

IPSOA

Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina e giurisprudenza

ISSN 1591-7703 - ANNO XXIX - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

12/2022

 edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

Riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso nell'Unione Europea

Trasferimenti di residenza, conflitti di competenza e interesse del minore

Maternità surrogata: in attesa delle Sezioni Unite

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Sesta

Famiglia

Enrico Al Mureden
Alessandra Arceri
Massimo Dogliotti
Mario Trimarchi

Procedimento

Filippo Danovi
Ferruccio Tommaseo

Successioni

Giovanni Bonilini

Unione Europea

Maria Caterina Baruffi

TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

Breviaria Iuris Più

L'eccellenza di sempre.
Sempre *Più* digitale.



Y140MCL

Breviaria Iuris Più è l'evoluzione dei celebri Codici commentati CEDAM. Unisce all'eccellenza di sempre, tutti i vantaggi dell'innovativa versione online costantemente aggiornata.

Scopri il nuovo **Commentario Breve al Codice Civile CARTA+DIGITALE** con aggiornamento.
Già scelto da migliaia di abbonamenti.

info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris



 **Wolters Kluwer**

CEDAM



GIURISPRUDENZA

Unione Europea	Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, n. C-490/20 IL RICONOSCIMENTO DELLA FILIAZIONE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE NELL'UNIONE EUROPEA di <i>Maria Caterina Baruffi</i>	1093 1098
Minori	Cassazione Civile, Sez. VI-1, 26 maggio 2022, n. 17089, ord. Cassazione Civile, Sez. I, 1° luglio 2022, n. 21054, ord. TRASFERIMENTI DI RESIDENZA (LEGITTIMI E ILLEGITTIMI), CONFLITTI DI COMPETENZA E INTERESSE DEL MINORE di <i>Filippo Danovi</i>	1105 1106 1108
Adozione in casi particolari	Cassazione Civile, Sez. I, 5 aprile 2022, n. 10989, ord. ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI E PLURALITÀ DI RAPPORTI PARENTALI di <i>Gilda Ferrando</i>	1115 1117
Figli maggiorescenni non autosufficienti	Cassazione Civile, Sez. I, 12 novembre 2021, n. 34100, ord. DIRITTO AL MANTENIMENTO DEI FIGLI MAGGIORESCENNI NON AUTOSUFFICIENTI E ONERE DELLA DOMANDA DELL'AVENTE DIRITTO di <i>Maria Luisa Serra</i>	1121 1123
Assegno di divorzio	Corte d'Appello di Cagliari, Sezione distaccata di Sassari, 22 aprile 2022 FUNZIONE COMPENSATIVA DELL'ASSEGNO DIVORZILE E NESSO CAUSALE di <i>Emanuela Andreola</i>	1131 1133
Successioni	Tribunale Pavia, Sez. III, 16 luglio 2021, n. 995 Tribunale di Padova, Sez. I, 21 ottobre 2021, n. 1907 L'INDEGNITÀ A SUCCEEDERE PER FORMAZIONE O USO CONSAPEVOLE DI TESTAMENTO FALSO: UNA LETTURA DELLA SANZIONE CIVILE IN CHIAVE FUNZIONALE E DI CONCRETA LESIVITÀ (OFFENSIVITÀ) di <i>Antonio Donato</i>	1145 1147 1152

OSSERVATORI

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA CIVILE a cura di <i>Antonella Batà</i>	1170
--	-------------

ARTICOLI

Divieto di maternità surrogata	LE PERSISTENTI RAGIONI DEL DIVIETO DI MATERNITÀ SURROGATA E IL PROBLEMA DELLA TUTELA DI COLUI CHE NASCE DALLA PRATICA ILLECITA. IN ATTESA DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE di <i>Arnaldo Morace Pinelli</i>	1175
---	---	-------------

INDICE

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO, ANALITICO	1184
---------------------------------------	-------------

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi inviati per la pubblicazione alla rivista *Famiglia e Diritto*, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".

La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.

La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.

I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.

Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.

Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.

In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.

In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.

La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Roberto Amagliani, Luigi Balestra, Vincenzo Barba, Giorgetta Basilico, Giovanni Francesco Basini, Giacomo Biagioni, Maria Novella Bugetti, Ruggiero Cafari Panico, Riccardo Campione, Laura Carpaneto, Antonio Carratta, Marina Castellaneta, Cristina Coppola, Elena D'Alessandro, Marco De Cristofaro, Giovanni Di Rosa, Amalia Diurni, Romolo Donzelli, Chiara Favilli, Angelo Federico, Beatrice Ficarelli, Marcella Fortino, Caterina Fratea, Luca Ghidoni, Enrico Gragnoli, Andrea Graziosi, Costanza Honorati, Elena La Rosa, Angela La Spina, Paola Manes, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Massimo Montanari, Stefania Ninatti, Mauro Paladini, Margherita Pittalis, Barbara Polisenò, Carlo Rimini, Silvio Riondato, Laura Salvaneschi, Arianna Thiene, Sara Tonolo, Simonetta Vincre, Fabrizio Volpe, Enzo Vullo, Elena Zucconi Galli Fonseca

Minori

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, n. C-490/20 - Pres. Lenaerts - Rel. Ilesic - V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"

L'art. 4, par. 2, T.U.E., gli artt. 20 e 21 TFUE nonché gli artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, Dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il Reg. CEE n. 1612/68 ed abroga le Dir. 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Omissis

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

18 V.M.A. è cittadina bulgara e K.D.K. è cittadina del Regno Unito. Quest'ultima è nata a Gibilterra, dove le due donne si sono sposate nel 2018. Dal 2015 risiedono in Spagna.

19 Nel dicembre 2019, V.M.A. e K.D.K. hanno avuto una figlia, S.D.K.A., che è nata e vive con entrambi i genitori in Spagna. L'atto di nascita di detta figlia, rilasciato dalle autorità spagnole, menziona V.M.A. come "madre A" e K.D.K. come "madre".

20 Il 29 gennaio 2020, V.M.A. ha chiesto al comune di Sofia di rilasciarle un atto di nascita per S.D.K.A., essendo quest'ultimo necessario, in particolare, per il rilascio di un documento d'identità bulgaro. A sostegno della sua domanda, V.M.A. ha presentato una traduzione in lingua bulgara, legalizzata e autenticata, dell'estratto del registro dello stato civile di Barcellona (Spagna), relativo all'atto di nascita di S.D.K.A.

21 Con lettera del 7 febbraio 2020, il Comune di Sofia ha invitato V.M.A. a fornire, entro 7 giorni, prove relative alla filiazione di S.D.K.A., in relazione all'identità della madre biologica. Esso ha precisato a tal proposito che il modello di atto di nascita figurante nei modelli di atti di stato civile in vigore a livello nazionale prevede una sola casella per la "madre" e un'altra per il "padre", e solo un nome può apparire in ciascuna di queste caselle.

22 Il 18 febbraio 2020, V.M.A. ha risposto al Comune di Sofia che, in virtù della legislazione bulgara in vigore, non era obbligata a fornire l'informazione richiesta.

23 Con decisione del 5 marzo 2020, il Comune di Sofia ha quindi respinto la domanda di V.M.A. diretta al rilascio di un atto di nascita di S.D.K.A. Esso ha motivato tale decisione di rigetto con la mancanza di informazioni riguardanti l'identità della madre biologica del minore interessato e con il fatto che la menzione in un atto di nascita di due genitori di sesso femminile era contraria

all'ordine pubblico della Repubblica di Bulgaria, che non autorizza il matrimonio tra due persone dello stesso sesso. 24 V.M.A. ha proposto ricorso avverso tale decisione di rigetto dinanzi all'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria), il giudice del rinvio.

25 Detto giudice afferma che, ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 1, della Costituzione bulgara e dell'articolo 8 della legge bulgara sulla cittadinanza, S.D.K.A. ha la cittadinanza bulgara, nonostante il fatto che, ad oggi, l'interessata non ha alcun atto di nascita rilasciato dalle autorità bulgare. Infatti, il rifiuto di dette autorità di rilasciarle un tale atto non significherebbe che le sia negata la cittadinanza bulgara.

26 Il giudice del rinvio nutre invece dubbi riguardo alla questione se il rifiuto, da parte delle autorità bulgare, di registrare la nascita di un cittadino bulgaro, avvenuta in un altro Stato membro e attestata da un atto di nascita che indica due madri, rilasciato dalle autorità competenti di quest'ultimo Stato membro, violi i diritti conferiti a detto cittadino dagli articoli 20 e 21 TFUE, nonché dagli articoli 7, 24 e 45 della Carta. Infatti, il rifiuto da parte delle autorità bulgare di rilasciare un atto di nascita - anche se non avrebbe alcun impatto giuridico sulla cittadinanza bulgara del minore interessato e, di conseguenza, sulla cittadinanza dell'Unione di quest'ultimo - potrebbe rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio da parte del minore del diritto alla libera circolazione e quindi il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione.

27 Inoltre, poiché l'altra madre di S.D.K.A., K.D.K., è cittadina del Regno Unito, lo stesso giudice si chiede se le conseguenze giuridiche derivanti dall'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (GU 2020, L 29, pag. 7; in prosieguo: l'"accordo sul recesso"), e in particolare il fatto che tale minore non possa più godere dello status di cittadino dell'Unione in virtù della cittadinanza di K.D.K., siano pertinenti per la valutazione di tale questione.

28 Inoltre, l'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia) si chiede se l'obbligo eventualmente imposto alle autorità bulgare, nell'ambito dell'emissione di un atto di nascita, di menzionare in tale atto due madri come genitori del minore in questione, sia tale da pregiudicare l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, poiché tale Stato membro non ha previsto la possibilità di menzionare in un atto di nascita due genitori dello stesso sesso per tale minore. Detto giudice rileva, a tal riguardo, che le disposizioni che disciplinano la filiazione di tale minore assumono un'importanza fondamentale nella tradizione costituzionale bulgara, nonché nella dottrina bulgara in materia di diritto di famiglia e delle successioni, sia sotto il profilo puramente giuridico sia sotto il profilo dei valori, tenuto conto dello stadio attuale di evoluzione della società in Bulgaria.

29 Pertanto, l'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia) ritiene necessario trovare un equilibrio tra, da un lato, l'identità costituzionale e nazionale della Repubblica di Bulgaria e, dall'altro, gli interessi del minore, e, in particolare, il suo diritto alla vita privata e alla libera circolazione.

30 Tale giudice si chiede se, nel caso di specie, un tale equilibrio possa essere raggiunto in applicazione del principio di proporzionalità e, in particolare, se la menzione, nella rubrica "Madre", del nome di una delle due madri che compaiono nell'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole, dal momento che la stessa può essere sia la madre biologica del minore sia quella divenuta tale per altra via, ad esempio tramite l'adozione, senza compilare la rubrica "Padre", costituirebbe un equilibrio adeguato tra tali diversi legittimi interessi. Esso osserva che, sebbene una tale soluzione potrebbe anche comportare alcune difficoltà, a causa di eventuali differenze tra l'atto di nascita emesso dalle autorità bulgare e quello emesso dalle autorità spagnole, tale soluzione permetterebbe così il rilascio di un atto di nascita da parte delle autorità bulgare, eliminando così, o almeno attenuando, eventuali ostacoli alla libera circolazione del minore interessato. Tuttavia, detto giudice si chiede se questa soluzione sia compatibile con il diritto di tale minore alla vita privata e familiare, sancito dall'articolo 7 della Carta.

31 Infine, qualora la Corte giunga alla conclusione che il diritto dell'Unione esige che entrambe le madri del minore in questione siano menzionate nell'atto di nascita emesso dalle autorità bulgare, il giudice del rinvio si chiede come debba essere attuato tale obbligo, non potendo detto giudice sostituire il modello di atto di nascita figurante nei modelli di atti di stato civile in vigore a livello nazionale.

32 In tali circostanze, l'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se gli articoli 20 e 21 TFUE nonché gli articoli 7, 24 e 45 della [Carta] debbano essere interpretati nel senso che non consentono alle autorità amministrative bulgare, presso le quali è stata presentata una domanda di certificazione della nascita di un bambino, cittadino bulgaro,

avvenuta in un altro Stato membro dell'Unione, e attestata da un atto di nascita spagnolo, nel quale due persone di sesso femminile sono state registrate come madri, senza precisare ulteriormente se una di esse, e in caso affermativo quale, sia la madre biologica del bambino, di rifiutare il rilascio di un atto di nascita bulgaro con la motivazione che la ricorrente si rifiuta di indicare chi è la madre biologica del bambino.

2) Se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE e l'articolo 9 della Carta debbano essere interpretati nel senso che la salvaguardia dell'identità nazionale e dell'identità costituzionale degli Stati membri [dell'Unione] significa che questi ultimi dispongono di un'ampia discrezionalità con riferimento alle disposizioni per l'accertamento della filiazione. In particolare:

- se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE debba essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di richiedere informazioni sulla discendenza biologica del bambino;

- se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, in combinato disposto con l'articolo 7 e con l'articolo 24, paragrafo 2, della Carta, debba essere interpretato nel senso che è imprescindibile ponderare, da una parte, l'identità nazionale e l'identità costituzionale di uno Stato membro e, dall'altra, l'interesse superiore del bambino, tenuto conto del fatto che attualmente non esiste consenso né dal punto di vista dei valori né dal punto di vista giuridico sulla possibilità di far registrare come genitori, in un atto di nascita, persone dello stesso sesso, senza precisare ulteriormente se uno di essi, e in caso affermativo quale, sia il genitore biologico del bambino. In caso di risposta affermativa a tale domanda, come si possa realizzare concretamente detto bilanciamento di interessi.

3) Se le conseguenze giuridiche dell'accordo di recesso siano rilevanti per la risposta alla prima questione, in quanto una delle madri, che è indicata nell'atto di nascita rilasciato in un altro Stato membro, è cittadina del Regno Unito, e l'altra madre è cittadina di uno Stato membro dell'Unione, se si considera in particolare che il rifiuto di rilasciare un atto di nascita bulgaro del bambino rappresenta un ostacolo per il rilascio di un certificato di identità del bambino da parte di uno Stato membro [dell'Unione] e, di conseguenza, rende eventualmente più difficile il pieno esercizio dei suoi diritti come cittadino dell'Unione.

4) Se, in caso di risposta affermativa alla prima questione, il diritto dell'Unione, in particolare il principio di effettività, obblighi le competenti autorità nazionali a discostarsi dal modello per la redazione di un atto di nascita [figurante nei modelli di atti di stato civile], che è parte costitutiva del diritto nazionale vigente".

Procedimento dinanzi alla Corte

33 Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede che la causa sia trattata con procedimento accelerato ai sensi dell'articolo 105 del regolamento di procedura della Corte. Tale giudice sostiene, in particolare, che il rifiuto delle autorità bulgare di rilasciare a S.D.K.A., che sarebbe cittadina bulgara, un atto di nascita causerebbe a tale minore serie difficoltà per

ottenere un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, per esercitare il suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, garantito all'articolo 21 TFUE.

34 L'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura prevede che, su domanda del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d'ufficio, il presidente della Corte, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, può decidere di sottoporre un rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato quando la natura della causa richiede un suo rapido trattamento.

35 Nella fattispecie, il 19 ottobre 2020, il presidente della Corte ha deciso, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, di accogliere la domanda di procedimento accelerato menzionata al punto 33 della presente sentenza. Tale decisione è stata motivata con il fatto che S.D.K.A., una minore in tenera età, è attualmente priva di un passaporto, mentre risiede in uno Stato membro di cui non è cittadina. Poiché le questioni poste sono volte a determinare se le autorità bulgare siano tenute a rilasciare un atto di nascita per tale minore e poiché dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che tale atto è necessario, secondo il diritto nazionale, per poter ottenere un passaporto bulgaro, una risposta della Corte entro un breve periodo di tempo può contribuire a che tale minore ottenga più rapidamente un passaporto (v., in tal senso, ordinanza del presidente della Corte del 3 luglio 2015, Gogova, C-215/15, non pubblicata, EU:C:2015:466, punti da 12 a 14).

Sulle questioni pregiudiziali

36 Con le sue questioni, che devono essere esaminate congiuntamente, il giudice nazionale chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione obblighi uno Stato membro a rilasciare un atto di nascita, al fine di ottenere un documento d'identità secondo le norme di tale Stato membro, per un minore, cittadino di tale Stato membro, la cui nascita in un altro Stato membro è attestata da un atto di nascita emesso dalle autorità di tale altro Stato membro, conformemente alla sua legislazione nazionale, e che designa, quali madri di tale minore, una cittadina del primo di tali Stati membri e sua moglie, senza precisare quale delle due donne abbia dato alla luce la bambina. In caso affermativo, detto giudice si chiede se il diritto dell'Unione esiga che un tale atto includa, come quello emesso dalle autorità dello Stato membro in cui il minore è nato, i nomi di tali due donne in qualità di madri.

37 *Omissis*

38 In via preliminare, è importante ricordare che, da un lato, la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, e che, dall'altro, in situazioni ricadenti nell'ambito del diritto dell'Unione, le norme nazionali di cui trattasi devono rispettare quest'ultimo (sentenze del 2 marzo 2010, Rottmann, C-135/08, EU:C:2010:104, punti 39 e 41, nonché del 12 marzo 2019, Tjebbes e altri, C-221/17, EU:C:2019:189, punto 30).

39 Secondo gli accertamenti effettuati dal giudice del rinvio, che è l'unico competente in materia, S.D.K.A. è cittadina bulgara per nascita ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 1, della Costituzione bulgara.

40 Ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 1, TFUE, è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. Ne consegue che, in quanto cittadina bulgara, S. D.K.A. gode dello *status* di cittadino dell'Unione ai sensi della disposizione di cui trattasi.

41 A tale riguardo, la Corte ha ripetutamente affermato che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri [v. sentenze del 20 settembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 31 e del 15 luglio 2021, A (Assistenza sanitaria pubblica), C-535/19, EU:C:2021:595, punto 41].

42 Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, un cittadino di uno Stato membro che, nella sua qualità di cittadino dell'Unione abbia esercitato la propria libertà di circolare e di soggiornare in uno Stato membro diverso dal suo Stato membro d'origine, può avvalersi dei diritti connessi a tale qualità, in particolare di quelli previsti dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, anche, eventualmente, nei confronti del suo Stato membro d'origine (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 31 e la giurisprudenza *ivi* citata). Anche i cittadini dell'Unione che sono nati nello Stato membro ospitante dei loro genitori e che non si sono mai avvalsi del diritto alla libera circolazione possono invocare tale disposizione e le disposizioni adottate per la sua applicazione (sentenza del 2 ottobre 2019, Bajratari, C-93/18, EU:C:2019:809, punto 26 e giurisprudenza *ivi* citata).

43 Ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. Per permettere ai loro cittadini di esercitare tale diritto, l'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38 impone agli Stati membri, conformemente alla loro legislazione, di rilasciare ai loro cittadini una carta d'identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza.

44 Pertanto, poiché S.D.K.A. è una cittadina bulgara, le autorità bulgare sono obbligate a rilasciarle una carta d'identità o un passaporto che indichi la sua cittadinanza e il suo cognome come risulta dall'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole, in quanto la Corte ha già dichiarato che l'articolo 21 TFUE osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita (v., in tal senso, sentenza del 14 ottobre 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 39).

45 Occorre inoltre precisare che l'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38 impone alle autorità bulgare di rilasciare una carta d'identità o un passaporto a S.D.K.A. indipendentemente dall'emissione di un nuovo atto di nascita per tale minore. Così, nei limiti in cui il diritto

bulgaro esige l'emissione di un atto di nascita bulgaro prima del rilascio di una carta d'identità o di un passaporto bulgaro, tale Stato membro non può invocare il suo diritto nazionale per rifiutare l'emissione di tale carta d'identità o passaporto per S.D.K.A.

46 Tale documento, da solo o in combinazione con altri documenti, eventualmente con un documento rilasciato dallo Stato membro ospitante del minore interessato, deve permettere a un minore in una situazione come quella di S. D.K.A di esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, garantito all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, con ciascuna delle sue due madri, il cui *status* di genitori di tale minore sia stato accertato dallo Stato membro ospitante delle medesime nel corso di un soggiorno conforme alla direttiva 2004/38.

47 Occorre ricordare che i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale essi possiedono la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, *ivi* beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 32 e giurisprudenza citata).

48 È pacifico che, nel procedimento principale, le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra S.D.K.A. e i suoi due genitori, V.M.A. e K.D.K., e hanno attestato il medesimo nell'atto di nascita rilasciato per la figlia di queste ultime. In applicazione dell'articolo 21 TFUE e della direttiva 2004/38, a V.M.A. e K.D.K., in quanto genitori di un cittadino dell'Unione minore di cui hanno la custodia effettiva, deve quindi essere riconosciuto da tutti gli Stati membri il diritto di accompagnare quest'ultimo nell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (v., per analogia, sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punti da 50 a 52 e giurisprudenza *ivi* citata).

49 Pertanto, le autorità bulgare, come quelle di qualsiasi altro Stato membro, sono tenute a riconoscere tale rapporto di filiazione al fine di consentire a S.D.K.A., poiché la medesima ha ottenuto, secondo il giudice del rinvio, la cittadinanza bulgara, di esercitare senza impedimenti, insieme a ciascuno dei suoi due genitori, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, garantito all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE.

50 Inoltre, per permettere effettivamente a S.D.K.A. di esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri con ciascuno dei suoi due genitori, è necessario che V.M.A. e K.D.K. possano disporre di un documento che le menzioni come persone autorizzate a viaggiare con tale minore. Nella fattispecie, le autorità dello Stato membro ospitante sono nella posizione migliore per emettere tale documento, che può consistere nell'atto di nascita. Gli altri Stati membri sono obbligati a riconoscere tale documento.

51 Vero è, come ha notato il giudice del rinvio, che l'articolo 9 della Carta prevede che il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

52 A questo proposito, allo stato attuale del diritto dell'Unione, lo *status* delle persone, in cui rientrano le norme sul matrimonio e sulla filiazione, è una questione di competenza degli Stati membri e il diritto dell'Unione non incide su tale competenza. Gli Stati membri sono quindi liberi di prevedere o meno, nel loro diritto nazionale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime. Tuttavia, nell'esercizio di tale competenza, ciascuno Stato membro deve rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato FUE relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro conformemente al diritto di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punti da 36 a 38 e giurisprudenza *ivi* citata).

53 In tale contesto, il giudice del rinvio chiede alla Corte se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE possa giustificare il rifiuto delle autorità bulgare di rilasciare un atto di nascita di S.D.K.A e quindi una carta d'identità o un passaporto per tale minore. In particolare, detto giudice afferma che un eventuale obbligo per siffatte autorità di emettere un atto di nascita che indichi due persone di sesso femminile come genitori di tale minore potrebbe pregiudicare l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, in quanto la Costituzione bulgara e il diritto di famiglia bulgaro non prevedono la genitorialità di due persone dello stesso sesso.

54 A tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale.

55 Inoltre, la Corte ha dichiarato in più occasioni che la nozione di "ordine pubblico", in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 44 e giurisprudenza *ivi* citata).

56 Orbene, come ha sottolineato l'avvocato generale ai paragrafi 150 e 151 delle sue conclusioni, l'obbligo per uno Stato membro, da un lato, di rilasciare una carta d'identità o un passaporto a un minore, cittadino di tale Stato membro, nato in un altro Stato membro e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di quest'altro Stato membro designa come suoi genitori due persone dello stesso sesso, e, dall'altro, di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone nell'ambito dell'esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti a titolo dell'articolo 21 TFUE e degli atti di diritto derivato

ai medesimi connessi, non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro.

57 Infatti, tale obbligo non impone allo Stato membro di cui il minore interessato ha la cittadinanza di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante (v., per analogia, sentenza del 5 giugno 2018, *Coman e a.*, C-673/16, EU:C:2018:385, punti 45 e 46).

58 Si deve aggiungere che una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone può essere giustificata solo se è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta di cui la Corte garantisce il rispetto (sentenza del 5 giugno, *Coman e a.*, C-673/16, EU:C:2018:385, punto 47).

59 Nella situazione oggetto del procedimento principale, il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 7 della Carta e i diritti del minore garantiti dall'articolo 24 della Carta, in particolare il diritto a che si tenga conto dell'interesse superiore del minore come una considerazione primaria in tutti gli atti relativi ai minori e il diritto di mantenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, sono fondamentali.

60 A tale riguardo, come risulta dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C-303, pag. 17), a norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, i diritti garantiti dall'articolo 7 della medesima hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli garantiti dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

61 Orbene, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che l'esistenza di una "vita familiare" è una questione di fatto dipendente dalla realtà pratica di stretti legami personali e che la possibilità per un genitore e il figlio di essere insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare (Corte EDU, 12 luglio 2001, *K. e T. c. Finlandia*, CE:ECHR:2001:0712-JUD002570294, par. 150 e 151). Inoltre, come la Corte ha avuto modo di constatare, da questa giurisprudenza risulta che la relazione intrattenuta da una coppia omosessuale può rientrare nel concetto di "vita privata" così come in quello di "vita familiare" allo stesso modo di una coppia di sesso opposto nella stessa situazione (v. sentenza del 5 giugno 2018, *Coman e a.*, C-673/16, EU:C:2018:385, punto 50, e giurisprudenza *ivi* citata).

62 Di conseguenza, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 153 delle sue conclusioni, il rapporto del minore interessato con ciascuna delle due persone con cui ha una vita familiare effettiva nello Stato membro ospitante e che sono menzionate come suoi genitori nell'atto di nascita emesso dalle autorità di tale Stato è protetto dall'articolo 7 della Carta.

63 Inoltre, come è stato ricordato al punto 59 della presente sentenza, il diritto al rispetto della vita familiare,

quale sancito dall'articolo 7 della Carta, dev'essere letto in combinato disposto con l'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore, riconosciuto dall'articolo 24, paragrafo 2, della Carta. Orbene, poiché l'articolo 24 della Carta costituisce, come ricordano le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, un'integrazione nel diritto dell'Unione dei principali diritti del minore sanciti nella Convenzione sui diritti del fanciullo, che è stata ratificata da tutti gli Stati membri, occorre, nell'interpretazione di detto articolo, tenere debitamente conto delle disposizioni di tale Convenzione [v., in tal senso, sentenze del 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, EU:C:2008:85, punto 39, e dell'11 marzo 2021, *État belge (Rimpatrio del genitore di un minore)*, C-112/20, EU:C:2021:197, punto 37].

64 In particolare, l'articolo 2 di tale Convenzione stabilisce il principio di non discriminazione del minore, il quale esige che i diritti enunciati in tale Convenzione, tra cui, all'articolo 7, il diritto di essere registrato alla nascita, di avere un nome e di acquisire una cittadinanza, siano garantiti al minore senza che quest'ultimo subisca discriminazioni al riguardo, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei suoi genitori.

65 Ciò premesso, sarebbe contrario ai diritti fondamentali che gli articoli 7 e 24 della Carta garantiscono a tale minore privarlo del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli de facto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso.

66 Infine, il fatto che uno dei genitori del minore interessato sia cittadina del Regno Unito, che non è più uno Stato membro, è irrilevante al riguardo.

67 Inoltre, nel caso in cui, dopo la verifica, S.D.K.A. non dovesse possedere la cittadinanza bulgara, occorre ricordare che, indipendentemente dalla loro nazionalità e a prescindere dal fatto che esse stesse abbiano lo status di cittadine dell'Unione, K.D.K. e S.D.K.A. devono essere considerate da tutti gli Stati membri come, rispettivamente, il coniuge e la discendente diretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettere a) e c), della direttiva 2004/38 e, di conseguenza, come familiari di V.M.A. (v., in tal senso, sentenza del 5 giugno 2018, *Coman e a.*, C-673/16, EU:C:2018:385, punto 36 e 51).

68 Infatti, un minore il cui status di cittadino dell'Unione non sia stato accertato e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti di uno Stato membro designi come genitori due persone dello stesso sesso, una delle quali sia cittadina dell'Unione, deve essere considerato, da tutti gli Stati membri, come un discendente diretto di tale cittadina dell'Unione, ai sensi della direttiva 2004/38, ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi.

69. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni pregiudiziali dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, gli articoli 20 e 21 TFUE nonché gli articoli 7, 24 e 45 della Carta, letti in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva

2004/38, devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta D'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di

nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Omissis

Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea

di Maria Caterina Baruffi (*)

Il contributo analizza la sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 14 dicembre 2021, nella quale viene affrontato per la prima volta il tema del riconoscimento - e quindi della circolazione - degli *status* nell'ambito dei paesi membri dell'Unione europea, con riguardo allo stato di figlio di un minore nato da una coppia dello stesso sesso femminile.

1. Il contesto fattuale e normativo

La decisione della Grande sezione della Corte di Giustizia 14 dicembre 2021, conosciuta come *V.M.A.*, dalle iniziali del nome di una delle parti, o *Pancharevo* (1), per il nome del distretto del Comune interessato, relativa ad una minore, indicata in uno Stato membro dell'Unione Europea come figlia di due madri, fa emergere i problemi che possono derivare dalla libera circolazione delle persone, quale diritto fondamentale garantito dall'ordinamento giuridico europeo ai suoi cittadini.

Il caso riguardava una coppia di persone dello stesso sesso, nella specie due donne, aventi diversa cittadinanza, una bulgara e l'altra del Regno Unito, residente in Spagna dal 2015, che aveva contratto matrimonio a Gibilterra nel 2018.

Dall'unione era nata in Spagna nel 2019, attraverso il ricorso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita (2) della fecondazione eterologa, una minore, il cui atto di nascita (spagnolo) indicava le due donne come genitori, senza ulteriori specificazioni in merito a quale fosse la madre biologica.

A seguito del trasferimento della famiglia dalla Spagna in Bulgaria, il 29 gennaio 2020 la madre di nazionalità bulgara chiedeva al Comune di Sofia, distretto Pancharevo, in quanto autorità competente, il rilascio di un certificato di nascita sulla falsariga di quello spagnolo, in cui venissero quindi menzionate entrambe le donne come madri della minore.

Il Comune di Sofia, rilevando che il modello di atto di nascita bulgaro consente l'indicazione di un solo nome per ciascuna delle caselle "madre" e "padre", a febbraio dello stesso anno, richiedeva di indicare quale fosse la madre biologica della minore. La madre cittadina bulgara si rifiutava di fornire tale informazione, determinando il 5 marzo 2020 il rigetto della domanda, a causa, oltre che della mancanza di informazioni sull'identità della madre biologica, anche della menzione nell'atto di nascita di due genitori dello stesso sesso, in quanto in contrasto con l'ordine pubblico, non essendo ammesso in quel Paese il matrimonio tra persone *same-sex*.

Avverso il rifiuto del Comune, ad aprile 2020 la cittadina bulgara proponeva ricorso al Tribunale

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Corte di Giustizia UE, (Grande Sezione), 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, ECLI:EU:C:2021:1008, in E. Falletti (a cura di), *Osservatorio di diritto internazionale privato e comunitario*, in questa *Rivista*, 2022, 3, 283 s.; per un commento v. N. Chiricallo, *La libera circolazione delle persone e la (quasi) libera circolazione dello status di figlio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 543-549.

(2) Nonostante la materia non rientri *prima facie* nelle competenze dell'Unione, alla quale non è attribuita la possibilità di

intervenire in via legislativa nel campo del diritto di famiglia sostanziale, l'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita incide sulla più tipica e tradizionale dimensione "europea", vale a dire quella del mercato interno, afferendo, come meglio si vedrà, al rapporto tra i diritti fondamentali della persona e la libertà di circolazione alla base dello stesso mercato interno. Sul punto e per ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a M.C. Baruffi, *La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno*, in *La cittadinanza europea*, 2021, 1, 230-244.

amministrativo di Sofia per violazione del diritto dell'Unione europea e illecita interferenza nella vita familiare.

Secondo il Giudice adito, il rifiuto di rilascio di un atto di nascita dalle competenti autorità bulgare non avrebbe comunque influito sull'acquisizione della cittadinanza bulgara da parte della minore, che avviene automaticamente in virtù dello *ius sanguinis*, in base all'art. 25 della Costituzione bulgara e all'art. 8 della normativa di quel Paese sulla cittadinanza (3). Nel caso di specie non poteva essere invocato lo *ius soli*, essendo la minore nata in Spagna, dove tuttavia non aveva acquisito la cittadinanza, in quanto nessuna delle due madri ne è cittadina. Inoltre, essendo la minore nata al di fuori del Regno Unito, non aveva neppure potuto acquisire la cittadinanza della madre britannica. Ne discendeva, sempre ad avviso del Tribunale, che, dovendosi determinare la genitorialità sulla base del certificato di nascita spagnolo, il problema si poneva nel momento del riconoscimento della stessa nel diritto bulgaro. Di diversa opinione era il Governo bulgaro, secondo il quale il rifiuto opposto dalle donne di comunicare quale fosse la madre biologica avrebbe avuto come conseguenza l'indeterminatezza dell'identità della stessa, con il risultato di non potersi sapere se ci fosse stata acquisizione della cittadinanza del Paese da parte della minore.

Secondo il Tribunale amministrativo il caso sottoposto poneva problemi in merito alla possibile violazione del diritto fondamentale alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, tutelato dal diritto primario (4) e secondario dell'Unione (5), ma anche dell'identità costituzionale e nazionale dei paesi membri dell'Unione ex art. 4, par. 2, T.U.E. Di qui la necessità di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 276 TFUE. Le questioni pregiudiziali

sottoposte alla Corte di Giustizia dal giudice nazionale hanno pertanto riguardato l'aspetto della libera circolazione delle persone e, in particolare, l'interpretazione degli artt. 20 e 21 TFUE, nonché degli artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali, oltre che il bilanciamento tra l'identità nazionale e costituzionale di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 4, par. 2, T.U.E., e l'interesse superiore del minore. In primo luogo, il giudice nazionale si chiede se il rifiuto delle autorità bulgare di procedere alla registrazione della nascita della minore possa costituire una violazione dei diritti conferiti alla stessa dagli artt. 20 e 21 TFUE, nonché dagli artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Infatti, tale rifiuto avrebbe potuto rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio da parte della minore del diritto alla libera circolazione e quindi il pieno godimento dei suoi diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione.

Alla Corte veniva chiesto anche se, in base agli artt. 4, par. 2, T.U.E. e 9 della Carta dei diritti fondamentali, gli Stati membri, ai fini della salvaguardia della loro identità nazionale e costituzionale, dispongano di un'ampia discrezionalità con riferimento alle disposizioni per l'accertamento della filiazione (6).

2. La decisione della Corte di Giustizia

Per la prima volta la Corte è stata chiamata ad affrontare un caso implicante la controversa questione della filiazione da parte di una coppia dello stesso sesso (7). Come ben specificato dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni (8), si tratta di una questione sempre più frequente nella vita quotidiana ed anche per questo "particolarmente delicata", in ragione del fatto che gli Stati membri detengono

(3) In particolare, in forza dell'art. 8 della normativa bulgara sulla cittadinanza, è sufficiente per l'acquisto della stessa che uno dei due genitori possieda la cittadinanza dello Stato, essendo irrilevante il luogo di nascita del minore. In merito all'acquisto o meno della cittadinanza bulgara da parte della minore, la Corte di Giustizia si è rimessa alle conclusioni del giudice remittente (sul punto si vedano in particolare le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna Obsthina, Rayon "Pancharevo"*, ECLI:EU:C:2021:296, punto 31 ss.). Per un commento cfr. S. Peers, *Protecting the right to a nationality for children of same-sex couples in the EU - A Key issue before the CJEU in V.M.A. v Stolichna Obsthina (C-490/20)*, reperibile al sito Internet eulawanalysis.blogspot.com.

(4) Si tratta degli artt. 20 e 21 TFUE e artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

(5) Il riferimento è alla Dir. CE 2004/38, del 29 aprile 2004, relativa alla libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari (in *GUUE*, L 158 del 30 aprile 2004, 77 ss.). Si veda anche il Reg. UE n. 492/2011 del Parlamento Europeo

e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione (in *GUUE*, L 141 del 27 maggio 2011, 1 ss.).

(6) Il giudice bulgaro aveva altresì posto alla Corte di Giustizia la questione della possibile incidenza sull'esercizio del diritto alla libera circolazione all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea dopo l'uscita della Gran Bretagna a seguito di Brexit (sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 32, n. 2 e 3 e punto 37), ma la Corte aveva ritenuto che la provenienza di uno dei genitori da un paese terzo fosse irrilevante ai fini della decisione del caso in questione (*ivi*, punti 66 s.).

(7) La sentenza è stata salutata come "*a positive first step towards the full recognition of rainbow families*" (A. Tryfonidou, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of ECJ's V.M.A. ruling*, reperibile al sito Internet europeanlawblog.eu).

(8) Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 4.

competenze esclusive in materia di cittadinanza e diritto di famiglia e che esistono allo stato significative differenze in merito allo *status* giuridico e ai diritti conferiti alle coppie dello stesso sesso (9).

Basti infatti pensare che, proprio per la rilevanza del tema affrontato, meritevole di approfondita considerazione, pur trattandosi di un procedimento accelerato *ex art.* 105 dello Statuto della Corte, a causa della necessità di garantire la concessione alla minore di un passaporto nel più breve lasso di tempo possibile, la decisione della Corte è intervenuta a distanza di un oltre un anno dalla rimessione del giudice *a quo*, avvenuta il 2 ottobre 2020, e comunque a otto mesi dal deposito delle conclusioni da parte dell'Avvocato generale.

L'Avvocato generale Kokott aveva suggerito di distinguere a seconda che si trattasse o meno di un minore cittadino dell'Unione, in quanto solo nella prima ipotesi sarebbe stato possibile considerare i diritti che l'ordinamento UE attribuisce alla minore, raccomandando di trovare un punto di equilibrio tra l'identità nazionale degli Stati membri e il diritto alla libera circolazione delle parti coinvolte nel procedimento e ricordando che la competenza statale nella materia dello stato civile deve essere esercitata nel rispetto del diritto UE, in particolare del diritto alla libera circolazione (10). Di conseguenza, la Bulgaria non potrebbe rifiutare il riconoscimento della filiazione con riguardo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, sulla base della motivazione che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è istituito *ivi* conosciuto, se non invocando, quale controlimite, il rispetto dell'identità nazionale. Quest'ultimo, tuttavia, non rilevarebbe nel caso di specie in quanto, trattandosi dell'applicazione del diritto derivato (11), il rilascio del certificato non avrebbe

incidenza sulla nozione di filiazione o di matrimonio nel diritto di famiglia bulgaro né avrebbe comportato l'introduzione di nuovi istituti giuridici (12).

La Corte, seguendo l'impostazione offerta dall'Avvocato generale, distingue l'ipotesi in cui la minore abbia la cittadinanza di uno Stato membro da quella in cui, invece, ne sia priva, giungendo, tuttavia, in entrambe le situazioni alla medesima conclusione.

Nel caso in cui, come ritenuto dal giudice remittente (13), la minore possieda la cittadinanza bulgara e, di conseguenza, quella dell'Unione, la soluzione deve essere rintracciata nel diritto primario dell'Unione, in particolare nell'art. 21 TFUE, che garantisce ai cittadini UE la libertà di circolare e di soggiornare in Stati membri diversi da quelli di origine, avvalendosi dei diritti connessi.

Passaggio importante nel ragionamento della Corte è l'estensione della possibilità di fruire dell'art. 21 TFUE e del diritto secondario adottato per la sua applicazione, tra cui in particolare la Dir. CE 2004/38, non solo a chi ha già esercitato la libertà di circolazione e di soggiorno in uno Stato diverso da quello di origine, ma anche a chi non se ne è mai avvalso, essendo nato nello Stato ospitante i genitori (14), vale a dire coloro che hanno effettivamente esercitato la libertà di circolazione. Ne consegue, secondo la Corte, che in capo agli Stati sussiste l'obbligo di rilasciare ai loro cittadini, *ex art.* 4, Dir. CE 2004/38, un documento di identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza e il loro cognome, secondo quanto risulta dall'atto di nascita emesso nello Stato in cui il minore è nato, senza dover previamente emettere un nuovo atto di nascita (15). Diversamente, si potrebbe compromettere il diritto del cittadino, minore di età, "di esercitare senza impedimenti", con ciascuno dei due genitori - il cui

(9) Il problema è talmente sentito a livello UE che il Parlamento europeo ha commissionato uno studio volto ad esaminare gli ostacoli che le coppie dello stesso sesso incontrano nell'esercizio del loro diritto alla libera circolazione a causa delle diverse legislazioni nazionali e gli strumenti dell'Unione europea per rimuovere detti ostacoli: A. Tryfonidou - R. Wintemute, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, Study requested by the PETI committee, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 671.505 - March 2021, reperibile al sito Internet www.europarl.europa.eu/supporting-analyses. Sul punto si veda anche la *Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Unione dell'uguaglianza, Bruxelles, 12 novembre 2020, COM(2020) 698 final, reperibile al sito Internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698&from=IT>, dove si legge che per "migliorare la certezza del diritto per i cittadini dell'UE che esercitano i loro diritti di libera circolazione e di garantire un'applicazione più efficace e

uniforme della legislazione sulla libera circolazione in tutta l'UE, nel 2022 la Commissione riesaminerà gli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione" al fine di tenere in considerazione "la diversità delle famiglie" (17, par. 3.1). Sul punto si veda meglio *infra*, par. 3.

(10) Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 77.

(11) Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 113.

(12) Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 114.

(13) Ad avviso della Corte, l'unico soggetto competente ad effettuare la valutazione relativa alla sussistenza della cittadinanza nazionale è il giudice nazionale (sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 39), rientrando la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza nella competenza degli Stati membri (punto 38).

(14) Sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 42.

(15) Sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 45.

status sia stato accertato dallo Stato membro ospitante e che hanno pertanto l'affidamento della minore - "il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" (16). Uno Stato non potrebbe quindi invocare il proprio diritto nazionale per subordinare il rilascio del documento di identità alla previa emissione di un atto di nascita nazionale.

L'art. 21, par. 1, TFUE include tra i diritti riconosciuti ai cittadini UE quello di condurre una normale vita familiare nello Stato membro in cui soggiornano e in quello di cui hanno la cittadinanza, nel caso di ritorno, unitamente ai loro familiari, senza che, in tal modo, si verifichi una violazione dell'ordine pubblico o dell'identità nazionale dello Stato membro, la cui normativa non ammette le unioni tra persone dello stesso sesso e, di conseguenza, non riconosce i rapporti di filiazione tra queste e un minore. Se è vero infatti che l'art. 4, par. 2, T.U.E. garantisce il rispetto dell'identità nazionale, lo è altrettanto che gli Stati non possono, a loro discrezione, determinare unilateralmente, a giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale prevista dal Trattato, la portata dell'eccezione dell'ordine pubblico, che può pertanto essere invocata "solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società" (17). Ciò, tuttavia, non comporta l'obbligo per lo Stato membro di introdurre nel proprio ordinamento istituti giuridici idonei a recepire quegli *status* acquisiti in altro Stato membro e non conosciuti, se non al solo fine di garantire l'"esercizio dei diritti che (...) derivano dal diritto dell'Unione" (18). Tali diritti, e in particolare la libera circolazione, potrebbero essere ostacolati da una misura nazionale solo se quest'ultima fosse conforme ai diritti fondamentali contenuti nella Carta e garantiti dalla Corte di Giustizia. Situazione che non si verifica nel caso di specie, dove rivestono un'importanza fondamentale l'art. 7 della Carta, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, e l'art. 24 della stessa, relativo al diritto dei minori di veder considerato in modo primario il loro superiore interesse e di intrattenere regolari rapporti con entrambi i genitori. In particolare, l'art. 7,

interpretato, secondo quanto disposto dall'art. 52, par. 3 della Carta stessa, in conformità all'omologa norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tutela il rapporto della minore con ognuna delle due persone con le quali ha instaurato "una vita familiare effettiva nello Stato ospitante e che sono menzionate come suoi genitori nell'atto di nascita emesso dalle autorità di tale Stato" (19).

Ad avviso della Corte la situazione non muterebbe, però, anche qualora la minore non avesse la cittadinanza di uno Stato membro. Nella sua qualità di familiare di una cittadina dell'Unione - nella specie, in base alle risultanze dell'atto di nascita rilasciato dalle competenti autorità dello Stato membro ospitante, di discendente diretta, ex art. 2, par. 2, lett. c), Dir. CE 2004/38, della madre di nazionalità bulgara - la minore deve godere dei diritti conferiti dall'art. 21, par. 1, TFUE in tutti gli Stati membri.

Riecheggia nelle parole della Corte il precedente, relativo sempre agli *status* familiari, della sentenza *Coman* (20), ripetutamente evocata, in particolare allo scopo di delimitare l'uso da parte degli Stati membri della clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, T.U.E. Così come *Coman* sanciva la necessità per gli Stati membri di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi in altri Stati membri, ai fini del ricongiungimento familiare, essendo uno dei coniugi un cittadino extra UE, con *V.M.A.* si ha un'estensione del riconoscimento del rapporto di filiazione, contenuto nell'atto di nascita redatto dalle competenti autorità di uno Stato membro. Due sono i punti centrali decisi dalla Corte nel caso in esame: da un lato, l'obbligo dello Stato membro di cittadinanza del minore di rilasciargli un documento di identità, senza che sia necessario che le sue autorità nazionali emanino previamente un altro atto di nascita. Dall'altro, l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il documento formato nello Stato membro ospitante che consente al minore di esercitare con ciascuna delle persone in esso indicate "il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" (21).

In entrambe le sentenze, tuttavia, la Corte limita il (mutuo) riconoscimento degli *status* familiari

(16) Sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 49.

(17) Sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 55, dove la Corte precisa che la nozione di ordine pubblica "deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione".

(18) Sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 57.

(19) Sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 63, che richiama le conclusioni dell'Avvocato generale, punto 153.

(20) Sentenza Corte di Giustizia UE 5 giugno 2018, causa C-672/16, *Coman e a.*, ECLI:EU:C:2018:385, punto 36 ss.

(21) Sentenza Corte di Giustizia UE 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 69.

legittimamente acquisiti in uno Stato membro all'esercizio del diritto al ricongiungimento o di circolare e soggiornare nel territorio dell'Unione, anche quando, nel caso di minori, tale diritto non sia stato ancora effettivamente esercitato (22). In realtà, il portato della sentenza *V.M.A.* riguardo alla tutela dei diritti delle parti coinvolte sembrerebbe più ampio rispetto a *Coman*, aprendo ad un'applicazione in tutte le situazioni in cui siano coinvolti minori, a prescindere dalle circostanze della nascita, per evitare che gli stessi possano subire, per usare le parole della Commissione, discriminazioni "fondate sull'orientamento sessuale, l'identità di genere, l'espressione di genere, le caratteristiche sessuali, l'origine razziale o etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità o l'età" (23).

3. Il seguito a livello nazionale

Situazioni come quella decisa dalla Corte di Giustizia nel caso *V.M.A.* potrebbero essere evitate se le normative nazionali, in particolare quelle sulla cittadinanza, che sono espressione della sovranità di ciascuno Stato, anche in base al diritto dell'Unione, trovassero applicazione in conformità con i diritti fondamentali e in modo da non causare discriminazioni, in particolare quando hanno un "*direct impact on the enjoyment of EU citizenship*" (24).

Come emerge sempre più frequentemente anche dalle questioni interpretative sollevate dai giudici nazionali, a distanza di oltre sessant'anni dall'inizio del fenomeno dell'integrazione europea, la delimitazione dei confini tra le competenze statali e quelle dell'Unione è ancora in corso di definizione, non senza qualche difficoltà per i tentativi, in particolare di alcuni paesi, di riportare l'accento sul livello interno, soprattutto per materie sensibili, come quella - oggi - degli *status* familiari (25). Forse, come è stato ben sottolineato, la soluzione alle difficoltà del momento, dovute non solo all'uscita del

Regno Unito, ma, soprattutto, dal "sovranismo" di taluni paesi membri, potrebbe derivare da un dialogo costruttivo tra gli organi giurisdizionali, *in primis* la Corte di Giustizia, e le superiori giurisdizioni nazionali, nell'affermazione dei diritti delle persone, in modo che il rispetto delle identità nazionali non costituisca un ostacolo, ma anzi divenga il mezzo "per la realizzazione di quella unità nella diversità", che è alla base del processo di integrazione unionale (26).

Ed infatti il pieno godimento dei diritti conferiti dal diritto UE e garantiti dalla Corte di Giustizia non può realizzarsi se non attraverso una convergenza della tutela a livello sovranazionale e nazionale. La dimostrazione è data proprio dal caso in esame. A seguito della decisione della Corte di Giustizia, il Tribunale amministrativo di Sofia il 15 aprile 2022 ha ordinato al comune di Sofia, distretto di Pancharevo, il rilascio di un certificato di nascita della minore con l'indicazione di entrambe le madri come genitori. Forti della decisione del giudice bulgaro, le due madri hanno presentato a giugno 2022 una richiesta di emissione di un passaporto per la minore, in conformità a quanto disposto dalla sentenza del 14 dicembre 2021 della Corte di Giustizia. Ciononostante, l'ufficio consolare di Barcellona ha opposto un rifiuto. Inoltre, lo stesso Comune di Sofia, distretto di Pancharevo, ha presentato un ricorso in cassazione affinché non siano rilasciati i documenti alla minore, impedendo di fatto che la stessa possa esercitare i diritti fondamentali connessi alla cittadinanza dell'Unione (27).

In realtà, il caso in questione non costituisce un precedente isolato, in quanto in contemporanea ad esso pendeva, sempre avanti la Corte di Giustizia, un'altra questione, analoga alla precedente: in questo secondo caso era la Polonia che opponeva il rifiuto alla trascrizione del certificato di nascita rilasciato dalle competenti autorità di un altro Paese membro, sempre la Spagna, con l'indicazione di due persone dello stesso sesso (femminile) quali genitori, con la

(22) Ciò costituisce uno degli aspetti lasciati "unclear" dalla Corte di Giustizia (così A. Tryfonidou, *The ECJ recognises the right of rainbow families to move freely between EU Member States: the VMA ruling*, in *E.L.R.*, 2022, 4, 534-549), oltre a non aver considerato la situazione in cui il certificato provenisse da un paese terzo e non da un paese UE. Sull'incidenza del principio del riconoscimento automatico si veda O. Feraci, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionale/privatistica della sentenza Pancharevo*, in *Riv. dir. int.*, 2022, 2, 571 ss.

(23) *Programma di lavoro della Commissione per il 2022. Insieme per un'Europa più forte*, COM(2021) 645 final del 19 ottobre 2021, punto 2.6. *Un nuovo slancio per la democrazia europea*.

(24) S. Peers, *Protecting the right to a nationality for children of same-sex couples in the EU*, cit. Cfr. anche D.A.J.G. de Groot,

Special Report. EU law and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case of V.M.A. v Stolichna Obshtina, European University Institute, January 2021, reperibile al sito Internet <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/69731>.

(25) In materia detiene competenza anche la Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul diverso ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione e della Corte di Strasburgo cfr., per tutti, F. Buonomenna, *Riflessioni sull'evoluzione degli status familiari tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia*, in A. Di Stasi - L.S. Rossi (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, 257 ss.

(26) Così R. Cafari Panico, *Conclusioni*, in A. Di Stasi - L.S. Rossi (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., 551.

(27) Per un aggiornamento si può consultare il sito Internet <https://en.deystvie.org/baby-sara-court-of-justice-eu>.

conseguente impossibilità di ottenere in quello Stato il documento di identità per il minore. La decisione della Corte di Giustizia, intervenuta il 24 giugno 2022 (28), a seguito delle insistenze del giudice remittente polacco ad ottenere comunque una decisione (29), ricalca la precedente V.M.A.

Nel frattempo, nel maggio 2022, in Polonia è stata presentata una proposta di legge di modifica della normativa esistente, volta a vietare la trascrizione di certificati di nascita stranieri, nei casi in cui la nascita non sia un evento legato alla filiazione/genitorialità di una donna (madre) e di un uomo (padre). Inoltre, secondo la proposta, in Polonia non sarà possibile registrare matrimoni tra persone dello stesso sesso, unioni o partenariati. Tuttavia, al fine di garantire il godimento dei diritti di matrice unionale anche ai più piccoli, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia inaugurata con il caso V.M.A., la proposta introduce un nuovo certificato, diverso da quello di nascita, che attesta che due persone dello stesso sesso, riconosciute come genitori di un bambino in un certificato di nascita straniero, ma non in Polonia, hanno il diritto di esercitare con tale minore il diritto alla libera circolazione *ex art. 21 TFUE*. Il certificato attribuirà inoltre la possibilità a ciascun genitore di richiedere il passaporto per il minore (30).

Si tratta di una sorta di soluzione di compromesso, che preserva le scelte di politica legislativa dello Stato, unico competente in materia, senza, nello stesso tempo, violare i diritti fondamentali garantiti dai Trattati, anche in vista della nuova proposta della Commissione, attesa per novembre del 2022 (31).

Al fine di evitare situazioni claudicanti per i minori, i cui diritti devono essere tutelati in modo ancora più

incisivo di quelli conferiti agli adulti, per non cadere in una violazione dei loro *best interests*, senza tuttavia urtare le sensibilità nazionali, la Commissione potrebbe pensare all'elaborazione di uno strumento da rilasciare al momento della nascita, come un certificato europeo, ovvero una sorta di carta d'identità, che garantisca i diritti fondamentali dei minori sanciti dalla Carta dell'UE (32) e quindi serva ad accertare il loro *status* al solo fine di esercitare i diritti derivanti dal diritto secondario dell'UE sulla libera circolazione quando si tratta di cittadini dell'Unione. Una soluzione più avanzata di quella contenuta nella proposta polacca, che potrebbe quindi soddisfare maggiormente le aspettative delle coppie formate da persone dello stesso sesso, senza rischiare di essere bocciata nel corso del processo legislativo che, in materia di diritto di famiglia, richiede ancora l'unanimità (33).

Il principio del superiore interesse del minore potrebbe costituire lo strumento per un'armonizzazione di fatto, anche più ampia di quella che si sta cercando oggi di realizzare perché non legata al genere, dopo che l'UE, esercitando questa volta le sue competenze, sia intervenuta a definirne il contenuto in maniera uniforme. Con ciò verrebbero meno di fatto le più significative differenze nazionali. Da ricercare non è quindi la definizione di principi identici per tutti gli ordinamenti nazionali in una materia tanto sensibile, bensì la coesistenza di valori, anche tra loro differenti, ma nella sostanza omogenei (34), in virtù della comune adesione ai valori fondanti dell'Unione, in concorso tra loro sulla base delle regole di diritto internazionale privato e processuale.

(28) Ordinanza Corte di Giustizia UE 24 giugno 2022, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, ECLI:EU:C:2022:50.

(29) Ordinanza Corte di Giustizia UE 24 giugno 2022, causa C-2/21, cit., punto 30. Nonostante la trasmissione da parte della cancelleria della Corte di Giustizia al tribunale nazionale della sentenza del 14 dicembre 2020, il giudice remittente aveva insistito affinché la Corte si pronunciasse, in quanto "il procedimento giurisdizionale relativo al diniego di trascrizione dell'atto di nascita rimaneva sospeso fino alla ricezione della decisione della Corte"; inoltre, nel gennaio 2022 i genitori della minore avevano tentato un'azione giurisdizionale chiedendo l'annullamento della decisione di diniego della concessione della carta di identità per la minore.

(30) Per aggiornamenti cfr. il sito Internet <https://legislacja.gov.pl/projekt/12359960/katalog/12881524#12881524>.

(31) In merito all'iniziativa della Commissione v. F. Maoli, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'obbligo degli Stati membri di*

riconoscere il rapporto di filiazione tra una minore e due madri, 17 gennaio 2022, reperibile al sito Internet www.sidiblog.org. Cfr. anche *Inception Impact Assessment?* Ref. Ares(2021)2519673 del 14 aprile 2021 (https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Situazioni-familiari-transfrontaliere-riconoscimento-della-genitorialita_it). La proposta in oggetto sarà commentata su questa *Rivista* nel corso del 2023.

(32) Sul punto sia consentito rinviare alle conclusioni in M.C. Baruffi, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. Pesce (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022, 13 ss.

(33) Cfr. l'art. 81 TFUE.

(34) In merito si vedano le considerazioni di R. Cafari Panico, *Conclusioni*, cit., 544 ss.



Aggiornato alla luce delle recenti novità, normative e giurisprudenziali, con riguardo particolare alle decisioni della Corte costituzionale in materia.



ACQUISTALO SUBITO

-  on line su shop.wki.it
-  info.commerciali@wki.it
-  Rivolgiti al tuo consulente editoriale
-  Nelle migliori librerie



Wolters Kluwer

When you have to be right

Y040LBN

Trasferimento della residenza del minore - Conflitto di competenza

Cassazione Civile, Sez. VI-1, 26 maggio 2022, n. 17089, ord. - Pres. Rel. Bisogni - C.A. c. O.D.

In materia di esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice territorialmente competente è quello del luogo in cui il minore ha la "residenza abituale" al momento della domanda, e a tale accertamento concorrono una pluralità di indicatori da valutarsi anche in chiave prognostica, al fine di individuare, insieme al luogo idoneo a costituire uno stabile centro di vita ed interessi del minore, il giudice che, alle condizioni in essere al momento della domanda, possa dare migliore risposta alle correlate esigenze.

Nel caso in cui il trasferimento della residenza del minore sia giustificato, e il genitore abbia agito in modo da far ragionevolmente presumere la volontà di stabilirsi in modo duraturo nella nuova dimora, deve essere dichiarata la competenza in capo al giudice di quest'ultima.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass. Civ. 7 giugno 2021, n. 15835, ord.; Cass. Civ. 14 dicembre 2017, n. 30123, ord.; Cass. Civ. 17 novembre 2017, n. 27358, ord.; Cass. Civ. 17 novembre 2017, n. 27153, ord.; Cass. Civ. 20 ottobre 2015, n. 21285, ord.
-----------------	---

Omissis

Che:

Con ordinanza del 20.10.2020 il Tribunale di Varese proponeva d'ufficio richiesta di regolamento di competenza, ex art. 45 c.p.c., contestando la competenza attribuitagli dal Tribunale di Reggio Calabria in merito al procedimento RG n. 1658/2020, promosso originariamente da O.D., per ottenere l'affidamento esclusivo dei figli minori O.A. ed Oc.An., e successivamente riassunto dinanzi al Tribunale di Varese.

La dichiarazione di incompetenza da parte del Tribunale di Reggio Calabria scaturiva dal fatto che la sig.ra C., in data di poco antecedente all'instaurazione del giudizio, risalente al 16.04.2020, a seguito dell'ultima aggressione violenta avvenuta in data 02.04.2020, aveva deciso di trasferirsi con i figli minori a (*Omissis*), luogo natio dove poteva ancora contare sul sostegno affettivo ed economico della famiglia d'origine. Tuttavia, nelle more della pronuncia di incompetenza del Tribunale di Reggio Calabria, la sig.ra C. si trovava temporaneamente a dimorare presso la casa degli zii in (*Omissis*), in attesa di trovare definitiva sistemazione a (*Omissis*) e qui trasferire la residenza sua e dei figli. Tale ultima circostanza portava il Tribunale di Reggio Calabria a dichiarare la propria incompetenza a favore del Tribunale di Varese.

Il Tribunale di Varese, con ordinanza emessa il 20.10.2020, sollevava conflitto di competenza ai sensi degli artt. 45 e 47 c.p.c., rilevando che, mentre l'allontanamento della sig.ra C. era giustificato dall'esigenza di allontanare se stessa e i minori dai continui e violenti litigi che turbavano gravemente il contesto familiare e costituiva pertanto una decisione stabile e tendenzialmente definitiva, la residenza a (*Omissis*) rispondeva a una mera esigenza transitoria in attesa del definitivo trasferimento a (*Omissis*). Pertanto riteneva che esclusa la possibilità di considerare ancora residenza abituale Reggio Calabria per l'impossibilità di ricostituire ivi un ambiente familiare corrispondente all'interesse dei minori non poteva, per

altro verso, affermarsi la propria competenza per essere la residenza a (*Omissis*) una residenza transitoria.

La sig.ra C. ha presentato memoria.

Omissis

Che:

Questa Corte ha recentemente confermato il suo orientamento in merito all'individuazione del giudice territorialmente competente ad adottare i provvedimenti di cui agli artt. 337-bis ss., affermando che "In materia di esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice territorialmente competente è quello del luogo in cui il minore ha la 'residenza abituale' al momento della domanda", a tale accertamento "concorrono una pluralità di indicatori da valutarsi anche in chiave prognostica, al fine di individuare, insieme al luogo idoneo a costituire uno stabile centro di vita ed interessi del minore, il giudice che, alle condizioni in essere al momento della domanda, possa dare migliore risposta alle correlate esigenze" (Cass. n. 15835/2021). Nel caso di specie, in cui il trasferimento dei minori e il loro conseguente cambio di residenza è avvenuto in un momento particolarmente prossimo all'instaurazione della controversia da parte del sig. O., occorre preliminarmente verificare che il trasferimento stesso non sia stato preordinato solo a distogliere il procedimento dal suo giudice naturale, ma al contrario che si tratti di un mutamento attuato con l'intento di una stabilizzazione e sul presupposto della sopravvenuta inidoneità alla permanenza della precedente residenza perché non più conforme all'interesse dei minori. Questa Corte infatti aveva già avuto modo di precisare che, in relazione al luogo di residenza abituale, "non può farsi riferimento ad un dato meramente quantitativo, rappresentato dalla prossimità temporale del trasferimento di residenza e dalla maggiore durata del soggiorno in altra città, essendo, invece, necessaria una prognosi sulla probabilità che la 'nuova' dimora diventi l'effettivo e stabile centro d'interessi del minore" (Cass. n. 21750/2012; n. 27153/2017).

Alla luce di quanto rilevato nell'ordinanza dal Tribunale di Varese, ovvero con riferimento alle circostanze per cui:

a) la sig.ra C. ha allontanato i figli dalla residenza paterna in modo “non ingiustificato” (dato supportato anche dalle pervenute relazioni del centro antiviolenza della zona a cui la madre si è rivolta prima di trasferirsi); b) ha agito in modo da far ragionevolmente presumere la volontà di stabilirsi in modo duraturo nella nuova dimora a (*Omissis*) (trasferimento residenza, ricerca di stabilizzazione della posizione lavorativa, inserimento dei figli nel contesto sociale del luogo, non solo frequentando la scuola ma anche le attività sportive e l’oratorio); c) dalle relazioni dei servizi sociali risulta che i minori, grazie anche al sostegno affettivo della famiglia materna, godono di una ritrovata serenità ed equilibrio; d) il Tribunale di Varese ha disposto l’iscrizione dei figli alla scuola del luogo ed ha individuato come riferimento per la pianificazione e il monitoraggio delle visite paterne ai minori i Servizi Sociali del comune di (*Omissis*), vi è ragione di ritenere che, al momento della proposizione della

domanda di affidamento mentre Reggio Calabria non poteva costituire più la residenza abituale familiare, se non a costo di un grave nocumento per la serenità e la crescita dei minori, (*Omissis*) si avviava ad essere per i minori il possibile centro delle loro relazioni affettive e sociali e dei loro interessi e nel corso del giudizio ha assunto il connotato di un luogo di residenza abituale sia pure in una fase di stabilizzazione. Su questi presupposti va esclusa sia la competenza del Tribunale di Reggio Calabria che del Tribunale di Varese mentre deve essere dichiarata la competenza del Tribunale di Pavia.

P.Q.M.

Dichiara la competenza territoriale del Tribunale di Pavia. Dispone che in caso di pubblicazione o diffusione della presente ordinanza siano omesse le generalità e i dati identificativi delle parti.

Cassazione Civile, Sez. I, 1° luglio 2022, n. 21054, ord. - Pres. Bisogni - Rel. Conti - C.O. c. G.E.

Il coniuge separato che intende trasferire la sua residenza lontano da quella dell’altro coniuge, non perde - per ciò solo - l’idoneità ad avere in affidamento i figli minori o a esserne collocatario, in quanto stabilimento e trasferimento della propria residenza e sede lavorativa costituiscono oggetto di libera e non coercibile opzione dell’individuo, espressione di diritti fondamentali di rango costituzionale. Ne consegue che il giudice di merito deve esclusivamente valutare se sia maggiormente funzionale all’interesse della prole il collocamento presso l’uno o l’altro dei genitori, per quanto ciò ineluttabilmente incida in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non collocatario.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi

Cass. Civ. 6 ottobre 2021, n. 27142; Cass. Civ. 27 novembre 2020, n. 27160, ord.; Cass. Civ. 14 settembre 2016, n. 18087.

Omissis

Premesso che:

la Corte di appello di Brescia, con decreto n. 579/2020 pubblicato il 9.12.2020, confermava il provvedimento reso dal tribunale di Bergamo che, in accoglimento del ricorso proposto da G.E., aveva autorizzato la ricorrente a trasferire a (*Omissis*) la propria residenza e quella del figlio minore - C.F. - nato l’(*Omissis*) e collocato presso la madre, consentendo l’iscrizione del minore presso un istituto scolastico nella nuova città, con diritto di prelievo da parte del padre - C.O. - due week-end al mese alternati a partire dal venerdì, dopo l’uscita del minore da scuola, e fino alle 19.00 di domenica sera, oltre ai periodi di vacanza; secondo la Corte di appello non poteva essere trascurato il diritto del coniuge affidatario di trovare un’occupazione lavorativa in un luogo diverso da quello in cui si trova la dimora del padre del minore, non essendo una tale scelta in sé idonea a pregiudicare l’affidamento e dovendo per contro il giudice unicamente verificare il collocamento più funzionale a salvaguardare il benessere del figlio; circostanze che, nel caso concreto deponevano nel

senso di ritenere, allo stato, ancora proficuo il collocamento del piccolo F. presso la madre, ove aveva da sempre vissuto, a pena di determinare - in caso contrario - uno sconvolgimento dell’equilibrio del minore, non apparendo, peraltro, pretestuosa la scelta della genitrice di lasciare la città di (*Omissis*) in cui la stessa lavorava, in vista del suo inserimento in (*Omissis*); il mancato riavvicinamento del minore al padre, secondo il ragionamento della Corte di appello, non trovava origine nella volontà alienante della madre diretta a favorire l’allontanamento del piccolo F. dal padre; nemmeno si rendeva opportuna, ad avviso dei giudici di secondo grado, una nuova c.t.u. che, in mancanza di situazioni di disagio del minore, avrebbe avuto valenza meramente esplorativa; il C. ha proposto reclamo avverso il decreto della Corte di appello bresciana indicato in epigrafe deducendone l’illegittimità; la G. si è costituita con comparsa di costituzione, chiedendo il rigetto del reclamo, pure depositando memoria ex art. 380 bis c.p.c.

Rilevato che:

con il primo motivo il C. deduce - in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 5, la violazione degli artt. 317 *bis* e 337 *ter* c.c. nonché della risoluzione del Consiglio d'Europa n. 2079 del 2015; dell'art. 9, comma 3, e art. 18 della convenzione di New York del 20 novembre 1989; dell'art. 24, comma 3, della carta di Nizza del 7 dicembre 2000, dolendosi altresì dell'omessa e/o apparente motivazione, avendo il tribunale autorizzato il trasferimento del minore a (*Omissis*) insieme alla madre, senza che ciò corrispondesse all'effettivo interesse del figlio. Il ricorrente lamenta l'assenza di un'adeguata motivazione, da parte della Corte di appello, sulle ragioni addotte a sostegno del trasferimento del minore in una città nella quale non aveva forti legami; i giudici non avrebbero tenuto conto delle capacità genitoriali del ricorrente, già acclamate nell'ambito di una c.t.u. disposta in altro procedimento. Peraltro, evidenzia il ricorrente, la particolare condizione della madre del minore, accertata nell'ambito della ricordata c.t.u., avrebbe dovuto suggerire, nell'esclusivo interesse del minore, un incremento degli incontri con il padre, magari previo esperimento di una nuova c.t.u., anche al fine di scongiurare la grave alienazione genitoriale quale inevitabile effetto, ai danni del ricorrente, del trasferimento della G., la quale nemmeno svolgeva attività lavorativa a Bologna o in Emilia Romagna, risultando, allo stato, unicamente inserita nella graduatoria per il reparto di pediatria nella città di (*Omissis*). Lamenta ancora il ricorrente che il provvedimento impugnato avrebbe pregiudicato il superiore interesse del minore, che ha carattere preminente rispetto agli altri interessi coinvolti, peraltro ingiustamente ponendo a carico del padre le spese di viaggio, quale conseguenza di una scelta unilaterale della madre di F., pregiudizievole rispetto ad un affidamento materialmente condiviso, raramente attuato nell'ordinamento positivo interno, malgrado il contenuto precettivo di cui all'art. 337 c.c.;

con il secondo motivo il C. ha prospettato la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., risultando la condanna eccessiva e non parametrata alle nuove disposizioni in materia di compensi legali;

la G. ha sostenuto l'infondatezza del reclamo, in particolare osservando che:

a) il provvedimento del Tribunale di Bergamo era stato prontamente eseguito, avendo pertanto la stessa rassegnato le dimissioni dall'attività di medico presso l'Ospedale di (*Omissis*), che sarebbero divenute efficaci al termine del periodo di preavviso, e che il minore già frequentava nel nuovo contesto territoriale anche attività extracurricolari con profitto;

b) già prima del provvedimento del Tribunale di Bergamo gli incontri del minore con il padre erano stati incrementati, con il suo pieno consenso, ciò determinando la pretestuosità delle accuse di alienazione parentale proposte dal ricorrente, del resto già individuato come genitore co-affidatario;

c) la richiesta di trasferimento a (*Omissis*), ove pure dimorava parte del nucleo familiare d'origine della stessa - zie, zii del piccolo F. e nipoti -, era derivata dal desiderio di incrementare la redditività della propria attività lavorativa quale pediatra, attraverso lo scorrimento all'interno

delle graduatorie regionali, ove la stessa si era collocata positivamente già nei pregressi anni, desistendo allora dal trasferimento proprio nell'interesse del minore allo scopo di favorirne il benessere e la crescita, una volta che lo stesso, non più in tenerissima età, aveva progressivamente maturato un legame proficuo col padre.

Osserva in diritto

Il ricorso, ammissibile in base alla costante giurisprudenza di questa Corte - cfr. Cass. n. 12018/2019 - è infondato nel merito.

A torto, infatti, il ricorrente lamenta con il primo motivo la lesione di una pluralità di fonti normative, interne e sovranazionali, sinteticamente dolendosi del pregiudizio che avrebbe cagionato all'interesse superiore del minore F. la scelta, condivisa dal Tribunale bergamasco prima, e dalla Corte di appello di Brescia in sede di reclamo, di assecondare la volontà della madre, affidataria e collocataria, di trasferirsi da (*Omissis*) a (*Omissis*) insieme al figlio F., in tal modo modulando diversamente gli incontri con l'altro genitore solo affidatario e residente a (*Omissis*).

Orbene, le censure esposte dal ricorrente non sembrano trovare conferma alcuna nel provvedimento adottato dalla Corte di appello, essendosi quest'ultima data carico di esplicitare le ragioni che hanno reso non solo privo di pregiudizio, ma anche favorevole per il benessere del minore detto trasferimento. In particolare, la Corte di appello ha evidenziato per un verso che "...la madre è certamente il genitore di riferimento per il figlio, di soli sei anni, che per i primi tredici mesi non ha avuto alcun rapporto col padre e, successivamente, ha iniziato a frequentare il padre due pomeriggi a settimana, dalle 15 alle 17, per poi passare, dal 01.12.2017, ad una frequentazione a fine settimana alternati, dalle 10 del sabato alle h. 19 della domenica, oltre ai periodi di vacanza." La Corte, dopo aver escluso la possibilità di una modifica del regime di collocamento "senza creare uno sconvolgimento degli equilibri del minore" in ragione del rapporto padre-minore, sicuramente consolidatosi nel tempo, ma non al punto da considerare praticabile la soluzione prospettata dal ricorrente di modifica del collocamento, ha inteso uniformarsi ai criteri espressi da questa Corte - cfr. Cass. n. 18087/2016 - allorché ha chiarito che il coniuge separato che intenda trasferire la sua residenza lontano da quella dell'altro coniuge, non perde - per ciò solo - l'idoneità ad avere in affidamento i figli minori o ad esserne collocatario, in quanto "stabilimento e trasferimento della propria residenza e sede lavorativa costituiscono oggetto di libera e non coercibile opzione dell'individuo, espressione di diritti fondamentali di rango costituzionale". Per modo che il giudice, ove il primo aspetto non sia in discussione, come nel caso, deve esclusivamente valutare se sia maggiormente funzionale all'interesse della prole il collocamento presso l'uno o l'altro dei genitori, per quanto ciò ineluttabilmente incida in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non collocatario (Cass. n. 9633/2015, Cass. n. 18087/2016, Cass. n. 19455/2019, Cass. n. 5604/2020).

Orbene, la Corte di merito, avuto riguardo al preminente interesse del minore ed in continuità con la giurisprudenza appena ricordata, ha ritenuto che, sulla base di un compendio di elementi fattuali valutati con apprezzamento incensurabile, il regime di affidamento condiviso con collocamento presso la madre, pur trasferita in altra città, in una prospettiva di miglioramento della sua condizione economica, non possa essere di ostacolo al rapporto padre-figlio, né tantomeno pregiudicare il preminente interesse del minore.

Il giudice di appello ha quindi valutato la non opportunità di modificare il regime di collocamento, in mancanza di elementi dai quali inferire la volontà della madre di attentare al legame del minore con il padre che, anzi, ha osservato la Corte di appello, si era andato progressivamente intensificando, con ciò escludendo gli asseriti atteggiamenti alienanti della madre del minore.

D'altra parte, la stessa Corte ha ponderato l'esistenza della possibilità per il padre di organizzare liberamente gli spostamenti per stare con il figlio, perciò ritenendo la decisione del giudice di primo grado "idonea a garantire la bigenitorialità" pur con i limiti oggettivi derivanti dalla distanza tra le residenze dei due genitori.

In definitiva, la soluzione adottata dalla Corte di appello ha inteso operare un bilanciamento fra gli interessi e le esigenze dei due genitori che tiene conto, da un lato, delle prospettive lavorative della madre e, dall'altro, della possibilità per il padre di regolare in modo elastico gli incontri col minore, ormai ben inserito nel nuovo contesto territoriale e scolastico. Tanto esclude di poter riscontrare i pregiudizi paventati dal ricorrente, non potendosi peraltro in questa sede valutare le questioni di ordine patrimoniale connesse agli oneri incombenti sul padre al fine di rendere possibili gli incontri, nemmeno fatte oggetto di ricorso per Cassazione.

Il secondo motivo di ricorso è infondato, ove si consideri che la condanna alle spese pronunziata dalla Corte di appello si è basata sul criterio della soccombenza del C. in sede di reclamo, non potendosi ipotizzare dunque un contrasto con l'art. 91 c.p.c., nemmeno rientrando nel perimetro del sindacato di questa Corte la valutazione delle proporzioni della soccombenza né della determinazione delle quote in cui le spese processuali debbono ripartirsi o compensarsi tra le parti, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., comma 2 (v. Cass. n. 30592/2017, da ult. cfr. Cass. n. 14459/2021), restando per il resto la censura, laddove ipotizza un'eccessività delle spese liquidate, carente di autosufficienza, in mancanza della individuazione precisa delle violazioni al D.M. n. 55 del 2014, genericamente prospettate.

Le spese seguono la soccombenza.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso dallo stesso art. 13, comma 1 *bis*, se dovuto.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida in favore della contro-ricorrente in Euro 2300,00, di cui Euro 200,00 per spese, oltre accessori come per legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso dallo stesso art. 13, comma 1 *bis*, se dovuto.

Omissis

Trasferimenti di residenza (legittimi e illegittimi), conflitti di competenza e interesse del minore

di Filippo Danovi ()*

Le due ravvicinate pronunce della Cassazione affrontano il delicato tema dei potenziali conflitti di competenza che possono ingenerarsi nei giudizi della crisi familiare nei casi di trasferimento non autorizzato del minore in altro comune. In queste ipotesi, la libera e non coercibile volontà del genitore di trasferire altrove la propria residenza, riflesso di un diritto che trova copertura anche a livello costituzionale, deve necessariamente confrontarsi con le legittime esigenze dell'altro genitore, ma soprattutto con il superiore interesse del minore a poter crescere nell'ambiente per lui più confacente. Nessun automatismo, dunque, può essere previsto, ma una rilevante incidenza della discrezionalità giudiziale, volta a selezionare i dati di ogni fattispecie e individuare la soluzione preferibile nell'interesse del minore. Esigenze di certezza hanno tuttavia spinto il legislatore a individuare alcuni punti fermi e a stabilire una nuova disciplina sul tema con la riforma del processo civile.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Le vicende

Con le due pronunce in epigrafe la Cassazione si trova ad affrontare, in una prospettiva temporalmente ravvicinata, il tema di come possa incidere nella crisi familiare la volontà del genitore collocatario di trasferire, insieme alla propria residenza, anche quella degli eventuali figli minori allo stesso affidati o presso lo stesso prevalentemente residenti. Il conflitto familiare produce infatti quale inevitabile conseguenza la scissione di un nucleo prima unitario, e le nuove prospettive di vita che si schiudono per entrambi i genitori e che possono comportare il trasferimento della loro residenza in altro luogo rischiano di riflettersi sulla vita dei figli, in termini di cambiamento non soltanto del luogo di residenza anche per questi ultimi, ma altresì di relazione, a motivo delle maggiori difficoltà di frequentazione e rapporto con l'altro genitore.

La nozione di residenza abituale del minore

Nel nostro ordinamento esiste ancora il concetto di residenza della famiglia. L'art. 144 c.c. prevede infatti che "i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa". La norma già individua, pertanto, l'esistenza di possibili ragioni di ordine superiore rispetto a quelle individuali, che possono sorreggere la volontà di uno dei coniugi (e in senso più ampio del singolo genitore) di determinare la residenza.

Accanto a tale concetto, la riforma della filiazione del 2012/2013 ha poi introdotto anche l'ulteriore nozione di residenza abituale del minore. L'art. 316, comma 1, c.c., norma intitolata alla responsabilità genitoriale, prevede che "...I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore". Anche sotto questo profilo, pertanto, la regola generale è quella di individuare in modo condiviso quale sia il centro di riferimento affettivo, educativo e sociale per i figli minori.

Anche nelle ipotesi di crisi della famiglia il concetto in esame viene espressamente tenuto in considerazione dal legislatore. L'art. 337-ter, comma 3, c.c. stabilisce, tra l'altro, che: "La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione,

all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice".

L'alternativa che il legislatore ha dunque preso in considerazione in questo ambito è quella di privilegiare sempre l'accordo tra i genitori, e in via sostitutiva di considerare necessario un intervento da parte del giudice.

Residenza e competenza

La nozione di residenza ha importanti riflessi anche nella dimensione processuale, in ordine alla determinazione della competenza. In particolare, per quanto riguarda la competenza per i giudizi civili relativi alla crisi familiare, le disposizioni di riferimento sono diverse.

Per l'ipotesi della separazione, il legislatore del 2005 ha introdotto il nuovo criterio attributivo di competenza dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio (art. 706, comma 1, c.p.c.). È peraltro evidente che la residenza dei coniugi, laddove comune, rappresenti altresì la residenza dell'intero nucleo familiare, e postuli in tal senso un'identica residenza anche per i figli minori; e non è infrequente, oltre tutto, che per verificare la competenza comune si faccia riferimento non già al dato meramente anagrafico quanto alla presenza di indicatori rilevanti, tra i quali quelli relativi alla vita effettiva e concreta dei figli minori hanno decisamente un'incidenza determinante.

Ancora, con la stessa novella del 2005 era stata analogamente modificata la speculare disposizione sul divorzio (art. 4, comma 1, l. div.), ma la disposizione è stata in seguito ritenuta incostituzionale dal Giudice delle Leggi (1), per contrasto con l'art. 3 Cost. e manifesta irragionevolezza, nella misura in cui il riferimento all'ultima residenza comune perdeva qualsiasi significato per lo scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, atteso da un lato lo iato temporale (allora ancora tre anni) necessario per la proposizione della domanda nel relativo giudizio, e dall'altro le diverse ragioni che sorreggono l'istituto del divorzio rispetto alla separazione e che fanno riferimento a un'unità familiare già anche formalmente perduta

(1) Così Corte cost. 23 maggio 2008, n. 169, in questa *Rivista*, 2008, 669 ss., con nota di Tommaseo, *Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio: una sentenza scontata o un'occasione perduta?*; e in *Famiglia e*

minori (Guida al Diritto - Il Sole 24 Ore), 2008, 7, 44 ss., con nota di Danovi, *La domanda di divorzio non si presenta più nel luogo di ultima residenza comune*.

con la separazione. Sul punto la dottrina non ha peraltro mancato di evidenziare come la soluzione data dal Giudice delle Leggi appaia oggi meno congruente da un lato alla luce della significativa contrazione operata dal legislatore dei tempi per proporre la domanda di divorzio, e dall'altro proprio per le ipotesi di presenza di figli minori, in cui l'individuazione di un giudice di prossimità rispetto agli stessi rischia di essere minata dalla prevalenza del foro del coniuge convenuto (2).

Anche per i procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, pur nell'assenza di indicazioni espresse nell'art. 337-ter ss. c.c., la giurisprudenza applica costantemente il concetto della residenza abituale del minore (3).

E infine, anche l'art. 709-ter c.p.c. precisa che "Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore".

Si fa quindi strada dal punto di vista processuale e ai fini della determinazione della competenza una concezione paidocentrica, che individua nel minore, al di là della specifica attribuzione della qualità di parte, il soggetto da preservare con maggiore enfasi e intorno al quale far ruotare, attraverso l'individuazione del giudice competente, l'intera dimensione del giudizio. Questa concezione viene ulteriormente valorizzata e stabilizzata, come si dirà in seguito, dall'imminente riforma del processo civile.

I casi di trasferimento legittimo della residenza...

Questa essendo la stretta compenetrazione sussistente tra la nozione di residenza abituale del minore e l'individuazione della competenza, occorre verificare quali conseguenze si possano determinare nelle ipotesi in cui la residenza sia oggetto di trasferimento. In ambito giuridico si suole distinguere l'ipotesi del trasferimento legittimo da quello illegittimo.

Di per sé la scelta di un genitore di determinare una nuova residenza a livello personale è atto sempre legittimo, anche in assenza di un accordo con il *partner*, tenuto conto dei principi di libertà individuale e di libera circolazione (e dunque con essi

anche di libera scelta della residenza) fissati nella Costituzione, in particolare negli artt. 13 e 16 Cost. In questa prospettiva la Cassazione, riprendendo una linea già evidenziata in precedenti occasioni (4), ha tra l'altro avuto modo di esplicitare nell'ordinanza Cass. Civ. n. 21054/2022 che "stabilimento e trasferimento della propria residenza e sede lavorativa costituiscono oggetto di libera e non coercibile opzione dell'individuo, espressione di diritti fondamentali di rango costituzionale".

Se però l'adulto non vive solo, ma è parte di una famiglia nella quale vi siano figli minori, la situazione muta in modo decisivo, in quanto occorre verificare come l'esercizio di tale diritto possa esplicare riflessi sulla sfera esistenziale dei figli minori, modificandone le abitudini e le modalità di vita, anche tenuto conto della figura dell'altro genitore e di ulteriori rapporti affettivi, educativi e sociali dei minori stessi.

Vi è dunque in queste ipotesi l'esigenza di attuare un contemperamento tra l'interesse del genitore, considerato singolarmente e anche nella relazione con l'interesse dell'altro (in ciò sta il fondamento del diritto alla cogenitorialità), e l'interesse (comunque superiore) del figlio stesso (5).

In questa prospettiva, la legge considera di regola il trasferimento della residenza come legittimo unicamente se in merito si sia previamente raggiunto un accordo da parte di entrambi i genitori. La prescrizione del consenso dell'altro, in altri termini, costituisce in questo caso una nuova declinazione e attualizzazione all'interno della crisi familiare delle sopra richiamate regole fissate negli artt. 316, comma 1, e 337-ter, comma 3, c.c. (6).

Questa regola fa peraltro salve alcune ipotesi specifiche in cui, anche in assenza di un previo accordo e del consenso dell'altro genitore, il trasferimento possa comunque ritenersi legittimo.

Questo avviene ad esempio nei casi in cui uno dei genitori sia stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale, o siano state pronunciate specifiche limitazioni nei suoi confronti, perché in queste ipotesi il genitore che continua a esercitare la responsabilità può assumere la scelta in questione. E

(2) In tal senso v. Ficcarelli, *Considerazioni critiche in tema di competenza territoriale del giudice del divorzio*, in questa *Rivista*, 2019, 1062 ss.

(3) Cfr. *explurimis* Cass. Civ. 15 novembre 2017, n. 27153, ord.; Cass. Civ. 20 ottobre 2015, n. 21285, ord.

(4) Cfr. ad es. Cass. Civ. 6 ottobre 2021, n. 27142; Cass. Civ. 27 novembre 2020, n. 27160, ord.; Cass. Civ. 14 settembre 2016, n. 18087, in *Guida dir.*, 2016, 41, 36 ss., con nota di Fiorini, *Necessario preservare la continuità delle relazioni*.

(5) Così già Trib. min. dell'Emilia Romagna 6 febbraio 2007, decr., in questa *Rivista*, 2007, 813 ss., con nota di Arceri, *Ancora in tema di diritto del minore alla bigenitorialità e libertà dei genitori di trasferire la residenza*.

(6) Per un'esemplificazione giurisprudenziale del principio v. Trib. Pisa 20 dicembre 2006, in questa *Rivista*, 2007, 1051 ss., con nota di Jannaccone, *Affidamento condiviso e mantenimento della residenza dei figli*.

analogamente, si ritiene che il trasferimento possa essere compiuto in via unilaterale nei casi di affidamento superesclusivo o esclusivo rafforzato, di cui all'art. 337-*quater*, comma 3, c.c. (7).

In ogni caso, la legittimità del trasferimento può sempre essere oggetto di apposita verifica (e relativa pronuncia) giudiziale. È in sostanza il giudice che, nel complessivo quadro posto alla sua attenzione, può stabilire se sussistano i presupposti per il trasferimento del minore, anche in assenza del consenso (o addirittura malgrado l'espreso rifiuto) di uno dei genitori. In questa prospettiva, se pure in passato vi è stato il tentativo di inquadrare entro precisi binari e criteri la lettura da parte dell'autorità giudiziaria delle motivazioni che hanno spinto il trasferimento di residenza (8), oggi si ritiene in sostanza che la valutazione che il giudice è chiamato a compiere sia naturalmente sempre relativa a individuare il migliore interesse del minore nella fattispecie concreta. In particolare, la Suprema Corte ha avuto modo di specificare che il giudice deve sempre adottare la soluzione ritenuta maggiormente idonea per preservare la cura, la crescita e lo sviluppo del minore (9). In questo senso, quindi, il criterio orientatore da seguire deve sempre essere quello dell'interesse del minore, e non già quello di un'astratta, apodittica e incondizionata *maternal preference*.

Talvolta, poi, in questo ambito il giudice finisce per attribuire anche particolare valore alle motivazioni personali che possono sorreggere la scelta del genitore collocatario, quali ad esempio il bisogno di trasferirsi in altro luogo per ragioni di lavoro (10). A quest'ordine pare ricollegarsi anche il primo dei casi in commento portati all'attenzione della Cassazione, in cui il trasferimento di residenza è stato motivato da violenze e comportamenti dell'altro genitore tali da legittimare la necessità di reperire un nuovo equilibrio e la scelta di una nuova dimensione di vita per la vittima delle violenze.

... e quelli di trasferimento illegittimo

Se dunque è pacifico che il trasferimento legittimo rende a tutti gli effetti stabile il nuovo nucleo e vale altresì quale criterio attributivo di competenza, diversa è la situazione nei casi in cui il trasferimento della prole venga posto in essere da un genitore in via unilaterale, senza il consenso dell'altro. Tale atto, per la sua contrarietà al sistema e alle norme regolatrici della materia, è stato qualificato *apertis verbis* come illecito nella giurisprudenza (11). Nel caso in cui il trasferimento illecito sia tuttora in corso, e quindi il relativo *iter* non si sia ancora perfezionato, il tribunale può sempre disporre in via d'urgenza che venga data notizia al Comune di destinazione dei minori della illiceità del trasferimento stesso, per l'assunzione delle misure di sua competenza.

In ogni caso, per una parte della giurisprudenza il trasferimento unilaterale di residenza del minore non può essere considerato idoneo a incardinare la competenza territoriale del tribunale sulla base della nuova certificazione anagrafica, dovendo a tal fine sempre prevalere il criterio della (precedente) residenza abituale (12).

A questi fini, peraltro, sorge il problema, sul quale non si registra uniformità di vedute in giurisprudenza, delle conseguenze ricollegabili al trasferimento attuato in assenza di un previo accordo o della altrimenti necessaria autorizzazione giudiziale. Secondo un indirizzo più rigoroso, in queste ipotesi il giudice avrebbe il potere di emanare anche misure sanzionatorie nei confronti del genitore che ha attuato il trasferimento (13), e comunque sempre il dovere di riesaminare la situazione relativa all'affidamento e al collocamento del minore (14); secondo la linea che la Suprema Corte va da ultimo consolidando, invece, e come precisato anche nell'ordinanza in commento n. 21054/2022, il trasferimento pur se avvenuto in assenza di un previo accordo non può essere di per sé solo considerato alla stregua di ragione determinante un cambiamento automatico del regime di

(7) Sul punto v. ad es. Trib. Milano, Sez. IX civ., 20 marzo 2014, ord.

(8) Cfr. in questo senso Trib. Milano, Sez. IX civ., 12 agosto 2014, ord., in questa *Rivista*, 2015, 705 ss., con nota di Arceri, *Diritto alla bigenitorialità e trasferimento di residenza. I criteri di decisione del conflitto in una sentenza del Tribunale di Milano*, che ha individuato una serie di criteri volti a orientare la valutazione del giudice in ordine al programmato trasferimento di residenza da parte del genitore.

(9) Così Cass. Civ. 19 febbraio 2020, n. 4258, ord.

(10) In questo senso ad es. App. Ancona 27 dicembre 2016, n. 2341, decr.

(11) Cfr. sul punto Trib. Milano, Sez. IX, 16 settembre 2013, Pres. Servetti, Est. Cosmai; Trib. Milano, Sez. IX, 13 novembre 2013, Pres. Servetti, Rel. Buffone; v. anche, sentenza Cass. Civ., Sez. I, 20 giugno 2012, n. 10174.

(12) Così Trib. Milano, Sez. IX, 16 settembre 2013, cit.

(13) In questo senso Cass. Civ. 26 marzo 2015, n. 6132, in *Foro it.*, 2015, V, 1543 ss.

(14) Così Cass. Civ. 6 ottobre 2021, n. 27142, in questa *Rivista*, 2022, 601 ss., con nota di Gelli, *Trasferimento della residenza del genitore affidatario: una scelta insindacabile?*

affidamento. In questa prospettiva, a seguito del trasferimento, pur se illegittimo, il coniuge non perde dunque - per ciò solo - l'idoneità a mantenere in affidamento i figli minori o a esserne considerato collocatario in via prevalente, in quanto secondo la Cassazione devono comunque essere indagate se necessario anche *ex post* le ragioni che lo hanno determinato. Così ragionando, la fissazione e il trasferimento della propria residenza e sede lavorativa costituiscono oggetto di scelte libere e non coercibili, espressione di diritti fondamentali di rango costituzionale e in quanto tali sempre idonee a dare giustificazione della scelta compiuta. In tali ipotesi, dunque, la sola conseguenza è che spetterà al giudice valutare se in ragione del proposto (o addirittura attuato) trasferimento sia maggiormente funzionale all'interesse della prole il collocamento ancora presso il genitore trasferito ovvero presso l'altro, per quanto la soluzione inevitabilmente possa incidere in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore che all'esito del provvedimento risulti non collocatario. Ma questa indagine, come è intuibile, dovrà essere incentrata esclusivamente sull'interesse del minore, e non avrà quindi ulteriori riflessi ai fini della modifica per il genitore di una nuova situazione di fatto e giuridica ormai radicata.

Il trasferimento in altro Stato

Il tema del trasferimento di residenza diviene ancor più complesso laddove lo stesso venga attuato al di fuori dei confini nazionali.

Sono purtroppo tutt'altro che infrequenti i casi di c.d. "kidnapping domestico", ovvero di sottrazione internazionale di un minore da parte di un genitore, posta in essere attraverso l'abuso di una situazione temporanea di diritto (esistenza di un provvedimento di affidamento o custodia provvisoria del minore), o, peggio ancora, un abuso *tout court*. In questo ambito, come è noto, la disciplina per ovviare ai problemi che il fenomeno pone è affidata alla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, alla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo e alla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in

materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

Accanto agli strumenti sovranazionali volti a ovviare al fenomeno e ad assicurare il rimpatrio dei minori illecitamente trasferiti, si pone tuttavia altresì un tema di individuazione del giudice competente (*rectius*, dotato di giurisdizione) per assumere i provvedimenti sull'affidamento di minori, nei casi con elementi di transnazionalità (15). A questo riguardo, proprio di recente, la Cassazione ha rimesso con ordinanza interlocutoria il quesito alle Sezioni Unite (16), invitandole a pronunciarsi sull'incidenza del fattore temporale ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale tra i diversi Stati aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1996 nelle ipotesi di procedimenti inerenti all'affidamento dei minori dei quali uno dei genitori abbia trasferito la residenza abituale. Per la soluzione del problema incidono invero diversi fattori, quali l'individuazione della residenza abituale del minore, il dato temporale dell'avvenuto trasferimento, il criterio della prevenzione, e finanche la relazione di fiducia tra i diversi Stati facenti parte della Convenzione, non sempre necessariamente convergenti.

Nuova residenza, stabilità della scelta e indici presuntivi

Nel quadro generale che si è delineato, la Suprema Corte ribadisce nella prima delle ordinanze in commento (Cass. Civ. n. 17089/2022) principi già consolidati nella materia, sottolineando in particolare come nell'ipotesi di trasferimento di residenza sia necessario verificare che vi sia un reale sottostante progetto di ancorare in concreto e in via effettiva la nuova residenza ad altro Comune.

Già in precedenza la Suprema Corte aveva avuto modo di precisare (17) che la residenza abituale "è il luogo dove il minore ha consolidato, consolida, ovvero potrà consolidare una rete di affetti e relazioni, tali da assicurargli un armonico sviluppo psicofisico", aggiungendo che non deve quindi necessariamente farsi riferimento, alla data della domanda, né "ad un dato meramente quantitativo (prossimità temporale del trasferimento; maggior durata del soggiorno, ecc.) ma soprattutto, in caso di recente trasferimento di un minore, sarà necessaria una prognosi sulla possibilità che la nuova

(15) Su questi temi, e sul ruolo fondamentale dei Regolamenti in materia dell'Unione Europea v. da ultimo Spaccapelo, *Profili processuali e tutele della separazione e del divorzio delle coppie internazionali*, Pisa, 2022, spec. 39 ss.

(16) Cass. Civ. 5 gennaio 2022, n. 161, ord.

(17) Così Cass. Civ. 14 dicembre 2017, n. 30123, ord.; Cass. Civ. 20 ottobre 2015, n. 21285, ord.

dimora diventi l'effettivo stabile e duraturo centro di affetti ed interessi del minore stesso ma pure che il trasferimento non si configuri come mero espediente per sottrarre il minore alla vicinanza dell'altro genitore o alla disciplina generale della competenza territoriale".

Per tale indagine, e per l'accertamento della residenza abituale del minore afferma in particolare la Corte nell'ordinanza n. 17089/2022 che "concorrono una pluralità di indicatori da valutarsi anche in chiave prognostica, al fine di individuare, insieme al luogo idoneo a costituire uno stabile centro di vita ed interessi del minore, il giudice che, alle condizioni in essere al momento della domanda, possa dare migliore risposta alle correlate esigenze".

La discrezionalità giudiziale deve dunque essere orientata nel senso di indagare, con ogni mezzo a disposizione e se necessario anche attraverso indici presuntivi, la concretezza del trasferimento effettuato e la serietà del sottostante progetto di vita.

Competenza del giudice civile e residenza abituale nella riforma del processo civile

Il collegamento tra residenza abituale del minore e determinazione della competenza non è sfuggito al legislatore della riforma, che, in ossequio ai principi di delega stabiliti nella L. 26 novembre 2021, n. 206 (18), con il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha individuato una specifica disciplina in tema.

Così, ad esempio, all'art. 316 c.c., dopo la conferma contenuta nel comma 1 per la quale "I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore", si è ritenuto di precisare espressamente nel comma 2 che tra le questioni di particolare importanza per le quali in caso di contrasto i genitori possono rivolgersi al giudice, rientrano espressamente "quelle relative alla residenza abituale e all'istituto scolastico del figlio minore".

Con riferimento alla competenza per territorio, poi, il nuovo art. 473-bis.11 c.p.c. stabilisce che "Per tutti i procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che riguardano un minore, è competente il tribunale del luogo in cui il minore ha la residenza abituale", subito aggiungendo che "Se vi è stato trasferimento del minore non autorizzato e non è decorso un anno, è competente il tribunale del luogo dell'ultima residenza abituale del minore prima del trasferimento".

Come si può notare, dunque, il legislatore della riforma non soltanto ha individuato nel criterio della residenza abituale del minore il modello generale di riferimento per l'individuazione della competenza in tutte le ipotesi di procedimenti minorili (19), ma ha altresì ritenuto di disciplinare espressamente anche il caso di illecito (*rectius*, "non autorizzato") trasferimento del minore, prevedendo che lo stesso non sia idoneo a radicare la competenza del giudice civile presso il tribunale nel cui circondario si trova il comune di nuova residenza, ma permanga una sorta di "ultrattività" del giudice naturale del luogo dove il minore aveva in precedenza la propria residenza abituale.

Tale criterio, in quanto non rispondente alla realtà fattuale, non può ovviamente avere una durata *sine die*, per intuibili e in un certo senso simmetriche e speculari esigenze di certezza e stabilità. È per questo motivo, pertanto, che si è stabilito che il genitore che intenda opporsi all'attuato trasferimento debba agire entro un anno, poiché diversamente la mancata attivazione del giudizio costituisce un comportamento inequivocabile di successiva acquiescenza implicita verso l'attuato trasferimento.

In tal modo, dunque, diverrà più rigoroso e cogente il rispetto del principio della necessaria fissazione consensuale o giudiziale della residenza, assicurando, oltre alla certezza del diritto, anche una maggiore stabilità della vita del minore.

(18) In particolare, ai sensi dell'art. 1, comma 23, lett. d), L. 26 novembre 2021, n. 206, il legislatore delegato è stato invitato a "procedere al riordino dei criteri di competenza territoriale, prevedendo quale criterio di competenza prevalente quello della residenza abituale del minore che corrisponde al luogo in cui si trova di fatto il centro della sua vita al momento della proposizione della domanda, salvo il caso di illecito trasferimento, prevedendo altresì che per il cambio di residenza ovvero per la scelta

dell'istituto scolastico anche prima della separazione dei genitori sia sempre necessario il consenso di entrambi i genitori, ovvero, in difetto, del giudice". Per un commento a tale criterio di delega v. Vecchio, *La competenza*, in Cecchella (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie. Legge 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2022, 57 ss.

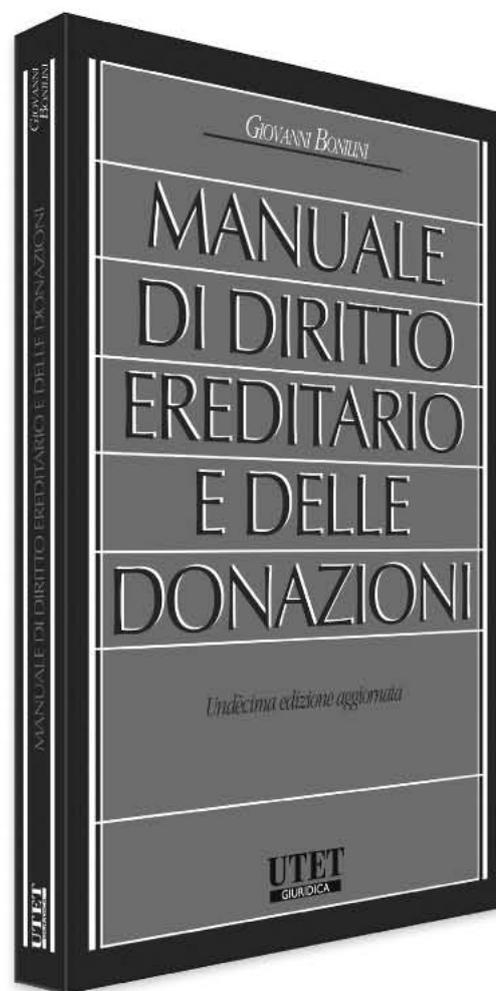
(19) Nello stesso senso Vecchio, *op. loc. cit.*, 58.



MANUALE DI DIRITTO EREDITARIO E DELLE DONAZIONI

Giovanni Bonilini

Aggiornato alla luce delle novità normative e giurisprudenziali, specie della Corte costituzionale e della Suprema Corte di cassazione. Un apposito paragrafo è dedicato alla successione nel così detto patrimonio digitale; tema, questo, di vivace attualità.



ACQUISTALO SUBITO



on line su shop.wki.it



info.commerciali@wki.it



Rivolgiti al tuo consulente editoriale



Nelle migliori librerie



Wolters Kluwer

When you have to be right

Y9901BN

Adozione in casi particolari

Cassazione Civile, Sez., I, 5 aprile 2022, n. 10989, ord. - Pres. Genovese - Rel. Caiazzo

È conforme all'interesse della minore e va quindi disposta l'adozione in casi particolari da parte del coniuge della madre (art. 44, comma 1, lett. b), L. n. 184/1983) quando già sussista una situazione familiare di fatto accettata con grande serenità dalla minore e vi sia inoltre il consenso dell'altro genitore. Non costituisce ostacolo all'adozione il fatto che la bambina conservi relazioni anche con l'altro genitore essendo destituita di fondamento la tesi per cui l'ammissibilità dell'adozione da parte del coniuge sarebbe circoscritta alle ipotesi di morte, abbandono, disinteresse da parte dell'altro genitore. L'adozione in casi particolari, infatti, non interrompe i rapporti con il genitore biologico, ma implica la conservazione dello status di figlia nei suoi confronti e la continuità relazionale con lo stesso. Con l'adozione si realizza appieno il preminente interesse della minore, anche attraverso la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo e, dunque, sulla base della coesistenza dei legami sia con la famiglia di quest'ultimo sia con quelli della famiglia del padre biologico.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79.
-----------------	-----------------------------------

Omissis

Il Giudice

Rilevato

Che:

La Corte d'appello di Bologna, con sentenza del 27.1.2021, ha confermato la sentenza del Tribunale per i minorenni di rigetto dell'istanza, presentata da V.G., di adozione in casi particolari, L. n. 184 del 1983, ex art. 44, comma 1, lett. b), di una minore, figlia della moglie, osservando che non ne sussistevano i presupposti in quanto non garantiva l'interesse della minore, la quale conviveva con la madre e il suo nuovo marito, mantenendo un buon rapporto con il padre.

V.G. ricorre in cassazione formulando tre motivi. Non si è costituito l'intimato.

Ritenuto

Che:

Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. b), art. 46, art. 48, commi 1-2, art. 50, comma 1 e art. 57, artt. 2 e 30 Cost., art. 3 Conv. diritti del fanciullo di New York, per aver la Corte d'appello ritenuto insussistenti i presupposti della richiesta adozione (indicati quali: morte del padre biologico; decadenza dalla responsabilità genitoriale e disinteresse verso il figlio), attesa la persistenza di un rapporto continuativo relazionale del padre biologico con la minore (il quale frequenta la figlia, trascorrendo con lei almeno due giorni a settimana, viene chiamato e considerato padre dalla stessa minore la quale invece chiamava per nome il ricorrente, pur trascorrendo quest'ultimo più tempo con lei rispetto al padre per il solo fatto di essere la bambina collocata presso la madre) e la possibilità che, accogliendo l'istanza di adozione, si verifichebbe il trasferimento della responsabilità genitoriale in capo a tre persone.

In particolare, il ricorrente si duole della violazione del disposto dell'art. 48 c.c., secondo il quale, nella fattispecie, le responsabilità genitoriali sull'adottato sono esercitate dall'adottante e dal coniuge, madre della minore adottanda, mentre il padre di quest'ultima conserva una funzione di controllo, guida ed indirizzo sull'esercizio della suddetta responsabilità.

Il secondo motivo deduce illogicità e carenza di motivazione circa un fatto decisivo, per aver la Corte d'appello ritenuto insussistente un concreto interesse della minore all'adozione, sulla base dell'esame delle relazioni del Servizio sociale, nelle quali si dà conto dell'ascolto della minore e delle altre persone coinvolte nella procedura e si descrive uno stato di grande serenità della bambina molto legata al padre e al marito della madre, situazione che è interpretata dalla Corte d'appello nel senso che essa è pienamente soddisfacente per la minore e non consente di valorizzare maggiormente la figura del ricorrente ai fini della richiesta adozione, mentre le esigenze di mantenimento della minore a fronte delle difficoltà evidenziate dal padre sono risolvibili secondo altri rimedi di legge. Al riguardo, il ricorrente lamenta che il giudice di secondo grado abbia illogicamente affermato che spettava alla madre il diritto al mantenimento, trattandosi invece di un diritto della minore, senza tener conto del consenso manifestato da tutti i soggetti interessati, e della posizione della minore, ben consapevole della coesistenza dei rapporti con il padre e con l'adottante, e della stessa dichiarazione del padre circa la sua impossibilità di far fronte al mantenimento della figlia.

Il terzo motivo denuncia contraddittorietà della motivazione per violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, per aver dapprima la Corte territoriale affermato e poi escluso che le ipotesi tipiche menzionate (morte, abbandono, disinteresse del genitore) siano quelle rilevanti ai fini dell'accoglimento della domanda di adozione in casi particolari.

I tre motivi, esaminabili congiuntamente poiché tra loro connessi, sono fondati. Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, il giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, perché l'adozione legittimante costituisce una *extrema ratio* cui può pervenirsi quando non si ravvisi tale interesse, considerato che nell'ordinamento coesistono sia il modello di adozione fondato sulla radicale recisione dei rapporti con i genitori biologici, sia modelli che escludono tale requisito e consentono la conservazione del rapporto, quali le forme di adozione disciplinate della L. n. 184 del 1983, artt. 44 ss., e in particolare l'art. 44, lett. d (Cass. n. 3643/2020; S.U. n. 12193/19; n. 12692/16). Le sentenze citate affermano, in particolare, il principio per cui l'adozione in questione implica la conservazione dello *status* di figlia dell'adottata rispetto al genitore biologico e la continuità relazionale con lo stesso.

Al riguardo, occorre evidenziare la sopravvenuta sentenza della Corte Cost. n. 79, pubblicata il 28.3.2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 55 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300 c.c., comma 2, prevede che l'adozione in casi particolari non induceva alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Tale sentenza muove dal rilievo secondo il quale il minore non abbandonato, ma i cui genitori biologici versino in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (cosiddetto "semi-abbandono permanente"), può sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei, tramite l'adozione in casi particolari, applicata sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'adozione piena (art. 44, comma 1, lett. d), impossibilità dovuta proprio alla mancanza di un abbandono in senso stretto.

Nel caso concreto, la Corte d'appello ha escluso i presupposti dell'adozione *ex art. 44, comma 1, lett. b)*, sul solo presupposto che, non sussistendo lo stato di abbandono della minore, la stessa coesistenza dei rapporti tra quest'ultima, il padre e il ricorrente, nuovo marito della madre pienamente accettato dalla bambina in stato di grande serenità, non corrispondesse al suo concreto interesse. Tuttavia, tale motivazione è in contrasto con la norma richiamata, nell'esegesi che ne è stata data da questa Corte e che ora è riconosciuta come diritto vivente dalla Corte Costituzionale, sul cui presupposto è stato pronunciato l'intervento demolitorio.

Invero, la Corte territoriale ha dato rilievo al persistere dei rapporti tra il padre della minore quale elemento ostativo all'accoglimento della domanda di adozione, travisando il contenuto delle sentenze di legittimità sopra richiamate che contemplano invece la continuità relazionale con il padre della minore, il quale versi nell'impossibilità di esercitare con pienezza la responsabilità genitoriale.

La fallacia della motivazione della Corte territoriale, nella parte in cui ha ritenuto che l'adozione in questione

non corrispondesse all'interesse della minore, non sussistendo lo stato di abbandono da parte del genitore biologico e alla luce della coesistenza dei rapporti tra la madre e quest'ultimo, emerge con maggiore evidenza alla luce della suddetta sentenza della Corte Cost. che ha espresso le ragioni del contrasto del predetto art. 44 con l'art. 3 Cost. e art. 31 Cost., comma 2, e con la violazione anche dell'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Invero, la Corte Cost., premesso che l'adozione in casi particolari riguarda i minori e si fonda sull'accertamento giudiziale che essa realizza il "preminente interesse del minore" (L. n. 184 del 1983, art. 57, comma 1), ha rilevato che il quadro normativo richiamato palesa che il minore adottato, il quale ha lo *status* di figlio nondimeno si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare che il giudice è chiamato, per legge (L. n. 184 del 1983, art. 57, comma 2), a valutare al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue, secondo l'argomentare della Corte Cost., che, a dispetto della unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo; la norma censurata priva, in tal modo, il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, obiettivo primario e principio ispiratore di tale istituto, come costantemente ribadito anche da questa Corte (sentenze nn. 33 e 32 del 2021; n. 221 del 2019; n. 272 del 2017; n. 183 del 1994).

Pertanto, nel caso concreto, in conformità della sentenza della Corte Cost., l'adozione, da parte del ricorrente, della figlia della moglie, realizza appieno il preminente interesse della minore, anche attraverso la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, e dunque sulla base della coesistenza dei legami sia con la famiglia di quest'ultimo sia con quella della famiglia del padre biologico. Al riguardo, la Corte Cost. ha altresì precisato che: l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione e da come il principio di eguaglianza si è riverberato sullo *status filiationis*; il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro non comunicanti; l'identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali.

La realizzazione del preminente interesse della minore risulta altresì confermata anche dalle positive relazioni dei servizi sociali circa il suo inserimento nella nuova famiglia creata dalla madre e dal genitore adottivo.

Inoltre, va osservato che l'impossibilità del padre biologico di far fronte al mantenimento della figlia, nella sua

assoluta, incontrovertibile nettezza, per ragioni afferenti alla sfera economica, unitamente al pieno consenso all'adozione, denota una manifestazione d'intenti apprezzabile nel senso che essa risponde al miglior interesse della minore, garantendole un contesto familiare più adeguato per lo sviluppo della sua personalità, in piena sintonia con i principi affermati dalla Corte Cost.

Ne consegue che la valutazione della Corte territoriale circa l'insussistenza dei presupposti dell'adozione in casi particolari confligge con il preminente interesse della minore, nella cornice di diritto delineatasi con la predetta sentenza della Corte Cost., nell'ambito di un esame complessivo ed olistico delle posizioni di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento in questione.

Per quanto esposto, in accoglimento dei vari motivi di ricorso, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Bologna, anche in ordine alle spese del grado di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, e rinvia la causa alla Corte d'appello di Bologna, in diversa composizione, anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

Dispone che ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, in caso di diffusione della presente ordinanza si omettano le generalità e gli altri dati identificativi delle parti.

Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali di Gilda Ferrando

L'Autrice commenta favorevolmente la motivazione dell'ordinanza della Corte di cassazione che si iscrive nel solco di numerosi precedenti della S.C. e della Corte costituzionale, ultima la sentenza n. 79/2022.

Il secondo marito può adottare la figlia nata dal primo matrimonio della moglie - e che ormai considera come propria - se il padre biologico, che consente all'adozione, conserva con la figlia un buon rapporto continuativo? Perché no? Verrebbe da dire. Sussistono i presupposti previsti dalla legge: si tratta di adozione da parte del coniuge *ex art. 44, comma 1, lett. b)*, L. n. 184/1983, il padre biologico è d'accordo (art. 46, comma 1, l. adoz.), alla bambina l'adozione conviene (art. 57 l. adoz.) perché dà veste giuridica ad un rapporto familiare già di fatto esistente, senza che debba rinunciare a quello con il padre, un padre presente nella sua esperienza di vita, anche se in difficoltà a provvedere alle sue esigenze materiali. L'adozione non altera la situazione familiare in cui la bambina vive ma offre garanzie giuridiche al rapporto con il secondo papà che in tal modo ha veste giuridica per esercitare la responsabilità genitoriale (art. 48 l. adoz.), è legittimato nei confronti dei terzi (a partire dalle istituzioni scolastiche e sanitarie), è tenuto a garantire il mantenimento ed ogni altro diritto di natura patrimoniale.

Sembrirebbe un caso di pronta soluzione, ma così non è stato visto che si è dovuti giungere in

Cassazione per avere quella risposta affermativa che sembrava venire dalla natura delle cose. Il fatto è che i giudici di merito interpretavano l'"interesse della minore", su cui si incentra la questione, in una chiave ancorata ad una visione ormai superata delle relazioni familiari che non ha più riscontro né nella legge, né negli orientamenti giurisprudenziali. Se la bimba non è abbandonata - è questo il ragionamento della Corte d'Appello - ma anzi conserva un buon rapporto con suo padre, non corrisponde al suo interesse essere nello stesso tempo "figlia" del secondo marito, anche se vive con lui in una serena consuetudine di vita. La situazione di fatto non può essere riconosciuta dal diritto perché non si può appartenere nello stesso tempo a due diverse famiglie.

La Corte d'Appello muove da una visione ormai superata dell'adozione del minore (1), e la Corte di Cassazione ha il merito di aver riportato il caso sui giusti binari, che lei stessa ha contribuito a tracciare in precedenti ormai numerosi.

L'immagine dell'adozione riflessa nella L. n. 431/1967 esprimeva l'idea di una necessaria "rinascita" del minore abbandonato nella nuova famiglia, rinascita che richiedeva la totale cancellazione dei

(1) Sull'evoluzione dei modelli normativi in materia di adozione, v. L. Lenti, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, III, *Filiazione*, a cura di G. Collura - L. Lenti - M. Mantovani, Milano, 2002, 575 ss.

Sull'evoluzione storica dell'assistenza ai minori, v. M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Codice civ. comm.* Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2002, 6 ss.; M. Rizzuti, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021.

rapporti (e della stessa storia familiare) con quella d'origine (2). Il figlio non poteva appartenere che ad una famiglia ed a una soltanto.

È stata la legge n. 184 ad avviare il cambiamento introducendo una nuova forma di adozione del minore (3). L'adozione *semplice* è stata prevista dalla L. n. 184 del 1983 proprio per realizzare il diritto del minore ad una famiglia in casi in cui, pur se non ricorrono le condizioni per l'adozione piena, è comunque necessario od opportuno dare al bambino una famiglia stabile. Anche questo tipo di adozione, al pari dell'adozione piena, mira a tutelare il preminente interesse del minore, inserendolo in una famiglia che ne garantisca la crescita equilibrata, ma le specificità che la caratterizzano giustificano da un lato il fatto che possano accedervi anche persone che non possiedono i requisiti di cui all'art. 6, L. n. 184 purché disponibili e idonee (persone singole, o che superino il limite di età prescritto) e dall'altro la permanenza dei rapporti con la famiglia d'origine e la necessità dell'assenso dei genitori.

Come da ultimo ha fatto osservare la Corte costituzionale (4) i casi contemplati dall'art. 44 sono riconducibili a due *rationes* fondamentali: da un lato quella di dare veste giuridica, formalizzandole, a relazioni già esistenti nella realtà sociale (adozione da parte del coniuge o da parte di parenti nel caso dell'orfano), dall'altro quella di rendere possibile l'adozione di quei minori che per una ragione o per l'altra non possono accedere all'adozione piena. Per via dell'elasticità che lo caratterizza, l'istituto ha percorso un sentiero evolutivo grazie al quale è stato applicato, oltre i limiti immaginati dal legislatore, per dare una risposta a situazioni in cui l'adozione costituisce la risposta appropriata ai bisogni esistenziali del minore, garantendo il suo diritto alla famiglia (5).

L'elasticità dell'adozione in casi particolari consente così di fronteggiare situazioni di c.d. semi - abbandono permanente in cui un'adozione "aperta" o "mite", che non spezza completamente i rapporti con la famiglia d'origine, può in concreto risultare preferibile (6). Altre volte l'abbandono può sopravvenire nel corso di un precedente affidamento, cosicché può in concreto essere preferibile l'adozione particolare da parte degli affidatari, piuttosto che quella piena da parte di terzi (v. Corte EDU, Moretti e Benedetti c. Italia (7); L. n. 173 del 2015) perché in tal modo si consolida il rapporto affettivo preesistente.

Vi sono poi quei casi in cui l'adozione particolare consente di formalizzare il rapporto di filiazione di fatto con il compagno/a della madre o del padre in assenza di un rapporto di coniugio che giustifichi l'applicazione della lett. b) dell'art. 44 (8).

In questi casi la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" che, secondo la lett. d) dell'art. 44, costituisce condizione per l'adozione particolare deve essere intesa non come impossibilità di fatto, ma come impossibilità di diritto dovuta alla mancanza dei presupposti giuridici per la pronuncia di adozione piena in presenza dell'interesse del minore ad essere adottato dal nuovo genitore e dell'accertamento dell'idoneità di questi. È stata la stessa Corte costituzionale, nel 1999 (9), a leggere nella lente dell'interesse del minore la nozione di impossibilità di affidamento preadottivo così da garantire al minore "la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui".

Si deve d'altra parte considerare che il riconoscimento del diritto del minore alla "propria" famiglia (contenuto nell'art. 1, L. n. 184 e rafforzato dalla

(2) Di qui il "segreto" sulle origini ed il suo progressivo attenuarsi in uno con l'evoluzione degli istituti adottivi, v. L. Lenti, *Adozioni e segreto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 229.

(3) Al riguardo, in generale, cfr. R. Tommasini, *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in *Comm. dir. fam.* Cian - Oppo - Trabucchi, VI, 2, Padova, 1993, 456; L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IV, II ed., Torino, 1997, 462 ss.; A. Giusti, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini - Cattaneo, III, II ed., Torino, 2007, 455 ss.; M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 797 ss.; A. e M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, 135 ss.; G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, II, *Filiazione*, cit., 951 ss.; P. Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, 587 ss.; E. Urso, *L'adozione in casi particolari*, ivi, 765 ss.; L. Lenti, *L'adozione*, in *Trattato Zatti - Riforme*, Milano, 2011, II, 375.

(4) Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *questionegiustizia.it*, 2022, con mia nota, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*

(5) Mi permetto di rinviare a G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari, Orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 679; G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. succ. pers.*, 2017, 79.

(6) Trib. min. Bari 7 maggio 2008, in questa *Rivista*, 2009, 301. L'esperienza di adozione mite del Tribunale per i minorenni di Bari è ripercorsa dal suo presidente: v. F. Occhiogrosso, *L'adozione mite dopo due anni*, in *Minori giust.*, 2005, 149 ss.

(7) Corte EDU, Moretti e Benedetti c. Italia, 27 aprile 2010 (R. n. 16318/2007), in *www.hudoc.echr.coe.int*.

(8) Ad esempio, v. Trib. min. Milano 28 marzo 2007, in *Fam. e min.*, 2007, 83; App. Firenze 4 ottobre 2012, in *Minori giust.*, 2013, 366.

(9) Corte cost. 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3215.

riforma del 2001), la tutela delle relazioni familiari in cui si sostanzia il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) hanno portato ad un rovesciamento del rapporto originariamente stabilito tra adozione “ordinaria” e adozione “semplice” del minore, divenendo la prima strumento residuale riservato a quei casi disperati in cui la famiglia di origine sia davvero irrecuperabile (10). L’adozione semplice (ex artt. 44 ss. L. n. 184), da istituto disponibile in casi tipici e determinati, diviene una forma di adozione di impiego generalizzato, dato che le ipotesi di abbandono con caratteristiche di quel tipo tendono a risultare marginali.

Per quel che riguarda gli effetti, l’interruzione dei rapporti con la famiglia di origine non è più la condizione necessaria per costituire il rapporto adottivo, ma diviene regola residuale per i casi di abbandono irrimediabile. In tutti gli altri casi, il tribunale deve prendere in considerazione, alla luce del preminente interesse del minore, un diverso tipo di adozione che non spezza il rapporto con la famiglia di origine ma lo conserva aggiungendovi il nuovo rapporto con la famiglia adottiva.

La Corte costituzionale, nella più recente sentenza, ha poi esteso gli effetti dell’adozione, prima limitati al solo adottante, anche ai parenti di lui, avendo ritenuto costituzionalmente illegittimo l’art. 55, L. n. 184 “nella parte in cui, mediante il rinvio all’art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l’adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante”. A sentire la Corte, “la norma censurata priva ... il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni”. Nello stesso tempo “la disciplina censurata lede il minore

nell’identità che gli deriva dall’inserimento nell’ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall’appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità”. In definitiva, “la declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove ... un ostacolo all’effettività della tutela offerta dall’adozione in casi particolari (...) e consente a tale istituto ... di garantire una piena protezione all’interesse del minore”.

Risulta in tal modo smentita l’idea che non si possa appartenere se non ad una famiglia soltanto. I diritti del bambino non possono essere negati dalla forza di un dogma, quello della esclusività della famiglia (11). L’attenzione ai diritti porta al tramonto di vecchi dogmi. “In realtà” - sottolinea la Corte costituzionale (n. 79/2022) - “l’aggiunta dei legami familiari accomunati dallo stipite, da cui deriva il genitore adottivo, a quelli accomunati dallo stipite, da cui discende il genitore biologico, non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico”. Se si considera l’esperienza di vita del bambino adottato con adozione particolare, ci si rende conto che “l’identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità” e questo, conclude la Corte, “non è conforme ai principi costituzionali”. Il ragionamento tradizionale va rovesciato: “È il diritto ... che deve adeguarsi alla situazione di fatto e non viceversa”.

Plasmata dall’evoluzione normativa (L. n. 149/2001; D.Lgs. n. 154/2013) e dall’interpretazione giurisprudenziale adeguatrice ai principi costituzionali interni ed europei, l’adozione del minore mostra un volto nuovo.

La sentenza della Corte di cassazione in commento ha il merito di aver ripercorso e confermato questi

(10) Cass. Civ. 24 novembre 2015, n. 23979, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 669, con nota di M. Cinque, *La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei “parenti sociali”*; Cass. Civ. 18 dicembre 2015, n. 25526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 680; Cass. Civ. 14 aprile 2016, n. 7391; Cass. Civ. 30 giugno 2016, n. 13435 (che accoglie il ricorso per revocazione di Cass. Civ. 8 novembre 2013, n. 25213, in *Foro. it.*, 2014, I, 60, con nota di G. Casaburi, *Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza della Cassazione alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono*). Cui *adde* ordinanze Cass. Civ., Sez. I, 15 dicembre 2021, n. 40308; Cass. Civ. 22 novembre 2021, n. 35840; Cass. Civ. 25 gennaio 2021, n. 1476 e Cass. Civ. 13 febbraio 2020, n. 3643. Anche la Corte Europea in diverse occasioni ha sottolineato il carattere residuale dell’adozione piena (Corte EDU 13

ottobre 2015, S.H. c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 683, con commento di L. Lenti, *Quale futuro per l’adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015, ivi*, II, 785 ss.) ed ha indicato in forme di adozione “mite” lo strumento che meglio si concilia con il rispetto della vita privata e familiare: sentenza Corte EDU 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*; in senso analogo la sentenza Corte EDU, grande camera, 10 settembre 2019, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*. Al riguardo, v. L. Lenti, *L’adozione e la Corte europea dei diritti dell’uomo. A proposito di Cass. 20954/2018*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 61.

(11) Quando è il legislatore “ad affiancare al genitore biologico il genitore adottivo e a sovrapporre due vincoli di filiazione, l’unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva”.

orientamenti, traendone le necessarie conseguenze riguardo al caso di specie. L'adozione da parte del secondo genitore non sminuisce la figura del padre biologico la cui "impossibilità ...di far fronte al mantenimento della figlia, nella sua assoluta, incontrovertibile nettezza, per ragioni afferenti alla sfera economica, unitamente al pieno consenso all'adozione, denota una manifestazione d'intenti apprezzabile nel senso che essa risponde al miglior interesse della minore, garantendole un contesto familiare più adeguato per lo sviluppo della sua personalità".

La coesistenza di legami con l'uno e l'altro genitore si riflette sull'esercizio della responsabilità genitoriale che nel caso di adozione da parte del coniuge viene esercitata da entrambi i coniugi, acquisendo l'adottante "l'obbligo di mantenere l'adottato, di

istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 del c.c." (art. 48 l. adoz.). Ciò non significa perdita, per il padre biologico, dalla responsabilità genitoriale (12). Perché questo sarebbe lesivo, non solo delle sue prerogative, ma dello stesso diritto della bambina a conservare quei rapporti significativi che fino ad ora ha intrattenuto con lui. Piuttosto comporta una rimodulazione dei reciproci rapporti in vista del perseguimento del suo miglior interesse (13).

Il diritto dei bambini alla identità, ad essere riconosciuti dal diritto per come sono nella vita, senza ostacoli frapposti da modelli familiari precostituiti, porta dunque a coniugare genitorialità biologica e genitorialità sociale, nel segno di quella pluralità di modelli familiari che costituisce ormai la cifra del moderno ordinamento della famiglia (14).

(12) A proposito dell'adozione coparentale nella coppia *same-sex*, in senso contrario, v. Trib. Palermo 30 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, 1337 e in *articolo29.it*, con nota critica di Gattuso e Schillaci, *Il dialogo tra le corti minorili in materia di stepchild adoption*. Al riguardo, rinvio al mio, *L'adozione in casi particolari. Orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 679.

(13) Al riguardo, v. M. Dogliotti, *Adozione dei maggiorenni e dei minori*, in *Comm. Schlesinger*, cit., 835 ss.; C. Ciralo, *sub art. 48, l. 184/1983*, in Di Rosa (a cura di), *La famiglia. Leggi complementari*, in *Commentario cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, II ed., Torino, 2018, 966 ss.; M. Cinque, *Quale statuto per il genitore sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1493.

(14) Per una riprova v. i saggi raccolti nel volume a cura di B. Agostinelli - V. Cuffaro, *Relazioni, famiglie, società*, Torino, 2020.

Figli maggiorenni non autosufficienti

Cassazione Civile, Sez. I, 12 novembre 2021, n. 34100, ord. - Pres. Acierno - Rel. Marulli - M.M.R. c. Ma.Gi.

In tema di mantenimento da parte del genitore separato o divorziato del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente e convivente con altro genitore, il genitore obbligato, in mancanza della corrispondente domanda del figlio, non può pretendere di assolvere la propria prestazione direttamente nei confronti di quest'ultimo, e non nei confronti del genitore istante, poiché, sebbene quest'ultimo e il figlio, in quanto titolari di diritti autonomi e concorrenti, siano entrambi legittimati a percepire il menzionato assegno, tuttavia la decisione non può sottrarsi al principio della domanda.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass., Sez. I, 11 novembre 2013, n. 25300; Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2013, n. 24316.
----------	---

Fatti di causa

1. Con il ricorso indicato in esergo M.M.R. si duole delle determinazioni adottate dalla Corte d'Appello di Cagliari con la sentenza qui impugnata che, accogliendo il gravame incidentale dell'ex coniuge Ma.Gi. e sovvertendo i *decisa* della sentenza di primo grado - che aveva, tra l'altro, onerato il Ma. di corrisponderle la somma di Euro 1050,00, di cui Euro 200,00 a titolo di assegno divorzile ed Euro 850,00 a titolo di assegno di mantenimento per il figlio minore L. seco convivente - ne ha respinto la domanda intesa alla percezione dell'assegno divorzile ed ha previsto che l'assegno di mantenimento per il figlio, divenuto nelle more maggiorenne ma non ancora autosufficiente, fosse direttamente corrisposto a quest'ultimo. Nel motivare le proprie conclusioni il giudice d'appello, circa la domanda divorzile, ha inteso condividere gli assunti fatti propri da Cass. n. 11504/2017 nella considerazione che "l'appellata non ha offerto la prova della quale era onerata ai sensi della richiamata sentenza e conformemente ai principi regolanti l'onere della prova, della mancanza di 'mezzi adeguati' che le assicurino l'autosufficienza economica o, comunque, dell'impossibilità di 'procurarseli per ragioni oggettive'; quanto all'attribuzione dell'assegno di mantenimento direttamente nelle mani del figlio, la sentenza impugnata ha preso atto della volontà in tal senso manifestata sia pure informalmente da questo ed ha ritenuto che la soluzione adottata, 'oltreché normativamente prevista in via ordinaria (cfr. prima l'art. 155 *quinquies* e oggi l'art. 337 *septies* c.c.), nel caso in esame consente al ragazzo di sottrarsi alle dinamiche conflittuale e di triangolazione che caratterizzano i rapporti tra i due genitori".

M.M.R. chiede ora a questa Corte di cassare le contestate determinazioni con cinque mezzi di gravame. Ad essi replica il Ma. con controricorso.

Memorie di entrambe le parti ex art. 380-bis c.p.c.

Ragioni della decisione

2.1. Il ricorso - che non incorre nelle preclusioni opposte dal controricorrente, posto che gli antecedenti di causa

risultano compiutamente illustrati, le questioni sollevate hanno pregnante contenuto giuridico ed i vizi denunciati sono dedotti in modo conforme allo statuto di censurabilità per cassazione degli errori di diritto - allega con il primo motivo che la Corte d'Appello, richiamando i postulati di Cass. n. 11504/2017 onde dare conto del rigetto della domanda divorzile, sarebbe incorsa nella violazione dell'art. 2697 c.c., in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., vero che, essendo stato promosso il giudizio in vigenza del criterio che a tal fine faceva riferimento al "tenore di vita goduto in costanza di matrimonio", "il materiale probatorio offerto originariamente in comunicazione dalla M. o acquisito su sua istanza è stato ritenuto inutilizzabile dal Giudice *a quo* alla luce del revirement della S.C.", in tal modo applicando malamente l'art. 2697 c.c., in spregio al principio dell'affidamento e del diritto di difesa.

Parimenti con il secondo motivo di ricorso si denuncia la contrarietà dell'impugnata decisione, per violazione e falsa applicazione della L. n. 898 del 1970, art. 5, agli stessi comandamenti di Cass. n. 11504/2017, vero che, non avendo conferito alcuna rilevanza alla spesa sostenuta dalla M. per l'abitazione ed essendosi limitata a prendere atto del reddito da lavoro percepito dalla stessa per argomentarne l'autosufficienza economica, "l'interpretazione e applicazione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, quale emerge dalla sentenza gravata è difforme rispetto a quella delineata dalla S.C. nella sentenza n. 11504/2017 ed è tale da ridurne in modo ingiustificato il campo di applicazione non in linea con i precetti costituzionali (art. 2 Cost.)".

2.2. Ancorché l'ordine espositivo delle questioni imporrebbe di procedere all'esame dei motivi in rassegna prendendo avvio dal primo di essi, il principio della ragione più liquida consente di esaminare prioritariamente il secondo motivo di ricorso che è fondato e che va pertanto accolto, con conseguente assorbimento del primo motivo.

In disparte per vero dai più recenti enunciati di SS.UU. n. 18287/2018 il ragionamento della Corte d'Appello si mostra comunque viziato perché, nel quadro del giudizio comparativo in guisa del quale determinare la condizione di autosufficienza del coniuge istante, il decidente ha

ingiustificatamente escluso ogni rilevanza delle spese relative all'abitazione che, anche se in relazione alle concrete circostanze di fatto si prestano ad una valutazione più contenuta, nondimeno possono essere totalmente pretermesse, giacché diversamente il giudizio in questione risulterebbe formulato, come appunto avvenuto qui, in debito di un elemento circostanziale non tacitabile.

Il motivo va dunque accolto con l'effetto di cui si è detto.

3.1. Con il terzo motivo di ricorso si impugna, per violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., la determinazione adottata dal decidente circa la corresponsione direttamente a mani del figlio maggiorenne dell'assegno di mantenimento previsto dall'art. 337-septies c.c. e ciò sull'assunto che la Corte d'Appello "in assenza di una norma che lo consentisse ha integrato e ampliato d'ufficio l'oggetto del giudizio, disponendo il pagamento diretto del mantenimento in assenza di domanda giudiziale dell'avente diritto e pronunciato condanna al pagamento in favore di un soggetto diverso da quello che ha avanzato la richiesta, con attribuzione a favore di un terzo, estraneo al giudizio".

3.2. Il motivo è fondato.

Questa Corte, nell'escludere che il genitore separato o divorziato tenuto al mantenimento del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente e convivente con l'altro genitore, per resistere alla domanda di questo, possa corrispondere direttamente l'assegno al figlio, ha già avuto occasione di chiarire, con ciò prendendo esplicita posizione sul quesito di diritto oggetto del motivo, che "giammai, dunque, potrebbe disporsi il versamento diretto in favore del figlio in mancanza della domanda del medesimo, cioè dell'avente diritto" (Cass., Sez. I, 11/11/2013, n. 25300).

Va qui dunque riaffermato che, sebbene l'art. 337-septies c.c., come già il suo antecedente dell'art. 155-quinquies c.c., riconosca al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente un diritto concorrente con quello del genitore convivente alla percezione dell'assegno di mantenimento che ne legittima la partecipazione al giudizio sia in via principale sia in via di intervento autonomo, nondimeno l'attribuzione della provvidenza direttamente a mani del figlio ne presuppone la domanda giudiziale e non viene perciò meno al principio della domanda di cui all'art. 99 c.p.c., a nulla rilevando in contrario, diversamente da quanto opinato dalla Corte decidente, il precedente di questa Corte da essa riportato, posto che, laddove esso fa cenno alla richiesta informale del figlio, la notazione, al lume della vicenda in concreto scrutinata, è operata in funzione non già di legittimare il diritto del figlio in assenza di una domanda rituale, ma di neutralizzare il diritto del genitore istante.

4.1. Con il quarto motivo di ricorso si censura, per violazione degli artt. 147, 148 e 337-ter c.c., il capo dell'impugnata decisione con cui la Corte d'Appello ha qualificato, ripartendone il carico tra entrambi i genitori, come spese straordinarie le tasse universitarie, rette di collegio e libri di studio, posto che "per uno studente universitario corrispondono a bisogni ordinari ed attuali che non hanno carattere di eccezionalità o imprevedibilità, essendo anche nel caso di specie quantificabili in anticipo".

4.2. Il motivo è fondato.

Questa Corte ha già avuto occasione di chiarire che "devono intendersi spese 'straordinarie' quelle che, per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità e la loro imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli, cosicché la loro inclusione in via forfettaria nell'ammontare dell'assegno, posto a carico di uno dei genitori, può rivelarsi in contrasto con il principio di proporzionalità sancito dall'art. 155 c.c. e con quello dell'adeguatezza del mantenimento, nonché recare grave nocimento alla prole, che potrebbe essere privata, non consentendolo le possibilità economiche del solo genitore beneficiario dell'assegno 'cumulativo'" (Cass., Sez. I, 8/06/2012, n. 9372); e, più di recente che "in materia di rimborso delle spese c.d. straordinarie sostenute dai genitori per il mantenimento del figlio, occorre in via sostanziale distinguere tra: a) gli esborsi che sono destinati ai bisogni ordinari del figlio e che, certi nel loro costante e prevedibile ripetersi, anche lungo intervalli temporali, più o meno ampi, sortiscono l'effetto di integrare l'assegno di mantenimento e possono essere azionati in forza del titolo originario di condanna adottato in materia di esercizio della responsabilità in sede di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, previa una allegazione che consenta, con mera operazione aritmetica, di preservare del titolo stesso i caratteri della certezza, liquidità ed esigibilità; b) le spese che, imprevedibili e rilevanti nel loro ammontare, in grado di recidere ogni legame con i caratteri di ordinarietà dell'assegno di contributo al mantenimento, richiedono, per la loro azionabilità l'esercizio di un'autonoma azione di accertamento in cui convergono il rispetto del principio dell'adeguatezza della posta alle esigenze del figlio e quello della proporzionalità del contributo alle condizioni economico patrimoniali del genitore onerato in comparazione con quanto statuito dal giudice che si sia pronunciato sul tema della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, divorzio, annullamento e nullità del vincolo matrimoniale e comunque in ordine ai figli nati fuori dal matrimonio" (Cass., Sez. I, 13/01/2021, n. 379).

È palese perciò l'errore di sussunzione in cui è incorso il decidente del merito nell'escludere puramente e semplicemente le spese per l'istruzione universitaria del figlio dalle spese ordinarie senza che ne siano evidenziati i caratteri di imprevedibilità ed imponderabilità che contribuiscono ad includere le spese straordinarie.

5. Il quinto motivo di ricorso riguarda le spese di lite.

Ne va dichiarato l'assorbimento in considerazione del pronunciato accoglimento del secondo, del terzo e del quarto motivo di ricorso e del conseguente rinvio della causa al giudice a quo che provvederà anche a statuire nuovamente sul punto.

P.Q.M.

Accoglie il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso e dichiara assorbiti il primo ed il quinto motivo di ricorso, cassa l'impugnata sentenza nei limiti dei motivi accolti e

rinvia la causa avanti alla Corte d'Appello di Cagliari che, in altra composizione, provvederà pure alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

Dispone omettersi in caso di pubblicazione del provvedimento ogni riferimento ai nominativi e agli altri elementi identificativi delle parti.

Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e onere della domanda dell'avente diritto

di Maria Luisa Serra (*)

Con la pronuncia in esame la Corte di cassazione riafferma il principio in virtù del quale, sebbene l'art. 377-*septies* c.c. riconosca al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente un diritto concorrente con quello del genitore convivente alla percezione dell'assegno di mantenimento, nondimeno, nell'attribuzione dell'assegno di mantenimento a favore del figlio, il giudice non può prescindere dal principio della domanda.

Il caso

La vicenda processuale, all'origine della pronuncia della S.C., può essere sintetizzata nei seguenti termini.

Con la sentenza di primo grado il giudice aveva, fra l'altro, disposto che l'ex coniuge corrispondesse alla moglie la somma di euro 1.050,00, di cui euro 200,00 a titolo di assegno divorzile ed euro 850,00 a titolo di assegno di mantenimento per il figlio minore con la stessa convivente.

In sede di gravame la Corte territoriale competente, sovvertendo tale decisione e in accoglimento dell'appello incidentale del marito, da un lato respingeva la domanda intesa alla percezione dell'assegno divorzile e, dall'altro, disponeva che l'assegno di mantenimento per il figlio, divenuto nelle more maggiorenne ma non ancora autosufficiente, fosse direttamente corrisposto a quest'ultimo.

Per quanto riguarda il rigetto della domanda divorzile il giudice dell'appello alla luce dei principi enunciati dalla stessa Corte (1), riteneva che l'appellata non avesse offerto la prova, della quale era onerata, in merito alla mancanza di "mezzi adeguati" ad assicurarle l'autosufficienza economica o, comunque, "dell'impossibilità di procurarsi per ragioni oggettive". In punto di attribuzione dell'assegno di mantenimento direttamente a mani del figlio, la corte territoriale - preso atto della "volontà in tal senso manifestata sia pure informalmente" dall'interessato - decideva per l'attribuzione dell'assegno al figlio perché la decisione "oltre che normativamente

prevista in via ordinaria" (prima dall'art. 155-*quinquies* c.c. ed oggi dall'art. 337-*septies* c.c.), nel caso di specie consentiva "al ragazzo di sottrarsi alle dinamiche conflittuali e di triangolazione che caratterizzano i rapporti fra i due genitori".

In particolare, in merito alla questione relativa all'attribuzione dell'assegno di mantenimento direttamente a mani del figlio - certamente la più significativa e, come tale, oggetto delle presenti note - la S.C. statuiva, conformemente a quanto già chiarito in altro precedente, che in alcun caso "può disporsi il versamento diretto [dell'assegno] in favore del figlio in mancanza di domanda del medesimo, cioè dell'avente diritto". Secondo la Corte, infatti, pur dovendosi riconoscere al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente "un diritto concorrente con quello del genitore convivente alla percezione dell'assegno (...) l'attribuzione della provvidenza direttamente a mani del figlio ne presuppone la domanda giudiziale e non viene meno perciò al principio della domanda giudiziale di cui all'art. 99 c.p.c."

La decisione, pur nella sua laconicità, merita di essere condivisa anche se richiede talune precisazioni.

Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non economicamente indipendente

La vicenda processuale decisa dalla S.C. ripropone all'attenzione del lettore la questione relativa all'estensione dei poteri (officiosi) del giudice nelle

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Cfr. Cass. Civ. 10 maggio 2017, n. 11504, in *Foro it.*, 2017, I, 1859, con nota di Casaburi, Bona, Mondini e *ivi*, 2017, I, 2707, con nota di Patti e Bianca.

controversie in materia di attribuzione dell'assegno di mantenimento ai figli maggiorenni non autosufficienti. Più specificamente - come ricordato - la questione riguarda la sussistenza del potere in capo al giudice, chiamato a decidere sul punto nella controversia insorta fra i genitori, di attribuire l'assegno al figlio maggiorenne pur in assenza di una domanda dal medesimo.

Al riguardo l'art. 337-septies c.c. prevede che il giudice, valutate le circostanze, possa disporre a favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico che, "salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto" (2).

A fronte del dato testuale, giurisprudenza e dottrina sono giunte alla conclusione, che può ritenersi ormai pacifica e consolidata, che il figlio maggiorenne non economicamente indipendente sia titolare di un diritto soggettivo al mantenimento e, come tale, legittimato a proporre *jure proprio* la relativa azione (3).

Ferma questa premessa, si è prospettata l'ulteriore questione se la legittimazione del figlio non autosufficiente costituisca un'ipotesi di legittimazione esclusiva ovvero se la stessa concorra con la legittimazione del genitore, che abbia provveduto o provveda al mantenimento del figlio non autosufficiente con lui convivente, a pretendere quanto dovuto dall'altro genitore per il mantenimento del figlio stesso (4).

Al riguardo la S.C. ha chiarito che la legittimazione del figlio non economicamente indipendente e

quella del genitore, che provveda al suo mantenimento, nei confronti dell'altro genitore trovano titolo in due distinte posizioni giuridiche, entrambe meritevoli di tutela. Per il figlio maggiorenne la situazione di non autosufficienza costituisce, infatti, di per sé titolo al mantenimento ai sensi dell'art. 337-septies c.c.; per il genitore convivente il diritto a ricevere il contributo per il mantenimento del figlio discende dagli artt. 147 e 148 c.c. che obbligano in via generale l'altro genitore a concorrere all'onere di mantenimento della prole (ivi compresi i figli non autosufficienti) (5).

Di qui la conclusione, che può dirsi ormai consolidata, per cui sia il figlio (ancorché maggiorenne), in quanto titolare del diritto al mantenimento, sia il genitore con lui convivente, in quanto titolare del diritto a ricevere il contributo dell'altro genitore alle spese necessarie per tale mantenimento cui materialmente provvede, sono titolari di diritti autonomi, seppure concorrenti, non già del medesimo diritto attribuito a più persone e sono, pertanto, entrambi legittimati a percepire l'assegno dall'obbligato (6).

Diritto alla percezione dell'assegno e poteri del giudice

Le considerazioni sinora svolte costituiscono la necessaria premessa per esaminare l'ulteriore questione affrontata dalla S.C. in ordine al potere del giudice sia di disporre l'attribuzione dell'assegno di mantenimento sia di individuare il soggetto al quale l'assegno deve essere versato.

(2) L'art. 337-septies c.c. è stato introdotto, senza sostanziali modifiche rispetto al testo del previgente art. 155-quinquies c.c., dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, portante la riforma della filiazione. Il testo della norma non ha subito modifiche in sede di emanazione del D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, avente ad oggetto l'attuazione della legge 20 novembre 2021, n. 206 (recante delega al Governo per la riforma del processo civile) e portante, fra le altre, misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e della famiglia.

(3) In tal senso, oltre alla decisione Cass. Civ. 11 novembre 2013, n. 25300 richiamata nella sentenza annotata, già Cass. Civ. 27 luglio 2012, n. 4021 nonché Graziosi, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in questa *Rivista*, 2015, 1198.

(4) Per una prospettazione sintetica dei diversi orientamenti espressi in giurisprudenza e dottrina cfr. Danovi, *Separazione e divorzio: anche i figli maggiorenni hanno legittimazione a intervenire nel processo*, in *Corr. giur.*, 2012, 772, in sede di commento a Cass. Civ. 19 marzo 2012, n. 4296; Alligo, *Mantenimento del figlio maggiorenne in regime di separazione e divorzio: profili sostanziali e riflessi processuali*, in questa *Rivista*, 2012, 902; in argomento cfr. anche, seppure con talune distinzioni in ordine alla legittimazione esclusiva del figlio maggiorenne non autosufficiente, Cass. Civ. 25 luglio 2013, n. 18075, con nota di Carpentieri, *Il trasferimento stabile del figlio in un'altra città esclude la persistenza in capo al genitore affidatario della legittimazione a richiedere jure*

proprio all'ex coniuge il contributo per il mantenimento, in questa *Rivista*, 2014, 135; Carnevale, *Il trasferimento stabile del figlio maggiorenne non economicamente indipendente nel giudizio di separazione: un primo passo verso il riconoscimento di una partecipazione necessaria?* (nota a Cass. Civ. 19 marzo 2012, n. 4296), *ivi*, 2013, 41; con riferimento specifico al favor legislativo per la percezione dell'assegno di mantenimento da parte del figlio maggiorenne Arceri, *Diritto al mantenimento del figlio maggiorenne; inedite posizioni di un giudice di merito sulla legittimazione attiva*, *ivi*, 2009, 1136; più in generale, Graziosi, *Il versamento diretto dell'assegno di mantenimento ai figli maggiorenni economicamente non ancora autosufficienti. Note processuali*, *ivi*, 2008, 584.

(5) In tal senso, cfr. Cass. Civ. 11 novembre 2013, n. 25300, cit. e Cass. Civ. 19 marzo 2012, n. 4296, cit.; è appena il caso di ricordare che l'obbligo di mantenimento dei figli minori è altresì riconducibile all'art. 30 Cost. (in punto, Bortolu, *Mantenimento della prole e spese straordinarie: concorso negli oneri e divieto di ricomprensione forfettaria nell'assegno*, in *Giust. civ. comm.*, (24 agosto 2020, 4).

(6) In punto espressamente, Cass. Civ. 11 novembre 2013, n. 25300, in motivazione *sub* 2.1; nel senso che, in ipotesi, debba escludersi un litisconsorzio necessario fra genitori e figlio cfr. già Danovi, *Separazione e divorzio: anche i figli maggiorenni hanno legittimazione a intervenire nel processo*, cit., 778.

Il dato testuale della norma, nell'attribuire al giudice il potere di disporre il pagamento di un assegno periodico in favore del figlio maggiorenne non indipendente economicamente, consente innanzi tutto di ritenere che titolare del diritto ai sensi dell'art. 337-septies c.c. e, pertanto, avente titolo per percepire l'assegno, sia il figlio maggiorenne non autosufficiente. Il potere attribuito al giudice di assumere, valutate le circostanze, una "diversa determinazione" suona espressa conferma in tal senso (7). Conseguentemente il figlio non autosufficiente è legittimato ad agire - secondo le regole ordinarie - nei confronti dei genitori che si sottraggono all'obbligo di mantenimento nonché ad intervenire sia nel giudizio contenzioso di separazione e di divorzio sia nel procedimento di revisione delle condizioni stabilite nei relativi giudizi (8).

In questa seconda ipotesi si è precisato, correttamente e puntualmente, che il figlio maggiorenne non autosufficiente interviene nel giudizio liberamente, al fine consapevole ed esclusivo di tutelare il proprio diritto al mantenimento e, quindi, di evitare che siano compromesse dall'esito del contenzioso fra gli obbligati le condizioni che garantiscono il suo mantenimento (9).

Di qui, innanzitutto, la conclusione, ormai consolidata e richiamata nella sentenza, per la quale - salvo accordo espresso o tacito degli interessati - il genitore tenuto all'obbligo di mantenimento non può pretendere unilateralmente di adempiere alla relativa obbligazione con il versamento dell'assegno direttamente a mani del figlio avente diritto (10).

Qualche precisazione, attesa la sua drastica formulazione, richiede l'ulteriore conclusione della sentenza, per cui "giammai, dunque, potrebbe disporsi il versamento diretto in favore del figlio in mancanza della domanda del medesimo, cioè dell'avente diritto". Ciò perché il "diritto concorrente [del figlio] con quello del

genitore convivente alla percezione dell'assegno di mantenimento" e la conseguente legittimazione concorrente presuppongono "la domanda giudiziale" e, pertanto, "non viene meno il principio della domanda di cui all'art. 99 c.p.c." (11).

In senso contrario si è, infatti, sostenuto che la lettera della norma è tale "da non lasciare adito a dubbi di alcun genere sul fatto che il giudice possa provvedere d'ufficio (anche, cioè, in assenza di qualsiasi istanza o sollecitazione da parte dei genitori e del destinatario) sia nel disporre il pagamento di un assegno periodico in favore dei figli maggiorenni ma non ancora economicamente indipendenti sia nel decidere che tale assegno sia versato direttamente all'avente diritto" (12).

Questa conclusione, seppure rimasta sostanzialmente isolata, richiede di ritornare sul tema dell'individuazione dell'ambito dei poteri ufficiosi del giudice in materia di diritto dei figli al mantenimento.

L'ambito dei poteri ufficiosi del giudice in materia di mantenimento dei figli

Al fine di definire l'ambito dei poteri ufficiosi del giudice in materia di mantenimento dei figli occorre muovere dalla premessa - già prospettata in altra sede (13) - per cui soltanto in materia di affidamento e di mantenimento dei figli minori è attribuito al giudice il potere di fissare - con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della prole e, pertanto, anche in difformità dagli accordi dei genitori - la misura e le modalità con le quali ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Sempre a tutela di tale interesse l'ordinamento attribuisce altresì al giudice il potere di disporre, tramite la polizia tributaria, gli accertamenti ritenuti necessari per garantire che ciascuno dei genitori provveda al mantenimento dei

(7) In tale senso, per tutti, cfr. Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in questa *Rivista*, 2006, 398.

(8) Al riguardo già M.L. Serra, *Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e poteri ufficiosi del giudice*, in questa *Rivista*, 2013, 177, con riferimento alla pronuncia Cass. Civ. 30 dicembre 2011, n. 30196, su cui *infra*, alla nt. 13.

(9) Il rilievo è già in Danovi, *Separazione e divorzio: anche i figli maggiorenni hanno legittimazione a intervenire nel processo*, cit. 776, per il quale "la partecipazione al giudizio deve rappresentare per il figlio una garanzia e non già un obbligo"; sulla legittimazione piena dei figli maggiorenni ad intervenire nei giudizi di separazione e nei giudizi che coinvolgono i loro diritti patrimoniali cfr. già Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, cit., 398; nel senso del testo, per la giurisprudenza di merito, Trib. Bari 7 ottobre 2015, in *DeJure*.

(10) Graziosi, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, cit., 1118; nello stesso senso, Trib. Pisa 1° aprile 2020, in *DeJure*.

(11) Le espressioni riportate nel testo si leggono nella motivazione della pronuncia; l'orientamento della S.C. deve ritenersi ormai condiviso dalla giurisprudenza di merito, per la quale cfr. App. Roma 2 maggio 2022, in *DeJure*; Trib. Torino 18 maggio 2022, in *DeJure*; Trib. Rieti 10 dicembre 2021, in *DeJure*.

(12) Il rilievo è di Cea, *L'affidamento condiviso, II, I profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, V, 98.

(13) In punto si veda la pronuncia di Cass. Civ. 30 dicembre 2011, n. 30196, con nota di M.L. Serra, *Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e poteri ufficiosi del giudice*, cit., 174, che ha ritenuto ammissibile la domanda relativa al mantenimento del figlio minore proposta per la prima volta nel giudizio di secondo grado, trattandosi di provvedimento che può essere assunto d'ufficio.

figli in misura proporzionale al proprio reddito (art. 337-ter c.c.) (14).

Le ragioni di tale disciplina vengono concordemente ricondotte alla necessità di garantire la massima tutela dei figli minori, sottratta alla mera contrapposizione processuale della difesa degli interessi di ciascuna parte al fine di consentire che tutti i provvedimenti, compresi quelli di natura patrimoniale, siano adottati nell'esclusivo interesse morale e materiale della prole (15).

In proposito si sottolinea che l'interesse del minore viene così ad assumere portata che lo eleva al di sopra del mero interesse di parte e, quindi, attribuisce allo stesso dignità di interesse pubblico, a fronte del quale - anche quando si controverte di questioni patrimoniali - non soltanto vi è un obbligo, a carico di entrambi i genitori, di spogliarsi di ogni interesse personale, ma anche "un dovere di veridicità" nell'indicare l'effettiva consistenza della propria condizione economica, che giustifica l'attribuzione al giudice del potere di disporre ogni accertamento necessario per verificare la corrispondenza alla realtà dei fatti di quanto dichiarato e documentato agli atti della controversia. Di qui l'ulteriore conseguenza - come autorevolmente precisato (16) - per cui "la contemplazione dell'interesse superiore del minore" può anche infrangere "il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato", poiché viene assegnata al giudice la funzione di valutare - nell'interesse del minore (terzo rispetto alle parti in causa) - la realtà delle deduzioni processuali e la rispondenza degli eventuali accordi fra le parti alla migliore tutela di tale interesse.

Le peculiarità della deroga in esame, in quanto introdotta a tutela dell'interesse esclusivo della prole, impediscono peraltro che la stessa possa essere estesa alla diversa ipotesi dei figli maggiorenni economicamente non indipendenti. Costoro - come detto - sono, infatti, titolari di un diritto proprio al mantenimento, che gli stessi fanno valere in assoluta libertà

e in forma autonoma e al cui esercizio possono insindacabilmente rinunciare. Conseguentemente l'attribuzione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli maggiorenni, ancorché non autosufficienti, deve intendersi governata dal principio della domanda e, pertanto, la relativa richiesta deve essere proposta secondo le regole generali del processo ordinario (17).

Alla luce della novellata disciplina (artt. 337-ter e 337-septies c.c.) appare difficile contestare che i poteri officiosi del giudice in materia di mantenimento dei figli siano attribuiti, nel caso dei figli minori, al fine di garantire il diritto degli stessi ad essere mantenuti dai genitori in misura corrispondente all'effettiva quantificazione del reddito goduto da ciascuno dei genitori. La tutela del diritto del minore trova, infatti, la sua giustificazione nello stato di minore età, nel quale lo stesso versa, e nel conseguente diritto, assoluto e non condizionato ad alcun accertamento, ad essere mantenuto in proporzione alla capacità reddituale dei genitori.

Al contrario il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente è subordinato, da un lato, all'esercizio del diritto da parte del suo titolare, libero - come detto - di rinunciarvi e, dall'altro, all'accertamento dell'effettiva sussistenza della situazione di dipendenza economica e del fatto che il persistere di tale situazione sia incolpevole (18).

Una volta verificate tali circostanze, che devono essere dedotte dagli interessati, l'unico margine di discrezionalità concesso al giudice consiste nel potere di determinare - previa valutazione delle deduzioni degli interessati - il soggetto alle cui mani deve essere versato l'assegno periodico (19).

Né vale obiettare che le ragioni di tutela, godute in stato di minore età, persistono in capo al figlio maggiorenne in quanto l'obbligo del mantenimento non viene meno automaticamente al raggiungimento della maggiore età. L'obiezione è facilmente

(14) In punto si rinvia alle osservazioni di Cospite, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, diretto da Zaccaria, IV ed., Padova, 2020, sub art. 337 ter, 850; in punto Vullo, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, I, Bologna, 2011, 274 ss.

(15) Orientamento consolidato e condiviso in adesione alle risalenti riflessioni di Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, cit., 396.

(16) Sempre, Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, cit., 396.

(17) È appena il caso di sottolineare che l'eventuale rinuncia del figlio maggiorenne e non autosufficiente, convivente con un genitore, non comporta l'estinzione del diritto di questi ad esigere dall'altro genitore il contributo per il mantenimento del figlio.

(18) Conclusione pacifica, al cui riguardo cfr., da ultimo Cass. Civ. 11 marzo 2022, n. 8049, per la quale "il figlio divenuto

maggiorenne ha diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se (...) sia dimostrato (dal figlio, ove agisca il medesimo in giudizio o dal genitore interessato) che il medesimo si sia adoperato effettivamente per rendersi autonomo economicamente, impegnandosi attivamente per trovare un'occupazione in base alle opportunità reali offerte dal mercato del lavoro" (anche se del caso, ridimensionando le proprie aspirazioni per un'occupazione lavorativa consona alle proprie condizioni).

(19) Secondo i principi resta a carico della parte che richiede l'assegno di mantenimento l'onere della prova della sussistenza delle condizioni che ne legittimano la percezione (oltre la sentenza richiamata alla nota precedente cfr., Cass. Civ. 13 ottobre 2021, n. 27904; Cass. Civ. 29 dicembre 2020, n. 29779).

superabile, quando si consideri che, in tal caso, è sufficiente che il genitore onerato dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica ovvero che sia stato posto nelle condizioni concrete per poter essere economicamente autosufficiente, senza averne tratto profitto per sua colpa o per sua scelta, perché vengano meno ogni ragione e forma di tutela del diritto al mantenimento.

Inderogabilità del principio della domanda ai fini dell'attribuzione dell'assegno di mantenimento a favore dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti

La conclusione per quale, nel caso dei figli maggiorenni, non può derogarsi al principio della domanda è, del resto, conforme ai principi del nostro ordinamento processuale.

Spetta, infatti, all'attore individuare il *petitum*, oggetto della domanda, così come compete allo stesso indicare la *causa petendi*, intesa quale fatto complesso, riconducibile alla connessione interna fra fatto storico (generatore della pretesa vantata) e norme ad esso applicabili. È poi ufficio del giudice determinare il paradigma giuridico applicabile al fatto dedotto dall'attore e, quindi, procedere all'individuazione della fattispecie giuridica astratta nella quale assumere la fattispecie concreta (20).

All'interno del contesto qui richiamato, che a sua volta postula il rispetto della regola fondamentale posta nell'art. 112 c.p.c., deve essere ricondotto l'esercizio dei poteri decisorii del giudice anche nella materia del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne ai sensi dell'art. 337-septies c.c. Circa la censura della sentenza impugnata per violazione dell'art. 112 c.p.c., invocata dal ricorrente insieme alla violazione del principio della domanda, si ritiene che tale violazione non sia riferibile al caso di specie.

Al riguardo, e seppure nella limitata prospettiva delle presenti note, si deve ritenere condivisibile l'orientamento per cui "il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, fissato dall'art. 112 c.p.c., implica il divieto per il giudice di attribuire alla parte un bene non richiesto, o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda". Ne consegue che tale principio deve intendersi violato ogni qual volta il giudice, "interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri alcuno degli elementi identificativi dell'azione (*petitum* e *causa petendi*), attribuendo o negando ad alcuno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto e non compreso, nemmeno implicitamente o virtualmente, nella domanda ovvero, pur mantenendosi nei limiti della documentazione, rilevi d'ufficio un'eccezione in senso stretto che può essere fatta valere solo dall'interessato, o ancora quando ponga a fondamento della decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, introducendo nel giudizio un titolo nuovo e diverso da quello enunciato dalla parte a sostegno della domanda" (21).

Al contrario non sussisterebbe violazione del principio del chiesto e pronunciato quando il giudice, senza mutare gli elementi rende "la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti di causa autonoma rispetto a quella prospettata". In altre parole, non può ravvisarsi violazione dell'art. 112 c.p.c. ogni qual volta il giudice si limiti ad accertare la presenza di elementi idonei a quantificare l'esistenza del fatto costitutivo della pretesa avanzata, purché tale accertamento non comporti la sostituzione della domanda proposta con una differente (22). Pertanto, una tale violazione è invocabile ogni qual volta il giudice con l'esercizio dei propri poteri officiosi vada ad intaccare "il monopolio [delle parti] in ordine alla determinazione del tema decisionale" (23).

(20) In argomento si veda, per tutti, Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti* (art. 2907), in *Il Codice Civile. Commentario Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano, 2018, 412 ss. ove la precisazione per cui "se si vuole essere coerenti con la prospettiva che incentra la funzione del processo sulla concreta attribuzione di un bene della vita", si deve altresì convenire che l'ordinamento consente sia alla parte di mutare la fattispecie astratta costituita dal diritto sia al giudice di qualificare diversamente la fattispecie legale (in applicazione del principio *jura novit curia*) purché oggetto del processo "sia sempre il medesimo bene della vita cui si aspira come impone il principio concorrente della corrispondenza tra chiesto e pronunciato".

(21) I passi riportati nel testo si leggono nella pronuncia di Cass. Civ. 10 aprile 2015, n. 7269.

(22) In tale senso, oltre la pronuncia richiamata alla nota precedente, si veda Cass. Civ. 28 gennaio 2000, n. 961, che, chiamata a decidere della domanda di attribuzione dell'assegno divorzile, ha ritenuto non censurabile la decisione dei giudici del merito per i

quali doveva intendersi dedotta la condizione attributiva (la indisponibilità di adeguati redditi propri) per il fatto che la parte aveva fatto riferimento, nel prospettare la situazione al giudice, al notevole divario tra le entrate rispettivamente percepite dalle parti nel corso degli anni.

(23) In punto, si richiama la chiara distinzione proposta da Verde (*Diritto processuale civile*, I, IV ed., Bologna, 2019, 85) nel definire i rapporti fra principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.). In punto, l'A. osserva che "secondo il combinato disposto di queste due disposizioni, non solo le parti possono scegliere se adire o non il magistrato, ma hanno anche il monopolio in ordine alla determinazione del tema decisionale, ossia dell'oggetto sul quale il giudice dovrà decidere. In altre parole, le parti hanno il potere di condizionare il giudice inizialmente - decidendo se adire o non il magistrato - e successivamente - determinando su che cosa il giudice dovrà decidere".

Nel caso di specie il giudice non ha inciso sulla "determinazione del tema decisionale", ma ha pronunciato in difetto assoluto di domanda.

Alla luce di queste considerazioni, si deve ritenere che sussista la violazione del principio della domanda ogni qual volta il giudice, investito della decisione relativa all'attribuzione dell'assegno per il mantenimento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente convivente con uno dei genitori che ha promosso la controversia, decida per l'attribuzione dell'assegno direttamente al figlio in mancanza di una domanda dell'interessato.

Tale conclusione, del tutto coerente con i valori funzionali del processo diretti a evitare che l'esito del giudizio sia interamente rimesso alla discrezionalità, ancorché tecnica, del giudice, soggetto terzo rispetto agli interessi concreti sottoposti al vaglio del processo, discende pianamente dalla stessa nozione di oggetto del processo, inteso come "questione circa l'esistenza o l'inesistenza del diritto" quale prospettata nella domanda giudiziale che il giudice risolve nell'esercizio dei propri poteri di qualificazione della fattispecie e nel rispetto del contraddittorio (24).

Condividere tale nozione significa, infatti, convenire sul fatto che l'ammissibilità del rilievo officioso da parte del giudice può estendersi soltanto ai fatti costitutivi della domanda che non servono ad individuare il diritto fatto valere dalle parti (la *res in indicium deducta*) (25).

In materia di attribuzione dell'assegno di mantenimento al figlio maggiorenne non autosufficiente in assenza di domanda dell'interessato, la violazione del principio della domanda emerge in tutta la sua evidenza, quando si consideri che in tal caso non è dedotta in giudizio la domanda circa l'accertamento dell'esistenza o inesistenza del diritto.

La mancanza di deduzioni da parte dell'avente diritto all'assegno, in quanto estraneo al giudizio, costituisce, infatti, ostacolo insormontabile perché il giudice

possa procedere alla valutazione delle circostanze, che a norma dell'art. 337-*septies* c.c., legittimano l'attribuzione dell'assegno periodico e consentono al giudice di determinare il soggetto avente diritto alla sua percezione.

Se così non fosse sarebbe consentito al giudice di sostituire alla domanda dei coniugi, che controbattono del rispettivo diritto ed obbligo di provvedere al mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente, convivente con uno dei genitori, una diversa domanda (l'attribuzione dell'assegno a un terzo estraneo al giudizio), che non trova fondamento nei fatti costitutivi del giudizio (26).

Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni portatori di handicap grave

A mero titolo di completamento delle osservazioni sinora svolte, occorre ricordare che, per espressa previsione dell'art. 337-*septies*, comma 2, c.c., ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni dettate in favore dei figli minori.

Al riguardo si è, peraltro, rilevato - sebbene il tenore letterale della norma sembri escludere l'applicabilità di quanto disposto al comma 1 dello stesso art. 337-*septies* (27) - che la disposizione deve essere interpretata nel senso di conciliare la disciplina del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne con la disciplina diretta a garantire allo stesso, quando portatore di handicap grave, le maggiori tutele riservate ai figli minori.

In questa prospettiva si sottolinea che la disposizione in esame deve essere letta con riferimento, innanzi tutto, all'art. 337-*ter*, comma 2, c.c., al fine di consentire al giudice di adottare i provvedimenti destinati a regolare i rapporti fra genitori e figli nell'esclusivo interesse morale e materiale di questi ultimi (28). Coerentemente con tale premessa si

(24) In questo senso, Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 418 s.

(25) In punto, Cass. Civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, nella motivazione.

(26) Le conclusioni esposte nel testo possono valere sia nel caso in cui la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia riconducibile nell'ambito dei "diritti autodeterminati" (è l'ipotesi richiamata in Cass. Civ., SS.UU., n. 26242/2014 cit. alla nota precedente) sia nel caso di fattispecie relativa a "diritti eterodeterminati".

(27) Il rilievo risale ad Annunziata, *Il mantenimento del figlio maggiorenne: considerazioni alla luce del nuovo sistema dell'affido condiviso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1125 (con riferimento a Cass. Civ. 19 gennaio 2007, n. 1146).

(28) Ai fini dell'individuazione dei figli maggiorenni, portatori di handicap grave, deve farsi riferimento all'art. 3, comma 3, L. 5

febbraio 1992, n. 104; in tal senso, espressamente Cass. Civ. 24 luglio 2012, n. 12977, in motivazione, ove anche il rilievo per cui la prescrizione dell'art. 337-*septies* c.c. (come quella del previgente art. 155-*quinques* c.c.) dispone che devono "applicarsi ai portatori di handicap le disposizioni 'in favore' dei figli minorenni", in quanto diverse interpretazioni porterebbero altrimenti a concludere "che il figlio portatore di handicap, ancorché maggiorenne, sia da considerare automaticamente privo della capacità di agire", situazione che "potrà essere accertata eventualmente, in via totale o parziale, nei giudizi specifici di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno". Nel senso del testo già Annunziata, *Il mantenimento del figlio maggiorenne: considerazioni alla luce del nuovo sistema dell'affido condiviso* cit., 1125; Arceri, *La disciplina della l. n. 54/2006 in tema di figli maggiorenni portatori di handicap e le difficoltà applicative in giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2012, 178, in nota a Trib. Varese 21 aprile 2011.

ritiene che debbano trovare applicazione in favore del figlio maggiorenne, portatore di handicap grave, quelle disposizioni dettate per i figli minori, che aggiungono forme di tutela ulteriori rispetto a quelle di cui il maggiorenne già gode in quanto non autosufficiente (29).

Conclusione condivisibile, in quanto diretta ad evitare una sostanziale equiparazione fra la situazione del maggiorenne portatore di handicap (ancorché grave) e quella del minore (incapace), che comporterebbe da un lato un fondato dubbio di costituzionalità e, dall'altro, una "odiosa discriminazione e mortificazione del figlio maggiorenne" al quale sarebbe inibita - a prescindere dalla natura e dalla rilevanza della minorazione - la possibilità di provvedere al proprio sostentamento mediante la

percezione dell'assegno periodico spettantegli a norma dell'art. 337-*septies*, comma 1, c.c. (30).

In particolare, per quanto riguarda il mantenimento, il relativo diritto non viene meno - sempre che sussistano le condizioni prima richiamate - per il fatto che l'interessato goda di altre provvidenze percepite in ragione del proprio stato di menomazione fisica, psichica o sensoriale (31). Analoga conclusione vale altresì in punto di legittimazione all'esercizio del diritto al mantenimento in capo al figlio, che abbia conservato - nonostante la menomazione - la capacità di agire (32) nonché in materia di poteri officiosi del giudice, esercitabili legittimamente ai sensi dell'art. 337-*ter* c.c. per l'adozione dei provvedimenti a tutela degli interessi del maggiore, portatore di handicap grave, quando il suo stato ne comporti l'equiparazione al figlio minore.

(29) Cfr. Cass. Civ. 24 luglio 2012, n. 12977, cit., in motivazione, per cui trovano applicazione le norme sulla presenza, le visite, la cura e il mantenimento da parte del genitore non convivente nonché quelle in ordine all'assegnazione della casa coniugale.

(30) Arceri, *La disciplina della l. n. 54/2006 in tema di figli maggiorenni portatori di handicap e le difficoltà applicative in giurisprudenza*, cit., 179.

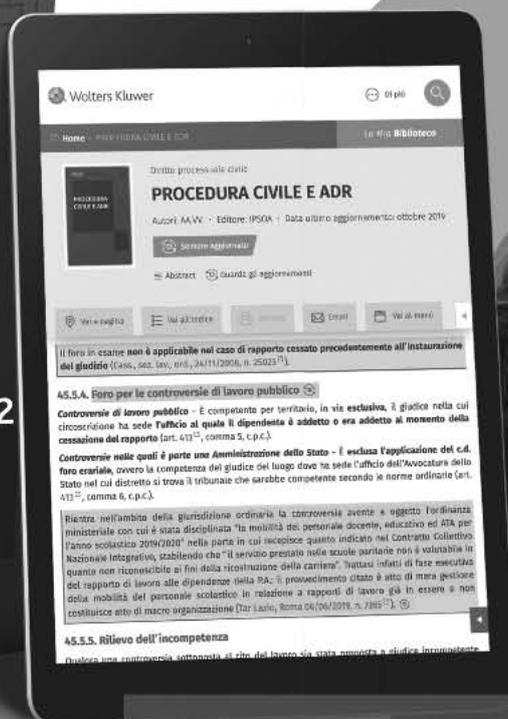
(31) Nel senso del testo cfr. App. Catania 29 gennaio 2015, per cui la percezione della pensione di invalidità e dell'indennità di

accompagnamento non determina il venir meno del diritto del figlio (affetto da sindrome di Down) a percepire il mantenimento da parte del genitore, tenuto conto della finalità meramente assistenziale di tali provvidenze.

(32) Cfr. già Annunziata, *Il mantenimento del figlio maggiorenne: considerazioni alla luce del nuovo sistema di affido condiviso*, cit., 1125; sull'ambito dei poteri officiosi del giudice si veda nel testo, *sub* n. 4 e note *ivi*.

IPSOA In Pratica

RISPOSTE CHIARE, AUTOREVOLI E SEMPRE AGGIORNATE



PROCEDURA CIVILE E ADR 2022

Tutto quello che c'è da sapere su:

- gli istituti del processo civile
- gli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie
- gli atti, i termini e gli adempimenti per ciascuna fase processuale
- il processo telematico
- i profili internazionali
- la normativa emergenziale Covid-19
- la riforma del processo civile



In digitale

segue l'evoluzione della riforma del processo civile e le novità normative e giurisprudenziali, con attenzione alla situazione emergenziale nell'ambito della giustizia civile

info.wolterskluwer.it/IPSOA-In-Pratica

 Wolters Kluwer

Funzione compensativa

Corte d'Appello di Cagliari, Sezione distaccata di Sassari, 22 aprile 2022 - Pres. Spanu - Rel. Caleffi - S.I. c. F.A.B.

Con riferimento allo squilibrio della reciproca situazione economica dei coniugi, può del tutto ragionevolmente sostenersi che l'attuale condizione di inferiorità della moglie sia dipesa sostanzialmente dal contributo fornito dalla medesima alla conduzione e gestione della vita familiare, caratterizzata dalla presenza di tre figli in una famiglia monoreddito, e, conseguentemente, anche alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge (proprietario della casa coniugale), tenuto conto altresì della durata del matrimonio.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2019, n. 1882, ord.; Cass. Civ., Sez. I, 9 agosto 2019, n. 21234; Cass. Civ., Sez. I, 11 ottobre 2022, n. 29627, ord.
Difforme	Cass. Civ., Sez. I, 8 settembre 2021, n. 24250, ord.

Omissis

Svolgimento del processo

S.I. ha proposto appello avverso la sentenza n. 162/2021, emessa l'1/4/2021, con la quale il Tribunale di Nuoro dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato tra S.I. e F.A.B. il 2/10/1993 e rigettava la domanda di assegno divorzile proposta dalla S., ponendo a carico del F. un contributo al mantenimento del figlio A. di euro 400,00 mensili, a decorrere dalla conclusione del percorso del ragazzo presso la comunità il "Filo di Arianna". Il tribunale gravato riteneva in particolare che la S. non avesse "in alcun modo assolto l'onere della prova su di essa incombente per ottenere l'assegno divorzile, in quanto si è (era) limitata ad allegare di non avere reddito congruo ma non ha(aveva) dimostrato né che la carriera lavorativa del F. sia in qualche modo correlata a rinunce (in ogni caso non provate) della S. medesima né tanto meno le ragioni per le quali la stessa non abbia(avesse) ancora trovato una stabile e regolare occupazione".

Il giudice di primo grado, poi, "escluso che il figlio A., appena maggiorenne, abbia(avesse) già raggiunto una piena indipendenza economica", confermava quanto già disposto dal tribunale con decreto n. 1251/2017 del 03.08.2017 in sede di procedimento *ex art.* 710 c.p.c., "nel senso che il mantenimento del figlio A. deve(doveva) restare a carico del padre A.B.F., salvo che il figlio A. non sia ancora ospite della Comunità e il Comune di Nuoro provveda alle relative spese di mantenimento". S.I. ha censurato la sentenza nella parte in cui escludeva sussistere i presupposti per il riconoscimento di un assegno di divorzio, in violazione dell'art. 5 della legge n. 898/70 e dei principi di diritto sanciti dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza n. 18287/18.

Inoltre, la S. si è doluta della decisione in ordine al riconoscimento di un contributo al mantenimento del figlio A. solo nel momento in cui non sarà più ospite della comunità, non tenendo conto che tale condizione "non ne copre le spese di abbigliamento, vitto e viaggio".

F.A.B. ha resistito all'appello di cui ha chiesto il rigetto. È intervenuta in giudizio la Procura Generale. All'udienza di comparizione in camera di consiglio la Corte si è riservata la decisione.

Motivi della decisione

Come è noto, le Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza dell'11 luglio 2018, n. 18287, nel dirimere il contrasto insorto relativamente alla determinazione della natura e delle funzioni dell'assegno divorzile, hanno statuito che il diritto a tale assegno non dipende più soltanto dalla mancanza di autosufficienza economica del richiedente, come sostenuto nell'orientamento inaugurato con la sentenza n. 11504/2017, o, in ossequio alla precedente costante giurisprudenza, dall'esigenza di consentire al coniuge privo di sufficienti mezzi il ripristino del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, ma sorge anche, in un giudizio necessariamente di natura composita, quale rimedio allo squilibrio esistente nella situazione economico-patrimoniale delle parti le cui cause non possono che risalire al vissuto della coppia coniugale. Conseguentemente, viene ritenuto di doversi dare il giusto rilievo alle scelte ed ai ruoli che hanno caratterizzato la vita familiare dei coniugi e l'assegno diventa lo strumento che, adempiendo ad una funzione anche compensativa, consente al coniuge più debole di ricevere quanto ha dato durante il matrimonio e non è più un mezzo per consentire al coniuge il ripristino del tenore di vita goduto nel matrimonio e neppure uno strumento meramente assistenziale per assicurare al coniuge privo di mezzi un'esistenza libera e dignitosa, ma, pur senza perdere la propria funzione assistenziale, deve garantire anche una funzione compensativa volta ad individuare nel diritto all'assegno e nella sua determinazione quantitativa il mezzo per dare al coniuge un concreto riconoscimento del suo contributo alla realizzazione della vita familiare.

La Suprema Corte ha altresì chiarito (cfr. Cass. n. 21234/19) che "nel valutare l'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge che ne faccia richiesta, o l'impossibilità di

procurarseli per ragioni oggettive, si deve tener conto, utilizzando i criteri di cui all'art. 5, comma 6 della l. n. 898 del 1970, sia della impossibilità di vivere autonomamente e dignitosamente da parte di quest'ultimo e sia della necessità di compensarlo per il particolare contributo, che dimostri di avere dato, alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge durante la vita matrimoniale, senza che abbiano rilievo, da soli, lo squilibrio economico tra le parti e l'alto livello reddituale dell'altro ex coniuge, tenuto conto che la differenza reddituale è coesistente alla ricostruzione del tenore di vita matrimoniale, ma è oramai irrilevante ai fini della determinazione dell'assegno, e l'entità del reddito dell'altro ex coniuge non giustifica, di per sé, la corresponsione di un assegno in proporzione delle sue sostanze", con la conseguenza che (vedi Cass. n. 1882/19) "Il giudizio, premessa la valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, avrà ad oggetto, in particolare, il contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune, nonché di quello personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio ed all'età dell'avente diritto".

Tanto premesso, nel caso di specie, risulta dagli atti che: - i coniugi F. e S. hanno contratto matrimonio a Nuoro il 2.10.1993 e dal matrimonio sono nati tre figli, oggi tutti maggiorenni: I., P. ed A.;

- si sono legalmente separati in virtù di accordi omologati con decreto del Tribunale di Nuoro dell'8.9.2016, nei quali era tra l'altro previsto un assegno di mantenimento in favore della S. di euro 500,00 mensili;

- il F. vive in una casa di sua proprietà e percepisce, quale tecnico E., uno stipendio mensile di circa euro 1.800,00 (vedi dichiarazioni F. udienza presidenziale 15.5.2018);

- la S. vive a casa della madre e percepisce, quale bidella con contratti a tempo determinato e per poche ore settimanali, uno stipendio netto mensile di euro 300,00/400,00 (vedi dichiarazione Unico 2019 e prospetti emolumenti allegati a memoria 20.5.2019), svolgendo anche qualche ora di attività di pulizia "a chiamata" (vedi dichiarazioni udienza presidenziale 15.5.2018).

Risulta ancora che la S. prima della separazione non svolgeva attività lavorativa.

Lo allegava, seppur genericamente, la stessa S. nella sua comparsa di costituzione e risposta laddove metteva in rilievo il suo contributo alla conduzione della famiglia e dei tre figli nati dal matrimonio (vedi comparsa: "diversamente da quanto mostra di ritenere lo stesso ricorrente, la normativa vigente, e, soprattutto, il nuovo orientamento in ordine al cosiddetto 'criterio composito' di cui alla recentissima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 18287/2018 esaltano la funzione compensativa volta ad individuare nell'assegno e nella sua determinazione quantitativa il mezzo per dare al coniuge più debole un concreto riconoscimento del suo contributo alla realizzazione della vita familiare, consentendogli di ricevere quanto ha dato durante il matrimonio, che nello specifico ha portato alla costituzione di un nucleo familiare originario di ben tre figli") e nella memoria ex art. 183, n. 1, c.p.c., in cui

precisava che mentre "il F. è un dipendente E. che percepisce uno stipendio di almeno 1.800 Euro mensili..., al contrario la comparente, non avendo mezzi adeguati di sussistenza né potendosi procurare, si trova suo malgrado a dover dipendere dall'aiuto economico della madre, vista la oggettiva, estrema difficoltà di un inserimento lavorativo, a causa dell'età, della carenza di specifiche professionalità, della notoria grave difficoltà attuale del mercato del lavoro e più in generale del contesto asfittico della città nella quale risiede". "Inserimento lavorativo" che evidentemente presuppone la mancanza di un lavoro preesistente. Del resto, lo stesso F. nel ricorso introduttivo del presente giudizio deduceva che la S. aveva percepito reddito da lavoro dipendente "da quando separata", escludendo, quindi, che la ex coniuge percepisse redditi da lavoro nel periodo precedente; circostanza di cui, infatti, non vi è alcuna specifica allegazione.

A nulla rileva invece il fatto che la madre e/o il fratello conviventi della S. percepiscono una pensione di invalidità e/o altri emolumenti, atteso che tali redditi sono estranei a quello dell'ex coniuge del F.

Lo stesso Presidente del Tribunale di Nuoro, in sede di provvedimenti presidenziali ed urgenti, evidenziava che "I. S. non risulta essere in grado di condurre, con le proprie risorse, un'esistenza libera e dignitosa" e le parti nella separazione consensuale avevano, del resto, previsto un assegno di mantenimento in favore della S. di euro 500,00 mensili.

Alla luce di tali circostanze, è innanzi tutto evidente lo squilibrio della reciproca situazione economica delle parti ed in particolare l'inadeguatezza dei mezzi di sostentamento della S. (la quale percepisce uno stipendio modesto di appena 300,00/400,00 euro mensili e non può permettersi neppure una propria abitazione a fronte di uno stipendio mensile di euro 1.800,00 del F., proprietario altresì della casa in cui vive) nonché l'impossibilità della stessa di procurarseli per ragioni oggettive, stante l'età (la S. ha attualmente 58 anni) e la totale mancanza di qualsiasi professionalità, con conseguente difficile ricollocamento nel mercato del lavoro.

Inoltre, può del tutto ragionevolmente sostenersi che l'attuale condizione di inferiorità della S. sia dipesa sostanzialmente dal contributo fornito dalla medesima alla conduzione e gestione della vita familiare, caratterizzata dalla presenza di tre figli in una famiglia monoreddito, e, conseguentemente, anche alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge (proprietario della casa coniugale), tenuto conto altresì della durata del matrimonio (23 anni).

Pertanto, in riforma dell'impugnata sentenza, va riconosciuto in favore di S. I. un assegno divorzile, da fissare nella misura di euro 300,00 mensili, in considerazione del fatto che attualmente la S. svolge comunque una, seppur modesta, attività lavorativa rispetto all'epoca della separazione. Non merita invece accoglimento la seconda censura avanzata dall'appellante, in quanto correttamente il tribunale escludeva la corresponsione in capo al genitore non collocatario, il padre, del contributo al mantenimento del figlio Andrea, maggiorenne ma non ancora autosufficiente,

per tutto il periodo in cui lo stesso è ospitato presso la casa famiglia “*Il Filo di Arianna*”, posto che è pacifico tra le parti che le spese di mantenimento sono “interamente sostenute dal Comune di Nuoro per il periodo di permanenza nella struttura” (vedi sentenza impugnata e decreto n. 1257/17 del Tribunale di Nuoro).

Dato l'esito del giudizio e le oscillazioni della giurisprudenza in tema di assegno divorzile, sussistono giustificati motivi per compensare integralmente le spese di lite del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte

In parziale riforma della sentenza n. 162/2021 emessa dal Tribunale di Nuoro il 01/04/2021, dispone che F.A.B. versi in favore di S.I. un assegno di divorzio pari ad euro 300,00 mensili, rivalutabile annualmente secondo i dati ISTAT;

conferma nel resto l'impugnata sentenza.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese legali del presente procedimento.

Funzione compensativa dell'assegno divorzile e nesso causale di Emanuela Andreola (*)

Il principio dell'onere della prova riferito alla componente compensativa dell'assegno di divorzio onera il coniuge richiedente a dimostrare le cause che hanno determinato la sperequazione economica sussistente tra gli ex coniugi allo scioglimento del matrimonio, come chiarito dalle Sezioni Unite del 2018 e dalle successive pronunce di legittimità. In sede di giurisdizione di merito si riscontrano tuttavia esempi di applicazione non omogenea dei principi probatori, attuazione talvolta rigorosa, talvolta più elastica fino a giungere a giudizi di causalità implicita, presunta o *in re ipsa*. Se questa prassi interpretativa dovesse consolidarsi per la scelta di agevolare la ricostruzione della componente perequativa da parte del richiedente l'assegno, l'onere della prova nel contenzioso sull'assegno di divorzio finirebbe per gravare sull'ex coniuge che si oppone, in definitiva tenuto a dimostrare i fatti impeditivi della fattispecie, ma ciò diversamente dall'impostazione e dalle indicazioni delle Sezioni Unite.

Il fatto

Con la pronuncia in commento la Corte d'Appello di Cagliari ripercorre i principi recentemente fissati dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare in tema di funzione compensativa dell'assegno divorzile. In relazione alla fattispecie concreta, in difetto di prova della causa dello squilibrio economico tra i coniugi, il collegio ricorre allo schema della presunzione per riconoscere i presupposti di attribuzione dell'assegno, in riforma di quanto stabilito dal Tribunale di Nuoro. Il giudice gravato aveva, infatti, rigettato la domanda di attribuzione dell'assegno poiché la richiedente non aveva dimostrato a) che la carriera lavorativa del marito fosse correlata alle rinunce della moglie; b) in cosa consistessero tali rinunce; c) quali fossero le ragioni che avevano precluso alla moglie di reperire una regolare occupazione lavorativa.

Nel caso concreto, i coniugi si erano separati dopo un matrimonio durato ventitré anni e dal quale erano

nati tre figli. Il marito, lavoratore dipendente presso un ente pubblico, percepiva un reddito mensile e viveva nella casa familiare di sua esclusiva proprietà, mentre la moglie, priva di patrimonio e residente presso la madre, aveva iniziato a svolgere attività lavorativa solo dopo la separazione come dipendente *part-time* a tempo determinato, percependo uno stipendio mensile pari a circa un sesto di quello del marito.

La controversia tra gli ex coniugi verteva in particolare sui presupposti perequativi dell'assegno divorzile in favore della moglie. Quest'ultima aveva impugnato avanti la Corte d'Appello di Cagliari la sentenza del Tribunale di Nuoro nella parte in cui aveva respinto la domanda di assegno ritenendo non assolto l'onere della prova gravante sulla richiedente, in particolare ritenendo che la moglie si fosse limitata ad allegare di non avere reddito congruo, senza tuttavia dimostrarne le cause e gli effetti.

La Corte d'Appello di Cagliari, sezione distaccata di Sassari, nel riformare il primo provvedimento,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

richiamati i più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, sottolinea anzitutto la mutata funzione dell'assegno divorzile. Il collegio precisa che esso va riconosciuto, all'esito di un giudizio di natura necessariamente composita, quale rimedio allo squilibrio della situazione economico-patrimoniale delle parti, squilibrio le cui cause siano riconducibili all'impostazione di vita della coppia sposata. In base a tali principi, i giudici d'appello ribadiscono che l'assegno divorzile si configura come uno strumento volto a consentire al coniuge debole di "ricevere quanto dato durante il matrimonio" a titolo di "concreto riconoscimento del suo contributo alla realizzazione della vita familiare". In tal senso, secondo la Corte, esso garantirebbe una funzione compensativa, pur senza perdere la propria funzione assistenziale.

Sotto il profilo della prova dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno, il giudice d'appello reputa dimostrata la circostanza dell'ingresso della moglie nel mondo del lavoro solo dopo la separazione e giudica "evidente" lo squilibrio tra le condizioni economiche dei coniugi e l'inadeguatezza del reddito della moglie. Il collegio inoltre considera oggettivamente impossibile che la moglie possa procurarsi mezzi di sostentamento adeguati, stante la sua età (ultracinquantenne) e vista l'assenza di una particolare professionalità.

In relazione alla prova del contributo dato dalla moglie alla realizzazione della vita familiare tale da legittimare la funzione compensativa dell'assegno richiesto, la Corte ricorre al ragionamento presuntivo. In particolare, sul nesso causale tra lo squilibrio patrimoniale e le scelte di vita dei coniugi, la sentenza in esame afferma: "può del tutto ragionevolmente sostenersi che l'attuale condizione di inferiorità della [moglie] sia dipesa sostanzialmente dal contributo fornito dalla medesima alla conduzione e gestione della vita familiare, caratterizzata dalla presenza di tre figli in una famiglia monoreddito, e conseguentemente, anche alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge (proprietario della casa coniugale), tenuto conto altresì della durata del matrimonio (23 anni)".

I giudici d'appello, in senso opposto alla sentenza di primo grado, riconoscono il diritto all'assegno sulla base di un'argomentazione logica che desume gli effetti patrimoniali dalle scelte di vita del coniuge debole e

parametrano il contributo divorzile alla circostanza della modesta attività lavorativa della richiedente.

Le finalità dell'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale

La sentenza in commento, prima di procedere alla ricostruzione dell'assetto probatorio del contenzioso, opera una ricognizione dei principi in materia di assegno di divorzio soffermandosi in particolare sulla finalità compensativa dell'attribuzione post-matrimoniale. Per comprendere la portata del nuovo orientamento giurisprudenziale rispetto alla dinamica processuale delle controversie occorre ripercorrere brevemente l'evoluzione interpretativa dell'istituto per cercare di coglierne la direzione.

Come è noto, la giurisprudenza era da tempo consolidata sull'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (1) secondo cui l'assegno, nella disciplina introdotta dall'art. 10, L. 6 marzo 1987, n. 74, aveva carattere esclusivamente assistenziale. Non si considerava necessaria la sussistenza di uno stato di bisogno, bensì la prova di un apprezzabile deterioramento delle condizioni economiche, che dovevano essere "tendenzialmente" ripristinate per ristabilire un certo equilibrio fra i coniugi (2).

La Corte costituzionale aveva confermato che l'accertamento del diritto all'assegno si articolava in due fasi: nella prima, il giudice verificava l'esistenza del diritto in astratto, in relazione all'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati a un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio; nella seconda, si procedeva alla determinazione, in concreto, dell'ammontare dell'assegno, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonché del reddito di entrambi, valutandosi tali elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio (3). Sotto il profilo probatorio, assumeva rilievo la dimostrazione delle risorse reddituali e patrimoniali di ciascuno dei coniugi, di quelle effettivamente destinate al soddisfacimento dei bisogni personali e familiari, nonché delle rispettive potenzialità economiche (4).

(1) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 1, 67, con note di E. Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite* e di V. Carbone, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*.

(2) Cfr. Cass. Civ. 19 settembre 2005, n. 18477, in questa *Rivista*, 2006, 2014; Cass. Civ. 18 agosto 2006, n. 18200, in *One Legale*, fa riferimento a "un tenore di vita (tendenzialmente)

analogo a quello goduto *manente matrimonio*"; Cass. Civ. 2 maggio 2007, n. 10133, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

(3) Cfr. Corte cost. 9 febbraio 2015, n. 11, in questa *Rivista*, 2015, 537, con nota di E. Al Mureden, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*.

(4) Cfr. Cass. Civ. 9 giugno 2015, n. 11870, in *One Legale*. La sentenza ha negato il diritto all'assegno alla richiedente, non avendo questa fornito alcuna prova dell'oggettiva impossibilità

Dopo oltre trent'anni di consolidato orientamento ancorato al parametro del tenore di vita dei coniugi goduto durante il matrimonio, la sentenza "Lamorgese" (5) abbandonava il riferimento a un criterio proiettato verso il passato della coppia, ispirandosi al principio di autoresponsabilità economica dei coniugi dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale (6). Secondo questa nuova impostazione il richiedente aveva l'onere di dimostrare la "mancanza di indipendenza economica" quale presupposto per il riconoscimento dell'assegno.

La distonia dei giudici di merito in sede applicativa induceva le Sezioni Unite della Cassazione a tornare nel 2018 sul tema dei presupposti dell'assegno di divorzio (7). La sentenza recepiva le critiche al criterio dell'autosufficienza economica del richiedente, soprattutto quando si riscontravano esigenze di compensare adeguatamente il coniuge che aveva irreversibilmente compromesso le proprie capacità di reddito per essersi dedicato, d'accordo con l'altro,

all'attività domestica e alla cura della famiglia o che era chiamato a farlo in qualità di genitore prevalente. Veniva così messa in luce la finalità perequativa dell'assegno rispetto alle situazioni caratterizzate da una sensibile disparità di condizioni economico-patrimoniali dettate da un divario reddituale conseguente alle scelte delle parti nella conduzione della vita familiare (8).

In base a tale interpretazione, la funzione equilibratrice attribuita all'assegno di divorzio riconosce il valore del ruolo e del contributo forniti dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi (9). La metamorfosi funzionale dell'istituto, dal canone del tenore di vita analogo o simile a quello goduto in costanza di matrimonio, a quello dell'indipendenza o autosufficienza economica, pur confermando la finalità assistenziale dell'assegno, avvalorava lo scopo perequativo-compensativo dell'attribuzione periodica secondo il

di procurarsi mezzi adeguati per conseguire un tenore di vita analogo a quello mantenuto in costanza di matrimonio. Nello stesso senso, cfr. Cass. Civ. 15 maggio 2013, n. 11686, in *One Legale*.

(5) Cfr. Cass. Civ. 10 maggio 2017, n. 11504, in questa *Rivista*, 2017, 636, con nota di E. Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale* e di F. Danovi, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; in *Giur. it.*, 2017, 1299, con nota di A. di Majo, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?* e di C. Rimini, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1254, con nota di U. Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*, di M. Fortino, *Il divorzio, l'"autoresponsabilità" degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia*, di E. Quadri, *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune* e di C. Rimini, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*; in *Corr. giur.*, 2017, 885, con nota di E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*. La sentenza n. 11504/2017 è stata confermata da Cass. Civ. 22 giugno 2017, n. 15481, in *Foro it.*, 2017, 1, 2259, che tra l'altro non ha accolto la richiesta del sostituto procuratore generale di rimettere il ricorso al primo presidente per l'eventuale sua assegnazione alle Sezioni Unite, e da Cass. Civ. 29 agosto 2017, n. 20525, in *One Legale*.

(6) Secondo la sentenza Cass. Civ. 10 maggio 2017, n. 11504, cit., 636, l'assegno di divorzio va interpretato in modo coerente con la maggior parte degli ordinamenti europei e in base a un'estensione analogica dell'art. 337-septies c.c., relativo al diritto del figlio maggiorenne a un assegno periodico. Sui profili comparativi cfr. S. Patti, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in *Foro it.*, 2017, 2707.

(7) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, 1186, con nota di S. Patti, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2018, 1843, con nota di C. Rimini, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Foro it.*, 2018, 1, 2671, con nota di C.M. Bianca, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di*

assegno divorzile: una storia compiuta?; in *Famiglia*, 2019, 3, con nota di M. Sesta, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*. Sui tratti principali della nuova prospettiva in tema di assegno divorzile, cfr. E. Quadri, *"C'è qualcosa di nuovo oggi" nell'assegno di divorzio, "anzi d'antico"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1714; Id., *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in questa *Rivista*, 2018, 971; M. Sesta, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in questa *Rivista*, 2018, 983; E. Al Mureden, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2018, 1019. Per un'analisi comparatistica della giurisprudenza in materia di assegno di divorzio vedi S. Patti, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 454.

(8) Il coniuge per lungo tempo dedito alla cura della famiglia, pertanto, può beneficiare di un assegno "conformato" in funzione di una finalità perequativa-compensativa capace di limitare il "disequilibrio reddituale" e lo "squilibrio di realizzazione". Ciò consente di realizzare un'equilibrata ripartizione di una forma di ricchezza definita "capitale invisibile", la quale consiste nelle "capacità professionali e di reddito che uno dei coniugi abbia conseguito in costanza di matrimonio anche grazie all'apporto fornito ed ai sacrifici sopportati dall'altro". In questo senso vedi E. Al Mureden, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases*, in questa *Rivista*, 2019, 1077 ss.

(9) Cfr. Cass. Civ. 29 gennaio 2019, n. 2480, in *Quotidiano giuridico*, 2019, secondo cui l'accertamento relativo all'inadeguatezza dei mezzi o all'incapacità di procurarsi per ragioni oggettive del coniuge istante si ricollega alle caratteristiche e alla ripartizione dei ruoli durante lo svolgimento della vita matrimoniale, in relazione alla durata del matrimonio e all'età di detta parte. All'assegno deve riconoscersi, oltre alla natura assistenziale, anche quella perequativa-compensativa, che discende direttamente dal principio costituzionale di solidarietà e conduce al riconoscimento di un contributo volto a consentire al coniuge richiedente non il conseguimento dell'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, bensì il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato e parametrato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, tenuto conto delle aspettative professionali sacrificate.

principio della pari dignità dei coniugi (10). Il presupposto per il riconoscimento è dato dunque in primo luogo dall'accertata e non irrilevante disparità delle rispettive posizioni economiche e in secondo luogo dalle cause dello squilibrio.

Come è stato chiarito, emerge un rapporto di necessaria simbiosi e accessorietà della funzione compensativa rispetto a quella assistenziale in base alla considerazione che la famiglia è una società di uguali (art. 29 Cost.) (11). Ciò fino a separare la componente assistenziale da quella compensativa attribuendo a quest'ultima una totale autonomia (12).

In questo senso sembra possa intendersi la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione laddove valuta l'apporto endofamiliare in termini assoluti mediante "un calcolo non proiettato verso il futuro, ovvero correlato alla previsione di vita della persona, ma rivolto al passato, ovvero volto a stimare il contributo prestato in quell'arco di tempo chiuso, circoscritto alla durata della vita matrimoniale" (13).

Comunque intesa, la funzione compensativa, sopperendo alla mancata diffusione del regime di comunione legale che il legislatore auspicava, pone al centro dell'accertamento giudiziale la dinamica delle decisioni circa le modalità e la rilevanza della contribuzione alla formazione del

patrimonio comune e dei singoli coniugi. Le scelte sull'indirizzo economico della famiglia risultano ora elementi imprescindibili, quali presupposti causali di situazioni che vanno rivalutate al momento della cessazione del rapporto matrimoniale. In mancanza di accordi della crisi coniugale, l'esito di questa rivalutazione, delegata al controllo giudiziale, è tuttavia incerto e non sempre corrispondente alla realtà (14). Considerata infatti la decisività del significato attribuito alle scelte, ma soprattutto della connessione causale delle stesse con le condizioni economiche dei coniugi, gli atti di autonomia privata in vista della crisi coniugale potrebbero rappresentare una fonte privilegiata di interpretazione della volontà dei coniugi, contestualizzata al momento della scelta. Più precisamente, il peso economico delle rinunce e il valore delle compensazioni nell'ambito delle dinamiche familiari possono essere stabiliti con maggiore efficacia nella fase fisiologica del matrimonio, in sede di pattuizione degli accordi in vista della crisi. Nella correttezza delle scelte dei coniugi possono, infatti, essere contemplati anche diritti non patrimoniali dei membri della famiglia (15). Il controllo giudiziale *ex post* invece non sempre può cogliere fino in fondo il senso e i motivi delle deliberazioni dei coniugi, soprattutto quando la lente dell'accertamento è distorta dal

(10) Cfr. C.M. Bianca, *Natura dell'assegno*, in *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*, Milano, 2014, 297 ss., secondo il quale la riforma del 1987 ha confermato la natura eminentemente assistenziale dell'assegno di divorzio. L'Autore (*Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, cit., 2671) afferma che la sentenza Cass. Civ., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287, merita apprezzamento per avere "restituito al matrimonio la sua dignità etica". L'Autore precisa inoltre che non si tratta di dare un compenso, cioè di retribuire, il coniuge per l'attività svolta nella cura della prole, nell'assolvimento delle faccende domestiche, ma, come espresso nel *code civil*, di "compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives" (art. 270).

(11) Cfr. E. Al Mureden, *Assegno divorzile e convivenza tra autoresponsabilità ed istanze compensative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 203.

(12) In senso critico, cfr. E. Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1390 e M. Bianca, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio*, in *Giustizia insieme*, 21 dicembre 2021. Enrico Quadri critica la contrapposizione tra componente assistenziale e componente compensativa, sottolineando invece che la determinazione dell'assegno divorzile non può consistere "in una sommatoria di addendi, rappresentati da pretese 'componenti', ciascuna rispecchiante distinte possibili 'funzioni' dell'assegno stesso".

(13) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198, in questa *Rivista*, 2022, 113, con nota di F. Danovi, *Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza*. L'Autore critica il fatto che la Cassazione, con riferimento

alla componente compensativa, parli di un sacrificio proteso solo verso il passato nella definitiva regolamentazione dei rapporti con l'ex coniuge, mentre il diritto a un contributo come l'assegno di divorzio presuppone un "substrato legittimante perdurante e attuale". Esso pertanto risente sempre anche delle ulteriori circostanze che potrebbero sopravvenire.

(14) Cfr. R. Pasquili, *La solidarietà coniugale al tempo del divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 439, la quale sottolinea che l'assegno di divorzio è diventato anche per la giurisprudenza uno strumento di definizione dell'assetto economico patrimoniale tra gli ex coniugi, rappresentando esso un mezzo per assicurare al coniuge più debole un futuro che trova però la propria giustificazione nel passato comune. In questa prospettiva sarebbe auspicabile una riflessione ponderata sulla possibilità di impiegare strumenti alternativi quali i *prenuptial agreements* o accordi in vista della crisi coniugale. La necessità di rivedere anche il settore degli accordi in vista della crisi coniugale è espressa fra gli altri da F. Danovi, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, in questa *Rivista*, 2018, 51 ss.; C. Rimini, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in questa *Rivista*, 2018, 1041 ss.; C. Irti, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 812 ss.

(15) Negli accordi tra coniugi di indirizzo familiare possono infatti essere regolati interessi patrimoniali e non patrimoniali e, ad esempio, a fronte di una rinuncia a svolgere attività lavorativa può essere dedotto e realizzato l'interesse personale del coniuge rinunciante ad accogliere e accudire la propria famiglia di origine in quella appena costituita.

contenzioso. È pertanto auspicabile il riconoscimento di un'attività negoziale consapevole, ponderata e "formalizzata" dei coniugi che possa determinare preventivamente tutti gli effetti della crisi (16), per evitare condotte non coscienti e magari preclusive di diritti (17).

In ogni caso, a prescindere dalla problematicità, incertezza e (forse) eccessiva discrezionalità del giudizio sulla determinazione della componente compensativa dell'assegno in funzione attuativa del principio solidaristico, si dubita fondatamente che esso, per il suo carattere periodico, sia sempre in grado di svolgere una ragionevole perequazione (18). Inoltre, collegando, come ribadito anche recentemente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (19), la componente compensatorio-perequativa dell'assegno alla causa dell'attuale mancanza di mezzi adeguati, occorre risalire alle determinazioni comuni e ai ruoli endofamiliari assunti di comune accordo. È necessario cioè accertare, con un *focus* rivolto al passato, se i coniugi abbiano pianificato insieme che uno di essi sacrificasse le proprie prospettive reddituali a favore della famiglia, in modo da "uscire" dal matrimonio in una condizione economica peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato se non

avesse dovuto fare rinunce. L'accertamento retrospettivo rischia allora di profilarsi, per usare l'espressione arguta di un'autorevole dottrina, alla stregua di un "viaggio di ritorno verso il tenore di vita" (20), ma con esiti non altrettanto univoci. L'ampia discrezionalità riservata al giudice nell'individuare la regola del caso concreto in punto scelte-conseguenze pone l'esigenza di individuare "standard valutativi" chiari e omogenei tali da garantire la fedeltà del giudice alla legge pur nell'applicazione di istituti ad ampio spettro (21).

La ricaduta sul principio dell'onere della prova

Lo sguardo retrovisivo imposto dalla componente compensativa dell'assegno richiede al giudice del contenzioso divorzile un accertamento più complicato della semplice verifica dello *standard* di vita goduto in costanza di matrimonio (fatto economico con conseguenze automatiche sul *quantum*), in quanto si risolve in un "giudizio di relazione" tra causa ed effetti, tra condotte e significato delle condotte, con evidenti ricadute sul rapporto processuale, in particolare sul temperamento tra principio

(16) Per una ricognizione delle tesi dottrinali sulle ragioni di ammissibilità degli atti di autonomia privata in funzione della crisi coniugale, cfr. E. Andreola, *Il controllo giudiziale degli atti di autonomia privata nella crisi del matrimonio*, Pisa, 2016, 29 ss.

(17) Sul problema della consapevolezza delle scelte coniugali, cfr. M. Sesta, *L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?*, in questa *Rivista*, 2022, 79 ss., il quale sottolinea che il problema, finora rimasto in ombra nella nostra esperienza giuridica, è quello di garantire che l'esercizio dell'autonomia privata sia adeguatamente informato e quindi consapevole. Secondo l'Autore appare dunque opportuno che l'ordinamento si doti di strumenti idonei a fare in modo che i nubendi siano chiamati a riflettere sulle implicazioni patrimoniali delle scelte che essi possono compiere prima di celebrare il matrimonio e nel corso della relazione coniugale. Ciò al fine di evitare che scelte inconsapevoli possano pregiudicare i diritti di un coniuge a seguito dell'eventuale rottura del rapporto.

(18) Cfr. M. Sesta, *L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?*, cit., 79 (e nt. 41), auspica un intervento legislativo che adegui il nostro ordinamento a quelli che contemplan la ripartizione delle risorse e del patrimonio familiare pregresso, evocando la formula del *clean break* nel Regno Unito.

(19) Cass. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198, cit., 113: "si dovrà accertare, con onere della prova a carico del richiedente, se la sua attuale mancanza di mezzi adeguati sia da ricondurre o meno alle determinazioni comuni, e ai ruoli endofamiliari assunti di comune accordo, e cioè che si accerti se i coniugi abbiano di comune accordo, pianificato che uno di essi sacrificasse le proprie realistiche prospettive professionali-reddituali agli impegni familiari e casalinghi, così da ritrovarsi, a matrimonio finito, fuori dal circuito lavorativo o comunque in una condizione diversa e peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse dovuto rinunciare ad opportunità favorevoli per scelte familiari concordemente adottate. Ai fini probatori, chi agisce per il riconoscimento della componente compensativa dell'assegno dovrà

preliminarmente provare la sussistenza del requisito fattuale della mancanza di mezzi adeguati nell'accezione sopra indicata e dovrà dimostrare che l'eventuale rilevante disparità della situazione economico-patrimoniale dei coniugi dipenda dalle scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, con sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti, in funzione dell'assunzione di un ruolo trainante endofamiliare".

(20) Cfr. M. Sesta, *L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?*, cit., 79. L'Autore, nel porre la questione, opera una distinzione. In passato il mantenimento del tenore di vita veniva garantito al coniuge debole, al ricorrere delle condizioni di legge, in maniera quasi automatica, mentre ora, nel rispetto degli indici normativi, il suo riconoscimento rappresenta il premio per quanto il coniuge richiedente l'assegno abbia fatto a vantaggio della famiglia. Cfr. C. Benanti, *La "nuova" funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1601. Secondo l'Autrice, sebbene la Corte, con sentenza delle Sezioni Unite Cass. Civ. 11 luglio 2018, n. 18287, sottolinei la necessità di un accertamento probatorio rigoroso dei fatti che hanno causato il dislivello economico tra gli ex coniugi, è evidente la difficoltà che il coniuge richiedente incontrerebbe nel provare il nesso causale tra gli accordi sull'indirizzo della vita familiare e le rinunce effettuate sul piano della formazione professionale e/o su quello lavorativo. Si tratta, infatti, di decisioni che maturano all'interno della famiglia e di cui sarebbe difficile dare un riscontro oggettivo, tanto che si precisa che la prova può essere data dal richiedente anche tramite presunzioni ma vi è il rischio che il giudice di merito si limiti a prendere in considerazione il dislivello tra le situazioni economiche degli ex coniugi tornando ad applicare il criterio del tenore di vita.

(21) Sulla fedeltà del giudice alla legge nell'applicazione delle clausole generali, cfr. S. Patti, in P. Rescigno - S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 150 ss.; Id., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1 ss.

dell'onere della prova, poteri istruttori del giudice e argomentazioni presuntive inverse dell'onere stesso.

La finalità compensativa assegnata alla contribuzione post-coniugale anzitutto incide sul fatto rilevante da dimostrare, fatto che determina l'applicazione della regola di diritto invocata dal richiedente (22). Esso consiste nel nesso di dipendenza tra le scelte di vita coniugale e gli effetti economici delle rinunce, positivi per il coniuge che se ne avvantaggia, negativi per il rinunciante.

Chiarita in questa prospettiva la centralità del nesso causale, per individuarne le ricadute sul piano probatorio, occorre soffermarsi preliminarmente sul regime delle prove nel processo di divorzio (23), il quale, anche se avente natura speciale, si fonda pur sempre sull'impulso di parte. Se il legislatore ha scelto di tutelare i diritti indisponibili che nascono dal matrimonio attraverso un procedimento non fondato sull'iniziativa d'ufficio, la prima constatazione è che nelle cause di separazione e di divorzio vige il principio dispositivo che collega la regola della domanda al principio dell'onere della prova.

Con riferimento alla pretesa di contribuzione post-matrimoniale è pertanto l'ex coniuge richiedente a dover allegare e provare i fatti posti a fondamento della domanda e la giurisprudenza, nel ridisegnare i presupposti dell'assegno, contribuisce a ridefinire anche i margini dell'istruttoria processuale. La natura attribuita all'assegno (prima esclusivamente assistenziale, poi riabilitativa e infine compensativo-perequativa) e la pluralità di criteri ed elementi sui quali deve incentrarsi la cognizione del giudice finiscono per incidere

sugli aspetti soggettivi (distribuzione) e oggettivi (fatto da dimostrare) dell'onere della prova (24).

Per trent'anni il *thema probandum* è stato ricostruire il tenore di vita cui parametrare l'adeguatezza dei redditi e delle risorse del richiedente, con onere della prova del rifiuto delle occasioni di lavoro posto inizialmente a carico del coniuge convenuto (25), onere poi corretto assegnando all'ex coniuge che chiede l'assegno l'incombente di dimostrare di aver cercato e non trovato, senza colpa, un'occupazione fonte di reddito (26).

Dopo le Sezioni Unite del 2018, la funzione perequativa mette in luce la redditività dei compiti svolti durante la vita matrimoniale da ciascuno dei coniugi. In relazione alla capacità di lavoro professionale o casalingo e ai relativi accordi, l'ex coniuge economicamente svantaggiato, ove sussista un apprezzabile divario economico rispetto all'altro, ha il diritto di essere compensato per le rinunce finalizzate all'interesse della famiglia. Nella mutata prospettiva rimane a carico del richiedente l'onere di dimostrare il pregiudizio patrimoniale o la diminuzione di reddito (anche potenziale) subito a seguito della decisione concernente l'indirizzo della vita familiare. Inoltre la giurisprudenza successiva al 2018 ha contribuito a chiarire via via gli aspetti soggettivi e oggettivi dell'onere della prova (chi deve provare e che cosa) (27). Il tema è complesso poiché la questione della distribuzione dell'onere della prova nei procedimenti di separazione e di divorzio va affrontata alla luce degli ampi poteri di iniziativa officiosa riconosciuti al giudice (28), giustificati dall'indisponibilità sostanziale dell'assegno di divorzio, o quanto meno dalla sua componente metaindividuale (29). Se i poteri

(22) Cfr. S. Patti, *Prove*, in *Cod. civ. Commentario Scialoja - Branca - Galgano*, a cura di G. De Nova, Torino, 2015, subart. 2697 c.c., 71 ss.

(23) Per i profili generali del processo speciale di separazione e divorzio, cfr. T. Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, 203 ss. e 223 ss.; C. Mandrioli, *I procedimenti di cognizione speciali non sommari - I procedimenti in materia di stato e capacità delle persone*, in *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2016, 83 ss. Per effetto dell'art. 23, L. 6 marzo 1987, n. 74, talune disposizioni che riguardano il rito del giudizio di separazione giudiziale (e precisamente gli artt. 706-709 c.p.c.) risultano in parte modificate dall'applicabilità, prevista dal suddetto articolo "in quanto compatibili", dell'art. 4, L. 1° dicembre 1970, n. 898, così come modificato dall'art. 8, L. 6 marzo 1987, n. 74.

(24) Cfr. S. Patti, *Prove*, cit., 51, sulla distinzione tra onere della prova in senso soggettivo e in senso oggettivo in relazione al principio dispositivo.

(25) La prova del "rifiuto" di concrete opportunità di lavoro era originariamente posta a carico dell'ex coniuge obbligato, secondo una criticabile applicazione del principio generale di ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.). Sulla natura e funzione del principio, cfr. S. Patti, *Le prove*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 47 ss. Con particolare riferimento alla prova dei presupposti dell'assegno, l'Autore (S. Patti, *Obbligo di mantenere e obbligo di lavorare*, in S. Patti - M.G. Cubeddu (a cura di), *Introduzione al*

diritto della famiglia in Europa, Milano, 2008, 312) da tempo criticava l'orientamento sulla prova del rifiuto delle occasioni di lavoro chiarendo che, non essendo prevista in materia una regola particolare, deve trovare applicazione quella generale secondo cui la prova dei fatti costitutivi deve essere data dall'attore. Nel caso concreto, fatti costitutivi sono quelli di cui all'art. 5, n. 6, l. div. (la mancanza di mezzi adeguati e l'impossibilità di procurarseli da parte del coniuge debole). Se quindi può in un certo senso essere giustificata l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui è lecito che l'ex coniuge rifiuti occasioni di lavoro non adeguate, non può gravare sul convenuto l'onere della prova del fatto costitutivo, ovvero il fatto positivo del rifiuto di occasioni concrete di lavoro.

(26) Cfr. Cass. Civ. 10 maggio 2017, n. 11504, cit., 636 e S. Patti, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, cit., 2707.

(27) Cass. Civ. 17 aprile 2019, n. 10781, in questa *Rivista*, 2019, 752.

(28) La base normativa che giustifica tale potere si individua nell'art. 5, comma 9, l. div. rendendolo eccezionale rispetto al processo ordinario. I poteri d'ufficio sono riconosciuti soprattutto quando è coinvolta la sfera dei figli minori. Sul punto Cfr., ad es., Cass. Civ. 10 ottobre 2007, n. 21293 e Cass. Civ. 3 agosto 2007, n. 17043, entrambe in *Mass. Giur. it.*, 2007.

(29) Cfr. G. Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. Bonilini - F. Tommaso (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile, Commentario* diretto da Schlesinger, continuato da

d'ufficio dei tribunali possono avere ampio margine di utilizzo con riferimento alla prova della disparità economica dei coniugi (accertamento dei redditi e di ogni altra risorsa economicamente valutabile), la componente compensativa non può invece sottrarsi all'iniziativa istruttoria *ex parte*, come le stesse Sezioni Unite avevano suggerito chiedendo "un accertamento probatorio rigoroso" delle ragioni che hanno condotto alla sperequazione sussistente tra le parti (30). Per questo aspetto, l'impulso d'ufficio non può sopperire al difetto di allegazione e di prova del soggetto richiedente (31).

Più precisamente, il fatto costitutivo del diritto all'assegno per la componente perequativa implica l'indicazione e la prova delle specifiche circostanze che hanno determinato, in passato, le scelte dell'assetto economico della famiglia, se siano esse state condivise o meno, nel contesto di quale regime patrimoniale esse siano state assunte, se da tali scelte siano derivati effetti patrimoniali e se il valore economico di tale rinunce sia già stato compensato mediante attribuzioni anche non patrimoniali nel corso del matrimonio. Conseguentemente, qualora nessuno dei coniugi si sia

sacrificato, ad esempio nel caso il vincolo abbia avuto durata molto breve, non siano nati figli e non vi siano state perdite di occasioni per lo sviluppo della propria professionalità in funzione della crescita della famiglia, non vi è spazio per il riconoscimento dell'assegno. Alcune decisioni di merito, pur riconoscendo la sperequazione economica tra gli ex coniugi, hanno quindi correttamente negato il diritto alla contribuzione post-matrimoniale perché la richiedente non aveva dimostrato le ragioni impeditive dello svolgimento di un'attività lavorativa né di essersi concretamente attivata per trovare un'occupazione (32). Il Tribunale di Nuoro con la sentenza n. 162 del 2021, riformata dalla Corte d'Appello nella pronuncia in esame, si pone sulla scia di questo orientamento rigoroso rigettando la domanda di assegno di divorzio con la motivazione che la ex coniuge non aveva "in alcun modo assolto l'onere della prova su di essa incombenente" in quanto si era limitata ad affermare di non avere un reddito congruo ma non aveva dimostrato né che la carriera lavorativa del marito fosse "in qualche modo correlata a rinunce (in ogni caso non provate) della medesima né tanto meno le ragioni per le quali la

Busnelli, Milano, 2010, 661; G.M. Uda, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in questa *Rivista*, 1995, 19, secondo il quale le ragioni addotte dalla giurisprudenza per sostenere l'indisponibilità dell'assegno divorzile si fondano su argomentazioni che, seppure oggi vengano giustificate sotto il profilo del diritto positivo con la novella introdotta dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, sono risalenti al periodo anteriore, quando la normativa legislativa del divorzio era posta nella L. 1° dicembre 1970, n. 898, nella sua originaria stesura. Dopo la L. n. 74/1987, la Cassazione (cfr. Cass. Civ. 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 863, con nota di V. Carbone, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*) ha giudicato più evidente il carattere di indisponibilità per la natura eminentemente assistenziale di detto assegno, nella parte in cui ha condizionato "l'attribuzione alla specifica circostanza della mancanza di mezzi adeguati o della impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, mentre gli altri criteri indicati dalla norma sono destinati ad operare solo se l'accertamento dell'unico elemento attributivo si sia risolto positivamente, e quindi ad incidere soltanto sulla quantificazione dell'assegno stesso". Tale orientamento attenua la prima interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, immediatamente successiva all'entrata in vigore della riforma del 1987, che, con sent. Cass. Civ. 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67, aveva affermato la natura "esclusivamente" assistenziale dell'assegno.

(30) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., 1186. Sul punto, cfr. F. Danovi, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*, in questa *Rivista*, 2018, 1007; Id., *L'istruttoria patrimoniale nel processo di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 989. L'Autore sottolinea la disciplina *ad hoc* del processo di separazione e di divorzio sotto il profilo degli oneri probatori, per i suoi marcati poteri di impulso e di indagine istruttoria. In particolare riferimento alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 18287/2018, egli precisa che la natura composita attribuita all'assegno di divorzio (con funzione non più soltanto assistenziale, quanto piuttosto compensativa e perequativa) e la pluralità di criteri e fattori sui quali deve incentrarsi la cognizione del giudice, accentuano l'ambito della discrezionalità giudiziale e rendono decisamente più articolato il relativo giudizio dal punto di vista dell'istruttoria.

(31) Cfr. Cass. Civ. 4 agosto 2021, n. 22254, in *Dir. e pratica lav.*, 2022, 1016. Sull'onere di allegazione e di prova in generale, la Corte di Cassazione afferma i seguenti principi: 1) "l'onere di allegazione concerne unicamente i fatti, non le prove (documentali e non), delle quali basta la specifica indicazione prevista, nel rito speciale, dagli artt. 414 e 416 c.p.c., senza che le parti siano gravate dall'onere ulteriore di spiegarne rilevanza e idoneità dimostrativa, che invece vanno valutate d'ufficio dal giudice"; 2) "la specificazione dei fatti oggetto di richiesta di prova testimoniale è soddisfatta quando, sebbene non definiti i loro minuti dettagli, essi vengano esposti nei loro elementi essenziali per consentire al giudice di controllarne l'influenza e la pertinenza e mettere in grado l'altra parte di proporre istanza di prova contraria, giacché la verifica della specificità e della rilevanza dei capitoli di prova va condotta non soltanto alla stregua della loro letterale formulazione, ma anche in relazione agli altri atti di causa e a tutte le deduzioni delle parti, nonché tenendo conto della facoltà del giudice di domandare *ex art.* 253, comma 1, c.p.c. chiarimenti e precisazioni ai testi"; 3) "la prova di determinate mansioni deve vertere sui nudi fatti del loro svolgimento e non sui connotati valutativi che, all'esito di un'istruttoria, consentono di ricavare la natura delle mansioni stesse, operazione - quest'ultima - interpretativa e, in quanto tale, demandata non ai testi, ma al giudice nel contraddittorio fra le parti".

(32) Cfr. App. Campobasso 26 marzo 2019, in *One Legale*; App. L'Aquila 18 gennaio 2019, in *One Legale*. Parimenti è stata rigettata la domanda di assegno nel caso della richiedente titolare di un'impresa commerciale che si era limitata a produrre in causa l'elenco unilateralmente predisposto dei propri debiti (privi di riscontro oggettivo) e la documentazione medica con diagnosi (fibromatosi uterina a nodi multipli), che nulla diceva circa l'incidenza sulla capacità lavorativa della resistente. Il giudice rilevava inoltre che in costanza di matrimonio (durato tredici anni) la moglie aveva sempre lavorato e avuto una discreta autosufficienza economica, senza sacrificare le proprie aspettative professionali a vantaggio della carriera del ricorrente (Trib. Alessandria 24 gennaio 2019, in *One Legale*).

stessa non avesse ancora trovato una stabile e regolare occupazione”. Poiché il rigore del giudice di prime cure in punto adempimento degli oneri di allegazione e di prova è stato abbandonato in sede di gravame, occorre soffermarsi sul tema più specifico della prova del nesso causale per verificare se la pronuncia del giudice d'appello, anche sotto il profilo della motivazione, appaia congrua e conforme ai principi recentemente chiariti.

Il nesso causale tra prova diretta e presunzioni

Come finora emerso, le Sezioni Unite del 2018 hanno tra l'altro messo in evidenza la necessità di una prova scrupolosa del nesso causale tra l'accertata, e non irrilevante, sperequazione economica dei coniugi e il contributo fornito dal richiedente alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune nonché personale di ciascuno dei due, con sacrificio delle proprie aspettative professionali e reddituali. Il primo e più importante corollario dell'insegnamento è che, in assenza della prova del nesso di causalità, l'assegno può essere (eventualmente) giustificato soltanto da un'esigenza assistenziale, la quale sussiste quando il coniuge più debole non abbia i mezzi sufficienti per un'esistenza dignitosa. Nell'immediatezza di quell'intervento *ex art. 374 c.p.c.* della Cassazione riscontriamo numerosi esempi di ferma applicazione del principio da parte dei giudici di merito (33). Le stesse Sezioni singole, tornate sull'argomento, in alcune occasioni hanno raffinato il suddetto criterio perequativo-compensativo sotto il profilo dell'oggetto della prova gravante sul richiedente, precisando che il fatto costitutivo del diritto azionato (e quindi fatto rilevante) è il “nesso causale diretto” tra le

scelte comuni di vita degli ex coniugi e la sperequazione reddituale in essere all'epoca del divorzio (34). Sotto il profilo soggettivo dell'onere, si è ribadito che incombe sul coniuge richiedente il dovere di dimostrare (in quanto fatto costitutivo del diritto azionato) che la sperequazione reddituale e patrimoniale in essere all'epoca del divorzio sia “direttamente causata” dalle scelte comuni di vita degli ex coniugi e dai sacrifici che abbiano avuto l'effetto di precludere un incremento patrimoniale (35).

Recentemente ancora le Sezioni Unite (36), se pur intervenute sulla diversa questione degli esiti correlati alla scelta del beneficiario dell'assegno divorzile di intraprendere una nuova convivenza stabile, hanno ribadito la rilevanza e autonomia della componente compensativa dell'attribuzione post-matrimoniale, in particolare ripetendo che a tal fine il richiedente dovrà fornire la prova del contributo offerto alla comunione familiare, della eventuale rinuncia concordata a occasioni lavorative e di crescita professionale in costanza di matrimonio, dell'apporto fornito alla realizzazione del patrimonio familiare e personale dell'ex coniuge.

La riaffermazione dell'onere della prova in senso soggettivo e la delimitazione dei confini oggettivi della prova stessa (focalizzata sulla connessione di interdipendenza tra fatti ed eventi, tra decisioni ed effetti che non siano determinati da altri fattori causali interruttivi del nesso) sono state intese dalla dottrina più attenta alle ricadute processuali dell'evoluzione degli istituti sostanziali, come un bilanciamento dell'impulso e dei poteri istruttori d'ufficio (37). La particolare attenzione alla piena applicazione dell'art. 2697 c.c. contribuisce invero a

(33) Vedi ad esempio App. Napoli 10 gennaio 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 524, con nota di C. Rimini, *Assegno divorzile: il valore decisivo del sacrificio per le esigenze familiari*. La Corte d'Appello di Napoli ribadisce che, al fine del riconoscimento dell'assegno divorzile il giudice è tenuto, in primo luogo, ad effettuare un accertamento sulla sussistenza di una rilevante sperequazione tra la posizione economica degli ex coniugi. Se questa sperequazione sussiste, il giudice deve accertare rigorosamente che essa sia la conseguenza del contributo fornito dal richiedente alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno dei coniugi, con sacrificio delle proprie aspettative professionali e reddituali. Solo a fronte della prova della sussistenza di tale nesso causale - gravando il relativo onere sul coniuge richiedente l'assegno - il giudice può riconoscere all'ex coniuge debole un assegno divorzile sulla base della sua funzione perequativa-compensativa.

(34) Cass. Civ. 17 aprile 2019, n. 10781, cit., 752.

(35) Cfr. Cass. Civ. 17 aprile, 2019, n. 10782, ord., in *Foro it.*, 2019, 7-8, 1, 2338; Cass. Civ. 8 settembre 2021, n. 24250, ord., *ivi*, 2021, 11, 1, 3445, secondo cui il richiedente, specie a fronte di specifiche contestazioni di controparte, è onerato della prova, anche presuntiva, della circostanza che, con il divorzio, versi in

condizioni economico-patrimoniali significativamente deteriori rispetto all'altro coniuge, per aver rinunciato a realistiche occasioni professionali e reddituali, sacrificandole per aver invece contribuito, nell'ambito di una scelta di vita concordata, ai bisogni della famiglia (nella specie, la Suprema Corte ha cassato la pronuncia di merito che aveva riconosciuto alla moglie, pur economicamente autosufficiente, un assegno divorzile di misura elevata, pur se ella aveva solo affermato, ma non provato, di essersi occupata della casa e della educazione dei figli, così contribuendo alla formazione del patrimonio familiare e dell'altro coniuge, atteso che tali circostanze - nella specie specificamente contestate - non possono desumersi semplicemente dal fatto che la richiedente non aveva svolto attività lavorativa in costanza di vita matrimoniale).

(36) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198, cit., 113, con nota di F. Danovi, *Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza e in questa Rivista*, 2022, 113, con nota di E. Al Mureden, *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile “compensativo” tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*.

(37) Cfr. F. Danovi, *L'istruttoria patrimoniale nel processo di separazione e di divorzio*, cit., 989 ss.

selezionare i fatti oggetto di istruttoria: i fattori di sperequazione, da un lato e le rinunce, dall'altro. La svolta giurisprudenziale del giudice di legittimità sulla corretta applicazione degli incumbenti probatori nel contenzioso di divorzio appare chiara, ad oggi costante e in linea con la teoria della prova nel processo civile. L'aspetto processuale istruttorio della dinamica causa-evento è da sempre tema di discussione nel campo della responsabilità civile, dove anzitutto si constata che il rapporto di causalità di fatto si compone di un elemento positivo e di uno negativo. Quello positivo è dato dalla prova che un soggetto abbia posto in essere una condizione dell'evento, un antecedente senza il quale l'evento stesso non si sarebbe verificato. Il negativo è che il risultato non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali. L'onere della prova del primo grava sul danneggiato-avente diritto alla tutela, mentre la prova del secondo incombe sul danneggiante-autore della condotta pregiudizievole che, assolvendolo, si libera dalla responsabilità. Questo schema non consente di affermare che il rapporto di causalità si presume. Per effetto della ripartizione dell'onere della prova, l'oggetto della prova gravante sulle parti è infatti rispettivamente diverso (38). Inoltre occorre distinguere la causalità di fatto dalla causalità giuridica. Se la causalità di fatto indica chi è stato a causare l'evento, la causalità giuridica "descrive l'area di quella perdita che si convertirà in debito di valuta" (39). Anche la perdita di *chance* pone un problema di causalità, ma essa non ne rende incerta o più larga la nozione, poiché la responsabilità per detta perdita non può essere riconosciuta a fronte di un'incertezza sulla stessa esistenza della *chance* di cui è

invece necessaria la prova rigorosa (40). In situazione di danno incerto, se il danneggiato non è in grado di provare la sussistenza concreta della *chance* perduta avremo quindi non solo una situazione di dubbio dell'evento pregiudizievole, ma anche l'assenza di prova del nesso causale perché non sappiamo se un diverso comportamento del convenuto avrebbe potuto astrattamente e con una certa "probabilità" incidere sullo svolgimento dei fatti-conseguenza.

In sintesi, l'orientamento della giurisprudenza sull'accertamento del nesso causale, con autonomo indirizzo rispetto al settore penalistico, segue da tempo un impianto teorico imperniato sullo *standard* probatorio del "più probabile che non" o della "preponderanza dell'evidenza" (41). In particolare, il criterio di imputazione causale mira ad accertare la "probabilità logica" dell'evento risolvendosi in un'indagine che riguarda il significato processuale delle prove valutate dal giudice nel loro complesso, tenuto conto anche delle conoscenze scientifiche espresse in frequenze statistiche (causalità statistica) che contribuiscono alla ricostruzione degli antecedenti dell'evento di danno. La specificità del caso concreto oggetto di accertamento giudiziale tuttavia non è vincolata necessariamente alle regole statistiche, ben potendo il giudice della fattispecie posta alla sua attenzione individuare un fattore causale alternativo in grado di smentire il giudizio definitivo espresso in termini di probabilità statistica (42).

Alla luce dei principi generali, può in conclusione affermarsi che la prova del nesso di causalità consiste nella dimostrazione del rapporto tra fatti (provati) che si assumono collegati da un vincolo di dipendenza e si risolve in un giudizio di relazione. Come

(38) Cfr. M. Franzoni, *Le causalità nella responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2022, 295, che chiarisce: qui non si tratta di un'inversione dell'onere della prova per effetto di una presunzione, bensì di diversa ripartizione dell'onere della prova. Il convenuto non deve necessariamente dimostrare il contrario rispetto a ciò che ha dedotto l'attore in giudizio, ma può dedurre una circostanza diversa (fortuita), dalla quale risulta che il rapporto eziologico si è interrotto. In tal caso l'oggetto della sua prova è diverso da quello dell'attore.

(39) Cfr. M. Franzoni, *Le causalità nella responsabilità civile*, cit., 295.

(40) Cfr. M. Capocchi, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contr. e impr.*, 2021, 23. Sul concetto di "concretezza della *chance*" cfr. M. Messina, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Danno e resp.*, 2018, 335.

(41) Il criterio del "più probabile che non" viene introdotto dalla sentenza Cass. Civ. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Contr. e impr.*, 2008, 35, per poi essere seguito da coeve pronunce delle Sezioni Unite civili: cfr. Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, nn. 576-585, in *Contr. e impr.*, 2008, 694. Esso ha poi avuto seguito nella successiva giurisprudenza di legittimità: cfr., *ex multis*, Cass. Civ. 25 luglio 2018, n. 19699 e Cass. Civ. 9 maggio 2018, n. 11165, entrambe in

One Legale. Per una maggiore precisazione del criterio probabilistico, cfr. Cass. Civ. 27 marzo 2019, n. 8461, in *Contr. e impr.*, 2019, 719: si applica la regola del "più probabile che non", cioè di una "mera preponderanza di probabilità". Ciò non significa riferirsi esclusivamente alla "probabilità quantitativa" della frequenza di un evento, che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma occorre verificarlo, secondo la "probabilità logica", nell'ambito degli elementi di conferma, e, nel contempo, nell'esclusione di quelli alternativi, disponibili in relazione al caso concreto. Si è parlato, a tale proposito, di c.d. "causalità adeguata", per cui una data condotta si considera causa, in senso giuridico, di un determinato evento se, sulla base di un giudizio *ex ante*, esso non appare del tutto inverosimile, presentandosi anzi come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della regolarità causale (cfr. ad es. Cass. Civ. 22 dicembre 2017, n. 30921, in *One Legale*). In senso critico rispetto alle teorie probabilistiche, cfr. C.M. Bianca, *Il nesso causale; una "nozione oscura" in cerca di chiarezze*, in *Mélanges en l'honneur de F. Chabas*, Bruxelles, 2011, 135 ss.

(42) Sulla distinzione tra causalità logica e statistica, cfr. R.M. De Angelis, *Sulla prova del nesso causale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 587, nota a Cass. Civ. 29 gennaio 2018, n. 2061, ord.

autorevolmente chiarito (43), la prova del nesso causale grava sull'attore ma l'esistenza del nesso (non dei fatti messi a confronto) può essere desunta dalle regole dell'esperienza e talvolta, per facilitare la prova, la giurisprudenza ricorre alla presunzione (44). Nel caso del contenzioso sull'assegno di divorzio, con particolare riferimento all'accertamento delle conseguenze economiche delle rinunce e delle scelte di indirizzo familiare, l'orientamento rigoroso della Corte di Cassazione imporrebbe l'allegazione (indicazione specifica) e la prova dei termini del giudizio di causalità: le scelte e gli effetti patrimoniali delle stesse sull'assetto familiare e individuale. Nelle situazioni dubbie, nelle quali non vi sia chiarezza circa la possibile sussunzione di un fatto quale componente costitutiva della domanda o dell'eccezione, si potrà comunque fare riferimento, anche in questo campo, a quella che la giurisprudenza ha configurato come sorta di "clausola di salvataggio", applicando il principio di vicinanza della prova, in virtù del quale, ai fini della classificazione dei fatti di causa si deve fare riferimento alla soluzione di maggiore vicinanza alla prova, ovvero quella che considera onerata la parte per la quale essa è più agevole (45).

In base ai principi sulla prova finora richiamati, nel caso deciso dalla Corte d'Appello di Cagliari emerge un diverso approccio probatorio del giudice nei due gradi di giudizio. In primo grado, il tribunale, ritenuta provata la non congruità del reddito del coniuge richiedente, negava l'attribuzione dell'assegno per difetto di allegazione e di prova relativamente al fatto che la carriera lavorativa dell'altro coniuge fosse "in qualche modo" correlata alle rinunce, nonché dei fatti determinanti il mancato reperimento di una stabile occupazione lavorativa. Il primo giudice aveva così sezionato i termini del *thema probandum* seguendo il rigore delle Sezioni Unite del 2018. Il giudice d'appello, invece, chiamato dalla ricorrente a verificare proprio la corretta applicazione dell'art. 5 l. div. e dei principi di diritto sanciti dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, seguiva un'impostazione molto

diversa. Il Collegio si soffermava anzitutto sulla funzione (anche) compensativa dell'assegno volta a consentire al coniuge più debole di ricevere quanto ha dato durante il matrimonio (non più per ripristinare il tenore di vita goduto nel matrimonio). Esso, inoltre, richiamando l'insegnamento della Corte di Cassazione (46), focalizzava l'oggetto del giudizio individuandolo nell'accertamento del contributo fornito dalla richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune, nonché di quello personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto. Rilevava che l'esistenza di tre figli, lo squilibrio reddituale tra i coniugi, la non adeguatezza del reddito della ex moglie, la dichiarata difficoltà di un inserimento nel mondo del lavoro (da cui desumere - in mancanza di allegazione delle parti sul punto - il fatto che la stessa non avesse lavorato durante il matrimonio) giustificasse l'attribuzione dell'assegno. La Corte reputava infatti "ragionevole" considerare che l'attuale condizione di inferiorità economica della richiedente fosse "dipesa sostanzialmente" dal contributo fornito dalla medesima alla conduzione e alla gestione della vita familiare caratterizzata dalla presenza di tre figli in una famiglia monoreddito, e che detto contributo fosse servito anche alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge.

Sul piano probatorio, pertanto, la verifica del nesso causale tra le scelte di vita e la diminuzione reddituale-patrimoniale viene affidata a un giudizio di ragionevolezza o a una sorta di presunzione, quasi privilegiando una causalità statistica astratta rispetto a una causalità logica concreta. Per questo aspetto la decisione appare meno coerente con lo *standard* probatorio richiesto dalle Sezioni Unite del 2018 rispetto al provvedimento impugnato, sia con riferimento all'oggetto della prova, sia per quanto attiene alla distribuzione soggettiva dell'onere della prova, aderendo all'idea di una sorta di nesso eziologico *in re ipsa*. Se sul piano della ragionevolezza che ispira la

(43) Cfr. S. Patti, *Prove*, cit., 175 e nt. 436.

(44) In particolare nel campo della responsabilità medica si sta consolidando un orientamento della giurisprudenza italiana diretto a sollevare il paziente dall'onere di provare il nesso di causalità tra la condotta del medico e il danno. Sul punto cfr. Cass. Civ. 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, 33, con nota di G. Arnone, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*. Il caso riguarda il risarcimento dei danni per la morte del padre recatosi presso la struttura ospedaliera a seguito di un infortunio accidentale. Il *de cuius* veniva sottoposto ad accertamenti, esami diagnostici e interventi vari dal momento che la tumefazione all'inguine continuava ad aumentare di volume fino alla scoperta dell'esistenza di un pezzo di legno inserito dentro alla gamba del paziente che causava una grave fascite

necrotizzante e quindi la morte. In primo grado e in appello si sostenne la difficoltà *ex art.* 2236 c.c. del caso clinico oltre che una responsabilità concorrente del danneggiato per il fatto d'aver dato informazioni inesatte ai medici in sede anamnesica e, in punto nesso di causa, venne escluso che gli eredi del danneggiato avessero dato prova del nesso causale perché essi non avrebbero fornito dimostrazione della inidoneità delle terapie praticate a scovare prima e arrestare poi l'ignota presenza della fascite necrotizzante.

(45) Cfr. F. Danovi, *L'istruttoria patrimoniale nel processo di separazione e divorzio*, cit., 989.

(46) Cfr. Cass. Civ. 23 gennaio 2019, n. 1882, in questa *Rivista*, 2019, 771, con nota di M. Bellin, *La delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità ed i suoi effetti sul giudizio di divorzio*.

decisione in commento, si tende a realizzare esigenze di solidarietà post-coniugale, e ciò appare condivisibile, sul piano degli oneri di allegazione e di prova, sembrano mancare le basi scrupolose della funzione compensativa dell'assegno come invece richiesto dalla giurisprudenza di legittimità. Prescindere dall'accertamento del nesso di causalità e dalla prova della reale consistenza delle rinunce e delle perdite, ricorrendo al meccanismo della presunzione su un elemento essenziale della fattispecie quale il rapporto di dipendenza-consequenzialità, rappresenta un passo indietro rispetto al rigore preteso dalle Sezioni Unite. Quando allora il giudice ravvisi, secondo un ragionamento logico di buon senso, che il coniuge richiedente meriti tutela rispetto a una situazione economica deteriorata e inadeguata, in mancanza di prova dei presupposti della componente compensativa, si può comunque giustificare l'attribuzione periodica ma in base alla diversa funzione assistenziale che l'assegno conserva. Il Collegio sassarese (47), probabilmente, avrebbe potuto con maggiore coerenza sostenere la scelta di giustizia sostanziale su una motivazione diversa, ovvero sulla sola inadeguatezza dei mezzi di sostentamento e non sulla perequazione dei sacrifici endofamiliari. Il riferimento a tale aspetto, invece, in mancanza di prova del nesso di interdipendenza tra fatti adeguatamente circostanziati e dimostrati, adombra una censura di intrinseca contraddittorietà del provvedimento dei giudici di secondo grado (48). La Corte d'Appello, infatti, da un lato, valorizza la modestia e l'insufficienza della fonte di reddito del coniuge richiedente, e, dall'altro, motiva l'attribuzione sulla base della funzione perequativa dell'assegno presumendo la causa della condizione di inferiorità della ex-moglie (49). L'argomentazione logica ("può del

tutto ragionevolmente sostenersi che l'attuale condizione di inferiorità economica sia dipesa da...") non è nemmeno propriamente una presunzione se intesa come quel ragionamento che, attraverso una serie di passaggi logici, consente al giudice di risalire da un fatto noto a un fatto ignorato (50), in quanto approda a un giudizio di causa-effetto tratto da un determinato assetto economico, una causalità *in re ipsa* che le Sezioni Unite della Cassazione non avevano considerato e tanto meno sviluppato.

Conclusioni

Dal *revirement* del 2018 la giurisprudenza di legittimità ha inteso mettere in luce la valenza dell'autore-sponsabilità e dell'indipendenza di ciascun coniuge successivamente al venir meno dell'unione coniugale, sottolineando al contempo la persistenza di un dovere di solidarietà post-coniugale in tutti quei casi in cui il matrimonio abbia avuto lunga durata e il sacrificio compiuto da uno dei coniugi in favore della famiglia abbia permesso all'altro di consolidare la propria posizione professionale, reddituale e patrimoniale nel tempo. Alla confermata natura assistenziale dell'assegno di divorzio si aggiunge il riconoscimento di un'importante funzione perequativa e compensativa, per evitare che la vicenda matrimoniale possa in definitiva tradursi in un indebito rafforzamento della posizione del coniuge più forte e specularmente in un indebolimento di quella del coniuge più debole, e ciò malgrado i sacrifici da quest'ultimo compiuti in favore della famiglia e dell'altro. Proprio con riferimento a questo scopo riequilibratore, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito il principio dell'onere della prova gravando il coniuge richiedente di un accertamento probatorio rigoroso relativamente alle

(47) La sentenza della Corte d'Appello di Cagliari in commento è stata emessa dalla sezione distaccata di Sassari.

(48) Sull'adeguatezza del supporto motivazionale dei provvedimenti, cfr. R. Danovi, *Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale*, in *Corr. giur.*, 2021, 17, nota a Cass. Civ. 16 ottobre 2020, n. 22604, ord. e a Cass. Civ. 17 dicembre 2020, n. 28995, ord. La motivazione, elemento fondante per una corretta costruzione della sentenza, deve contenere non soltanto l'adeguatezza e la specificità delle argomentazioni, ma altresì la loro intima coerenza e congruenza. La contraddizione può costituire (come già in passato, ai sensi del previgente art. 360, n. 5, c.p.c.) uno specifico elemento di censura delle sentenze di merito di secondo grado e di conseguente doglianza in sede di legittimità. Secondo l'Autore, il tema costituisce uno degli snodi oggi più nevralgici, poiché "mantiene vivo l'interrogativo sul fatto che anche la stessa tenuta logica delle ragioni della decisione possa ancora costituire un elemento indispensabile dal punto di vista formale per la validità e tenuta della sentenza".

(49) Cfr. A. Simeone, *L'assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite n. 18287/2018*, Milano, 2018, 33, il quale aveva avvertito nell'immediatezza della pronuncia delle Sezioni Unite del 2018 che la giurisprudenza di merito avrebbe fatto largo uso dello strumento delle presunzioni, valorizzando fatti noti (la rinuncia/interruzione alla carriera, la stabile occupazione domestica) per concludere nel senso che i sacrifici professionali di un coniuge siano direttamente derivati dall'assunzione in modo preponderante dei compiti domestici e intrafamiliari.

(50) Cfr. S. Patti, *Prove*, cit., 629 sulla presunzione come conseguenza probabile; sulla ricostruzione della verità processuale, cfr. G. Travaglino, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. mer.*, 2008, 694, nota a Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576. Travaglino sottolinea che compito del giudice (e, più in generale, dello studioso del diritto) è ricostruire e ricondurre, attraverso l'analisi giuridica, una realtà fenomenica entro la dimensione "sovrastutturale" del giudizio normativo (un fatto, così, *esiste o non esiste* nella dimensione dell'accertamento giuridico talvolta anche in contrasto con la realtà fenomenica o, se si preferisce, con la sua "verità" ontologica).

ragioni che hanno condotto alla sperequazione sussistente tra le parti, limitando così i poteri d'ufficio del giudice che invece trovano più ampia applicazione con riferimento alla componente assistenziale (51). La pronuncia della Corte d'Appello esaminata, in riforma di quanto ritenuto dal primo giudice, che del principio dell'onere della prova aveva fatto scrupolosa applicazione secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione, è giunta ad accogliere la domanda di assegno divorzile in base a un criterio di ragionevolezza, di fatto colmando il difetto di prova del nesso eziologico tra le rinunce dell'ex coniuge richiedente e la sua deteriorata condizione economica.

Se dovesse consolidarsi un tale approccio probatorio per giustificare l'esigenza di maggiore tutela del coniuge debole, sarebbe allora opportuno che la

Corte di Cassazione tornasse sugli *standard* valutativi omogenei utilizzabili dai giudici di merito, sulla distribuzione dell'onere della prova - quando occorra dimostrare le conseguenze patrimoniali delle scelte coniugali -, sui limiti della prova presuntiva e sulla ricaduta probatoria dei confronti del coniuge che contesta il riconoscimento dell'assegno di divorzio. Poiché l'attività del giudice mira ad accertare la verità delle allegazioni dei fatti nel processo e il suo ragionamento deve essere strutturato, per quanto possibile, su basi razionali, occorre in definitiva chiarire quando e in base a quali elementi si possa ritenere provato il fatto determinante e così anche il nesso di causalità (inteso come relazione tra fatti acquisiti al processo in quanto dimostrati), secondo regole di giudizio tendenzialmente uniformi e suscettibili di controllo in sede di impugnazione (52).

(51) Come chiarito da R. Danovi, *Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale*, cit., 17, nel processo la fissazione dei fatti ha certamente un carattere decisivo. Perché tale fissazione possa aver luogo occorre che agli stessi sia data adeguata dimostrazione (*c'est toujours une question de preuve*). Non a caso il principio che maggiormente responsabilizza le parti in proposito, ovvero quello dell'onere della prova, si proietta oltre la sua immediata dimensione soggettiva e assume una declinazione anche in senso oggettivo, quale vera e propria regola di giudizio.

(52) Sull'importanza della regola probatoria nel processo civile vedi R. Poli, *Onere della prova - Gli standard di prova in Italia*, in

Giur. it., 2018, 2516. L'Autore precisa che la regola probatoria non deve essere un criterio di legittimazione per qualsiasi arbitrio giudiziario, ma principio di diritto solidamente ancorato, rigoroso, chiaro, determinato nei suoi elementi strutturali e funzionali, applicabile in modo (almeno tendenzialmente) uniforme e passibile di adeguato controllo in sede d'impugnazione. Ancora sulla ricostruzione del fatto, cfr. S. Patti, *Prima lezione. La "costruzione" del fatto nel processo*, in P. Rescigno, Bologna, 2016, 45-49; Id., *Prove*, cit., 227; G. Travaglino, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, 5 ss.; A. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.

Testamento falso e indegnità a succedere

Tribunale Pavia, Sez. III, 16 luglio 2021, n. 995 - Pres. Frangipani - Rel. Arcudi

La formazione o l'uso sciente di un testamento falso è causa d'indegnità a succedere, se chi viene a trovarsi nella posizione d'indegno non provi di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*, perché il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il *de cuius* aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte di lui nell'eventualità che non fosse riuscito a farla di persona ovvero che il *de cuius* aveva la ferma intenzione di provvedervi per evitare la successione *ab intestato*.

La pronuncia di indegnità a succedere determina l'esclusione dalla successione e, stante l'invalidità del testamento falso, la devoluzione dell'intera eredità agli altri eredi legittimi, secondo le norme della successione *ab intestato*.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass. Civ. 14 settembre 2020, n. 19045; Cass. Civ. 4 dicembre 2015, n. 24752; Cass. Civ. 1° dicembre 2000, n. 15375; Cass. Civ. 8 luglio 1974, n. 1997.
-----------------	---

Svolgimento del processo

Il sig. L.S. ha convenuto in giudizio le sig.re T.R., S.M.G.C., S.P. e S.P., esponendo:

- di avere vissuto sino all'anno 2015 assieme al padre S.C. ed al fratello S.E. (del quale ultimo le predette convenute sono, pacificamente, eredi) nella casa di abitazione sita in B. (P.), Via dei M., 78, in comproprietà tra i suddetti coabitanti;
- che nel corso dello stesso anno 2015 il fratello E., a causa di una forte depressione, aveva iniziato a tenere comportamenti aggressivi verso l'attore, impedendogli di accedere a detto immobile;
- che lo stesso S.E. aveva altresì posto in essere condotte di appropriazione dei beni paterni, in coincidenza con l'aggravarsi della malattia del padre C. (una forma grave di tumore che lo porterà al decesso il 18.2.2016): in particolare, il conto bancario intestato al padre, sul quale i figli avevano la delega ad operare, era stato svuotato nel periodo compreso tra il mese di settembre 2014 e quello di ottobre 2015 con accredito della relativa provvista pari a complessivi Euro 108.500,00 sul conto di esso S.E.; inoltre, dal libretto di risparmio postale sul quale confluiva unicamente la pensione paterna, risultavano essere stati effettuati, anche dopo il decesso del padre, prelievi da parte del predetto;
- che, nell'anno 1989, S.E. aveva avviato un'attività commerciale (poi chiusa da lì a poco) acquistando un'azienda per la vendita al dettaglio di capi di abbigliamento, per il complessivo prezzo di Euro 28.000,00, grazie al denaro del padre, il quale aveva altresì pagato ulteriori debiti connessi con tale attività pari, almeno, ad Euro 14.200,00; inoltre, nell'anno 2004 aveva acquistato un rustico per il prezzo di Euro 23.000,00, anche in questo caso con il denaro del padre;
- che, il 4.3.2016, S.E. si era presentato dinanzi ad un notaio in Casteggio chiedendo la pubblicazione di un testamento olografo che lo istituiva unico erede universale del padre C.;

- che detto testamento non è stato scritto di pugno da S.C. bensì, verosimilmente, dallo stesso fratello E. (l'attore si richiama alle risultanze di una perizia grafologica di parte prodotta in giudizio);

- di avere richiesto all'intestato Tribunale - stante la falsità del testamento ed, in ogni caso, l'avvenuta lesione della quota di legittima - il sequestro conservativo *ante causam* dei beni di S.E., istanza che veniva rigettata;

- che il 29.1.2017 S.E. si toglieva la vita;

- che il 10.2.2017 le odierne convenute S.M.G.C. e S.P., cugine del predetto, chiedevano la pubblicazione del testamento, dello stesso S.E., che le istituiva eredi in parti eguali unitamente alle ulteriori convenute T.R. e S.P.

Alla luce dei fatti di cui sopra, l'attore ha presentato le seguenti domande:

a) in via principale, previo accertamento e declaratoria della falsità del testamento di cui trattasi e dell'indegnità a succedere del fratello E. *ex art. 463 n. 6 c.c.* (per avere "formato un testamento falso od averne fatto scientemente uso"), escludere dall'eredità paterna il predetto (e, conseguentemente, le convenute) disponendo che l'intero asse ereditario sia devoluto ad esso attore;

b) in via di primo subordine, nel caso in cui, ferma la falsità del testamento, non fosse ritenuta la ricorrenza dell'indegnità a succedere, disporre per la divisione dell'eredità in base a successione legittima, con divisione dell'asse al 50%;

c) in via di ulteriore subordine, nel caso in cui il testamento fosse ritenuto valido, accertare l'avvenuta lesione della quota di riserva e disporre in merito.

Si sono costituite le convenute, le quali, in sintesi:

- contestavano quanto dedotto dall'attore in merito allo stato depressivo ed al comportamento aggressivo di E.S., sostenendo che, al contrario, era l'attore stesso ad essersi reso responsabile di atti di violenza nei confronti del fratello e dello stesso padre;

- rilevavano che l'attore aveva ricevuto, con donazione indiretta dal padre, un appartamento in Casteggio e che

quest'ultimo aveva dato a lui del denaro, per complessive L. 155.000.000, per l'attività commerciale di profumeria svolta dall'attore stesso, nonché sostenuto ulteriori spese nell'interesse di quest'ultimo, incluse quelle di acquisto di un ulteriore appartamento;

- rilevavano che i versamenti in favore del predetto E.S. erano stati effettuati per volontà del padre, il quale perfettamente lucido e cosciente, lo aveva fatto allo scopo di "sanare la disparità di trattamento che, in vita, aveva riservato a favore di L. ...";

- rilevavano che il testamento di cui trattasi era stato scritto di pugno dal padre e portato dal notaio da quest'ultimo, accompagnato nell'occasione da E.S., e che quanto *ivi* stabilito "riproduceva la sincera volontà del *de cuius*", non influenzata in alcun modo dal predetto E. Era disposta C.T.U. grafologica sulla scheda testamentaria di cui trattasi.

Raccolto l'elaborato peritale, che si esprimeva in termini di "certezza" sulla non riconducibilità del testamento olografo di cui trattasi alla mano del sig. C.S. ed in termini di "probabilità" sul fatto che fosse stato scritto dal sig. E.S., il giudice respingeva "in toto" le istanze istruttorie formulate dalle parti, fissando udienza di precisazione delle conclusioni. Le parti chiedevano peraltro al sottoscritto giudice - nel frattempo subentrato nell'assegnazione del procedimento - la rimessione della stessa alla fase di trattazione, motivata con il possibile raggiungimento di un accordo in sede di mediazione.

L'accordo non era raggiunto e, pertanto, la causa era nuovamente trattenuta in decisione.

Con ordinanza dell'1.4.2021, la causa stessa era rimessa in istruttoria al fine di acquisire la prova testimoniale sulle circostanze nelle quali era avvenuta la consegna della scheda testamentaria al notaio che ne aveva la custodia al momento della morte del *de cuius*.

Assunta tale prova, la causa era nuovamente trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Il Collegio ritiene opportuno assumere preliminarmente la decisione, con sentenza *ex art.* 279 comma 1 n. 4) c.p.c., in merito alle domande svolte dell'attore di accertamento dell'invalidità del testamento di cui trattasi e di declaratoria dell'indegnità a succedere del sig. S.E.

La perizia grafologica in atti conclude nel senso di ritenere "... con certezza che il testamento olografo a firma apparente S.C., datato 8.11.2015 e pubblicato il (...) al Rep. nr. (...) - Racc. nr. (...) del notaio dott. M.B. di C., non sia riconducibile alla mano del sig. C.S., autore delle comparative esaminate".

La relazione di consulenza si presenta immune da vizi logici e metodologici nonché convincente nelle motivazioni, estese alla valutazione delle osservazioni presentate dai C.T. di parte.

Invero, dal raffronto tra i tratti grafici della scheda testamentaria in esame e le scritture di comparazione emergono, *ictu oculi*, differenze sostanziali, ben evidenziate nella perizia in atti.

Pertanto, il Collegio non ritiene di discostarsi dalla C.T.U. le cui argomentazioni e conclusioni richiama e fa proprie.

Inoltre, la stessa C.T.U. ha rilevato, sia pure in termini di "probabilità", la "... riconducibilità della scheda testamentaria alla mano del sig. E.S." e, d'altra parte, alla luce delle risultanze di causa non sarebbe possibile individuare altro soggetto che possa avere confezionato il testamento medesimo, nel quale il predetto è stato istituito erede universale. La circostanza che il *de cuius* fosse consapevole del fatto che il figlio E. avesse scritto tale testamento e che vi avesse quindi fatto acquiescenza, ovvero, addirittura, che vi fosse un accordo tra padre e figlio in tale senso, se rileva - come si dirà a breve - ai fini della dichiarazione dell'indegnità a succedere, nulla toglie all'invalidità del testamento di cui trattasi per vizio di forma, posto che, *ex art.* 606 comma 1 c.c., il testamento olografo è nullo "... quando manca l'autografia o la sottoscrizione" e, dunque, per il mero fatto che non sia stato scritto di pugno dall'apparente testatore.

La circostanza che il *de cuius* avesse confermato al notaio di averlo scritto lui, non attribuisce, di per sé, certezza che ciò sia realmente avvenuto.

Come detto, dalla relazione di consulenza sono emersi elementi conclusivi nel senso nel carattere apocrifo della scrittura di cui trattasi e, d'altra parte, vi sono fatti che portano a ritenere verosimile che, nella gestione delle proprie ultime volontà, il sig. C.S. abbia subito condizionamenti da parte del figlio E., se anche non tali da determinare l'invalidità del testamento *ex art.* 624 c.c. (per la quale, comunque, non vi è domanda).

Ciò si evince dal fatto, certamente inconsueto (emerso dall'assunzione della prova testimoniale di cui trattasi), che il figlio E. avesse accompagnato il padre dal notaio non solo nell'occasione della consegna della scheda che lo istituiva unico erede, ma anche prima di tale momento "per chiedere informazioni legate al testamento", nonché dall'apparente inspiegabilità dell'esclusione dall'eredità del figlio L. La circostanza, sostenuta dalle convenute, che ciò era motivato dal fatto che "... la volontà del padre era quella di dare ad E. tutto quello che era rimasto perché L., secondo il signor C., aveva già ricevuto ..." è affermazione obiettivamente sprovvista di concreti riscontri, emergendo dagli atti che, quantomeno, anche il figlio E. avesse ricevuto consistenti aiuti dal padre. Inoltre, se il sig. C.S. avesse effettivamente fatto in vita maggiori elargizioni in favore del figlio L. tali da giustificare addirittura l'esclusione dall'eredità, avrebbe ragionevolmente trovato (eventualmente, con l'ausilio di un professionista, quale il notaio cui già s'era rivolto) soluzioni più plausibili rispetto all'ipotesi dell'esclusione del figlio (legittimario) da ogni diritto ereditario mediante disposizione testamentaria.

Neppure può ritenersi inconciliabile con la consapevolezza dell'invalidità del testamento da parte del *de cuius* il fatto che quest'ultimo, se la scheda non fosse stata effettivamente redatta di suo pugno, non l'avesse fatto presente al notaio che lo aveva avvertito delle possibili conseguenze da ciò derivanti: infatti, così opinando, si dovrebbe

ritenere egualmente inspiegabile la ragione per la quale, se invece la scheda fosse stata effettivamente da lui confezionata, lo stesso sig. C.S. avesse ritenuto di mantenerla comunque com'era sul punto relativo alla mancata salvezza della quota di riserva in favore del figlio L., sulla cui invalidità pure il notaio aveva fatto ammonimento.

In sostanza, tutto porta a ritenere che la scheda di cui trattasi fosse stata redatta dal sig. E.S. e che il padre C., pur conscio di ciò, avesse ritenuto di non sollevare davanti al notaio la questione, attribuendosi la paternità del documento se anche da lui non redatto.

La conseguenza di ciò è che il testamento di cui trattasi è comunque invalido per vizio di forma.

La consapevolezza del *de cuius* dell'esistenza di tale testamento e la presumibile acquiescenza al suo utilizzo da parte del figlio E., escludono la ricorrenza dell'indegnità a succedere.

Come già evidenziato nella riservata ordinanza dell'1.4.2021, la formazione o l'uso sciente di un testamento falso è causa d'indegnità a succedere, se chi viene a trovarsi nella posizione d'indegno non provi di non aver inteso offendere la volontà del "*de cuius*", perché il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il "*de cuius*" aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte di lui nell'eventualità che non fosse riuscito a farla di persona ovvero che il "*de cuius*" aveva la ferma intenzione di provvedervi per evitare la successione "*ab intestato*" (Cass. civ., Sez. VI - 2, Ord., 14/09/2020, n. 19045 e, conforme, Cass. civ., Sez. II, Sent., 04/12/2015, n. 24752). Nella specie, alla luce della deposizione testimoniale del notaio che ha ricevuto il testamento di cui trattasi, deve ritenersi la ricorrenza della suddetta causa di esclusione dell'indegnità a succedere.

L'ipotesi dell'attore, secondo cui il sig. E.S. avrebbe consegnato al notaio un testamento diverso da quello che il *de cuius* aveva redatto, attribuisce al predetto E.S. un comportamento invero eccessivamente spregiudicato e, comunque, non dimostrato in causa: se così fosse stato, quest'ultimo si sarebbe preso il rischio che il padre prendesse, in qualsiasi momento, visione del documento in questione (che, peraltro, il notaio ha confermato essergli

stato consegnato "non in busta chiusa bensì aperto"), scoprendone la falsità, oppure che il notaio stesso ne desse lettura ad alta voce con il medesimo risultato. Ciò appare invero assai poco plausibile. Altro elemento che strida con una tale ipotesi è il fatto che il notaio aveva avvertito i presenti del diritto del legittimario alla quota di riserva ed il sig. C.S. nulla aveva osservato, con ciò dimostrando di conoscere il contenuto di detto testamento.

In definitiva, si deve in questa sede dichiarare l'invalidità del testamento di cui trattasi e stabilire, di conseguenza, che l'eredità del sig. C.S. sia devoluta in base alle disposizioni che disciplinano la successione *ab intestato*.

Con separata ordinanza deve disporsi la prosecuzione del giudizio per la decisione delle ulteriori questioni, riguardanti la ricostruzione dell'asse ereditario e lo svolgimento delle operazioni divisionali.

Le spese di lite devono essere regolate con la sentenza definitiva.

P.Q.M.

il Tribunale di Pavia, non definitivamente pronunciando:

1. dichiara l'invalidità del testamento olografo pubblicato con atto a rogito Notaio Dott. M.B., Rep. n. (...) Racc. n. (...) del (...), e, per l'effetto, dichiara che l'eredità del sig. C.S. deve essere devoluta in quote eguali tra loro, per successione legittima, ai figli sig.ri L.S. e E.S., al quale ultimo sono poi succedute, per disposizione testamentaria, le sig.re R.T., M.G.C.S., P.S. e P.S. in quote eguali tra loro;

2. respinge la domanda dell'attore volta ad ottenere la dichiarazione di indegnità a succedere del predetto E.S. e dichiara assorbita quella di riduzione delle disposizioni lesive del diritto di legittima;

3. provvede con separata ordinanza a rimettere la causa in istruttoria per la decisione delle domande dirette alla ricostruzione dell'asse ereditario ed al compimento delle operazioni divisionali.

Omissis

Tribunale di Padova, Sez. I, 21 ottobre 2021, n. 1907 - Pres. e Rel. Guerra

La formazione o l'uso consapevole di un testamento falso è causa d'indegnità a succedere, se chi viene a trovarsi nella posizione d'indegno non provi di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*, perché il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il *de cuius* aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte di lui nell'eventualità che non fosse riuscito a farla di persona ovvero che il *de cuius* aveva la ferma intenzione di provvedervi per evitare la successione *ab intestato*.

La pronuncia di indegnità a succedere determina l'esclusione dalla successione e, stante l'invalidità del testamento falso, la devoluzione dell'intera eredità agli altri eredi legittimi, secondo le norme della successione *ab intestato*.

All'acquisto dell'avente causa a titolo gratuito dell'indegno, quale erede apparente, si applica la norma di cui all'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., in materia di effetti della trascrizione, con la conseguenza che tale acquisto è opponibile al "vero" erede o legatario ove quest'ultimo non abbia trascritto la domanda con cui si contesta il fondamento dell'acquisto a causa di morte per almeno cinque anni dalla trascrizione in favore dell'erede apparente, e il terzo avente causa sia in buona fede e abbia a sua volta trascritto il proprio acquisto prima

della trascrizione della domanda del vero erede o legatario. La buona fede del terzo avente causa si presume. La norma di cui all'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., infatti, non integra l'art. 534 c.c., ma regola fattispecie diverse applicandosi all'acquisto a titolo oneroso dall'erede in tutti i casi in cui non si rientra nella *petitio haereditatis*, all'acquisto a titolo gratuito dall'erede apparente ed agli acquisti dal legatario, e inoltre richiede un requisito specifico, consistente nell'inerzia del vero erede per cinque anni, idoneo da solo a giustificare una diversità di disciplina in ordine alla buona fede.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	<i>Quanto all'indegnità per formazione o uso del testamento falso: Cass. Civ. 14 settembre 2020, n. 19045; Cass. Civ. 4 dicembre 2015, n. 24752; Cass. Civ. 1° dicembre 2000, n. 15375; Cass. Civ. 8 luglio 1974, n. 1997. Quanto alla posizione dell'avente causa a titolo gratuito dell'indegno: Cass. Civ. 21 marzo 1989, n. 1402.</i>
Difforme	<i>Quanto alla posizione dell'avente causa a titolo gratuito dell'indegno: Cass. Civ. 15 marzo 1980, n. 1741.</i>

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione, notificato l'8.09.2017, l'attore V.R., nipote del *de cuius* A.M., conveniva in giudizio avanti a Tribunale di Padova R.M., il proprio fratello R.R. e le proprie cugine E. e M.G.S. al fine di ottenere: in via principale, che fosse accertata e dichiarata ai sensi dell'art. 463 n. 6 c.c. l'indegnità della sig. E.S.D., coniuge del *de cuius*, a succedere al marito per aver ella formato il testamento falso e averne fatto uso, con conseguente dichiarazione di esclusione dall'eredità del marito; pertanto, che fosse accertata e dichiarata l'apocriefa e la nullità del testamento olografo datato 10.10.2002, pubblicato in data 27.02.2008 e per l'effetto che fosse dichiarata aperta la successione legittima in morte di A.M., ai sensi dell'art. 570 c.c., in favore delle sorelle, R.R.M., madre dell'attore, e L.M.M., zia dell'attore, e degli eredi delle medesime, ossia del medesimo attore, del fratello e delle cugine E. e M.G.S.; conseguentemente, proponeva azione di petizione di eredità nei confronti di R.M., avente causa a titolo gratuito dall'erede apparente E.S.D., per recuperare l'intera eredità; ovvero, in via subordinata, per l'ipotesi in cui non fosse dichiarata l'indegnità a succedere della D., che fosse dichiarata aperta la successione legittima ai sensi dell'art. 582 c.c. e la convenuta fosse condannata a restituire almeno la quota di 1/3 del patrimonio ereditario.

A sostegno delle domande, esprimeva che:

- egli era il figlio di R.R.M., sorella del *de cuius* A.M., il quale era stato coniugato con la sig. E.D. e non aveva avuto figli;

- il *de cuius* era deceduto a Cittadella (PD) il 9.06.2007, lasciando la moglie e due sorelle, R.R.M. e L.M.M., entrambe ancora vive al momento dell'apertura della successione, decedute successivamente vedove, rispettivamente il 23.12.2016 e 25.05.2015, lasciando i figli V. e R.R., quanto a R.R., E. e M.G.S., quanto a L.M.;

- al momento dell'apertura della successione l'asse ereditario era così costituito: - quanto ai beni mobili, dai rapporti bancari con l'Istituto di Credito M.P.S.; - quanto ai beni immobili: i) piena proprietà dei fabbricati siti a Comune di P. sul B., Catasto Fabbricati, Sezione A, Foglio (...), mappale (...) *sub* (...), via S. C., 7, piani T-1-2, Cat. (...), cl. (...), consistenza vani 6, superficie catastale mq. 136, R.C. Euro 309,97 (abitazione), mappale (...) *sub* (...),

via S. C., 7, piani T-1, Cat. (...), consistenza mq. 151, superficie catastale mq. 171, R.C. Euro 187,16 (annesso agricolo), mappale (...) *sub* (...), bene non censibile (cortile) comune alle sopradescritte due unità immobiliari urbane; ii) piena proprietà dei terreni agricoli siti nel Comune di P. sul B., Catasto Terreni, Foglio (...), mappale n. (...) di ha 0.88.04, R.D. Euro 62,96, R.A. Euro 45,47, mappale n. 134 A di ha 0.01.88, R.D. Euro 1,41, R.A. Euro 0,97, mappale n. (...) B di ha 0.05.92, R.D. Euro 4,28, R.A. Euro 3,21, mappale n. (...) di ha 0.08.20, R.D. Euro 5,86, R.A. Euro 4,23, per un totale di ha 1.04.04, pari a 2,69 campi padovani, e del mappale n. (...), ente urbano, di ha 0.07.13, corrispondente all'area di sedime dei fabbricati.

- in assenza di figli, ai sensi dell'art. 571 c.c., al coniuge sarebbe stata devoluta la quota di 2/3 e alle sorelle la quota indivisa di 1/3 del patrimonio ereditario;

- tuttavia, la D. in data 27.02.2008 aveva fatto pubblicare per atto del notaio C.C. di P. sul B., rep. n. (...), racc. n. (...) (doc. n. 3 di parte attrice), un testamento olografo datato 10.10.2002, con il quale il *de cuius* nominava erede universale la medesima D.;

- quest'ultima, dopo la morte del marito, con atto del (...), a rogito del notaio C.C. di P. sul B., vendeva i mappali n. (...), (...) e (...) facenti parte dell'asse ereditario, insieme al mappale n. (...), già di proprietà della medesima, a tale O. R.P. (si veda doc. 4 di parte attrice), per un valore stimato in Euro 90.000,00 riferito solo ai beni ereditati;

- successivamente, in data 28.02.2011, la D. donava con rogito del notaio A.C. di P. sul B. (si veda doc n. 5 di parte attrice), la nuda proprietà dei fabbricati siti in via S. C. n. 7 e i terreni agricoli ad essi adiacenti, facenti parte del patrimonio ereditario, riservandosi l'usufrutto generale, alla convenuta R.M., cugina del *de cuius*, residente nella porzione di casa adiacente all'abitazione dei coniugi M.-D.;

- in data 26.07.2012 la D. decedeva in Cittadella (PD) senza beni e con la sua morte contestualmente si consolidava in capo a R.M. la piena proprietà dei beni donati con riserva di usufrutto;

- l'attore, dubitando dell'autenticità della scheda testamentaria, ne aveva fatto periziare l'originale e dalla relazione della dott. Flora Sella era risultata non solo l'apocriefa del testamento, ma altresì che la grafia era riconducibile a quella della D., la quale pertanto, ai sensi dell'art. 463, I comma n. 6 c.c. doveva essere

dichiarata indegna a succedere con conseguente apertura della successione legittima in favore delle sorelle del *de cuius*;

- la convenuta, quale terza avente causa a titolo gratuito dall'erede apparente, aveva acquistato in mala fede e a titolo gratuito i beni immobili anzidetti e la somma di Euro 90.000,00, ossia il prezzo ricavato dalla vendita dei terreni agricoli facenti parte dell'asse ereditario, ed era pertanto tenuta alla restituzione unitamente ai frutti civili percepiti a partire dalla morte della D., ossia da quando ella aveva locato i beni immobili.

Si costituiva ritualmente la convenuta R.M. contestando la fondatezza delle domande attoree e chiedendone il rigetto; in ogni caso, deduceva la propria buona fede con riferimento all'acquisto dall'erede apparente e conseguentemente l'inopponibilità, ai sensi dell'art. 2652, I comma n. 7 c.c., dell'emananda sentenza volta alla restituzione del bene immobile oggetto della donazione; negava inoltre di aver mai percepito dalla D. la somma di Euro 90.000 o altri diversi importi.

All'udienza del 8.11.2017, il Giudice istr. dott. Z., verificata la ritualità della notifica, dichiarava la contumacia dei convenuti R.R., E. e M.G.S. e assegnava i termini ex art. 183, VI comma, c.p.c., seguiva quindi il deposito delle memorie istruttorie.

Il G.I. disponeva preliminarmente una CTU grafologica volta a verificare la riconducibilità alla mano di A.M. del testamento olografo a lui attribuito, datato 10.10.2002 e pubblicato il 17.02.2008, e, nel caso di accertata apocrifia, a verificare se la scheda testamentaria fosse riconducibile alla mano di E.S.D.; nominava all'uopo CTU il prof. Carlo Barin, che espletava le consulenze e depositava due relazioni che confermarono la tesi attorea.

Con ordinanza riservata datata 20.03.2019, il G.I., considerato l'esito della CTU, ammetteva la prova per testi di parte attrice e ordinava a P.I. S.p.A. il deposito degli estratti del conto intestato alla D. relativi al periodo da giugno 2007 a luglio 2012;

A seguito del trasferimento ad altro Ufficio della dott. Z., la causa veniva riassegnata all'odierno relatore, che procedeva all'assunzione delle prove orali.

All'udienza del 13.05.2021, che si svolgeva tramite trattazione scritta, le parti precisavano le conclusioni nel senso sopra riportato e il G.I. rimetteva la causa al Collegio per la decisione assegnando i termini per le conclusionali e le repliche.

Falsità del testamento

Le inequivoche risultanze delle c.t.u. espletate dal prof. Barin hanno escluso con certezza l'appartenenza del testamento datato 10.10.2002 e pubblicato il 27.2.2008 alla mano scrivente del *de cuius* e hanno ricondotto la grafia alla mano di E.S.D. (si vedano relazioni depositate il 30.1.2019).

Entrambi i consulenti di parte hanno pienamente concordato con le risposte rese dal CTU, senza sollevare obiezioni sui puntuali e articolati argomenti grafodinamici

riportati nella relazione, corredati da fotografie dal cui esame emerge con chiarezza la non univocità di mano con le scritture di comparazione.

Va pertanto senz'altro dichiarata la nullità del testamento per falsità.

Indegnità a succedere di E.S.D.

L'attore ha chiesto che la D. sia dichiarata indegna a succedere ed esclusa dalla successione ai sensi dell'art. 463 n. 6 c.c. ("Casi d'indegnità - È escluso dalla successione come indegno: ...6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso").

Essendo stato provato che la D. è colei che ha formato di proprio pugno il testamento falso, la stessa va dichiarata indegna, senza che possano essere valorizzate le difese della convenuta M., svolte solo negli scritti conclusionali, secondo le quali in realtà il testamento si sarebbe limitato a riportare l'effettiva volontà del *de cuius*. In ogni caso l'allegazione secondo la quale il *de cuius* volesse lasciare tutto alla moglie è stata contestata e sul punto non è stata offerta né fornita alcuna prova convincente. La stessa giurisprudenza di legittimità invocata dalla convenuta (Cass. n. 19045 del 14/09/2020) presuppone la prova della corrispondenza della volontà del *de cuius* al contenuto del testamento falso: "La formazione o l'uso consapevole di un testamento falso è causa d'indegnità a succedere, se colui che viene a trovarsi nella posizione d'indegno non provi di non aver inteso offendere la volontà del '*de cuius*', perché il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il '*de cuius*' aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte dello stesso nell'eventualità che non fosse riuscito a farla di persona, ovvero che il '*de cuius*' aveva la ferma intenzione di provvedervi per evitare la successione '*ab intestato*'". Nel medesimo senso è anche la precedente sentenza n. 1997 dell'8.7.1974 della Corte di legittimità, secondo la quale "la formazione o l'uso sciente di un testamento falso è causa di indegnità a succedere, a meno che colui che viene a trovarsi nella posizione di indegno dimostri di non avere inteso recare offesa alla volontà del *de cuius*: a tal fine colui che risulta indegno è tenuto a provare non solo che il contenuto delle disposizioni corrisponde alla volontà del *de cuius*, ma anche che questi aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte di lui, nell'eventualità che egli non fosse riuscito a farlo, ovvero aveva la ferma intenzione di provvedervi per evitare la successione *ab intestato*) (tutte le sottolineature sono dell'estensore della presente sentenza)".

Effetti indegnità - Petizione di eredità - Terzi aventi causa - Mala fede

La pronuncia di indegnità a succedere determina l'esclusione della D. dalla successione e la devoluzione dell'intera eredità alle sorelle del *de cuius*, decedute vedove dopo il *de cuius*, lasciando eredi i rispettivi figli.

Per ottenere la restituzione dei beni donati, l'attore ha invocato la norma di cui all'art. 534 c.c. ("Diritti dei terzi - L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo. Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere

contrattato in buona fede...”), sostenendo che, avendo la M. acquistato a titolo gratuito, i suoi diritti non sarebbero fatti salvi.

Per contro, la difesa della convenuta M. ha eccepito l'inopponibilità alla stessa dell'accertamento dei diritti ereditari dell'attore e degli altri convenuti, invocando la norma di cui all'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c. (“Salvo quanto è disposto dal secondo e dal terzo comma dell'art. 534, se la trascrizione della domanda con la quale si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte è eseguita dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'acquisto, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi di buona fede che, in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, hanno a qualunque titolo acquistato diritti da chi appare erede o legatario”). In altre parole, poiché la trascrizione della domanda introduttiva del presente giudizio è avvenuta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'accettazione espressa dell'eredità, avvenuta il 6.3.2008 (si veda menzione nell'atto di donazione di cui al doc. 5 attoreo), e la M. avrebbe acquistato in buona fede, seppur a titolo gratuito, prima della trascrizione della domanda, il suo acquisto sarebbe salvo.

Reputa il Collegio che, effettivamente, debba tenersi conto degli effetti delle trascrizioni nei confronti dei terzi e quindi della norma di cui all'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., norma che secondo l'interpretazione preferibile si applica anche agli acquisti a titolo gratuito (si veda, in tal senso Cass. n. 1402 del 21/03/1989 “L'art. 2652, n. 7, c.c. - che subordina ad alcune condizioni temporali in ordine alle trascrizioni la tutela del terzo di buona fede acquirente a qualsiasi titolo (nella specie: donazione) di beni dall'erede apparente - non integra l'art. 534 c.c., ma regola fattispecie diverse applicandosi all'acquisto a titolo oneroso dall'erede in tutti i casi in cui non si rientra nella *petitio haereditatis*, all'acquisto a titolo gratuito dall'erede apparente ed agli acquisti dal legatario, e inoltre richiede un requisito specifico, consistente nell'inerzia del vero erede per cinque anni, idoneo da solo a giustificare una diversità di disciplina in ordine alla buona fede. Questa nel caso di cui all'art. 534 deve essere provata, mentre si presume nell'ipotesi prevista dall'art. 2652, n. 7, anche con riguardo all'acquirente a titolo gratuito in applicazione del principio generale enunciato dall'art. 1147 c.c., identicamente alle ipotesi considerate nei nn. 1, 4, 6 e 9 dello stesso art. 2652 c.c.” (la sottolineatura è dell'estensore). Pertanto, il nodo da sciogliere è quello relativo alla valutazione della buona fede della terza acquirente, partendo dalla presunzione ai sensi dell'art. 1147 c.c. - che sancisce un principio di portata generale - e valutando se l'attore abbia fornito una prova sufficiente che consenta di riconoscere la mala fede e quindi superare la presunzione.

Ciò premesso, sono emersi i seguenti fatti significativi ai fini della valutazione che il Collegio è chiamato ad esprimere:

a) è pacifico che la convenuta M., cugina del *de cuius*, intrattenesse con la D. rapporti non solo cordiali, ma “fraterni e di mutuo soccorso” (si veda pag. 7 della comparsa di costituzione), e quindi conoscesse anche la

vicenda ereditaria, il testamento e l'esistenza di eredi legittimi che in assenza di testamento avrebbero concorso nella successione, tanto più che si trattava delle proprie cugine;

b) è pacifico che la convenuta M., il *de cuius* e la D. vivevano in distinte porzioni della medesima casa colonica (si veda pag. 8 della comparsa di costituzione), e quindi avessero relazioni non solo intense ma anche molto frequenti;

c) è stato provato in istruttoria che il legame era talmente stretto che il 23.9.2008, dopo un anno e mezzo dalla morte del *de cuius*, la M. e la D. aprirono un conto cointestato presso le P.P. (P.) e, come riferito dai testi anche della convenuta, era la M. che dopo la morte del *de cuius*, accompagnava la D. in banca, in ufficio postale e per altre commissioni, ciò significando un coinvolgimento, quanto meno come spettatrice, nella gestione economica dei beni ereditati;

d) come sopra già esposto, la falsità del testamento ad opera della D. era addirittura grossolana; pertanto, anche al momento dell'accettazione della donazione la M. ben avrebbe potuto facilmente verificarla in sede di esame dei titoli di provenienza degli immobili (accettazione espressa dell'eredità in forza della chiamata testamentaria).

Rispetto a tali univoci elementi sono ultronee, oltre che di dubbia attendibilità, le testimonianze riguardo le allegate pressioni della convenuta M. al *de cuius* al fine di ricevere in donazione gli immobili e riguardo le frasi che sarebbero state proferite in occasione del funerale.

Concorrono quindi plurime univoche circostanze, serie, concrete e non meramente ipotetiche, che contrastano con la presunzione di buona fede. Infatti, anche a voler credere che la convenuta M. non fosse a conoscenza della falsità, la sua ignoranza sarebbe gravemente colpevole, in quanto ella ben era nelle condizioni per tutti i fatti sopra esposti (precedenti e coevi all'acquisto) di conoscere o quanto meno di dubitare della nullità del testamento per essere stato palesemente redatto dalla sua dante causa, la cui grafia ella presumibilmente ben conosceva.

Pertanto, richiamata l'interpretazione consolidata della giurisprudenza di legittimità (Cass. 18.9.2013, n. 21387, Cass. 16.12.2009, n. 26400, Cass. 21.5.2003, n. 7566, Cass. 22.5.2000, n. 6648, Cass. 24.6.1995, n. 7202), deve escludersi la buona fede della convenuta M., con conseguente opponibilità alla stessa degli effetti dell'accoglimento della domanda di dichiarazione di indegnità a succedere della D.

Domanda di condanna alla restituzione dei beni immobili e mobili ricevuti e dei relativi frutti

Da quanto sopra esposto ne consegue che la convenuta R.M. debba essere condannata alla restituzione agli eredi V.R., R.R., M.G.S. ed E.S., della piena proprietà degli immobili acquistati con l'atto di donazione 28.2.2011, ossia i fabbricati siti a Comune di P. sul B., Catasto Fabbricati, Sezione A, Foglio (...), mappale (...) *sub* (...), via S. C., 7, piani T-1-2, Cat. (...), cl. (...), consistenza vani 6,

superficie catastale mq. 136, R.C. Euro 309,97 (abitazione), mappale (...) *sub* (...), via S. C., 7, piani T-1, Cat. (...), consistenza mq. 151, superficie catastale mq. 171, R.C. Euro 187,16 (annesso agricolo), mappale 489 *sub* 1, bene non censibile (cortile) comune alle due unità immobiliari urbane. Va precisato che, benché la donazione avesse ad oggetto la nuda proprietà con riserva di usufrutto in favore della donante, l'usufrutto si è estinto ai sensi dell'art. 979 c.c.

La convenuta M. è tenuta alla restituzione anche dei frutti civili maturati dalla data del decesso dell'usufruttuaria, ossia dal 26.7.2012. Risulta dal doc. 5 di parte convenuta che l'immobile è stato locato con un canone annuo di Euro 4800 con decorrenza dall'1.8.2013, cosicché al 31.8.2021 ha percepito a tale titolo l'importo di Euro 38.800, che devono essere restituiti agli eredi, oltre ad interessi (trattandosi di debito di valuta) al saggio legale per l'importo di Euro 18.800 dalla domanda al saldo e per il residuo a partire dalla mensilità di luglio 2017 dalla percezione delle singole mensilità fino al saldo.

La tesi dell'attore secondo la quale la convenuta M. avrebbe ricevuto dalla D. anche denaro proveniente dalla vendita di beni immobili ereditari o comunque appartenente all'asse ha trovato piena conferma nell'istruttoria espletata tramite l'ordine di esibizione rivolto a P.I. s.p.a. (si vedano documenti depositati da quest'ultima in data 13.2.2020).

Dall'esame dei movimenti del conto personale aperto dalla D. presso l'Ufficio Postale di Presina (n. (...)) risulta che la medesima versò in tale conto il prezzo della compravendita degli immobili di cui all'atto del (...), a rogito del notaio C.C. di P. sul B. (doc. 4 di parte attrice), di cui Euro 90.000,00 - secondo la stima attorea non contestata - costituenti il controvalore ricavato dalla vendita di beni ereditari. È emerso inoltre che nel medesimo conto personale, la D. aveva girato in data 24.10.2008 il saldo attivo di Euro 37.588,59 del deposito a risparmio n. (...) cointestato con il *de cuius*, estinto in pari data: di tale importo Euro 18.321,00 facevano parte dell'asse ereditario, trattandosi appunto di conto cointestato. Sempre sul conto personale della D., risulta accreditata in data 27.9.2008 la somma di Euro 40.000,00, pari all'incasso dell'assegno circolare staccato in data 16.9.2008 dal conto corrente cointestato tra la medesima e il *de cuius* presso A. (cfr. doc. 14 e doc. 16 attorei), di cui la metà, ovvero Euro 20.000,00, erano denari del *de cuius*.

Ricapitolando, delle somme presenti sul conto personale della D. Euro 128.321,00 facevano parte dell'asse ereditario del *de cuius* (Euro 90.000,00 controvalore ricavato dalla vendita dei terreni del solo A.M. + Euro 18.321,00, pari a metà del deposito di risparmio (...) cointestato + Euro 20.000,00 pari a metà del fondo di investimento cointestato).

Successivamente, in data 23.9.2008, la D. e la convenuta M. aprivano presso l'ufficio postale di Presina (PD) il conto cointestato n. (...), cointestato ma alimentato esclusivamente da giroconti effettuati dal conto personale della D.

Esaminando i movimenti del conto personale n. (...) e del conto cointestato n. (...), risulta in particolare: 1) che in data 23.9.2008, ossia lo stesso giorno dell'apertura del conto cointestato, la D. prelevò dal proprio conto personale Euro 70.000,00 e li versò sul conto cointestato con la M.; 2) che dopo meno di due mesi in data 14.11.2008 prelevò altri Euro 25.000,00 per poi girarli sul conto cointestato con la M.; 3) che in data 13.3.2009 prelevò ulteriori Euro 20.000,00 accreditando un pari importo nel conto cointestato con la convenuta.

Risulta, altresì, che lo stesso giorno nel quale le somme venivano girate dal conto personale della D. al conto cointestato, dette somme venivano immediatamente prelevate dal conto cointestato. Deve escludersi che sia stata la D. ad effettuare i prelievi dal conto cointestato; perché mai avrebbe movimentato prima il denaro da un conto personale ad altro cointestato se lo scopo era solo quello di effettuare immediatamente dei prelievi? Non vi è alcuna spiegazione alternativa e nemmeno la convenuta ha tentato di ipotizzarla. A ciò si aggiunga che la D. alla morte non disponeva più della cospicua somma e che non è stato contestato che essa, che non aveva oneri abitativi e disponeva di un congruo trattamento pensionistico, avesse avuto un tenore di vita morigerato.

Il Collegio ritiene quindi provato, in forza dei documenti esibiti e presuntivamente, che la convenuta abbia ricevuto l'importo di Euro 115.000,00 di provenienza diretta o indiretta dall'eredità del *de cuius*, in quanto pervenuto alla D. in parte da conti cointestati con il *de cuius*, in parte dalla vendita dei terreni appartenuti al medesimo *de cuius*. La convenuta sig. R.M. va quindi condannata a restituire anche la somma di Euro 115.000,00, oltre agli interessi al saggio legale dalla domanda al saldo.

Spese di lite

Le spese di lite devono necessariamente seguire la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, tenendo conto dell'attività svolta, del valore della controversia (scaglione da Euro 52.000 a Euro 260.000) e delle questioni trattate.

Per le medesime ragioni anche le spese di CTU vanno definitivamente poste a carico della convenuta M.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) Dichiarare la nullità per falsità del testamento del *de cuius* A.M. datato 10.10.2002 pubblicato in data 27.02.2008 con verbale di pubblicazione e deposito di testamento rep. n. (...), racc. n. (...) notaio C.C. di P. sul B.;
- 2) Dichiarare l'indegnità a succedere di E.D. e per l'effetto la dichiara esclusa dall'eredità del coniuge A.M., deceduto in data 9.6.2007 a Cittadella (PD);
- 3) Dichiarare aperta la successione legittima in morte del *de cuius* A.M.;
- 4) Dichiarare eredi con quote uguali V.R., R.R., E.S. e M.G.S.;

5) Accertata la malafede della convenuta R.M., condanna la medesima a restituire agli eredi indicati al capo 4 i beni immobili acquistati con l'atto di donazione (...) rogito del notaio A.C. di P. sul B. (rep. n. (...), racc. n. (...)), ossia i fabbricati siti a Comune di P. sul B., Catasto Fabbricati, Sezione A, Foglio (...), mappale (...) *sub* (...), via S. C., 7, piani T-1-2, Cat. (...), cl. (...), consistenza vani 6, superficie catastale mq. 136, R.C. Euro 309,97 (abitazione), mappale (...) *sub* (...), via S. C., 7, piani T-1, Cat. (...), consistenza mq. 151, superficie catastale mq. 171, R.C. Euro 187,16 (annesso agricolo), mappale (...) *sub* (...), bene non censibile (cortile) comune alle due unità immobiliari urbane;

6) condanna la convenuta R.M. a restituire agli eredi indicati al capo 4, i frutti civili maturati dal 26.7.2012, pari ad Euro 38.800, oltre ad interessi al saggio legale per

l'importo di Euro 18.800 dalla domanda al saldo e per il residuo a partire dalla mensilità di luglio 2017 dalla percezione delle singole mensilità (pari a Euro 400 ciascuna) fino al saldo;

7) condanna la convenuta R.M. a restituire agli eredi indicati al capo 4 la somma di denaro di Euro 115.000,00, oltre ad interessi al saggio legale dalla domanda al saldo;

8) Condanna altresì la parte convenuta R.M. alla rifusione delle spese di lite in favore dell'attore, che si liquidano in Euro 1.156,40 per anticipazioni, Euro 13.439,00 per compensi, oltre i.v.a., c.p.a. e spese generali;

9) Pone le spese di CTU definitivamente e integralmente a carico della convenuta R.M., con obbligo di rifusione di quanto anticipato dall'attore.

Omissis

L'indegnità a succedere per formazione o uso consapevole di testamento falso: una lettura della sanzione civile in chiave funzionale e di concreta lesività (offensività)

di Antonio Donato (*)

Muovendo dall'inquadramento dell'indegnità a succedere quale sanzione civile con funzione essenzialmente afflittiva, è condivisibile l'orientamento che, in caso di formazione o uso consapevole di un testamento falso da parte del destinatario della delazione, e ferma la radicale inefficacia della scheda sul piano della regolazione della successione, esclude nondimeno l'indegnità a succedere ai sensi dell'art. 463, n. 6, c.c. laddove l'interessato dimostri di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*, in quanto il contenuto della scheda era conforme a quella volontà e risulti provato che il testatore aveva autorizzato quella compilazione, o intendeva procedervi.

L'approdo ermeneutico, senza costituire applicazione estensiva o analogica della norma di cui all'art. 463, n. 6, c.c., consente invero di conformare i requisiti oggettivi e soggettivi della fattispecie di indegnità in modo che la sanzione - operante su un piano distinto rispetto ai rimedi che presidiano l'attuazione delle norme sulla forma del testamento - possa essere esclusa se la condotta materiale non esprima in concreto quella ulteriore e qualificata anti-giuridicità, *sub* specie di effettiva offesa alla libertà testamentaria del *de cuius*, che è necessaria per giustificare l'intervento afflittivo dell'ordinamento; ciò nel rispetto dei principi generali, applicabili anche alle sanzioni civili, di proporzionalità, ragionevolezza e concreta lesività, in rapporto al bene giuridico tutelato, ossia alla libertà testamentaria.

Quanto alla posizione del terzo avente causa a titolo gratuito dell'indegno, è condivisibile l'orientamento che ritiene applicabile l'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., in quanto idoneo a cogliere correttamente la fattispecie complessa disegnata dal legislatore, ossia la mancata azione del "vero" erede (o legatario) per almeno cinque anni a far data dalla trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, unitamente alla buona fede dell'avente causa al momento dell'atto di acquisto e alla priorità della relativa trascrizione rispetto alla successiva domanda dell'erede. In tal modo, attribuendo rilevanza giuridica a una situazione riferibile alla sfera del soggetto interessato alla restituzione del bene (sotto forma di mancata azione o inerzia durante quel lasso temporale, nonostante le formalità compiute in relazione al titolo *mortis causa*), il conflitto derivante dalla situazione di apparenza viene risolto restituendo adeguata valorizzazione al principio di affidamento e di certezza delle posizioni giuridiche *quesite*.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Le fattispecie

Il caso posto all'attenzione del Tribunale di Pavia vede Tizio agire nei confronti delle eredi testamentarie del fratello Caio per far pronunciare l'invalidità del testamento apparentemente olografo di Sempronio, padre di Tizio e Caio, da cui risultava la designazione di Caio quale unico erede universale.

In particolare, deducendo che la scheda del genitore era stata in realtà redatta da Caio, oltre che da questi consegnata al notaio per la pubblicazione, Tizio chiede pronunciarsi l'indegnità a succedere del fratello ai sensi del n. 6 dell'art. 463 c.c., per aver formato e fatto uso di testamento falso.

All'esito di CTU grafologica, che - con motivazione ritenuta dal Tribunale convincente e immune da vizi logici e metodologici - ha escluso con certezza la riconducibilità del documento alla mano del *de cuius* Sempronio, di converso riferendolo con probabilità allo stesso Caio, *ivi* risultante designato quale erede universale, il Collegio accerta l'invalidità del testamento per mancanza del requisito di olografia prescritto dall'art. 606, comma 1, c.c. A tal fine viene attribuito rilievo, oltre che alle risultanze peritali, a ulteriori elementi fattuali di riscontro, quali il fatto che Caio avesse accompagnato Sempronio dal notaio per chiedere informazioni sul testamento e, poi, per consegnare la scheda, nonché l'anomalia di una scheda che pretermetteva l'altro fratello Tizio, con cui pur Sempronio aveva convissuto, nonostante l'ammonimento del notaio in ordine ai diritti di legittimario spettanti al figlio.

Ferma la dichiarazione di invalidità, il Tribunale accerta nondimeno che il *de cuius* Sempronio era a conoscenza della redazione della scheda da parte di Caio e vi aveva fatto acquiescenza, ritenendo al riguardo decisiva la circostanza per cui la scheda era stata consegnata al notaio da Sempronio e Caio insieme, e in quella sede il *de cuius* si era assunto la paternità del documento. Né può dirsi provata, secondo i giudicanti, l'ipotesi formulata dall'attore, secondo cui Caio avrebbe consegnato al notaio un testamento diverso da quello che il *de cuius* aveva redatto, tesi ritenuta "troppo spregiudicata" in considerazione del fatto che il notaio aveva avvertito delle conseguenze della pretermisione del legittimario Tizio senza che nulla fosse obiettato dal *de cuius*, nonché, sul piano logico, considerando che è implausibile ritenere che Caio "si sarebbe preso il rischio che il padre prendesse, in qualsiasi momento, visione del documento in questione (che, peraltro, il notaio ha confermato

essergli stato consegnato 'non in busta chiusa bensì aperto'), scoprendone la falsità, oppure che il notaio stesso ne desse lettura ad alta voce con il medesimo risultato".

Di qui l'operatività della successione *ab intestato* di Sempronio (con delazione anche a favore di Caio, non indegno, e dunque delle sue eredi testamentarie), sulla base del principio di diritto per cui la consapevolezza in capo al *de cuius* dell'esistenza della scheda apocrifa e la presumibile acquiescenza al suo utilizzo da parte del figlio Caio, escludono la ricorrenza dell'indegnità a succedere, atteso che la formazione o l'uso sciente di un testamento falso non sono causa d'indegnità a succedere, se chi viene a trovarsi nella posizione d'indegno provi di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*, perché il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il *de cuius* aveva acconsentito alla compilazione della scheda.

La seconda fattispecie, decisa dal Tribunale patavino, pone, nella prima parte della motivazione, una questione analoga.

Mevio, nipote del *de cuius* Calpurnio, cita in giudizio il proprio fratello Filano e due cugine, nonché Pinca quale avente causa a titolo gratuito (donazione) dalla erede asseritamente apparente, per far accertare l'apocriefa della scheda testamentaria da cui risultava la designazione a erede universale della moglie di Calpurnio (con matrimonio non allietato da figli), e conseguentemente pronunciare l'esclusione della stessa dalla successione di Calpurnio, in quanto indegna. Di qui la richiesta, nei confronti dei successori dell'eredità apparente, di accertare l'operatività della successione *ab intestato* del *de cuius* in favore, *ex art.* 570 c.c., delle sorelle di Calpurnio (rispettivamente, madre e zia di Mevio, entrambe vive al momento dell'apertura della successione e successivamente decedute vedove) e, conseguentemente, degli eredi delle stesse, ossia lo stesso attore Mevio, il fratello Filano e le due cugine convenute; in aggiunta, l'attore spiega domanda di petizione di eredità nei confronti di Pinca, cugina del *de cuius* Calpurnio, ritenuta *accipiens* di mala fede.

Anche in questo caso gli accertamenti peritali disposti dal Tribunale hanno consentito di accertare la riconducibilità della grafia della scheda non al *de cuius*, bensì alla di lui moglie, *ivi* risultate quale unica designata erede, con conseguente dichiarazione di "nullità del testamento per falsità".

Quanto alla dedotta indegnità a succedere, il Collegio patavino muove dal medesimo principio fatto proprio dalla sentenza pavese, ma perviene ad una

diversa conclusione in fatto, ritenendo non provata l'allegazione - peraltro prospettata solo negli scritti conclusionali - secondo cui il contenuto della scheda, pur apocrifia, sarebbe stato conforme alla volontà del *de cuius*. Ne consegue la pronuncia di indegnità a succedere della moglie di Calpurnio, con esclusione della stessa dalla successione e "devoluzione dell'intera eredità alle sorelle del *de cuius*, decedute vedove dopo il *de cuius*, lasciando eredi i rispettivi figli".

In relazione alla domanda di restituzione dei beni ereditari svolta nei confronti dall'avente causa dell'erede apparente, il Collegio muove dall'applicazione della regola dettata in materia di trascrizione dall'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., secondo cui la sentenza che accoglie la domanda di indegnità non pregiudica i terzi - di cui si presume la buona fede - che abbiano a qualunque titolo acquistato diritti dall'erede o dal legatario apparente in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda volta a contestare l'acquisto ereditario a monte, ove il "vero" erede non abbia trascritto la predetta domanda entro cinque anni dalla trascrizione dell'acquisto dell'erede apparente.

In punto fattuale, tuttavia, il Tribunale considera superata la presunzione di buona fede del terzo avente causa a titolo gratuito, valorizzando "plurime, univoche circostanze, serie, concrete e non meramente ipotetiche, che contrastano con la presunzione di buona fede", o comunque dimostrano che, quand'anche la convenuta non fosse stata a conoscenza della falsità, l'avrebbe ignorata con grave negligenza. La decisione dà atto, in particolare: di intense e frequenti relazioni tra l'avente causa (cugina), la persona poi risultata indegna e il *de cuius*, agevolate dall'abitazione nella stessa casa colonica; del coinvolgimento del terzo nella gestione economica dei beni ereditati, quantomeno come spettatrice; della conoscenza in capo al terzo della vicenda successoria e del testamento; della natura grossolana della falsificazione della scheda, agevolmente verificabile al momento dell'accettazione della donazione.

Conseguentemente, l'avente causa dall'erede apparente, in quanto non in buona fede, è ritenuta non destinataria della protezione sottesa all'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., nonostante il decorso del periodo

di cinque anni *ivi* previsto, ed è pertanto condannata alla restituzione dei beni ereditari e dei frutti maturati.

L'indegnità come sanzione avente ad oggetto la pronuncia di esclusione dalla successione

Le decisioni in commento, pur pervenendo a conclusioni differenti in punto di fatto in esito all'applicazione dell'*onus probandi*, danno continuità in diritto al principio, invero consolidato nella giurisprudenza di legittimità (1), secondo cui la formazione o l'uso consapevole di un testamento falso non sono causa d'indegnità a succedere ove l'autore della condotta provi di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*, in quanto il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il *de cuius* aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte di lui nell'eventualità che non fosse riuscito a farlo di persona, ovvero aveva la ferma intenzione di provvedere alla formazione del testamento secondo quei contenuti, per evitare la successione *ab intestato*. Il riferimento normativo della causa di indegnità in esame risiede nel punto n. 6 del catalogo affidato all'art. 463 c.c., secondo cui "è escluso dalla successione come indegno [...] chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso".

Si tratta di condotte, ciascuna idonea a integrare la causa di indegnità a succedere, direttamente incidenti sulla vicenda successoria (sia pure eventualmente *ex post*, come nel caso di uso di scheda falsa), e in particolare sulla libertà testamentaria (2), aggiungendosi a quelle di chi abbia indotto con dolo o violenza la persona, della cui successione si tratti, a fare, revocare o mutare il testamento, o l'abbia impedito (art. 463, n. 4, c.c.) e di chi abbia soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata (art. 463, n. 5, c.c.). Il catalogo, avente carattere di tassatività (3), si completa con le altre fattispecie di indegnità afferenti a condotte gravemente lesive della sfera giuridica e morale del *de cuius* (eventualmente in relazione a propri stretti congiunti o alla persona a lui unita civilmente), ma estranee alla sfera della libertà testamentaria. Si tratta delle ipotesi di: omicidio volontario, anche tentato, ai danni della persona della cui

(1) Cfr. Cass. Civ. 14 settembre 2020, n. 19045, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. Civ. 4 dicembre 2015, n. 24752, in *CED*, 2015, ove si fa riferimento alla prova "di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*"; Cass. Civ. 1° dicembre 2000, n. 15375, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass. Civ. 8 luglio 1974, n. 1997, in *Giust. civ.*, 1974, 1353.

(2) P. Laghi, *L'indegnità, in Capacità di succedere, indegnità, diseredazione e rappresentazione*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, VIII, 5, 2021, 205.

(3) G. Bonilini, *L'ampliamento del catalogo dei casi d'indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 10, 294.

successione si tratti o del suo coniuge o unito civilmente (4), ovvero discendente o ascendente (n. 1); commissione nei confronti dei predetti soggetti di un fatto al quale si applichino le disposizioni sull'omicidio (n. 2); calunnia ai danni dei predetti soggetti per un reato punibile con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni o falsa testimonianza in relazione a imputazioni verso i medesimi soggetti per quei reati, ove calunnia e falsa testimonianza siano accertate in sede penale (n. 3); decadenza dalla responsabilità genitoriale nei casi di cui all'art. 330 c.c., se al momento dell'apertura della successione non sia intervenuta reintegrazione nella stessa (n. 3-bis). Sul piano della qualificazione della fattispecie, l'indegnità conseguente alla formazione o all'uso consapevole di un testamento falso, così come le altre ipotesi sopra menzionate, integra in senso proprio, secondo la costante lettura degli interpreti, una figura sanzionatoria.

Al riguardo, soccorre l'inquadramento classico della nozione giuridica di "sanzione", quale misura con cui l'ordinamento persegue la propria conservazione e l'effettività e il rafforzamento delle norme che lo compongono, mediante una reazione (predeterminata)

destinata a essere applicata successivamente alla violazione; tale misura, a seconda dei casi, può rivestire funzione tipicamente retributiva/punitiva o ripristinatoria (5).

Adottando una prospettiva di analisi in chiave funzionale - necessaria per comprendere appieno l'istituto sanzionatorio (6) - emerge come l'ordinamento, mediante l'indegnità, miri a infliggere al responsabile un effetto di segno negativo, un "male", sotto forma di esclusione dalla successione (7), al fine di "prevenire" (stante la deterrenza connessa alla prospettazione della sanzione predeterminata (8)) e, in caso di violazione, "punire" un comportamento antiggiuridico e tale da rendere riprovevole che il responsabile possa beneficiare dell'eredità proveniente dal soggetto lesa. L'espansione dei diritti di altri successibili, connessa al diverso operare della delazione nei loro confronti, è, in tale ottica, un effetto indiretto, riflesso, della sanzione, che riguarda in via personale la posizione dell'indegno.

L'oggetto della sanzione di indegnità ha carattere patrimoniale, sostanziandosi - secondo la prevalente dottrina - in una causa di esclusione *ex post* dalla successione (9), la quale non opera *ipso iure*, bensì

(4) L'inclusione della persona unita civilmente deriva dal rinvio al capo del codice civile dedicato all'indegnità, contenuto nella L. 20 maggio 2016, n. 76 in materia di unioni civili.

(5) Per l'inquadramento della nozione di "sanzione" tra le tipologie di misure volte a rafforzare l'efficacia e la conservazione delle norme giuridiche, e in particolare tra le misure "successive" con funzione di "punizione-riparazione", è giocoforza riferirsi a N. Bobbio, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, diretto da Azara-Eula, XVI, Torino, 1957, rist. 1989, 530 ss. L'Autore muove dalla considerazione per cui l'ordinamento giuridico persegue la propria conservazione ed effettività attraverso misure che possono essere di due specie: preventive e successive (salvo che sussistano i presupposti per la trasformazione della norma, attraverso misure di risanamento o sanatoria, ove la divergenza del comportamento non sia più ritenuta immeritevole, ma anzi suscettibile di legalizzazione). Le misure preventive, secondo l'autorevole disamina, vengono poste in essere prima che la violazione, soltanto temuta, si sia verificata, e consistono in mezzi di controllo o di vigilanza, che possono operare al fine di ostacolare la trasgressione (si pensi all'attività generale di controllo e vigilanza dei corpi di polizia) o di renderla materialmente impossibile (con misure di tipo preclusivo, volte a mettere la persona pericolosa in condizione di non nuocere, con conseguente "impedimento materiale"), oppure possono sostanziarsi in misure di "scoraggiamento", orientate a rappresentare le conseguenze spiacevoli dell'infrazione, operando così su un piano di "impedimento psicologico" (N. Bobbio, *op. cit.*, 532). Le misure successive, di contro, intervengono quando la violazione è ormai avvenuta e "si distinguono in due classi: quelle che si ispirano al principio della *retribuzione*, che consiste nel rendere bene per bene (il premio, la ricompensa ecc.) o male per male (le pene); e quelle che si ispirano al principio della *riparazione*, che consiste nell'eliminare o per lo meno nell'attenuare il male che la trasgressione della norma ha prodotto nella società" (partecipa della finalità riparatoria in senso lato anche la "sanatoria", che tuttavia afferisce alla trasformazione dell'ordinamento). Le misure che rispondono a una logica retributiva, aventi dunque funzione punitiva, hanno in sé anche una

indiretta funzione impeditiva (sotto forma di deterrenza, "in virtù della minaccia che contengono di un male futuro": N. Bobbio, *op. cit.*, 537) e sono a loro volta classificate, a seconda dei tipi di beni che da esse sono colpiti, in pene economiche (dalla multa/sanzione pecuniaria alla confisca di un patrimonio), sociali (da misure di degradazione all'espulsione dal gruppo sociale), "giuridiche, che limitano o annullano facoltà o poteri o *status* giuridicamente protetti" (tra cui la privazione di una singola capacità giuridica, come quella di testare, o la soppressione di uno *status*, la privazione della libertà personale o l'interdizione permanente o temporanea da determinati uffici) e corporali.

Ravvisate dunque tre funzioni attraverso cui l'ordinamento conserva e/o innova se stesso, ossia "impedimento-preclusione", "punizione-riparazione" e "accettazione-correzione", la "sanzione" si colloca - come anticipato - nell'accezione di mezzo, ossia quella di reazione alla violazione con finalità di punizione e/ o riparazione dell'offesa cagionata dal comportamento illecito o illegittimo.

(6) N. Bobbio, *op. cit.*, 537.

(7) Dal momento che, come si vedrà nel prosieguo, il testamento falso non può produrre effetti, né essere opposto agli eredi, l'esclusione - secondo l'opinione prevalente - si sostanzia nella rimozione degli effetti della delazione in base a diverso titolo, ossia alla legge (se operi la successione *ad intestato*) o a distinte e valide disposizioni testamentarie, ove esistenti in favore dell'indegno (sempre che non operi l'ipotesi di riabilitazione di cui all'art. 466, comma 2, c.c.). Ne consegue che l'indegnità potrebbe non implicare, in concreto, alcun effetto - e potrebbe anche ricorrere un'ipotesi di carenza di interesse a farla pronunciare - ove l'indegno non avrebbe in ogni caso titolo per succedere, né a titolo universale, né a titolo particolare, al *de cuius*.

(8) Evidenzia la funzione (anche) di deterrenza, essendo la previsione di indegnità volta a scoraggiare comportamenti offensivi della libertà testamentaria, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2022, XI ed., 61.

(9) L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 53 ss.; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte*

mediante pronunzia costitutiva diretta a rimuovere la delazione (che è unitaria (10)) nei confronti dell'indegno (11). Diviene così inefficace, retroattivamente, l'attribuzione all'indegno dei diritti connessi alla posizione di chiamato, facendo conseguentemente venir meno l'acquisto successorio *medio tempore* operato (12); si suole richiamare, a fini descrittivi, il noto brocardo *indignus potest capere sed non potest retinere*, invocato anche dalla Relazione al codice civile (13).

È di contro minoritaria, sebbene autorevolmente sostenuta (14), la tesi secondo cui l'indegnità configura una incapacità relativa di succedere, oggetto di sentenza dichiarativa: tale posizione è argomentata richiamando la lettera del dettato normativo (laddove, all'art. 463 c.c., si prevede che l'indegno "è escluso", e non "può essere escluso"), nonché osservando che la retroattività escluderebbe che possa esservi stata delazione, così contrastando con il concetto sotteso al "*potest capere*" (15).

Proprio la fattispecie di indegnità trattata dalle sentenze in commento, tuttavia, dimostra la compatibilità tra efficacia della delazione e successivo accertamento di fatti idonei a rimuoverla, laddove si consideri che l'uso di un testamento falso (così come, in astratto, anche la sua formazione) ben può verificarsi dopo l'apertura della successione (16).

L'indegno non è dunque incapace di succedere (17) (peraltro chi parla di incapacità ne precisa il carattere relativo, ossia limitato alla relazione con quel determinato *de cuius*) e, pertanto, per effetto dell'accettazione, acquista la qualità di erede, e con essa i diritti successorî nei limiti della quota conferitagli dal testamento o dalla legge, così come, in caso di legato, acquista il relativo diritto senza necessità di accettazione; nondimeno, l'acquisto viene rimosso, e in ciò risiede la sanzione sul piano patrimoniale, per effetto della sentenza costitutiva che accerti la causa di indegnità e ne pronunzi le conseguenze (18).

In linea con tale approdo, sia pur non senza qualche incertezza terminologica (19), si pone la più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui "l'indegnità a succedere di cui all'art. 463 c.c., pur essendo operativa ipso iure, deve essere dichiarata con sentenza costitutiva su domanda del soggetto interessato, atteso che essa non costituisce una ipotesi di incapacità all'acquisto dell'eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione. L'indegnità, infatti, non è uno status connaturato al soggetto che si assume essere indegno a succedere, ma una qualificazione di un comportamento del soggetto medesimo, che deve essere data dal giudice a seguito dell'accertamento del fatto che integra quella

generale, Napoli, 1977, 298; A. Palazzo, *Le successioni*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, I, Milano, 2000, 219 s.; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 60; C. Ruperto, *Indegnità a succedere*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989, 2 ss.

(10) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 82.

(11) Cass. Civ. 25 febbraio 2019, n. 5411, in *Giur. it.*, 2020, 1, 52 ss.

(12) G. Bonilini, *L'ampliamento del catalogo dei casi d'indegnità a succedere*, cit., 296. Si osserva, efficacemente, che l'indegnità a succedere ha connotazione squisitamente privatistica, così distinguendosi dalla sanzione penale, dal momento che, *quoad effectum*, l'indegnità implica la perdita di un vantaggio - in termini di mancato acquisto di beni o diritti rientranti nel patrimonio ereditario, che altrimenti avrebbe avuto luogo - in ragione di una condotta antiggiuridica tenuta nei confronti del *de cuius*, dei suoi congiunti o della vicenda successoria: G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 60. La qualificazione dell'indegnità a succedere quale sanzione civile è costante in dottrina: cfr., almeno, L. Ferri, *Successioni in generale, sub artt. 456-511*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, 166; A. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu - Messineo, Milano, 1961, 52.

(13) La Relazione, al n. 230, individua quale criterio informatore il fatto che "l'indegnità non determina una vera e propria incapacità, ostativa dell'acquisto ereditario, ma è una causa di esclusione", che diviene "operativa in virtù della sentenza del giudice": sul punto, v. G. Sicchiero, *L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018*, commento a Cass. Civ. 25 febbraio 2019, n. 5411, in *Giur. it.*, 2020, 1, 54.

(14) Cfr. C.M. Bianca, *Le successioni*, 2.2, in *Diritto civile*, VI ed., Milano, 2022, 27-28.

(15) E. Moscati, *L'indegnità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, *Successioni*, Torino, 1997, 93; A. Cicu, *op. cit.*, 86. Invoca la struttura della

condizione risolutiva dell'acquisto ereditario F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 63. Si obietta, tuttavia, che la disciplina dell'obbligo di restituzione dei frutti da parte dell'indegno non si concilia con i principi in materia di condizione risolutiva. Per i profili di distinzione tra capacità e indegnità, cfr. A. Albanese, *L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, 867, secondo cui "è indubbia l'esistenza di differenze sostanziali pregnanti tra indegnità e incapacità: solo per la prima è prevista la riabilitazione; solo la seconda è generale, mentre la prima è relativa, poiché vale solo nei confronti di quel determinato *de cuius*". Pare ulteriormente confortare la tesi della natura costitutiva della pronunzia di indegnità l'introduzione, con l'art. 463-bis c.c., dell'istituto della sospensione dalla successione del coniuge o della parte dell'unione civile indagati per omicidio consumato o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile.

(16) A. Albanese, *op. cit.*, 864, nt. 25.

(17) I. Rapisarda, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 5, 1388, secondo cui "l'indegno è pienamente capace di succedere ma l'acquisto è destinato a caducarsi con efficacia retroattiva a seguito dell'accertamento della causa di indegnità con una sentenza del giudice passata in giudicato e avente perciò natura costitutiva; in mancanza di soggetti legittimati ad agire in giudizio o di una impugnazione da parte di costoro, l'indegno, divenuto titolare della delazione, potrà dunque trattenere i beni ricevuti in eredità o in legato".

(18) G. Bonilini, *L'ampliamento del catalogo dei casi d'indegnità a succedere*, cit., 107 ss.

(19) Invero, la natura costitutiva della pronunzia del giudice implica che la causa di esclusione dalla successione non operi ipso iure, a meno che tale espressione non perda carattere descrittivo, esprimendo unicamente il fatto che l'esclusione è prevista dalla legge e non dalla volontà negoziale.

determinata ipotesi di indegnità dedotta in giudizio, e che si sostanzia in una vera e propria sanzione civile di carattere patrimoniale avente un fondamento pubblicistico” (20).

Anche la sentenza del Tribunale di Padova, qui annotata, si rivela coerente con il principio in esame, sebbene in termini non espliciti, laddove configura l'esclusione dalla successione quale effetto della pronuncia di indegnità (“la pronuncia di indegnità a succedere determina l'esclusione della D. dalla successione e la devoluzione dell'intera eredità alle sorelle del *de cuius*, decedute vedove dopo il *de cuius*, lasciando eredi i rispettivi figli”).

La funzione prettamente punitiva/ retributiva dell'indegnità a succedere

La giurisprudenza inquadra dunque l'indegnità come sanzione civile con fondamento pubblicistico.

In dottrina si rimarca, autorevolmente, la natura squisitamente privatistica della pena in esame (21), pur precisandosi che, a differenza delle pene private in senso stretto (quali sono, a titolo di esempio, la clausola penale e, in ambito testamentario, la disposizione con cui il testatore disponga la decadenza dal lascito, nei limiti della disponibile, a carico dell'erede o del legatario che non si attenga alle ultime volontà), l'indegnità non trova la propria fonte in un atto di autonomia negoziale, bensì è prevista dalla legge a fronte di casi tassativi, essendo lasciata all'ereditando semplicemente la scelta in merito alla riabilitazione dell'indegno ai sensi dell'art. 466 c.c. (22).

L'inquadramento in chiave sanzionatoria privatistica merita nondimeno qualche approfondimento, non privo di ricadute applicative e regolatorie (come si vedrà nel prosieguo), muovendo dalla considerazione per cui la funzione dell'indegnità è punitiva in un'accezione per così dire “pura”, nel senso che, ferma la deterrenza derivante indirettamente dalla astratta prospettazione delle conseguenze connesse a determinate condotte (23), attraverso l'indegnità l'ordinamento non si prefigge uno scopo (anche) riparatorio rispetto al bene giuridico leso.

Ciò emerge con immediatezza esaminando le ipotesi che vedono l'esclusione della successione collegata

all'accertamento di fatti delittuosi, i quali assumono rilievo, in quanto tali, per la loro gravità e offensività rispetto alla persona morale e giuridica del *de cuius* (anche indirettamente, in relazione ai suoi prossimi congiunti), indipendentemente dalla vicenda testamentaria. Qui il legame tra i beni giuridici lesi dal fatto illecito e la successione ereditaria non preesiste alla norma sanzionatoria, perché quei beni giuridici si pongono su un piano distinto e autonomo rispetto alla successione; a ben vedere, è la norma sanzionatoria a creare quel legame rendendolo giuridicamente rilevante, positivizzando la scelta di politica legislativa di ritenere immeritevole di succedere al *de cuius* (soggetto leso) colui che si sia reso colpevole di gravi fatti contro la persona di lui e dei suoi prossimi congiunti o della parte unita civilmente.

Qualche distinguo si impone ove si considerino le fattispecie di indegnità connesse direttamente alla vicenda successoria, posto che, come si è soliti ricordare, in questo caso oggetto di lesione (o, in generale, di tutela) è proprio la libertà testamentaria (intesa sia in senso positivo, con riguardo alle disposizioni effettivamente affidate alla scheda, sia in negativo, quale libertà di lasciare operare, in tutto o in parte, le regole della successione *ad intestato*), rispetto alla quale le condotte enucleate dalla norma costituiscono offesa diretta (24), eventualmente *ex post*.

In effetti, in questo caso preesiste alla norma sanzionatoria un legame giuridicamente apprezzabile tra condotta e vicenda successoria, nel senso che la prima è idonea a mettere in pericolo, o condizionare, il concreto sviluppo o l'attuazione della seconda, giustificando, in ragione di tale idoneità, l'intervento dell'ordinamento. D'altro canto, la deterrenza connessa alla sanzione di indegnità assume, sia pure indirettamente, una funzione di tutela proprio rispetto alla libertà testamentaria, aiutando a prevenire condotte anche solo idonee a metterla in pericolo o ad ostacolarla.

L'oggetto di tutela, su cui si parametrizza il vaglio di anti-giuridicità e disvalore, è dunque qui direttamente la libertà di testare (e la capacità di incisione sulla stessa della condotta), la cui lesione, o esposizione a pericolo, assurge a giustificazione della sanzione.

Nondimeno, il legame diretto con il bene giuridico sotteso alla libertà testamentaria, se, per un verso, è

(20) Cass. Civ. 25 febbraio 2019, n. 5411, *ibidem*, ove si precisa che, stante la natura costitutiva della pronuncia, l'esclusione dalla successione può considerarsi operante solo con il passaggio in giudicato della decisione.

(21) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 60.

(22) S. Patti, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civile*, XIII, Torino, 1995, 349 ss.

(23) La funzione di deterrenza, unitamente a quella propria della sanzione *ex post*, è ricordata da G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 61.

(24) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 67-68.

fondamentale per delineare la disciplina della sanzione (come si vedrà), per altro verso non snatura la finalità prettamente punitiva, e, in particolare, non introduce uno scopo (anche) ripristinatorio.

Resta ferma, infatti, la distinzione tra il piano dell'effettività delle norme che regolano la manifestazione della libertà testamentaria in modo tassativo e formale - presidiata dall'inesistenza e inopponibilità del testamento falso (25); dall'invalidità, sotto forma di nullità o annullabilità, del testamento che, pur riflettendo una manifestazione di ultima volontà socialmente apprezzabile e riferibile al *de cuius*, sia affetto da grave vizio di forma o da dolo o violenza ai danni del testatore; dalla ricostruzione del contenuto

del testamento (quale atto negoziale) in caso di soppressione del documento - e quello della "sanzione" avverso colui che abbia formato il testamento falso o ne abbia fatto consapevole uso (26).

L'ordinamento non ritiene sufficiente la frustrazione dell'effetto, desiderato dall'autore della condotta ma disapprovato, attraverso l'inesistenza o l'invalidità dell'atto (27), perché il comportamento di chi formi o usi consapevolmente un testamento falso si connota, ordinariamente, per una propria specifica e rilevante lesività rispetto al bene giuridico protetto dal sistema successorio, e dunque per un *quid pluris* sul piano dell'antigiuridicità, che appunto fonda la sanzione.

(25) Si pensi proprio all'ipotesi di scheda testamentaria redatta da soggetto differente dal *de cuius*, magari anche dopo la morte di costui: il testamento, inteso come negozio *mortis causa* personale e personalissimo, in questo caso non c'è, nel senso che manca un atto ideologicamente e materialmente idoneo ad esprimere una volontà dispositiva riferibile al soggetto della cui successione si tratti (parla di oggettiva inesistenza di una disposizione testamentaria che sia comunque frutto della volontà del *de cuius* Cass. Civ. 28 maggio 2020, n. 10065, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, 1266 ss., ove si esclude infatti la possibilità di conferma o esecuzione ex art. 590 c.c. della disposizione testamentaria in ipotesi di accertata sottoscrizione apocrifia, difettando in radice la riconducibilità al testatore; la predetta decisione menziona altresì, ma non risolve, la questione se sia suscettibile di conferma il testamento nuncupativo: in argomento, cfr. M. Giaccaglia, *La conferma delle disposizioni testamentarie nulle tra falsità ideologica e materiale*, commento a Cass. Civ. 28 maggio 2020, n. 10065, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, 1273 s.). Ne consegue che un giudice chiamato a pronunciarsi sulla relativa vicenda successoria non potrà che accertare l'inesistenza, sul piano materiale e giuridico, di un atto imputabile al *de cuius* e funzionalmente idoneo a disciplinarne i rapporti *post mortem* secondo le forme di legge. Potrebbe ammettersi un'apertura, nel senso della nullità (piuttosto che inesistenza) ove, pur a fronte di elementi di apocrifia, sia nondimeno identificabile una volontà dispositiva riferibile al *de cuius*, come nell'ipotesi di testamento olografo non firmato per mera distrazione o per ignoranza o per circostanze fortuite, cui la "sottoscrizione" sia apposta da un terzo: qui, si sostiene, sussiste "il nucleo elementare ed imprescindibile della fattispecie 'testamento', ossia una manifestazione di ultima volontà socialmente apprezzabile e rilevante e riferibile all'ereditando; ed a questo fine è necessario che la volontà sia stata esteriorizzata *de facto* in maniera seria e definitiva, attraverso una dichiarazione che risulti a ciò coscientemente ed univocamente destinata, pur se giuridicamente inadeguata ed invalida": R. Triola, *op. cit.*, 384; si è anche enucleata, in dottrina, l'ipotesi di testamento falso in senso solo materiale, e non anche ideologico, mostrando in tal caso apertura verso l'istituto della conferma ex art. 590 c.c.: M. Giaccaglia, *op. cit.*, 1273. Si veda, in argomento, anche la nota seguente.

(26) La dottrina ribadisce che il testamento falso non può avere alcuna incidenza sulla regolazione della successione del *de cuius*, né può essere oggetto di conferma ai sensi dell'art. 590 c.c.: A. Natale, *L'indegnità a succedere*, in *La successione ereditaria*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, I, 971; C.M. Bianca, *op. cit.*, 419. Si osserva efficacemente che "l'art. 590 c.c. presuppone un testamento, inteso come la manifestazione (sia pure invalida) della volontà non di un soggetto purchessia, ma della persona della cui eredità si tratta. Ora, non si può parlare di testamento quando la falsificazione della firma lascia intendere che l'atto non promana dal *de cuius*": R. Triola, *Il testamento*,

Milano, 2012, 382. Secondo la giurisprudenza di legittimità, "l'art. 590 c.c., nel prevedere la possibilità di conferma od esecuzione di una disposizione testamentaria nulla da parte degli eredi, presuppone, per la sua operatività, l'oggettiva esistenza di una disposizione testamentaria, che sia comunque frutto della volontà del *de cuius*, sicché detta norma non trova applicazione in ipotesi di accertata sottoscrizione apocrifia del testamento, la quale esclude in radice la riconducibilità di esso al testatore": Cass. Civ. 28 maggio 2020, n. 10065, *ibidem*. Per l'inesistenza del testamento falso, cfr. Cass. Civ. 20 luglio 1959, n. 2367, in *Foro it.*, 1960, I, 1566; Cass. Civ. 26 giugno 1964, n. 1689, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 27-28, secondo cui "il testamento pubblico dichiarato falso a seguito di accoglimento della querela non può formare oggetto di conferma, né di esecuzione volontaria". È nondimeno frequente, come dimostrato dalle sentenze qui annotate, il riferimento alla nullità del testamento falso (in senso ideologico e materiale), rivelandosi tuttavia immediatamente la "radicalità" di tale accezione di nullità ove si precisa che il testamento falso non può essere oggetto di conferma, né di esecuzione volontaria. In dottrina discorre di "radicale nullità" del testamento apocrofo: P. Laghi, *op. cit.*, 208; analoghi principi dovrebbero applicarsi ove la scheda sia redatta da soggetto che si accerti non essere *compos sui*: approfondendo la questione del testamento redatto da soggetti "fragili", si è avuto modo di precisare, al riguardo, che rimane "nei casi più gravi, la possibilità di dimostrare la totale estraneità della scheda testamentaria alla persona del *de cuius*, falsità che si risolverebbe poi in una *quaestio nullitatis* ex art. 606 c.c.": M. Girolami, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 581.

(27) Delinea la distinzione tra il piano della validità dell'atto e quello della sanzione punitiva/afflittiva, riferendo altresì della diversità di posizioni dottrinali rispetto alla configurabilità della "invalidità" dell'atto come "sanzione" in senso lato, N. Bobbio, *op. cit.*, 535-536. L'Autore, ad ogni modo, precisa efficacemente che "l'ordinamento giuridico attraverso la pena o la riparazione fa sì che l'inosservanza abbia un certo effetto che è contrario a quello voluto dall'inosservante; attraverso la nullità invece fa sì che l'inosservanza impedisca all'inosservante di ottenere l'effetto voluto [...]. Volendo dare un nome a questo tipo di effetto si potrebbe parlare invece che di punizione o di riparazione, di frustrazione, nel senso che la misura afflittiva cui è sottoposto colui che viola una norma tecnica di questo tipo rende la sua azione non già a lui malefica o svantaggiosa, ma inutile. Alla distinzione tra misura punitiva o riparativa e nullità corrisponde la differenza tra illiceità e invalidità. Atto illecito è quello non conforme a una norma la cui violazione comporta come conseguenza che l'effetto giuridico ad essa ricollegato è in contrasto con quello voluto dal trasgressore; atto invalido è quello non conforme a una norma la cui violazione comporta come conseguenza il venir meno dell'effetto giuridico desiderato".

Nondimeno, proprio la chiave di lettura funzionale in rapporto al bene giuridico oggetto di tutela porta a chiedersi se la condotta materiale individuata dal legislatore, ossia la formazione o l'uso consapevole di un testamento falso, sia sempre e comunque tale da rivelare quel *quid pluris* di antigiuridicità atto a far ritenere riprovevole l'acquisto a titolo ereditario (come avviene in caso di gravi reati che offendono la personalità morale e giuridica del *de cuius*), ovvero se possano darsi casi nei quali, avuto appunto riguardo alla libertà testamentaria, la frustrazione dell'effetto perseguito con l'atto falso esaurisca l'esigenza di intervento dell'ordinamento. E qui, come si dirà meglio nelle pagine che seguono, assume rilievo proprio il caso in cui l'autore della condotta abbia nella sostanza agito in conformità alla volontà in cui si esplica la libertà testamentaria, pur ponendo in essere, in termini materiali, la condotta indicata dalla norma. Ai fini dell'indagine delineata, pare essenziale approfondire ulteriormente la natura della sanzione di indegnità, e il relativo inquadramento sistematico.

La natura dell'indegnità a succedere quale sanzione civile e le implicazioni della sua funzione (gravemente) afflittiva

Per comprendere i termini del rapporto tra condotta materiale falsificatoria e antigiuridicità, è opportuno approfondire la natura giuridica della sanzione di indegnità, valutando *in primis* se essa possa essere accostata alle misure ad effetto penale. Sovviene al riguardo, infatti, l'osservazione secondo cui "in comune con la sanzione penale, l'indegnità ha [...] il fatto di non avere funzione satisfatoria del diritto violato, di non tendere alla sua reintegrazione, essendo piuttosto caratterizzata da una funzione sociale di prevenzione e repressione dell'atto illecito, operante indipendentemente dalla sanzione penale, ma con la stessa finalità di essa" (28).

La questione, di ordine generale, ha invero motivo di essere approfondita, ove si consideri l'introduzione (ad opera della L. 11 gennaio 2018, n. 4) dell'art. 537-bis c.p.p., ai sensi del quale il giudice penale, quando pronunzia sentenza di condanna per uno dei fatti

previsti dall'art. 463 c.c., dichiara l'indegnità del condannato a succedere (eventualmente anche prima dell'apertura della successione, ove si pensi al delitto di omicidio tentato).

Tra gli interpreti si è avuto modo di osservare che, alla luce dell'intervento normativo appena menzionato, l'indegnità non parrebbe configurabile come un'ordinaria sanzione civile contenuta nella sentenza penale, non essendo subordinata alla domanda di parte (come, si osserva, è invece nel caso di risarcimento del danno richiesto con l'esercizio dell'azione civile in sede penale), né all'iniziativa del Pubblico Ministero, ma essendo pronunziata automaticamente dal giudice penale, con possibile ricorso a un incidente di esecuzione in caso di omissione (29): il che avvicinerrebbe la relativa pronunzia alle conseguenze penali della condanna, portando, secondo la chiave interpretativa in esame, a qualificarla come pena accessoria, che segue la sentenza di condanna ed è inflitta, appunto, dal giudice penale sulla base di una specifica disposizione di legge (30).

Così posta la questione, pare nondimeno ragionevole ritenere che la recente disposizione del codice di rito penale, se da un lato valorizza la stretta (ma non necessaria) correlazione tra la sanzione dell'indegnità e la commissione di illeciti di rilievo (anche) penale, conseguendo una opportuna semplificazione sul piano procedurale e perseguendo un lodevole obiettivo di coerenza ed economia giurisdizionale, non sia di per sé sufficiente ad attribuire all'istituto dell'indegnità a succedere, sul piano sistematico, natura di effetto penale della condanna, né a maggior ragione, in senso proprio, a qualificare l'indegnità come sanzione penale o pena accessoria (come invece accade allorquando l'effetto di indegnità a succedere è espressamente previsto come tale, in relazione alla condanna per delitti contro la libertà sessuale).

Rileva invero osservare che l'indegnità a succedere in esame resta, concettualmente, indipendente rispetto alla condanna penale, e alla connessa irrogazione di sanzioni penali (31), posto che la stessa può essere pronunziata (dal giudice civile) anche allorquando il reato sia prescritto, estinto (32) o non perseguito per mancato esercizio dell'azione penale; inoltre, la

(28) A. Albanese, *op. cit.*, 855-856; A. Cicu, *op. cit.*, 88.

(29) G. Sicchiero, *op. cit.*, 58.

(30) G. Sicchiero, *op. cit.*, 59. Secondo l'Autore la nuova norma non implica l'abrogazione tacita della previsione codicistica sulla riabilitazione dell'indegno, affidata all'art. 466 c.c., e ciò anche qualora si voglia qualificare l'indegnità (non come pena accessoria, bensì) come effetto penale della sentenza di condanna.

(31) C.M. Bianca, *op. cit.*, 24; A. Cicu, *op. cit.*, 87, ove si sottolinea l'indipendenza dell'indegnità rispetto alla sanzione

penale, ricordando nondimeno che la perdita del diritto di succedere può costituire una pena accessoria ove previsto dal diritto penale. In effetti, l'art. 609-*nonies*, n. 3, c.p. prevede, quale pena accessoria, l'esclusione dalla successione della persona offesa in caso di condanna per i delitti contro la libertà e l'onore sessuale di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quinquies* e 609-*octies* c.p.

(32) Si pensi all'ipotesi di amnistia: cfr. Cass. Civ. 26 giugno 1964, n. 1689, *ibidem*, relativa ad una fattispecie di falso testamentario, secondo cui il giudice civile resta "libero di esaminare e

sanzione può conseguire a condotte (immeritevoli ma) non penalmente rilevanti, come è il caso della decadenza dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c. (33) ovvero, per avvicinarsi alla fattispecie oggetto dei provvedimenti qui annotati, a ipotesi di uso di testamento falso non integranti di per sé reato. Può darsi, inoltre, il caso in cui la vittima del reato non si costituisca parte civile nel processo penale, e preferisca promuovere giudizio civile di accertamento dell'indegnità, avendovi un interesse (34), senza che ciò ponga ostacoli sotto il profilo del *ne bis in idem*.

In aggiunta, la morte del reo e l'estinzione per altra causa del reato, secondo l'opinione prevalente (35), non estinguono la causa di indegnità, la quale potrà essere accertata anche nei confronti degli eredi dell'indegno, onde vedere disposto che nel relativo patrimonio non sia transitata la quota ereditaria facente capo al *de cuius* leso (36).

Tipicamente, ancora, il giudice civile dovrà valutare la sussistenza di un interesse concreto e attuale alla proposizione dell'azione volta alla pronuncia dell'indegnità, negandolo ove l'attore non potrebbe comunque conseguire diritti ereditari, vuoi perché si è prescritto il suo diritto ad accettare l'eredità (37), vuoi perché non opererebbe in suo favore la delazione ad altro titolo successorio. Ove nessuno agisca per la pronuncia di indegnità, e la stessa non sia statuita dal giudice penale, l'autore del falso, o colui che ne abbia fatto sciente uso, potrà nondimeno ereditare in forza di altro valido testamento, se esistente, ovvero in forza della devoluzione *ab intestato*, qualora rientri nel relativo catalogo soggettivo (38).

Ciò significa che la valutazione di immeritevolezza compiuta dal legislatore, cui è sottesa la finalità

pubblicistica dell'indegnità invocata anche dalla giurisprudenza, riguarda determinate condotte indipendentemente dalla loro rilevanza e illiceità sotto il profilo prettamente penale, collocandosi il vaglio di anti-giuridicità propriamente nell'alveo del diritto successorio e dei beni giuridici ad esso sottesi.

Né la funzione punitiva di per sé contrasta concettualmente con la natura privatistica della sanzione.

È noto, innanzitutto, che l'ordinamento contempla "pene private" che prescindono in concreto dalla dimostrazione di un danno risarcibile, alcune aventi propriamente fonte nell'autonomia negoziale (si pensi alla clausola penale), altre previste dalla legge a protezione di interessi generali, come avviene in base alla normativa in materia ambientale (39).

Le Sezioni Unite della Cassazione, in linea con gli approdi della Consulta, del resto, hanno da ultimo chiarito che "la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria" (40); per altro verso, la più recente evoluzione normativa ha visto l'introduzione, ai sensi del D.Lgs. n. 7/2016 in materia di depenalizzazione, di sanzioni pecuniarie civili, le quali, pur conseguendo automaticamente alla condanna al risarcimento del danno richiesta dal privato, vengono disposte in favore della Cassa delle ammende e si connotano per una funzione esclusivamente preventiva/punitiva, rappresentando il risarcimento del danno una mera condizione di operatività della sanzione (41). Meritevoli di menzione sono, altresì, la disciplina della responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c. e l'istituto dell'*astreinte* recepito dall'art. 614-bis c.p.c.

decidere sulla sussistenza del fatto denunciato e cioè sulla sussistenza del falso ai soli fini della pronuncia di indegnità dell'autore". Si esprime nei medesimi termini P. Laghi, *op. cit.*, 208.

(33) A. Albanese, *op. cit.*, 855, ove si osserva che solo nel caso della calunnia e della falsa testimonianza è necessario, a mente del n. 3 dell'art. 463 c.c., che le stesse siano state accertate in sede penale. Si rammenti che ai sensi dell'art. 448-bis c.c. il figlio, anche adottivo e, in sua mancanza, i discendenti prossimi possono escludere dalla successione il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale.

(34) G. Sicchiero, *op. cit.*, 56.

(35) La possibilità di una pronuncia postuma dell'indegnità a succedere è ammessa dalla dottrina prevalente: G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 64; R. Omodei Salè, *Indegnità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. III, Torino, 2007, 683; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 50; P. Laghi, *op. cit.*, 104; in giurisprudenza, Cass. Civ. 16 febbraio 2005, n. 3096, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 147; *contra*, A. Natale, *La pronuncia postuma di indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 141 ss.

(36) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 64.

(37) G. Sicchiero, *op. cit.*, 56, ove si legge: "non riteniamo cioè sufficiente a giustificare la domanda, il mero accertamento morale che quel chiamato sia indegno, se ciò non riverbera anche effetti patrimoniali a favore di chi agisca in giudizio".

(38) P. Laghi, *op. cit.*, 208.

(39) Per l'inquadramento sistematico della nozione di pena privata e per una puntuale disamina delle varie ipotesi normative, si rinvia a S. Patti, *op. cit.*, 349 ss.

(40) Cass. Civ., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, che ha dunque ritenuto non ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, potendosi riconoscere una sentenza straniera che disponga in tal senso ove sia stata resa nell'ordinamento di origine su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi.

(41) Si è parlato di "ibridazione del processo civile": F. Auletta, *L'ibridazione dell'agire in giudizio: tutela dei propri diritti, autonomia iniziativa [...] di interesse generale e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, 2016, 4, 1554 ss.

Può allora confermarsi, alla luce delle considerazioni che precedono, che con l'indegnità a succedere si è al cospetto di una sanzione civile, senza che ciò ne metta in discussione il fondamento pubblicistico (certamente presidiato dal sistema successorio e dall'ordinamento privato in generale), correttamente invocato dalla giurisprudenza e connesso all'interesse generale a prevenire e disapprovare condotte lesive della personalità del *de cuius* o della sua libertà testamentaria.

Nondimeno, l'autonomia dell'indegnità a succedere quale sanzione civile non esclude che possa esservi una certa contiguità giuridicamente apprezzabile (quantomeno con riguardo ai principî fondanti comuni) (42) con la "materia penale". Al riguardo, merita in generale ricordare che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, sulla scorta delle posizioni assunte dalla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, al fine di affermare la natura penale degli "effetti" di una sentenza di condanna, ritiene "utilizzabili i noti parametri Engel, tratti dalla sedimentata giurisprudenza di Strasburgo, per cui la sanzione può essere definita penale - al di là del *nomen* attribuito dal legislatore interno - in rapporto all'analisi concreta delle finalità perseguite e del grado di afflittività, nel senso che lì dove risulti prevalente la finalità punitiva (rispetto a quella preventiva) o lì dove risulti

particolarmente elevato il grado di afflittività, la misura in questione va attratta nel cono delle garanzie penalistiche" (43).

Certamente, sul punto, è difficile negare che gli effetti della pronuncia di indegnità a succedere si caratterizzino per una "carica afflittiva particolarmente elevata e dalla spiccata capacità dissuasiva" (44), in quanto incidenti in misura potenzialmente molto rilevante e definitiva sul patrimonio di colui che, in assenza della sanzione, avrebbe ereditato in forza di delazione basata su altra e autonoma vocazione (testamentaria o *ab intestato*), oltre che sullo *status* di erede, ove si versi in ipotesi di successione a titolo universale. Trattasi, peraltro, di effetto idoneo a configurare un assetto perfino potenzialmente divergente rispetto ai diritti indisponibili sottesi alla successoria necessaria (ove l'indegno rivesta la qualità di legittimario) o alla regolamentazione che il *de cuius* abbia in ipotesi affidato ad altra, valida, scheda testamentaria, impedendo che la designazione *ivi* contenuta acquisti rilevanza giuridica e si converta in delazione all'apertura della successione.

Non sembrano inoltre trascurabili le implicazioni di ordine morale della pronuncia di indegnità, la cui domanda è peraltro suscettibile di trascrizione *ex art.* 2652, comma 1, n. 7, c.c. ai fini dell'opponibilità ai terzi (45), *ivi* esprimendosi il disvalore sul piano sociale della condotta dell'indegno.

(42) Secondo A. Cicu, *op. cit.*, 87, l'indegnità è "sanzione civile: ma ha questa caratteristica, che la riavvicina alla sanzione penale; essa non ha funzione satisfattoria del diritto violato; non tende a reintegrarlo". Parla di punti di contatto con le sanzioni penali, fermo il carattere civile dell'indegnità, A. Lombardo, *Indegnità*, in P. Fava (a cura di), *Successioni e donazioni*, Milano, 2017, 190.

(43) Cass. Pen. 17 gennaio 2020, n. 1804 (14 novembre 2019), in *Guida dir.*, 2020, 28, 103, relativa alla revoca della patente conseguente a determinati reati, ove peraltro, dopo aver affermato il principio generale, la Corte giunge alla conclusione che la revoca della patente non può ritenersi sanzione di natura sostanzialmente penale (con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione non sarebbe abilitato a sostituirla con la sospensione a modifica del giudicato) in quanto avrebbe una finalità preventiva, e non già repressiva: costituirebbe una misura a tutela della sicurezza della circolazione stradale, inibendo la guida di veicoli a motore a soggetti che, con la loro condotta, si sono dimostrati pericolosi, "con estraneità funzionale agli aspetti meramente afflittivi della pena", osservandosi altresì che l'inibizione è circoscritta ad un ambito temporale limitato, decorso il quale è possibile ottenere un nuovo titolo abilitativo alla guida (per cui neppure il grado di afflittività della sanzione sarebbe tale da giustificare il superamento del dato nominalistico; analogamente, Cass. Pen. 20-24 agosto 2020, n. 24023, in *D&G*, 2020; Cass. Pen. 10 giugno 2020, n. 17834 (3 marzo 2020), in *DeJure*; Cass. Pen. 9 giugno 2020, n. 17508 (20 febbraio 2020), in *DeJure*. La tematica è oggetto di recenti sentenze della Consulta, tra cui merita menzionare Corte cost. 16 aprile 2021, n. 68, in *Cortecostituzionale.it*. Con la sentenza Corte cost. 17 aprile 2019, n. 88, in *Cortecostituzionale.it*, la Consulta aveva ad ogni modo dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 222, comma 2, c. str., ritenendo che l'automatismo sanzionatorio della revoca della patente - esteso in

modo indiscriminato a tutte le fattispecie di omicidio e lesioni personali stradali (gravi o gravissime), ricorressero o meno le circostanze aggravanti previste dagli artt. 589-bis e 590-bis c.p., che qualificano negativamente i fatti sul piano della colpevolezza e in rapporto alle quali sono previste pene distinte e graduate - vulnerasse i principî di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, essendo l'automatica applicazione della revoca della patente giustificata solo per le ipotesi più gravi e più severamente punite di cui al secondo e al terzo comma, sia dell'art. 589-bis c.p. sia dell'art. 590-bis c.p. (essersi posti alla guida in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di stupefacenti): sotto tale livello, doveva essere lasciata invece al giudice la possibilità di effettuare una "valutazione individualizzante", sulla base delle circostanze del caso concreto; in particolare, nel senso di consentirgli, "secondo la gravità della condotta del condannato", sia di disporre la sanzione amministrativa della revoca, sia di applicare quella, "meno afflittiva", della sospensione della patente per la durata massima prevista dal secondo e dal terzo periodo del medesimo comma 2 dell'art. 222 c. str.

(44) L'espressione è utilizzata da Corte cost. 16 aprile 2021, n. 68, *ibidem*, con riguardo alla revoca della patente, posto che "non poter condurre veicoli a motore per cinque anni può rappresentare - specie per un soggetto che, come il ricorrente nel giudizio *a quo*, esercita l'attività di autotrasportatore - una sanzione, in concreto, più temibile della stessa pena principale di un anno e sei mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, che gli è stata inflitta per il reato commesso".

(45) In quanto volta a contestare il fondamento di un acquisto a causa di morte: sul punto, cfr. S. Monosi, *L'indegnità a succedere*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, I, 1994, 147, nt. 100.

D'altro canto, come accennato discutendo di "pene private", certamente l'indegnità a succedere è elaborata su un piano di indipendenza, quanto a funzione ed elementi costitutivi, rispetto al risarcimento del danno, che (a differenza delle sanzioni pecuniarie civili) non ne costituisce nemmeno un presupposto di applicazione.

La fluidità concettuale del confine con la "materia penale", sottesa alla grave afflittività della sanzione, porta allora ragionevolmente a concludere che l'indegnità a succedere integra una sanzione civile con fondamento pubblicistico, rispetto alla quale si pone, nondimeno, un'esigenza di coerenza di fondo con i principî che consentono e legittimano l'adozione di misure particolarmente afflittive, pur se non di carattere penale.

Il complesso "statuto teleologico" dell'indegnità, quale sintesi tra profili dispositivo e principî fondamentali di proporzionalità e lesività (offensività)

Deriva, da quanto sopra, l'opportunità di delineare uno "statuto" regolatorio dell'istituto dell'indegnità a succedere, che rifletta una adeguata sintesi tra i caratteri connessi alla natura civile della sanzione e la sua funzione essenzialmente punitiva e deterrente, ponendola in armonia con il sistema e al riparo da possibili sindacati di costituzionalità.

Nel provare a delineare tale "statuto", necessariamente complesso e per certi versi trasversale, possono innanzitutto richiamarsi alcune rilevanti implicazioni applicative, in chiave sostanziale e processuale, della natura civile e privatistica della sanzione: la piena operatività del principio dispositivo e della domanda ove l'azione di indegnità sia esperita in sede civile; in parallelo, la non esclusività della giurisdizione penale quand'anche l'indegnità si fondi, in

concreto, su un reato, il cui accertamento in sede penale non costituisce elemento costitutivo; la necessità di verificare in concreto, in sede di azione civile, l'attualità e concretezza dell'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c., con la conseguenza che l'azione non è esperibile prima dell'apertura della successione (46); la prescrizione decennale del diritto a farla pronunciare, unitamente alla natura costitutiva della relativa pronuncia (47); la disponibilità degli effetti dell'indegnità sul piano civilistico (in considerazione dell'istituto della riabilitazione, ove applicabile), fermi restando quelli penali ove la causa di indegnità costituisca anche reato (48).

Meritevole di menzione è anche l'assenza di preclusioni sotto il profilo del *ne bis in idem*, ove il medesimo fatto costituisca contemporaneamente illecito penale, con conseguente irrogazione di sanzioni penali, e causa di indegnità a succedere, nonché l'applicazione delle regole e dei limiti di efficacia della sentenza penale nel giudizio civile (con particolare riguardo alle ipotesi di proscioglimento e assoluzione ex artt. 651-bis e 652 c.p.p., posto che alla condanna in sede penale per i fatti previsti dall'art. 463 c.c. consegue la pronuncia, in quella stessa sede, dell'indegnità).

Infine, se certamente la sanzione deriva da comportamenti riprovevoli imputabili personalmente all'indegno, l'effetto della stessa, nella sua dimensione patrimoniale, si riverbera (quantomeno con riguardo alla quota-parte reclamata dal soggetto che agisca per far valere l'indegnità (49)) sul perimetro di subingresso dei successori dell'indegno: il principio di personalità della sanzione, pur non venendo meno (v. *infra*), incontra così un contemperamento proprio alla luce della natura civile della stessa, con la conseguenza che l'indegnità potrà essere pronunciata anche successivamente alla morte dell'indegno, al fine di escludere dal patrimonio dei suoi eredi i diritti

(46) Quantomeno con riguardo all'azione in sede civilistica: P. Laghi, *op. cit.*, 137, che rammenta che il *de cuius* potrebbe riabilitare l'indegno con disposizione testamentaria.

(47) Dovrebbe invece optarsi per l'imprescrittibilità del diritto ove si acceda alla tesi della natura dichiarativa della sentenza di indegnità: per i distinti riflessi delle due tesi, cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 62.

(48) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 61, ove così si inquadra la distinzione concettuale e sistematica tra indegnità e riabilitazione: "l'indegnità a succedere, dunque, impedisce un acquisto ereditario, tale a titolo testamentario o in base alla successione legittima, che è disapprovato dal comune apprezzamento. Essa sanziona un comportamento immorale e, prima ancora, lo scoraggia (funzione deterrente). La riabilitazione, invece, consente quell'acquisto, senza escludere, intuitivamente, l'irrogazione delle sanzioni penali, occasionate dal comportamento tenuto".

(49) Si discute se l'azione per far valere l'indegnità a succedere sia divisibile, ossia giovi solo al soggetto che la intente, nei limiti della quota di sua spettanza, conservando l'indegno la quota-parte non reclamata dagli altri interessati. Si osserva tuttavia, in argomento, che "ove si muova dall'idea che l'indegnità a succedere sia un'incapacità speciale e la sentenza, che giudica sull'indegnità, abbia natura dichiarativa, dovrebbe escludersi che l'indegno possa conservare la quota-parte dell'eredità non reclamata da altri interessati. Il definitivo accertamento della sua incapacità a succedere, infatti, farebbe venir meno il potere di accettare, o renderebbe assolutamente inefficace l'accettazione compiuta" (così, Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 62-63, ove si chiarisce che nel primo caso l'indegno non potrebbe più succedere, avendo perso la condizione di chiamato all'eredità, mentre nel secondo caso l'acquisto sarebbe solo apparente, perché l'accertamento dell'incapacità farebbe venir meno l'effetto dell'accettazione, risultando il titolare privo del potere di accettare).

che l'indegno avesse acquistato dall'originario *de cuius*, in pregiudizio del quale abbia però operato la declaranda causa di indegnità.

Esaminati i caratteri coerenti con la natura prettamente civile della sanzione, per altro verso, come sopra accennato, la presa d'atto della funzione afflittiva esige che la disciplina dell'indegnità si confronti con quei principî generali dell'ordinamento, di cui lo stesso settore penale (in senso proprio) costituisce applicazione, da cui dipende la legittimità della pretesa punitiva; ciò anche per conseguire un corretto inquadramento della sanzione nel nostro sistema costituzionale.

Non si tratta dunque di applicare direttamente all'indegnità norme o principî penalistici in quanto tali, ma di interpretarne e conformarne la disciplina in modo che risulti coerente con l'esigenza di evitare che sia irrogata una sanzione (grave) senza un'adeguata giustificazione e legittimazione.

L'ottica di analisi funzionale da cui ha preso le mosse la riflessione sulla natura sanzionatoria dell'indegnità, allora, richiede di avere a mente, in primo luogo, i principî di legalità e tassatività, tradizionalmente invocati proprio con riguardo al catalogo di cui all'art. 463 c.c. (come si è visto), e i criterî di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità, a mente dei quali la sanzione non può applicarsi ove risulti eccessiva o comunque irragionevole, all'esito del vaglio di gravità della condotta (50).

Inoltre, pare imprescindibile la verifica della sussistenza in concreto di un legame tra sanzione ed effettiva e apprezzabile lesione del bene giuridico (interesse meritevole) protetto, quale principio generale a sua volta declinato nei vari settori dell'ordinamento: in sede penale, *sub specie* di principio di offensività, in base al quale l'irrogazione della

sanzione si giustifica ove la condotta sia concretamente idonea a ledere, o porre in pericolo, a seconda della struttura della norma incriminatrice, il bene giuridico tutelato; in sede civile, quale principio di tolleranza della lesione minima, a sua volta ricondotto al canone di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. (51).

Infine, pur a fronte del contemperamento di cui poco sopra si è dato conto (52), connota lo "statuto" giuridico dell'indegnità la personalità della sanzione, atteso che l'indegnità non spiega effetti in danno di soggetti diversi dall'indegno, e perciò non preclude l'operatività dei meccanismi devolutorî alla base della vocazione successiva, tra cui la sostituzione testamentaria e, nel caso in cui l'indegno sia figlio, fratello o sorella del *de cuius*, la delazione in via di rappresentazione in favore dei suoi discendenti (53). In definitiva, l'esclusione dalla successione potrà ritenersi conforme ai principî di fondo del sistema, e correttamente inserita nel quadro costituzionale, ove l'accertamento del fatto riveli una specifica anti-giuridicità ed offensività, che renda la sanzione proporzionata e giustificata, al di là dei rimedi legati all'inefficacia della scheda testamentaria falsa, che restano fermi e realizzano, per così dire, la logica ripristinatoria e attuativa delle regole sulla validità del testamento.

L'interpretazione teleologicamente orientata sottesa alle decisioni in commento. Una lettura funzionale dell'antigiuridicità, in chiave di necessarie proporzionalità e lesività

Il principio statuito dalle sentenze in commento appare coerente con le esigenze sopra delineate, laddove, rispondendo al quesito posto nelle pagine

(50) Cfr. Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, in *Cortecostituzionale.it*, secondo cui laddove "la sanzione amministrativa abbia natura 'punitiva', di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicar[la] [...], qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento".

(51) È stato osservato che "esiste un comune principio dell'ordinamento giuridico che si manifesta tanto nel diritto civile quanto nel diritto penale. Nel primo caso, esso impone ai titolari delle situazioni giuridiche di sopportare condotte, senz'altro in grado di creare fastidio o disagio al titolare, ma non tali però - attesa la particolare lievità dell'offesa - da incidere sull'interesse sotteso al diritto e tutelato dall'ordinamento. Nel secondo caso, invece, il richiamato principio induce a ritenere penalmente irrilevanti azioni od omissioni minimamente lesive dei beni giuridici protetti dalle norme penali e a rinunciare, così, all'esercizio della potestà punitiva": A. Musio, *Il principio di tolleranza nel diritto civile*, in *Contr. e impr.*, 2017, 2, 429. È utile menzionare, in argomento, la posizione della Cassazione in materia di danno

non patrimoniale, secondo cui "la portata della violazione va apprezzata dal giudice di merito, in applicazione del principio penalistico di necessaria offensività della concreta condotta ascritta all'autore, nonché, sul piano civilistico, di quello della irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, espressione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., di tolleranza della lesione minima: il che vuol dire che non v'è diritto per cui non operi la regola del bilanciamento, in forza della quale, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva" (Cass. Civ., SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Giur. it.*, 2016).

(52) Comunque incidenti su posizioni *iure hereditatis*, e non *iure proprio*, dei successori dell'indegno.

(53) L'indegnità, pur non integrando (secondo l'opinione prevalente) una causa di incapacità a succedere, integra una impossibilità di acquistare l'eredità o il legato idonea a costituire presupposto oggettivo della vocazione successiva per rappresentazione ex art. 467 c.c.: G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 92 e 64.

che precedono, apre lo spazio alla valutazione di circostanze che, in concreto, sono idonee ad escludere la proporzionalità e giustificazione della sanzione. In tal modo, si evita che l'accertamento della condotta materiale falsificatoria, per come individuata dalla norma, esaurisca di per sé e automaticamente il vaglio del giudice, senza un adeguato confronto con la *ratio* dell'istituto.

Invero, la prova della corrispondenza tra il contenuto della scheda apocrifia e le effettive intenzioni del *de cuius* sul piano oggettivo (nonché del fatto che l'ereditando abbia acconsentito alla redazione o avesse la ferma intenzione di evitare la successione *ab intestato*) non toglie la falsità del testamento, e dunque non esclude che l'atto nel quale la condotta si è sostanziata non possa e non debba essere tale da spiegare effetti regolatori della successione del *de cuius*; nondimeno, l'offesa al bene giuridico, a ben vedere, in questo caso si esaurisce nella difformità rispetto alle forme prescritte dalla legge, senza quell'ulteriore *quid pluris* (normalmente, e in assenza di prova contraria, dato dalla contrarietà del falso rispetto alla volontà del *de cuius*) che ne sostanzia una specifica e qualificata lesività (se si vuole, offensività) rispetto alla libertà testamentaria.

Colui che abbia formato o fatto uso della scheda falsa, allora, non vede l'indegnità quale conseguenza ineluttabile della condotta materiale, ma è ammesso a dimostrare che difetti, in concreto, quel qualificato grado di antigiridicità, essendosi attenuto alla

volontà del *de cuius*, sotto un duplice profilo: (i) "se" disporre per testamento, dovendo essere dimostrata la volontà di non rimettere la propria successione, in tutto o in parte, alla disciplina *ab intestato*; (ii) "come" disporre, con riguardo ai contenuti e all'oggetto delle volontà, e dunque dell'effettiva sistemazione degli interessi *post mortem*. Si osserva, in dottrina, come "l'indegnità a succedere non scaturisca già, automaticamente, dalla falsificazione di una scheda testamentaria o dal consapevole uso della medesima, bensì postuli una sostanziale divergenza tra il contenuto della scheda apocrifia e la vera intenzione del *de cuius*, essendo presupposto della norma, che siasi voluto consumare attentato alla volontà di codesto soggetto" (54).

Il legame con il principio di libertà e autonomia negoziale (del testatore), con particolare riguardo al suo risvolto negativo di divieto di eteronomia (quale principio di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui) (55), diviene così, al tempo stesso e con apprezzabile equilibrio, presupposto e limite della sanzione, in piena coerenza con il sistema testamentario. Da un lato, infatti, lo "statuto" teleologico rispetta la centralità che la tutela dell'effettiva volontà del testatore (nei rapporti con la dichiarazione testuale) riveste sin dalla fase che precede e orienta l'esecuzione delle disposizioni, ossia quella della loro interpretazione in chiave logico-funzionale (56), in coerenza con la causa nel negozio testamentario e con la priorità

(54) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 68; P. Laghi, *op. cit.*, 206, secondo cui "non integra gli estremi previsionali dell'art. 463, n. 6, il semplice fatto della falsificazione o dell'uso di un testamento falso, richiedendosi che tali condotte siano tali da determinare una divergenza tra il contenuto della scheda testamentaria contraffatta e le reali volontà del *de cuius*"; in giurisprudenza, Trib. Latina, Sez. I, 8 maggio 2019, n. 1167, massimata in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Trib. Palermo, Sez. II, 13 luglio 2016, n. 3731, massimata in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(55) Il rapporto tra autonomia negoziale e conflitto di interessi (ritenuto strutturale nella dialettica tra proponente ed accettante) in ambito contrattuale è alla base della interessante decisione con cui le Sezioni Unite dalla Cassazione hanno affermato, in materia fallimentare, il principio per cui sono escluse dal voto sulla proposta di concordato fallimentare e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente il concordato medesimo o che sono da essa controllate o sottoposte a comune controllo. In motivazione si legge, in particolare, che "il tema del conflitto di interessi dei creditori nei concordati di massa è stato oggetto di attenzione in dottrina, rinvenendosi in esso, al pari che nelle assemblee societarie, un terreno privilegiato di verifica della tenuta di un principio cardine del diritto privato, quello dell'autonomia negoziale, vista nel suo risvolto negativo di divieto di eteronomia, ossia quale principio di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui. In tale prospettiva, si è condivisibilmente osservato che l'eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all'approvazione del concordato così come alle

assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell'autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti; sicché il principio (di autonomia) è messo in crisi tutte le volte in cui la scelta della maggioranza sia inquinata in maniera decisiva dalla presenza, in capo a taluno dei suoi componenti, di un conflitto di interessi [...]. Ora, tra chi formula la proposta di concordato (così come, del resto, una qualsiasi proposta contrattuale) e i creditori che tale proposta sono chiamati ad accettare (così come, in genere, i destinatari di una qualsiasi proposta contrattuale) vi è un contrasto di interessi di carattere immanente, coesistente alle loro stesse qualità, essendo l'uno propriamente qualificabile come controparte degli altri: interessato, il primo, a concludere l'accordo con il minor esborso possibile, e gli altri, all'opposto, a massimizzare la soddisfazione dei loro crediti" (Cass. Civ., SS. UU., 28 giugno 2018, n. 17186, in *Foro it.*, 2018, 12, 1, 4020 e in *Giur. it.*, 2018, 11, 2407, con nota di Spiotta).

(56) Sul criterio "logico-funzionale", che si scorge nella giurisprudenza che si è occupata dell'interpretazione delle disposizioni testamentarie - secondo cui "nell'interpretazione del testamento, il giudice di merito, mediante un apprezzamento di fatto incensurabile in cassazione se congruamente motivato, deve accertare, in conformità al principio enunciato dall'art. 1362 c.c., applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria, quale sia stata l'effettiva volontà del testatore, valutando congiuntamente l'elemento letterale e quello logico ed in omaggio al canone di conservazione del testamento": Cass. Civ. 5 marzo 2020, n. 6125, in questa *Rivista*, 2021, 2, 187 ss. -, quale chiave di lettura (non in ottica di contrapposizione) della dichiarazione

della ricerca della “sostanza devolutiva” effettivamente voluta (57); nel contempo, la tutela della libertà testamentaria non esige la sanzione, ove la radicale inefficacia del testamento falso esaurisca la reazione all’antigiuridicità, e dunque alla frustrazione del risultato non si aggiunge una specifica esigenza afflittiva.

La gravità della lesione è peraltro fatta propria, quale criterio di applicazione e determinazione della sanzione, dall’ordinamento privato anche in altri settori, come dimostrano la disciplina del danno ambientale, nonché la scelta di ritenere il danno non patrimoniale risarcibile solo a fronte di illeciti penali o di lesioni di posizioni giuridiche costituzionalmente protette.

Nella cornice appena delineata, si rivela emblematica la pronuncia del Tribunale di Pavia, non giustificandosi la sanzione a fronte di una fattispecie in cui il *de cuius* era a conoscenza della redazione della scheda da parte di Caio e vi aveva fatto acquiescenza, consegnandola al notaio (in busta aperta) insieme allo stesso Caio, e in quella sede assumendosene la paternità: il documento non spiega effetti sulla disciplina della successione, ma colui che lo ha formato non subisce l’indegnità. Di contro, la condotta materiale di falsificazione e uso della scheda conserva la propria peculiare capacità lesiva nel caso affrontato dal Tribunale di Padova, non essendo stata fornita la prova della corrispondenza dei contenuti alla volontà del *de cuius*.

La soluzione accolta dalla giurisprudenza appare in generale opportuna nelle ipotesi di apocrifia (ad esempio relative alla sottoscrizione dimenticata o ritenuta non necessaria dal *de cuius*) ove, come è stato affermato, non escludano la sussistenza del nucleo elementare e imprescindibile della fattispecie “testamento”, ossia una manifestazione di ultima volontà socialmente apprezzabile e rilevante e riferibile all’ereditando, se la volontà sia stata comunque esteriorizzata attraverso una dichiarazione che risulti

a ciò coscientemente ed univocamente destinata, pur se giuridicamente inadeguata ed invalida (58).

Considerazioni (estensive) sul perimetro oggettivo e soggettivo della condotta antigiuridica rilevante. Onere della prova

Sul piano tecnico, l’orientamento fatto proprio dalle sentenze annotate non travalica né innova gli elementi costitutivi dettati dalla norma sull’indegnità (ove si limita a richiamare il comportamento di formare o fare uso di un testamento falso), svolgendo invero una opportuna attività di interpretazione della stessa conforme alla relativa *ratio* e ai principi fondamentali, a mente dell’art. 12 delle Preleggi, assicurandone la concreta funzione e nel contempo ponendola in armonia con il sistema costituzionale. Si conferma dunque che, come sono solite affermare sia la dottrina sia la giurisprudenza, ai fini della configurabilità dell’ipotesi in esame per “testamento” si intende “qualunque documento, formalmente autonomo, contenente disposizioni intese a regolare, anche in parte, la sorte dei diritti del testatore per il tempo successivo alla morte, non essendo necessario che il falso, dal quale derivi l’indegnità a succedere, consista nella formazione di un atto regolante l’intera successione” (59), precisandosi che l’indegnità deve essere predicata anche nel caso in cui la falsificazione abbia riguardato esclusivamente una parte dello stesso, come, a modo di esempio, la data o la formazione di un codicillo (60). Non è di contro indegno colui il quale abbia sorretto o guidato la mano del testatore durante la redazione della scheda, senza coartarne la volontà (61).

Si aggiunge, da una parte degli interpreti, che non implicherebbero indegnità le ipotesi in cui il documento apparentemente testamentario abbia avuto contenuto esclusivamente non patrimoniale, in quanto inidoneo a incidere sulla regolamentazione della successione, ovvero se il testamento falso sia

affidata dal *de cuius* alla scheda, si rinvia a A. Donato, *Principi di autonoma interpretazione del testamento e heredis institutio ex re certa*, commento a Cass. Civ. 5 marzo 2020, n. 6125, in questa *Rivista*, 2021, 2, 199 ss., ove si è avuto modo di riflettere sul collegamento tra dato letterale e criterio logico-funzionale ai fini dell’interpretazione delle disposizioni testamentarie, da valutare nel loro complesso ed anche alla luce di elementi estrinseci, se capaci di chiarire ed esplicitare la lettera della dichiarazione e fare così emergere la volontà del testatore (il tutto sul presupposto dell’autonomia e autosufficienza della disciplina testamentaria anche in punto ermeneutico, muovendo in particolare dalle disposizioni generali di cui agli artt. 587 e 588, commi 1 e 2, c.c., nonché da ulteriori norme interpretative, quali ad esempio quelle affidate agli artt. 625 e 628 c.c., in ragione della loro idoneità ad esprimere e

fondare i principi interpretativi ribaditi dalla giurisprudenza e dalla dottrina).

(57) Cfr. Bonilini, *Dei legati* (artt. 649-673), in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger, dir. da F.D. Busnelli - G. Ponzanelli, Milano, 2020, III ed., 52, ove - menzionando l’art. 588 c.c. - si precisa che “non si è vincolati all’espressione, o alla denominazione, impiegata dal testatore, occorrendo sempre far emergere, al di là dei *verba*, la sostanza devolutiva”.

(58) R. Triola, *op. cit.*, 384.

(59) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 68; P. Laghi, *op. cit.*, 205.

(60) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 68; P. Laghi, *op. cit.*, 205.

(61) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 68.

risultato a sua volta nullo per carenze formali o sostanziali, oppure il *de cuius*, scoperta l'esistenza della scheda falsa, abbia provveduto a revocarla espressamente (62). Si argomenta, al riguardo, che "presupposto applicativo della norma è la falsificazione o l'uso consapevole di un testamento falso al fine di alterare la devoluzione ereditaria dell'ereditando, con lo scopo di trarne un vantaggio patrimoniale con pregiudizio di coloro che avrebbero avuto diritto a prendervi parte in base alle regole della successione legittima ovvero di altro testamento autentico" (63).

Tale ultimo sviluppo interpretativo, a bene vedere, merita alcune precisazioni, laddove si condivide la logica funzionale che guida la disamina e l'applicazione della sanzione di indegnità.

Invero, muovendo dal presupposto per cui la sanzione può essere esclusa solo ove la condotta materiale non esprima, in concreto, quella ulteriore e qualificata antiggiuridicità, *sub specie* di effettiva offesa alla libertà testamentaria del *de cuius*, non sembra coerente escludere l'indegnità ove la scheda testamentaria falsa non abbia contenuto patrimoniale: se infatti è vero che, in questo caso, il falso non sarebbe idoneo ad incidere sulla concreta regolamentazione di rapporti patrimoniali, è nondimeno indubbio che anche le disposizioni non patrimoniali mirino alla sistemazione di interessi *post mortem* (64), partecipando a pieno titolo della causa del negozio testamentario, ed alcune comportando una direzione verso specifici e rilevanti effetti giuridici. Esse, peraltro, possono incidere in maniera molto rilevante sulla sfera morale e giuridica del *de cuius*: si pensi al riconoscimento di un figlio nato fuori del matrimonio, alla designazione di un esecutore testamentario, alla stessa riabilitazione dell'indegno o a disposizioni concernenti i diritti di autore o l'autorizzazione alla pubblicazione di epistolari o memoriali familiari e personali. La redazione o l'uso di una scheda falsa, recante simili disposizioni, appare invero implicare quel profilo di ulteriore antiggiuridicità, sotto forma di offesa alla volontà del *de*

cuius, riguardando a pieno titolo il negozio testamentario, rispetto al quale può e deve essere parametrata la lesione del bene protetto.

Analoghe ragioni inducono, a ben vedere, a ravvisare l'indegnità anche allorché il falso concerna un testamento nullo per altra causa, salva l'ipotesi in cui la causa dell'invalidità sia tale, per la sua evidenza, da escludere qualsiasi idoneità lesiva, anche potenziale, della sfera giuridica e morale del *de cuius* (65).

Non pare, infine, che possa essere introdotto, in assenza di una previsione normativa, un requisito di "dolo specifico", che richieda l'accertamento dell'intenzione di perseguire un vantaggio patrimoniale. Quanto, da ultimo, all'onere della prova, è ragionevole ritenere che la coincidenza del contenuto della scheda con la volontà del *de cuius*, nei termini sopra proposti, non integri uno specifico fatto costitutivo della pretesa, bensì un fatto idoneo ad escludere che il falso (accertato) si caratterizzi in concreto per quella specifica lesività che, normalmente, si ricollega alla falsificazione. Si tratta dunque della dimostrazione di un fatto impeditivo di quella qualificata antiggiuridicità, necessaria per giustificare la sanzione, il cui onere è posto correttamente in capo all'(altrimenti) indegno.

La posizione dell'avente causa a titolo gratuito dell'indegno. Effetti della trascrizione e buona fede

La sentenza del Tribunale di Padova offre anche lo spunto per alcune considerazioni in ordine alla posizione del terzo avente causa, a titolo gratuito, dell'erede (o legatario) poi destinatario della pronuncia di indegnità.

In termini generali, è noto che, secondo la disciplina della petizione di eredità, ossia dell'azione con cui l'erede, previo accertamento di tale qualità, chieda la restituzione dei beni ereditari nei confronti di chiunque ne sia in possesso in un momento successivo all'apertura della successione (66), il "vero" erede

(62) P. Laghi, *op. cit.*, 205-206; A. Natale, *L'indegnità a succedere*, cit., 971. Secondo Cass. Civ. 9 aprile 2008, n. 9274, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, relativa però all'ipotesi di cui al n. 5 dell'art. 463 c.c., l'indegnità presuppone "un comportamento che abbia impedito il realizzarsi delle ultime volontà del 'de cuius' per aver celato un testamento valido ed efficace destinato a regolare la successione; in altri termini, è necessario che tale comportamento abbia inciso sul piano causale sul testamento del 'de cuius', cosicché la successione sia stata regolamentata secondo modalità non conformi alla volontà espressa dal testatore nel testamento celato".

(63) P. Laghi, *op. cit.*, 206. L'Autore riserva analogha considerazione alle ipotesi di soppressione, occultamento e alterazione del testamento, di cui al n. 5 dell'art. 463 c.c. (P. Laghi, *op. cit.*, 203).

(64) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 303.

(65) Può richiamarsi l'orientamento per cui non è indegno chi abbia presentato al notaio una scheda testamentaria che sia una copia precisa e fedele di quella autentica: Cass. Civ. 16 marzo 1946, n. 314, massimata in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(66) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 143. L'Autore ricorda che l'attore in petizione ha l'onere di provare la propria qualità di erede, la morte del dante causa in via successoria e l'appartenenza dei beni all'asse ereditario, non già la proprietà dei beni stessi in capo al *de cuius* e ai suoi danti causa (a differenza della rivendica, con cui condivide l'esperibilità *erga omnes* e lo scopo restitutorio, nonché l'imprescrittibilità, l'azione di petizione poggia dunque sulla qualità di erede, non di

può agire per la restituzione dei beni dell'asse anche verso il terzo avente causa di chi possedeva a titolo di erede o senza titolo (art. 534, comma 1, c.c.); nondimeno, il capoverso dell'art. 534 c.c. fa salvi i diritti che il terzo abbia acquistato, per effetto di convenzioni a titolo oneroso, dall'erede apparente, ossia da chi, al momento dell'atto dispositivo, possedeva in base a circostanze oggettive e univoche, che lo indicavano come successore e lo facevano ragionevolmente ritenere tale dai terzi.

È richiesta la buona fede dell'avente causa al momento dell'acquisto, la cui prova - secondo una regola per un verso in deroga al principio di presunzione della buona fede soggettiva (sotteso all'art. 1147, comma 3, c.c.) e, per altro verso, coerente con la norma sull'adempimento al creditore apparente (art. 1189, comma 1, c.c.) - è demandata al terzo avente causa, che è dunque onerato di dimostrare, per conservare l'acquisto, che l'apparenza del diritto del suo dante causa si fondasse su circostanze tali da indurre in errore un soggetto di media diligenza (67). In tal caso, l'acquisto del terzo è opponibile al vero erede, salvo che - precisa il comma di chiusura dell'art. 534 c.c. - abbia ad oggetto beni immobili o mobili registrati e il relativo atto di acquisto del terzo sia stato trascritto dopo che il vero erede (o legatario) abbia a sua volta trascritto il proprio acquisto successorio o la domanda giudiziale da lui promossa contro l'erede apparente.

La disciplina della petizione di eredità, dunque, tutela la posizione del terzo acquirente solo se egli abbia acquistato a titolo oneroso (e provi la buona fede al momento dell'acquisto) - e non anche se abbia conseguito l'acquisto a titolo gratuito - considerando all'uopo sufficiente che l'acquirente di buona fede a titolo oneroso trascriva con priorità il proprio acquisto. La regola, sul piano teleologico, sottende un bilanciamento particolarmente attento al reale assetto successorio, osservandosi che "la tutela dell'interesse dell'erede, infatti, va subordinata soltanto all'interesse di chi, dall'eventuale inopponibilità dell'acquisto all'erede stesso, riceverebbe un danno, e non anche a quello del soggetto che ne riceverebbe soltanto un mancato arricchimento" (68).

Sulla base della disciplina della petizione di eredità, dunque, l'acquisto a titolo gratuito del terzo recede rispetto all'esigenza di tutela del "vero" erede o legatario; nondimeno ciò non significa che l'avente causa a titolo gratuito dell'erede apparente veda in ogni caso sacrificato il proprio acquisto.

Viene sul punto in considerazione la seconda parte della sentenza del Tribunale di Padova in commento, secondo cui la disciplina di cui all'art. 534 c.c. non esclude che "debba tenersi conto degli effetti delle trascrizioni nei confronti dei terzi e quindi della norma di cui all'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., norma che secondo l'interpretazione preferibile si applica anche agli acquisti a titolo gratuito [...] L'art. 2652, n. 7, cod. civ. - che subordina ad alcune condizioni temporali in ordine alle trascrizioni la tutela del terzo di buona fede acquirente a qualsiasi titolo (nella specie: donazione) di beni dall'erede apparente - non integra l'art. 534 cod. civ., ma regola fattispecie diverse applicandosi all'acquisto a titolo oneroso dall'erede in tutti i casi in cui non si rientra nella *petitio haereditatis*, all'acquisto a titolo gratuito dall'erede apparente ed agli acquisti dal legatario, e inoltre richiede un requisito specifico, consistente nell'inerzia del vero erede per cinque anni, idoneo da solo a giustificare una diversità di disciplina in ordine alla buona fede. Questa nel caso di cui all'art. 534 deve essere provata, mentre si presume nell'ipotesi prevista dall'art. 2652, n. 7, anche con riguardo all'acquirente a titolo gratuito in applicazione del principio generale enunciato dall'art. 1147 cod. civ., identicamente alle ipotesi considerate nei nn. 1, 4, 6 e 9 dello stesso art. 2652 cod. civ."

La regola sulla trascrizione, secondo l'orientamento in esame, viene dunque in soccorso dell'avente causa (anche se) a titolo gratuito, facendone salvo l'acquisto di buona fede, ove per cinque anni dalla trascrizione dell'acquisto *mortis causa* originario non risulti trascritta alcuna domanda del "vero" erede volta a contestarlo (69), e il terzo trascriva il proprio acquisto di buona fede dall'erede apparente prima della trascrizione della domanda con cui si contesti il fondamento dell'acquisto a causa di morte. Si precisa che grava sull'attore l'onere della prova della mala fede del terzo avente causa, in applicazione del principio generale di presunzione della buona fede soggettiva al

proprietario, per cui non è onere dell'attore offrire la *probatio diabólica* di essere proprietario a titolo originario risalendo all'indietro sino a coprire il tempo necessario per l'usucapione (G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 141; cfr. altresì C.M. Bianca, *op. cit.*, 176-177, ove si dà atto dei dubbi circa la qualificazione della *haereditatis petitio* come azione reale).

(67) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 146.

(68) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 146.

(69) Né, secondo l'opinione preferibile, risulti trascritto l'atto di acquisto del vero erede o legatario: v., *infra*, nel presente paragrafo.

momento dell'acquisto, di cui all'art. 1147, comma 3, c.c. (70) (onere che il Tribunale patavino ha ritenuto in concreto non assolto, con conseguente inopponibilità degli effetti della pronuncia di indegnità al terzo avente causa di buona fede, presunta). Non giova inoltre la buona fede se l'ignoranza dipende da colpa grave (art. 1147, comma 2, c.c.).

La soluzione accolta dalla sentenza appare giustificata sul piano sistematico, laddove coglie correttamente la fattispecie complessa disegnata dal legislatore, ossia la mancata azione del "vero" erede (o legatario) per almeno cinque anni a far data dalla trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, unitamente alla buona fede dell'avente causa al momento dell'atto di acquisto e alla priorità della relativa trascrizione rispetto alla successiva domanda dell'erede. Invero, attraverso l'individuazione di un lasso temporale sufficientemente lungo e la rilevanza giuridica di una situazione riferibile alla sfera del soggetto interessato alla restituzione del bene (sotto forma di mancata azione o inerzia durante quel lasso temporale, nonostante le formalità compiute in relazione al titolo *mortis causa*), la norma, in linea con la funzione del regime della trascrizione, risolve il conflitto derivante dalla situazione di apparenza, restituendo adeguata valorizzazione al principio di affidamento e di certezza delle posizioni giuridiche acquisite. In altri termini, il decorso di cinque anni senza trascrizione non rileva quale mera condizione di applicazione della disciplina, ma ne sostanzia la funzione, perché la verifica circa l'assenza di contestazioni fonda l'affidamento dei consociati sul fatto che l'acquisto (anche se a titolo gratuito) da chi appaia erede, se tempestivamente trascritto, non potrà essere inficiato da azioni "tardive" orientate a mettere in discussione quella qualità; così l'affidamento, proprio alla luce dell'inerzia prolungata nel tempo, recupera quella centralità - propria del regime della trascrizione - che è invece affievolita ove si tratti di dare attuazione alla volontà testamentaria e, in genere, alle regole della successione.

Si è autorevolmente parlato di "fattispecie acquisitiva ad efficacia differita", che comprende tanto gli acquisti a titolo oneroso quanto quelli a titolo gratuito e che si perfeziona quando siano decorsi cinque

anni dalla trascrizione dell'acquisto dell'erede (o legatario) apparente (71).

La soluzione accolta dal Tribunale di Padova trova conferma, innanzitutto, nella espressa ampia portata della previsione del n. 7 dell'art. 2652, comma 1, c.c., laddove si riferisce ad acquisiti effettuati dal terzo "a qualunque titolo" da chi appaia erede o legatario, e dal distinto ambito applicativo delle due disposizioni oggetto di raffronto, posto che - come osservato dalla Cassazione, in ottica oggettiva - "solo una ipotesi può, in teoria, rientrare nel campo di applicazione sia dell'art. 534 che dell'art. 2652, n. 7, cod. civ., e cioè la alienazione a titolo oneroso al terzo da parte dell'erede apparente" (72).

Come sopra accennato, è inoltre differente la funzione delle due norme, e dunque il risultato del giudizio di bilanciamento tra gli interessi rilevanti, essendo in tal senso decisivo considerare proprio la rilevanza della sfera giuridica del "vero" erede e il relativo comportamento nel lasso temporale individuato dal legislatore. Del resto, è sotteso ai principi consolidati in materia di rappresentanza apparente che il titolare di un diritto possa vedersi opposte vicende circolatorie o dispositive pur in assenza di un titolo negoziale a lui formalmente attribuibile, ove la situazione di apparenza sia riconducibile, in chiave di "imputabilità" (in senso lato), alla sua stessa sfera giuridica e di controllo, o di disponibilità.

L'autonomo inquadramento, sul piano degli elementi costitutivi e della *ratio*, della norma in materia di trascrizione, nonché il diverso apprezzamento del principio di affidamento e certezza dei diritti *quesiti*, consente anche di spiegare perché non si applichi l'eccezione (prevista dall'art. 534 c.c. in via eccezionale) al principio generale di presunzione della buona fede soggettiva.

La tesi, che vorrebbe a carico del terzo l'onere della prova circa la propria buona fede, è argomentata sull'assunto per cui la deroga al principio della presunzione di buona fede di cui all'art. 534 c.c. andrebbe individuata nella necessità di una tutela particolarmente intensa dello *status* di erede effettivo e dei diritti che ne conseguono nei confronti dei terzi, nonché nella maggiore facilità, in simili situazioni,

(70) Si è chiarito in giurisprudenza che "in caso di acquisto a non domino di cosa mobile non registrata, dalla presunzione, derivante dal principio posto dall'art. 1147 c.c., che l'acquirente sia stato in buona fede, deriva, per colui che intenda contrastare tale presunzione, l'onere di fornire elementi idonei alla formulazione non del mero sospetto di una situazione illegittima, ma di un dubbio derivante da circostanze serie, concrete e non ipotetiche": Cass. Civ. 16 dicembre 2009, n. 26400, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(71) S. Pugliatti, *La trascrizione*, II, *L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1989, 479, secondo cui, nell'ipotesi di cui all'art. 534 c.c., sussisterebbe invece una fattispecie acquisitiva ad efficacia immediata con riguardo al terzo di buona fede avente causa a titolo oneroso dall'erede apparente.

(72) Cass. Civ. 21 marzo 1989, n. 1402, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

per il terzo acquirente, di fornire, attraverso circostanze positive inerenti al proprio acquisto *a non domino*, la prova concreta della propria buona fede; si richiama inoltre l'esigenza di coerenza e simmetria rispetto alla disciplina della petizione di eredità e il fatto che, nella fattispecie in questione, la buona fede è un elemento costitutivo dell'acquisto, come tale rimessa alla prova dall'acquirente che la invoca (73). Tuttavia, come sopra accennato, la rilevanza costitutiva e funzionale dell'inerzia del titolare del diritto per il periodo di cinque anni segna una netta demarcazione tra le due fattispecie, spostando l'equilibrio tra gli interessi tutelati e fondando il legittimo affidamento da parte del terzo avente causa che abbia verificato l'assenza di trascrizioni nel quinquennio, autodeterminandosi di conseguenza. La presunzione non opera sul piano degli elementi costitutivi della fattispecie, bensì della relativa prova; inoltre, l'approdo ermeneutico è coerente con le ulteriori ipotesi considerate nei numeri 1, 4, 6 e 9 dell'art. 2652 c.c., "per le quali non si dubita che la buona fede sia presunta, in conformità ai principi generali, per cui sarebbe piuttosto incomprensibile una diversità di disciplina riferita alla ipotesi considerata nel n. 7" (74).

Merita infine osservare che non convince, di contro, l'orientamento secondo cui l'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c. richiederebbe la priorità della trascrizione del terzo rispetto alla trascrizione della sola domanda del vero erede, e non anche rispetto alla trascrizione dell'atto successorio da cui il vero erede derivi il proprio diritto: invero, tenuto conto della logica sottesa alla disciplina in esame, è ragionevole ritenere che il terzo, per poter opporre il proprio acquisto, abbia l'onere di trascrivere non solo prima della trascrizione della domanda del vero erede, ma anche prima della trascrizione del relativo acquisto in sé considerato (75).

Considerazioni conclusive

Muovendo dall'inquadramento dell'indegnità a succedere quale sanzione civile con funzione essenzialmente afflittiva, è condivisibile l'orientamento che, in caso di formazione o uso consapevole di un testamento falso da

parte del destinatario della delazione, e ferma la radicale inefficacia della scheda sul piano della regolazione della successione, esclude l'indegnità ai sensi dell'art. 463, n. 6, c.c. laddove l'interessato dimostri di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*, in quanto il contenuto della scheda era conforme a quella volontà e risulti provato che il testatore aveva autorizzato quella compilazione, o intendeva procedervi.

L'approdo ermeneutico, senza costituire applicazione estensiva o analogica della norma, consente invero di cogliere i requisiti oggettivi e soggettivi della fattispecie di indegnità in modo che la sanzione - operante su un piano distinto rispetto ai rimedi che presidiano l'attuazione delle norme sulla forma del testamento - possa essere esclusa se la condotta materiale non esprima, in concreto, quella ulteriore e qualificata antigiuridicità, *sub specie* di effettiva offesa alla libertà testamentaria del *de cuius*, che è necessaria per giustificare l'intervento afflittivo dell'ordinamento, in conformità ai principi generali, applicabili anche alle sanzioni civili, di proporzionalità, ragionevolezza e concreta lesività, in rapporto al bene giuridico tutelato, ossia alla libertà testamentaria.

Quanto alla posizione del terzo avente causa a titolo gratuito dell'indegno, è condivisibile l'orientamento che ritiene applicabile l'art. 2652, comma 1, n. 7, c.c., in quanto idoneo a cogliere correttamente la fattispecie complessa disegnata dal legislatore, ossia la mancata azione del "vero" erede (o legatario) per almeno cinque anni a far data dalla trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, unitamente alla buona fede dell'avente causa al momento dell'atto di acquisto e alla priorità della relativa trascrizione rispetto alla successiva domanda dell'erede. In tal modo, attribuendo rilevanza giuridica a una situazione riferibile alla sfera del soggetto interessato alla restituzione del bene (sotto forma di mancata azione o inerzia durante quel lasso temporale, nonostante le formalità compiute in relazione al titolo *mortis causa*), il conflitto derivante dalla situazione di apparenza viene risolto restituendo adeguata valorizzazione al principio di affidamento e di certezza delle posizioni giuridiche *questite*.

(73) Gli argomenti a favore dell'applicazione, anche all'ipotesi di cui all'art. 2652, comma 1, n. 7, della deroga al principio di presunzione della buona fede soggettiva sono sviluppati da Cass. Civ. 15 marzo 1980, n. 1741, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1911, secondo cui non sarebbe concepibile - a meno di non voler accusare il legislatore di assoluta incoerenza - che due norme del codice civile che (benché situate materialmente in collocazione diversa) disciplinando un istituto identico (l'erede apparente e la situazione dei terzi che dallo stesso abbiano acquistato beni facenti parte dell'eredità), assumano dell'istituto stesso configurazioni diverse. Si aggiunge che, a ben vedere, l'art. 2652, n. 7, c.c. non farebbe altro

che maggiormente specificare, in relazione ad un problema particolare, la disciplina generale dei terzi avente causa dall'erede apparente già contenuta - nelle linee generali - nell'art. 534 c.c., e ciò sarebbe confermato dal fatto che l'art. 2652, n. 7, c.c. contiene un espresso richiamo all'art. 534 c.c., di cui fa salve (tenendone ferme) le disposizioni, in tutte le loro implicazioni e conseguenze.

(74) Cass. Civ. 21 marzo 1989, n. 1402, *Ibidem*.

(75) In questo senso, in P. Cendon (a cura di), *Artt. 2643-2696-Trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, 503.

Osservatorio di giurisprudenza civile

a cura di Antonella Batà

SEPARAZIONE DEI CONIUGI

AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI

Cassazione Civile, Sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 28676, ord.

La decisione con la quale l'autorità giudiziaria dispone l'affidamento del minore ai servizi sociali rientra nei provvedimenti nell'interesse del minore, di cui all'art. 333 c.c., in quanto diretta a superare la condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i genitori senza dar luogo alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c.

Il caso

In un giudizio di separazione dei coniugi G e B, la Corte d'Appello conferma le statuizioni del Tribunale, che ha respinto la domanda di addebito della separazione proposta dalla moglie, le reciproche domande di assegnazione della casa familiare, ha sospeso la responsabilità genitoriale della G e del B (prescrivendo ad entrambi i coniugi la prosecuzione del loro trattamento psicoterapeutico) e ha affidato i 2 figli minori X e Y ai servizi sociali del Comune, disponendo un regime semiresidenziale e differenziato per entrambi consistente nella permanenza diurna di entrambi i figli presso la struttura di accoglienza indicata dai servizi sociali e nella residenza parziale, per il restante tempo dei giorni infrasettimanali e per i giorni del fine settimana, del maggiore X presso la madre e del minore Y presso il padre. I giudici di merito motivano la decisione evidenziando, da un lato, l'insopprimibile esigenza dei due fratelli di crescere e frequentarsi in tutta serenità in un luogo non contaminato dall'enorme conflittualità dei genitori e, dall'altro, la necessità di evitare che Y, al pari di quanto accaduto per l'altro figlio X, a causa del comportamento della madre, potesse rifiutare nel tempo la relazione con il padre. La Corte d'Appello sottolinea anche che la sospensione dalla responsabilità genitoriale si giustifica a causa di una persistente e a tratti violenta condotta conflittuale inidonea a garantire ai figli una corretta crescita, comunque come misura transitoria nell'aspettativa di un recupero delle capacità genitoriali e del superamento del rapporto conflittuale.

La G propone allora ricorso per cassazione, lamentando, tra l'altro, la violazione dell'art. 8 CEDU, e dell'art. 9, L. n. 176/1991, essendo stata disposta la separazione dei fratelli in violazione del diritto di fratellanza dei minori di crescere e vivere insieme.

La soluzione della Corte di cassazione e i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. rigetta il ricorso, ritenendo che l'interpretazione seguita dalla Corte d'Appello - sia in materia di affidamento dei fratelli nelle situazioni di rottura conflittuale del legame coniugale dei genitori sia in materia di

limitazione della responsabilità genitoriale per effetto di gravi comportamenti lesivi del processo di crescita e di formazione della personalità dei minori - non appare affatto smentire i principi fondamentali affermati dal legislatore e dalla giurisprudenza europea e nazionale.

La questione dell'affidamento della prole è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice di merito, il quale, ove dia sufficientemente conto delle ragioni della decisione adottata, esprime un apprezzamento di fatto non suscettibile di censura in sede di legittimità (cfr. Cass. Civ. 4 novembre 2019, n. 28244, in *Guida dir.*, 2020, 5, 38, con nota di Finotti). Nel caso di specie, i giudici hanno ampiamente e correttamente motivato la ritenuta inidoneità, allo stato, di entrambi i genitori a esercitare pienamente la responsabilità genitoriale e ha correttamente ed espressamente seguito la giurisprudenza in tema di affidamento temporaneo ai servizi sociali, diretto a superare la condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i genitori senza dar luogo alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale; tale provvedimento ha natura di atto di giurisdizione non contenziosa e, anche quando non sia previsto un termine finale dell'affidamento, è privo del carattere della definitività, risultando sempre revocabile e reclamabile, secondo il disposto di cui all'art. 333, comma 2, c.c. (Cass. Civ. 10 dicembre 2018, n. 31902, in questa *Rivista*, 2019, 250, con nota di Danovi).

Con riguardo alla lamentata separazione dei due fratelli, come conseguenza della separazione dei genitori, e pertanto come decisione lesiva del principio di indivisibilità del rapporto di fratellanza, la S.C. osserva che né l'affidamento ai servizi sociali né la fissazione della residenza dei minori e il regime di frequentazione sono stati regolati dalla Corte d'Appello ponendo in essere una ingiustificata separazione delle vite dei due minori, in quanto la decisione mira proprio ad impedire una separazione radicale dei due fratelli, prevedendo una comune residenza diurna presso la struttura di accoglienza che garantisca la possibilità di una loro frequentazione al di fuori del clima familiare conflittuale e disturbante posto in essere dai genitori. Pertanto, lungi dal rappresentare una decisione irrispettosa dell'importanza del rapporto affettivo ed esistenziale fra i due fratelli, la Corte ritiene che la decisione emessa dalla Corte di appello sia stata ispirata e abbia perseguito concretamente, in una situazione di grave difficoltà per i minori, proprio l'obiettivo della preservazione di un loro rapporto significativo e autonomo dalla pervasiva conflittualità genitoriale. Inoltre, la decisione è coerente, per ciò che concerne la preservazione del rapporto dei due minori con i loro genitori, con la giurisprudenza di legittimità secondo cui la frequentazione, del tutto paritaria, tra genitore e figlio (che si accompagna al regime di affidamento condiviso) ha natura tendenziale ben potendo il giudice di merito individuare, nell'interesse del minore, senza che possa predicarsi alcuna lesione del diritto alla bigenitorialità, un assetto che se ne discosti, al fine di assicurare al minore stesso la situazione più confacente al suo

benessere e alla sua crescita armoniosa e serena (Cass. Civ. 14 febbraio 2022, n. 4790; Cass. Civ. 17 settembre 2020, n. 19323).

ASSEGNO DI MANTENIMENTO

Cassazione Civile, Sez. VI, 12 ottobre 2022, n. 29865, ord.

In tema di separazione personale dei coniugi, la convivenza stabile e continuativa, intrapresa con altra persona, è suscettibile di comportare la cessazione o l'interruzione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento che grava sull'altro, dovendosi presumere che le disponibilità economiche di ciascuno dei conviventi "more uxorio" siano messe in comune nell'interesse del nuovo nucleo familiare; resta salva, peraltro, la facoltà del coniuge richiedente l'assegno di provare che la convivenza di fatto non influisce in melius sulle proprie condizioni economiche e che i propri redditi rimangono inadeguati.

Il caso

In un giudizio di separazione dei coniugi B e Z, a seguito della sentenza di cassazione con rinvio, la Corte d'Appello conferma la decisione di primo grado che pone a carico del marito un assegno di mantenimento a favore del coniuge nella misura di euro 1,250 mensili. I giudici di merito, in relazione all'unico profilo in contestazione, ossia la debenza dell'assegno, ritengono che, pur essendo emerso dall'istruttoria che la B aveva avuto una relazione con convivenza con F, dalla quale era nata una figlia, non vi era prova che si fosse trattato di una convivenza *more uxorio*, connotata da stabilità, continuità e progettualità, e che F contribuiva economicamente alle esigenze della donna.

Z propone allora ricorso per cassazione.

La soluzione della Corte di cassazione e i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. accoglie il ricorso. A tal fine rileva come nella sentenza di rinvio (Cass. Civ. 27 giugno 2018, n. 16982), che ha cassato la pronuncia di appello per mancata ammissione della prova orale volta a dimostrare la convivenza stabile e continuativa instaurata dalla B, i giudici di legittimità hanno precisato che il diritto all'assegno di mantenimento può essere negato o eliminato se il coniuge debitore (convenuto nel giudizio per l'attribuzione dell'assegno o attore in quello per l'eliminazione o la revisione dello stesso) dimostri che l'altro coniuge abbia instaurato una convivenza *more uxorio* con altra persona che assuma i caratteri della stabilità, continuità ed effettiva progettualità di vita, presumendosi in tal caso che le disponibilità economiche di ciascun convivente siano messe in comune nell'interesse del nuovo nucleo familiare.

In sostanza, la convivenza stabile e continuativa con altra persona deve ragionevolmente assumersi come fattore la cui prova è a carico del coniuge che si oppone all'attribuzione dell'assegno, trattandosi di un fatto potenzialmente impeditivo o estintivo del diritto azionato - che fa presumere la cessazione o l'interruzione dell'obbligo di mantenimento, salva la facoltà per il coniuge richiedente l'assegno di allegare e dimostrare, anche in via presuntiva, che quella convivenza non influisca *in melius* sulle proprie condizioni economiche, restando i suoi redditi complessivamente inadeguati a fargli conservare tendenzialmente il

tenore di vita coniugale (in argomento, cfr. Cass. Civ., SS. UU., 5 novembre 2021, n. 32198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1390, con nota di Quadri, in *Foro it.*, 2022, I, 179, con nota di Casaburi).

Nel caso di specie, la sentenza di rinvio impugnata, con motivazione contraddittoria ed illogica, pur dando atto delle contrarie risultanze istruttorie, si limita ad affermare la mancanza di prova in ordine al fatto che la B avesse tratto benefici economici dalla convivenza con F, sulla base delle dichiarazioni di quest'ultimo.

SUCCESSIONI

TESTAMENTO OLOGRAFO

Tribunale di Sassari 26 luglio 2022, n. 806

La validità del testamento olografo esige, ai sensi dell'art. 602 c.c. l'autografia non solo della sottoscrizione ma anche della data e del testo del documento, ad escludere l'olografia essendo sufficiente ogni intervento di terzi, indipendentemente dal tipo e dall'entità.

Il caso

Nel 2008 A redige un testamento pubblico con rogito notarile con cui istituisce erede universale la sorella G; in quella sede la A dichiara di essere analfabeta e di essere capace di apporre solamente la propria firma.

Nel 2017, a seguito della morte della A, viene pubblicato un testamento olografo apparentemente redatto dalla defunta nel 2009, con il quale veniva nominata erede universale la B e revocato il precedente testamento.

G allora conviene in giudizio la B per accertare la nullità del testamento olografo per difetto di forma ai sensi dell'art. 606 c.c., in quanto apocrifo sia nella autografia che nella sottoscrizione, deducendo che la scheda testamentaria olografa non potesse essere stata scritta di pugno della testatrice in quanto analfabeta, come dalla stessa dichiarato dinanzi al notaio nel precedente testamento pubblico; chiede, quindi, la declaratoria di apertura della successione testamentaria o in subordine *ab intestato* in proprio favore e la condanna della convenuta alla restituzione dell'immobile della *de cuius* detenuto *sine titulo*.

La B si costituisce nel giudizio sostenendo che la A si era determinata alla revoca del testamento precedentemente reso in favore della sorella a seguito di varie vicissitudini con la famiglia d'origine, disinteressatisi di lei nonostante, nel testamento in favore della G la A avesse espressamente inserito che avrebbe dovuto assisterla fino alla morte; aggiunge che in quegli anni aveva conosciuto e frequentato costantemente la A, divenendone l'unico vero punto di riferimento e rimanendole sempre accanto, anche a seguito del suo ricovero presso una struttura protetta, e precisa che, dietro espresso desiderio della A, le aveva insegnato a leggere e scrivere.

Istruita la causa mediante produzioni documentali, consulenza tecnica d'ufficio (al fine di valutare l'autenticità e dunque, la riferibilità alla testatrice del testamento olografo) e prova per testimoni, viene rimessa al Collegio per la decisione.

La soluzione del Tribunale ed i collegamenti giurisprudenziali

Il Tribunale accoglie la domanda. A tal fine rileva come la consulenza tecnica d'ufficio - ritenuta utilizzabile per

fondare la decisione in quanto analitica e frutto di approfonditi esami strumentali e comparativi - abbia concluso sia per il difetto di autografia che per il difetto di sottoscrizione in ordine alla scheda testamentaria impugnata, affermando come appaia alquanto improbabile che la *de cuius* - che aveva dichiarato di essere analfabeta durante la redazione del primo testamento pubblico - avesse sviluppato, alla data della redazione del testamento olografo, competenze ed abilità scritturali tali da poter redigere in forma autonoma e consapevole una scrittura testamentaria organizzata, finalizzata e corretta sotto il profilo ortografico e lessicale.

Secondo il collegio, quindi, tale testamento risulta essere redatto in violazione delle prescrizioni stabilite dall'art. 602, comma 1, c.c., con conseguente integrazione della causa di nullità espressamente prevista dall'art. 606 c.c. il quale la prevede, tra gli altri casi, quando "manca l'autografia o la sottoscrizione"; ipotesi di nullità la cui *ratio* è chiaramente rinvenibile nella necessità di preservare la genuina volontà del testatore. Ricorda, inoltre, come, per giurisprudenza costante, anche una meno grave "guida della mano" da parte di terzi integra la carenza di autografia; infatti, la guida della mano del testatore da parte di una terza persona esclude, di per sé, il requisito dell'autografia, indispensabile per la validità del testamento olografo, a nulla rilevando l'eventuale corrispondenza del contenuto della scheda rispetto alla volontà del testatore ed essendo ultroneo verificare se la "mano guidante" sia intervenuta su tutta la scheda testamentaria, trattandosi di condotta in ogni caso idonea ad alterare la personalità ed abitudine del gesto scrittorio (cfr. Cass. Civ. 6 marzo 2017, n. 5505, ord., in *Corr. giur.*, 2018, 502, con nota di Cabiddu; Cass. Civ. 6 novembre 2013, n. 24882, ord., in *Riv. not.*, 2014, II, 601, con nota di Musolino; cfr. anche Cass. Civ. 10 settembre 2013, n. 20703, in *Giur. it.*, 2013, 1979, in *Riv. not.*, 2014, II, 779, con nota di Musolino; Cass. Civ. 7 luglio 2004, n. 12458, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2941, in *Vita not.*, 2004, I, 1596, in *Riv. not.*, 2005, II, 395; Cass. Civ. 17 marzo 1993, n. 3163, in *Vita not.*, 1993, I, 1450, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1956, con nota di D'Aliberti).

La pronuncia di nullità assorbe quella relativa all'annullamento proposta dall'attrice in via subordinata, deducendo a sostegno un vizio/errore nel consenso. Infatti, non incorre nel difetto di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., il giudice che, in presenza di una domanda che deduce l'invalidità di un testamento olografo sia per incapacità del testatore, sia per la falsità dell'atto, dichiara la nullità dello stesso, avendo accertato la mancanza dell'autografia ed avendo ritenuto assorbente tale causa di nullità rispetto a quella di annullamento per difetto di capacità, in quanto la nullità, quale forma più grave di invalidità, comprende, nell'ambito del *petitum*, le ragioni dell'annullamento, e la decisione della domanda assorbente, comportando una tutela più piena, rende superflua la pronuncia sulla domanda assorbita, ormai non sorretta da alcun concreto interesse (cfr. Cass. Civ. 21 maggio 2013, n. 12473).

Per l'effetto della dichiarata nullità del testamento olografo, viene anche dichiarata aperta la successione testamentaria della A in forza del testamento pubblico del 2008. Il Tribunale accoglie anche la domanda di condanna della convenuta alla restituzione dell'immobile facente parte dell'asse ereditario, in quanto il possesso dell'immobile da parte della B costituisce circostanza di fatto non specificamente contestata e pertanto provata, risultando così pienamente assolto l'onere della prova gravante sull'erede; infatti, poiché la petizione dell'eredità - che è un'azione reale diretta a conseguire il rilascio dei beni

compresi nell'asse ereditario al momento dell'apertura della successione da chi li possiede senza titolo o in base a titolo successorio che non gli compete - presuppone l'accertamento della qualità di erede dell'attore, questi può limitarsi ad offrire la prova della sua qualità ereditaria o dei diritti che gli spettano *iure hereditario*, qualora siano contestati (cfr. Cass. Civ. 19 marzo 2021, n. 7871, ord.; Cass. Civ. 16 gennaio 2009, n. 1074; Cass. Civ. 15 marzo 2004, n. 5252, in *Corr. giur.*, 2004, 1602, con nota di Todorova, in *Riv. not.*, 2005, II, 190).

LESIONE DELLA QUOTA DI LEGITTIMA

Corte d'Appello di Bari 24 agosto 2022, n. 1255

Il legittimario leso può rinunciare all'azione di riduzione delle disposizioni lesive della sua quota di riserva, anche tacitamente, purché in base ad un comportamento inequivoco e concludente.

Il caso

A seguito del decesso della sig.ra P vengono chiamati in successione i suoi figli, rappresentati da N, V e altri 4 fratelli, nonché dai figli delle due sorelle premorte. Nell'asse ereditario, al momento del decesso, residuano due appezzamenti di terreno, in quanto in vita la madre aveva donato al figlio V la piena ed esclusiva proprietà di un fabbricato e del terreno pertinenziale.

N conviene in giudizio il fratello V ritenendo che, per effetto della donazione fatta al convenuto, si sia verificata la lesione della propria quota di legittima, chiedendo, di conseguenza, la reintegrazione della quota da attuarsi mediante la riduzione della donazione immobiliare fatta al convenuto fino alla concorrenza del diritto leso, da eseguirsi mediante la separazione dall'immobile donato della parte occorrente per integrare la quota riservata o compensando in denaro il legittimario.

V si costituisce eccependo in via preliminare l'improponibilità della domanda per rinuncia al diritto di promuovere l'azione di riduzione fatta dall'attore; rileva, poi, nel merito, che l'attore che non ha tenuto conto dell'effettivo valore dei beni al momento della donazione, delle spese sostenute per la loro agibilità e per le migliori varie apporti, nonché dei crediti vantati *pro quota* nei confronti dell'attore per le spese di assistenza sostenute in favore della defunta.

Il Tribunale accoglie la domanda, disponendo la riduzione della donazione fatta al convenuto e condannando il convenuto al pagamento in favore dell'attore originario della somma corrispondente alla sua quota di legittima.

V propone allora appello, ribadendo le eccezioni già formulate.

La soluzione della Corte d'Appello e i collegamenti giurisprudenziali

La Corte d'Appello rigetta l'impugnazione e conferma la sentenza di primo grado.

In particolare, V contesta la decisione impugnata nella parte in cui ha ritenuto non sussistente la rinuncia all'azione di riduzione fatta da N, deducendo che il primo giudice non avrebbe tenuto in debito conto istruttorio né la prova testimoniale assunta, né la dichiarazione contenuta in una raccomandata regolarmente allegata agli atti. A tale proposito la Corte precisa che con l'apertura della successione gli eredi acquisiscono nel proprio patrimonio i beni facenti parte dell'eredità che, nel caso di eredi necessari, dovrà comprendere, ai sensi dell'art. 556 c.c., anche quanto donato in vita ai fini della verifica del rispetto

del limite della quota di legittima spettante a ciascuno di loro.

L'atto di rinuncia, avente natura meramente abdicativa, riguardando la dismissione della proprietà di beni immobili già acquisiti al patrimonio del rinunziante deve rispettare, ai sensi dell'art. 1350 c.c., l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, requisito, questo, non soddisfatto dalla dichiarazione resa oralmente dal testimone.

Quanto al secondo aspetto della censura, il collegio osserva che il documento prodotto è rappresentato dalla dichiarazione sottoscritta da N, apposta in calce alla raccomandata, di accettazione dell'accordo sopra trascritto avente come scopo di definire transattivamente tra i coeredi, mediante reciproche rinunce, le controversie di natura successoria, in modo tale da poter beneficiare, con il c.d. "ravvedimento operoso", della riduzione delle sanzioni previste per il caso di tardivo pagamento delle imposte e delle tasse di successione. L'accordo prevedeva anche che ciascuno degli eredi esprimesse la volontà di rinunciare in maniera chiara ed irrevocabile. Ma non è stata esibita alcuna documentazione che dimostri che l'accordo in questione sia stato poi perfezionato per cui, secondo la Corte, correttamente il Tribunale ha ritenuto che la dichiarazione resa dall'attore non potesse, in quanto avulsa e decontestualizzata dal tenore generale del documento, essere isolatamente considerata sufficiente a radicare l'avvenuta rinuncia all'azione di riduzione poi intentata da N, dovendo la dichiarazione medesima esplicitare con pienezza i propri effetti solo all'interno del generale atto transattivo nel momento nel quale lo stesso si fosse perfezionato.

È, infatti, pacificamente accolto dalla giurisprudenza in materia ereditaria il principio - analogicamente applicabile anche agli atti di dismissione - per cui sono privi di rilevanza tutti quegli atti che, attesa la loro natura e finalità, non sono idonei ad esprimere in modo certo l'intenzione univoca di assunzione della qualità di erede, quali la

denuncia di successione, il pagamento delle relative imposte, la richiesta di registrazione del testamento e la sua trascrizione. Infatti, trattandosi di adempimenti di prevalente contenuto fiscale, caratterizzati da scopi conservativi, il giudice del merito, a cui compete il relativo accertamento, può legittimamente escludere, con riferimento ad essi, il proposito di accettare l'eredità; peraltro, siffatto accertamento non può limitarsi all'esecuzione di tali incombenze, ma deve estendersi al complessivo comportamento dell'erede potenziale ed all'eventuale possesso e gestione anche solo parziale dell'eredità (cfr. Cass. Civ. 19 febbraio 2019, n. 4843; Cass. Civ. 28 agosto 1986, n. 5275).

Analogamente, non può essere ritenuto inequivoco e concludente il comportamento tenuto dall'appellato per le finalità dedotte dalla parte appellante, in quanto, morto il *de cuius*, il legittimario leso può rinunciare all'azione di riduzione delle disposizioni lesive della sua quota di riserva, ma è necessario, a tal fine, che egli manifesti positivamente la volontà di rinunciare al suo diritto di conseguire l'integrazione spettantegli. Ove manchi una rinuncia espressa in tal senso, si può giungere a ritenere l'esistenza di una rinuncia tacita solo in base ad un comportamento inequivoco e concludente del soggetto interessato, che sia incompatibile con la volontà di far valere il diritto alla reintegrazione (cfr. Cass. Civ. 3 settembre 2013, n. 20143; Cass. Civ. 21 maggio 2012, n. 8001, per la quale l'adesione della legittimaria ad un accordo transattivo intercorso fra le parti del procedimento di divisione giudiziale del bene in contesa esprime inequivocamente la sua volontà di rinunciare a far valere il diritto alla reintegrazione della quota di eredità riservata per legge; Cass. Civ. 7 maggio 1987, n. 4230, la quale esclude che possa ravvisarsi rinuncia tacita all'azione di riduzione nel fatto che i legittimari avevano chiesto la divisione giudiziale dei beni caduti nella successione).

AGENDA LEGALE 2023

2023
AGENDA LEGALE

La tua agenda
per annotare
**udienze, pratiche
e scadenze.**

 Wolters Kluwer

Acquistando l'**Agenda Legale 2023**,
potrai **iscriverti gratuitamente** a **Elenco
Avvocati Altalex**, il primo sito italiano
per i professionisti legali.

Y79N1BN

 www.shopwki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

Divieto di maternità surrogata

Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite

di Arnaldo Morace Pinelli (*)

L'Autore illustra le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata. A suo avviso, la giusta esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita si realizza, allo stato, attraverso l'adozione particolare da parte del genitore d'intenzione. Spetta alla giurisprudenza sciogliere, in via ermeneutica, quei nodi che rendono l'istituto dell'adozione particolare ancora carente, come, ad esempio, la previsione della necessità dell'assenso del genitore biologico all'adozione (art. 46 l. adoz.), che potrebbe mancare in caso di crisi della coppia committente.

1. Premessa

Il tema della maternità surrogata pone due questioni, distinte tra loro, che spesso vengono confuse, ossia quella della illiceità della peculiare tecnica procreativa e quella della salvaguardia di colui che nasce ricorrendo ad essa, che non ha colpa della violazione del divieto ed è "bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro", benché il legislatore, in questa materia, si sia limitato a vietare e sanzionare, mentre "avrebbe dovuto... regolare la sorte del nato malgrado il divieto" (1). La L. n. 40/2004, infatti, tace al riguardo.

Come cercheremo di dire, tuttavia, questa giusta esigenza di tutela del minore non implica in alcun modo il superamento, diretto o indiretto, del divieto di maternità surrogata, ripetutamente

affermato dalla Corte costituzionale e della Sezioni Unite della Corte di cassazione.

2. Le ragioni del divieto. La maternità surrogata instaura sulla vita del bambino e della gestante un inammissibile potere privato di controllo

La maternità surrogata si fonda su un contratto "con il quale una donna si presta ad essere fecondata artificialmente, per poi consegnare alla coppia committente il nato", contratto che, nel nostro ordinamento, non solo è vietato ma anche penalmente sanzionato (art. 12, n. 6, L. n. 40/2004) (2), in quanto - come è stato recentemente ribadito della Corte Costituzionale - "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in G. Oppo, *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 49 ss.

(2) F. Gazzoni, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in www.personaedanno.it.

Osserva C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, 445, che siffatto contratto è certamente invalido: "del concepito non si può infatti disporre già per l'assorbente rilievo che qui l'atto dispositivo avrebbe ad oggetto il futuro stato familiare del nascituro".

relazioni umane” (3), “assecondando un’inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale” (4).

La contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata, ostativa al riconoscimento e alla trascrizione nei registri dello stato civile in Italia dei provvedimenti che attribuiscono lo *status filiationis*, nel caso in cui la coppia sia ricorsa a tale pratica di p.m.a. all’estero, non riposa soltanto nell’art. 12, L. n. 40/2004, che introduce il reato di intermediazione commerciale in tale materia, ma affonda radici profonde nel diritto civile (5), come dimostra il fatto che dottrina e giurisprudenza predicavano l’invalidità degli accordi di maternità surrogata ben prima dell’entrata in vigore della L. n. 40/2004 (6).

Sintetizzando al massimo, la maternità surrogata instaura sulla vita del bambino e della gestante un inammissibile potere privato di controllo. Essa si fonda su un contratto con cui si dispone di diritti inviolabili, efficace nei confronti di un soggetto estraneo all’accordo e vulnerabile: il nascituro. Il rapporto di filiazione origina da un contratto, sul presupposto che l’autodeterminazione procreativa dei committenti sia sufficiente a costituire lo *status* (7).

Il rilievo giuridico che si pretende di attribuire al progetto genitoriale dei committenti implica, necessariamente, l’assorbimento dell’interesse del figlio in quello dei genitori. Del resto proprio questo finisce per affermare quella parte della giurisprudenza che, in questi casi, fa coincidere il preminente interesse del minore con la conservazione dello *status filiationis*, in qualsiasi modo acquisito all’estero (8). Dalla condivisibile premessa che le conseguenze della

“violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 - imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia - non possono ricadere su chi è nato”, si fa discendere, alla stregua di un corollario, il principio per cui l’interesse del minore sarebbe tutelato attraverso un automatismo, ossia mediante il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia del provvedimento che attribuisce lo *status filiationis*, validamente formato all’estero, indipendentemente dal fatto che i genitori siano ricorsi ad una pratica di p.m.a. vietata in Italia (9). Agitando la formula del *the best interest of the child* - di cui non si è mancato di sottolineare l’ontologica vaghezza (10) -, si finisce con l’ammettere la surrogazione di maternità (11), seppure circoscrivendo la mercificazione ai corpi di donne straniere e, soprattutto, si legittimano *ex post* le scelte degli adulti, al di fuori di qualsiasi valutazione in concreto dell’effettivo interesse del minore nato dalla pratica illecita (12).

A ben vedere, dunque, la maternità surrogata postula un controllo proprietario dell’esistenza. L’accordo di surrogazione “ha come prestazione caratterizzante la generazione di un essere umano dotato di certe proprietà fisiche (costituzione genetica) e giuridiche (stato filiale) e come scopo la costituzione, modificazione estinzione di diritti e doveri genitoriali” (13). Da questo punto di vista, l’invalidità dell’accordo sussiste indipendentemente dal fatto che esso sia stipulato a titolo oneroso o a titolo gratuito.

Questo potere degli adulti (i committenti) sulla vita del bambino (e della gestante) si pone in aperto conflitto con il diritto contemporaneo della filiazione, che procede in una direzione opposta, ossia quella del controllo del potere dei genitori sui

(3) Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79, in questa *Rivista*, 2022, 10, 897 ss., con nota di M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell’adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*; Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Famiglia*, 2021, 391, con nota di A. Morace Pinelli, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata*; Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 5.

(4) Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79, cit., che richiama Corte Cost. 8 marzo 2021, n. 33, cit. M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, 382, parla “di una tecnica barbara e spesso strumento di sfruttamento della povertà”.

(5) Cfr. il bellissimo saggio di V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell’infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 479 ss.

(6) M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 203 ss., il quale già riteneva tali accordi contrari alla legge, all’ordine pubblico ed al buon costume anche qualora privi di corrispettivo. Cfr. anche Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 192 ss.

(7) Cfr. V. Calderai, *Ordine pubblico*, cit., 481 ss.

(8) Cass. Civ. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, 3329, che pone in luce come “il principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell’interesse superiore del minore... si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all’estero”.

(9) Cass. Civ. 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

(10) M. Bianca, *Prefazione*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Roma, 2021, XV ss.

(11) App. Trento 23 febbraio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 1034.

(12) Critica G. Recinto, *Le pericolose oscillazioni della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, in questa *Rivista*, 2021, 1009 ss., la “prospettiva apparentemente minoritaria di numerose decisioni, che, viceversa, ad una più attenta riflessione, disvelano una logica prettamente adultocentrica”. Secondo tale autore, proprio con riguardo al tema della maternità surrogata, occorre evitare che “attraverso l’apparente protezione del minore e della gestante si realizzi, invece, soltanto l’egoistica protezione dell’aspirazione dei committenti a divenire genitori ad ogni costo”.

(13) V. Calderai, *Ordine pubblico*, cit., 495.

figli (14). L'autonomia privata si espande nei rapporti simmetrici [all'ampia facoltà di scelta degli adulti tra i modelli di convivenza (matrimonio, unioni civili, convivenze regolate dal diritto, mere convivenze eterologhe o omoaffettive), si affianca una significativa libertà nella determinazione di diritti e doveri e nello scioglimento del rapporto], mentre i rapporti tra figli e genitori sono presidiati da norme inderogabili e dal rilievo che assume lo *status filiationis*, inteso quale sintesi di situazioni giuridiche indisponibili ai privati (15).

La riforma Bianca sulla filiazione del 2012 proietta definitivamente l'ordinamento sulla persona del minore. Il nuovo art. 315-bis c.c. enuncia lo statuto dei diritti fondamentali del figlio come persona, mentre in passato "la posizione giuridica del figlio veniva identificata solo relativamente ai doveri dei genitori e agli obblighi delle prestazioni alimentari" (16). Il figlio viene posto al centro del sistema, ultimandosi il passaggio da una concezione del minore, quale soggetto debole da tutelare, a quella

di individuo, titolare di diritti soggettivi, che l'ordinamento salvaguarda ed è chiamato a promuovere (17). Ed i suoi diritti, scolpiti nell'art. 315-bis c.c. (il diritto ad essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, il diritto all'ascolto) rientrano nel novero di quelli fondamentali della persona e sono garantiti dall'art. 2 Cost. (18).

Questa visione minori-centrica si ripercuote anche nel rapporto con i genitori, focalizzato sulla persona del figlio e sulla prevalenza dei suoi diritti. Costituisce portato fondamentale della riforma del 2012 la sostituzione della nozione di potestà, evocativa di un potere sul minore, con quella di responsabilità genitoriale, che evidenzia invece l'impegno che l'ordinamento richiede ai genitori, non identificabile "come una 'potestà' sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio" (19). Questa sostituzione lessicale assume una valenza culturale profonda, segnando il

(14) V. Calderai, *Ordine pubblico*, cit., 495 ss.

(15) M. Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306 ss., spec. par. 4, secondo il quale a fronte del "netto depotenziamento del rapporto di coppia, per la pluralità dei 'modelli' di convivenza e l'ampio ruolo della libertà delle parti", si assiste, di contro, al "rafforzamento del rapporto di filiazione, garantito da un insieme di norme imperative, inderogabili dai genitori".

(16) M. Bianca, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, 509.

Per la critica al rapporto genitori-figli, incentrato esclusivamente sui doveri dei genitori, cfr. A. Belvedere, *Minore età (Diritto privato e processuale)*, in *App. noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1986, 60 ss.

(17) Osserva C.M. Bianca, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di M. Bianca, Milano, 2014, XVIII, che "l'art. 315 bis, 'Diritti e doveri del figlio', stabilisce il principio secondo il quale 'il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni'. Viene introdotta una nuova prospettiva, ignota alla tradizionale nozione della potestà, che esalta il profilo dei diritti del figlio verso i genitori. Una nuova prospettiva in cui il richiamo al rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio assume un significato più attento alla sua personalità".

Su tale processo evolutivo cfr. M. Bianca, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 173 e in *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, 2006, 117 ss.; M. Sesta, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Familia*, 2003, 162 ss., secondo il quale "si è oramai affermata una nuova considerazione della condizione del minore, non più soggetto incapace mero destinatario di protezione, ma individuo titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve non solo riconoscere ma anche garantire e promuovere"; P. Zatti, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 38, il quale pure pone l'accento sui diritti della personalità del minore; E. Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Familia*, 2006, 401, il quale richiama la tendenza "a costruire la tutela degli interessi del minore... come espressione di sue proprie pretese e non di poteri

altrui, sia pure esercitati nel suo interesse"; G. Autorino Stanzone, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, 326 ss., la quale richiama la nuova concezione "tesa a considerare il minore come vero 'soggetto' di diritto e non più come 'oggetto' della potestà dei genitori"; A. Belvedere, *Minore età*, cit., 60 ss.: "La situazione giuridica del minore è caratterizzata anche (e sempre più) dalla sua considerazione da parte dell'ordinamento come destinatario di attività altrui, e come titolare di diritti a prestazioni volte a suo vantaggio".

(18) C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1., cit., 363 ss.

(19) Così la Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 154/2013.

Osserva C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1., cit., 378, che "si è voluto... sottolineare il mutamento dell'antica concezione dell'autorità spettante ai genitori e, in passato, al capo della famiglia. Questa concezione ha ormai lasciato il posto all'idea che i genitori sono titolari di un ufficio, che essi devono esercitare nell'interesse della prole".

L'amato Maestro da lungo tempo aveva posto in luce che la potestà dei genitori deve essere intesa "in senso funzionale", quale strumento per la realizzazione dell'interesse del minore (C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 9 ss.).

Si veda pure, già nella medesima prospettiva, G. Autorino Stanzone, *Diritto di famiglia*, cit., 321, secondo la quale la potestà "non è concessa per soddisfare esigenze dei genitori, ma è funzionalizzata, in quanto ufficio, all'interesse dei figli. Si accentua in tal modo il profilo della doverosità, rispetto a quello del potere o addirittura del diritto". L'autrice pone, infatti, in luce "il passaggio nell'odierna disciplina dalla centralità della posizione dei genitori a quella dell'interesse dei figli", giacché "in una mutata concezione della famiglia, quale formazione sociale in cui si tutelano i diritti fondamentali e si sviluppa la personalità dei singoli componenti, non trova più spazio né uno squilibrio tra le posizioni dei genitori né una conduzione improntata a principi di autoritarismo nei confronti dei figli" (*op. cit.*, 320). Più recentemente, per la necessità del passaggio dalla potestà alla responsabilità, cfr. L. Rossi Carleo - C. Caricato, *La separazione e il divorzio*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia, La crisi familiare*, a cura di T. Auletta, Torino, 2013, 363 ss., spec. 368 ss., secondo le quali la giurisprudenza esalta "sempre più spesso il profilo funzionale della potestà su quello autoritario". La funzione della potestà "degrada il 'potere' attribuito ai genitori a 'cura', da esercitare nell'interesse di un altro soggetto".

radicale mutamento di prospettiva operato dalla riforma: nel rapporto genitori-figlio l'ordinamento si colloca dalla parte del minore, in virtù del superiore interesse di cui questi è portatore.

La centralità della posizione del minore, quale soggetto titolare di diritti fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost., permea anche la legge sull'adozione. L'art. 1, L. n. 184/1983 proclama solennemente il suo diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia e l'inclusione di un siffatto diritto nello speciale statuto dell'art. 315-bis c.c. conferma che ci troviamo in presenza di un diritto fondamentale della persona, essendo la famiglia "un bene essenziale per la vita affettiva e per l'armoniosa formazione" del minore (20). Siffatto diritto rientra tra quelli assoluti, esperibili nei confronti di tutti i terzi, compreso lo Stato, verso cui il minore - per quel che qui soprattutto interessa - vanta la pretesa a non subire provvedimenti di adozione, affidamento e allontanamento al di fuori dei casi previsti dalla legge e ad un concreto intervento volto a rimuovere le difficoltà personali ed economiche che sono di ostacolo all'esercizio del diritto.

(20) C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, cit., 337; Id., *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam.*, 2006, 679. L'illustre autore deduceva l'esistenza di un diritto soggettivo perfetto del minore a crescere nella propria famiglia già in base all'art. 1, L. 4 maggio 1983, n. 184, laddove si affermava che "il minore ha diritto di essere educato nella propria famiglia". Osserva, infatti, nel suo *Commento all'art. 1*, in *Commentario alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, a cura di C.M. Bianca - F.D. Busnelli - G. Franchi - S. Schipani, in *Nuove leggi civ.*, 1984, 2, che "nel primo significato la norma tutela direttamente l'interesse del minore a crescere nella propria famiglia, e qualifica come lesive della sua personalità le azioni volte a sottrarlo al suo ambiente familiare". La riforma del 2001 ha rafforzato siffatto principio. L'art. 1 novellato stabilisce, infatti, che "il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia". Osserva il Bianca, nel suo *Commento all'art. 1*, in *Commentario alla legge 28 marzo 2001, n. 149. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, a cura di C.M. Bianca - L. Rossi Carleo, in *Nuove leggi civ.*, 2002, 909, che "la legge sull'adozione proclama il diritto del minore alla propria famiglia... Accanto ai diritti tradizionali del mantenimento, educazione ed istruzione si pone quindi il diritto del minore di crescere nella propria famiglia. Il diritto di crescere nella famiglia è un diritto fondamentale del minore, in quanto il rapporto personale con la famiglia è essenziale per la serena formazione dell'essere umano". Cfr. pure, dello stesso autore, *La revisione normativa dell'adozione*, in *Famiglia*, 2001, 526.

(21) Così C.M. Bianca, *Audizione* alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23 maggio 2016, nel corso dell'indagine conoscitiva diretta a verificare lo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido.

(22) Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit., precisa che "non è qui in discussione un preteso 'diritto alla genitorialità' in capo a coloro che si prendono cura del bambino"; Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, in questa *Rivista*, 2021, 677, esclude propriamente

Quando la famiglia manca o l'ambiente familiare è irrecuperabile, "il minore abbandonato ha diritto ad essere adottato perché ha diritto ad una famiglia, come enunciato dal titolo della legge, e ha diritto ad una famiglia perché solo una famiglia può dargli quell'amore di cui ha fundamentalmente bisogno" (21). Il diritto del minore alla propria famiglia si specifica, poi, nel diritto alla bigenitorialità, ossia alla doppia figura genitoriale, espressamente sancito, nel caso di crisi del rapporto che lega i genitori, dall'art. 337-ter c.c.

Il nostro ordinamento conosce, dunque, il diritto del figlio di crescere nella sua famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei suoi genitori e le essenziali relazioni affettive che instaura e - prima ancora - il suo diritto ad avere una famiglia e, dunque, ad essere adottato, ove si trovi in stato d'abbandono. Non esiste, invece, un diritto dell'individuo ad avere figli (22) e, più segnatamente, un diritto ad adottare (23), che - anche nella sua teorica postulazione - svislisce la posizione e la dignità del figlio, riducendo la sua persona ad oggetto di un diritto altrui (24). Ciò significa che l'interesse

"l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso"; Corte Cost. 20 ottobre 2020, n. 230, *ivi*, secondo la quale "l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost."

Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c./ Italia, in *Foro it.*, 2017, IV, 105, con nota di Casaburi, afferma con cristallina chiarezza che la CEDU "non sancisce alcun diritto di diventare genitore" (par. 215).

Sul punto, cfr. il nostro *Per una riforma dell'adozione*, in *Dir. fam.*, 2016, 720 ss.

(23) Secondo la giurisprudenza della Corte Edu non esiste un diritto soggettivo di adottare, in quanto lo stesso non è evincibile dall'art. 8 CEDU. Il diritto al rispetto di una "vita familiare" non tutela il semplice desiderio di formare una famiglia; esso presuppone l'esistenza di una famiglia o quanto meno di una potenziale relazione che avrebbe potuto svilupparsi, ad esempio, tra un padre naturale e un figlio nato fuori dal matrimonio. Cfr. Corte Edu 19 febbraio 2013, n. 19010, X c. Austria, in *Corr. giur.*, 2013, 712, con nota di A. Mascia, *Adozione co-genitoriale per una coppia omosessuale*; Corte Edu 27 aprile 2010, n. 16318; Corte Edu 22 gennaio 2008, n. 43546, E.D. c. Francia, in *Dir. fam.*, 2008, 0190, con nota di A. Donati, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*; Corte Edu 26 febbraio 2002, n. 36515, Fretté c. Francia, in *Famiglia*, 2003, 521, con nota di E. Varano, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*.

(24) La Corte Costituzionale ha ribadito con la massima fermezza che già l'embrione umano *in vitro* non è una *res* ma un'"entità che ha in sé il principio della vita" e la cui "dignità... costituisce... un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost." (Corte Cost. 13 aprile 2016, n. 84, in *Giur. it.*, 2017, 307, con nota di D. Carusi, *Embrioni in soprannumero e destinazione alla ricerca: il diritto vigente*; Corte Cost. 6 ottobre 2015, n. 229, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 62, con nota di A. Vallini, *Gli ultimi fantasmi della legge 40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*).

giuridicamente rilevante ad adottare, certamente configurabile, “può essere soddisfatto solo se e in quanto sia adeguatamente realizzato il diritto del minore ad essere adottato” (25).

Se questo è il sistema, non vi è spazio per un contratto, quale è quello di maternità surrogata, che instaura sulla vita del bambino (e della gestante) un potere privato di controllo esercitato dalla coppia committente.

3. Segue: la gestante è strumentalizzata ai bisogni di genitorialità della coppia committente

La maternità surrogata confligge poi con i valori fondamentali espressi dagli artt. 2 e 29 Cost. L'ordinamento guarda alla persona umana come a un valore in sé e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento dell'altrui interesse. La gestante non è strumentalizzabile ai bisogni di genitorialità della coppia committente.

Sotto tale profilo si coglie la lesione della dignità della donna, da declinarsi in termini oggettivi e non soggettivi. Anche quando la gestante è libera dal bisogno e mossa da animo solidale (26) ci troviamo in presenza di una maternità che non è liberamente desiderata: la fecondità personale è subordinata a un progetto di altri, titolari del prodotto (il bimbo) che dettano le condizioni della produzione (la gestazione).

Sempre, indipendentemente dal carattere oneroso o gratuito/solidale della singola pratica procreativa, si assiste ad una inammissibile oggettivazione/mercificazione del corpo della donna, strumentalizzato per appagare il desiderio di genitorialità dei committenti, e alla reificazione del minore, gestito alla stregua di un bene (27), il cui destino è segnato dalle clausole di un atto d'autonomia privata: il contratto di maternità surrogata.

È, dunque, lesa anche la dignità del nascituro. Senza addentrarci nell'ardua questione se l'embrione umano sia persona, soggetto di diritto o nulla di tutto ciò (28), è certo che, anche prima

(25) In tal senso, cfr. C.M. Bianca, *Audizione*, cit.

(26) È lecito, peraltro, domandarsi quante siano effettivamente le donne che mettono a disposizione il proprio utero per dare un figlio alla propria sorella o a una coppia di amici non fertile e se i rimborsi e gli indennizzi a favore della gestante per il periodo della gravidanza, di regola contemplati dai contratti di surrogazione di maternità c.d. altruistica, gestiti da intermediari prezzolati, non celino in realtà un vero e proprio compenso. Senza poi considerare, esulando dalle nostre specifiche competenze, da un canto, i danni fisici che sempre subisce la madre surrogata, in quanto costretta a sottoporsi a cure ormonali propedeutiche alla gestazione, a impianti di embrioni e, nelle pratiche più barbare, a prelievi di ovuli e ad aborti selettivi degli embrioni che hanno attecchito in eccesso; dall'altro, il trauma psichico che provoca l'abbandono del nato, pacificamente riconosciuto nelle donne costrette ad abbandonare i figli, che poi vengono adottati, ma metodicamente negato nel caso dell'utero in affitto. Cfr., per tali considerazioni, l'articolo di Lucetta Scaraffia, *Cara Marzano, ti spiego perché l'utero in affitto non è accettabile*, in www.lastampa.it e in <https://www.dagospia.com/rubrica-29/cronache/te-do-39-io-39-utero-affitto-nbsp-luquo-lucetta-scaraffia-307996.htm>.

(27) Cfr. da ultimo M. Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in questa *Rivista*, 2021, 7, spec. 772 ss., secondo il quale la Costituzione nega “che una persona umana - nella specie il figlio che viene pianificato e artificialmente procreato per contratto - sia concepita e messa al mondo da terzi allo scopo esclusivo di assicurare il soddisfacimento dell'interesse di avere figli, di chi, estraneo al concepimento e alla gestazione, non è in grado di averne” e ciò a presidio, secondo l'illustre Autore, dell'interesse generale di tutti i minori.

(28) Secondo F.D. Busnelli - E. Palmerini, *Clonazione*, in *Dig. civ.*, I Aggiornamento, Torino, 2000, 157 ss., l'embrione è soggetto di diritto ed il riconoscimento della soggettività non si pone in contrasto con l'art. 1 c.c. Occorre, infatti, operare una scissione tra i due concetti di soggettività e di capacità giuridica, inequivocabilmente negata al concepito. È ragionevole ritenere che “la soggettività è la categoria giuridica idonea a rispecchiare l'evoluzione biologica dell'individuo”, mentre la capacità giuridica deve essere vista “non più come fondamento della soggettività, ma come semplice attributo dell'individuo”. Con la conseguenza

che “la capacità resterebbe una categoria plasmata sull'approccio prettamente patrimonialistico del codice e, comunque, una nozione caratterizzata da una graduabilità che si presta ad assecondare la specificità della condizione del nascituro: i diritti patrimoniali a lui riservati dal codice sono subordinati all'evento della nascita, ma i diritti fondamentali della persona (vita, salute, identità, dignità), che non si misurano con il metro della capacità giuridica ma sono connaturali alla persona umana nella concezione lata e dinamica che la Costituzione esprime, appartengono al concepito nella sua dimensione attuale”. Secondo tali autori, “le considerazioni appena svolte sulla salvaguardia degli interessi fondamentali propri anche dell'individuo concepito non possono non valere altresì per l'ovocita fecondato che si trovi al di fuori del grembo materno, se si accetta l'assunto di partenza di una continuità biologica che si svolge senza salti qualitativi dal concepimento fino ai successivi stadi di sviluppo. L'enunciazione della tutela della vita sin dal suo inizio contenuta nell'art. 1 della legge sull'interruzione della gravidanza dovrebbe valere a fortiori per l'embrione in vitro”. Nel medesimo senso, cfr. A. Scalisi, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in questa *Rivista*, 2005, 204 ss., spec. 206, secondo il quale l'art. 1, L. n. 40/2004 riconosce “che il concepito ha una sua individualità, sin dal momento del suo essere embrione, rispondente a quella della persona. In questo senso e in ragione di questa lettura, l'affermazione di cui all'art. 1, L. n. 40 del 2004, è quella secondo cui l'embrione è persona umana e come tale soggetto di diritto”. Ad avviso di tale autore “l'embrione è persona umana sin dal momento della fecondazione, dal momento, cioè, in cui l'ovulo o l'ovocita viene fecondato e i due nuclei dei gameti si fondono in un nucleo unico”. Più in generale, C.M. Bianca, *Il problema dell'aborto: interessi tutelati e scelte sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 231, ritiene che il concepito sia soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica, seppure non generale, con riguardo alle posizioni a lui attribuite dall'ordinamento: “Il concepito non ha la capacità giuridica generale e non è ancora persona, ma esso è comunque un soggetto giuridico, in relazione a tutte quelle posizioni che gli competono in vista di interessi meritevoli e attuali”. Secondo il Bianca (*Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 221 ss., spec. 224 ss.), tuttavia, “l'embrione non impiantato nel corpo materno esula dalla nozione civilistica di

dell'impianto, ne viene riconosciuta la dignità, "quale entità che ha in sé il principio della vita" (29), valore "di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost." (30). Per questo motivo l'embrione è fatto oggetto di precise tutele (artt. 13 e 14, L. n. 40/2004) (31) e soltanto la necessità di salvaguardare il diritto alla salute della donna (che è già persona e dunque prevale sull'embrione, che persona ancora deve diventare) consente un affievolimento della tutela e, dunque, l'interruzione della p.m.a., con il rifiuto dell'impianto (32) (l'embrione non può però essere soppresso: art. 13, L. n. 40/2004), ovvero, ove questo sia avvenuto, con il ricorso all'aborto.

Se, poi, si ritiene che il rapporto materno sia creato dalla gestazione, la sottrazione del figlio

alla madre uterina è anche lesiva dell'interesse del minore "a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto" (33). In effetti, nel caso di fecondazione eterologa la legge stabilisce chi è il padre e chi la madre (artt. 6, 8 e 9, L. n. 40/2004). Nulla dice, invece, con riguardo al nato da maternità surrogata e notoriamente la dottrina è divisa tra coloro che ritengono che madre sia la gestante (34) e coloro secondo i quali "paternità e maternità, e così lo stato del nato, debbano riportarsi a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione" (35). Un siffatto nodo può essere sciolto soltanto dal legislatore, chiamato anche a decidere il ruolo che deve essere assegnato al genitore d'intenzione (36).

nascituro concepito, riferita all'embrione inserito nel processo della nascita". Ciò nonostante, l'interprete "deve attenersi al principio generale di tutela della vita umana fin dal suo inizio (cfr. art. 11, L. 22 maggio 1978, n. 194) e adottare le soluzioni volte a salvaguardare l'embrione e la sua naturale destinazione".

Per la tesi, invece, della coincidenza tra capacità giuridica e soggettività, cfr. A. Falzea, *Capacità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 14; P. Rescigno, *Capacità giuridica*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, 221.

(29) Corte Cost. 13 aprile 2016, n. 84, cit.; Corte Cost. 11 novembre 2015, n. 229, cit.

Cfr. pure Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, 2301.

(30) Corte Cost. 13 aprile 2016, n. 84, cit.; Corte Cost. 11 novembre 2015, n. 229, cit.

(31) Cfr. M. Sesta, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in questa *Rivista*, 2010, 840, il quale, commentando l'art. 1, L. n. 40/2004, osserva: "Ci si può chiedere se l'uso del termine concepito consente all'interprete di differenziarlo dall'embrione, per esempio ritenendo che il concepito a cui la norma si riferisce sia da intendere non quale embrione in vitro, ma quale entità già accolta nel grembo materno e, quindi, dotata di concreta attitudine a nascere... Una lettura sistematica della legge non pare, tuttavia, consentire una simile interpretazione restrittiva, visto quanto disposto dagli artt. 13 e 14, che dettano le concrete disposizioni a tutela dell'embrione e che sono sicuramente pensati indipendentemente dal trasferimento dell'embrione stesso nel corpo materno. Al di là delle parole usate e della coerenza formale della definizione, il legislatore ha inteso dunque statuire che l'embrione, in quanto 'vita umana', meriti la tutela della propria dignità, ancorché detta tutela, in linea di principio, non debba necessariamente assumere le forme riservate alla persona vivente. In definitiva, risulta con chiarezza dalla disposizione di cui trattasi che il legislatore considera l'embrione un'entità titolare di diritti, onde l'ordinamento è chiamato a proteggerne innanzitutto quello alla vita e l'aspettativa di nascere, e, più in generale, la dignità umana, che ne impedisce una utilizzazione in qualsiasi modo strumentale, che comporti cioè il sacrificio dell'embrione in favore di persone viventi o di finalità di ricerca". Ciò spiega, secondo tale autore, "come tutto l'impianto della legge sia caratterizzato dall'intento di porre limiti rigorosi alle tecniche di procreazione assistita e come le singole disposizioni che la compongono siano volte a definire una sfera di intangibilità dell'embrione, in applicazione della sua riconosciuta soggettività". Nel medesimo senso, cfr. G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in G. Oppo, *Scritti giuridici*, VII, cit., 70, secondo il quale, che l'embrione "abbia, sin dalla formazione, titolo alla tutela" è certo e siffatta tutela importa il "dovere di fargli iniziare e

proseguire il percorso di vita secondo la sua destinazione naturale"; C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, cit., 224 ss.; A. Bellelli, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, in *Famiglia*, 2004, 979 - 986; F.D. Busnelli, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, 275 ss.; A. Scalisi, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, cit., 204 ss.; F.D. Busnelli - E. Palmerini, *Clonazione*, cit., 158 ss.; P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 200, secondo il quale non può essere negata l'umanità dell'embrione *in vitro* perché "ancora priva dell'esperienza uterina".

(32) Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 151, cit., la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di formare più di tre embrioni, dell'obbligo di impiantarli tutti e del divieto di crioconservazione. Come è stato rilevato, tale sentenza "realizza un bilanciamento tra tutela dell'embrione e diritti degli altri protagonisti della p.m.a.: la donna e il medico, riguardato come garante del diritto alla salute. Il rapporto tra tutela dell'embrione e diritto alla salute della donna si pone in termini relazionali, di un bilanciamento che tenga conto dell'uno e dell'altro elemento" (G. Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in questa *Rivista*, 2011, 520 ss.).

Cfr., in termini generali, Corte Cost. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, I, 117 ss., la quale, pur ritenendo che "la tutela del concepito... abbia fondamento costituzionale" (artt. 31, comma 2, e 2 Cost.), afferma che "l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione". In particolare, secondo tale sentenza, "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare". Nel medesimo senso, cfr. Corte Cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in *Foro it.*, 1997, I, 653, con nota di R. Romboli.

(33) C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, cit., 445. Si veda anche A. Trabucchi, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 501, secondo il quale l'attribuzione di maternità spetta "alla donna che porta il figlio a maturazione: in conformità, almeno apparentemente, con la dizione dell'art. 269 del nostro c.c., secondo il quale la maternità si dimostra provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna che si pretende essere madre".

(34) C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, cit., 445.

(35) G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 52.

(36) Così M. Bianca, *La tanto attesa decisione*, cit., 383.

4. Le Sezioni Unite del 2019 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2021. Persistenza del divieto di maternità surrogata e contestuale esigenza di tutelare più incisivamente colui che nasce dalla pratica illecita

Le Sezioni Unite, con la nota pronuncia del 2019 (37), hanno dunque negato la possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che affermi il rapporto di genitorialità tra un bambino nato a seguito di maternità surrogata e il c.d. genitore d'intenzione, sul presupposto che il divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, integra un principio di ordine pubblico, posto a tutela di valori fondamentali, rispetto ai quali la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto.

Peraltro tale giudice non si è limitato ad affermare l'illiceità della pratica procreativa, ma si è preoccupato di individuare una tutela per colui che sia nato dalla sua sperimentazione. Siffatta tutela, secondo le Sezioni Unite, si realizza attraverso la possibilità della *stepchild adoption* da parte del genitore d'intenzione, con cui si salvaguarda "la continuità della relazione affettiva ed educativa" eventualmente instauratasi tra il minore e tale soggetto (38), risultando dall'indagine propedeutica all'adozione particolare che il genitore d'intenzione è diventato genitore sociale, avendo costruito con il minore un rapporto fondamentale per la sua crescita ed il suo sviluppo. In effetti, se si astrae dall'inesistente diritto degli adulti alla genitorialità, in una prospettiva genuinamente minori-centrica, con riguardo al nato da una pratica di maternità surrogata il problema non è quello di tutelare il suo diritto ad avere una famiglia, giacché egli ha già un genitore biologico, bensì quello di preservare il legame affettivo eventualmente creatosi con il genitore d'intenzione (39).

Questo lodevole sforzo ermeneutico, presentava, peraltro, un limite oggettivo, derivante dalla peculiare disciplina dell'adozione in casi particolari, istituto eccezionale inidoneo a tutelare con pienezza il minore (40). Prima di un recente intervento della

Corte Costituzionale (41), l'adozione particolare non istituiva un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e neppure tra l'adottante e la famiglia dell'adottato (art. 300 c.c. e art. 55 l. adoz.) (42). Inoltre, l'adozione particolare è rimessa alla volontà dell'adottante e dipende dall'assenso del genitore biologico, che potrebbe non prestarlo, in caso di crisi della coppia (art. 46 l. adoz.).

Muovendo da tali considerazioni, una pronuncia della prima sezione civile della Corte di Cassazione, a meno di un anno dalla sentenza delle Sezioni Unite, ha ritenuto di dover sollevare questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, dell'art. 64, comma 1, lett. g), L. n. 218/1995 e dell'art. 18, d.P.R. n. 396/2000 "nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente (fornita dalle Sezioni unite), che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta 'maternità surrogata') del c.d. genitore d'intenzione non biologico" (43).

Le attese del giudice rimettente sono peraltro andate deluse. La Corte Costituzionale ha, infatti, dichiarato inammissibili le questioni sollevate (44), ribadendo con fermezza la condanna della maternità surrogata e la necessità di bilanciare l'interesse del minore "alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore". Ha quindi condiviso il diniego delle Sezioni Unite in ordine alla trascrivibilità dei provvedimenti giudiziari stranieri e, *a fortiori*, dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il c.d. padre d'intenzione, ritenendo che l'interesse del minore ad ottenere il riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia, che lo abbiano accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale, debba realizzarsi senza automatismi, "attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di

(37) Cass. Civ., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Foro it.*, 2019, I, 1951.

(38) Così già Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 5.

(39) Cfr., per analoghi rilievi, M. Bianca, *La tanto attesa decisione*, cit., 383.

(40) Cfr. il nostro *La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione post mortem*, in *Foro it.*, 2019, I, 3357 ss.

(41) Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79, cit.

(42) Reputava potesse affermarsi la sussistenza del rapporto di parentela già in via ermeneutica, Trib. Bologna 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 78 ss., con nota di M. Cinque, *Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?*

(43) Cass. Civ., Sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325, ord., in *giudicedonna.it*, 2, 2020, con nota di M. Bianca, *Il revirement della Cassazione dopo la decisione delle Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato.*

(44) Sent. Cass. Civ. n. 33/2021, cit.

filiazione tra adottante e adottato, ...sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice” in ordine all’esistenza e al valore di tale relazione.

L’importante pronuncia ha, peraltro, denunciato i limiti dell’adozione particolare nell’assicurare siffatta tutela, rilevando però che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata non può che spettare, almeno “in prima battuta”, al legislatore, “al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”.

5. L’ordinanza interlocutoria n. 1822/2022. La questione della maternità surrogata viene nuovamente rimessa alle Sezioni Unite

Appena dieci mesi dopo il deposito della sentenza della Corte Costituzionale, tuttavia, una pronuncia della prima sezione civile della Corte di Cassazione (45) ha chiesto un nuovo intervento delle Sezioni Unite, sottoponendo una soluzione interpretativa ritenuta “adeguata a rispondere all’implicita chiamata ‘interpretativa’ posta in essere con la sentenza n. 33/2021 dalla Corte Costituzionale”. L’ordinanza interlocutoria insiste sulla necessità di rivalutare “gli strumenti normativi esistenti (delibazione e trascrizione)”, quando non si configuri “un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto penale”, all’esito di un bilanciamento, da effettuarsi in concreto, con i valori sottesi al divieto di surrogazione di maternità. In particolare, la lesione della dignità della donna sarebbe esclusa (e quindi il provvedimento estero sarebbe delibabile o trascrivibile) quando, in base alla legislazione straniera, la gravidanza per altri “sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino”. Quanto poi alla “preservazione dell’istituto dell’adozione”, l’ordinanza interlocutoria reputa che il *discrimen* alla delibabilità/trascrizione del provvedimento straniero sia costituito “dalla tutela del minore da pratiche elusive e illegali intese a vanificare le norme che lo garantiscono,

specificamente nei procedimenti di adozione internazionale, da qualsiasi forma di mercificazione”.

6. Corte Cost. n. 79/2022. Il bilanciamento degli interessi in gioco spetta al legislatore. L’interesse del minore si realizza attraverso l’adozione particolare del genitore d’intenzione. Il ruolo della giurisprudenza

A nostro avviso l’ordinanza interlocutoria non coglie le insuperabili ragioni del divieto di maternità surrogata, esposte ai superiori parr. 3 e 4 (46). Serio è però il problema della tutela del minore nato dalla sperimentazione di tale pratica all’estero, avendo la Corte Costituzionale denunciato l’attuale inadeguatezza dell’istituto dell’adozione particolare.

Con specifico riguardo alla posizione del minore, la Corte Edu ha escluso che dall’art. 8 CEDU si possa inferire un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all’estero, facendo ricorso alla maternità surrogata, e ha dato atto di un ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri in ordine alla possibilità di riconoscere siffatti rapporti di filiazione (47). D’altro canto ha affermato la necessità di tutelare l’interesse del minore a preservare il legame che si sia venuto a consolidare con il genitore d’intenzione con “modalità che garantiscano l’effettività e la celerità della sua messa in opera” (48).

Successivamente al deposito dell’ordinanza interlocutoria, è intervenuta una fondamentale pronuncia della Corte Costituzionale, la quale, ribadite le ragioni del divieto, non ha mancato di sottolineare come la scelta operata dal nostro ordinamento del ricorso all’istituto dell’adozione in casi particolari (opportunamente emendato) abbia il pregio di “tenere in equilibrio molteplici istanze implicate nella complessa vicenda” e al contempo “di garantire una piena protezione all’interesse del minore” (49). Lungi “dal dare rilevanza al solo consenso e dall’assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità”, l’adozione particolare “dimostra una precipua vocazione a tutelare l’interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate”, presupponendo “un giudizio sul migliore interesse del minore e un accertamento sull’idoneità dell’adottante”.

(45) Cass. Civ. 21 gennaio 2022, n. 1842.

(46) Sul punto rinviamo al nostro *Il problema della maternità surrogata torna all’esame delle Sezioni Unite*, in *Famiglia*, 2022, 437 ss.

(47) Corte EDU 18 agosto 2021, Valdis Fjølfnisdóttir e altri contro Islanda, parr. 66-70 e 75; Corte EDU 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Italia, cit., parr. 197-199.

(48) Corte EDU 16 luglio 2020, D. contro Francia, par. 51, richiamata da Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.; Corte EDU 12 dicembre 2019, C. ed E. contro Francia, par. 42; Corte EDU, Grande Camera, parere consultivo 10 aprile 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 757, con nota di A. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre naturale*, par. 54.

(49) Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79, cit.

Si impone, peraltro, un adeguamento dell'istituto e, in questa prospettiva, la Corte Costituzionale ha recentemente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 55 l. adoz., nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., escludeva la parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, rimuovendo un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari. In tal modo il minore si avvantaggia delle garanzie personali e patrimoniali che discendono dal riconoscimento giuridico dei legami parentali ed è, al contempo, salvaguardata l'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare adottivo (50).

La Corte Costituzionale ha, dunque, indicato la strada, che non è quella della delibabilità/trascrizione dei provvedimenti stranieri, secondo un più o meno accentuato automatismo funzionale ad "assecondare ... il mero desiderio di genitorialità" degli adulti, che ricorrono all'estero alla pratica vietata nel nostro ordinamento, ma di riformare l'adozione particolare, istituto per sua natura volto alla realizzazione del preminente interesse del minore (art. 57, comma 1, l. adoz.) e capace di tenere in equilibrio i molteplici valori in conflitto, garantendo la piena protezione di tale interesse (51).

La Corte Costituzionale, in altri termini, ha lasciato al legislatore il difficile bilanciamento dei valori in gioco (disincentivazione della maternità surrogata e tutela del minore nato dal ricorso a tale pratica all'estero). Ha posto l'accento su questo secondo valore e, allo scopo di realizzare la migliore tutela del minore, si è concentrata sull'istituto dell'adozione

particolare, la cui disciplina non implica alcun confronto con il divieto di surrogazione di maternità.

Nella medesima ottica si devono porre, a nostro avviso, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, eventualmente sciogliendo, in via ermeneutica, quei nodi che rendono l'istituto dell'adozione particolare ancora carente, come, ad esempio, la previsione della necessità dell'assenso del genitore biologico all'adozione (art. 46 l. adoz.). Collegando quest'ultima norma al già richiamato art. 57 l. adoz., che impone al giudice di valutare se l'adozione particolare realizzi in concreto il preminente interesse del minore, il rifiuto dell'assenso all'adozione, da parte del genitore biologico, appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione. Se tale relazione sussiste, il rifiuto non sarebbe certamente giustificato dalla crisi della coppia committente né potrebbe essere rimesso alla discrezionalità del genitore biologico. Della questione potrebbe essere ovviamente investita la Corte Costituzionale.

Non ci pare, invece, che, in caso di maternità surrogata, la genitorialità giuridica possa fondarsi sulla volontà della coppia che ha voluto e organizzato la procreazione assistita, così come avviene per la fecondazione assistita, omologa o eterologa che sia (artt. 6, 8 e 9, L. n. 40/2004), risultato allo stato non conseguibile in via ermeneutica, costituendo la fattispecie della maternità surrogata un reato.

(50) Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79, cit.

(51) Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79, cit.

INDICE DEGLI AUTORI

Emanuela Andreola

Funzione compensativa dell'assegno divorzile e nesso causale **1133**

Maria Caterina Baruffi

Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea **1098**

Antonella Batà

Osservatorio di giurisprudenza civile **1170**

Filippo Danovi

Trasferimenti di residenza (legittimi e illegittimi), conflitti di competenza e interesse del minore **1108**

Antonio Donato

L'indegnità a succedere per formazione o uso consapevole di testamento falso: una lettura della sanzione civile in chiave funzionale e di concreta lesività (offensività) **1152**

Gilda Ferrando

Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali **1117**

Arnaldo Morace Pinelli

Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite **1175**

Maria Luisa Serra

Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e onere della domanda dell'avente diritto **1123**

INDICE CRONOLOGICO

Giurisprudenza

Corte di giustizia dell'Unione Europea

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 14 dicembre 2021 **1093**

Cassazione Civile

Cassazione Civile, Sez. I, 12 novembre 2021, n. 34100 **1121**

Cassazione Civile, Sez., I, 5 aprile 2022, n. 10989, ord. **1115**

Cassazione Civile, Sez. I, 1 luglio 2022, n. 21054, ord. **1106**

Cassazione Civile, Sez. VI-1, 26 maggio 2022, n. 17089, ord. **1105**

Cassazione Civile, Sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 28676, ord. **1170**

Cassazione Civile, Sez. VI, 12 ottobre 2022, n. 29865, ord. **1171**

Corte d'appello

Corte d'Appello di Cagliari, Sez. dist. Sassari, 22 aprile 2022 **1131**

Corte d'Appello di Bari 24 agosto 2022, n. 1255 .. **1172**

Tribunale

Tribunale Pavia, Sez. III, 16 luglio 2021, n. 995 ... **1145**

Tribunale Padova, Sez. I, 21 ottobre 2021, n. 1907 **1147**

Tribunale di Sassari 26 luglio 2022, n. 806 **1171**

INDICE ANALITICO

Adozione

Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali (*Cassazione Civile, Sez., I, 5 aprile 2022, n. 10989, ord.*) di *Gilda Ferrando* **1115**

Assegno di divorzio

Funzione compensativa dell'assegno divorzile e nesso causale (*Corte d'Appello di Cagliari, Sez. dist. Sassari, 22 aprile 2022*) di *Emanuela Andreola* **1131**

Diritto al mantenimento

Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e onere della domanda dell'avente diritto (*Cassazione Civile, Sez. I, 12 novembre 2021, n. 34100*) di *Maria Luisa Serra* **1121**

Maternità surrogata

Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite di *Arnaldo Morace Pinelli* **1175**

Minori

Trasferimenti di residenza (legittimi e illegittimi), conflitti di competenza e interesse del minore (*Cassazione Civile, Sez. VI-1, 26 maggio 2022, n. 17089, ord.; Cassazione Civile, Sez. I, 1 luglio 2022, n. 21054, ord.*) di *Filippo Danovi* **1105**

Separazione dei coniugi

Affidamento dei figli minori (*Cassazione Civile, Sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 28676, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile **1170**

Assegno di mantenimento (*Cassazione Civile, Sez. VI, 12 ottobre 2022, n. 29865, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile **1171**

Successioni

L'indegnità a succedere per formazione o uso consapevole di testamento falso: una lettura della sanzione civile in chiave funzionale e di concreta lesività (offensività) (*Tribunale Pavia, Sez. III, 16 luglio 2021, n. 995; Tribunale Padova, Sez. I, 21 ottobre 2021, n. 1907*) di *Antonio Donato* **1145**

Testamento olografo (*Tribunale di Sassari 26 luglio 2022, n. 806*) Osservatorio di giurisprudenza civile **1171**

Lesione della quota di legittima (*Corte d'Appello di Bari 24 agosto 2022, n. 1255*) Osservatorio di giurisprudenza civile **1172**

Unione Europea

Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea (*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 14 dicembre 2021*) di *Maria Caterina Baruffi* **1093**

Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina
e giurisprudenza

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
via dei Missaglia n. 97
Edificio B3 - 20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Felicina Acquaviva, Ines Attorresi, Francesco Cantisani

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

L.E.G.O. S.p.A.
viale dell'Industria, 2 36100 Vicenza

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
via dei Missaglia n. 97
Edificio B3 - 20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 469
del 23 ottobre 1993

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione
Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02 82476.374
e-mail: redazione.famigliaediritto.ipsa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

Wolters Kluwer Italia Servizio Clienti
telefono 02 824761 – telefax 02 82476.799
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano, entro 90 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali. L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo: www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 275,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 240 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 550,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 240,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (wolterskluwer.it/rete-di-vendita) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano o via fax al n. 02-82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02 824761.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul c.p.p. n. 583203 intestato a VKI S.r.l. Gestione incassi - via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano
oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

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

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

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

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)". La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita. Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).

Daniela
Avvocato Familiarista

GESTISCE I RAPPORTI FAMILIARI CON INTELLIGENZA

One LEGALE
presenta Esperta *Famiglia*

La soluzione più innovativa per essere sempre aggiornato in tema di diritto di famiglia e successioni, con tutti gli strumenti per gestire ogni problematica: guide pratiche, procedure operative, check list, codici commentati, quesiti, riviste, formule, news. E da oggi, con la nuova funzionalità Giurimetria basata su modelli di intelligenza artificiale, fai ricerche giurisprudenziali per fattispecie, trovi subito le decisioni dei giudici sui casi simili al tuo, prevedi l'esito di un contenzioso.

Da oggi costruire strategie processuali vincenti è una certezza.

Scopri di più su info.onelegale.it

One LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA



Omnia Trattati Giuridici

Trattato di Diritto di Famiglia

A cura di Giovanni Bonilini

In **4 volumi**, il trattato offre un **quadro completo del diritto familiare** e dei correlati istituti di **diritto successorio**.

Commenta tutta la normativa del codice civile e della normativa complementare, interna, comunitaria