezionale ed autonoma le

* Professore associato di diritto dell'economia, Università di Messina.

proprie risorse economiche e finanziarie, anche attraverso l'utilizzo dei servizi e dei prodotti offerti dal sistema bancario, è un diritto che le donne italiane hanno acquisito, potremmo dire conquistato, appena cinquanta anni fa, proprio grazie alla disposizioni contenute nel provvedimento di riforma del diritto di famiglia; tra i tanti profili di cambiamento prodotti e gli ampi risvolti che hanno attraversato trasversalmente la nostra società, certamente anche quello in esame presenta un interesse di assoluta rilevanza, assumendo una funzione strategica per la realizzazione degli obiettivi che hanno informato l'azione di rinnovamento. Il tema in esame costituisce, allo stesso tempo, un traguardo determinante ed un punto di partenza per il concreto riconoscimento della posizione giuridica ed economica della donna/moglie, a seguito di un percorso abbastanza lungo e complesso, sia all'interno della famiglia sia al suo esterno, nel più ampio contesto dell'intera collettività.

Per secoli, infatti, le donne sono state completamente escluse dalle attività di gestione e di amministrazione economica sia della singola famiglia sia della comunità in cui vivevano, non avendo riconosciuta alcuna indipendenza finanziaria. Nonostante qualche rara eccezione, anche coloro che godevano in una posizione maggiormente agiata non potevano disporre delle proprie ricchezze, poiché di proprietà del padre o del marito, qualora le avessero offerte in occasione del matrimonio. Ogni eventuale risorsa, infatti, era soggetta a un vincolo strettissimo di dipendenza dalla figura dell'omo. Questa situazione veniva tradotta, giuridicamente, in una posizione di sostanziale incapacità, potendo agire esclusivamente in presenza di espressa autorizzazione maritale per compiere atti economicamente e giuridicamente rilevanti.

L'art. 134 del Codice Civile del 1865, contenuto nella SEZIONE I del Capo IX relativa ai "Diritti e doveri dei coniugi fra loro" prevedeva che "La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito". Quest'ultimo, inoltre, con atto pubblico poteva concedere alla moglie l'autorizzazione a compiere tutti o alcuni dei detti atti, salvo il suo diritto di revocarla. Qualora il marito avesse rifiutato la detta autorizzazione, l'art. 136 prevedeva necessariamente che questa venisse rilasciata, addirittura, dal tribunale civile, il quale non la poteva concedere se prima non avesse sentito il marito, salvi i casi di urgenza. Tale sistema veniva completato dalla previsione, di cui al successivo art. 157, che sanzionava con la nullità gli atti compiuti in difetto di autorizzazione; nullità che poteva essere opposta dal marito, dalla moglie e dai suoi eredi od aventi causa. Dunque, la mancanza di autorizzazione maritale comportava la nullità degli atti di gestione, determinando, di conseguenza, una situazione di assoluta incapacità della donna di compiere qualsiasi tipo di azione avente natura economica. Il marito, direttamente o per via mediata, disponeva, di fatto, di ogni potere decisorio, potendo rilasciare o meno l'autorizzazione a propria libera discrezionalità e secondo, evidentemente, proprie valutazioni.

La Legge n. 1176 del 17 luglio 1919 ha riconosciuto la capacità di agire della donna, abrogando i citati art. 134 e ss. del codice del 1865 ed annullando l'istituto dell'autorizzazione maritale per il compimento di atti di carattere giuridico ed economico.

Tuttavia, l'originaria formulazione del codice civile del 1942 continuava a mantenere diversi riferimenti ad una struttura gerarchica della famiglia, basata sull'attribuzione dell'autorità sulla moglie e sui figli alla figura del marito: emblematica, sul punto, appare la definizione di questi come capo famiglia (art. 143) al quale veniva riconosciuto il diritto di "gestire i beni comuni, ivi compresi i conti bancari" e veniva attribuita la potestà maritale nei confronti della moglie. Veniva, in effetti, fissata un'inevitabile ripartizione di ruoli tra i coniugi

che, nell'attribuire alla moglie una funzione sostanzialmente domestica, emarginava la donna oltre che dalla gestione patrimoniale della famiglia anche dalle relazioni economiche che la stessa poteva intrattenere con soggetti esterni.

La riforma del 1975, anche in richiamo dei principi costituzionali di uguaglianza morale e giuridica espressi dagli articoli 29 e 30 Cost., modifica profondamente questo assetto, informando i nuovi rapporti ad un criterio di egualanza sostanziale tra coniugi, personale e patrimoniale, ed equiparando i rispettivi diritti e doveri all'interno del nucleo familiare. Il principio paritario trova espresso riconoscimento nelle disposizioni del nuovo testo dell'art. 143 c.c. che si riferisce agli "stessi diritti" ed ai "medesimi doveri" reciproci di entrambi i coniugi. Le previsioni riguardo al diritto di gestire e amministrare autonomamente il proprio denaro e il proprio patrimonio, l'abolizione concreta dell'autorizzazione maritale per atti economici importanti, l'eliminazione del concetto di "capo famiglia" costituiscono espressioni immediate del profondo rinnovamento e, in una visione complessiva, fondono le basi per la realizzazione dell'emancipazione femminile. Si tratta di una vera e propria rivoluzione giuridica, oltre che concettuale, espressione di una prima ed immediata situazione di parità tra coniugi a seguito del riconoscimento del diritto di amministrare autonomamente le proprie risorse.

Analoghi importanti interventi venivano adottati sia nel nostro continente sia oltreoceano; in Francia, ad esempio, nel 1965 veniva consentito alle donne sposate di possedere denaro a proprio nome e di rivolgersi a uno sportello bancario senza essere accompagnata dal coniuge. Fino ad allora qualsiasi operazione finanziaria doveva svolgersi con l'intervento del marito. Negli Stati Uniti dal 1974 con l'entrata in vigore dell'*"Equal credit opportunity act"*, si è permesso alle donne di essere titolari di un proprio conto corrente e di una carta di credito, di contrarre mutui e finanziamenti senza la firma del marito. Può, pertanto, ritenersi come il rapporto tra donne e sistema finanziario sia formalmente molto giovane e, per questo, sconta diverse criticità dovute ad un complesso sistema di fattori culturali e sociali non immediatamente superabili.

2. L'utilizzo dei servizi bancari quale strumento per riequilibrare i rapporti tra coniugi

Tra gli atti che consentono di gestire in via autonoma il proprio patrimonio, si è fatto espresso riferimento al contratto di conto corrente, così come regolato dagli artt. 1823 e ss. c.c., in quanto tale tipologia negoziale rappresenta lo strumento principale per poter accedere ai servizi ed ai prodotti offerti dal sistema bancario e finanziario a tutti gli utenti. La conclusione di tale contratto, infatti, permette di utilizzare diversi servizi quali la custodia dei propri risparmi, mediante l'accreditto degli emolumenti, l'esecuzione di versamenti, di prelievi e di pagamenti, con gli strumenti come carte di debito, carte di credito, assegni, bonifici o addebiti diretti oppure, ancora, l'accesso a prodotti di finanziamento, di investimento, di assicurazione, di risparmio per pianificare la gestione finanziaria.

Per tali motivi può ritenersi che il contratto di conto corrente sia capace di garantire pari opportunità per gestire le proprie risorse, per controllare l'andamento delle entrate e delle uscite, sia personali sia familiari, per pianificare eventuali spese e, in ultima analisi, per prendere parte attiva nelle decisioni economiche, senza delegare altri soggetti a farlo: uno strumento, in altre parole, per supportare l'autodeterminazione del titolare.

Secondo le disposizioni del codice civile il conto corrente può essere “personale” nel qual caso consente di avere accesso alle proprie risorse in modo autonomo e indipendente; ogni coniuge ha pieno diritto di amministrare il proprio conto, i fondi ivi esistenti appartengono al medesimo a meno che non viga il regime di comunione legale; ovvero “intestato a più persone”, con facoltà per i titolari di compiere operazioni anche separatamente e disgiuntamente. Il conto cointestato, richiede di prendere sempre decisioni condivise: permette di far fronte alle spese comuni e di raggiungere obiettivi comuni ai cointestatari. Entrambi i coniugi hanno uguali diritti sulle somme depositate e, di norma, il saldo è diviso a metà, anche se alimentato da un solo coniuge.

Analogia valenza va riconosciuta ad un’altra tipologia di contratto, disciplinata dall’art. 126-noviesdecies Testo Unico Bancario - introdotto con il D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 37 in attuazione della direttiva 2014/92/UE sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull’accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base – denominato “Conto di base”: secondo la richiamata disposizione “Le banche, la società Poste italiane s.p.a. e gli altri prestatori di servizi di pagamento abilitati ad offrire servizi di pagamento, sono tenuti, limitatamente ai servizi di pagamento che essi offrono ai consumatori, a offrire un conto di pagamento denominato in euro con caratteristiche di base, “conto di base”. Tale conto offre la possibilità di utilizzare servizi essenziali, come l’accredito dello stipendio o della pensione, pagamenti e prelievi, a costi contenuti o senza spese per i redditi più bassi e consente al titolare di “eseguire le operazioni avvalendosi, senza maggiori costi, dei canali telematici disponibili presso il prestatore di servizi di pagamento per i conti analoghi”.

Le previsioni specialistiche prendono le mosse dagli orientamenti europei che hanno richiesto ad ogni Stato membro di garantire l’accesso ad un conto bancario di base, presupposto necessario per poter usufruire degli ulteriori servizi finanziari: si è analizzato come coloro che non dispongono di un conto di pagamento hanno un accesso limitato sia ai servizi finanziari tradizionali sia ai beni essenziali, con conseguente ulteriore indebolimento e vulnerabilità della loro già precaria posizione. Per tali motivi si è ritenuto necessario stabilire dei principi in grado di favorire l’accesso a conti di pagamento di base, primo ed irrinunciabile passo nel più complesso processo di inclusione finanziaria e di coesione sociale; tale contratto, a sua volta, dovrebbe garantire i servizi bancari essenziali quali il deposito, i pagamenti, le riscossioni, che devono essere ispirate al principio di ragionevolezza.

Tuttavia, un corretto utilizzo di tale strumento sarà garantito da un’idonea e adeguata conoscenza dei servizi finanziari, in grado di permettere all’utente di compiere una scelta contrattuale consapevole ed informata. In altri termini, per incrementare i livelli di emancipazione della donna, la sua autodeterminazione, una concreta autonomia finanziaria e, come detto ieri in apertura dal Prof. Calogero, consentire per certi versi “un pieno sviluppo e una completa realizzazione della propria personalità” sarà opportuno sviluppare progetti di educazione finanziaria per migliorare quelle competenze necessarie per gestire efficientemente le proprie risorse e ridurre le possibili ipotesi di vulnerabilità. Educazione finanziaria e consapevolezza dei servizi e degli strumenti offerti dal settore bancario rappresentano, quindi, strumenti di inclusione economica e sociale oltre che di libertà, capaci di favorire una crescente conoscenza delle scelte economiche e finanziarie di ogni utente. Essi, di contro e contemporaneamente, permettono di limitare, affrontare e gestire al meglio quelle diverse manifestazioni patologiche rientranti tra i fenomeni di esclusione sociale e finanziaria e di violenza economica.

La possibilità di accedere a questi servizi e quindi, in primo luogo, la capacità di concludere un contratto personalmente, adatto alle proprie esigenze, che consenta di operare in autonomia, comporta una sostanziale indipendenza economica. Tale autonomia rappresenta il primo momento che garantisce autodeterminazione e quindi libertà personale ed emancipazione; di contro, la dipendenza finanziaria dall'altro partner può comportare diversi svantaggi connessi a situazioni di marginalità o di subalternità che aggravano una posizione già, nei fatti, vulnerabile.

3. Servizi di pagamento digitali ed inclusione finanziaria e sociale

A questo punto si inserisce un altro elemento che può essere utilizzato per una gestione autonoma delle proprie risorse: quello della digitalizzazione delle azioni e, ancora più specificamente, dei servizi di pagamento, che costituiscono strumenti efficaci per semplificare il trasferimento di denaro telematicamente, indipendentemente dal rapporto sottostante che lega pagatore e beneficiario del pagamento. Essi, certamente, possono contribuire alla riduzione delle disuguaglianze e all'incremento dell'inclusione in quanto consentono a tutti coloro che non dispongono di particolari competenze tecniche ovvero di strumenti specifici di utilizzare facilmente, a costi contenuti, in tempi rapidi e, anche per quel che ci riguarda, in modo autonomo e individuale, i più basilari servizi finanziari. L'accesso e la fruizione di servizi digitali sono divenuti, gradatamente, fattori determinanti per incrementare la partecipazione attiva di ogni individuo ai processi economici, produttivi, di consumo di una determinata società e per favorire, di conseguenza, una sua maggiore integrazione che, prendendo le mosse dall'instaurazione di particolari relazioni e dall'acquisizione di regole e di convenzioni tipiche, interessa anche gli aspetti sociali, culturali, regolamentari vigenti in un determinato ambito spaziale e temporale. Se ciò è valido, in via generale, per tutti i soggetti appartenenti a qualsiasi comunità, specifica importanza viene assunta nei riguardi delle fasce più deboli della popolazione, fra le quali vanno ricomprese anche le donne, caratterizzate dalla presenza di possibili condizioni particolarmente svantaggiose e da elevata vulnerabilità che ne determinano una probabile esclusione dalla società.

La normativa vigente dettata sul punto, riveniente dalle regole europee contenute nelle Direttive PSD 1 e PSD 2, pone in capo al titolare/utente dello strumento di pagamento, dei vincoli di diligenza che si traducono in obblighi di comportamento volti a preservare lo strumento da usi illegittimi da parte di terzi soggetti e a custodire le credenziali personalizzate ad essi collegate. Per un verso, pertanto, si configura un obbligo di utilizzare lo strumento di pagamento in maniera conforme alle modalità ed ai termini previsti nel contratto con il quale si è rilasciato tale strumento e, per altro, un obbligo di adottare ogni ragionevole misura idonea a custodirlo e a proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate ad esso associate. Da tale impianto consegue che dati e informazioni personali, codici di accesso a conti correnti, utilizzo di servizi tramite device, pin, password, informazioni bancarie non devono mai essere ceduti, né a terzi sconosciuti né ad altri soggetti comunque estranei e diversi rispetto al contratto che lega cliente e intermediario, così come non devono essere ceduti gli stessi strumenti di pagamento - carte di debito, di credito, prepagate - per evitare che la propria identità venga utilizzata per operazioni bancarie o pagamenti on-line che, in effetti,

non sono voluti ma che, una volta effettuati, andranno poi contestati nei modi e nei termini previsti.

L'obbligo di uso corretto e di custodia adeguata può essere fatto valere anche nei confronti del coniuge: in caso di contestazioni insorte su determinate operazioni di pagamento, la giurisprudenza dell'Arbitro Bancario e Finanziario non ha riconosciuto rilevanza al rapporto personale esistente tra coniugi, potendosi configurare ipotesi di colpa del titolare dello strumento anche nei casi di utilizzo scorretto da parte del coniuge.

Le richiamate Direttive riprendono il tema dell'inclusione finanziaria e si propongono di individuare delle comuni strategie volte a semplificare e rendere economicamente vantaggioso l'accesso a tali servizi digitali soprattutto in favore dei soggetti più vulnerabili. A tal fine ci si è proposti, sulla scorta di quanto indicato dal Parlamento Europeo nella Risoluzione del 4 luglio 2012, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti l'accesso ai servizi bancari di base, di migliorare e sviluppare il mercato interno dei servizi bancari al dettaglio, aumentando la trasparenza e la comparabilità delle spese, eliminando le difficoltà connesse alla tenuta del conto di pagamento ed alla piena integrazione del mercato.

Possiamo ritenere, in tal modo, che la finanza possa sollecitare un percorso di emancipazione delle donne attraverso l'individuazione di precisi strumenti volti a favorire il loro coinvolgimento, consentendo l'utilizzo del sistema finanziario in modo facile, vantaggioso ed adeguato alle esigenze di cui sono portatrici. Emerge, così, l'importanza dell'attività svolta dagli intermediari finanziari, la cui tradizionale funzione di motore di sviluppo e di crescita del sistema economico, assume un particolare rilievo nell'ambito dei più ampi processi di integrazione economica e sociale e di valorizzazione delle risorse finanziarie. L'attività delle banche, infatti, ha un forte impatto sociale nel momento in cui, attraverso una corretta ed efficiente intermediazione nella circolazione della ricchezza, reimmette nel sistema economico, con l'erogazione di crediti in favore di imprese e famiglie che ne facciano richiesta, le risorse provenienti da altri soggetti, fornisce nuove e maggiori opportunità di progresso e di crescita per singoli individui, per società o per intere comunità e, di conseguenza, per la società stessa nel suo insieme. Questa funzione è particolarmente incisiva nei confronti delle donne, potendo favorire il percorso per il pieno riconoscimento della loro cittadinanza economica.

Il nostro ordinamento ha mostrato progressiva sensibilità verso tali tematiche, come dimostra l'adozione di una serie di misure e di soluzioni che, conformemente ai principi dettati in ambito europeo, intendono facilitare l'accesso al sistema bancario di quelle categorie di clientela particolarmente vulnerabili quali sono le donne.

4. Educazione finanziaria e contrasto alla violenza economica

Alla luce dei brevi richiami appena effettuati, si può ritenere che il quadro normativo attualmente vigente, comune e speciale, dettato in tema di servizi bancari presenta delle soluzioni che appaiono concretamente idonee a riequilibrare, come detto nel titolo di questo breve intervento, i rapporti economici tra i coniugi, garantendo ad entrambi una gestione autonoma delle proprie risorse, una programmazione finanziaria, una partecipazione attiva alle decisioni, personali e familiari.

Cosa diversa è, naturalmente, avere piena conoscenza e consapevolezza di tale quadro normativo e dell'opportunità di raggiungere, in concreto, un'autonomia finanziaria e gestoria.

Si inseriscono qui altre questioni di fondo di carattere sociale e culturale, di portata generale: il rapporto molto giovane delle donne con il denaro, e quindi una consapevolezza ancora non ben sviluppata circa l'importanza di essere in grado di utilizzare ogni strumento bancario e finanziario per poter prendere parte attiva alla propria dimensione di vita e realizzare pienamente la propria personalità.

Inoltre sembra potersi registrare una scarsa propensione delle donne alla conclusione di rapporti di natura finanziaria; diversi recenti studi hanno messo in evidenza come, attualmente, il numero delle donne che non sono titolari di un conto in banca è elevato, analogamente a quello relativo alle donne che sono finanziariamente dipendenti dal proprio partner o da altro familiare. Ciò determina un'insufficiente indipendenza economica che è uno tra i primi requisiti per una concreta parità tra i coniugi.

Su questo profilo le autorità di vigilanza interne sono impegnate in campagne sempre più frequenti ed articolate volte alla diffusione di una necessaria ed opportuna educazione finanziaria tra il pubblico quale presupposto irrinunciabile per utilizzare al meglio gli strumenti offerti dal nostro sistema bancario e limitare gli effetti negativi derivanti, al contrario, da un non corretto o mancato utilizzo degli stessi, onde prevenire ipotesi ancor più gravi e patologiche quali, ad esempio, quelle legate alla c.d. violenza economica. Questo fenomeno si manifesta tramite quei comportamenti che impediscono o limitano, con vari modalità e termini, l'accesso ai propri risparmi o alle risorse familiari, che ostacolano lo sviluppo o l'autonomia lavorativa o che comportano forme di controllo finanziario all'interno del contesto familiare. Si mettono in pratica, in tale sfera, comportamenti che impediscono o ostacolano l'indipendenza economica e le relative scelte, fino a controllare e a interferire sullo svolgimento della vita quotidiana. Anche le risorse finanziarie ed il modo di avervi accesso, utilizzarle o meno, possono essere strumenti di controllo se usati in modo improprio, ovvero limitando le scelte di una persona e quindi mantenendo lo squilibrio tra i due coniugi. Per contribuire a prevenire tale forma di violenza, imparando anche a riconoscerla, è importante avere adeguate conoscenze e competenze finanziarie. La formazione finanziaria è indispensabile per avere un rapporto sempre più consapevole rispetto al denaro e al suo valore e per pianificare ed effettuare le scelte più opportune anche di fronte a situazioni impreviste e complesse.

La violenza economica contro le donne è stata riconosciuta esplicitamente dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica adottata nel 2011, la c.d. Convenzione di Istanbul, entrata in vigore l'1 agosto 2014. La Convenzione è il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante volto a creare un quadro normativo completo a tutela delle donne contro qualsiasi forma di violenza. L'articolo 3, nel definire la "violenza nei confronti delle donne" come quella forma di violazione dei diritti umani e di discriminazione contro le donne che ricomprende "tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata", fa espresso riferimento anche al contesto economico, riservando apposito rilievo anche a queste modalità di comportamenti illeciti.

L'EIGE, l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere, definisce la violenza economica come "atti di controllo e monitoraggio del comportamento di una persona in termini di utilizzo e distribuzione di denaro, nonché la minaccia costante di negarle risorse economiche".

Secondo l'ONU la violenza economica consiste nel “rendere o tentare di rendere una persona finanziariamente dipendente mantenendo il controllo totale sulle risorse finanziarie, negando l'accesso al denaro e/o vietando di frequentare scuola o lavoro”. Nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW), adottata nel 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, la discriminazione contro le donne viene definita come “Ogni distinzione, esclusione o restrizione, sulla base del sesso, che ha l'effetto o lo scopo di compromettere o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, da parte delle donne, a prescindere dal loro stato civile, su una base di parità tra uomini e donne, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo, senza stereotipo di ruolo di genere”.

Il nostro sistema non prevede, ancora, tale figura che viene spesso individuata nel contesto di altre forme di violenza, fisica o psicologica.

Il mondo bancario presta molta attenzione a questo fenomeno, proprio per contribuire ad arginarlo, limitarlo o prevenirlo, anche attraverso iniziative di educazione finanziaria mirate. Attraverso queste campagne si intende sensibilizzare le donne verso tali tematiche, incrementare la loro inclusione finanziaria e, di conseguenza, quella sociale: sono molteplici gli aspetti della vita di una persona che hanno importanti risvolti finanziari valutabili in termini di autonomia e di indipendenza. Un semplice acquisto, attraverso internet o presso un negozio, l'effettuazione di un pagamento legato alla gestione familiare, l'accredito dello stipendio, la conservazione del risparmio, la protezione da eventi imprevisti, l'impiego per la realizzazione di progetti futuri, la richiesta di credito, rappresentano altrettanti esempi in cui un prodotto o un servizio bancario, oltre che necessario, può concorrere a rendere l'utente parte attiva della propria vita. L'inclusione finanziaria è un potente facilitatore e acceleratore del processo di integrazione sociale in quanto favorisce l'accesso ad una vera e propria cittadinanza economica. Divenire soggetto economico è una condizione indispensabile per un'integrazione di carattere anche sociale.

L'educazione finanziaria è sinonimo di pari opportunità, di crescita, di emancipazione e configura, per certi aspetti, una vera e propria missione sociale in grado di offrire al pubblico strumenti per comprendere, adeguatamente, le proprie capacità: può permettere di limitare e rimuovere ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, favorendo la valorizzazione delle differenze come elemento di arricchimento della società e delle singole realtà che la compongono e comportamenti inclusivi capaci di realizzare, in concreto, una reale parità tra uomo e donna.

5. Note conclusive

L'inclusione finanziaria costituisce una tra le condizioni necessarie affinché si possa favorire ed accelerare il processo di integrazione e di partecipazione attiva delle donne nel tessuto economico e sociale di una certa collettività e, prima ancora, all'interno dell'istituzione familiare. L'instaurazione di una relazione stabile e positiva con gli intermediari finanziari e l'utilizzo dei servizi da essi offerti rappresentano, infatti, dei momenti importanti che permettono ai soggetti maggiormente vulnerabili di sviluppare il proprio potenziale economico, migliorare le condizioni di vita personali ma anche professionali. L'inclusione finanziaria, dunque, contribuisce all'affrancamento della moglie dalla figura del partner, consentendo di svolgere autonomamente le attività necessarie per una corretta gestione

economica e, dunque, godere di spazi di libertà. Gli strumenti offerti dal mondo bancario appaiono consoni per tali obiettivi, potendo contare, fra l'altro, su specifici prodotti pensati e sviluppati proprio per coinvolgere maggiormente le donne nel sistema finanziario, sia come private che come imprenditrici, ed incrementare la loro partecipazione attiva nella società anche sotto questi determinanti profili. Certamente la strada per giungere ad una definitiva autonomia operativa dipende da una moltitudine di fattori di natura e carattere diversi, primi tra tutti culturali e sociali, ma l'impostazione della legislazione specialistica appare porsi nella direzione tracciata dai richiamati principi costituzionali e dalle regole dettate in tema di rapporti tra coniugi, concorrendo a raggiungere l'obiettivo principale di rendere assolutamente paritari i rapporti tra coniugi.

LA FISCALITÀ DEI PATTI DI FAMIGLIA AI FINI DELLE IMPOSTE INDIRETTE E LE ATTRIBUZIONI COMPENSATIVE

SANTA DE MARCO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina dei patti di famiglia nel diritto tributario con riferimento alle imposte indirette – 3. La fiscalità delle attribuzioni compensative ai legittimari non assegnatari. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Con la precisa finalità di semplificare il passaggio generazionale, il legislatore con la L n.55/2006, ha introdotto l’istituto del patto di famiglia, disciplinato dall’art. 768-bis c.c., ossia il contratto con il quale l’imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l’azienda o la titolarità di partecipazioni societarie ad uno o più discendenti¹.

Il legislatore - derogando ad un principio fondamentale dell’ordinamento di divieto dei patti successori - ha inteso tutelare il naturale passaggio generazionale, tentando di porre rimedio ai possibili conflitti tra gli eredi, preservando allo stesso tempo il valore economico dell’attività trasferita².

Il contratto, essendo un atto di liberalità, deve essere redatto come atto pubblico, ai sensi dell’articolo 768-ter c.c. e coinvolge innanzitutto il disponente, che cede l’azienda o le partecipazioni societarie, e il beneficiario (assegnatario), che le riceve. Naturalmente, oltre all’assegnatario, devono partecipare anche tutti gli altri soggetti che, in quel momento, sarebbero legittimari se si aprisse la successione, come disciplinato dall’articolo 768-*quater* c.c.

La stipula di questo accordo prevede, infatti, due effetti traslativi: il primo riguarda il trasferimento dell’azienda o delle partecipazioni ad uno o più discendenti individuati come beneficiari (legittimari assegnatari); il secondo è rappresentato dalla liquidazione (denaro o beni) erogata da parte dei legittimari assegnatari a favore dei legittimari non assegnatari³, in proporzione al valore della propria quota di legittima.

* Ricercatrice di diritto tributario, Università di Messina.

¹ A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, in Riv. Dir. civ., 2007, 3, 288.

² A tal riguardo, il legislatore con la finalità di delimitare le eventuali liti tra gli eredi, ha previsto delle norme specifiche, in particolare con l’art. 768-*quater*, c. 1, c.c., afferma che al patto di famiglia “devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell’imprenditore”. Con l’art. 768-*quater*, c. 2, c.c., invece, ha previsto che “gli assegnatari dell’azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 c.c. e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura”.

³ Sul punto la Corte di Cassazione con l’ordinanza del 21/11/2018 n. 32823, afferma che “al fine di agevolare il trapasso gestionale, la legge prevede la possibilità che gli oneri economici della acquisizione siano dilazionati

La finalità di questo istituto è, dunque, quello di anticipare gli effetti della successione, traferendo l'azienda o le partecipazioni sociali al beneficiario, individuato come particolarmente abile a proseguire l'attività, tutelando nel contempo i legittimari non assegnatari, cui spetta come detto precedentemente una liquidazione compensativa da parte del beneficiario. E' importante rilevare che le attribuzioni compensative ai legittimari non assegnatari, non rappresentano un atto di liberalità, bensì un obbligo imposto ai sensi dell'art. 768 quater, c.2, c.c., con cui il legittimario assegnatario dovrà liquidare, sia in denaro, sia in natura, un importo corrispondente al valore delle quote, come previsto dagli artt. 536 ss c.c., a meno che questi non vi rinunzino in tutto o in parte.

Ai fini fiscali, il patto di famiglia è assoggettato alla disciplina dell'imposta di donazione e successione, determinata in base alle aliquote e le franchigie previste dall'art. 56 del D.Lgs. n.346/1990.

L'aspetto che riteniamo particolarmente complesso e interessante, sul quale vogliamo incentrarci con il presente contributo, attiene proprio al trattamento fiscale dei patti di famiglia, prestando maggiore attenzione alle attribuzioni compensative erogate a favore dei legittimari non assegnatari, la cui applicazione delle aliquote sull'imposta di donazione non è pacifica. La mancanza di una disciplina specifica, nel corso del tempo ha dato luogo a contrapposti orientamenti giurisprudenziali ed interpretazioni ondiveghe da parte dell'Agenzia delle Entrate⁴.

Prendendo le mosse da questo nuovo contesto normativo, dall'esclusione dal regime agevolativo previsto solo per i legittimari assegnatari (ai sensi dell'art. 3, c. 4-ter, D. Lgs n. 346/1990)⁵, dall'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, nonché dai diversi documenti di prassi, tra cui la recente Risoluzione dell'Agenzia delle entrate del 14 febbraio 2025, n.12, si profilano interessanti spunti di riflessione sulla tematica *de qua*, che si affronterà nel prosieguo.

2. La disciplina dei patti di famiglia nel diritto tributario con riferimento alle imposte indirette

Preliminariamente evidenziamo che i patti di famiglia rientrano nell'alveo degli atti a titolo gratuito da cui consegue l'applicazione dell'imposta di donazione, sia per i trasferimenti dell'azienda o delle partecipazioni nei confronti dei beneficiari, sia per le compensazioni patrimoniali erogate a favore dei legittimari non assegnatari⁶. Chiaramente trattandosi di

mediante il pagamento dei legittimari non assegnatari in un momento successivo al patto di famiglia; e ciò in forza di un nuovo contratto dichiaratamente collegato al primo, ed al quale partecipino gli stessi soggetti di questo (art. 768 quater, 3 co.)”.

⁴ Si veda M. BASILAVECCHIA, *Il patto di famiglia: dove il diritto unisce, il Fisco (e la giurisprudenza) dividono*, in *Corr. trib.*, 2019, 267.

⁵ D. STEVANATO, *L'agervolazione delle trasmissioni d'impresa nel tributo successorio*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 4, 2007, 587 ; G. ZIZZO, *I trasferimenti di azienda e partecipazioni sociali per successione o donazione*, in *Corriere Tributario*, 11, 2007, 1351

⁶ La Circolare dell'Agenzia delle entrate n. 3/2008, chiarisce che “il patto di famiglia è riconducibile nell'ambito degli atti a titolo gratuito, in quanto: da una parte, è caratterizzato dall'intento - non prettamente donativo - di prevenire liti ereditarie e lo smembramento di aziende o partecipazioni societarie ovvero l'assegnazione di tali beni a soggetti inidonei ad assicurare la continuità gestionale degli stessi; ¾ dall'altra parte, non comporta il pagamento di un corrispettivo da parte dell'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali, ma solo l'onere in capo a quest'ultimo di liquidare gli altri partecipanti al contratto, in denaro o in natura”. In tal senso si esprime anche la Corte di Cassazione, tra tutte si vedano, sent. nn.32823/2018, 29506/2020.

trasferimenti *inter vivos* si esclude l'applicazione dell'imposta di successione che caratterizza i trasferimenti *mortis causa*.

Premesso ciò, occorre interrogarsi sull'applicazione dell'imposta di donazione al patto di famiglia valutando gli effetti che ne conseguono e le criticità che emergono. In via del tutto generale, questo istituto regolamentato dalla L. n.55/2006 che trae origine dalla raccomandazione della Commissione UE del 7 dicembre 1994 (94/1069/CEE) la quale, nell'incitare gli Stati membri ad esortare il passaggio generazionale delle piccole e medie imprese, si focalizza anche sul c.d. onere fiscale, ritenuto tra le principali cause ostative per i patti di famiglia, rilevando che "il pagamento delle imposte di successione o di donazione rischia di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario dell'impresa e quindi la sua sopravvivenza".

All'introduzione di questo interessante e innovativo istituto civilistico disciplinato dall'art. 768 bis c.c., non è seguita immediatamente una disciplina fiscale specifica, generando una lacuna normativa⁷. Un punto di svolta, in tema di adozione dei patti di famiglia, invece si è avuto con la Legge Finanziaria del 2007, (art. 1, comma 78, lett. a) , L. 27 dicembre 2006, n. 296), che al comma 4-ter, dell'articolo 3 del D. Lgs. 346/1990 (TUS), ha contemplato l'esenzione dall'imposta di successione e donazione dei trasferimenti di azienda, rami di azienda e/o partecipazioni sociali⁸ operate anche tramite i patti di famiglia, a vantaggio dei discendenti e del coniuge.

Affinché operi appieno la portata agevolativa della norma è necessario che ricorrono dei requisiti soggettivi e oggettivi: il primo richiede che il beneficiario sia un discendente in linea retta e il coniuge del disponente; il secondo, invece, prevede che il beneficiario dell'azienda o delle partecipazioni sociali - con un'espressa dichiarazione - si impegna a continuare l'attività d'impresa o a mantenere il controllo della società per almeno cinque anni dalla data del trasferimento. In assenza dei requisiti previsti decade la possibilità di poter usufruire delle agevolazioni fiscali trovando applicazione l'imposta di donazione in misura ordinaria, in relazione alle aliquote e le franchigie previste dall'art. 56 del D.lgs. 346/90.

Il legislatore con l'intento di delimitare ulteriormente il perimetro entro il quale opera l'agevolazione, per effetto del D. lgs. n. 139/2024, ha riformulato l'art. 3, c. comma 4-ter, D. Lgs n. 346/1990, precisando in modo dettagliato le distinte ipotesi in cui sia trasferita l'azienda o rami di essa, oppure le quote di partecipazioni.

In altri termini, con la disciplina previgente (valida fino al 31 dicembre 2024), l'agevolazione in esame era prevista solo per il trasferimento delle partecipazioni o società che svolgono attività d'impresa, pertanto, questo vincolo presupponeva che venissero escluse le società senza impresa (es. holding familiari, società immobiliari, società cooperative di mutua assicurazione, etc), limite peraltro avvalorato sia dall'Agenzia delle entrate (risposta n. 552/2021), sia dalla giurisprudenza di legittimità (Corte cass. sent. 6082/2023).

Il legislatore - con il D. Lgs. n.139/2024, nel comma 4-ter - nel tenere distinte le ipotesi dei trasferimenti di aziende o rami aziendali e di quote o azioni di società di capitali o quote

⁷ M.G. TRAPANESE, *Tassazione del patto di famiglia e tutela del passaggio generazionale*, in Tax News, 24 aprile 2024, 1; M. CLÒ, *La corte di cassazione torna a pronunciarsi sul trattamento fiscale, ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, applicabile ai patti di famiglia*, in Tax News, 21 dicembre 2022, 1.

⁸ V. MASTROIACOVO *Imposizione indiretta del passaggio generazionale dell'azienda tra regimi agevolati e criticità di sistema*, in V. FICARI – V. MASTROIACOVO., (a cura di), *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014, 668; P. PURI, *Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2008, 603; M. BASILAVECCCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Le implicazioni del patto di famiglia. Aspetti sistematici*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2006; M. BEGHIN, *Il patto di famiglia tra profili strutturali e aspetti problematici*, in *Corriere Tributario*, 45, 2006, 3543.

di diverse società, ha eliminato il vincolo dell'attività d'impresa per particolari tipi di trasferimenti, consentendo di usufruire dell'agevolazione in esame anche nell'ipotesi di passaggio generazionale delle società senza impresa, purchè vi sia la prosecuzione dell'attività d'impresa per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento o il mantenimento del controllo. In definitiva, il riformulato art. 3, comma 4-ter, chiarisce che per poter godere del regime agevolativo, il requisito dell'esercizio dell'attività d'impresa, ricorre nell'ipotesi di trasferimento di azienda o ramo di essa, invece, come detto precedentemente per le altre società (senza impresa) devono sussistere i requisiti del controllo e della prosecuzione dell'attività nei limiti previsti dalla norma in esame.

Stante il costante orientamento di prassi dell'A. E., queste agevolazioni trovano attuazione solo a favore del legittimario assegnatario; quindi, non si può avvalere il legittimario non assegnatario. In buona sostanza, al patto di famiglia si applica la disciplina fiscale delle donazioni, prevedendo l'esenzione prevista dall'art. 3, c. 4-ter, del D.lgs. 346/1990, solo ed esclusivamente per il trasferimento ai legittimati assegnatari, precludendo questa agevolazione ai legittimari non assegnatari.

Se da un lato, recentemente, il legislatore ha mostrato maggiore *ouverture* estendo questo regime agevolativo anche nell'ipotesi di società senza impresa; tuttavia, il problema principale rimane il fatto che questa agevolazione non si applica ai legittimari non assegnatari, creando quindi una disparità di trattamento.

Segnatamente, l'Agenzia delle Entrate con la Circolare n.3/E del 2008, nell'identificare il patto di famiglia come "atto a titolo gratuito non prettamente donativo", ha chiarito che l'esenzione riconducibile al c. 4-ter si riferisce solo al trasferimento d'azienda o di partecipazioni sociale, pertanto, le compensazioni in denaro o in natura dovevano essere assoggettate all'imposta di donazione in misura ordinaria.

Sul punto, in dottrina si sono formate contrapposte interpretazioni, la prima⁹ maggioritaria sostiene che in virtù della valutazione unitaria dell'operazione negoziale ed il "collegamento funzionale"¹⁰ tra le differenti attribuzioni effettuate, ne discende che la disciplina agevolativa debba applicarsi a tutte le attribuzioni del patto di famiglia, quindi, anche alle attribuzioni compensative in virtù dell'unitarietà dell'istituto ed in relazione al "riconoscimento della natura gratuita/liberale, coerente alla ratio del complessivo intervento normativo volto a incentivare la trasmissione familiare dell'impresa"¹¹

Concordando con quanto osservato in dottrina¹² <<sorge allora il dubbio che proprio un'interpretazione testuale (con risultato "dichiarativo", non "estensivo", né tantomeno "analogico" della disposizione imponga di "non assoggettare" al tributo non solo le attribuzioni agli assegnatari, ma anche le liquidazioni agli assegnatari virtuali, così che l'imponibile agevolato corrisponda al valore dell'azienda o delle partecipazioni trasferite>>.

La seconda¹³, invece, sostiene che le compensazioni liquidate a favore dei legittimari non assegnatari rappresentano una liberalità erogata dal disponente, per cui ai fini impositivi

⁹ A. FEDELE, *La Cassazione e il "patto di famiglia"*, in Riv. Tel. Dir. Trib., 22 gennaio 2019, ID, *La Cassazione aggiusta il tiro sul regime fiscale del patto di famiglia*, in Riv. Tel. Dir. Trib., 31 dicembre 2020, V. FICARI, *La Fiscalità della trasmissione familiare della ricchezza e dei patti di famiglia*, in Riv. Tri. Dir. Trib., 2, 2021, 322; G. GAFFURI, *Imposta sulle successioni e donazioni*, Padova, 2006, 500.

¹⁰ A. TURCHI, *Diritto tributario di famiglia*, Torino, 2022, 301.

¹¹ V. FICARI, op. ult. cit., 322.

¹² Così A. FEDELE, *La Cassazione aggiusta il tiro sul regime fiscale del patto di famiglia*, cit., 2.

¹³ M. BASILAVECCHIA, A. PISCHETOLA, Studio CNN, n.47- 2007/T, *Tassazione dei patti di famiglia e dei trasferimenti di cui all'art. 1, comma 78, legge 27/12/2006 n. 296* (c.d. Finanziaria 2007), evidenziano che "si ha ragione di pensare che con la detta espressione si possano intendere tutte le fattispecie negoziali derivativo-costitutive

è importante prendere in considerazione il rapporto di parentela tra il disponente e i legittimari non assegnatari.

In tal caso, dunque, le liquidazioni compensative erogate a favore dei legittimari non assegnatari saranno assoggettate all'applicazione delle franchigie previste ai fini dell'imposta di donazione.

Sulla questione è intervenuta la Corte di Cassazione che, con diverse pronunce tra cui la sent. n. 29506 del 24 dicembre 2020, ha precisato l'esclusione dell'esenzione di cui all'art. 3, c. 4-ter, D. Lgs. n.346/1990, in relazione all' "inestensibile indicazione legislativa", ha affermato che le liquidazioni compensative si considerano escluse dall'esenzione, visto che "la norma, come qualsiasi previsione agevolativa non può che essere di stretta interpretazione, in quanto derogatoria rispetto al regime impositivo ordinario", pertanto, l'agevolazione può applicarsi solo per il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali¹⁴.

E' logico intuire come questo trattamento diversificato renda poco incentivante il passaggio generazionale, determinando una "frattura sul piano sistematico"¹⁵, poiché in realtà il regime di *favor* si individua nel trasferimento al beneficiario dell'azienda o delle partecipazioni sociali e non, invece, nella fase successiva delle liquidazioni compensative.

In tale contesto, in virtù del principio di uguaglianza, siamo in presenza di una disparità di trattamento che non sembra sia suffragata da una valida giustificazione riconducibile a interessi meritevoli di tutela e costituzionalmente protetti¹⁶, peraltro, non ci sembra che sia coerente con la *ratio* della norma volta ad incentivare il passaggio generazionale, preservando la sopravvivenza dell'azienda.

Anche se la Corte Costituzionale si è già pronunciata sulla legittimità dell'articolo 3, comma comma 4-ter, del D. Lgs. n. 346/1990, con la sentenza n. 120/2020¹⁷, confermando che la norma è legittima, risulta difficile giustificare l'esenzione solo a favore dei beneficiari. I legittimari non assegnatari, pur avendo un collegamento stretto con l'assegnazione dell'azienda e una chiara connessione funzionale¹⁸con essa, sono comunque soggetti a imposizione.

(contrassegnate dalla connotazione della 'liberalità') all'uopo idonee ad assicurare (almeno laddove abbiano ad oggetto compendi aziendali) la traslazione della gestione del bene produttivo: e pertanto - oltre le cessioni nella loro configurazione paradigmatica anche - le costituzioni di usufrutto, le sub-cessioni di usufrutto da parte dell'usufruttuario (laddove non vietate dal titolo), le cessioni effettuate sia pure con riserva di disporre di cose determinate (ai sensi dell'art. 790 c.c.) o con condizione di riversibilità (ai sensi dell'art. 791 c.c.)".

¹⁴ Per maggiori approfondimenti sulla sentenza in esame, si veda, tra gli altri. T. TASSANI, *La Cassazione (ri)definisce il regime fiscale del patto di famiglia*, in *Fiscalità Patrimoniale*, 24 gennaio 2021.

¹⁵ Così A. TURCHI, ult. op. cit., p. 302.

¹⁶ F. GALLO, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli, 2012, 1 ss.

¹⁷ Per maggiori approfondimenti si vedano, tra tutti, G. CORASANITI, *I profili tributari del passaggio generazionale delle imprese tra condizioni di obiettiva incertezza interpretativa e (probabili) interventi di riforma*, in *Dir. Prat. Trib.*, 91, 5, 2020; D. STEVANATO, *Successioni d'impresa e agevolazioni fiscali tra discrezionalità del legislatore e principio di uguaglianza*, in *Riv. dir. trib.*, 2021, 5; M. TRIVELLIN, *L'originaria esclusione del coniuge dall'agevolazione fiscale sui trasferimenti di imprese. Un'occasione per riflettere sull'approccio metodologico alla soluzione di un problema di costituzionalità*, in *Riv. dir. trib.*, 2021, 145; S. CANNIZZARO, *Il passaggio generazionale dell'impresa ai fini dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni nel pensiero della Corte costituzionale tra ratio del prelievo, razionalità dell'esenzione e spinte innovative sul ruolo del giudice*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 1, 2021, 133.

¹⁸ Cfr. A. MARINELLO, *Patto di famiglia e imposta di successione: luci ed ombre nella giurisprudenza*, in *Taxnews*, 7 febbraio 2022, il quale attentamente osserva che «anche volendo valorizzare il mero dato testuale dell'art. 3, co. 4-ter), invero, questo orientamento non appare del tutto convincente. La disposizione stabilisce infatti un trattamento preferenziale per i "trasferimenti" di aziende e di partecipazioni, il cui valore non può che risultare composto anche dalle liquidazioni che l'assegnatario è tenuto *ex lege* ad effettuare nei confronti dei legittimari pretermessi.

Sicuramente è da sottolineare che l'interesse fiscale, così come sembra, non può certamente derogare ai principi di proporzionalità e ragionevolezza; pertanto, ci si auspica che il legislatore, con ulteriori provvedimenti, possa prevedere delle misure volte a rispettare l'equo contemperamento degli interessi, nel rispetto dei principi di proporzionalità e della congruenza del mezzo al fine preposto.

3. La fiscalità delle attribuzioni compensative ai legittimari non assegnatari

Acclarato che non è possibile applicare l'agevolazione a favore dei legittimari non assegnatari occorre esaminare il trattamento fiscale delle “attribuzioni compensative”, ai fini dell’imposta sulle donazioni, vale a dire le liquidazioni erogate dal legittimario assegnatario nei confronti dei legittimari non assegnatari, cioè coloro i quali non hanno ricevuto l’azienda o le partecipazioni sociali, ma sono liquidati dal beneficiario.

Il caso tipico del patto di famiglia con attribuzione compensativa ad esempio è quello riguardante il genitore con più figli, che designa solo un figlio come legittimario assegnatario perché ritenuto più idoneo a svolgere l’attività d’impresa, ma agli altri figli, legittimari non assegnatari, spetta da parte del fratello legittimario assegnatario una liquidazione compensativa a causa della mancata assegnazione.

In particolare, il legislatore non ha previsto una disciplina specifica per il trattamento fiscale delle attribuzioni compensative, infatti, l’applicazione delle aliquote inerenti l’imposta di donazione ha dato luogo a differenti orientamenti interpretativi tra la giurisprudenza e l’Agenzia delle entrate.

Procedendo rapidamente a ricostruire con ordine le differenti posizioni, evidenziamo che secondo la più risalente prassi dell’Agenzia delle entrate¹⁹, l’esenzione in oggetto «si applica esclusivamente con riferimento al trasferimento effettuato tramite il patto di famiglia, e non riguarda anche le attribuzioni di somme di denaro o di beni eventualmente posti in essere dall’assegnatario dell’azienda o delle partecipazioni sociali in favore degli altri partecipanti al contatto, per cui rientrano nell’ambito applicativo dell’imposta delle successioni e donazioni», con applicazione del regime ordinario, per cui vanno interpretate come attribuzioni tra soggetti collaterali (vale a dire tra fratelli) assoggettate ad aliquota del 6%, con una franchigia pari a 100.000 euro per ogni soggetto

In buona sostanza, secondo l’orientamento di prassi era applicata l’aliquota più onerosa poiché, l’agevolazione di cui all’art. 3, comma 4-ter, del D. Lgs. n. 346/1990, era consentita solo nei confronti del legittimario assegnatario.

La Corte di Cassazione, invece, nel corso del tempo si è espressa con due orientamenti contrapposti, il primo (ordinanza n. 32823/2018), che affermava che per le attribuzioni compensative l’imposta di donazione deve essere determinata in relazione al rapporto che sussiste tra il legittimario assegnatario e non assegnatario. Successivamente, la Suprema

E se tali attribuzioni rappresentano una parte del valore dell’azienda o delle partecipazioni trasferite, l’agevolazione dovrebbe ragionevolmente riferirsi alla vicenda “oggettiva” del trasferimento, considerata nel suo complesso».

¹⁹ Tra tutte si vedano le circolari 22 gennaio 2008, n. 3/E, (paragrafo 8.3.2) e 29 maggio 2013, n. 18/E, (paragrafo 5.3.2).

Corte²⁰, superando il precedente orientamento, invece, rileva che le attribuzioni compensative – nonostante siano erogate dal legittimario assegnatario devono essere annoverate come donazioni che promanano dal disponente, poiché ai fini fiscali occorre considerarla come una liberalità del disponente nei confronti dei legittimari non assegnatari.

La Corte di Cassazione²¹ ha in definitiva affermato che “in materia di disciplina fiscale del patto di famiglia, alla liquidazione operata dal beneficiario del trasferimento dell’azienda o delle partecipazioni societarie in favore del legittimario non assegnatario, ai sensi dell’art. 768 quater c.c., è applicabile il disposto del D. Lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, intendendosi tale liquidazione, ai soli fini impositivi, donazione del disponente in favore del legittimario non assegnatario”. In tal caso, infatti alle attribuzioni compensative sarà applicata l’imposta di donazione con aliquota del 4% sul valore economico dell’azienda o delle partecipazioni trasferite tenendo conto che ogni discendente beneficiario usufruisce della franchigia di 1 milione di euro, determinata in relazione al rapporto di parentela o di coniugio che sussiste tra il disponente e il legittimario non assegnatario del patto di famiglia.

E’ evidente che le diverse posizioni interpretative tra dell’Amministrazione Finanziaria e la giurisprudenza di legittimità, nel corso del tempo hanno dato luogo ad un contenzioso notevole. A dipanare queste divergenze interpretative è intervenuta recentemente l’Agenzia delle entrate, con la Risoluzione del 14 febbraio 2025, n. 12, che rivede la precedente posizione adeguandosi all’orientamento maggioritario della dottrina e della Corte di Cassazione, considerando tutte le attribuzioni compensative – oggetto del patto di famiglia – come se fossero effettuate direttamente dal disponente, per cui è irrilevante che siano poste in essere dal legittimato assegnatario.

In definitiva, l’imposta di donazione si applica in relazione al vincolo familiare tra disponente e legittimario non assegnatario a nulla rilevando il rapporto tra assegnatario e legittimario.

Riteniamo, pertanto, che la circolare in esame abbia fornito un’interpretazione volta a garantire maggiore coerenza sistematica della disciplina fiscale dei patti di famiglia, poiché allineandosi alla posizione maggioritaria della dottrina e all’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, individua la liquidazione come - un onere ai sensi dell’art. 58, comma 1, del Testo Unico sulle Successioni e Donazioni (D. Lgs. 346/1990) - collegato alla donazione dell’azienda, pertanto, riconducibile a una liberalità indiretta del disponente a favore dei legittimari non assegnatari, per cui, ai fini impositivi “contiene più atti di liberalità dell’imprenditore, una a favore del beneficiario del trasferimento e le altre a favore degli altri legittimari non assegnatari”²².

In termini concreti, ciò si traduce in una misura più vantaggiosa per i contribuenti legittimari non assegnatari, i quali sulle attribuzioni compensative applicheranno un’aliquota del 4% con una franchigia di 1 milione di euro, accogliendo pacificamente che debba applicarsi quella più vantaggiosa.

²⁰ Tra le tante, si vedano, Corte di Cassazione sentenza n.29506/2020, ordinanze nn. 19561/2022, .6077/2023, 19627/2024. Nella giurisprudenza di merito più recente, tra tutte, si veda la CGT di primo grado di Bergamo, sentenza n. 252/2024, di Bari sentenza n. 2626/2024, di Verona sentenza n. 267/2024.

²¹ Così, Corte Cassazione, ordinanza 19627/2024, n. 19627

²² Corte di Cassazione, sentenza n. 29506/2020.

4. Brevi considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni precedentemente svolte riteniamo che attualmente la disciplina fiscale dei patti di famiglia non abbia contributo ad incentivare i risultati sperati sull'adozione dell'istituto, a causa delle notevoli incertezze interpretative e applicative, non tralasciando in talune ipotesi anche delle contraddizioni sostanziali.

Volgendo la nostra attenzione all'imposta di donazione, certamente il superamento delle divergenze interpretative ad opera della Risoluzione in esame, sull'individuazione delle aliquote e delle franchigie da applicare alle attribuzioni compensative, ha avuto un ruolo determinante ai fini applicativi, mitigando l'imposizione, arginando il contenzioso potenziale e agevolando solo in parte l'applicazione del passaggio generazionale, quindi della successione dell'impresa, che coinvolge tutti i soggetti del patto di famiglia.

Ciononostante, l'Agenzia delle entrate ribadisce ancora una volta l'orientamento già espresso con le precedenti circolari n. 3/E del 2008 e 18/E del 2013, confermando che l'esenzione in oggetto, si applica al ricorrere dei requisiti previsti dalla normativa in vigore, solo a favore dei beneficiari dell'azienda o delle partecipazioni societarie e non alle attribuzioni compensative.

Ebbene, ci si sarebbe aspettati che il legislatore delegato con il D. Lgs. n.139/2024 - nell'ambito della recente riforma operata sui casi di esenzione del passaggio generazionale delle società senza impresa - avesse esteso e di conseguenza consentito l'agevolazione fiscale anche alle attribuzioni compensative a favore dei legittimari non assegnatari.

Segnatamente, come osservato precedentemente rileviamo che limitando l'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, D.Lgs. n. 346/1990, solo ai beneficiari dell'azienda o delle partecipazioni societarie, rappresenta un'evidente disparità di trattamento e incoerenza sistematica, in considerazione della valutazione unitaria²³ della dichiarazione negoziale ed in relazione al collegamento funzionale tra le diverse attribuzioni. Ci sembra, infatti, che non sia coerente con l'unitarietà della causa che individua il patto di famiglia come diversi atti di liberalità del disponente²⁴, destinati sia ai beneficiari, sia ai legittimari non assegnatari.

L'art. 768 bis c.c. e l'art. 3, comma 4-ter, D. Lgs. n.346/1990 - secondo quanto suggerito dalla raccomandazione della Commissione UE del 7 dicembre 1994 (94/1069/CEE)- avrebbero dovuto agire anche sul c.d. onere fiscale, incentivando il passaggio generazionale delle piccole e medie imprese, obiettivo che attualmente non sembra essere stato raggiunto per via della scarsa adozione dell'istituto.

Ovviamente è da sottolineare che l'interesse fiscale non può certamente derogare ai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Alla luce dei contributi offerti dalla dottrina²⁵ e

²³ Si veda, M. BASILAVECCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari, le implicazioni del Patto di f., aspetti sistematici*, *ibidem* ,p. 197, il quale attentamente evidenzia che, se si dovesse considerare un'imposizione frammentaria riconducibile a tutte le fasi che caratterizzano i patti di famiglia, non va sotaciuto che " il legislatore avrebbe introdotto un istituto di riconosciuta utilità economica e sociale, ma strutturato in una forma complessa che, se sottoposta a tassazione con riguardo alla separata considerazione di ciascun elemento della fattispecie, avrebbe dato luogo a un regime fiscale nettamente più gravoso di quello che si realizza a seguito della successione ereditaria... con la conseguenza che di fatto non sarebbe conveniente farvi ricorso."

²⁴ Cfr. V. FICARI, op. ult. cit., p. 322.

²⁵ Sul principio di ragionevolezza nel diritto costituzionale si vedano, tra gli altri, L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in Enc. dir., I, Milano, 1997; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in Diritto e società, 1975, 565; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 367;

dalla giurisprudenza più significativa²⁶, si individua un denominatore comune al principio di uguaglianza e a quello di ragionevolezza²⁷, identificabile nel principio di proporzionalità²⁸.

Ci si auspica che il legislatore possa intervenire rivedendo le agevolazioni di cui all'art. 3, comma 4-ter, D. Lgs. n.346/90, rimodulando l'agevolazione e calibrandola ai fini applicativi secondo il principio della proporzionalità e della congruenza al fine extrafiscale preposto, mediante una disciplina unitaria.

Nonostante la Corte di Cassazione con la sentenza n.120/2020 si sia già espressa sulla legittimità costituzionale della disposizione in esame, non si è preclusa però di rilevare le perplessità in merito all'applicazione dell'agevolazione, che opera indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa, trascurando di valutare particolari congiunture economiche sfavorevoli o di indici dai quali si evince l'oggettiva difficoltà dei discendenti di corrispondere l'imposta, agevolando, invece i beneficiari dell'azienda anche nell'ipotesi in cui si tratti di una grande impresa quale ad esempio una multinazionale.

L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 63; T. MARTINES- G. SILVESTRI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2024, 551 ss. Nel diritto tributario, tra tutti, si vedano, M.V. SERRANÒ, *Il rispetto del principio di proporzionalità e le garanzie del contribuente*, in Riv. trim. dir. trib., 2014, 875, la quale chiarisce che “la genesi di tale principio è da attribuirsi al diritto tedesco che individuava tre requisiti (livelli o gradini) della proporzionalità: idoneità (Geeignetheit), necessarietà (Erforderlichkeit) e proporzionalità (Verhältnismäßigkeit). Idoneità del mezzo rispetto all'obiettivo perseguito, necessarietà che la misura adottata sia conforme, appunto, a controllo di proporzionalità e, pertanto, non esista un altro mezzo efficace nella medesima misura (insostituibilità del mezzo); proporzionalità in senso stretto da intendersi come una legittima proporzione fra la limitazione dei diritti dei cittadini e le finalità pubbliche perseguiti e, dunque, come contemperamento tra interesse pubblico e posizione dei privati”; A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, 2012, 235; D. COPPA, *I principi di proporzionalità e di offensività nell'interpretazione [poco] costituzionalmente orientata della Consulta*, in Rass. trib., 2023, 3, 614 ss.; G. MERCURI, *Il principio di proporzionalità nel diritto tributario*, Milano, 2024.

²⁶ Tra le tante, è particolarmente interessante la sentenza della Corte costituzionale n. 1130 del 1988, la quale nell'evidenziare il rapporto tra ragionevolezza e proporzionalità, così chiarisce: “il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti”. E tuttavia “l'impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra [...] anche nei giudizi di ragionevolezza”. Si veda anche Corte Costituzionale ordinanza n. 341 del 2000.

²⁷ Si veda J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle Leggi)*, in Dig. It. Disc. Pubbl., XII, Torino 1997, il quale in merito al principio di ragionevolezza, così si esprime “La Corte costituzionale parla oramai da tempo del ‘rispetto della ragionevolezza e degli altri principi costituzionali’ (sent. n. 81/1963), qualificandola ora come ‘principio costituzionale’, ora come ‘canone’ o ‘regola’. Anche gran parte della dottrina usa tali termini senza dare spiegazioni, mentre alcuni autori negano che si possa parlare di un principio costituzionale (autonomo), senza tuttavia fornire una definizione alternativa”.

²⁸ Così F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2011, 96, il quale proprio in relazione all'intima connessione tra l'art. 3 e il 1° comma dell'art. 53 Cost., attentamente osserva che «il sostanziale riassorbimento da noi operato nelle pagine precedenti, dell'art. 53, comma 1, nell'art. 3 Cost. – che permette di raggiungere tale risultato interpretativo non deve meravigliare. ... e si capisce che, se l'uguaglianza deve essere assunta ex art. 3, 2° comma, Cost., non solo come formale parità di trattamento, ma anche come regola fondamentale e autosufficiente di razionalità, coerenza e congruità – che prevale su ogni altra regola attinente ai criteri di riparto dei carichi pubblici – e se, quindi, deve essere intesa come effettiva, sostanziale uguaglianza di concorso alle pubbliche spese a parità di situazioni».

Condividendo i dubbi evidenziati dalla Corte di Cassazione, certamente sarebbe doveroso parametrare l'agevolazione in relazione alle dimensioni dell'azienda, tutelando le esigenze sociali ed il passaggio generazionale alla quale dovrebbe rispondere²⁹.

Ebbene, più che un auspicio ci sembra che l'intervento del legislatore sia necessario per esigenze di uguaglianza affinché in modo univoco e nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza possa regolamentare in modo “neutrale gli effetti tributari dei trasferimenti di aziende e partecipazioni effettuati in occasione e in ottemperanza dei patti di famiglia”³⁰.

Alla luce di ciò, per quanto concerne il rapporto che intercorre tra il principio di uguaglianza e proporzionalità, evidenziamo come spesso quest'ultimo si identifica come parametro fondamentale ai fini della verifica dello strumento utilizzato per l'effettivo raggiungimento del fine che, nel caso in esame non sembra che sia stato raggiunto.

²⁹ S. CANNIZZARO, *Il passaggio generazionale dell'impresa ai fini dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni nel pensiero della Corte costituzionale tra ratio del prelievo, razionalità dell'esenzione e spinte innovative sul ruolo del giudice*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 1, 2021, 144.

³⁰ Così V. FICARI, *op. ult.cit.*, 316.

MARIA VIITORIA SERRANÒ

IL NUCLEO FAMILIARE E LA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA: EVOLUZIONE STORICA E PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Evoluzione storica della tassazione della famiglia. – 3. Il regime fiscale attualmente in vigore. – 4. Sintesi delle principali novità introdotte dalla Legge di Bilancio 2025. – 5. Prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa

Il tema della tassazione del nucleo familiare¹ è particolarmente complesso in virtù degli aspetti – oltre che giuridici in senso lato (costituzionali, civilistici, giuslavoristici, internazionalistici, tributari) – anche valoriali, ideologici e antropologici inerenti problematiche di genere, questioni inerenti il patriarcato, le famiglie di fatto e molte altre di stringente attualità.

In un contesto di ormai strutturale crisi demografica e di crescente fragilità economica dei nuclei familiari, appare quantomai urgente porre al centro del dibattito i principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53 Cost.) e di tutela della famiglia (art. 31 Cost.) ed interrogarsi sull'impatto delle riforme di recente attuate e sulle prospettive future.

Prescindendo da tutti i numerosi profili che esulano dalla nostra sensibilità giuridica, precisiamo - in via preliminare - che tenteremo di occuparci delle modalità di trattamento tributario del nucleo familiare con uno sguardo “da presbite”², ovvero cercando di guardare oltre il presente più prossimo.

Da questo punto di vista non posso non osservare come – nel corso delle varie epoche storiche – ci sia stata di volta in volta la prevalenza dell'aspetto squisitamente impositivo, relativo cioè al nucleo familiare in quanto oggetto di attenzione tributaria ai fini della tassazione, sul profilo dell'esenzione, collegato al welfare in senso stretto.

Solo per chiarire meglio le due prospettive di analisi, precisiamo che la famiglia è stata – soprattutto in passato - fiscalmente oggetto di interesse ai fini impositivi (sia come soggetto autonomo che con riferimento al cd tenore di vita nel nucleo nella sua interezza e, cioè, attenzionando la disponibilità di beni e servizi ritenuti espressivi e sintomatici di capacità contributiva) e - con riferimento al Welfare - in quanto destinataria di agevolazioni e politiche di *favor*. Con riferimento a questo ultimo profilo, l'acquisizione dell'attestazione

* Professoressa ordinaria di diritto tributario, Università di Messina.

¹ Sull'argomento, per il momento, ci limitiamo a segnalare A. CONTRINO, *Sulla riforma della fiscalità della famiglia: una proposta strutturale e articolata, che va oltre il c.d. assegno unico, tra ineludibili moniti del giudice delle leggi ed ineliminabili effetti collaterali in punto di disincentivo al lavoro femminile*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 31 dicembre 2020; M. LOGOZZO, *Famiglie e imposizione fiscale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3, 2023, 629 ss.; T. YANG, *Tassazione della famiglia e riforma fiscale: alcune note in tema di egualanza e impostazioni sostitutive*, in *Riv. tel. dir. trib.*, febbraio 2022.

² La frase per esteso “La Costituzione deve essere presbite, deve vedere in lontananza, non deve essere miope” è di P. CALAMANDREI, pronunciata nella seduta dell'Assemblea Costituente del 1947.

dell'Indicatore della Situazione Economica Equivalente (ISEE) – che certifica il patrimonio e il reddito del nucleo familiare – consentiva (e, in taluni casi, consente) di avere accesso, appunto, ai diversi bonus, sconti ed esenzioni riconosciuti significativi nell'ambito delle politiche sociali quali, ad esempio, il bonus psicologico, per iscrizione ad asili nido o riduzioni delle tasse universitarie.

Prima di occuparci più nel dettaglio del primo dei due profili sopra delineati, di maggiore interesse ai fini tributari, è opportuno prendere le mosse dall'evoluzione storica della tassazione del nucleo familiare, tentando di dimostrare come l'evoluzione normativa civilistica sia fortemente connessa con quella tributaria.

2. *Evoluzione storica della tassazione della famiglia*

Orbene, venendo adesso ad inquadrare l'evoluzione della tassazione della famiglia – definita di recente da Papa Leone XIV nel suo primo discorso ufficiale una “società piccola, ma vera e anteriore ad ogni civile società” - in quanto soggetto passivo dell'imposizione, appaiono significativi tre momenti storici : il periodo preunitario, un secondo che va dall'Unità d'Italia fino alla Riforma Preti del 1971-1973 (essenzialmente coincidente con il XIX secolo) ed, infine, un terzo periodo dalla Riforma Preti fino ad oggi (XX secolo).

La questione relativa alla querelle fra tassazione personale, cioè dei singoli membri della famiglia, piuttosto che del nucleo complessivamente inteso, rimarrà per il momento sullo sfondo della nostra analisi non senza anticipare in questa sede che l'esistenza di realtà familiari, diverse da quella di famiglia in senso stretto, ha comportato l'effettuazione di scelte differenti in seno agli Stati membri dell'OCSE, in merito all'unità fiscale della famiglia³.

Ma, procedendo per gradi, nel periodo storico preunitario vigeva il cd. fuocatico⁴ che attribuiva all'Ente locale il potere di imporre tributi su ciascun focolare, ovvero su ciascun “fumante” se l'abitazione comprendeva più nuclei familiari. Erano soggette a tassazione, stando al disposto letterale della norma, “le famiglie tutte residenti nel comune in ragione delle loro rendite, prelevate le spese di produzione e sottratte le annualità passive, qualunque ne sia l'origine, il moto e il luogo donde provengono”. Oggetto del tributo era, pertanto, l'agiatezza del nucleo familiare essenzialmente con riferimento a due parametri: il valore locativo dell'immobile e la posizione sociale della famiglia. In realtà, la gestione del fuocatico fece sorgere numerose questioni di equità considerata l'applicazione difforme dell'imposta in tutto il territorio nazionale, in quanto essa si applicava per quote fisse a classi di contribuenti riconducibili al cluster determinato normativamente, per cui all'interno della stessa classe si tassava in maniera uguale famiglie non aventi il medesimo livello di agiatezza.

La base imponibile veniva determinata sovente in base a dati sommari estrapolati dai registri parrocchiali o catastali per cui vi era una notevole approssimazione nella quantificazione del tributo che, in maniera abbastanza iniqua e discutibile, colpiva ceti abbienti e poveri nella medesima misura. Il gettito del fuocatico era destinato essenzialmente

³ A tal proposito rinviamo a M. LOGOZZO, *op. cit.*, p. 633 il quale, nella sua analisi, ha illustrato come alcuni Stati abbiano optato per forme di cumulo dei redditi dei componenti della famiglia (Belgio, Francia, Lussemburgo, Svizzera), mentre Stati Uniti, Germania, Islanda, Irlanda, Norvegia, Polonia e Spagna abbiano consentito ai componenti della famiglia di optare per una tassazione su base personale.

⁴ Per una analisi dettagliata si veda www.giappichelli.it, *La tassazione dei redditi familiari nei sistemi antecedenti alle riforme degli anni '70*.

a finanziare spese militari, amministrative o per il mantenimento della Corte ed i soggetti passivi pagavano una quota fissa, indipendentemente dal reddito o dalla ricchezza posseduti.

Dopo l'Unità d'Italia (1861), il sistema fiscale fu centralizzato, il fuocatico venne abolito e vennero introdotte: l'imposta fondiaria (basata sul possesso di terreni e fabbricati); l'imposta di ricchezza mobile (che colpiva i redditi mobili cioè professioni, imprese etc) e l'imposta personale (su base reddituale o patrimoniale). Nel periodo che va dall'Unità d'Italia fino alla Riforma Preti del 1971/1973, la famiglia assunse, pertanto, un ruolo di autonomo di soggetto di imputazione dei redditi attraverso l'istituzione dell'Imposta di famiglia. In effetti, sebbene il codice civile del 1865 non attribuisse soggettività giuridica alla famiglia, si individuava in seno alla stessa una figura di riferimento – in base ad una rigida gerarchia di tipo patriarcale – cui imputare gli interessi del nucleo familiare. L'imposta di famiglia, dunque, colpiva il tenore di vita dell'intero nucleo familiare, realizzando una sorta di responsabilità solidale di tutti i suoi componenti.

Fu solo con l'approvazione del Testo Unico sulla Finanza Locale, varato nel 1931, e modificato nel 1942 e nel 1952, che si valorizzò una concezione della famiglia “come società familiare, cioè come una collettività di determinati individui legati da vincoli reciproci di diritto familiare; come cellula priva di ogni ordinamento civico con individualità propria, per cui si distingue rispetto ai terzi, sia rispetto ai singoli membri che la compongono”.

Il progressivo cambiamento dei costumi, l'embrionale emancipazione delle donne, la costituzionalizzazione dei principi di solidarietà e di uguaglianza fra coniugi, nonché l'approvazione della legge sul divorzio ed il nuovo diritto di famiglia, hanno decisamente modificato il contesto nel quale l'imposta di famiglia era stata applicata.

Con la legge delega n. 825/1971, il legislatore ha privilegiato un sistema di tassazione basato sul cumulo obbligatorio dei redditi dei coniugi: l'articolo 4, comma 1, del DPR n. 597/1973 stabilì che i redditi della moglie, non legalmente separata e dei figli minori conviventi, si andassero, appunto, a cumulare e a sommare ai redditi del marito. La famiglia, in tal modo, diventava espressiva di una capacità contributiva autonoma rispetto a quella dei singoli componenti. A seguito della ben nota sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 15 luglio 1976, alla quale abbiamo accennato in premessa, l'unità fiscale ed impositiva della famiglia in quanto nucleo rilevante dal punto di vista tributario, si è frantumata poichè la Consulta ha ritenuto che il criterio del cumulo dei redditi fosse in evidente frizione con violasse gli articoli 3 (uguaglianza sostanziale fra cittadini), 29 (parità fra coniugi) e 53 (capacità contributiva) della Costituzione e, in conclusione, non tenesse nel dovuto conto l'esigenza di garantire l'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi. Appariva decisamente anomalo il fatto che un soggetto (il marito) dovesse presentare una maggiore capacità contributiva per l'esistenza di redditi altrui di cui non avesse legalmente il possesso. La Consulta si è espressa nel senso che “gli artt. 131 e 139 del testo unico del 1958 siano costituzionalmente illegittimi limitatamente all'inciso "i redditi della moglie si cumulano con quelli del marito" (contenuto nel secondo comma dell'art. 131) e cioè nella parte in cui in detti articoli si stabilisce che i redditi della moglie, la quale non sia legalmente ed effettivamente separata dal marito, concorrono, insieme con quelli del marito, a formare un reddito complessivo su cui è applicata con aliquota progressiva l'imposta complementare”.

In definitiva la disparità di trattamento risultava oltremodo evidente considerato che i redditi della moglie erano imputati al marito, nonostante alla donna era riferibile la fonte produttiva e, pertanto, la donna coniugata (e non legalmente ed effettivamente separata) non rivestiva la qualifica di soggetto passivo del tributo, ponendo un evidente contrasto con

l'egualanza morale e giuridica dei coniugi. Ne conseguiva che solo il marito era tenuto all'obbligo di presentazione della dichiarazione dei redditi e, pertanto, diveniva unico potenziale destinatario delle sanzioni previste per i casi di omissione, incompletezza e infedeltà della dichiarazione e, di conseguenza, alla moglie era impedito di agire in giudizio, innanzi agli organi di giurisdizione tributaria, per la tutela dei propri diritti ed interessi, con evidente lesione dell'art. 24 Cost.

La sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 1976 aveva, in definitiva, dichiarato incostituzionale il cumulo dei redditi tra coniugi e ritenuto che il sistema della tassazione separata fosse più rispondente ai principi costituzionali. E' evidente come, sebbene la famiglia sia tutelata sul piano costituzionale ai sensi degli articoli 29 e 31 Cost., ad oggi venga "pressoché ignorata da nostro sistema tributario, non esistendo – quanto meno a partire dalla riforma del '73 – un regime fiscale riservato al "nucleo familiare", quale possibile "microcosmo tributario" cui è riferibile una capacità contributiva diversa e autonoma rispetto a quella dei singoli elementi che lo compongono"⁵.

A quasi 50 anni, non solo dalla Riforma del Diritto di Famiglia, ma altresì dalla storica sentenza della Corte costituzionale, il nucleo familiare non gode della necessaria attenzione ai fini impositivi se non attraverso una serie di disposizioni a macchia di leopardi, mal coordinate, riferite principalmente al sistema delle detrazioni e degli oneri deducibili senza tuttavia superare le difficoltà delle famiglie monoreddito, oggetto di attenzione specifica nella successiva sentenza della Consulta n. 385/1995⁶.

L'attuale configurazione del sistema della tassazione (XX secolo), prevede l' Irpef (tassazione personale sul reddito percepito dai singoli componenti del nucleo familiare) e numerose imposte locali (quali Imu, Tari/Tasi) riferite anche al numero dei componenti dello stesso.

3. Il regime fiscale della famiglia attualmente vigente

Orbene, è oltremodo chiaro, alla luce delle riflessioni precedenti, che il nucleo familiare si fonda, ai fini tributari, sulla individualità dell'imposizione e sulla soggettività dei singoli, considerato che fa capo ad essi sia l'obbligo dichiarativo che del conseguente versamento del tributo.

L'introduzione – con il D.Lgs. n. 230/2021 - dell'assegno unico universale per i figli a carico in vigore dal 1° marzo 2022, ha decisamente modificato il sistema delle detrazioni, unificando e sostituendo una pluralità di misure: dalle detrazioni agli assegni familiari, con la prevalenza della finalità assistenziale su quella fiscale.

Il sistema di tassazione in base al quoquente familiare ha preso corpo, solo a partire dal 2025. Rammentiamo che i due sistemi dello splitting (utilizzato negli Stati Uniti e in

⁵ A. CONTRINO, *Sulla riforma della fiscalità della famiglia: una proposta strutturale e articolata, che va oltre il c.d. assegno unico, tra ineludibili moniti del giudice delle leggi ed eliminabili effetti collaterali in punto di disincentivo al lavoro femminile*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 31 dicembre 2020.

⁶ Così si esprime, nella sopra citata sentenza, la Corte Cost.: "dai calcoli tributari si constata senza dubbio che l'attuale trattamento fiscale della famiglia penalizza i nuclei monoreddito e le famiglie numerose con componenti che non producono o svolgono lavoro casalingo. Queste famiglie infatti - che dovrebbero essere agevolate ai sensi dell'art. 31 della Costituzione - sono tenute a corrispondere un'imposta sui redditi delle persone fisiche notevolmente superiore rispetto ad altri nuclei familiari composti dallo stesso numero di componenti e con lo stesso reddito, ma percepito da più di uno dei suoi membri".

Germania) – che si basa sulla sommatoria dei redditi dei due coniugi e sull'applicazione dell'aliquota sulla metà in maniera uguale - e del quoquante familiare (francese) - basato invero sull'applicazione dell'aliquota su una parte di reddito individuata dividendo il reddito complessivo familiare per un quoquante che si determina assegnando a ciascun componente un coefficiente differenziato in funzione della composizione del nucleo familiare, della condizione personale di ciascun membro della famiglia (stato civile e condizione lavorativa) - sono stati oggetto di attenzione da parte del Governo italiano che ha tentato di introdurre, fin dagli Anni 90 (con la legge delega n. 428/1990) il quoquante familiare.

Tuttavia è solo nel decreto Aiuti-quater (D.L. 18 novembre 2022, n. 176) che il criterio del quoquante familiare ha trovato diritto di cittadinanza in materia di superbonus connesso alla ristrutturazione del patrimonio edilizio, sebbene non siano mancate aspre critiche da parte della dottrina⁷ legate soprattutto al fatto che tra i familiari non sono compresi i figli di età inferiore ai 21 anni, che il solo reddito significativo ai fini del quoquante sia il reddito complessivo Irpef, risultando escluso dal calcolo quello assoggettato a ritenute alla fonte a titolo d'imposta o soggetto a regimi sostitutivi, infine è stato criticamente evidenziato come le numerose siano penalizzate trovando l'applicazione del coefficiente 2 sia per le famiglie fino a tre figli che per quelle con un maggior numero di figli.

4. Sintesi delle principali novità introdotte dalla Legge di Bilancio 2025

In Italia il quoquante familiare è entrato ufficialmente in vigore il 1° gennaio 2025, come previsto dalla Legge di Bilancio 2025. Questo nuovo sistema fiscale sarà applicato a partire dalla dichiarazione dei redditi del 2026, relativa ai redditi percepiti nel 2025. Il quoquante familiare è un meccanismo fiscale che mira a rendere più equo il carico tributario, tenendo conto della composizione del nucleo familiare. In pratica, si sommano i redditi di tutti i componenti della famiglia e si dividono per un coefficiente che riflette il numero e le caratteristiche dei membri del nucleo. Il risultato determina il reddito medio su cui si applicano le aliquote IRPEF, rendendo il sistema più favorevole alle famiglie numerose.

La Legge di Bilancio che ha, in definitiva, introdotto per il 2025 il quoquante familiare, sistema di calcolo che deve sostituire il Modello ISEE, mira ad una distribuzione maggiormente equa del carico fiscale, in modo da ridurlo in favore delle famiglie più numerose e che possiedono minori disponibilità economiche. Infatti, più alto è il numero dei componenti della famiglia, minore sarà la tassazione complessiva a suo carico. La divisione tra l'ammontare del reddito complessivo familiare ed il valore del quoquante collegato al numero di persone che fanno parte della famiglia, determinerà il reddito medio del contribuente su cui applicare le aliquote fiscali. In questo modo, si accederà ad una riduzione dell'imposizione fiscale per le famiglie più numerose, favorendo una maggiore progressività della tassazione. Ricordiamo che le aliquote fiscali sono le stesse previste per l'anno 2024 e, segnatamente, pari al 23 per cento per i redditi entro i 28mila euro, 35 per cento per quelli compresi tra 28mila e 50mila euro e 43 per cento per quelli al di sopra i 50mila euro.

L'introduzione del quoquante familiare, ripetiamo in vigore il primo gennaio 2025 e valido per le dichiarazioni dei redditi 2026, ha sollevato alcune critiche in quanto favorirebbe le famiglie con i redditi medi o bassi con molti figli, sfavorirebbe invece i single e le coppie

⁷ M. LOGOZZO, *Famiglie e imposizione fiscale*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, n. 3/2023, p. 640

senza figli nel calcolo delle detrazioni fiscali, incentivando la natalità, ma non a sufficienza le coppie senza figli che avranno maggiori difficoltà a recuperare le spese sostenute durante l'anno.

Proseguendo nell'analisi delle prospettive della tassazione del nucleo familiare, ulteriore e certamente non secondaria anomalia concerne la limitazione delle detrazioni Irpef per familiari a carico distinguendo fra contribuenti residenti in Italia o in Paesi UE o in Stati che fanno parte dello spazio SEE e i cittadini extracomunitari. Tentando di spiegarci con maggiore chiarezza, la Legge di Bilancio 2025 ha previsto una limitazione delle detrazioni per familiari a carico per i contribuenti che non risiedono in Italia o in uno Stato membro UE, se i familiari non risiedono in Italia. In definitiva, i cittadini europei e che risiedono in Paesi dello Spazio Economico Europeo (SEE), quali Norvegia, Islanda e Liechtenstein, potranno continuare a beneficiare delle detrazioni al pari dei cittadini che possiedono la doppia cittadinanza italiana e straniera.

Se il familiare risiede in un Paese extra-UE/SEE (es. Africa, Asia, Sud America), le detrazioni IRPEF non sono riconosciute, a meno che:

- Il Paese sia nella white list (cioè collabori con l'Italia sul piano fiscale),
- Si possa dimostrare, con documentazione ufficiale e tradotta, che:
 - Il familiare ha redditi sotto la soglia di carico fiscale (2.840,51 euro/anno o 4.000 euro/anno se figlio under 24),
 - È effettivamente a carico,
 - E che la parentela è verificabile.

E' evidente come questa disposizione, che discrimina sulla base della cittadinanza, sollevi molti interrogativi soprattutto in merito al principio di non discriminazione di cui all'art. 24, paragrafo 1, del modello OCSE e rischi di generare molto contenzioso.

5. Prospettive de iure condendo

In conclusione, la scelta dello splitting piuttosto che del quoziente familiare risponde, o meglio avrebbe dovuto rispondere, solo ad esigenze di equità e di giustizia tributaria, che è alla base del principio di capacità contributiva. Le varie rimodulazioni delle detrazioni, l'introduzione dell'assegno unico universale, in realtà trascurano le esigenze profonde costituzionali di promozione della famiglia e la piena valorizzazione della capacità contributiva adeguandola ai cambiamenti sociali e demografici. Le recenti riforme di salvaguardia di un valore costituzionale che deve trovare tutela anche rispetto alla tassazione, aprono nuovi scenari, ma non esauriscono la questione della giustizia fiscale familiare. Sarebbe necessario un sistema organico di riforma dell'Irpef che tenga maggiormente conto della numerosità e della composizione della rete familiare e che attenzioni progressività, equità e sostenibilità evitando la confusa sovrapposizione di misure assistenziali e fiscali e, soprattutto, rimedi ad una evidente contraddizione in seno al Diritto tributario che considera la famiglia un soggetto unitario fiscalmente solo se interessato da controlli e attività istruttorie poste in essere dall'Amministrazione finanziaria.

Dall'analisi che abbiamo tentato di compiere è emerso un Fisco a due velocità che guarda alla famiglia come soggetto unitario solo nelle situazioni patologiche e non sufficientemente attento in termini di tutela della stessa nelle situazioni fisiologiche.