



L'estratto che stai visualizzando  
è tratto da un volume pubblicato su  
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

IPSOA

# Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina e giurisprudenza

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

2/2018

 [edicolaprofessionale.com/famigliaediritto](http://edicolaprofessionale.com/famigliaediritto)

**Prodigalità e amministrazione  
di sostegno**

**L'adozione piena da parte  
del single**

**Vaccini: la nuova legge  
tra prevenzione, obblighi e criticità**

**DIREZIONE SCIENTIFICA**

Piero Schlesinger

**Famiglia**

Michele Sesta  
Enrico Al Mureden  
Vincenzo Carbone  
Massimo Dogliotti  
Mario Trimarchi

**Procedimento**

Ferruccio Tommaseo  
Filippo Danovi

**Successioni**

Giovanni Bonilini

TARIFFA 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

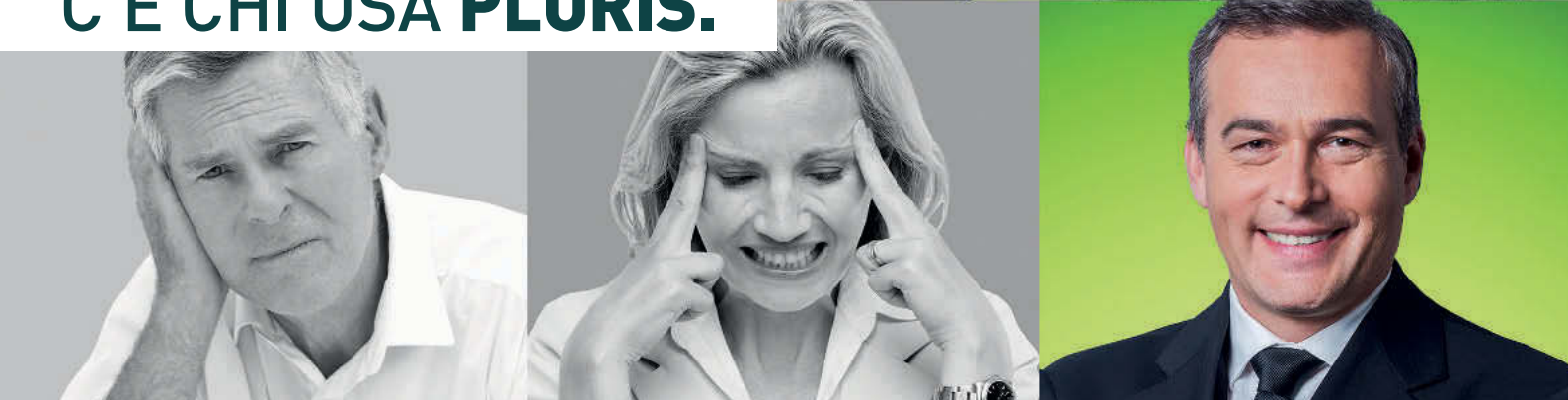




**GLI AVVOCATI NON SONO TUTTI UGUALI,**



**C'È CHI USA PLURIS.**



**CHI USA PLURIS SI DISTINGUE PERCHÉ OFFRE AI PROPRI CLIENTI LE RISPOSTE MIGLIORI, LAVORANDO CON SICUREZZA E VELOCITÀ.**

**Pluris è il sistema di informazione e aggiornamento giuridico online più innovativo e completo.**

**Quotidianamente al tuo fianco per:**

- ✓ **risolvere** ogni problematica grazie all'interpretazione d'autore degli unici **Codici Commentati** costantemente aggiornati e all'ampio catalogo di **Riviste** e **Libri** realizzati con il contributo dei maggiori esperti per ogni materia;
- ✓ **orientarsi** nella più ampia raccolta di legislazione, giurisprudenza e prassi grazie all'efficace e semplice sistema di ricerca;
- ✓ **aggiornarsi** ogni giorno con news, commenti e approfondimenti sui temi di maggiore attualità del **Quotidiano Giuridico**;
- ✓ **gestire** ogni caso tramite formule, schemi dinamici e modelli che ti guidano in tutte le fasi dell'attività.



Consultabile su PC e Tablet

**FAI LA SCELTA GIUSTA, SCEGLI PLURIS.**

**RICHIEDI LA TUA PROVA GRATUITA SU [WWW.PROVAPLURIS.IT](http://WWW.PROVAPLURIS.IT)**

Con i contenuti d'autore di

**GIURISPRUDENZA****Costituzionale**

<b>Successioni</b>	Corte costituzionale 14 luglio 2017, n. 193 MASO CHIUSO TRA TRADIZIONE SUDTIROLESE E PRINCÍPI IDENTIFICATIVI DEL SISTEMA ORDINAMENTALE di <i>Vincenzo Barba</i>	<b>121</b>  <b>126</b>
--------------------	--	------------------------------

**Merito**

<b>Amministratore di sostegno</b>	Tribunale di Modena 3 novembre 2017 PRODIGALITÀ, E AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO di <i>Giovanni Bonilini</i>	<b>142</b>  <b>143</b>
<b>Adozione</b>	Tribunale per i minorenni di Genova 8 settembre 2017 LA LUNGA MARCIA VERSO L'ADOZIONE PIENA DA PARTE DEL <i>SINGLE</i> : UNA DECISIONE ORIGINALE di <i>Edoardo Pesce</i>	<b>149</b>  <b>151</b>

**Osservatorio di giurisprudenza civile**

a cura di <i>Antonella Batà</i>	<b>168</b>
---------------------------------	------------

**Osservatorio di giurisprudenza penale**

a cura di <i>Paolo Pittaro</i>	<b>172</b>
--------------------------------	------------

**OPINIONI**

<b>Vaccini</b>	LA NUOVA LEGGE SUI VACCINI TRA PREVENZIONE, OBBLIGHI E CRITICITÀ di <i>Martina Montanari e Luca Ventaloro</i>	<b>177</b>
<b>L. n. 76/2016</b>	CONTRATTO DI CONVIVENZA E ATTO DI DESTINAZIONE di <i>Giovanni D'Amico</i>	<b>203</b>
	LA DISCIPLINA IN TEMA DI SALUTE E DI FINE VITA NELLA L. N. 76/2016 IN MATERIA DI CONVIVENZE DI FATTO REGistrate di <i>Alessandra Cordiano</i>	<b>213</b>

**INDICI**

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO, ANALITICO	<b>221</b>
---------------------------------------	------------

## COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Roberto Amagliani, Luigi Balestra, Vincenzo Barba, Giorgetta Basilio, Giovanni Francesco Basini, Roberto Calvo, Riccardo Campione, Antonio Carratta, Marco De Cristofaro, Giovanni Di Rosa, Lotario Dittrich, Angelo Federico, Gilda Ferrando, Marcella Fortino, Enrico Gragnoli, Andrea Graziosi, Elena La Rosa, Paola Ma-nes, Massimo Montanari, Andrea Mora, Fabio Padovini, Mauro Paladini, Margherita Pittalis, Gianfranco Ricci, Carlo Rimini, Silvio Riondato, Francesco Ruscello, Laura Salvaneschi, Arianna Thiene, Fabrizio Volpe, Enzo Vullo, Elena Zucconi Galli Fonseca

## 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](http://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

GECA S.r.l.  
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)  
Tel. 02/99952

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](mailto:advertising-it@wolterskluwer.com)  
[www.wolterskluwer.it](http://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

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](mailto: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: [servizioclienti@wolterskluwer.com](mailto:servizioclienti@wolterskluwer.com)

con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991  
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

### 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 60 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](http://www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto)  
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo:  
[www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto](http://www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto)

### ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 226,00  
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 215,00 + Iva 4%

### ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 452,00  
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 215,00

**MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI** - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) 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 WKI 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 D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano, o inviando un Fax al numero: 02.82476799.

## Successione legittima

Corte costituzionale 14 luglio 2017 (21 giugno 2017), n. 193 - Pres. Grossi - Rel. Carosi

**È costituzionalmente illegittimo l'art. 5 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 25 luglio 1978, n. 33 (Modifiche al T.U. delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi, approvato con decreto del Presidente della Giunta Provinciale 7 febbraio 1962, n. 8, e alla legge provinciale 9 novembre 1974, n. 22), riprodotto dall'art. 18 del decreto del Presidente della Giunta Provinciale di Bolzano 28 dicembre 1978, n. 32 (Approvazione del testo unificato delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi), come modificato dall'art. 3 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 24 febbraio 1993, n. 5 (Modifica delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi e della legge provinciale 20 febbraio 1970, n. 4, e successive modifiche ed integrazioni, sull'assistenza creditizia ai coltivatori diretti assuntori di masi chiusi), nella parte in cui prevede che, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine.**

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Difformi</b>	Corte cost. 26 giugno 1956, n. 4; Corte cost. 9 marzo 1957, n. 40.
-----------------	--

#### Ritenuto in fatto

1. Nel corso di un giudizio per la determinazione dell'assuntore del maso chiuso e del prezzo di assunzione; ai sensi dell'art. 22 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 28 novembre 2001, n. 17 (Legge sui masi chiusi); il Tribunale ordinario di Bolzano ha sollevato, in riferimento all'art. 3, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 25 luglio 1978, n. 33 (Modifiche al testo unico delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi, approvato con decreto del Presidente della Giunta Provinciale 7 febbraio 1962, n. 8, e alla L.P. 9 novembre 1974, n. 22), trasfuso nell'art. 18 del decreto del Presidente della Giunta Provinciale di Bolzano 28 dicembre 1978, n. 32 (Approvazione del testo unificato delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi), come modificato dall'art. 3 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 24 febbraio 1993, n. 5 (Modifica delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi e della legge provinciale 20 febbraio 1970, n. 4, e successive modifiche ed integrazioni, sull'assistenza creditizia ai coltivatori diretti assuntori di masi chiusi), nella parte in cui prevede che tra i chiamati alla successione nello stesso grado ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine.

1.1 Il rimettente, investito del ricorso di A.R., premette in fatto che l'originario proprietario del maso chiuso "Sarganthof", sito in Novacella/Varna (BZ), era deceduto ab intestato il 12 agosto 2001, lasciando due figli naturali: la ricorrente A.R., nata il (...), e M.L., nato il (...); che, in base ai certificati ereditari del 2 febbraio 2005, i figli erano stati intavolati quali proprietari per la metà indivisa del maso; che la ricorrente aveva interesse ad essere dichiarata assuntrice del maso; che al momento dell'apertura della successione vigeva l'art. 18 del d.P.G.P. n. 32 del 1978, che riproduceva l'art. 5 della legge prov. Bolzano n. 33 del

1978, in base al quale, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, la preferenza spettava ai maschi rispetto alle femmine, mentre tra gli appartenenti allo stesso sesso era preferito il più anziano; che tale norma era stata sostituita con la legge prov. Bolzano n. 17 del 2001, entrata in vigore il 26 dicembre 2001; che, secondo la ricorrente, la norma previgente, applicabile al caso di specie, era costituzionalmente illegittima, essendo discriminatoria nei confronti delle donne; che la ricorrente esponeva di aver trascorso gran parte della sua vita sul maso in questione, mentre il fratello unilaterale vi aveva trascorso solamente quattro anni; che la ricorrente fin da giovane riteneva di poter assumere il maso, essendo la persona più idonea e di aver studiato giurisprudenza mantenendosi da sola.

Previa disapplicazione del citato art. 18 del d.P.G.P. n. 32 del 1978, ovvero previa declaratoria di incostituzionalità di tale norma, la ricorrente ha chiesto di essere dichiarata assuntrice del maso "Sarganthof", e di fissarsi il prezzo di detta assunzione.

Costituitosi in giudizio, il convenuto ha chiesto, in via riconvenzionale, previo rigetto dell'istanza di declaratoria di incostituzionalità della norma citata, di accertare il proprio diritto di assunzione del maso, affermando di avere vissuto sul maso insieme alla madre ed al padre, dal febbraio 1997 fino a poco prima della morte di costui; che era desiderio del padre designarlo come assuntore del maso; di aver conseguito il diploma alla scuola agraria finalizzato alla conduzione di un'azienda agricola.

1.2 Ai fini della rilevanza, il Tribunale rimettente espone di dover applicare il diritto sostanziale vigente al momento dell'apertura della successione, in virtù degli artt. 10 e 11 delle disposizioni sulla legge in generale, che prevedono che una norma non ha effetto retroattivo, salvo contraria espressa disposizione. Tale principio risulta, peraltro, codificato nel diritto internazionale privato dall'art. 46, comma 1, della L. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), secondo

cui le successioni per causa di morte sono regolate dalla legge nazionale del *de cuius* al momento della morte, nonché dall'art. 23 delle medesime disposizioni sulla legge in generale, collocato nel Capo II intitolato "Dell'applicazione della legge in generale".

In tal senso si era già espressa precedentemente anche la giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto applicarsi la normativa vigente alla data di apertura della successione anche se successivamente modificata (*ex multis*, Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 16 aprile 1981, n. 2305; Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 2 aprile 1992, n. 4012).

Nella fattispecie in esame, J.L. è deceduto ab intestato il 12 agosto 2001 a Salorno (BZ), e quindi pochi mesi prima dell'entrata in vigore della legge prov. Bolzano n. 17 del 2001, con apertura della successione legittima in favore dei suoi due unici eredi, vale a dire i figli, parti in causa nel giudizio a quo. Alla data di apertura della successione era, dunque, in vigore l'art. 5 della legge prov. Bolzano n. 33 del 1978, trasfuso nell'art. 18 del d.P.G.P. n. 32 del 1978, come modificato dall'art. 3 della legge prov. Bolzano n. 5 del 1993, che, per la parte che qui interessa, dispone che: "Tra i chiamati alla successione nello stesso grado ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine. Tra gli appartenenti allo stesso sesso è preferito il più anziano".

Il Tribunale rimettente espone che dalle prove assunte è emerso che nessuno dei due figli è cresciuto nel maso e, poiché entrambi i chiamati alla successione rivestono lo stesso grado, quali figli naturali del *de cuius*, la legge provinciale citata imporrebbe l'applicazione del criterio basato sulla preferenza accordata al sesso maschile.

1.3 In punto di non manifesta infondatezza, l'art. 5 della legge prov. n. 33 del 1978, riprodotto nell'art. 18 del d.P.G.P. n. 32 del 1978, nella parte in cui accorda la preferenza, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi rispetto alle femmine, si porrebbe in contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost., violando il principio di pari dignità sociale e di eguaglianza dei cittadini innanzi alla legge, senza distinzione di sesso. Per i chiamati all'assunzione del maso, difatti, tale norma prevede un criterio di preferenza basato esclusivamente sul sesso, operando in modo irragionevole una discriminazione in danno delle donne.

Né sarebbe possibile, secondo il rimettente, operare una interpretazione costituzionalmente conforme di tale disposizione, risultando "chiarissima ed univoca" nel preferire l'uomo rispetto alla donna, a parità di vincolo di parentela con il *de cuius*.

## Considerato in diritto

1. Il Tribunale ordinario di Bolzano dubita della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3, primo comma, della Costituzione, dell'art. 5 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 25 luglio 1978, n. 33 (Modifiche al testo unico delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi, approvato con decreto del Presidente della Giunta Provinciale 7 febbraio 1962, n. 8, e alla legge provinciale 9 novembre 1974, n. 22), riprodotto

dall'art. 18 del decreto del Presidente della Giunta Provinciale di Bolzano 28 dicembre 1978, n. 32 (Approvazione del testo unificato delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi), come modificato dall'art. 3 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 24 febbraio 1993, n. 5 (Modifica delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi e della legge provinciale 20 febbraio 1970, n. 4, e successive modifiche ed integrazioni, sull'assistenza creditizia ai coltivatori diretti assuntori di masi chiusi), nella parte in cui prevede che, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine.

1.1 Secondo il rimettente, l'art. 5 della legge prov. Bolzano n. 33 del 1978, riprodotto dall'art. 18 del d.P.G.P. n. 32 del 1978, nella parte in cui accorda la preferenza, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi rispetto alle femmine, si porrebbe in contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost., che sancisce il principio di pari dignità sociale e di eguaglianza dei cittadini innanzi alla legge, senza distinzione di sesso.

Per i chiamati all'assunzione del maso la disposizione censurata prevedrebbe un criterio di preferenza basato sul sesso, operando così una discriminazione irragionevole in danno delle donne. Non sarebbe, peraltro, possibile operare un'interpretazione costituzionalmente conforme di tale disposizione, risultando "chiarissima ed univoca" nel preferire l'uomo rispetto alla donna, a parità di vincolo di parentela con il *de cuius*.

2. In punto di rilevanza, il Tribunale rimettente espone di dover applicare il diritto sostanziale vigente al momento dell'apertura della successione; nel caso in esame il 12 agosto 2001; in virtù degli artt. 10 e 11 delle disposizioni sulla legge in generale, che prevedono che una norma non ha effetto retroattivo, salvo contraria espressa disposizione. Tale principio risulterebbe, peraltro, codificato nell'art. 46, comma 1, della L. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), che ha sostituito l'art. 23 delle disposizioni sulla legge in generale. Sarebbe quindi inapplicabile la successiva legge della Provincia autonoma di Bolzano 28 novembre 2001, n. 17 (Legge sui masi chiusi), che ha abrogato la preferenza in discussione, alle successioni apertesesi in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, come quella del giudizio a quo: sia in base al principio generale di irretroattività della legge (art. 11 delle preleggi), sia in base al fatto che, venendo in rilievo un'ipotesi di successione legittima a causa di morte, al fine di stabilire la disciplina applicabile bisogna fare riferimento a quella vigente al momento della morte del *de cuius*, perché la successione *mortis causa*, per il principio *tempus regit actum*, è disciplinata dalle norme operanti al momento dell'apertura della successione (*ex multis*, Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 25 maggio 2009, n. 12060; Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 25 settembre 1998, n. 9636; Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 11 maggio 2005, n. 9849; Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 13 aprile 2006, n. 8655).

L'assunto è condivisibile in ragione dell'applicabilità al caso di specie della norma impugnata; ancorché abrogata dalla legge prov. Bolzano n. 17 del 2001; in quanto vigente al momento dell'apertura della successione.

3. Per inquadrare la peculiare fattispecie in esame è necessario un breve excursus storico-normativo riguardante l'istituto del maso chiuso e la sua introduzione nell'ordinamento italiano.

3.1. Il "maso chiuso" trae origine da antichissime tradizioni diffuse nelle zone alpine orientali, regolate dalla legislazione austriaca fino alla legge della Provincia autonoma di Bolzano 29 marzo 1954, n. 1 (Ordinamento dei masi di chiusi nella Provincia di Bolzano), emanata in virtù dell'attribuzione statutaria della potestà legislativa (esclusiva o primaria) in materia di "ordinamento dei 'masi chiusi'" (art. 11, n. 8, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5, recante "Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige"; e successivamente art. 8, n. 8, D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, recante "Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige").

Detto istituto fu "introdotto in Alto Adige fin dai primi secoli del Medio Evo in corrispondenza ad antiche consuetudini germaniche, si affermò nel tempo e formò oggetto, verso l'età moderna, di disciplina legislativa formale, quale quella delle Patenti imperiali dell'11 agosto 1770 e del 9 ottobre 1795, di una legge dell'Impero del 1 aprile 1889 che attribuì alla legislazione provinciale il compito di disciplinare la materia, e della legge provinciale del 12 giugno 1900, n. 47, "concernente i rapporti giuridici speciali dei masi chiusi valevole per la Contea principesca del Tirolo". Dopo che il territorio dell'Alto Adige entrò a far parte del territorio italiano, l'istituto rimase in vita fino a quando con R. D. del 4 novembre 1928, n. 2325 fu estesa alle nuove Province la legislazione nazionale. Senonché, anche dopo il suo disconoscimento legale, la popolazione dell'Alto Adige continuò a dimostrarsi attaccata all'istituto. E non mancarono apprezzamenti favorevoli che anche giuristi particolarmente esperti in diritto agrario espressero in riguardo ad esso, considerandolo utile dal punto di vista economico, per la remora che pone allo smembramento dei fondi, e dal punto di vista sociale, per l'apporto che può dare al mantenimento della compagine familiare e alla esistenza di una sana classe rurale. È interessante rilevare che già durante l'impero della legislazione austriaca, nonostante l'abrogazione di ogni norma speciale in materia di fondi rustici appoderati disposta con la legge austriaca 27 giugno 1868, l'istituto restò eccezionalmente in vigore nel Tirolo. Ma fu essenzialmente per andare incontro alle aspirazioni chiaramente manifestate dagli esponenti della popolazione alto-atesina in riguardo al riconoscimento formale dell'antico istituto, che il legislatore costituzionale si indusse a dettare il disposto del n. 9 dell'art. 11 dello Statuto per il Trentino-Alto Adige, col quale attribuì alla Provincia la facoltà di emanare norme legislative "per le seguenti materie ... n. 9: ordinamento delle minime unità culturali, anche agli effetti dell'art. 847 del Codice civile; ordinamento dei "masi chiusi" e delle comunità familiari rette da antichi statuti e consuetudini" (sentenza n. 4 del 1956).

In sintesi, prima dell'accesso nel nostro ordinamento, il "maso chiuso" è stato disciplinato dalla L. 12 giugno 1900, n. 47 della Contea Principesca del Tirolo; successivamente fu abolito con R.D. 4 novembre 1928, n. 2325 (Disposizioni per l'unificazione legislativa nei territori annessi al Regno), che estese anche all'Alto Adige la legislazione italiana (sopravvivendo peraltro, di fatto, nelle abitudini di vita delle popolazioni altoatesine); infine fu reintrodotta ad opera dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige.

Il susseguirsi di alcune modifiche legislative dopo il formale ripristino ha reso necessaria l'emanazione del decreto del Presidente della Giunta provinciale 7 febbraio 1962, n. 8 (Approvazione del testo unico delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi nella Provincia di Bolzano), attraverso la procedura di cui all'art. 38 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 25 dicembre 1959, n. 10 (Norme modificatrici, interpretative ed integrative delle leggi provinciali 29.3.1954, n. 1 e 2.9.1954, n. 2 contenenti le norme fondamentali sull'ordinamento dei masi chiusi).

A seguito delle ulteriori modifiche introdotte dalla legge della Provincia autonoma di Bolzano 9 novembre 1974, n. 22 (Emendamenti, integrazione ed ulteriore finanziamento alla legge provinciale 20 febbraio 1970, n. 4 - Provvedimenti di assistenza creditizia a coltivatori diretti assuntori di masi chiusi) e dalla legge prov. Bolzano n. 33 del 1978 fu poi compilato un nuovo testo unico, approvato con d.P.G.P. n. 32 del 1978.

Nuove modifiche furono apportate dalle leggi provinciali 26 marzo 1982, n. 10 (Modifica del testo unificato delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi, della legge provinciale sull'assistenza creditizia per assuntori di masi chiusi e della legge provinciale sull'amministrazione dei beni di uso civico) e 24 febbraio 1993, n. 5 (Modifica delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi e della legge provinciale 20 febbraio 1970, n. 4, e successive modifiche ed integrazioni, sull'assistenza creditizia ai coltivatori diretti assuntori di masi chiusi).

Oggi l'istituto è disciplinato dalla legge prov. Bolzano n. 17 del 2001, che ne ha mantenuto la struttura ed i principi ispiratori, rivisitandolo in più punti, ed in particolare - per quel che qui interessa - rimodulando i criteri di successione ed assunzione del maso. In tale contesto è stata eliminata la prevalenza della linea maschile su quella femminile.

3.2. Dall'illustrata evoluzione normativa si evince che i caratteri originari e pregnanti dell'istituto, che ne giustificano la conservazione attraverso una peculiare disciplina, sono le modalità di gestione, intestate ad una comunità familiare e ad una azienda agricola autosufficiente, ed un regime giuridico funzionale alla conservazione di dette modalità, costituito dall'indivisibilità del maso e dalla sua destinazione familiare, realizzata mediante un particolare sistema successorio, volto a designare un solo assuntore (Anerbe), il quale diviene debitore della massa ereditaria per l'ammontare del valore del maso.

In definitiva, l'analisi delle norme succedutesi nel tempo fino alla vigente legge provinciale n. 17 del 2001 consente



di affermare la persistenza del nucleo funzionale dell'istituto del maso chiuso consistente nell'indivisibilità del fondo, nella sua connessione con la compagine familiare e nella "assunzione" del fondo stesso da parte di un unico soggetto, cui un sistema particolare - anche relativo al procedimento di assegnazione e di determinazione del valore del fondo nel caso di pluralità di eredi - permette di perpetuare e garantire nel maso stesso il perseguimento delle finalità economiche e sociali proprie dell'istituto.

Al contrario, alcune modalità normative poste originariamente a corredo del peculiare istituto sono state progressivamente superate: tra queste va senz'altro ricordata la regola di devoluzione del maso chiuso per successione a causa di morte in vigore fino al 2001, la quale seguiva i criteri della prelazione maschile e del maggiorascato, dal momento che il fondo veniva attribuito, allo scopo di evitarne il frazionamento, ad un unico erede, con prevalenza della linea maschile su quella femminile. L'art. 18 del d.P.G.P. n. 32 del 1978, come successivamente abrogato dalla l. prov. Bolzano n. 17 del 2001, prevedeva per la successione legittima il seguente ordine: 1) discendenti del de cuius ed a questi equiparati che siano cresciuti o che crescono e risiedono nel maso; 2) discendenti delle persone indicate al punto 1; 3) il coniuge; 4) gli ascendenti; 5) i fratelli e le sorelle; 6) i discendenti di fratelli e sorelle; 7) i parenti più prossimi non oltre il sesto grado.

La prevalenza della linea maschile era affermata esplicitamente riguardo alla successione legittima dall'art. 18, comma 2, che stabiliva la preferenza tra i chiamati a favore dei maschi e, con riferimento alla successione per rappresentazione, dal successivo comma 6, in base al quale "i discendenti di figli premorti sono preferiti ai discendenti di figlie premorte".

Successivamente, la novella del 2001 ha previsto, in caso di successione ab intestato, che gli eredi legittimi possono trovare un accordo sulla designazione dell'unico assuntore e/o sul prezzo di assunzione (artt. 14, primo comma, e 20, primo comma); in mancanza di accordo, l'unico assuntore è determinato dall'autorità giudiziaria. Non è più riconosciuta alcuna preferenza alla linea maschile rispetto a quella femminile. La preferenza è invece accordata ai coeredi che crescono o sono cresciuti nel maso, e, tra di essi, a coloro che nei due anni antecedenti all'apertura della successione hanno partecipato abitualmente alla conduzione e alla coltivazione del maso, e, tra di essi, a coloro che sono in possesso di un diploma di una scuola professionale ad indirizzo agrario o di economia domestica riconosciuta dallo Stato o dalla Provincia, o di un'altra adeguata formazione riconosciuta dalla Provincia con l'apposito regolamento di esecuzione della Giunta provinciale di cui all'art. 49, secondo comma, della legge prov. Bolzano n. 17 del 2001. È inoltre previsto, come criterio residuale, rispetto ad ulteriori regole preferenziali, che l'autorità giudiziaria, sentiti i coeredi e la commissione locale per i masi chiusi, scelga colui che dimostri di possedere i migliori requisiti per la diretta conduzione del maso chiuso (art. 14, secondo comma).

4. Alla luce del descritto contesto normativo, occorre verificare se l'art. 5 della legge prov. Bolzano n. 33 del

1978, oggi abrogato dalla sopravvenuta L. n. 17 del 2001, ma applicabile alla fattispecie del giudizio a quo in quanto vigente al momento dell'apertura della successione, sia in contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost., nella parte in cui prevede che tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine.

4.1 La questione è fondata.

Questa Corte non ignora che, con propria precedente pronuncia n. 40 del 1957, in relazione a questioni sostanzialmente analoghe aventi ad oggetto gli allora vigenti artt. 16 e 18 della legge prov. Bolzano n. 1 del 1954, fu ritenuto che il contestato criterio di preferenza non collidesse con i principi generali dell'ordinamento giuridico, stabiliti nel codice civile in materia di successione legittima e divisione ereditaria e richiamati dall'art. 11 dello statuto speciale, adottato con la legge cost. n. 5 del 1948, né con il principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost. Detta pronuncia seguiva la linea interpretativa già tracciata dalla precedente sentenza n. 4 del 1956, secondo cui il legislatore costituzionale ritenne di introdurre nell'ordinamento nazionale questo istituto perché fortemente espressivo della tradizione sudtirolese. Tale istituto, non trovando "precedenti nell'ordinamento italiano, non può qualificarsi né rivivere se non con le caratteristiche sue proprie derivanti dalla tradizione e dal diritto vigente fino alla emanazione di quel R.D. 4 novembre 1928, n. 2325, sopra citato, in base al quale esso istituto cessò temporaneamente di avere formalmente vita" (sentenza n. 4 del 1956).

In tale contesto si ebbe ad affermare che "le esigenze della migliore produzione e gli scopi di natura familiare, di cui il legislatore costituzionale, con il maso chiuso, ha permesso il riconoscimento e la tutela per soddisfare le istanze della popolazione alto-atesina", giustificavano la preferenza per il primogenito maschio prevista dagli artt. 16 e 18 dell'allora legge provinciale vigente. Ciò "sulla base di una presunzione tratta da un fatto normale se non costante" secondo cui l'assuntore preferito può conoscere dell'azienda familiare "meglio di altri il più efficace sistema di conduzione e può avere un maggiore attaccamento al fondo avito" (sentenza n. 40 del 1957).

E sono proprio tali conclusioni in tema di preferenza maschile che in questa sede devono essere superate.

La fattispecie all'esame di questa Corte si inquadra in una particolare ipotesi normativa in cui è l'assetto giuridico a doversi conformare a quello sociale e alla sua evoluzione, anche alla luce delle evidenze storiche che registrano il fallimento del precedente tentativo del legislatore statale del 1928 di trasformare il regime giuridico dei masi con un atto di imperio. L'evoluzione dell'antica usanza sudtirolese in un peculiare istituto giuridico dell'ordinamento italiano trova la sua corrispondenza nei perduranti bisogni ed esigenze di una collettività locale che si è attribuita tali regole *ab immemorabili*.

D'altronde, la recezione del maso chiuso attraverso il più elevato livello normativo del nostro ordinamento (la legge costituzionale) costituisce fenomeno emblematico del pluralismo economico, sociale e giuridico che permea la

Carta costituzionale, tanto più significativo in quanto di questo istituto prestatale è stata più volte messa in dubbio la compatibilità rispetto all'ordinamento civile italiano, con il quale tuttavia convive da sempre nel limitato ambito territoriale della sua operatività.

Ciò non toglie che l'ordinamento del maso chiuso non possa contenere specifiche regole che nel tempo acquistano un significato diverso in virtù della interpretazione evolutiva, la quale può condurre - come nel caso in esame - ad una loro diversa valutazione di compatibilità con i parametri costituzionali.

Proprio la persistenza dell'istituto ne comporta una evoluzione, nel cui ambito alcuni rami possono divenire - come la disposizione impugnata - incompatibili con l'ordinamento nazionale e - conseguentemente - suscettibili di recisione senza che il maso chiuso sia scalfito nella sua identità continuativa e durevole.

Sotto tale profilo va, peraltro, osservato come sia costante l'orientamento di questa Corte nel senso che la tutela accordata a particolari istituti come il maso chiuso non giustifica qualsiasi deroga ai principi dell'ordinamento, ma soltanto quelle che sono funzionali alla conservazione dell'istituto nelle sue essenziali finalità e specificità (sentenze n. 173 del 2010, n. 340 del 1996, n. 40 e n. 5 del 1957, n. 4 del 1956, nonché, sia pure a contrario, n. 691 del 1988) e che comunque non comportano la lesione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, quale la parità tra uomo e donna.

4.2 In tale prospettiva, l'orientamento risalente non può essere oggi condiviso alla luce del principio di parità tra uomo e donna, il quale assume primazia indefettibile nella valutazione degli interessi di rango costituzionale sottesi all'esame della presente questione.

L'evoluzione sociale e normativa intervenuta dopo la richiamata sentenza n. 40 del 1957 è inequivocabile, così da ritenere irreversibilmente superata l'applicazione del maggiorascato e - quel che qui più interessa - della prelazione maschile alla successione nell'assunzione del maso chiuso, la quale risulta quindi in contrasto con l'art. 3 Cost.

Dette regole, non a caso abrogate dalla legge provinciale n. 17 del 2001, fanno capo ad un contesto inattuale nel quale, all'esigenza obiettiva di mantenere indiviso il fondo, si associava una ormai superata concezione patriarcale della famiglia come entità bisognosa della formale investitura di un capo del gruppo parentale (in tal senso, sentenza n. 505 del 1988). La desuetudine della visione patriarcale della famiglia e del principio del maggiorascato, l'evoluzione normativa in materia di parità tra uomo e donna - si possono citare, tra le più importanti, le leggi 9 febbraio 1963, n. 66 (Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni); 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia) e 9 dicembre 1977, n. 903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro) - hanno dunque profondamente mutato sia il contesto sociale che quello giuridico di riferimento.

4.3 D'altronde, già in passato, relativamente a questioni di minore rilevanza della presente, questa Corte aveva ritenuto, in alcuni casi, compatibili e, in altri, vizzate e non più

rispondenti alla ratio originaria, alcune norme che, rispettivamente, erano state introdotte o facevano parte dell'ordinamento del maso chiuso.

Così, per quanto riguarda l'introduzione di nuove norme, ebbe a dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale - sollevata in riferimento all'art. 8, numero 8), del D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) - dell'art. 35, comma 2, della L. 24 novembre 2000, n. 340 (Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999), come sostituito dall'art. 22, comma 1, della L. 29 luglio 2003, n. 229 (Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001), che inseriva l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 46 della L. 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari), per chi intendesse proporre in giudizio una domanda relativa all'ordinamento dei masi chiusi.

In quella sede fu precisato "che la peculiare dilatazione della competenza legislativa provinciale trova esclusiva giustificazione nella circostanza che essa sia funzionale "alla conservazione dell'istituto nelle sue essenziali finalità e specificità" (sentenza n. 340 del 1996) cosicché ogni qualvolta la predetta finalità non sia riscontrabile, da un lato, riemergono gli ordinari impedimenti alla competenza legislativa primaria della Provincia autonoma in materia di diritto privato e di esercizio della giurisdizione (sentenza n. 405 del 2006) e, dall'altro, la competenza nelle predette materie del legislatore statale, simmetricamente, conserva l'abituale estensione", per cui, applicando "i suddetti principi anche alla fattispecie ora all'esame di questa Corte, si rileva che la disposizione oggetto di censura ... non opera alcuna, sia pur marginale, trasformazione della disciplina sostanziale dell'istituto stesso rispetto ai suoi contenuti fissati nella tradizione giuridica"; pertanto "gli ambiti di competenza legislativa provinciale risultano, per come sopra dimostrato, inviolati dalla norma censurata" (sentenza n. 173 del 2010).

Per quanto concerne la sopravvenuta non conformità a Costituzione, fu dichiarata l'illegittimità - in riferimento all'art. 3 Cost. - dell'art. 30 della legge prov. Bolzano n. 1 del 1954, nella parte in cui non prevedeva che pure in caso di trasferimento coattivo del maso chiuso in un procedimento di esecuzione forzata l'assuntore è tenuto a versare alla massa ereditaria, per la divisione suppletoria, l'eccedenza del ricavo dalla vendita o del valore di assegnazione sul prezzo di assunzione. In quella sede è stato chiarito, tra l'altro, che la norma scrutinata, se era in origine giustificata da una *ratio legis* orientata a coniugare una misura di equità con una misura sanzionatoria del comportamento dell'assuntore, non era più assistita da "una giustificazione sostanziale che valga a legittimare la disparità di trattamento dei coeredi al cospetto del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost." (sentenza n. 505 del 1988).

5. L'art. 5 della legge prov. Bolzano n. 33 del 1978 va dichiarato, pertanto, costituzionalmente illegittimo, nella

parte in cui prevedeva che, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 25 luglio 1978, n. 33 (Modifiche al testo unico delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi, approvato con decreto del Presidente della Giunta Provinciale 7 febbraio 1962, n. 8, e alla legge provinciale 9 novembre 1974, n. 22), riprodotto

dall'art. 18 del decreto del Presidente della Giunta Provinciale di Bolzano 28 dicembre 1978, n. 32 (Approvazione del testo unificato delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi), come modificato dall'art. 3 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 24 febbraio 1993, n. 5 (Modifica delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi e della legge provinciale 20 febbraio 1970, n. 4, e successive modifiche ed integrazioni, sull'assistenza creditizia ai coltivatori diretti assuntori di masi chiusi), nella parte in cui prevede che, tra i chiamati alla successione nello stesso grado, ai maschi spetta la preferenza nei confronti delle femmine.

## Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale

di Vincenzo Barba

Questa sentenza della Corte costituzionale, per un verso, consente di meditare sul difficile rapporto tra tradizioni culturali e principi fondamentali, riflettendo su quale debba essere lo spirito e il metodo con cui l'interprete è chiamato a esercitare il controllo di conformità al nostro sistema ordinamentale e, per altro verso, è l'occasione per riflettere sulla coerenza delle regole di circolazione a causa di morte del maso chiuso con i principi costituzionali. In questa prospettiva, la sentenza offre lo spunto per verificare la coerenza ordinamentale della disciplina sul maso chiuso sia nella parte in cui deroga al principio di individuazione dell'erede legittimo secondo il criterio di prossimità della parentela, sia nella parte in cui deroga alla disciplina di tutela dei legittimari.

### Interpretazione secondo costituzione e tradizioni culturali

Una prima e sommaria considerazione potrebbe condurre a reputare questa sentenza di poco rilievo, se soltanto si rifletta che essa si limita a dichiarare l'incostituzionalità di una disposizione di legge abrogata da oltre un decennio e che la legge vigente sui masi chiusi è esattamente conforme nel suo contenuto a quanto la Corte costituzionale ha affermato in questa decisione. Si potrebbe, quindi, pensare, che questa sentenza nasca già desueta e che essa sia servita per risolvere un solo caso singolare che, difficilmente, potrà riproporsi.

Una tale valutazione che pure è capace di cogliere l'incidenza di questa sentenza sull'ordinamento giuridico vigente e la sua limitata capacità di porre regole di futuri casi concreti, manca di segnare il profilo per il quale essa merita, dal mio punto di vista, particolare attenzione e riflessione.

Non si tratta, infatti, di una decisione che vale soltanto perché elimina una norma abrogata, ma di una sentenza con la quale la nostra Corte costituzionale, nella piena consapevolezza che il diritto è cultura (1), tocca il delicatissimo rapporto tra tradizioni culturali e principi fondamentali. Riconoscendo, senza alcun dubbio, l'assoluta primazia dei secondi

(1) Sull'interconnessione tra diritto e cultura, A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche, I, Il concetto di diritto*, V ed., Milano, 1996, 396 ss., "il diritto fa parte dell'insieme di valori spirituali delle società umane ed è a questo titolo fenomeno culturale [...] E adesso ben chiaro che il diritto, del quale abbiamo con insistenza ricordato i caratteri associati della spiritualità e della socialità. È un fenomeno culturale e non è intellegibile fuori dalla dimensione culturale delle società umane". P. Grossi, *La formazione del giurista*, cit., 36, "il diritto pertiene naturalmente alla società, perché è una insopprimibile dimensione con cui la società vive la sua storia". P. Perlingieri, *Dittatura del relativismo e tirannia dei valori*, in *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e*

*norma*, a cura di T.G. Tasso, Napoli, 2011, 136, "in definitiva, il diritto è fenomeno culturale, perenne confronto del sistema giuridico con la realtà fattuale, insieme di questioni e possibili soluzioni, in una prospettiva storica". Id., *Primato della politica e diritto dei giuristi*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2014, 120, "il binomio tra *iure societatis* è inscindibile. Il diritto è struttura della società, espressione e parte della sua cultura. Se non esiste un diritto separato dalla società occorre dissentire da chi vorrebbe limitarsi ad una indagine linguistica delle norme o da chi vorrebbe separare il diritto dalla economia o dalla morale, in un vero delirio di weigneriana purezza del diritto. Non è possibile sottrarre la complessità del fenomeno giuridico dall'esperienza e quindi dalla attualità. I valori

e la necessità che non ci sia istituto giuridico, ancorché fortemente espressivo di una tradizione culturale del nostro paese, che possa porsi in contrasto con i principi identificativi del sistema (2).

In questo orizzonte viene anche delineato il difficile rapporto tra istituti giuridici, ancorché di antica tradizione o espressivi di un certo sentire culturale, e principi identificativi del sistema ordinamentale (3).

In questa direzione la sentenza diventa una vera e propria esercitazione d'interpretazione assiologica, con funzione di controllo (4), capace di potersi estendere a casi che vanno ben al di là del maso chiuso e che possono trovare fondamento in altri ordinamenti giuridici o in altre esperienze culturali.

che nascono dalla cultura giuridica condizionano l'attività ermeneutica e quindi il diritto". S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, I (1940-1979), Napoli, 2012, 3091 s., "se è vero che una riforma è matura non solo quando sono i fatti storici a reclamarla, non solo quando è divenuta generale la convinzione della sua necessità, ma quando gli studiosi hanno realizzato quel mutamento di condizioni culturali, quell'affinamento di nuovi e più adeguati strumenti, che condizionano ogni serio tentativo di rinnovamento degli istituti giuridici. La maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica e riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione". Ma si veda, anche, in prospettiva più filosofica, R. De Stefano, *Per un'etica sociale della cultura*, I, *Le basi filosofiche dell'umanesimo moderno*, Milano, 1954; Id., *Per un'etica sociale della cultura*, II, *La cultura e l'uomo*, Milano, 1963.

(2) In questo senso merita di essere ricordata la decisione di Corte cost. 25 giugno 1956, n. 4, in *Leggi d'Italia*, la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, stringendosi a osservare che "l'istituto dei «masi chiusi», che, come di è detto, non trova precedenti nell'ordinamento italiano, non può qualificarsi né rivivere se non con le caratteristiche sue proprie derivanti dalla tradizione e dal diritto vigente fino alla emanazione di quel D.R. 4 novembre 1928, n. 2325, sopra citato, in base al quale esso istituto cessò di avere formalmente vita". In quella decisione del 1956 il rapporto tra tradizioni culturali e principi identificativi ha trovato una soluzione diversa da quella attuale. Tale decisione, considerato il momento storico in cui è stata pronunciata, non può stupire, se soltanto si consideri che il ruolo e l'importanza dei principi identificativi del sistema attendeva, allora, di essere tracciata. Del pari non può stupire, neppure per un attimo, la diversa decisione che è stata assunta dalla Consulta nel 2017. All'esatto contrario, nel nostro attuale momento sarebbe stata stupefacente una soluzione di segno contrario. La decisione in commento è annotata su *Giur. it.*, 2017, 1782 ss. da E. Gabrielli, *La tutela "costituzionale" dell'eredità del maso chiuso*.

(3) Spiega benissimo il ruolo, il valore normativo dei diritti fondamentali nei moderni Stati costituzionali di diritto e l'influenza di essi nella ideologia delle fonti del diritto, G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 7 s., "i diritti fondamentali, prima proclamati in Dichiarazioni e Carte dei diritti dal valore più politico e programmatico che specificamente giuridico, ho relegati nei discorsi dei filosofi, dei moralisti e dei rivoluzionari, sono adesso collocati dentro il diritto positivo, e anzi al vertice stesso della gerarchia delle fonti del diritto. Da qui la configurazione di un nuovo modello di ordinamento giuridico - lo «Stato costituzionale» - e l'adozione di

La Corte costituzionale non si stringe a dire soltanto in quale limite il maso chiuso possa reputarsi compatibile nel nostro sistema ordinamentale, ossia quali adattamenti di disciplina siano necessari perché esso sia conforme ai principi e valori normativi vigenti (5), ma indica, più, in generale, il controllo che il giurista è tenuto a fare rispetto a qualunque altro istituto giuridico, non soltanto quando esso sia di tradizione domestica, ma vieppiù quando provenga da altri ordinamenti giuridici, in forza dell'applicazione di una legge straniera resa possibile da una norma di d.i.p. (6), oppure qualora sia importato per effetto di un atto di autonomia privata.

Occorre verificare quali sono i tratti che ne connotano l'identità, distinguendoli dalle specifiche regole,

un nuovo paradigma sia teorico che normativo di riflessione giuridica - il neo costituzionalismo".

(4) P. Perlingieri, *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Le Corti salernitane*, 2013, 468 ss.; Id., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 195, ora in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, 104; Id., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 27, "più che di gerarchia delle fonti bisognerebbe discorrere di gerarchia dei valori. In via esemplificativa è da preferire l'applicazione di un regolamento governativo alla legge statale (o regionale) ove il primo preveda misure a tutela della persona più efficaci rispetto a quelle contemplate dalla seconda". Id., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, 826 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistemata ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990 e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., 275. Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 369 s., 604, 618 s., 613, 855. Nell'introduzione, a p. XI, si legge: che l'interpretazione "a fini applicativi consente di presentare, nonostante la pluralità delle fonti e dei poteri normativi, l'ordinamento giuridico come unitario anche se complesso, quale risultato dell'insieme delle applicazioni; in un approccio sistematico volto a valutare l'impatto del fatto singolo nel sistema degli interessi e dei valori giuridicamente rilevanti, sapendo cogliere tra essi quelli prevalenti e sapendo realizzare gli opportuni bilanciamenti alla luce del principio di ragionevolezza insito nel sistema".

(5) Nota la disputa sui valori. In questa sede il riferimento è colto in una prospettiva puramente normativa, indicando come valore soltanto il valore normativo, ossia i valori assunti dall'ordinamento giuridico, pure nella graduazione che esso pone e impone. P. Perlingieri, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali Sisdic*, 2017, e in *Politica Criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 197, "in realtà se il principio giuridico è norma ed è norma «dotata di particolare generalità e/o di una particolare fundamentalità ovvero di una più intensa significatività sul terreno storico-giuridico», anche il valore, assunto dall'ordinamento, «non è un puro 'valore' capace di influenza solo orientativa» ma è norma e, come tale, principio".

(6) Si consideri che l'applicazione di una legge straniera è ammissibile se l'applicazione di quella legge al caso concreto non determina un regolamento del caso concreto che sia contrario all'ordine pubblico internazionale. Sull'ordine pubblico internazionale, come una clausola generale, che opera come limite negativo, successivo e concreto, con funzione assiologica e di controllo, si v. V. Barba, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, in corso di pubblicazione, e in G. Perlingieri e M. D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, 409 ss., al quale si rinvia per

che ne segnano la disciplina. Nella misura in cui i tratti che connotano l'istituto giuridico sono coerenti e attuativi dei principi e valori normativi vigenti, l'istituto ha pieno diritto di cittadinanza nel nostro sistema.

Questa è la sola condizione di ammissibilità di un istituto giuridico nel nostro ordinamento, sia che esso appartenga alla nostra trama legislativa, sia che esso sia importato da altri ordinamenti giuridici, sia che esso costituisca un'autentica invenzione dei privati e sia, dunque, frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale.

Questa se si vuole è la storia che legittima l'ammissibilità di danni punitivi, di patti successori, del riconoscimento della co-maternità o co-paternità, del contratto autonomo di garanzia, e così l'elenco potrebbe allungarsi a dismisura.

L'idoneità di un istituto a stare nel nostro ordinamento, non significa, però, che quell'istituto possa essere accolto nella sua interezza e complessità. Neppure se esso fosse fortemente espressivo della tradizione di una certa area del nostro paese, neppure se esso fosse ampiamente approvato in un altro ordinamento giuridico, neppure se esistesse un tenace convincimento sociale circa la sua ammissibilità, neppure se esso fosse posto da una norma sovranazionale, quale un regolamento europeo o una convenzione internazionale.

Anche le regole di dettaglio, ossia quelle regole la cui modificazione non vale a snaturare l'essenza di un determinato istituto giuridico, anche l'ultima e la più minuta di queste regole, debbono essere conformi e attuative dei principi e valori normativi vigenti.

Perché l'ordinamento non può tollerare che si possa dare anche una sola minuta regola che non sia attuativa dei principi identificativi.

Tutto ciò è quanto è accaduto al maso chiuso.

La regola incriminata è quella che stabiliva tra i chiamati per legge nello stesso grado una prevalenza dei maschi rispetto alle femmine. Essa era recata all'art. 5 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 25 luglio 1978, n. 33, la quale, pur essendo abrogata dall'attuale legge provinciale del 2001, era applicabile alla successione in parola, in forza del principio che rende applicabile la legge esistente al tempo di apertura della successione. Trattandosi, infatti, di una successione apertasi in data 12 agosto 2001, ossia qualche mese prima che fosse approvata la legge provinciale 28 novembre 2001, n. 17, la sorte del maso chiuso era regolata dalla legge del 1978. La quale riconosceva sia una preferenza alla linea maschile rispetto a quella femminile, sia una preferenza a favore della stirpe a cui era appartenuto il genitore da cui proveniva il maso.

La Corte costituzionale avverte che tale regola, che pure ha una sua storia e una sua rilevanza, non è identificativa dell'istituto del maso chiuso, dacché la sua presenza o assenza, come dimostra la nuova legge del 2001, non tocca l'identità dell'istituto. Questa regola potrebbe essere eliminata, senza pregiudizio per la conservazione dell'istituto del maso chiuso. S'impone, però, di superare questa regola di dettaglio, in quanto lesiva del principio di eguaglianza e di parità di trattamento.

Si afferma, con convinzione, l'esigenza di superare quella regola, perché contrasta con un principio fondamentale, che non tollera alcun compromesso. Del resto la nuova legge sul maso chiuso, che risale al dicembre del 2001, si è già orientata in questo senso: ha eliminato ogni preferenza fondata sul mero sesso del discendente, lasciando, ragionevolmente (7), resistere la regola che pone la preferenza di coloro che siano cresciuti nel maso, o che nell'ultimo biennio abbiano avuto la conduzione del maso, o che siano in possesso di un titolo di studio che abbia

ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza sul tema. Occorre precisare che viene sottoposto a controllo di conformità non la singola norma astrattamente considerata, bensì la disciplina del caso concreto. In questo senso è evidente che il concetto di ordine pubblico internazionale è funzionalmente distinto da quello di ordine pubblico interno, inteso come limite di validità degli atti di autonomia privata, e che l'aggettivo "internazionale" non ha la funzione di spostare questo concetto su un piano sovranazionale, ma soltanto di richiamare l'attenzione dell'interprete sulla sua particolare funzione. L'ordine pubblico internazionale è, infatti, un concetto di diritto interno storicamente condizionato dall'ordinamento di riferimento, e contenutisticamente dipendente dai suoi principi e valori normativi. Non esiste, dunque, un concetto di ordine pubblico internazionale comune a tutti i Paesi, perché ciascuno ne ha uno proprio, con la conseguenza che l'ordine pubblico internazionale in Italia è diverso dall'ordine pubblico internazionale in Francia, in Germania e via seguitando. Ordine pubblico internazionale (come limite all'applicabilità di una disciplina straniera) e ordine

pubblico interno (come limite di validità di atti di autonomia privata) assolvono a funzioni diverse, con la conseguenza che, dovendo applicare la legge italiana o, per effetto di una norma di diritto internazionale privato, una legge straniera, il giudizio del giurista può giungere a esiti diversi e postulare che rispetto a casi analoghi si possano dare soluzioni concrete differenti e, addirittura, di segno opposto.

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

rilevanza per la conduzione del maso, relegando la prossimità di parentela a criterio subalterno.

### La circolazione giuridica del maso chiuso

La decisione della Consulta, pur nella sua sinteticità, costituisce l'occasione per una riflessione più generale sul maso chiuso, la cui storia legislativa nel nostro paese si lega alle antiche tradizioni altoatesine (8) e la cui disciplina, caratterizzata dalla tendenziale indivisibilità del bene, profila aspetti particolarmente significativi sia in punto di circolazione con atto tra vivi, sia in punto di circolazione a causa di morte (9), in guisa che la stessa pianificazione ereditaria del maso chiuso suggerisce di discorrere di successione anomala (10) e separata (11).

La parola "maso" descrive, infatti, quella forma di insediamento agricolo comune a tutto il Tirolo caratterizzata da un'azienda agricola familiare con un'autonomia economica e la capacità di mantenere una famiglia, costituita di fabbricati, campi,

prati, boschi e pascoli (12), mentre l'aggettivo "chiuso" vale a designarne la particolare disciplina giuridica (13). La quale si caratterizza, principalmente, per una limitata disponibilità del bene, teleologicamente orientata a garantirne la conservazione giuridica (14).

L'indivisibilità del maso chiuso si apprezza tenendo conto che i diritti connessi con la conduzione del maso e le pertinenze si trasferiscono a titolo gratuito in capo all'assuntore, sicché la loro circolazione è indissolubilmente legata a quella del maso medesimo.

Quanto alla circolazione giuridica *inter vivos*, è stabilito che il proprietario non può trasferire frazionatamente il maso, essendo, al più, possibile, previa autorizzazione della Commissione locale, il distacco di parti del maso chiuso, in alcuni casi specifici descritti agli artt. 2, 5, 6 e 9 della legge del 2001 (15).

Quanto alla circolazione giuridica *mortis causa*, secondo un consolidato orientamento di dottrina,

(8) Il primo provvedimento normativo risale alla L. 12 giugno 1900, n. 47, della Contea principesca del Tirolo, la quale regolò l'istituto sino al 31 luglio del 1929. Data nella quale, per effetto del R.D.L. 4 novembre 1928, n. 2325, che estese la legislazione italiana anche all'Alto Adige, l'istituto venne abrogato. Nonostante l'abrogazione della disciplina, i masi chiusi continuarono a sopravvivere nelle tradizioni culturali di quelle popolazioni. Prendendo atto di ciò, la Costituzione della Repubblica Italiana prima, mercé l'art. 116, e la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5, dopo, approvando lo Statuto speciale della Regione del Trentino Alto Adige, ha attribuito, tra l'altro, alle province della regione la potestà legislativa sull'ordinamento dei masi chiusi. Sulla base di questa delega, il maso chiuso è stato, nuovamente, reintrodotta nel sistema dalla legge provinciale 29 marzo 1954, n. 1 e le successive leggi provinciali 2 settembre 1954, n. 2 e 25 dicembre 1959, n. 10 l'istituto. La particolare frammentazione delle regole, dislocate in numerose e diverse leggi, suggerì di trasfondere tutta la disciplina dei masi chiusi nel T.U. 7 febbraio 1962, n. 8. Il quale venne modificato dalla legge provinciale 27 luglio 1978, n. 33, la quale determinò l'approvazione di un nuovo T.U. 28 dicembre 1978, n. 32, successivamente integrato dalla disciplina recata nelle leggi provinciali 26 marzo 1982, n. 10 e 24 febbraio 1993, n. 5. La restaurata frammentazione della disciplina ha suggerito, da ultimo, un nuovo intervento. Abrogate tutte le precedenti disposizioni, la disciplina sui masi chiusi è oggi integralmente contenuta nella recente legge provinciale 28 novembre 2001, n. 17.

(9) C. Frassoldatati, *Maso chiuso*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, s. d., ma 1964, 292 ss.; C. Schwarzenberg, *Maso chiuso*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 703; G. Gabrielli, *Maso chiuso*, in *Noviss. Dig. it.*, App., IV, Torino, 1983, 1171 ss.; G. Gabrielli, *Maso chiuso*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1994, XI, 205 ss.; A. De Caprariis, *Maso chiuso*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.

(10) G. Recinto, *Le successioni anomale*, cit., 653; G. Cattaneo, *Le vocazioni anomale*, cit., 524

(11) M. Ieva e A. Rastello, *Le successioni anomale legali*, in *Riv. not.*, 1991, 1188 ss.

(12) Oggi, ai sensi dell'art. 1 della L. n. 17 del 2001, perché si possa dare un maso chiuso è indispensabile che il complesso di immobili, compresi i diritti connessi, venga iscritto nella sezione I (masi chiusi) del libro fondiario, con intesa che tale iscrizione ha efficacia costitutiva (v. S. Mayer, *L'istituto del "maso chiuso" nella*

*Provincia di Bolzano*, in *Studium Iuris*, 2002, 1549; M. Alvino, *In tema di svincolo di maso chiuso*, in *Dir. e Giur. Agr.*, 2001, 134 ss.; C. Schwarzenberg, *Maso chiuso*, cit., 703) e si esegue su istanza del proprietario o dei comproprietari, previa autorizzazione della commissione locale per i masi chiusi e sempreché sussistano i requisiti di cui all'art. 2 della predetta legge. Perché un'azienda agricola venga costituita in maso chiuso è necessario che comprenda una casa di abitazione con relativi annessi rustici e che il reddito medio annuo sia sufficiente ad assicurare un adeguato mantenimento ad almeno quattro persone, senza tuttavia superare il triplo di tale reddito.

(13) Due elementi hanno, da sempre, caratterizzato il maso chiuso: l'uno economico, l'altro giuridico. Il primo indicava l'esistenza di un'azienda agricola autosufficiente al mantenimento di una comunità familiare e, quindi, indipendente rispetto ai feudatari dominanti le sottostanti vallate, dislocata, generalmente, in territorio montano e tale per cui l'edificio adibito a residenza dei componenti della comunità familiare era circondato da una porzione del bosco comunale. Il secondo si è sempre risolto in una particolare disciplina giuridica, teleologicamente orientata a garantire la conservazione giuridica del primo, mercé una evidente limitazione del potere dispositivo *inter vivos* e *mortis causa* del bene. Così, F. Valenza, *La successione nel maso chiuso*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, III, Milano, 2009, 1129; Id., *Le norme successorie relative al maso chiuso*, in *Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, Tratt. G. Bonilini, Torino, 2004, 324

(14) F. Valenza, *La successione nel maso chiuso*, cit., 1129; F. Valenza, *Le norme successorie relative al maso chiuso*, cit., 324; V. Barba, *La successione nel maso chiuso*, in G. Petrelli (a cura di), *Formulario notarile commentato*, VII, 1, dir. da G. Bonilini, Milano, 2011, 1746-1839; Id., *Le disposizioni relative al maso chiuso*, in G. Bonilini-V. Barba (a cura di), *Le disposizioni testamentarie*, Torino, 2012, 371 ss.

(15) F. Valenza, *La successione nel maso chiuso*, cit., 1131 s. M. Tamponi, *Maso chiuso - Modifiche all'estensione - Autorizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 335 ss.; G. Petti, *Difetto di autorizzazione amministrativa e preliminare di vendita di immobili compresi in maso chiuso*, in *Contratti*, 2008, 883 ss.; L. Paoloni, *Sulla nullità nella vendita di immobili inclusi nel maso chiuso*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1507 ss.

il maso chiuso si trasferisce sin dal momento dell'apertura della successione, escludendosi che si possa dare una situazione di comproprietà tra i coeredi. A riprova di ciò si adduce la norma che consente al giudice di emettere, salva la possibilità di revoca o modifica, un certificato di eredità del maso anche a favore di colui che sia meramente chiamato all'assunzione (16).

La singolare indivisibilità del maso chiuso importa che esso deve essere assegnato a un unico erede o legatario (17), mentre la autonomia del maso chiuso rispetto agli altri beni ereditari si apprezza considerando l'autonomia dell'atto di assunzione rispetto all'eventuale negozio divisorio, la cui rescissione o caducazione non travolge l'assegnazione del maso, ove pure fosse in esso contenuta (18).

Nel caso di successione legittima è consentito ai coeredi di accordarsi in merito a chi debba assumere l'assunzione del maso e in merito a quale debba essere il prezzo di assunzione del maso, il quale rileva a tutti i fini successorî (a titolo d'esempio: riunione fittizia, determinazione della quota disponibile, imputazione *ex se*, collazione, riduzione). Nell'ipotesi in cui i successori legittimi non raggiungano un accordo sull'assunzione del maso chiuso, l'assuntore viene determinato, su istanza anche di uno soltanto dei coeredi, anche in sede di divisione ereditaria, dall'autorità giudiziaria. La quale, previo il parere della commissione locale per i masi chiusi, decide in base all'ordine di preferenza espressamente stabilito nell'art. 14 della legge del 2001 (19).

Il testatore può designare, a titolo di erede o a titolo di legatario, l'assuntore del maso e può anche fissare il prezzo di assunzione. Tale prezzo, anche a cagione della sua rilevanza ai fini successorî, deve essere

fissato dal testatore; in difetto, deve essere convenuto tra assuntore ed eredi, con avvertimento che in caso di mancato accordo, sarà determinato, su istanza dell'interessato, da parte dell'autorità giudiziaria, secondo i criteri fissati all'art. 20 della legge.

Il testatore ha il potere di designare con il testamento il soggetto al quale debba spettare l'assunzione del maso chiuso e anche il potere di escludere che uno o più dei suoi eredi possano essere chiamati all'assunzione (20). In tale caso, l'Autorità giudiziaria, chiamata a decidere sull'assunzione, pur decidendo secondo i criteri indicati all'art. 14 della legge, non può, comunque, designare quale assuntore il soggetto che il testatore abbia espressamente escluso, ove pure costui abbia, a preferenza di altri, migliori requisiti. Il testatore può escludere dall'assunzione anche i legittimarî (21), con precisazione che costoro qualora dovessero ricevere una quota di patrimonio inferiore a quella loro riservata, avrebbero soltanto diritto a conseguire il valore, ma non anche il maso stesso.

Indipendentemente dalla circostanza che la successione del titolare del maso chiusa sia regolata dalla legge o dal testamento, la legge riconosce al coniuge superstite, qualora non sia designato quale assuntore e non sia in grado di mantenersi con i propri redditi, il diritto, vita natural durante, a un adeguato mantenimento. Si tratta di un vero e proprio onere reale connesso alla titolarità del maso chiuso. Al coniuge superstite non assuntore del maso chiuso, indipendentemente dalla propria capacità di mantenimento, spetta, ai sensi dell'art. 540 c.c., il diritto di abitazione e il diritto di uso degli arredi della casa di abitazione.

(16) C. Frassoldatati, *Il maso chiuso e le associazioni agrario-forestali dell'Alto Adige nella recente legislazione della provincia di Bolzano*, in *Riv. dir. agrario*, 1962, I, I, 331; F. Valenza, *Le norme successorie relative al maso chiuso*, cit., 328.

(17) G. Cattaneo, *Le vocazioni anomale*, cit., 524.

(18) C. Schwarzenberg, *Maso chiuso*, cit., 708.

(19) In particolare, l'Autorità giudiziaria dovrà preferire, purché non siano dichiarati inabili o interdetti o assistiti da un amministratore di sostegno, nell'ordine: a) i coeredi che crescono o sono cresciuti nel maso; b) tra più coeredi che crescono o sono cresciuti nel maso sono preferiti coloro che nei due anni antecedenti l'apertura della successione hanno partecipato abitualmente alla conduzione e alla coltivazione del maso; c) tra più coeredi che adempiano i presupposti previsti nelle lettere a) e b) sono preferiti coloro che sono in possesso di un diploma di una scuola professionale ad indirizzo agrario o di economia domestica riconosciuta dallo Stato o dalla Provincia, o di un'altra adeguata formazione riconosciuta dalla Provincia; d) in difetto di alcuno che si trovi in una delle precedenti condizioni, i discendenti che crescono o sono cresciuti nel maso, compresi figli adottivi e coloro che subentrano per rappresentazione,

sono preferiti al coniuge superstite; quest'ultimo però è preferito a tutti gli altri parenti, se dall'ultima assunzione del maso sono passati cinque anni o se da almeno cinque anni ha collaborato alla conduzione del maso, considerando il lavoro domestico svolto nel maso quale collaborazione alla sua conduzione; e) tra più coeredi di pari preferenza secondo le lettere dalla a) alla d) sono preferiti i parenti o le parenti più vicini di grado; f) se il defunto non ha lasciato discendenti né coniuge superstite e ha assunto l'intero maso o gran parte di esso da uno dei genitori per via ereditaria o per trasferimento in anticipazione della successione ereditaria, trovano applicazione, in caso di presenza di più persone dello stesso grado di parentela, i criteri di cui alle lettere a), b) e c). Qualora nessuno dei coeredi soddisfi le condizioni indicate, quale assuntore viene scelto, sentiti i coeredi e la commissione locale per i masi chiusi, colui che dimostri di possedere i migliori requisiti per la diretta conduzione del maso chiuso. Qualora la persona determinata dall'Autorità giudiziaria non voglia farsi carico dell'assunzione del maso, la preferenza passa agli altri coeredi, sempre secondo l'ordine indicato.

(20) F. Valenza, *La successione nel maso chiuso*, cit., 1140.

(21) G. Cattaneo, *Le vocazioni anomale*, cit., 524.

Ai discendenti minori del defunto viventi nel maso, qualora siano coeredi della persona chiamata alla assunzione del maso chiuso, è riconosciuto, fino al raggiungimento della maggiore età e purché non siano in grado di mantenersi con propri redditi, il diritto di essere mantenuti adeguatamente nel maso. Tuttavia, nelle more di questa situazione, il loro diritto a essere tacitati da parte degli altri eredi non è esigibile. La dottrina esclude che l'obbligo al mantenimento del minore, il quale pur ha natura successoria e pur grava sull'assuntore, possa essere qualificato siccome onere reale (22).

Nell'ipotesi in cui il testatore sia titolare di più masi, può liberamente stabilire a chi assegnare ciascuno di essi. In difetto di scelta e/o in difetto di un accordo intercorso tra gli eredi, la legge chiama all'assunzione gli eredi secondo l'ordine fissato nell'art. 14 della legge. Coloro che sono in posizione poziora hanno il diritto di scelta. Tuttavia, se uno degli eredi sia comproprietario di uno o più masi facenti parte dell'eredità, il diritto di costui è limitato a uno dei masi in comproprietà di sua scelta (23).

Nell'ipotesi in cui l'eredità comprenda soltanto una quota di comproprietà di un maso, l'individuazione convenzionale o testamentaria o giudiziaria dell'assuntore non pregiudica i diritti degli altri comproprietari. Tuttavia, ove accadesse che a un erede comproprietario che lavora nel maso fosse per testamento o per altro titolo preferito un altro erede non comproprietario, al primo spetterebbe il diritto di prelazione. Il quale prevale sempre rispetto a tutti gli altri diritti di prelazione previsti da altre norme di legge (24).

In ragione del principio di indivisibilità e di conservazione giuridica del maso, la legge stabilisce che se l'erede o il legatario assuntore del maso trasferisce il diritto di proprietà del maso o parti del medesimo entro dieci anni dal momento dell'apertura della successione con uno o più atti tra vivi a favore di terzi, ove pure il trasferimento sia dipeso da un'espropriazione o da una esecuzione forzata, è obbligato alla c.d. divisione suppletoria. La quale non può essere esclusa neppure per testamento. Per effetto di essa, l'assuntore che abbia trasferito il diritto di proprietà del maso è obbligato a corrispondere alla massa ereditaria, su richiesta dei coeredi o dei loro discendenti,

la differenza tra il ricavo conseguibile e il prezzo di assunzione (25).

La legge sui masi chiusi tenta di risolvere il problema di coordinamento tra la disciplina speciale del maso e quella della impresa familiare. L'art. 38 stabilisce che al maso chiuso gestito come impresa familiare "si applicano le norme contenute nel codice civile fermi restando i principi contenuti nella regolamentazione dei masi chiusi". La dottrina reputa applicabili soltanto le norme sull'impresa familiare relative alla partecipazione agli utili e agli incrementi dei familiari e le norme che prevedono un diritto al mantenimento dei familiari; inapplicabili, invece, le norme che incidono sulla proprietà del maso (in tema di prelazione, divisione ereditaria, alienazione *inter vivos*) e quelle che incidono sulla amministrazione dell'impresa (26).

La sorte giuridica del maso, in ragione del sistema di trascrizione tavolare vigente nel territorio in cui la figura trova applicazione, è legata al certificato di eredità (27). Per ottenere il quale è necessaria una apposita domanda dell'assuntore. Il quale deve allegare alla istanza per il rilascio di certificato di eredità il titolo, convenzionale, testamentario o giudiziale, in forza del quale ha diritto alla assunzione. Nel certificato di eredità il giudice assegna il maso all'assuntore, dichiarandolo debitore della massa ereditaria per l'ammontare del valore del maso.

### **Circolazione del maso chiuso e coerenza ai principi costituzionali**

La sommaria descrizione delle regole sulla circolazione giuridica del maso chiuso impone di verificare, anche alla luce di questa importante sentenza della Corte costituzionale, quale possa essere la sua futura sorte e, in dettaglio, se il complesso delle regole che ne caratterizzano la singolare circolazione possano continuare ad avere cittadinanza nel nostro ordinamento.

La linea tracciata dalla Consulta è molto chiara: "la tutela accordata a particolari istituti, come il maso chiuso non giustifica qualsiasi deroga ai principi dell'ordinamento, ma soltanto quelle che sono funzionali alla conservazione dell'istituto nelle sue essenziali finalità e specificità e che comunque non

(22) F. Valenza, *La successione nel maso chiuso*, cit., 1143 s.

(23) F. Valenza, *op. ult. cit.*, 1140 s.

(24) F. De Lisi, *Maso chiuso e diritto di prelazione*, in *Dir. e giur. agr.*, 2004, 185 ss.; F. Valenza, *op. ult. cit.*, 1141; V.M. Maccari, *La prelazione a favore del comproprietario nella disciplina dei masi chiusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 1448 ss.

(25) M.E. Cavalli, *Alienazione non volontaria di maso chiuso ed ingiustificata disparità tra coeredi*, in *Dir. fam.*, 1981, 11 ss.

(26) F. Valenza, *La successione nel maso chiuso*, cit., 1144.

(27) Adesso si v. la disciplina del Reg. europeo 650/2012, nella parte in cui disciplina il certificato successorio europeo.



comportano la lesione di principi fondamentali dell'ordinamento".

Ne viene, con estrema limpidezza, che è certamente ammissibile una deroga ai principi tecnici, che è ammissibile, purché sia strettamente funzionale alla conservazione dell'istituto, qualche deroga ai principi generali, mentre in nessun caso è ammessa una deroga ai principi fondamentali (28).

Le particolarità di disciplina più significative del maso chiuso attengono alla circolazione giuridica a causa di morte, dal momento che nella circolazione tra vivi esse concernono, sostanzialmente, talune limitazioni della facoltà di disporre connesse al principio d'indivisibilità del maso chiuso, tendenzialmente giustificabili in ragione della sua funzione sociale.

Più problematica è, invece, la disciplina della divisione del patrimonio ereditario, dal momento che si danno una serie di regole che derogano sia a principi tecnici, sia a principi generali del diritto ereditario (29).

In primo luogo, si consideri che il maso è indivisibile, sicché esso deve essere assegnato a un unico erede o legatario (30). In secondo luogo, si consideri che, in assenza di testamento, l'individuazione dell'assuntore non avviene, come tipicamente accade nella successione legittima, sulla base del criterio di prossimità della parentela, bensì in forza di altri criteri che tendono a preferire colui che si sia occupato o abbia migliori potenzialità per occuparsi del maso chiuso (31). In terzo luogo, si consideri che l'acquisto del maso da parte dell'assuntore (erede, legatario o donatario) rimane fermo anche in presenza di legittimari, avendo questi ultimi, in caso di lesione, diritto a una mera reintegrazione in danaro (32). Infine, il testatore ha il potere di escludere i legittimari dall'assunzione del maso chiuso (33).

Riguardando queste regole, non v'ha dubbio che esse si pongano in posizione di rottura rispetto a taluni principi propri del diritto delle successioni a causa di morte e, in particolare, al principio di individuazione degli eredi nella successione legittima e al principio di tutela dei legittimari. Per ciascuno di essi dovrà, dunque, verificarsi se tali deroghe possano essere tollerate e se questa disciplina possa continuare ad avere cittadinanza nel nostro ordinamento.

## **Segue: criterio di prossimità della parentela, tutela della famiglia e individuazione dell'assuntore**

Il discorso può prendere le mosse dalle deroghe al principio che governa la successione legittima. L'assuntore del maso chiuso viene individuato non già secondo le regole tecniche proprie della successione legittima, ossia le regole che portano a prediligere il parente di grado più prossimo, bensì sulla base di un complesso di criteri orientati a favorire colui che abbia, potenzialmente, maggiori capacità di occuparsi del maso chiuso.

La deroga è sicuramente evidente, ma può considerarsi tollerabile e, addirittura, pienamente giustificata e giustificabile.

Non tanto perché ci sono altri casi di successioni anomale, in cui l'individuazione del destinatario di una certa attribuzione patrimoniale può non coincidere con l'erede (es. successione nei contratti agrari, successione nell'indennità di lavoro), ma perché essa trova adeguata giustificazione in altri principi costituzionali che, nel caso concreto, consentono di reputare ragionevole la diversa regola di individuazione dell'assuntore.

Il concorso tra principi che si prospetta è chiaro.

Da un lato, vi è il principio che porta a individuare l'erede legittimo secondo un criterio di prossimità di parentela, dall'altro lato, il principio che individua l'assuntore sulla base dell'idoneità del soggetto a occuparsi del maso chiuso.

Entrambi detti principi hanno natura puramente tecnica, sicché essi sembrerebbero facilmente derogabili, né richiederebbero, in quanto meri principi tecnici, una specifica e argomentata giustificazione alla loro deroga. Gli è, però, che ogni principio tecnico trova (*rectius*: deve trovare) giustificazione nei principi generali o assoluti, sicché per valutarne la derogabilità, deve verificarsi il conflitto tra i principi sovraordinati di cui quelli tecnici sono meramente espressione (34).

Il principio tecnico che impone l'individuazione dell'erede secondo un criterio di prossimità della parentela trova giustificazione sia nel principio di tutela della famiglia, che ha emersione a livello costituzionale nelle regole di cui, indicativamente,

(28) Sulla distinzione tra principi tecnici, generali e fondamentali, P. Perlingieri - P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, II ed., Napoli, 2004, 70 ss.

(29) In chiave generale, per tutti, G. Bonilini, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento dei principi*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, in

*Libertà di disporre e pianificazione successoria. Atti dell'11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016*, Napoli, 2017, 23.

(30) Cfr. art. 11 L. prov., 28 novembre 2001, n. 17.

(31) Cfr. art. 14 L. prov., 28 novembre 2001, n. 17. Siv. nota n. 19.

(32) Cfr. artt. 16, 17 L. prov., 28 novembre 2001, n. 17.

(33) Cfr. art. 19 L. prov., 28 novembre 2001, n. 17.

(34) P. Perlingieri - P. Femia, *Nozioni introduttive*, cit., 70 ss.

agli artt. 2, 29 e 30 Cost., sia nel principio di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost. Il principio tecnico che induce a preferire come assuntore colui che abbia una migliore potenzialità o capacità di occuparsi del maso chiuso, trova giustificazione nel principio di tutela dell'impresa, dell'iniziativa economica, del lavoro e nella funzione sociale della proprietà, di cui, tendenzialmente, agli artt. 41, 42, 36, 47 Cost.

Sulla base di questa considerazione può, senz'altro, affermarsi che la regola sul maso chiuso dettata in tema di individuazione dell'assuntore può considerarsi giustificabile nel nostro ordinamento.

In primo luogo, perché questa regola non determina alcuna limitazione o deroga di un principio fondamentale, ossia di un principio identificativo del sistema ordinamentale, quali sono il principio di tutela della persona umana o il principio di sovranità popolare.

In secondo luogo, perché essa, pur comportando una deroga a taluni principî generali, come a esempio quello di tutela della famiglia, trova giustificazione in altri principî generali di particolare importanza, come, a esempio, quello di tutela dell'impresa e dell'iniziativa economica. Si direbbe che questa regola nel concorso tra, da una parte, il principio di tutela della famiglia e, dall'altra parte, il principio di tutela dell'impresa, pone una preferenza del secondo sul primo, senza che, ovviamente, ciò significhi annullamento del principio di tutela della famiglia e, dunque, esistenza di un conflitto (35).

Tra principî non può mai darsi un conflitto, ma sempre e soltanto un concorso, dal momento che i principî, diversamente dalle regole, ammettono una pluralità di livelli di soddisfazione e non si applicano mai con una medesima intensità o con un'unica soluzione (36).

Nella regola sull'individuazione dell'assuntore del maso non si può dire che la tutela della famiglia non abbia alcuna soddisfazione, ma soltanto che essa, nel bilanciamento con altri principî concorrenti (37),

trovi una diversa soddisfazione rispetto a quanto non accada nelle norme sulla successione legittima che individuano i successibili. La tutela della famiglia trova, infatti, emersione anche nella norma sul maso chiuso, quando si consideri che, in ogni caso, si attribuisce rilevanza al coerede (dunque, non a un estraneo qualunque). Preferendo tra i coeredi, in primo luogo, quello che sia cresciuto nel maso, a seguire quello che ha partecipato abitualmente alla conduzione del maso, a seguire, ancora, quello che ha un titolo di studio che possa consentire la migliore gestione del maso, per arrivare, in ultimo, a quello che abbia un grado di maggiore prossimità di parentela con il *de cuius*.

La regola sul maso chiuso, dunque, non è in contrasto con il principio di tutela della famiglia, ma ne offre un livello di soddisfazione diverso da quello tipico della pura successione legittima, in ragione del concorso con l'altro principio di tutela dell'impresa.

La regola non si pone in contrasto con il principio della famiglia; ne dà una soddisfazione diversa da quella offerta nelle norme di cui agli artt. 565-585 c.c.

Infine, si potrebbe dire che il diverso livello di soddisfazione del principio di tutela della famiglia si giustifica anche in ragione della conservazione del maso chiuso, dal momento che una diversa regola potrebbe condurre a una sostanziale e progressiva disgregazione dell'istituto e della tradizione culturale di cui esso è espressione. Sicché il diverso grado e la differente modalità di attuazione del principio di tutela della famiglia si giustifica in ragione delle peculiarità dell'istituto del maso chiuso e in quanto funzionali "alla conservazione dell'istituto nelle sue essenziali finalità e specificità".

In definitiva, mi pare che le regole sulla successione legittima del maso chiuso e, in specie, quelle inerenti all'individuazione dell'assuntore possono reputarsi coerenti ai nostri principî costituzionali e, dunque, perfettamente in grado di avere cittadinanza, specie, adesso che è stata eliminata ogni preferenza alla linea maschile.

(35) P. Perlingieri - P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., 70 ss.

(36) P. Perlingieri - P. Femia, *op. ult. loc. cit.*

(37) Il bilanciamento, come ammonisce N. Irti, *I cancelli delle parole? (Intorno a regole, principi, norme)*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 68, presuppone la *bilancia*, ossia lo strumento che misura e 'pesa' l'importanza delle norme in gioco". Occorre individuare quale sia questo criterio, esponendosi, altrimenti alla nota critica sollevata da J. Habermas, *Die Einbeziehung des Andern*, Frankfurt, 1996, 369, nella quale, traducendo, si legge: "la sentenza diventa quindi *in sé* un giudizio di valore, il quale riflette maniera più o meno adeguata, nell'ambito di un sistema concreto di valori, la forma di vita che attraverso tale sistema trova articolazione. In questo modo, tuttavia, la decisione giudiziale non appare più riconducibile all'alternativa tra

correttezza ed errore" (anche J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. di L. Ceppa, Milano, 1996). Ma per il superamento di questa critica R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2002, 137 ss. Al riguardo mentre Irti reputa che "il criterio di valutazione e scelta è, nella *volontà del giudicante*, sicché il bilanciamento mette capo, al pari di Dworkin, al pieno e radicale soggettivismo", P. Perlingieri giunge a una soluzione diametralmente opposta, affermando che un criterio esiste e che esso è un criterio normativo. Secondo P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 305 ss.; Id., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 802 ss. il criterio del bilanciamento è normativo ed è dato dalla ragionevolezza, che, a sua volta, ha fondamento, nell'art. 2 Cost., ossia nella tutela della persona.

### Segue: tutela dei legittimari nel maso chiuso

Rimane da esaminare la coerenza della disciplina del maso chiuso nella parte in cui sembra derogare la tutela dei legittimari, sia attribuendo al testatore il potere di escludere un legittimario dall'assunzione del maso, sia prescrivendo che il legittimario leso ha una tutela meramente risarcitoria e non reale.

Il tema evoca l'antico dibattito sul rapporto tra autonomia ed eteronomia (38) e, più specificamente, il problema del rapporto tra tutela dell'interesse del testatore e tutela dell'interesse dei familiari. Storicamente risolto in via preconcetta a favore dell'ultimo, sul presupposto che l'interesse dei familiari, di cui la disciplina di tutela dei legittimari sarebbe custode, è sempre preminente sull'interesse del testatore (39). La coerenza costituzionale della disciplina sul maso chiuso, nella parte in cui sembra porre deroghe al principio di tutela dei legittimari deve passare attraverso il superamento di questa idea. La quale è, a mio credere, un vero e proprio mito (40), che ha con sé la forza di una antica concezione del diritto di famiglia e del diritto delle successioni, che attende di essere, definitivamente, superata (41).

Sebbene non v'abbia dubbio che la tutela dei legittimari rappresenti una disciplina attraverso la quale

potrebbe trovare una certa attuazione il principio di solidarietà, non può trascurarsi che il solidarismo non si può sciogliere dal personalismo (42), che il solidarismo non può risolversi in quello economico e che, in ogni caso, si pone, sempre, rispetto a ciascun caso concreto, l'esigenza di svolgere un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, considerando il conflitto composto dalla norma e la sua ragione sufficiente, verificando il principio di cui quella è espressione e ponderando quest'ultimo con tutti gli altri principi in concorso, secondo un criterio di ragionevolezza (43).

Considerando che nel nostro ordinamento la persona è inseparabile dalla solidarietà e non l'ultima sovraordinata alla prima, ne viene che ogni formazione sociale e, tra esse, anche la famiglia, riceve tutela in quanto sia un luogo nel quale si svolge e sviluppa la personalità umana e, dunque, che la formazione sociale deve essere sempre sotto-ordinata rispetto alla persona (44). Secondo questa prospettiva, il diritto successorio merita di essere riletto, perché se, da un lato, la successione necessaria tutela la famiglia, dall'altro lato, la libertà di disporre, espressione del principio di autonomia, è fondamentale strumento di realizzazione della persona (45), sicché l'interesse familiare

(38) In materia successoria, si v. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, 1 ss. Successivamente, Id., *I legati. Artt. 649-673*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, II ed., Milano, 2006, 116 ss.; Id., *Testamento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1999, 338 ss.

(39) A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, II ed., Milano, 1943, 7 ss., spec. 11; A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., 8; Id., *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, Milano, 1947, 146. Ma già, C. Grassetti, *Delle successioni legittime*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi*, Firenze, 1941, 332; F. Santoro-Passarelli, *Dei legittimari*, ivi, 264; Id., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 196; Id., *Appunti sulla successione legittima*, Roma, 1928-30, 10 e 53. Si consideri la posizione di L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, 2 ss., che in un paragrafo intitolato "interesse familiare e interesse nazionale", scrive: "la tutela dell'interesse del gruppo familiare costituisce la molla dinamica della buona gestione sociale dei beni in ordine al fenomeno successorio, così come l'iniziativa del proprietario singolo è lo strumento più efficace della migliore gestione sociale dei beni". L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., 11; Id., *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 127, "se il fondamento della successione legittima, in generale, non è la presunta volontà del *de cuius*, sebbene, obiettivamente, la tutela dell'interesse superiore della famiglia, il medesimo fondamento si deve riconoscere, in particolare, al principio della collazione". Mette conto di segnalare che anche M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto atipico del testamento*, Torino, 1966, 74 ss., e spec. 89 s. e 108, il quale, più di altri, proprio nel primo lavoro compiuto dedicato alla diseredazione, ha contestato l'esistenza di un interesse superiore della famiglia, affermando che le norme sulle designazioni successive legittime "non prendono in considerazione un interesse della famiglia come organismo sociale, ma piuttosto, in linea subordinata e strumentale rispetto all'interesse

pubblico alla stabilità dei rapporti giuridici, e per il fine di soddisfare detto interesse, meri interessi individuali e privati (all'acquisto patrimoniale) facenti capo ai singoli chiamati", si stringe a precisare, quando si misura con la successione necessaria, che il suo reale oggetto di tutela non è il superiore interesse della famiglia, ma l'interesse "individuale dei singoli membri del ristretto nucleo sociale". Riproponendo, dunque, pur fuori dallo schema istituzionale della famiglia e con sguardo proteso alla famiglia nucleare, l'ombra di un interesse potenzialmente confliggente con l'interesse del testatore.

(40) P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, 29, "l'odierno giurista - il riferimento è alla maggioranza e non a taluni spiriti liberi e intraprendenti - è malato di decrepitezza, è sempre più vecchio, ed è logorato da un morbo sottile che da sempre è stato il suo vizio occulto, la pigrizia, la pigrizia intellettuale". Id., *Il diritto civile alle soglie del terzo millennio*, in F. Macario - M. Lobbuono (a cura di), *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, 408.

(41) Da ultimo, V. Barba, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 333 ss.; Id., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 345 ss.

(42) Per tutti, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, *passim*, spec. 433 ss., 438 ss., 566 ss. e 597.

(43) Si v. G. Perlingieri, *Profili applicativi*, cit., *passim*.

(44) P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 433 ss.

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

non può più essere considerato l'esclusivo e unico orizzonte ermeneutico attraverso il quale i temi e i problemi del diritto ereditario debbano essere svolti e sciolti.

Tutto ciò, ovviamente, non significa proporre una lettura abrogante della disciplina di tutela dei legittimari, sebbene essa meriterebbe un'importante revisione legislativa, almeno in termini di riduzione delle quote di riserva, di trasformazione della tutela dei legittimari da reale a meramente obbligatoria (46), di ammissibilità di una diseredazione del legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*. Significa prendere coscienza che talune proposte interpretative, volte a una lettura abrogante o fortemente limitativa della libertà di disporre non possono più essere condivise e debbono essere contestate. Perché risultano poco coerenti nell'attuale sistema ordinamentale italo-europeo (47), perché si fondano su un'idea di solidarietà, distante da quella eletta nel nostro ordinamento, ossia su un concetto di solidarietà prettamente patrimonialistico, come se quest'ultima possa essere, concretamente, realizzata e attuata soltanto mercé attribuzioni patrimoniali (48).

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

Sottovalutando questa lettura, per così dire, inversa del principio di solidarietà, che muove non dal testatore al legittimario, bensì dal legittimario al testatore, si afferma, da parte di molti, che la diseredazione del legittimario è disposizione testamentaria irrimediabilmente nulla (49), o anche disposizione testamentaria immeritevole di tutela (50). Omettendo di considerare che, in taluni casi, potrebbe costituire un vero e proprio strumento di attuazione e realizzazione del principio di solidarietà

(46) Si v. G. Perlingieri, *Il "Discorso preliminare" di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 674 ss.

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

(48) Gli esempi sono molteplici e, tra gli altri, basti pensare all'opinabile interpretazione che le Sezioni unite della Cassazione hanno proposto dell'art. 540, comma 2, c.c. La quale, sull'altare dell'interesse familiare, ha sacrificato, oltre modo, la libertà di disporre, con un'interpretazione della disposizione normativa non soltanto incoerente rispetto al suo testo, ma, soprattutto, contraria alla sua funzione. Senza dimenticare che questa interpretazione non soltanto mortifica l'autonomia privata, ma, addirittura, finisce con lo sbilanciare, ingiustificatamente e irragionevolmente, il rapporto tra coniuge superstite e figli, dacché il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare a favore del primo rischia di gravare anche sulla quota necessaria dei secondi. E la questione è destinata ad assumere proporzioni via via maggiori quando si consideri che, a cagione del fenomeno delle cc.dd. famiglie ricomposte, è sempre più frequente che il coniuge superstite non sia anche genitore dei figli del *de cuius*. Basti pensare alla tralattizia idea che la dispensa dalla collazione, quando sia contenuta nella donazione, è clausola del contratto e, dunque, atto non liberamente revocabile dal dispensante. Tesi che dimentica o trascura di valutare la reale funzione dell'atto e, di necessità, la sua riducibilità ad atto di ultima volontà, indipendentemente dal documento nel quale la dispensa sia, di volta in volta,

accolta. Ancora, all'interpretazione della disciplina sul patto di famiglia, tesa a reputare, in contraddizione al testo legislativo e in violazione della funzione dell'istituto, nullo il patto al quale non abbiano partecipato tutti i legittimari. Ancora, all'interpretazione, recentemente superata dalle Sezioni unite della Cassazione, sulle cc.dd. quote mobili della successione necessaria, secondo la quale la rinuncia di un legittimario alla propria quota di riserva, importerebbe un'espansione della quota di riserva degli altri, che non abbiano rinunciato. Tesi la quale non soltanto propone un'erronea applicazione della disciplina sull'accrescimento, ma, soprattutto, manca di riflettere sulla natura della quota di riserva, la quale è quota di patrimonio e non di eredità. Infine, al recente dibattito sulla rinuncia all'azione di restituzione, la quale è reputata inammissibile, in ossequio al divieto di patti successori, omettendo un'adeguata e ragionevole lettura della norma proibitiva, che, a mio credere, vieta soltanto la disposizione, tra vivi, della delazione. Trascorrendo, peraltro, che l'azione di restituzione, a seguito della riforma del 2006, non soltanto è strutturalmente, ma anche funzionalmente slegata dalla tutela dei legittimari.

(49) In questo senso, P. Laghi, *La clausola di diseredazione: da disposizione "afflittiva" a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, 76 s. Manifesta, invece, aperture, Marc. Tatarano, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, 143. Per un approfondimento sia consentito rinviare a V. Barba, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 763 ss.; Id., *Recensione a "La clausola di diseredazione. Da disposizione "afflittiva" a strumento regolativo della devoluzione ereditaria" di P. Laghi e "La diseredazione. Profili evolutivi" di Marc. Tatarano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 969-980; Id., *Diseredazione*, in V. Cuffaro (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, 505 ss.; R. Pacia, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 307 ss.

(50) Così, C.M. Bianca, *Diritto civile, 2, La famiglia, le successioni*, III ed., Milano, 2001, 654.

familiare, escludendo dalla successione il legittimario che abbia assunto comportamenti contrari ai doveri familiari (51). Il giusto rimedio in presenza di una diseredazione del legittimario (52), non può essere la nullità, bensì la riducibilità della disposizione (53).

È la centralità della persona umana (54) la chiave attraverso la quale il diritto successorio attende di essere riletto; ciò impone di riconoscere la centralità dell'autonomia privata (55) e, dunque, la centralità dell'atto di ultima volontà (56), come strumento di realizzazione della dignità della persona (57).

Alla luce di queste considerazioni, credo che la disciplina sul maso chiuso, nella parte in cui deroghi al principio di tutela dei legittimari può considerarsi perfettamente coerente ai principi e valori normativi vigenti.

Si dovrebbe dire che essa si profila, nell'oggi, straordinariamente contemporanea, se consideriamo che il potere del testatore di escludere un legittimario dall'assunzione del maso, per un verso, non lo priva di

tutela, essendo, comunque, garantitogli il diritto a essere soddisfatto nella sua quota di legittima in danaro, per altro verso, trova piena giustificazione nel principio di tutela dell'impresa e diventa profilo disciplinare indispensabile allo scopo di garantire la conservazione del maso chiuso stesso.

Peraltro, la trasformazione della tutela dei legittimari da reale a meramente creditoria non soltanto è oggi auspicata da molti, ma sembra costituire la direzione verso la quale si muove il legislatore. Nella disciplina sul patto di famiglia, nel quale vengono in concorso sia la tutela dei legittimari, sia quella dell'impresa (58), il legislatore ha, sostanzialmente, bilanciato questi due principi, ponendo a favore del legittimario una tutela puramente creditoria e non reale (59). Potrebbe dirsi, dunque, che la disciplina sul maso chiuso, che pure, in passato, poteva presentare, sotto questo aspetto, una significativa deviazione rispetto al principio di tutela dei legittimari, oggi deve considerarsi molto meno distante dalla legislazione attuale.

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

(52) Il problema si pone limitatamente alla diseredazione del legittimario, dal momento che le perplessità che, storicamente hanno accompagnato l'ammissibilità della diseredazione di un successibile non legittimario (A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943, II ed., 15; Id., *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim.*, 1956, 385 ss. e spec. 392 s.; Id., *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XLII, 1, Milano, 1954, 100. Anche, L. Ferri, *L'esclusione testamentaria di eredi*, cit., 229 s.; Id., *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di diseredazione*, in *Foro pad.*, 1955, I, 47; L. Cariota-Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, I, *Parte generale*, 2, *Le specie. I soggetti*, Napoli, 1962, 27 e 71; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, Milano, 1962, IX ed., 153-155, il quale discorre di radicale nullità; F. Carresi, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 273; A. Torrente, *Diseredazione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 102; C.A. Jemolo, *La diseredazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 505; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XLIII, 1, V ed., Milano, 1993, 22 ss.) sono state definitivamente superate. In questa direzione, si v. A. Trabucchi, *Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 749 ss.; M. Bin, *La diseredazione*, cit., 254; A. Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 167; G. Azzariti, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, cit., 1200; A. Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 48; E. Ondei, *Le disposizioni testamentarie negative*, in *Foro pad.*, 1977, I, 303; G. Grosso - A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, XII, 1, Torino, 1977, 82; C. Saggio, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Vita not.*, 1983, 1793; G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 49, nt. 163.

(53) A. Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., 59, pur considerando la diseredazione del

legittimario nulla, scrive "nel caso tuttavia dell'espressa - per quanto invalida nella sua estensione - esclusione totale [di un legittimario] egli si troverà nella posizione del *praeteritus*, con tutte le conseguenze che giurisprudenza e dottrina riconoscono alla situazione; nell'altro caso invece egli sarà subito erede *ex lege*, ma entro il limite invalicabile imposto dal testatore". Analoghe considerazioni possono svolgersi rispetto alla pagina di G. Azzariti, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, cit., 1197, il quale scrive: "non è più però ora possibile escludere dalla successione chi abbia diritto a quota di riserva, tanto vero che ove dal *de cuius* se ne faccia nel testamento diseredazione o preterizione, la legge interviene a garantire il soddisfacimento di quei diritti riservati con l'azione di riduzione che mira a far ridurre nei limiti della quota disponibile la devoluzione dei beni fatta ad estranei, ed a far prelevare dall'asse a quel modo devoluto la parte riservata da conseguirsi appunto *contra testamentum* dai legittimari". Per la validità della disposizione testamentaria di diseredazione, salva la sua riducibilità, E. Ondei, *Le disposizioni testamentarie negative*, cit., 303; V. Barba, *La disposizione*, cit., 763 ss.; R. Pacia, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, cit., 318 ss.; G. Perlingieri, *Profili applicativi*, cit., 89.

(54) Cfr. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; Id., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss.; Id., *La persona e i suoi 'diritti'. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005; N. Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

(55) G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., 49 ss.

(56) G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 37 s.; Id., *Atto "mortis causa"*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 232 s.

(57) Si v. V. Barba, *Contenuto del testamento e atto di ultima volontà*, Napoli, 2018, in corso di pubblicazione, 1 ss.

(58) G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 166 ss.

(59) Si v., per tutti, G. Amadio, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima "per equivalente")*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 691.

Per avvedersene basti pensare non soltanto alla disciplina sul patto di famiglia (60), non soltanto alla disciplina che consente, pur entro certi e ristretti limiti, l'esclusione dalla successione del genitore (61), non soltanto il dibattito sulla riducibilità delle donazioni indirette (62), ma anche tutte le importanti innovazioni che ci provengono dal Regolamento europeo 650 del 2012, il quale, a talune condizioni, legittima non soltanto patti successorî e testamenti congiuntivi, ma anche che una certa successione possa essere regolata da una legge, che non garantisce a favore dei legittimarî un livello di tutela equivalente a quello che è stabilito nella nostra legge nazionale.

È opinione largamente condivisa che il principio di tutela dei legittimarî non costituisce un principio di ordine pubblico internazionale (63) e, dunque, non costituisce un limite all'applicazione della legge straniera. Questo indirizzo è, da tempo, affermato dalla nostra giurisprudenza (64) e ribadito in una sentenza della Cassazione del 2014 (65), che ha tratto al caso dei diritti successorî di una cittadina cubana, coniugata con un cittadino italiano.

Sebbene nel nostro ordinamento la tutela del legittimario sia presidiata da norme che la rendono inderogabile, tuttavia non può affermarsi che una sua limitazione importi una compressione o una limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo.

In altri termini, la tutela del legittimario costituisce una materia rispetto alla quale il nostro legislatore nazionale ha, certamente, esercitato la sua discrezionalità; tuttavia non è espressione di un principio tale

che al nostro legislatore sarebbe precluso introdurre una diversa norma, analoga a quella straniera, per incompatibilità con i princîpi irrinunciabili a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e a tutela della dignità umana.

Sulla base di queste considerazioni, mi pare che la disciplina di circolazione del maso chiuso, pur nella parte in cui deroga al principio di tutela dei legittimarî, rimane non soltanto perfettamente conforme ai princîpi e valori normativi vigenti, ma, soprattutto, espressiva di quella linea di tendenza verso la quale il nostro diritto ereditario tende e dovrebbe continuare ad orientarsi.

### Disciplina applicabile alla successione e norme di diritto internazionale privato

Una qualche considerazione critica verso la sentenza della Consulta, sebbene si tratti di un profilo marginale, può svolgersi con riguardo alle considerazioni intorno all'applicabilità della norma di cui all'art. 46, comma 1, L. n. 218 del 1995.

La Corte costituzionale, sebbene questo argomento non sia né decisivo, né dirimente nell'economia complessiva della sentenza, allo scopo di affermare la non applicabilità al caso di specie della legge sul maso chiuso del 2001, richiama il principio di irretroattività della legge, affermando che esso può desumersi sia dalle norme di cui agli artt. 10 e 11 disp. leg. gen., sia dall'art. 46, comma 1, L. n. 218/1995. In tal maniera, la Corte costituzionale sembra affermare la vigenza della norma di cui 46, comma 1, L. n. 218/1995.

(60) Cfr. artt. 768 *quater*, commi 3 e 4; 768 *sexies* c.c.

(61) Cfr. art. 448 *bis* c.c.

(62) Questo principio è stato affermato con decisione da Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, 508, con nota di G. Iaccarino, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni sono sicuri*; in *Nuova Giur. civ.*, 2010, 1238, con nota di A. Todeschini Premuda, *Liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*; in questa *Rivista*, 2011, 348, con nota di A. Mari e G. Ridella, *Gli effetti dell'azione di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative, secondo la Corte di Cassazione*; in *Trust*, 2011, 128, con nota di M. Di Paolo, *La riduzione delle liberalità indirette*; in *Imm. e prop.*, 2012, 105, con nota di R. Scuccimarra, *L'azione di riduzione nelle donazioni indirette*; secondo la quale "alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 Cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 Cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano dalla circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto

dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito". Si v., V. Barba, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimarî: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 49 ss., e vi altri riferimenti di letteratura e giurisprudenza. S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 113; Id., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimarî*, in *Famiglia*, 2006, 684 ss.; U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 143 s.; Id., *Donazione indirette e successione necessaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 729; G. Amadio, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima "per equivalente"*, cit., 709; A.A. Carrabba, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, Napoli, 2009, 787.

(63) Si v. nt. n. 6.

(64) Trib. Termini Imerese 15 luglio 1965, in *Giur. sicil.*, 1965, 784; App. Milano 4 dicembre 1992, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, 821; Cass. 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 164, con nota critica di E. Calò, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*.

(65) Cass. 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 567 ss., con nota critica di E. Calò, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*.

Questa affermazione non può essere condivisa, dacché essa risulta seriamente posta in crisi dal Regolamento europeo n. 650 del 2012, entrato in vigore nell'agosto del 2015.

Le norme del Regolamento europeo, se si prescinde, infatti, dalla disciplina sul certificato successorio europeo (artt. 62-73), che pure merita una particolare attenzione, hanno la cifra del diritto internazionale privato, occupandosi di stabilire, rispetto a successioni con elementi di c.d. estraneità, quale sia la giurisdizione competente a conoscere un'eventuale lite successoria (capo II), quale sia la legge applicabile alla successione (capo III), quali siano le condizioni per il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione di decisioni straniere relative a questioni successorie (capo IV), quali siano, infine, le condizioni per il riconoscimento di atti pubblici e transazioni giudiziarie relative a successioni a causa di morte (capo V) (66).

Si tratta, in larga parte, di norme con le quali l'UE, considerando il sempre crescente fenomeno delle successioni cc.dd. transfrontaliere (67), ha inteso,

per un verso, dettare una disciplina uniforme da valere per tutti gli Stati, anche allo scopo di consentire ai cittadini europei di conoscere in anticipo la legge applicabile alla loro successione (68), e, per altro verso, di consentire ai cittadini dell'Unione europea di organizzare in anticipo la loro successione, anche scegliendo la legge applicabile (69).

S'impone, quindi, di esaminare quale sia stata la concreta incidenza del Regolamento europeo nel nostro sistema ordinamentale.

Le norme del Regolamento europeo che stabiliscono le condizioni per il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione di decisioni straniere relative a successioni con elementi di estraneità (artt. 39-58), mi pare che possano continuare a coesistere con le norme di cui agli artt. 64-71 della L. n. 218 del 1995 (70). Limitatamente al riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione di decisioni straniere relative a successioni con elementi di estraneità le regole vigenti sono quelle del Regolamento, che prevalgono, in ragione del carattere di specialità, su quelle contenute nella legge del 1995, quando si tratti di decisioni

(66) Tale complesso normativo costituisce una vera e propria novità. Movendo dal presupposto che larga parte degli atti rilevanti nell'ambito di un procedimento successorio debbono essere compiuti con la forma pubblica e che, nell'ipotesi in cui la successione presenti elementi di estraneità, è plausibile che si renda necessario dare prova o esecuzione a tale atto anche in un paese diverso da quello nel quale è stato confezionato, il legislatore ha dettato un complesso di norme destinate a regolare questa materia. Il Regolamento stabilisce, innanzi tutto, che tutti gli atti pubblici redatti in uno Stato membro hanno, automaticamente e senza necessità di alcun procedimento di riconoscimento, la stessa efficacia probatoria che essi hanno nel paese nel quale sono stati confezionati o, in difetto, gli effetti più comparabili, a condizione, ovviamente, che ciò non sia manifestamente contrario all'ordine pubblico del paese interessato (cfr. art. 59, comma 1, Reg. UE 650/2012). Il legislatore ha anche previsto che la parte interessata può domandare al pubblico ufficiale che redige l'atto pubblico di compilare uno specifico modulo, precisando quali siano gli effetti probatori che quell'atto pubblico ha nello Stato di origine, prevedendo che ogni contestazione circa l'autenticità di un atto pubblico deve essere proposta davanti agli organi giurisdizionali dello Stato di origine e che ogni contestazione relativa ai negozi giuridici o ai rapporti da quelli derivanti deve essere proposta davanti all'autorità giudiziaria competente a conoscere le di quella successione secondo il capo II (cfr. art. 59, commi 2, 3 e 5, Reg. UE 650/2012). Il Regolamento stabilisce, ancora, che tutti gli atti pubblici redatti in uno Stato membro nel quale sono anche esecutivi, acquistano la medesima efficacia esecutiva che essi hanno nel paese nel quale sono stati confezionati dietro richiesta dalla parte interessata, secondo la procedura dettata agli artt. 45-58 del Regolamento (cfr. art. 60, comma 1, Reg. UE 650/2012). In ogni caso, l'esecutività deve essere negata qualora l'esecuzione dell'atto risulti manifestamente contraria all'ordine pubblico del paese interessato (cfr. art. 60, comma 3, Reg. UE 650/2012). Infine, il Regolamento stabilisce che tutte le transazioni giudiziarie redatte in uno Stato membro nel quale sono anche esecutive, acquistano la medesima efficacia esecutiva che esse hanno nel paese di origine dietro richiesta dalla parte interessata, secondo la procedura dettata agli artt. 45-58 del Regolamento (cfr. art. 61, comma 1, Reg. UE 650/2012). In ogni caso, l'esecutività deve

essere negata qualora l'esecuzione dell'atto risulti manifestamente contraria all'ordine pubblico del paese interessato (cfr. art. 61, comma 3, Reg. UE 650/2012).

(67) Si legge in *Les Successions Internationales dans l'UE*, 2012, in *www.succession.org.*, 17, "l'importance des dévolutions successorales transfrontalières au sein de l'Union Européenne peut être mise en lumière par des données chiffrées: - Dans certains Etats membres de l'Union Européenne, il y a un grand nombre de ressortissants d'autres Etats membres (p. e. en Allemagne où résident 1,8 millions de ressortissants d'autres Etats membres; ou au Luxembourg où plus de 20 % de la population totale sont des ressortissants d'autres Etats membres de l'UE). - De même, une partie notable de citoyens de certains Etats membres vivent dans un autre Etat membre, e. plus d'un million d'italiens ou 11,7% des irlandais. - De nombreux citoyens de l'UE ont des comptes bancaires (Luxembourg!) ou des immeubles dans d'autres Etats de l'UE: on estime à 1 million d'allemands ayant des immeubles dans d'autres Etats membres; les anglais et les néerlandais devraient également être nombreux à avoir des immeubles dans les autres pays de l'UE".

(68) Cfr., l'interessante considerando n. 37 del Reg. UE 650/2012, nel quale si discorre espressamente di certezza del diritto.

(69) Cfr. il considerando n. 38 del Reg. UE 650/2012.

(70) Si tratta, infatti, di norme che, pur regolanti il medesimo fatto, ossia le condizioni per il riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, sono tra loro rette da un rapporto di specialità, dacché le prime riguardano i soli provvedimenti in materia successoria resi, peraltro, da uno Stato facente parte dell'Unione europea (cfr. art. 1, comma 1, Reg. UE n. 650/2012), mentre le seconde tutti i provvedimenti giurisdizionali, nonché quelli in materia successoria resi da uno Stato non facente parte dell'Unione. Può dirsi, allora, che, almeno limitatamente al riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione di decisioni straniere relative a successioni con elementi di estraneità le regole vigenti sono quelle del Regolamento, che prevalgono, in ragione del carattere di specialità, su quelle contenute nella legge del 1995, quando si tratti di decisioni pronunziate da uno dei paesi dell'UE, mentre quelle della L. n. 217/1995 quando si tratti di sentenze pronunziate da uno Stato diverso da quelli facenti parte dell'UE.

pronunziate da uno dei paesi dell'Unione europea, mentre quelle della L. n. 218 del 1995 quando si tratti di sentenze pronunziate da uno Stato diverso da quelli facenti parte dell'UE (71).

Le norme del Regolamento europeo sulla competenza mi pare che possano continuare a coesistere con le norme di cui all'art. 50, L. n. 218 del 1995 (72). Qualora il soggetto avesse al tempo della sua morte la residenza abituale in uno dei Paesi dell'Unione europea, la competenza a decidere sull'intera successione spetta agli organi giurisdizionali di quello Stato in forza della norma di cui all'art. 4 del Regolamento europeo, salvo, ovviamente, che non esista un valido accordo in deroga, a sensi dell'art. 5 del medesimo Regolamento. Diversamente, qualora il soggetto avesse al tempo della sua morte la residenza abituale in un paese diverso da quelli facenti parte dell'Unione europea, allora trova applicazione la norma di cui all'art. 50 della L. n. 218 del 1995.

Discorso più articolato deve farsi per le norme sulla disciplina applicabile.

La legge 218/1995 contiene una pluralità di regole e, in specie, l'art. 46 sulla successione, l'art. 47 sulla capacità di testare, l'art. 48 sulla forma del testamento, l'art. 49 sulla successione dello Stato. In

particolare, l'art. 46, comma 1, stabilisce che la successione è regolata dalla legge nazionale del defunto al tempo della sua morte, l'art. 46, comma 2, che il defunto può sottoporre, con dichiarazione scritta, la successione alla legge dello Stato in cui risiede, l'art. 46, comma 3, che la divisione è regolata dalla legge applicabile alla successione, salvo una diversa scelta dei condividenti, l'art. 47 che la capacità di testare è regolata dalla legge nazionale del defunto al tempo del compimento dell'atto, l'art. 48 che il testamento è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge nazionale o di residenza o di domicilio del defunto al tempo della sua morte o dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto, l'art. 49 che quando la legge applicabile, in mancanza di successibili, non attribuisce i beni allo Stato, i beni ereditari esistenti in Italia sono devoluti allo Stato italiano. Rispetto alle più importanti regole appena menzionate la loro incompatibilità con la disciplina di derivazione europea è evidente, se soltanto si consideri che secondo il Reg. UE 650/2012 la legge applicabile alla successione è quella di residenza abituale (non più quella nazionale) del defunto al tempo della morte (art. 21, comma 1), che la persona può scegliere come legge che regola la sua successione

(71) Nel merito v'ha poi da osservare che il Regolamento ha radicalmente modificato la prospettiva eletta nella legge del 1995. Nell'ultima, infatti, il provvedimento giurisdizionale straniero è automaticamente riconosciuto in Italia, quando ricorrono le condizioni previste all'art. 64, comma 1, lett. a-g; nel primo, invece, le decisioni sono automaticamente riconosciute negli altri Stati membri, salvo che sussista un motivo di diniego del riconoscimento, a sensi dell'art. 40, comma 1, lett. a-d. In altri termini, benché i contenuti delle condizioni per il riconoscimento siano, sostanzialmente, i medesimi dei motivi di diniego, v'ha da osservare che la legge del 1995 considera tali contenuti condizioni al ricorrere delle quali il riconoscimento è possibile, mentre il Regolamento europeo tratta di essi alla stregua di motivi al ricorrere dei quali il riconoscimento è inibito. Inoltre, vale la pena di considerare che il Regolamento europeo, diversamente dalla legge del 1995, si occupa, espressamente, non soltanto dell'esecuzione, ma anche dell'esecutività della decisione straniera, disciplinando il procedimento attraverso il quale è possibile chiedere che un provvedimento giurisdizionale straniero (reso da uno Stato facente parte dell'Unione europea) venga dichiarato esecutivo, precisando che detto procedimento deve essere rispettato anche da parte di colui che chiedi il riconoscimento di una sentenza straniera, quando sussista una contestazione in ordine alla sua riconoscibilità (cfr. art. 39, comma 2, Reg. UE n. 650/2012).

(72) Nella L. n. 218/1995 la materia è esclusivamente governata nell'art. 50, a mente del quale sussiste la giurisdizione italiana quando ricorre almeno una delle cinque ipotesi in esso descritte: ossia se il defunto era cittadino italiano, se la successione si era aperta in Italia, se i beni più rilevanti si trovavano in territorio italiano, se il convenuto era residente o domiciliato in Italia o aveva accettato la giurisdizione italiana, se la domanda concerneva beni situati in Italia. Si tratta di una disciplina preoccupata ad affermare la giurisdizione italiana in un numero assai ampio di casi e, dunque, di una regola assai restrittiva nell'affermare la giurisdizione straniera. Per contro, il Regolamento

Europeo, nel quale la materia è regolata da una pluralità di norme e, in particolare, in quelle recate agli artt. 4-19, ha un respiro assai più ampio. La regola principale stabilisce che la giurisdizione a decidere sull'intera successione spetta allo Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte, prevedendo la possibilità che gli interessati possano accordarsi perché la giurisdizione spetti allo Stato, la cui legge regola la successione per la scelta espressamente fatta dal defunto. I soli contenuti delle due regole, la circostanza che la nuova disciplina colleghi la giurisdizione al criterio di residenza abituale del defunto, che, invece, mancava e non era noto nella legge n. 218/1995, la possibilità che si possa dare un accordo sulla giurisdizione, dimostrano, a mio credere, un'incompatibilità tra le due discipline, con la conseguenza che le norme dell'art. 50 L. n. 218/1995 sembrerebbero tacitamente abrogate dalle norme del Regolamento europeo e, in specie, dalle norme di cui agli artt. 4, 5, comma 1, 12, comma 1. Gli è, però, che la norma di cui all'art. 4 del Reg. UE 650/2012, stabilendo che sono competenti a decidere sull'intera successione gli organi giurisdizionali dello "Stato membro" in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte, lascia aperta l'ipotesi che il defunto avesse, al tempo della sua morte, la residenza abituale in uno Stato diverso da quelli facenti parte dell'UE. In tale caso, le norme del Regolamento europeo e il criterio di collegamento in esse posto al fine di radicare la giurisdizione, non potrebbero trovare applicazione, mentre tornerebbe ad applicarsi la norma di cui all'art. 50 della L. n. 218/1995. Tale norma non può considerarsi tacitamente abrogata, perché pur avendo un contenuto sostanzialmente incompatibile con la disciplina recata dal nuovo Regolamento europeo, nondimeno non è del tutto superata da quello, perché, in difetto di un'applicazione c.d. universale del Regolamento europeo, essa deve applicarsi a tutti quei casi che il regolamento ha sostanzialmente lasciato fuori e, dunque, al caso in cui il defunto aveva al momento della sua morte la residenza abituale in uno Stato non facente parte dell'UE.



quella dello Stato di cui ha la cittadinanza al tempo della scelta, o della morte (art. 22, comma 1), che l'ammissibilità e la validità sostanziale degli atti a causa di morte è regolata dalla legge di residenza abituale del defunto al tempo di confezione dell'atto (artt. 24, comma 1; 25 comma 1), salvo che il soggetto non scelga la propria legge nazionale (artt. 24, comma 2; 25, comma 2), che una disposizione a causa di morte fatta per iscritto è valida se essa è conforme alla legge del luogo in cui la disposizione è fatta, ovvero alla legge di cittadinanza o domicilio o residenza abituale della persona al tempo della confezione o della morte.

Inoltre, considerando che la legge designata dal Regolamento europeo si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro (cfr. art. 20 Reg. UE 650/2012) non residuano, diversamente da quanto si è visto per i casi di giurisdizione e di riconoscimento delle decisioni straniere, ipotesi nelle quali si possano applicare le norme della L. n. 218/1995.

Alla luce di queste considerazioni, molte norme della L. n. 218/1995 devono considerarsi tacitamente abrogate dal Regolamento europeo.

In dettaglio: a) la norma di cui all'art. 46, comma 1, L. n. 218/1995 deve considerarsi tacitamente abrogata dalla norma di cui all'art. 21, comma 1 del Reg. UE; b) la norma di cui all'art. 46, comma 2, L. n. 218/1995 deve reputarsi tacitamente abrogata dalla norma di cui all'art. 22, comma 1 del Reg. UE; c) la norma di cui all'art. 46, comma 3, L. n. 218/1995 deve ritenersi tacitamente abrogata dalla norma di cui all'art. 23, comma 2, lett. j), Reg. UE, in combinato disposto con gli artt. 21, 22 del Reg. UE; d) la norma di cui all'art. 47, L. n. 218/1995 deve giudicarsi tacitamente abrogata dalla norma di cui all'art. 26, comma 1, lett. a), Reg. UE, in combinato disposto con gli artt. 24, comma 1, 24, comma 3; e) la norma di cui all'art. 48 L. 218/1995 deve apprezzarsi tacitamente abrogata dalla norma di cui all'art. 27 del Reg. UE.

In conformità a questa elencazione, ne viene che potrebbe ipotizzarsi che non siano state abrogate soltanto la norma di cui all'art. 49, L. n. 218/1995, sulla successione dello Stato, nonché la norma di cui all'art. 46, comma 2, ultima parte, L. n. 218/1995, la quale stabilisce che la scelta della legge applicabile alla successione non pregiudica i diritti che la legge italiana riserva ai legittimari residenti in Italia al momento della morte.

Tralasciando la norma di cui all'art. 49, L. n. 218/1995, il cui presupposto di verificabilità mi sembra

assai complesso, dacché è difficile immaginare una legge che non preveda successibili e che in loro mancanza, non attribuisca i beni allo Stato, ossia una legge che non preveda quale debba essere la sorte dell'eredità, ipotizzando che essa debba restare in una situazione di vacanza indefinita, nutrei serie perplessità sulla non abrogazione della norma di cui all'art. 46, comma 2, ultima parte.

Ciò per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché l'ipotesi regolata nell'art. 46, comma 2, ultima parte, L. n. 218/1995 si dovrebbe oggi considerare assorbita nelle previsioni di cui all'art. 23, comma 2, lett. h) e d), Reg. UE 650/2012, secondo cui la legge designata a norma degli artt. 21, 22 vale a regolare anche la diseredazione, nonché la quota disponibile, le quote di legittima, le altre restrizioni alla libertà di disporre e gli eventuali diritti che le persone vicine al defunto possono vantare nei confronti dell'eredità o degli eredi. Dimostrando, in questo modo, che la disciplina di matrice europea, che è non soltanto successiva rispetto alla L. 218/1995, ma anche gerarchicamente sovraordinata a quella, non vuole, certamente, sottrarre alla disciplina applicabile alla successione i diritti riservati ai legittimari.

A voler ipotizzare che la norma di cui all'art. 46, comma 2, ultima parte, L. n. 218/1995 non fosse abrogata, si potrebbe giungere al paradossale risultato che una certa successione debba reputarsi regolata da una legge straniera che non prevede una tutela equivalente a quella che il nostro ordinamento pone a vantaggio dei legittimari o che, addirittura, ammette la validità di una diseredazione del legittimario (es. disciplina inglese), ma che, nondimeno a favore dei legittimari residenti in Italia, ove pure costoro fossero stati diseredati, dovrebbero, comunque, riconoscersi i diritti che la legge italiana loro espressamente riserva, generando un evidente conflitto con la legge applicabile a quella successione.

In secondo luogo, perché la norma di cui 46, comma 2, ultima parte, L. n. 218/1995 prevede questa sorta di tutela rinforzata a favore dei legittimari residenti in Italia soltanto quando alla successione si debba applicare una legge straniera in ragione della scelta fatta dal defunto. Il presupposto di efficacia della tutela rinforzata non è, dunque, la sola applicazione di una legge straniera, bensì l'applicazione di una legge straniera in forza della scelta fatta convenzionalmente dal defunto; ossia non già l'ipotesi di cui all'art. 46, comma 1, L. n. 218/1995, bensì quella di cui all'art. 46, comma 2, L. 218/1995. Questa scelta si comprende quando si consideri che, secondo la

norma di cui all'art. 46, comma 1, L. n. 218/1995, la successione del cittadino italiano sarebbe stata, comunque, regolata dalla legge italiana (perché la legge di nazionalità del defunto), e che l'unica possibilità del cittadino italiano di sottrarre la propria successione alla legge italiana sarebbe stata, per l'appunto, di assoggettare, convenzionalmente, la propria successione, a norma dell'art. 46, comma 2, L. n. 218/1995, alla legge dello Stato di residenza, purché essa fosse stata conservata sino al tempo della morte. Inoltre, si deve tener conto che questa tutela rinforzata non opera a favore di tutti i legittimarî *tout court*, bensì a favore dei soli legittimarî residenti in Italia, indipendentemente dalla circostanza che costoro siano cittadini italiani o cittadini stranieri, per i quali vale, peraltro, il criterio di reciprocità, a norma dell'art. 16 delle dip. prel.

Se si consideri l'impianto complessivo della L. n. 218/1995 in raffronto con quello emergente dal Regolamento europeo, non si può dubitare che la tutela rinforzata a favore dei legittimarî non ha più ragione di porsi, dacché la legge applicabile alla successione del cittadino italiano non è più la legge nazionale, bensì la legge di residenza abituale al tempo della morte, ossia quella legge che, secondo l'impianto della L. n. 218/1995 avrebbe regolato la successione soltanto in forza di una scelta espressa.

Infine, può osservarsi che l'applicazione a favore dei legittimarî della disciplina italiana non può considerarsi questione che debba e possa essere risolta in loro favore a prescindere dal caso concreto e sulla base di una valutazione puramente astratta, dacché questa disciplina, come, peraltro, ha dimostrato la stessa scelta fatta nell'art. 46, comma 2, L. n. 218/1995, non può affatto reputarsi una disciplina di applicazione necessaria. Piuttosto una valutazione di conformità dovrebbe essere demandata proprio alla responsabilità dell'interprete, il quale dovrebbe essere chiamato a valutare quali debbano essere i margini di applicazione della legge italiana a favore

dei legittimarî, sulla base di una valutazione del caso concreto, che abbia come punto di riferimento ed emersione proprio la clausola generale di ordine pubblico internazionale.

In questo senso diventa straordinariamente importante il controllo di ordine pubblico (cfr. art. 35 Reg. UE n. 650/2012). L'eccezione di ordine pubblico internazionale (73), si risolve in una tecnica argomentativa di bilanciamento, finalizzata, nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana e ordinamento del caso concreto secondo la legge straniera, a dare prevalenza a una delle due norme, senza che quella recessiva sia dichiarata invalida e nel presupposto che si tratti, pur sempre, di un bilanciamento caso per caso e mai di un bilanciamento definitorio (74).

L'ordine pubblico internazionale assume, dunque, secondo il criterio di ragionevolezza, un contenuto indispensabile sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica, affermando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può e deve spingersi sino al punto di creare una frattura rispetto all'ordinamento del caso concreto derivante dall'applicazione della legge italiana, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i princípi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia i princípi identificativi del sistema, i quali sono, *massime*, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e trovano espressione normativa nell'art. 2 Cost.

In definitiva, credo che l'art. 46, comma 1, L. n. 218/1995 non sia più vigente e che la norma applicabile sia oggi l'art. 21, comma 1 del Reg. UE n. 650/2012, a mente del quale la legge applicabile all'intera successione non è quella nazionale del defunto, ma quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al tempo della morte, salvo, ovviamente, che non abbia fatta una scelta diversa, ai sensi dell'art. 22, comma 1, Reg. UE n. 650/2012.

(73) Si v. nt. n. 6. Albert Font i Segura, *La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria*, in *InDret, El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado, Barcelona, 2017, 315 ss.

(74) Sui due tipi di bilanciamento, M. Nimmer, *The right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to*

*Libel and Misapplied to Privacy*, in *California L. Rev.*, 1968, 935 ss.; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3953 ss.; G. Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e resp.*, 2003, 577 ss.; Id., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, 255-261.

### Prodigalità

Tribunale di Modena 3 novembre 2017 - Est. Masoni

**Al prodigo, il quale sperperi il proprio patrimonio e non sia affetto da patologia psichiatrica di sorta, non è nominabile un amministratore di sostegno, a tenore dell'art. 404 c.c., dato che la norma espressamente condiziona detta nomina al riscontro di una "infermità o menomazione psichica". Il che ben si spiega nell'ottica di tutela della persona che pervade il nostro ordinamento, secondo una prospettiva costituzionalmente orientata di protezione della dignità e libertà umana, in tutte le sue forme e manifestazioni, anche in quella di sperpero. Il comportamento prodigale, di consapevole dilapidazione del proprio patrimonio, pertanto, rientra nella sfera di libertà dell'uomo, che l'ordinamento non può e non deve comprimere, per quanto l'esercizio di tale libertà economica sia eticamente e socialmente censurabile.**

#### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Non constano precedenti esattamente in termini.
<b>Difforme</b>	Non constano precedenti esattamente in termini.

#### Il Tribunale

##### *Omissis*

sciogliendo la riserva assunta, osserva quanto segue:

I. I figli di F. A. nato a *Omissis* il *Omissis* 1938 e residente a *Omissis* via *Omissis*, hanno chiesto la nomina di a.d.s. a suo favore. I ricorrenti hanno evidenziato che il padre, ha dissipato il proprio patrimonio vivendo al di sopra delle proprie possibilità, "spendendo in viaggi, serate, donne". A causa di questa vita di eccessi, oggi lo stesso risulta impossidente, vive con una modesta pensione (di euro 400) in un appartamento comodatogli dal nipote.

II. In fatto risulta pacifico che il F., non è affetto da alcuna patologia psichiatrica, né è stato in cura psichiatrica. Il ricorso richiede nomina di a.d.s. a fronte della condizione prodigale della persona, in quanto "fragile, debole e vittima di vizi che la inducono a sperperare ingenti somme di denaro".

In diritto sorge anzitutto spontaneo domandarsi se la condizione di persona prodigale, non affetta da vizio di mente, legittimi un provvedimento limitativo della capacità di agire.

A questo riguardo, rileva l'elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia di prodigalità, quale causa di inabilitazione della persona (art. 414, comma 2, c.c.), che in materia era profondamente divisa.

Un primo orientamento riteneva rilevante al fine del provvedimento di inabilitazione la c.d. obiettiva prodigalità. In particolare, ribadendo un orientamento risalente nel tempo, secondo cui: "la prodigalità, cioè un comportamento abituale caratterizzato da larghezza nello spendere, nel regalare o nel rischiare, eccessiva rispetto alle proprie condizioni socio-economiche ed al valore oggettivamente attribuibile al denaro, configura autonoma causa di inabilitazione, ai sensi dell'art. 415, comma 2, c.c., indipendentemente da una sua derivazione da specifica malattia o comunque infermità, e, quindi, anche quando si traduca in atteggiamenti lucidi, espressione di libera

scelta di vita, purché sia ricollegabile a motivi futili (ad esempio, frivolezza, vanità, ostentazione del lusso, disprezzo di coloro che lavorano, dispetto verso vincoli di solidarietà familiare)" (Cass. 19 novembre 1986, n. 6805, in *Giust. civ.*, 1987, I, 327; in *Foro it.*, 1987, I, 823, con nota di Manacorda, La prodigalità e i suoi possibili rapporti con l'infermità psichica. Un concetto che muta con l'evoluzione storica; in *Riv. not.*, 1987, 360. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Catania 21 novembre 2007, in *Giust. civ.*, 2008, 3027, s.m., con nota critica di Napoli, La prodigalità nell'inabilitazione).

Secondo invece una più moderna è condivisibile impostazione la prodigalità suppone in primis la patologia mentale, che espone la persona al rischio di un danno economico, dato che la sola compromissione del patrimonio familiare non sarebbe sufficiente a giustificare il provvedimento limitativo della capacità di agire. Dato che, quando l'attività del soggetto risponde ad una consapevole scelta, la sua autonomia non potrebbe essere limitata, anche se risulti compromessa la consistenza patrimoniale.

Una corrente giurisprudenziale segue quest'orientamento, insegnando: "la prodigalità, giustificativa dell'inabilitazione della persona a norma dell'art. 415, comma 2, c.c., ricorre qualora il ripetersi di spese disordinate, nonché sproporzionate alla consistenza patrimoniale della persona medesima, sia ricollegabile non a mera cattiva amministrazione, ovvero incapacità di impostare e trattare vantaggiosamente i propri affari, ma bensì ad una alterazione mentale, che escluda o riduca notevolmente la capacità di valutare il danaro, di risolvere problemi anche semplici di amministrazione, di cogliere il pregiudizio conseguente allo sperpero delle proprie sostanze" (Cass. 13 marzo 1980, n. 1680, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 966, con nota di Trabucchi, L'alterazione mentale nella prodigalità dell'inabilitato. In precedenza, in termini, Cass. 10 febbraio 1968, in *Giust. civ.*, 1968, I, 588; in *Giur. Sic.*, 1968, 779). Quest'ultimo orientamento appare condivisibile, come la più attenta dottrina non ha ommesso di sottolineare,

affermando che la limitazione della capacità di agire dell'individuo può giustificarsi solo in presenza di un'alterazione delle facoltà mentali, cosicché "nessuna coerente ricostruzione dell'istituto sarebbe possibile al di fuori dell'equazione: prodigalità = alterazione mentale". Tutto ciò nell'ottica costituzionale, di riconsiderazione della persona umana, del rispetto della dignità dell'uomo e del divieto di discriminazione della persona per condizioni personali o scelte di vita da essa emergenti, che imporrebbe una profonda revisione della concezione tradizionale dell'inabilitazione per prodigalità.

D'altro canto, se la prodigalità ex art. 415, capoverso, c.c., è una malattia mentale, per logica concatenazione, al prodigo può essere nominato un amministratore di sostegno col potere di limitare l'assunzione delle obbligazioni e di fissare un limite massimo di spesa (art. 405 c.c.), laddove la persona non sia in grado di curare i propri interessi, in quanto il suo comportamento è idoneo ad arrecare pregiudizio patrimoniale per effetto del compimento di atti depauperativi.

In quest'ottica si è orientato il Tribunale di Modena: "i comportamenti di dilapidazione del proprio patrimonio personale legittimano la nomina di un amministratore di sostegno solo laddove essi esponano a conseguenze dannose le persone verso cui il beneficiario è responsabile" (Trib. Modena 25 settembre 2006, in *Giur. Merito*, 207, 955, con nota di Cendon).

Fatte queste doverose premesse metodologiche, appare logico ritenere che al prodigo, il quale sperperi il proprio patrimonio e non sia affetto da patologia psichiatrica di sorta, non è nominabile un amministratore di sostegno, a tenore dell'art. 404 c.c., dato che la norma espressamente condiziona la nomina al riscontro di una "infermità o menomazione psichica". Il che ben si spiega nell'ottica di tutela della persona che pervade il nostro ordinamento, secondo una prospettiva costituzionalmente orientata di protezione della dignità e libertà umana, in tutte le sue forme e manifestazioni, anche in quella di sperpero.

In sostanza, il comportamento prodigale, di consapevole dilapidazione del proprio patrimonio, rientra in una sfera di libertà dell'uomo che l'ordinamento non può e non deve comprimere, pena la riemersione di una concezione dello Stato etico; per quanto l'esercizio di tale pretesa libertà economica sia eticamente e socialmente censurabile e vada censurata, laddove induca allo sperpero ed alla dilapidazione patrimoniale.

Conclusivamente, sul punto, quindi, al F., in quanto persona non menomata psichicamente, per quanto prodiga, non può essere nominato un a.d.s.

P.Q.M.

rigetta il ricorso.

## Prodigalità, e amministrazione di sostegno di Giovanni Bonilini

Il Giudice tutelare, con articolata motivazione, esclude che l'accertata prodigalità del soggetto, nei riguardi del quale è stata chiesta l'attivazione dell'amministrazione di sostegno, possa, da sola, giustificare l'attivazione di siffatta misura di protezione della persona, in quanto ablativa della capacità d'agire.

### 1. Il caso

La richiesta dei figli di Tizio mira alla nomina, in suo favore, di un amministratore di sostegno, giacché il padre, a loro dire, ha dissipato il proprio patrimonio, vivendo molto al di sopra delle proprie possibilità economiche, "spendendo in viaggi, serate, donne". A causa di questa vita di eccessi, oggi lo stesso risulta privo di beni, e vive con una modesta pensione in un appartamento comodatogli dal nipote.

Il giudice adito rileva, anzitutto, che, in fatto, risulta pacifico che Tizio non è affetto da alcuna patologia psichiatrica, né è stato in cura psichiatrica. Il giudice, inoltre, dà atto che il ricorso mira alla nomina di un amministratore di sostegno a fronte della condizione prodigale della persona, in quanto "fragile, debole e

vittima di vizi che la inducono a sperperare ingenti somme di denaro".

Ciò precisato in fatto, il giudice si pone l'interrogativo di tipo giuridico, vale a dire se la condizione di persona prodigale, non affetta da vizio di mente, consenta di legittimare un provvedimento limitativo della capacità di agire; in particolare, di quello che istituisca l'amministrazione di sostegno.

### 2. Amministrazione di sostegno, e ipotesi tipizzate giustificanti la pronuncia d'inabilitazione, con riguardo particolare alla prodigalità

Sin dall'entrata in vigore delle norme sull'amministrazione di sostegno, è stato posto l'interrogativo sul

# Giurisprudenza

## Amministratore di sostegno

possibile impiego del nuovo istituto nelle ipotesi, tipizzate, in cui può essere pronunciata l'inabilitazione, vale a dire a fronte di prodigalità, di abuso abituale di sostanze alcoliche o stupefacenti, di cecità o sordomutismo dalla nascita, o prima infanzia, non accompagnato da sufficiente educazione (1).

Ipotesi, queste, che, è ben noto, sono contemplate dall'art. 415, commi 2 e 3, c.c., le cui norme stabiliscono, peraltro, una serie di ulteriori condizioni, affinché il giudice possa pronunciare il relativo provvedimento.

Secondo un'interpretazione, le situazioni sostanziali, che costituiscono presupposto dell'inabilitazione, sembrano riconducibili tutte all'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno (2). Si aggiunge: sembra auspicabile che, non essendo stato abrogato l'istituto dell'inabilitazione, e non essendo stata prevista, perciò, una "conversione", delle inabilitazioni già dichiarate, in amministrazione di sostegno, si pervenga diffusamente a tale risultato, attraverso le procedure messe a disposizione al riguardo (art. 429, ult. cpv., c.c.) (3).

Si è messo in luce, inoltre, che l'amministrazione di sostegno, a differenza dell'inabilitazione, mirante alla tutela di esigenze di natura preminentemente patrimoniale, consente maggiore attenzione specifica alla protezione della persona nelle multiformi estrinsecazioni della vita quotidiana (4).

Secondo altri interpreti, deve escludersi, quanto alla prodigalità e all'abuso abituale di bevande alcoliche o stupefacenti, che dette fattispecie giustifichino, da sole, l'apertura dell'amministrazione di sostegno, giacché vi si può procedere solo nell'ipotesi in cui le medesime sfocino in un'alterazione dei processi intellettivi, che renda impossibile alla persona, anche parzialmente o temporaneamente, la cura dei propri interessi (5).

Quanto alla prodigalità (6), premessa la mia piena simpatia verso chi disponga, con assoluta autonomia, del proprio patrimonio, quindi anche, secondo l'opinione corrente, smodatamente, non si può non rilevare che l'art. 415, cpv., c.c. condizioni la pronuncia d'inabilitazione all'accertamento della circostanza che gli atti di prodigalità espongano l'autore, o la sua famiglia, a gravi pregiudizî economici.

Il vero fine di tutela della norma, dunque, è la salvaguardia del patrimonio, come conferma, del resto, l'art. 776, cpv., c.c., che legittima il curatore dell'inabilitato per prodigalità a chiedere l'annullamento della donazione, anche se la medesima sia stata disposta nei sei mesi anteriori all'inizio del giudizio d'inabilitazione (7).

Va anche rammentato che, secondo un'interpretazione, è facile l'equazione: prodigalità uguale ad alterazione mentale (8). Si potrebbe osservare, se così fosse, che non vi sarebbe stata la necessità di contemplare la prodigalità quale ipotesi d'inabilitazione a sé, stante la previsione dell'art. 415, comma 1, c.c., nella quale, infatti, la fattispecie sarebbe assorbita (9), anche se, a ben vedere, la norma potrebbe raffigurare l'eventualità che la prodigalità costituisca sì un indice di alterazione mentale, tuttavia bisognevole, per sfociare nella limitazione della capacità d'agire, della concomitante circostanza che gli atti a sua manifestazione espongano il loro autore, o la sua famiglia, a gravi pregiudizî economici. Pregiudizî, appunto, che non possono essere di entità trascurabile, ma che, anche riguardo all'entità del patrimonio a disposizione, debbono essere "gravi".

Sennonché, si contesta che la prodigalità sia, quanto meno, un segno di alterazione mentale. La relativa norma, peraltro, mi pare renda evidente la tensione alla salvaguardia del patrimonio di chi compia gli atti di prodigalità, e della sua famiglia, in quel disegno

(1) Si veda G. Bonilini, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - F. Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno*. Artt. 404-413, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger e dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2008, spec. 79 ss. In merito, v. anche S. Delle Monache, *Commento all'art. 404 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Artt. 343-455, Torino, s. d., ma 2009, 169 ss., spec. 203-204.

Sul punto, v. anche E. Calò, *Amministrazione di sostegno*. Legge 9 gennaio 2004, n. 6, Milano, s. d., ma 2004, 78 ss.

Sui rapporti tra amministrazione di sostegno e inabilitazione, v. P. Martinelli, *Interdizione e amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, s. d., ma 2005, spec. 142 s.

(2) F. Anelli, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, V, Milano, 2004, 4212.

(3) F. Anelli, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., 4215.

(4) Trib. Palermo 14 luglio 2006, in *Il Sole 24 ore - Il merito*, 2007, 4, 8.

(5) S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 38. V., inoltre, S. Delle Monache, *Commento all'art. 404 cod. civ.*, cit., 204.

(6) In tema, v. almeno: E.V. Napoli, *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1995, II ed., 73 ss.; R. Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 4, III, Torino, s. d., ma 1997, II ed., 797 ss.

(7) Al riguardo, v., almeno, A. Natale, *Il donante*, in *La donazione*, *Tratt. dir.* da G. Bonilini, s. I. e s. d., ma Torino, 2001, (333 ss.), 360 ss.

(8) Cfr. E. V. Napoli, *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, cit., 103.

(9) Cfr. anche E. Calò, *Amministrazione di sostegno*, cit., 78.

paternalistico, in definitiva, che emerge da più di una disposizione normativa del nostro Codice civile (10), dimentico, non di rado, del fatto che, proprio al suo interno, si trovano altri strumenti diretti a reagire, eventualmente, a detti atti, là dove essi mettano a repentaglio interessi protetti, poiché non si può affermare che sia, di per sé, da proteggere, l'interesse a che le persone spendano con moderazione, sebbene il voto al risparmio risulti, anche costituzionalmente, sancito (art. 47 Cost.).

Per intenderci: là dove il soggetto, con atti di prodigalità, attenti, a titolo di esempio, al mantenimento e all'istruzione dei propri figli, sono altri i rimedi, e le sanzioni, invocabili. Là dove, inoltre, lo stesso, con ripetuti atti donativi, impoverisca il proprio patrimonio e, alla sua morte, si accerti che ne abbiano risentito pregiudizio i legittimari, codesti soggetti potranno esperire l'azione di riduzione, ottimo mezzo di tutela di chi, in un sistema qual è il nostro - che meriterebbe, anche a questo riguardo, un attento ripensamento (11) - trova diritti successorî riservati (12).

Dalle osservazioni svolte, emerge il convincimento che la prodigalità, da sola, (non dovrebbe giustificare la pronuncia d'inabilitazione e, del resto, la norma esordisce con un "possono" essere inabilitati i soggetti che la praticano, e) non giustifica l'attivazione dell'amministrazione di sostegno, poiché non si può certo affermare che rientri, per ciò stesso, nei confini della fattispecie delineata nell'art. 404 c.c. (13). Occorre eccettuare l'ipotesi, beninteso, nella quale risulti che essa costituisca un ulteriore sintomo di deficienza intellettiva - non certo volitiva, giacché il compimento reiterato di atti di prodigalità convince, semmai, del contrario -; nel qual caso, però, la fattispecie di attivazione dell'amministrazione di sostegno si può affermare che sia di già integrata. Al più, quel sintomo convincerà il giudice tutelare a restringere i poteri di autonomia del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno.

Si rammenti, infine, che il nostro ordinamento giuridico ha, saldo, il diritto di proprietà, e la tensione smodata a spendere il proprio, se può suscitare

riprovazione dal punto di vista etico, ed estetico, come, del resto, qualsivoglia ostentazione, non si può certo affermare che meriti riprovazione giuridica (14).

Per completezza, giova rammentare che, secondo un'interpretazione, la prodigalità è una delle poche ipotesi in cui pare ancora giustificata l'esigenza di una protezione, che non può essere idoneamente fornita dall'amministrazione di sostegno, quindi giova la pronuncia d'inabilitazione. In definitiva, si reputa che la residualità della categoria dell'inabilitazione sia, oggi, sicura, epperò essa possa ancora giovare in alcuni casi, qual è, appunto, quello della prodigalità (15).

### 3. La giurisprudenza in materia

La giurisprudenza ha avuto svariate occasioni per occuparsi degli effetti giuridici della prodigalità.

Quanto al relativo concetto, il Supremo Collegio reputa che la prodigalità, giustificativa dell'inabilitazione della persona a norma dell'art. 415, comma 2, c.c., ricorra ove il ripetersi di spese disordinate, e sproporzionate alla consistenza patrimoniale della persona medesima, sia ricollegabile, non già a meramente cattiva amministrazione, o alla incapacità d'impostare e trattare vantaggiosamente i propri affari, bensì a una alterazione mentale, che escluda o riduca notevolmente la capacità di valutare il danaro, di risolvere problemi anche semplici di amministrazione, di cogliere il pregiudizio conseguente allo sperpero delle proprie sostanze (16).

In un'altra decisione, la Suprema Corte ha precisato che la prodigalità, quale causa d'inabilitazione, ove concorra un'esposizione dell'inabilitando o della sua famiglia a gravi pregiudizi economici, esprime una tendenza allo sperpero, per incapacità di apprezzare il valore del danaro, per frivolezza, vanità oppure ostentazione; pertanto, essa non è ravvisabile, agli effetti di cui alla norma affidata all'art. 415, cpv., c.c., in caso di inettitudine agli affari, la quale indica solo spirito lucrativo e ricerca di guadagno non sorretti da adeguate attitudini. Ai fini del provvedimento

(10) V. l'interessante contributo di F. Cosentino, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, 119 ss.

(11) Al riguardo, v. G. Bonilini, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 581 ss.

(12) Per una prima valutazione al riguardo, v. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, s. d., ma 2016, VIII ed., 151 ss., spec. 178 s.

(13) Nello stesso ordine d'idee, v. E. Calò, *Amministrazione di sostegno*, cit., 80 s.

In senso differente, invece, v. Trib. Modena 25 settembre 2006, in *Giur. mer.*, 2007, 950 ss., con nota di P. Cendon, *La responsabilità verso i propri cari al centro dell'amministrazione di sostegno*.

(14) V. anche E. Calò, *Amministrazione di sostegno*, cit., 80, il quale, peraltro, sottopone a critica certa giurisprudenza (ivi, 79, nt. 8), che è adusa a moralismo.

(15) Così, G. Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in questa *Rivista*, 2004, 128.

(16) Cass. 13 marzo 1980, n. 1680.

## Giurisprudenza

# Amministratore di sostegno

d'inabilitazione, quindi, l'inefficienza agli affari non coincide, di per sé, con la prodigalità, sicché non consente il ricorso alla misura giudiziale prevista dal richiamato articolo. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha indicato, semmai, la possibilità di applicare il provvedimento contemplato all'art. 330 c.c., concernente la decadenza dalla potestà sui figli (17).

Non si è mancato di mettere in luce, peraltro, che la prodigalità, che costituisce autonoma causa d'inabilitazione, quindi a prescindere dall'infermità di mente, sussiste solo quando il motivo, per cui siano sperperate le sostanze, sia da considerare obiettivamente futile o frivolo. Nella specie, è stato ritenuto che la costituzione di un'azienda agricola, da parte di una donna maritata in società con il proprio convivente, non integri gli estremi di un futile dissolvimento del patrimonio (18).

Sul concetto in esame, merita di essere richiamata anche la decisione, secondo la quale, la prodigalità, prevista quale causa d'inabilitazione, presuppone, in primo luogo, che l'inabilitando sia dedito alla sistematica e ricorrente dispersione dei propri mezzi economici mediante il compimento di spese sconsiderate, in quanto prive di una qualche utilità, e sproporzionate rispetto alla propria situazione patrimoniale e, in ogni caso, che il comportamento prodigale non possa ricondursi a una finalità motivazionale dotata di una qualche intrinseca e soggettiva coerenza (19).

Nella giurisprudenza di merito, si rintracciano utili specificazioni. A modo di esempio, si rammenti che la trasformazione del patrimonio, all'insaputa di tutti i familiari, non configura punto l'ipotesi di prodigalità; pertanto, va rigettata la domanda d'inabilitazione per tale motivo avanzata (20).

Quanto al provvedimento da adottare in ipotesi di accertata prodigalità, è stato deciso nel senso che non debba essere disposta l'inabilitazione, bensì la nomina - anche in via provvisoria da parte del G. I. del procedimento d'inabilitazione - di un amministratore di sostegno, allorché si accerti che le patologie, di cui l'inabilitando sia affetto, non ne inficino le capacità cognitive, ma incidano negativamente sulla gestione della vita quotidiana da parte dell'inabilitando medesimo. Nel caso di specie, è stato accertato che la sparizione di gran parte delle risorse economiche della persona inabilitanda era dipeso da un

abuso del rapporto di fiducia da parte della così detta dama di compagnia (21).

Non manca la decisione, nel senso che, nell'ipotesi in cui un soggetto, titolare di un notevole patrimonio immobiliare, lo abbia in parte incautamente dissipato, realizzando introiti di molto, e irragionevolmente, inferiori al reale valore dei beni venduti, e abbia altresì dimostrato eccessiva larghezza nello spendere, così da esporre se stesso e i suoi familiari a gravi pregiudizî di natura economica, sussistono le condizioni per l'emissione della pronuncia d'inabilitazione per prodigalità (22).

Si rintraccia anche la decisione che ha precisato come, in materia d'inabilitazione, la prodigalità, di cui all'art. 415, comma 2, c.c., esprime una tendenza allo sperpero per incapacità di apprezzare il valore del denaro, per frivolezza, vanità oppure ostentazione, ricollegabile non già a cattiva amministrazione, ovvero incapacità di impostare e trattare vantaggiosamente i propri affari, bensì ad una alterazione mentale, che escluda o riduca notevolmente la capacità di valutare il danaro, di risolvere i problemi, anche semplici, di amministrazione, di cogliere il pregiudizio conseguente allo sperpero delle proprie sostanze. Così intesa la prodigalità, quale condizione legittimante la pronuncia d'inabilitazione, va rilevato come non denoti una tendenza allo sperpero, né una incapacità di apprezzare il valore del danaro, la condotta del soggetto che giuochi d'azzardo, in quanto diretta, nella specie, al preciso scopo di guadagnare danaro, il cui valore, pertanto, non poteva non essere ben noto e apprezzato. Mancando la tendenza allo sperpero, richiesta perché sia configurabile la prodigalità, e, anzi, essendo, addirittura, la condotta del convenuto, animata da spirito lucrativo e da ricerca di guadagno, la domanda d'inabilitazione proposta, nella fattispecie, dal P. M., deve essere respinta (23).

Eloquente, si rivela l'argomentazione avanzata, di recente, dal Supremo Collegio. Il quale, premesso che l'inabilitazione per prodigalità può essere pronunciata solo allorché la dispersione del proprio patrimonio, da parte dell'inabilitando, sia ricollegabile a motivi futili, e che il giudice, al riguardo, dispone di ampî poteri officiosi, sicché non è limitato dalle allegazioni e dalle difese delle parti, al punto che, in grado di appello, può estendere il suo accertamento anche a fatti non allegati o acquisiti nel

(17) Cass. 3 dicembre 1988, n. 6549.

(18) Cass. 19 novembre 1986, n. 6805.

(19) Trib. Macerata 15 luglio 2010.

(20) Trib. Milano 18 settembre 1980.

(21) Trib. Napoli 3 luglio 2006, ord.

(22) Trib. Catania 21 novembre 2007.

(23) Trib. L'Aquila 7 maggio 2008.

giudizio di primo grado, è correttamente motivata, e non sindacabile in Cassazione, la pronuncia di merito, che abbia escluso la ricorrenza della richiamata fattispecie, avendo accertato che l'inabilitando, a fronte del naufragio della sua famiglia e dell'allontanamento delle figlie, ha ridistribuito parte dei propri averi alle persone rimastegli vicine, nella logica premiale e riconoscitiva. Inoltre: la prodigalità, vale dire il comportamento abituale caratterizzato da larghezza nello spendere, nel regalare o nel rischiare eccessivamente, rispetto alle proprie condizioni socio-economiche e al valore oggettivamente attribuibile al danaro, configura autonoma causa d'inabilitazione, ai sensi dell'art. 415, comma 2, c.c., indipendentemente da una sua derivazione da specifica malattia o comunque infermità, e, quindi, anche quando si traduca in atteggiamenti lucidi, espressione di libera scelta di vita, purché sia ricollegabile a motivi futili (a modo di esempio, frivolezza, vanità, ostentazione del lusso, disprezzo per coloro, i quali lavorano, o a dispetto dei vincoli di solidarietà familiare). Ne discende, che il suddetto comportamento non può costituire ragione d'inabilitazione del suo autore, quando risponda a finalità aventi un proprio intrinseco valore. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto insussistenti gli estremi della prodigalità nella condotta del soggetto che, con la redistribuzione della propria ricchezza a persone a lui vicine, anche se non parenti, intendeva dare risposta positiva e costruttiva al naufragio della propria famiglia (24).

Si rivela interessante, infine, la decisione, secondo la quale, il primo dei presupposti, necessari ai fini della dichiarazione d'interdizione, deve identificarsi con una menomazione mentale, non necessariamente coincidente con il concetto di malattia accolto dalla scienza medica, talmente grave da rendere il soggetto incapace di provvedere ai propri interessi. In particolare, il maggiore e il minore emancipato, i quali si trovino in condizioni di abituale infermità di mente che li renda incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti, quando ciò si riveli necessario per assicurare la loro adeguata protezione, là dove, ai sensi dell'art. 415 c.c., possono essere inabilite le persone, lo stato delle quali non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, oppure coloro, i quali, per prodigalità o abuso abituale di bevande

alcoliche o di stupefacenti, espongano sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici e, inoltre, a determinate condizioni, il sordomuto e il cieco dalla nascita. In ogni caso, l'inabilitazione postula un'infermità di mente che presenti carattere di abitualità, cioè di durata nel tempo, tale da qualificarla come *habitus* normale del soggetto (ancorché in presenza di lucidi intervalli) e che, inoltre, incida sulla capacità del soggetto medesimo di provvedere alla cura dei propri interessi (25).

#### 4. Considerazioni conclusive

Emerge chiaramente, dalla giurisprudenza sopra richiamata, che, seppure possa dirsi sostanzialmente condiviso il concetto di prodigalità, si ha poi divergenza di esito, allorquando debba essere adottato un provvedimento protettivo riguardo alla persona "affetta" da prodigalità.

Va rilevato, invero, che si rintracciano sia decisioni, le quali, seppur pronunziate nel tempo successivo all'entrata in vigore della normativa sull'amministrazione di sostegno, persistono a prescegliere l'emissione del provvedimento d'inabilitazione, sia decisioni, invece, che hanno preferito attivare l'amministrazione di sostegno.

Il più significativo dato, però, che è ricavabile dalla predetta giurisprudenza, è quello per cui, in definitiva, si preferisce, non di rado, non fare occasione, dell'accertata, mera, prodigalità, di emissione di un provvedimento ablativo della capacità d'agire della persona, a meno che non sia altrimenti provato, che detta persona abbisogni di essere assistita, nel compimento degli atti giuridici attinenti alla propria vita, in quanto difettosa della piena capacità intellettuale e volitiva, riguardo alla quale, invero, l'accertata prodigalità può essere, soltanto, un segno ulteriore.

In definitiva, si tende a respingere l'interpretazione, secondo la quale, è facile l'equazione: prodigalità uguale ad alterazione mentale (26).

Merita apprezzamento, pertanto, nel suo esito finale, il provvedimento in esame, almeno là dove respinge la richiesta di sottoporre ad amministrazione di sostegno la persona, nei riguardi della quale, appunto, il medesimo fu richiesto.

Occorre, invero, essere consapevoli del fatto che la normativa sull'amministrazione di sostegno mira alla

(24) Cass. 13 gennaio 2017, n. 786. Merita di essere considerata, altresì, la decisione, pronunziata da Trib. Minorenni Cagliari 11 dicembre 1986, ad avviso della quale, l'emergere della prodigalità nell'ultimo anno di minore età di un soggetto non costituisce ragione d'inabilitazione, qualora il minore stesso, successivamente, in concomitanza con un suo processo di maturazione

personale, dimostri per un tempo apprezzabile di aver acquisito autocontrollo e senso di responsabilità tali da consentirgli di amministrare adeguatamente le proprie risorse patrimoniali.

(25) Trib. Monza 1° aprile 2011.

(26) V., *supra*, nt. 8.



## Giurisprudenza

# Amministratore di sostegno

protezione della persona, la quale presenti un'insufficiente capacità intellettuale, e il giudizio d'insufficienza intellettuale, appunto, non è integrato dalla sola tendenza, seppur smodata, a spendere, giacché essa potrà costituire soltanto uno dei molteplici segni, dai quali il giudice possa ricavare, in definitiva, la necessità di affiancare, a detta persona, un amministratore di sostegno, onde sopperisca alla sua carente autonomia.

La prodigalità, alla luce della interpretazione oggi maggiormente accreditata, dunque, non può, da sola, costituire la ragione di ablazione della capacità d'agire della persona che ne sia "affetta".

La medesima potrà essere intesa soltanto come segnale di un'alterazione mentale, o di uno stato psichico depotenziato (27), il quale potrà concorrere, alla luce dell'adeguata investigazione giudiziale, a denunciare l'assenza di capacità intellettuale, che rende pienamente giustificata l'adozione del provvedimento d'istituzione dell'amministrazione di sostegno, non potendo, in tal caso, la persona interessata, provvedere, autonomamente, alla cura dei propri interessi.

Siffatto modo di argomentare si allontana, all'evidenza, dalla mera lettera della norma racchiusa nell'art. 415, cpv., c.c., la quale, a ben vedere, erge la prodigalità ad autonoma causa d'inabilitazione, laddove la consistenza del patrimonio del soggetto dall'animo prodigale sia condotta a esiti infausti, e, di conseguenza, sia messa a rischio di pregiudizio la sua famiglia.

L'interpretazione accreditata, invero, è nel senso di intendere la prodigalità quale segno ulteriore della

deficienza intellettuale del soggetto, seppur non così grave da far luogo all'interdizione giudiziale.

La quale deficienza intellettuale, a ben vedere, rappresenta però un'autonoma causa d'inabilitazione, alla luce della norma racchiusa nell'art. 415, comma 1, c.c.

Non si può neppure negare, al contempo, che la fattispecie prodigalità, in sicura linea con l'impianto paternalistico del Codice civile al di della sua entrata in vigore, non sia in armonia con il vigente modo di intendere anche le norme privatistiche alla luce dei principî costituzionali. Fra i quali troneggia, indiscutibilmente, quello di libertà e di dignità della persona, che dovrebbe imporre, a un legislatore meno distratto o svogliato, di rivedere la norma codicistica che persiste a contemplare la prodigalità quale autonoma causa d'inabilitazione.

In definitiva: se il soggetto sia affetto da malattia mentale, poco rileva che sia anche di spirito prodigale, giacché abbisogna comunque di vedersi assistito con uno dei mezzi di protezione della persona. Segnatamente, con l'amministrazione di sostegno.

Ove, invece, il soggetto, pienamente capace, persista nel dissipare il proprio patrimonio come scelta personale, dovrebbe essere destinatario, stante la lettera dell'art. 415, cpv., c.c., del provvedimento d'inabilitazione. Sennonché, la lettura, costituzionalmente orientata, della predetta norma impedisce di privarlo della capacità, giacché anche lo sperpero del proprio danaro è un modo d'essere della libertà della persona, e, come tale, trova garanzia costituzionale.

(27) Così, S. Delle Monache, *Commento all'art. 404 cod. civ.*, cit., 204.

Adozione internazionale di minore da parte di persona *single*

Tribunale per i minorenni di Genova 8 settembre 2017 - Pres. e Rel. Miniotti

**A norma dell'art. 36, comma 4, L. 4 maggio 1983, n. 184, l'adozione internazionale pronunciata in favore di una persona singola (*single*) di cittadinanza italiana dalla competente autorità giurisdizionale di un Paese straniero ove questa ha risieduto e soggiornato continuativamente per almeno due anni non è in contrasto con i principi della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 in materia di adozione internazionale, e può quindi essere riconosciuta "ad ogni effetto" in Italia come adozione piena (c.d. adozione legittimante).**

**L'art. 35, comma 3, L. n. 184/1983, nel prevedere che la trascrizione nei registri dello stato civile dell'adozione pronunciata all'estero non può essere disposta se contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato italiano il diritto di famiglia e dei minori, deve essere interpretato tenendosi conto del principio della continuità transnazionale degli *status* familiari e dell'assoluta preminenza dell'interesse del minore.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conformi</b>	App. Torino 30 ottobre 2000; Trib. Minorenni Firenze 8 marzo 2017.
<b>Difformi</b>	Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572; Cass. 18 marzo 2006, n. 6078; Trib. Minorenni Caltanissetta 18 luglio 2011, n. 19 ( <i>ex multis</i> ).

## Il Tribunale

*Omissis*

Visto il ricorso depositato il 25.07.2016 da ... nata il ... residente ... ai fini della presente procedura domiciliata in Genova, Via Assarotti 20 int. 9, presso lo studio dell'avv. prof. Chiara Enrica Tuo, che la rappresenta e difende come da mandato in calce al ricorso, con cui si chiede, ai sensi dell'art. 36, comma 4, legge n. 184/83 ovvero degli artt. 64 ss. della legge n. 218/1995, di dichiarare il riconoscimento ad ogni effetto dell'adozione piena del minore ... pronunciata in suo favore dal Tribunal de Première Instance de Première Classe de Cotonou, Benin, in data 8 luglio 2016;

Rilevato che:

con istanza depositata il 10.08.2015, rivolta a questo Tribunale per i Minorenni (proc. 203/15 ADN), la ... chiedeva di essere autorizzata all'adozione internazionale del minore di sesso maschile di nome ... (...) nato a ... il ... a sostegno della richiesta esponeva:

- di essere cittadina italiana, non coniugata e senza figli, residente a ... ove soggiornava continuativamente dal gennaio 2013; al momento del suo trasferimento all'estero e della sua iscrizione all'AIRE, ella risiedeva in ...;

- di essere impiegata dallo stesso anno, in virtù di un contratto di lavoro regolato dal diritto beninese, a ..., come responsabile del dipartimento ...

- di essersi presa stabilmente cura, dal mese di luglio 2013 del minore di sesso maschile di nome ... abbandonato dalla madre, di padre ignoto e dell'età (in allora) di circa due anni; il minore era stato affidato ... e da allora la ... si era occupata del bambino, che aveva stabilito con lei un intenso legame affettivo e per cui ella rappresentava l'unico punto di riferimento affettivo, educativo, accuditivo;

di aver avviato la procedura per l'adozione piena di ... davanti al Tribunal de Première Instance de Première Classe de Cotonou, Benin;

che, conformemente alla procedura locale di adozione piena di minore:

in data 16.01.2015 il predetto Tribunale ha dichiarato ... in stato di abbandono, con delega dell'autorità parentale alla ... in data 7 aprile 2015, la ... formalizzato con atto notarile il proprio impegno a offrire al minore "un ambiente familiare ottimale e ad assicurarne l'educazione, istruzione, mantenimento e ogni altra esigenza";

in data 22 aprile 2015 il predetto Tribunale ha disposto l'affidamento provvisorio in vista dell'adozione piena di ... alla ...;

su tali premesse di fatto, la ricorrente osservava che, in base alla disciplina beninese, l'adozione di ... da parte della ... si configurava quale adozione internazionale di minore, in ragione della nazionalità straniera dell'aspirante genitore adottivo e che pertanto, ai fini del suo perfezionamento, le Autorità beninesi richiedevano che la competente autorità dello Stato di cittadinanza della ... emettesse in suo favore una "autorizzazione ad adottare";

con decreto 25.01/15.02.2016 questo TM dichiarava ... specificamente idonea all'adozione del minore ... in virtù del valido rapporto già consolidato tra lei ed il bimbo, accertato e sancito dal Giudice Beninese;

l'iter dell'adozione in Benin si è perfezionato e, con decisione 8 luglio 2016 il Tribunale di Cotonou ha dichiarato l'adozione del minore ... in capo a ... dal tenore dell'atto si evince che tale decisione ha gli effetti dell'adozione "piena" (in passato: "legittimante"), secondo la terminologia corrente nel nostro ordinamento;

il minore ha da tempo fatto ingresso in Italia con la ... in forza di visti a tutt'oggi rinnovati;

Considerato in diritto

Nell'ordinamento italiano la materia dell'adozione internazionale è regolata dagli artt. da 29 a 43 della legge

4.05.1983, n. 184 come modificata dalla legge 31.12.1998, n. 476, in attuazione della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 in materia di adozione internazionale, che prevedono situazioni distinte per le adozioni estere pronunciate da paesi che hanno aderito alla Convenzione e da paesi che non vi hanno aderito, né hanno stipulato accordi bilaterali (come il Benin);

in particolare, con riferimento ad adozioni pronunciate in Stati non aderenti, l'art. 36, quarto comma della legge 4 maggio 1993, n. 184 (nel testo sostituito ad opera dell'art. 3 della legge 31 dicembre 1998, n. 476) prevede che l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di aver soggiornato continuativamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del Tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione;

la Corte di Cassazione, con sentenza n. 3572 del 14.02.2011 ha ritenuto che la norma citata non abbia introdotto alcuna deroga al principio generale enunciato nell'art. 35, terzo comma della legge n. 184 del 1983 citata, secondo il quale la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con effetti legittimanti non può avere mai luogo ove "contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori", tra i quali, secondo la Corte, vi è quello secondo cui l'adozione legittimante è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio", ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983, fermo restando che il legislatore nazionale, coerentemente con il disposto dell'art. 6 della Convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357, ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione legittimante di minore da parte di una singola persona;

l'art. 41 della legge n. 218/95 dispone che i provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64, 65 e 66 facendo però ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori;

pertanto, in forza del principio di specialità, nel caso di cui all'art. 36, comma 4, le pronunce straniere debbono essere dichiarate efficaci dal TM competente, dovendosi escludere la configurabilità di un riconoscimento automatico secondo la regola generale di diritto internazionale privato stabilita dall'art. 64 della legge n. 218/95 contenente norme di diritto internazionale privato (d.i.p): v. Corte Cass. sent. n. 6079 del 18.03.2006;

Ciò premesso, ritiene il Collegio che:

- il caso di specie è riconducibile alla norma di cui all'art. 36, comma 4, L. n. 184/83;

in forza del principio di specialità, non è applicabile il riconoscimento automatico previsto dall'art. 64 della legge di d.i.p;

- la Convenzione dell'Aja del 29.05.1993, recepita dalla legge n. 476/98 che ha innovato la legge n. 184/83, non

contiene il principio della riserva assoluta di adozione in favore delle sole coppie coniugate (come anche esplicitato nella citata sentenza Cass. n. 3572/2011), di tal che il riconoscimento della sentenza straniera che ha pronunciato l'adozione piena di un minore da parte di persona non coniugata non è di per sé in contrasto con i principi della Convenzione, secondo quanto richiesto dall'art. 36, comma 4;

- la clausola generale dell'art. 35 - secondo cui la trascrizione nei registri dello Stato civile non potrebbe aver luogo se in contrasto con i principi fondamentali che regolano nello stato il diritto di famiglia e dei minori - va interpretata in una prospettiva conforme all'ormai consolidata giurisprudenza europea della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (nel seguito: Corte EDU o di Strasburgo);

- in particolare, deve tenersi conto del principio enunciato dalla Corte EDU secondo cui il diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) impone la continuità transnazionale degli status familiari, principio tanto più cogente allorché lo status familiare sia stato validamente e stabilmente costituito all'estero, in conformità all'ordinamento di origine.

L'Autorità nazionale, cui si richiede il riconoscimento dello status, può rifiutarlo solo invocando il limite dell'ordine pubblico in funzione della tutela, con misure proporzionate allo scopo, di valori considerati talmente essenziali da risultare irrinunciabili, in quanto fondanti la propria identità giuridico-costituzionale.

In altri termini, secondo la giurisprudenza CEDU, la continuità transnazionale degli status può essere soggetta a restrizioni solo in virtù di principi e valori di ordine pubblico che, nel patrimonio giuridico comune agli Stati aderenti alla CEDU sono ampiamente condivisi e generalmente considerati meritevoli di tutela.

Orbene, è indubbio che tra tali principi e valori non rientra la riserva di adozione piena alle sole coppie coniugate, posto che numerosi Stati del Consiglio di Europa consentono l'adozione piena da parte di single.

- tale ricostruzione trova altresì conforto nell'ulteriore principio cui fa riferimento la giurisprudenza di Strasburgo, dell'assoluta preminenza dell'interesse del minore, sul quale deve plasmarsi la soluzione della questione insorta nel caso concreto. E non vi è dubbio che la pronuncia dell'Autorità Giudiziaria Beninese abbia dato riconoscimento formale, all'esito di un complesso iter procedimentale conforme alle norme di quel Paese, ad un rapporto affettivo continuativamente esistente tra l'odierna ricorrente ed il minore ... dal luglio 2013, talmente intenso da identificare un vero e proprio rapporto genitoriale, rispetto al quale non sussistono ragioni per imporre restrizioni;

P.Q.M.

visto l'art. 36, comma 4 della L. n. 184/83, come modificata dalla L. n. 476/1998; con il parere favorevole del Pubblico Ministero;

## DICHIARA

efficace in Italia, con gli effetti dell'adozione, il provvedimento del Tribunal de Première Instance de Première Classe de Cotonou, Benin, in data giugno 2016 che ha pronunciato l'adozione piena (adoption plénière) del minore ... nato a ... da parte ... nata a...;

## DISPONE

che il predetto decreto venga trasmesso all'Ufficiale dello Stato Civile di Genova, per la trascrizione nei registri dello stato civile;

## DISPONE

che il Servizio Sociale territorialmente competente vigili, per almeno un anno, sull'andamento della situazione del minore, segnalando al TM eventuali difficoltà per gli opportuni interventi;

## MANDA

alla Cancelleria per gli adempimenti di rito e per la notificazione e comunicazione del presente provvedimento:

- al PM;
- alla richiedente;
- al servizio Sociale territorialmente competente.

## La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del *single*: una decisione originale di Edoardo Pesce (\*)

Il Tribunale dei minorenni di Genova ha riconosciuto efficace in Italia un provvedimento di adozione piena emesso in Benin nei confronti di una *single* italiana che là ha risieduto per più di due anni, disattendendo il consolidato orientamento contrario della Cassazione. La decisione offre lo spunto per esaminare il quadro normativo esistente, nelle cui pieghe sembra effettivamente potersi trovare uno spazio per l'adozione piena (internazionale) da parte di una persona *single*, e per riflettere, in retro e prospettiva, sul significato dell'esclusione delle persone non coniugate dall'adozione piena.

### La rilevanza della decisione

Il Provvedimento del Tribunale dei minorenni di Genova soprariportato riconosce efficace in Italia una sentenza di adozione emessa in Benin su istanza di una cittadina italiana là residente, nei riguardi di un minore di padre ignoto ed abbandonato dalla madre. Il Giudice italiano conferma gli effetti e la qualità di "adozione piena" (secondo un vecchio ed ormai logoro uso italiano, di "adozione legittimante") attribuiti nell'ordinamento di provenienza e ne dispone la trascrizione nei registri dello stato civile, malgrado - e in ciò sta la particolarità della decisione - l'adottante sia una "persona singola", *status* non contemplato dalla legge

italiana ai fini della adozione piena, secondo quanto prevede l'art 6 della L. 4 maggio 1983, n. 184. Il piccolo beninese è dichiarato ad ogni effetto figlio (1) della signora, della quale assume il cognome, diventando - pur sotto la vigilanza di almeno un anno da parte dei Servizi Sociali "*sull'andamento della situazione del minore*" così come prevede l'art. 34, comma 2, L. n. 184/1983 - parte di una famiglia "monoparentale" (2) composta soltanto di una madre e di un figlio, entrambi di cittadinanza italiana (3).

Con una motivazione essenziale ma incisiva, il Giudice ha così costituito (o riconosciuto?) questa famiglia facendo applicazione dell'art. 36, comma

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

(1) Si sarebbe detto, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, "figlio legittimo". Venuta meno la correttezza di questa formula, risulta improprio parlare ancora di adozione "legittimante". Meglio, specie di fronte ad adozioni internazionali, riferirsi ad una adozione "piena", oppure, se adozione interna, ad una adozione "speciale" (così denominata per la prima volta dalla L. 5 giugno 1967, n. 431), dove "speciale" sta soprattutto per "regolata da norme speciali" (la L. 4 maggio 1983, n. 184, successivamente modificata ed integrata). Non dal Codice civile, nell'ambito del quale rimane unicamente (e se ne riflette *infra* nel testo) l'adozione dei maggiorenni di età (c.d. adozione ordinaria) agli artt. 291 ss.

(2) La famiglia assumerebbe struttura bigenitoriale con l'affiancamento di un eventuale *partner* della donna, etero od omosessuale. Attraverso la c.d. *stepchild adoption*, riconosciuta applicabile in un simile caso da un orientamento giurisprudenziale affine a quello espresso dalla pronuncia qui esaminata, il *partner* diventerebbe genitore anche in senso "formale" del piccolo. V. *infra* n. 6. Ad ogni modo, in questo scritto non si parlerà di adozione del *partner* (dello stesso o di diverso sesso) né di riconoscimento nell'ordinamento italiano di provvedimenti di adozione emessi all'estero nei confronti di una coppia *same sex*.

(3) Ai sensi dell'art. 34, comma 3, L. n. 184/1983 "Il minore adottato acquista la cittadinanza italiana per effetto della trascrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile".

4, L. n. 184/1983 (4), particolare fattispecie contraddistinta dalla circostanza che il richiedente il provvedimento di riconoscimento (cittadino italiano) ha soggiornato e risieduto per un certo tempo nel paese straniero ove ha adottato un minore (5), e che torna alla ribalta a distanza di qualche mese (6), fornendo una ragione di più per pensare che tale norma rappresenti davvero un “varco” del sistema aperto a fattispecie e *status* determinatisi all'estero sulla base di presupposti che il nostro diritto non ammette. La decisione analizzata poggia in diritto, per un lato, sulla citata norma dell'art. 36, comma 4 e, per l'altro, su un'interpretazione “progredita” dell'art. 35, comma 3 della medesima legge (7).

L'operazione interpretativa è inconsueta (8). Quella qui annotata è una delle poche decisioni di merito che dà ingresso in Italia a provvedimenti di

adozione internazionale pronunciati all'estero nei confronti di un *single* mantenendone la forza di adozione piena (9). Altre corti sono giunte allo stesso traguardo per altre vie (10) - a dimostrazione della permeabilità di un tessuto normativo molto stratificato quale è quello in materia di adozione (specialmente internazionale) - oppure hanno conquistato traguardi vicini ma meno appaganti, non riconoscendo l'adozione internazionale conseguita da una persona singola all'estero come adozione piena (11).

In questo caso, invece, il Tribunale dei minorenni riconosce alla persona *single* la capacità di adottare (all'estero, nel paese dove ha risieduto per almeno due anni) un minore (straniero) in modo pieno, al di fuori del limitato perimetro dell'art. 44, L. n. 184/1983, entro il quale l'adozione è revocabile; attribuisce all'adottato lo *status* di figlio adottivo dell'a-

(4) Ai sensi del quale “l'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuamente nello stesso di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione”. La disposizione è stata così formulata per effetto della L. 31 dicembre 1998, n. 476 e della L. 28 marzo 2001, n. 149.

(5) Ai fini dell'applicazione dell'art. 36, comma 4, L. n. 184/1983 non è rilevante se lo stato ove è pronunciata l'adozione abbia ratificato o meno la Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale firmata all'Aja il 29 maggio 1993. V. *infra* n. 18.

(6) Il riferimento è alla nota decisione Trib. Minorenni Firenze 8 marzo 2017, in *Foro it.*, 2017, 3, I, 1034, con nota di Casaburi, e in *Corr. giur.*, 2017, 7, 935, con nota di Ferrando. Sulla stessa v. anche Tuo, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2017, 7, 935 e Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 986.

(7) Che prevede: “Il tribunale accerta inoltre che l'adozione non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore, e se sussistono la certificazione di conformità alla Convenzione di cui alla lettera i) e l'autorizzazione prevista dalla lettera h) del comma 1 dell'articolo 39, ordina la trascrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile”.

(8) Se ne ha prova leggendo Tuo, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 850 ss. In dottrina, per l'opinione che l'adozione pronunciata all'estero nei confronti di una persona *single* debba essere riconosciuta nell'ordinamento italiano quale adozione legittimante o piena si rinvia fin d'ora a Morozzo della Rocca, *La riforma dell'adozione internazionale. Commento alla L. 31 dicembre 1998, n. 476*, Torino, 1999, 118.

(9) Un importante precedente conforme, con la particolarità che la minore della cui adozione si discute è figlia della coniuge dell'adottante avuta da precedente matrimonio, è App. Torino 30 ottobre 2000, in *Giur. mer.*, 2001, 636, con nota di Orlandi. Questa decisione non si pone tuttavia, a differenza del Provvedimento

annotato, il problema di applicare o meno l'art. 35, comma 3, L. n. 184/1983. Come si dirà *infra* nel testo, è ragionevole dubitare della necessità di applicare tale norma.

(10) C'è, infatti, una consolidata giurisprudenza bolognese che applica le norme di cui agli artt. 64 ss. della L. 31 maggio 1995, n. 218 con conseguente “riconoscimento automatico” di sentenze straniere che dispongono l'adozione a favore di un *single* giudicate non in contrasto con l'ordine pubblico italiano. V. Trib. Minorenni Bologna 27 aprile 2007, in *Il Merito*, 2007, 10, 38; Trib. Minorenni Bologna 17 aprile 2013, in *www.dirittocivilecontemporaneo.it*, con nota di M. Astone e Trib. Minorenni Bologna 20 luglio 2016, in *DeJure*. L'orientamento non può che destare perplessità dal momento che la stessa legge n. 218/1995 prevede all'art. 41, comma 2, che “*Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori*”; disposizioni che non contengono alcun meccanismo di riconoscimento automatico. Su questo punto, il Provvedimento annotato e la Cassazione (Cass. n. 3572/2011) sono concordi nel ritenere non applicabile la disciplina di cui alla L. n. 218/1995. L'orientamento seguito dal Tribunale per i minorenni di Bologna era applicato in giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della L. n. 476/1998 allorché il Giudice italiano si trovava di fronte a provvedimenti adottivi stranieri che per il diritto italiano avrebbero integrato un'ipotesi di adozione “in casi particolari” ex art. 44, L. n. 184/1983. Per l'opinione che l'entrata in vigore della legge del 1998 non avrebbe modificato la situazione precedente - sicché non essendo contemplata l'adozione internazionale “in casi particolari”, simili provvedimenti stranieri sarebbero sottoposti al regime di riconoscimento automatico previsto dalla L. n. 218 del 1995 - v. Pineschi, *L'adozione nel diritto internazionale privato*, in *Filiazione*, a cura di Collura-Lenti-Mantovani, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, II ed., Torino, 2012, 1196-1198, che dà conto della diversa opinione manifestata dalla Cassazione. Ad ogni modo, le citate decisioni del Giudice minorile di Bologna qualificano le adozioni straniere pronunciate nei confronti di soggetti *single* italiani residenti all'estero come adozioni piene, per cui non dovrebbero sussistere dubbi sull'improprietà dell'applicazione della Legge n. 218 a simili fattispecie.

(11) Così a partire da Trib. Minorenni Trieste 9 luglio 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 897, fino a Cass. 18 marzo 2006, n. 6078, in *Giur. it.*, 2007, 2, 340, e, soprattutto, a Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, in questa *Rivista*, 2011, 7, 697, con nota di M. Astone. Nello stesso senso v. anche, *ex multis*, Trib. Minorenni Caltanissetta 18 luglio 2011, n. 19, in *Dir. famiglia*, 2012, 1, 317.

dottante; non estingue i rapporti con la famiglia di origine e non instaura un formale rapporto di parentela tra l'adottato e i familiari dell'adottante (12).

### La vicenda processuale e la *ratio decidendi*

I fatti dai quali la decisione trae occasione sono i seguenti.

L'adottante risultava essersi presa cura da due anni del minore quando nel 2015 presenta istanza per ottenere la sua *adoption plénière*, consentita dall'ordinamento beninese anche a persone singole. L'*iter* si conclude, dopo un periodo di affidamento provvisorio, con un provvedimento del Tribunale di Cotonou che dispone l'adozione internazionale (in ragione della cittadinanza italiana della signora) del piccolo, previo ottenimento della "autorizzazione ad adottare" resa dallo stesso Tribunale dei minorenni di Genova, con la quale la donna era dichiarata "specificamente idonea all'adozione del minore, in virtù del valido rapporto già consolidato tra lei ed il bimbo, accertato e sancito dal Giudice Beninese".

Perfezionatasi l'adozione in Benin, la signora decide di tornare in Italia insieme al bambino ed avvia a Genova, dove stabilisce la sua residenza, il procedimento per riconoscere ad ogni effetto la pronuncia di adozione, ai sensi dell'art. 36, comma 4, L. n. 184/1983 ovvero degli artt. 64 ss. della L. n. 218/1995.

Il Provvedimento in esame riconosce l'efficacia della adozione disposta in Benin mantenendone il carattere di adozione piena, ritenendo che:

- non trova applicazione il regime "generale" del riconoscimento c.d. automatico delle decisioni giurisdizionali emesse all'estero, contenuto nella L. 31 maggio 1995, n. 218, essendo questo derogato in materia di adozione, per espressa previsione dell'art. 41, L. n. 218/1995, dalle norme speciali della legislazione adottiva;

- trova invece applicazione il già citato art. 36, comma 4, L. n. 184/1983, che subordina il riconoscimento di un provvedimento di adozione disposto all'estero nei confronti di un cittadino italiano là residente e soggiornante per almeno due anni, al rispetto dei principi della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla adozione internazionale dei minori (ratificata dall'Italia con L. 31 dicembre 1998, n. 476). Tra i principi della Convenzione non vi è quello della limitazione della legittimazione ad adottare alle sole coppie di coniugi;

- l'adozione piena ottenuta dalla signora non è quindi contraria alla Convenzione dell'Aja del 1993, sicché il relativo provvedimento che la dispone può essere riconosciuto in Italia ex art. 36, comma 4, L. n. 184/1983;

- l'ostacolo rappresentato dall'art. 35 della L. n. 184/1983, e quindi la necessità di accertare la conformità del provvedimento di adozione reso all'estero con i principi fondamentali che regolano in Italia il diritto di famiglia e dei minori perché ne possa essere disposta la trascrizione nei registri dello Stato civile, è superabile interpretando tale previsione "in una prospettiva conforme all'ormai consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo";

- in particolare, due principi largamente applicati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo consentono di "adeguare" l'interpretazione della citata disposizione di diritto interno. In primo luogo, la "*continuità degli status familiari*" validamente costituiti all'estero (quale corollario del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della CEDU), principio che solo "in virtù di principi e valori di ordine pubblico che, nel patrimonio giuridico comune agli Stati aderenti alla CEDU, sono ampiamente condivisi e generalmente considerati meritevoli di tutela" potrebbe essere derogato. E non appartiene a questo "patrimonio giuridico comune" il principio che adottanti debbano essere solamente soggetti coniugati, ammettendo molti paesi d'Europa l'adozione piena da parte di persone *single*. In secondo luogo, il richiamo alla "assoluta preminenza dell'interesse del minore" consente al Giudice di accertare un consolidato rapporto affettivo tra la donna e il minore, "talmente intenso da identificare un vero e proprio rapporto genitoriale, rispetto al quale non sussistono ragioni per imporre restrizioni";

- la sentenza di adozione resa dal Tribunale di Cotonou (Benin) può dunque essere riconosciuta e dichiarata efficace in Italia, dovendo constare nei registri dello stato civile.

### Il "varco" dell'art. 36, comma 4, L. n. 184/1983. Una falla nel sistema?

È molto significativa, nel Provvedimento esaminato, la scelta della norma applicata. Che non si possa rintracciare nell'ordine pubblico italiano il principio

(12) Sull'adozione "in casi particolari" ex art. 44, L. n. 184/1983 v., per tutti, Urso, *L'adozione dei minori in casi particolari*, ne *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, III, *Filiazione e*

*adozione*, Bologna, 2007, 765 ss., nonché Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 11, 679.

secondo cui genitori adottivi debbano essere soltanto due coniugi lo ha da tempo riconosciuto la Cassazione (13), tanto più nel quadro ormai definito di una nozione di ordine pubblico che si alimenta delle stesse norme dell'ordinamento internazionale efficaci in quello italiano (14).

Viceversa, la scelta di tenere intatta nell'ordinamento italiano l'efficacia di un provvedimento di adozione piena emesso in un paese che riconosce l'adozione da parte di persone *single*, attraverso il meccanismo di cui all'art. 36, comma 4, L. n. 184/1983, è innovatrice. E si espone alle critiche di chi ha visto in questa norma una irragionevole breccia, lasciata da un legislatore così incauto ed irresoluto (15) da consentire l'ingresso nel nostro ordinamento di adozioni straniere perfezionate all'estero (ma pronunciate nei confronti di adottanti di cittadinanza italiana) al ricorrere di requisiti diversi da quelli richiesti dal diritto italiano, eppure rispettosi dei "principi della Convenzione" dell'Aja del 1993.

Le ragioni della pretesa incongruenza vanno ricercate nel significato dell'art. 36, L. n. 184/1983, che risulta più chiaro se lo si indaga analizzando contestualmente il precedente art. 35.

Quest'ultima disposizione prevede molto chiaramente che l'adozione internazionale - si perfezioni all'estero o in Italia dopo l'arrivo del minore - richiede una decisione pronunciata dalla competente autorità giurisdizionale di un paese straniero, e che l'acquisto di efficacia nell'ordinamento italiano è subordinato ad un controllo del competente Tribunale per i minorenni "del distretto in cui gli aspiranti all'adozione hanno la residenza al momento dell'ingresso del minore in Italia" (art. 35, comma 5), chiamato ad accertare "che l'adozione non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato (italiano N.d.R.) il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore" (art. 35, commi 3 e 4). È evidente che

si tratta di adozioni pronunciate a favore di una coppia di coniugi in possesso dei requisiti richiesti dalla legislazione italiana per l'adozione "interna", come peraltro già stabilisce l'art. 29-bis della L. n. 184/1983, a tenore del quale "le persone residenti in Italia, che si trovano nelle condizioni prescritte dall'articolo 6 e che intendono adottare un minore straniero residente all'estero, presentano dichiarazione di disponibilità al tribunale per i minorenni del distretto in cui hanno la residenza e chiedono che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione". Se non risultasse chiaro, l'art. 35 comma 6 si premura di precisare che "fatto salvo quanto previsto nell'art. 36, non può comunque essere ordinata la trascrizione nei casi in cui: a) il provvedimento di adozione riguarda adottanti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione" (16).

Ora, su questo modello si sovrappone la fattispecie del successivo art. 36. Il comma 1 è interlocutorio: "l'adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione, o che nello spirito della Convenzione abbiano stipulato, accordi bilaterali, può avvenire solo con le procedure e gli effetti previsti dalla presente legge". È chiaro il rinvio proprio all'art. 35. L'art. 36 si limita ad equiparare, in punto ambito applicativo, le adozioni internazionali pronunciate da Paesi che hanno ratificato e reso esecutiva la Convenzione dell'Aja del 1993 a quelle emesse da Stati firmatari di successivi accordi bilaterali con l'Italia nello spirito della Convenzione.

Al secondo comma, l'art. 36 considera l'ipotesi di adozione internazionale pronunciata da un paese estraneo alla Convenzione e che non ha neppure firmato alcun accordo bilaterale ad essa ispirato. Per le adozioni pronunciate in questi Paesi a favore di cittadini (o residenti) italiani, il regime del riconoscimento in Italia è, in sostanza, lo stesso

(13) Per lo meno a partire - sotto la vigenza della L. n. 184/1983 - da Cass. 5 ottobre 1992, n. 10923, in *Foro it.*, 1993, I, 2638.

(14) Come ha da ultimo precisato, in tema di danni punitivi, Cass., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Corr. giur.*, 2017, 8-9, 1042, con nota di Consolo: "Ciò che va registrato è senz'altro che la nozione di 'ordine pubblico', che costituisce un limite all'applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da 'complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici' (così Cass. n. 1680/84) è divenuto il distillato del 'sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla

Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE (Cass. n. 1302/13)".

(15) In questo senso v. le riflessioni di Busacca, *L'adozione internazionale dei singles. Alcune riflessioni intorno all'Ordinanza della Corte Costituzionale n. 85 del 2003*, in *Dir. fam. succ.*, 2004, 2, 614 ss.

(16) È una precisazione ultronea. Il requisito di cui alla lettera a) dell'art. 35, comma 6, al pari di tutti gli altri considera "condizioni la cui inesistenza avrebbe dovuto impedire già *ab initio* l'emissione di provvedimenti stranieri di adozione o a scopo di adozione - essendo l'iter procedurale scandito, in ciascuna sua fase, dall'intervento in funzione di verifica e di controllo, delle autorità e di tutti gli enti di riferimento". Così, Petrone, *Sub art. 36, L. 4.5.1983, n. 184, Della Famiglia, Leggi collegate*, a cura di Balestra, nel *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 207.

applicabile agli Stati di cui sopra, con una maggiore intrusione del Tribunale per i minorenni, cui si richiede di accertare la effettiva condizione di abbandono del minore. Per quanto qui interessa, il requisito della sussistenza di un rapporto coniugale (di almeno tre anni) tra gli aspiranti adottanti è fuori discussione. Alla lett. b) del comma 2 si condiziona il riconoscimento in Italia del provvedimento estero al fatto che “gli adottanti abbiano ottenuto il decreto di idoneità previsto dall’articolo 30 e le procedure adottive siano state effettuate con l’intervento della Commissione di cui all’articolo 38 e di un ente autorizzato”. Il decreto di idoneità di cui all’art. 30 non può che essere reso nei confronti di due coniugi: questo non significa, però, escludere totalmente dal novero degli aspiranti adottanti le persone non coniugate. Se una persona *single* residente in Italia intende adottare un minore straniero può farlo. Esattamente nei limiti in cui tanto è possibile nell’adozione interna, e cioè ricorrendo le condizioni e ai soli effetti dell’adozione “in casi particolari” di cui all’art. 44, L. n. 184/1983 (17).

Vi è poi una terza forma di adozione internazionale, prevista dal comma 4 dell’art. 36. La fattispecie è caratterizzata dal fatto che gli adottanti, cittadini italiani, risiedono all’estero da almeno due anni (e lì vi soggiornano continuativamente), dove avviano una procedura di adozione di un minore proveniente

da tale Stato (o comunque in questo adottabile (18)), aderente o meno alla Convenzione dell’Aja del 1993 (19). In questa ipotesi la legge stabilisce che “l’adozione pronunciata dalla competente autorità (...) viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione”.

È chiara la differenza con i casi finora detti. Se l’unico limite (testuale) è dato dalla conformità allo spirito della Convenzione dell’Aja, nulla può ostare al riconoscimento di provvedimenti di adozione stranieri pronunciati su istanza e nei confronti di una persona singola in possesso dei requisiti specifici richiesti dall’art. 36, comma 4. Il richiamo ad una fonte internazionale (al suo “testo” o ai suoi “principi”) è, infatti, il mezzo più sicuro per destituire di fondamento ogni argomento contrario all’adozione di una persona singola, posto che tutte le convenzioni internazionali concernenti l’adozione dei minori - a partire da quella firmata a Strasburgo in ambito CEDU il 24 aprile 1967 e ratificata e resa esecutiva dall’Italia con L. 22 maggio 1974, n. 357 - ammettono l’adozione da parte di un *single*. Anzi, la Convenzione “*refusion*” di quella del 1967, firmata nella stessa Strasburgo il 27 novembre 2008 (ma non ancora ratificata dall’Italia (20)), pone un vero e proprio obbligo per le legislazioni degli stati

(17) A questo (ovvio) risultato la giurisprudenza è approdata con sicurezza soltanto con l’ordinanza della Corte cost. 15 luglio 2005, n. 347, in *Foro it.*, 2006, 2, I, 344. Con medesimo effetto equiparatore, Cass. 29 aprile 1998, n. 4371, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1853, ha riconosciuto applicabile l’art. 25 della L. n. 184/1983 (a norma del quale il provvedimento di adozione legittimamente emesso nei confronti di una coppia di coniugi poi separatasi è efficace nei confronti del coniuge richiedente quando ciò è conforme all’esclusivo interesse del minore) anche all’adozione internazionale.

(18) Si ritiene che sia possibile riconoscere validità al provvedimento purché in tutti gli ordinamenti stranieri coinvolti siano “state osservate le condizioni poste dalla Convenzione de l’Aja, quali lo stato di abbandono del minore, il rispetto della sussidiarietà dell’adozione internazionale, la verifica della idoneità degli adottanti, ove il rifiuto dello Stato italiano dovesse pregiudicare il superiore interesse del minore”. Così, Petrone, *Sub art. 36*, cit., 213. Nello stesso senso, Morozzo della Rocca, *La riforma dell’adozione internazionale*, cit., 119. V. anche App. Roma 20 giugno 2005, in *Dir. famiglia*, 2006, 4, 1685, secondo cui può essere riconosciuta in Italia l’adozione ottenuta in Colombia da due cittadini italiani residenti continuativamente negli Stati Uniti anche se non vi è stato riconoscimento in quest’ultimo ordinamento del provvedimento di adozione straniero, purché risultino (come nella specie) rispettati i principi della Convenzione dell’Aja. D’altronde, pur interpretando l’art. 36, comma 4, L. n. 184/1983 in senso sfavorevole al riconoscimento in Italia di un’adozione piena pronunciata all’estero nei confronti di una persona singola, Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, cit. non dà alcuna rilevanza alla circostanza che in quella vicenda si discutesse dell’adozione da parte di una cittadina italiana residente negli Stati Uniti di una bambina della Federazione Russa, dove è stata adottata con provvedimento

successivamente riconosciuto dal tribunale di secondo grado del distretto di Columbia (USA). La questione è oggetto di una proposta di legge presentata alla Camera il 22 settembre 2015 dall’on. Scagliusi (n. 3318), reperibile sul portale *camera.it*.

(19) Non si condivide quanto detto, in un *obiter dictum*, da Corte cost. 24 febbraio 2016, n. 76, in *Foro it.*, 2016, 6, I, 1910, con nota di Casaburi, secondo cui “tale disposizione (l’art. 36, comma 4, L. n. 184/1983 N.d.R.) (è) relativa al riconoscimento di decisioni di adozione assunte in Stati che risultano parti della convenzione (...) fatta a L’Aja il 29 maggio 1993 (...) o che abbiano stipulato specifici accordi bilaterali con lo Stato italiano”. È sufficiente guardare al testo dell’art. 36 per capire che l’ipotesi di cui al comma 4 non è affatto sottoposta all’ambito applicativo di quella di cui al precedente comma 1. Per l’opinione qui espressa v., ad esempio, Rossi Carleo, *Il diritto del minore ad una famiglia: affidamento e adozione*, in *La famiglia*, II, in *Fonti, soggetti, famiglia*, I, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, 507. Nello stesso senso il Provvedimento annotato, non essendo il Benin un Paese aderente alla Convenzione dell’Aja del 1993. Ritiene invece che “le regole enunciate (di cui al comma 4 dell’art. 36 N.d.R.) si applicano ai minori provenienti da Stati stranieri firmatari della Convenzione dell’Aja o di accordi bilaterali con il nostro Stato. Agli altri si applica l’art. 36, legge del 1998 il quale prevede un penetrante intervento del giudice italiano volto ad accertare, tra le altre cose, lo stato di abbandono del minore o il consenso dei genitori all’adozione legittimante”, T. Auletta, *Diritto di famiglia*, II ed., Torino, 2014, 410.

(20) Lo “stato” delle ratifiche è consultabile al sito <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/202>, così come il testo della Convenzione ed altri *link* correlati.



aderenti di ammettere l'adozione da parte di una persona singola (21).

Quanto alla forza giuridica del provvedimento di adozione pronunciato all'estero su istanza di cittadini italiani, la disposizione appena citata non sembra fornire alcuna indicazione per cui non dovrebbe applicarsi anche in questa ipotesi la norma (di carattere inequivocabilmente generale) di cui all'art. 35, L. n. 184/1983: "l'adozione pronunciata all'estero produce nell'ordinamento italiano gli effetti di cui all'articolo 27". Sicché l'adozione di un minore straniero da parte di cittadini italiani residenti all'estero è (deve essere) un'adozione piena.

La diversità di trattamento sotto il profilo procedurale - che non si limita ad un ampliamento della legittimazione degli aspiranti adottanti ma prevede anche la dispensa dagli obblighi del previo ottenimento di un Decreto di idoneità emesso dal Giudice italiano (22) e dalla intermediazione di un Ente autorizzato - è stata giustificata da un preteso *favor legis* nei confronti degli italiani residenti all'estero (23) e che là vi lavorano. Finalità, se vera, tale da mostrare una volta di più perché questo particolare meccanismo di riconoscimento non faccia alcuna differenza tra Stati che aderiscono e Stati che non aderiscono alla Convenzione dell'Aja. Mentre il requisito della residenza accompagnata ad un effettivo soggiorno continuativo per almeno tre anni precedenti all'avvio dell'*iter* adottivo, risponde all'esigenza di evitare trasferimenti all'estero fittizi e/o strumentali, per effetto dei quali l'esercizio del diritto di adottare secondo lo schema

dell'art. 36 comma 4 acquisterebbe carattere abusivo.

A sbarrare questa via d'uscita verso il riconoscimento in Italia di adozioni da parte di italiani residenti all'estero non coniugati - adozioni, come detto, destinate ad avere effetti pieni o "legittimanti" - è intervenuta la Corte di cassazione (24). Da ultimo, con Sentenza della I Sezione civile del 14 febbraio 2011, n. 3572, la S.C. ha applicato ad un caso di adozione internazionale molto simile a quello esaminato dal Provvedimento qui annotato la propria consolidata giurisprudenza sulla adozione interna da parte dei *single* (25), ammessa ai limitati effetti dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 L. n. 184/1983. Per fare ciò la Cassazione - piegando l'ordine dei motivi di ricorso - ha ritenuto che "con la disposizione speciale dell'art. 36, comma 4, applicabile ai cittadini italiani che non risiedono in Italia e si trovino nelle condizioni in esso indicate, non è stata introdotta alcuna deroga al su detto principio generale, enunciato nell'art. 35, comma 3, (e ribadito al comma 4 dello stesso articolo per le adozioni da perfezionarsi dopo l'arrivo del minore in Italia), secondo il quale la trascrizione dell'adozione nei registri dello stato civile italiano non può avere mai luogo ove "contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori".

La soluzione è forzata. La trascrizione nei registri dello stato civile è un passaggio formale richiesto al solo fine di dare pubblicità all'acquisto della cittadinanza italiana da parte del minore adottato (26), che nulla ha a che vedere con il perfezionamento di un

(21) Così nell'art. 7, il cui testo ufficiale prevede: Article 7 - Conditions for adoption 1 The law shall permit a child to be adopted: a) by two persons of different sex i) who are married to each other, or ii) where such an institution exists, have entered into a registered partnership together; b) by one person. 2 States are free to extend the scope of this Convention to same sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different sex couples and same sex couples who are living together in a stable relationship". In un'intervista a Vita, Maud de Boer-Buquicchio, all'epoca vice segretario generale del Consiglio d'Europa e collaboratrice all'elaborazione del testo della convenzione, si è così espressa: "(D) Mentre per quanto riguarda i single la Convenzione è prescrittiva? (R) Sì, i single hanno il diritto di adottare, questo è un diritto pieno. (D) Quindi gli Stati nazionali, una volta che la Convenzione sarà approvata, dovranno cambiare le loro leggi e introdurre l'adozione per i single? (R) Assolutamente. Questo è un obbligo". V. l'articolo *Strasburgo: obbligatoria l'adozione dei single*, di Sara De Carli, consultabile in <https://www.vita.it>.

(22) Ma un provvedimento simile è comunque richiesto dalla Convenzione dell'Aja o dalla legge locale che regola l'adozione. Nel caso in esame, come si è visto, il Tribunale dei minorenni di Genova aveva dichiarato la signora "specificamente idonea

all'adozione del minore (...) in virtù del valido rapporto già consolidato tra lei ed il bimbo, accertato e sancito dal Giudice Beninese".

(23) Giacché prima della riforma del 1998 l'adozione all'estero da parte di cittadini italiani era comunque regolata dal diritto italiano nonostante gli adottanti non risiedessero in Italia. Sulle ragioni dell'art. 36, comma 4, v. Busacca, *L'adozione internazionale dei singles*, cit., 617, secondo la quale "una norma di tale portata affonda le sue ragioni storiche in una sorta di *favor* indirizzato ai lavoratori italiani all'estero, che, avendo perfezionato un'adozione all'estero, potrebbero vederne sminuita l'efficacia al rientro in Italia".

(24) Da principio con Cass. 18 marzo 2006, n. 6078, cit. Nello stesso senso della S.C. si vedano, in dottrina, soprattutto Dogliotti, *L'adozione da parte del singolo e la solitudine del giudice*, in questa *Rivista*, 1995, 1, 33 ss., e V. Carbone, *Adozione internazionale di minore straniero, da parte di "non coniugato", solo nei "casi particolari"* (art. 44, L. n. 184/1983), in questa *Rivista*, 2005, 5, 461 ss.

(25) Di cui si parla *infra* nel testo al paragrafo successivo.

(26) Chiarissima sul punto è la Circ. K.28.4 del 13 novembre 2000 emanata dal Ministero dell'Interno, reperibile in <https://www.immigrazione.biz> ove si precisa: "In tema di adozione internazionale, il titolo avente efficacia costitutiva del nostro *status civitatis* non può che essere il provvedimento di adozione in quanto, determinando il sorgere del rapporto di filiazione, incide

provvedimento adottivo (27) né con il conseguimento dello *status* di figlio/a in capo al/la minore. D'altra parte, l'art. 36, comma 4, prevede che il riconoscimento della decisione straniera avvenga "ad ogni effetto", dovendosi intendere ricompreso anche quello pubblicitario di trascrizione sui registri dello stato civile italiano, sicché l'applicazione alla fattispecie decisa dalla Cassazione della norma di cui all'art. 35, comma 3, L. n. 184/1983 risulta impropria (28).

Il Provvedimento genovese, citando il precedente della S.C., sfida la Cassazione in modo frontale. Non sceglie, infatti, (come pure avrebbe potuto) di non applicare l'art. 35, comma 3, ma lo applica e ne dà un'interpretazione "convenzionalmente orientata" che ne neutralizza la forza preclusiva. In questa prospettiva, i "principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore" sono (anche) quelli di mantenimento dello *status* conseguito all'estero e, com'è detto nella stessa disposizione, di "superiore interesse del minore" - ove l'aggettivo superiore starebbe a garantirne la sicura prevalenza su altri interessi confliggenti (29). Ne deriva che soltanto principi e valori "ampiamente condivisi e generalmente considerati meritevoli di tutela" potrebbero opporsi alla tutela dell'interesse del minore ad una famiglia e alla "continuità transnazionale" del proprio *status* familiare conseguito all'estero; e in un ordinamento, quale è quello EDU, in cui molti stati ammettono l'adozione da

parte di un genitore *single* (30) è da escludere che il principio opposto (quello che potremmo chiamare della "bigenitorialità adottiva") costituisca un dato fondante ed irrinunciabile.

Mentre la Cassazione, avendo in mente l'adozione interna, ove le persone *single* possono adottare nei soli "casi particolari" dell'art. 44, L. n. 184/1983 (salva l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 25, commi 4 e 5, stessa legge) piega su questo modello l'adozione internazionale; la decisione annotata, sfruttando il "varco" dell'art. 36, comma 4, svincola l'adozione internazionale dai presupposti dell'adozione interna e ne fa un istituto a sé stante, regolato più dal diritto straniero ed internazionale che non da quello italiano. Il che, per quanto ci sembri legittimo e giusto, pone evidentemente un problema di disparità di trattamento tra aspiranti adottanti residenti in Italia e non, destinato, presto o tardi, ad emergere.

### L'adozione da parte del *single* nelle varie stagioni della legislazione (e della politica legislativa) italiana

Introducendosi, sia pure per via giurisprudenziale, l'adozione piena da parte di un cittadino italiano *single* che ha risieduto all'estero, perde molto del suo sostegno quella che fu definita la "dicotomia degli istituti adottionali" (31), la distinzione per presupposti e disciplina (in questo caso, per presupposti) tra la vecchia adozione ordinaria - rispetto alla quale non vi è mai stata alcuna preclusione per adottanti non

anche sull'acquisto della nostra cittadinanza. In conclusione la trascrizione negli atti di stato civile del decreto di adozione emesso dall'autorità giudiziaria non è condizione costitutiva dello *status civitatis* italiano. Rende solo possibile l'efficacia *ex tunc* del provvedimento divenuto definitivo e dà pubblicità e certezza all'atto fondamentale, costitutivo del diritto di cittadinanza del minore straniero adottato. Se così non fosse, ci troveremmo di fronte a due diversi status giuridici trascritti sugli atti di stato civile del minore: di affidamento familiare fino al momento della pronuncia, da parte del Tribunale dei minori, dell'ordine di trascrizione e solo successivamente di adozione con la conseguente acquisizione della cittadinanza italiana".

(27) Che, a ben vedere, come argomenta Morozzo della Rocca, *Italiani residenti all'estero e adozione del single dopo una recente e molto discutibile sentenza della Cassazione*, in *Lo Stato Civile Italiano*, 2011, 4, 15, è una specie di "adozione formalmente e sostanzialmente interna al Paese che l'ha pronunciata, essendo là residenti tutti i soggetti interessati (il genitore od i genitori adottivi ed il bambino adottato)".

(28) Dello stesso avviso è Morozzo della Rocca, *Italiani residenti all'estero e adozione del single*, cit., 16-17, che, giudicando Cass. n. 3572/2011 "molto discutibile" spiega: "il legislatore ha scritto (l'art. 35, comma 3, NdR) con riferimento esclusivo alle adozioni internazionali realizzate da aspiranti adottanti residenti in Italia (oppure, se cittadini italiani, residenti solo temporaneamente all'estero), escludendo invece dal suo ambito di applicazione i casi come quello in esame. (...) Di più: che l'art. 35, co. 3 non possa trovare applicazione alle adozioni realizzate ai sensi

dell'art. 36, co. 4, è anche provato dall'ulteriore prosieguo delle condizioni previste dall'art. 35, co. 3 ai fini della trascrivibilità dell'adozione straniera nei registri di stato civile, tra cui figurano in buon ordine tutte le certificazioni previste nel procedimento ordinario di adozione internazionale obbligatoriamente tutorato dall'ente autorizzato all'intermediazione". Critica, per altre ragioni concorrenti, Cass. n. 3572/2011, Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, cit., 679.

(29) Di questa formula, osservata nel suo operare in materia di affidamento, si è detto che ha "il difetto di isolare, nel giudizio, la figura del bambino e quindi di astrarla da quel complesso contesto di situazioni e di relazioni che costituisce, nel suo insieme, l'oggetto specifico di valutazione di chi deve procedere alla scelta di affidamento". Così, Roppo, *Relazione di sintesi al convegno organizzato dal CSM su "I provvedimenti giurisdizionali in tema di affidamenti dei minori"*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, 5, 154. Per una riflessione su "l'interesse del minore", (e specialmente sui significati dell'aggettivo "superiore") v. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 86 ss., in partic., 100 ss.

(30) Tra gli Stati che, ad oggi, ammettono pienamente l'adozione da parte dei *single* vi sono, se non si va errati, Francia, Germania, Regno Unito, Spagna, Belgio, Portogallo, Stati Uniti, Russia e Cina. Come l'Italia, in Europa, vi sono Cipro, Grecia, Lituania, Ucraina, Malta, Romania, Slovacchia.

(31) Da De Cupis, *Fondatezza e conservazione della dicotomia degli istituti adottionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 254 ss.

sposati (32) - e l'adozione speciale dei minori in stato di abbandono, introdotta per la prima volta nel nostro sistema con la L. n. 431 del 1967 e rigidamente fondata sul principio che legittimati ad adottare siano solo un uomo ed una donna sposati da un certo tempo. In questo sistema, nel quale l'adozione ordinaria è poi diventata l'adozione dei maggiorenni, le ipotesi eccezionali di adozione aperte anche ai *single* conosciute dal diritto vigente (art. 44 della L. n. 184/1983) appaiono, coerentemente, forme della vecchia adozione ordinaria impiantate sull'adozione speciale (33).

Il legislatore del 1983, come quello del 1967, non ha ritenuto compatibile con la nuova adozione (34) - l'adozione "puerocentrica" ed attuativa del precetto costituzionale per cui "nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti" (art. 30 cpv.) - la legittimazione ad adottare

delle persone non sposate. Si trattò, a ben vedere, di una manifestazione di quella predilezione per la *imitatio naturae* che fu "oltre che un obiettivo (...) il risultato di una mentalità comune sia al legislatore che all'interprete" (35), e secondo la quale è bene che la filiazione adottiva si conformi alla filiazione biologica. L'origine della dicotomia fra adozione ordinaria ed adozione speciale, per quanto concerne lo *status* degli adottanti, risale a questa chiara scelta di politica legislativa.

Eppure, la giurisprudenza di merito che più sentiva l'esigenza di una "costituzionalizzazione" dell'ordinamento civile (36), aveva già intrapreso un'opera di "autentica 'rifondazione' dell'istituto" (37) dell'adozione ordinaria sulle basi dell'interesse del minore e della prevalenza dei legami affettivi rispetto a quelli formali (38), sfruttandone la riconosciuta elasticità (39). Processo che fu iniziato, seppure

(32) Prima che l'adozione ordinaria fosse espunta dall'ordinamento e trasformata nell'adozione dei maggiorenni (e cioè tra il 1967 e il 1983), le adozioni "internazionali" - cioè avvenute all'estero - nei riguardi di persone non coniugate ammesse dal proprio diritto ad adottare erano riconosciute in Italia attraverso delibazione della sentenza straniera quali adozioni ordinarie. Similmente a quanto insegna a tutt'oggi la Cassazione ricorrendo all'art. 44 della L. n. 184/1983. Ne dà conto, con molti riferimenti giurisprudenziali, Busnelli, *Luci e ombre nella disciplina italiana dell'adozione di minori stranieri*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1986, 265-267.

(33) "Con una differenza fondamentale però: che i casi di applicazione sono tassativi ed assai circoscritti, volendosi evidentemente escludere quella situazione di incertezza ed ambiguità che (...) precedentemente caratterizzava i rapporti tra le due adozioni" (quella ordinaria e quella speciale NdR). Così, Dogliotti, *Affidamento e adozione*, nel *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1990, 310.

(34) Che è espressione di quel "processo sociale di differenziazione dell'infanzia rispetto alle fasi adulte della vita. Via via che matura nella società moderna una concezione dell'infanzia come fase assolutamente specifica della vita e dunque bisognosa e meritevole di particolari cure e tutele, non solo sotto il profilo materiale ma anche sotto il profilo psichico, il diritto viene investito dal compito di concepire e costruire gli strumenti per rispondere a tale esigenza". Così, Ferrarese, *Giuridificazione e diritto minorile*, in *Pol. dir.*, 1990, 1, 65.

(35) Rossi Carleo, *Il diritto del minore ad una famiglia: affidamento e adozione*, cit., 444.

(36) Intendendosi "costituzionalizzazione" in uno dei sensi indicati da Guastini, *Interpretare ed argomentare*, nel *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2011, 359, secondo cui consiste in "quel processo di trasformazione di un ordinamento giuridico, al termine del quale l'ordinamento in questione risulta totalmente 'impregnato' dalle norme costituzionali".

(37) Bessone, *Adozione ordinaria, evolvere della giurisprudenza e tutela costituzionale del minore. In margine all'art. 30 Costituzione*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 431 ss., in commento ad una Sentenza del Tribunale di Roma del 14 maggio 1973 - estensore Alfredo Carlo Moro - che affermava "finalità essenziale e fondamentale dell'adozione ordinaria non è né la continuazione del nucleo familiare né la trasmissione del nome e del patrimonio dell'adottante, bensì l'inserimento del minore in un nucleo familiare adeguato alle sue esigenze psico-fisiche e di sviluppo della sua personalità".

(38) Per una lettura tradizionalista dell'adozione, contraria al suo impiego in funzione assistenziale e alla stessa idea di una "famiglia" sostitutiva di quella naturale, si può vedere Scaduto, *Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione*, Relazione tenuta al XV Convegno nazionale di studio dell'U.G.C.I., in *Iustitia*, 1965, 43 ss., anche in Scaduto, *Diritto civile*, a cura di Palazzo, II, Perugia, 2002, 777 ss., ove si legge: "L'adozione crea fundamentalmente dei rapporti affettivi; ma è certo che l'adozione è allo stato un istituto di diritto privato, ad iniziativa dell'adottante per un bisogno di affetto filiale da parte dell'adottato. Classica è la giustificazione 'in solatium amissorum liberorum'. (...) Si è voluto raggiungere un grado più pieno di adozione, creando (in Francia col Decreto Legge 29 luglio 1939, NdR) accanto alle categorie di figli legittimi e dei figli naturali legittimati quella dei figli legittimati per adozione (...) siccome non sarebbe concepibile, per naturale contraddizione, la coesistenza di questa legittimazione adottiva o adozione legittima colla filiazione legittima o naturale originaria l'adottato legittimato cessa di appartenere alla sua famiglia di origine. È questa, a mio avviso, la conseguenza più grave (...) Conseguenza per la quale occorre prendere posizione su una questione ancora più generale, se debba riconoscersi alla famiglia degli affetti una posizione preminente su quella di sangue. (...) Tutto ciò è estremamente grave e merita attenta considerazione. Ce la si sente proprio di rompere col vincolo di sangue in favore di un vincolo basato sull'affetto? (...) Manifesto il mio modesto avviso: si migliorino le norme per facilitare l'adozione, ma non la si costruisca a danno della filiazione naturale e finanche legittima". Per conoscere la giurisprudenza in materia di adozione ante 1967 la *Rassegna* più completa si trova in Visintini, *Adozione*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, 517 ss.

(39) Quella stessa elasticità che oggi, *mutatis mutandis*, le si riconosce raccomandandone una rinnovata applicazione di fronte a soggetti adulti affetti da grave *handicap* o da patologie di carattere psichiatrico e nei casi di minori affidati in età adolescenziale o prossimi alla maggiore età. V., in tale ultimo senso, l'intervento di Enrico Quadri nel corso dell'Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido condotta dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, sommariamente riportato nel Documento conclusivo del 7 marzo 2017 (di cui si parla *infra* nel testo), Ha detto Quadri: "Invece potrebbe essere - abbiamo delle esperienze già in alcune legislazioni più recenti europee - molto interessante lasciar sussistere la possibilità di un'adozione di maggiori di età, ma solo in alcuni casi, quali, come ci dice la legge tedesca, l'ipotesi in cui tra l'adottante e l'adottato vi sia una relazione parentale già instaurata.

sporadicamente, giù prima della vigenza della L. n. 431 del 1967 (40) e che - chi può escluderlo? - se proseguito, sarebbe forse riuscito ad attuare il ricordato programma costituzionale in via giurisprudenziale, rendendo superflua la costruzione *ex novo* dell'edificio dell'adozione speciale, peraltro tenuto in piedi fino al 1983 accanto all'adozione ordinaria, in via legislativa (41).

Non si tratta semplicemente di un problema di scelta di un successore, com'era la tradizione dell'adozione del maggiorenne, ma una sorta di sbocco ottimale per l'ormai maggiorenne e per il suo inserimento sociale con riguardo a quelle situazioni di cui abbiamo sentito, quando l'affidamento, che comincia già in età adolescenziale vicina alla maggiore età, arriva poi alla maggiore età. A quel punto, questa si potrebbe recepire probabilmente come unica ipotesi di adozione di un maggiore di età. In effetti, la riforma svizzera lo dice: l'adozione del maggiorenne è ammessa nel caso in cui durante la sua minore età gli aspiranti all'adozione abbiano provveduto per almeno un anno alla sua cura ed educazione. Questo potrebbe, quindi, rappresentare quella specie di snodo per la vita del già minore e ormai piccolo maggiorenne che però è al momento del suo insediamento nella realtà della vita di tutti i giorni". Per C.M. Bianca, *Diritto civile*, II-1, *la famiglia*, Milano, 2017, 518 e n. 261, "l'adozione di un maggiore di età può anche rispondere ad un'esigenza di solidarietà e realizzare un rapporto di stabile assistenza di persone adulte. Un'appropriata applicazione dell'istituto può riguardare, in particolare, persone affette da invalidità". Su finalità, applicazioni reali e potenziali dell'adozione del maggiore d'età è molto importante Cass. 3 febbraio 2006, n. 2426, in questa *Rivista*, 2006, 490, con nota di Bilò. Nel cassare la sentenza d'appello che aveva rigettato la richiesta di un padre coniugato e con figlie minorenni avute da precedente matrimonio di adottare ex art. 291 c.c. la figlia naturale maggiorenne del coniuge, da sempre convivente con il nucleo familiare dell'adottante, la Cassazione ha motivato: "Occorre tuttavia considerare che l'istituto dell'adozione di persone maggiori di età non persegue soltanto la funzione tradizionale di trasmissione del nome e del patrimonio. L'adozione ordinaria - figura estremamente duttile - viene utilizzata nella prassi anche per consentire il raggiungimento di funzioni nuove, come quella di consolidamento dell'unità familiare attraverso la formalizzazione di un rapporto di accoglienza già sperimentato e concretamente vissuto: evenienza nient'affatto esclusa né resa improbabile dal raggiungimento della soglia dei diciotto anni da parte dell'adottando, sensibilmente più lungo essendo oggi, di regola, il periodo di permanenza dei figli presso i genitori".

(40) Secondo Ferrando, *L'adozione ordinaria*, in *Giurisprudenza dell'adozione. Casi e materiali* a cura di Bessone e raccolti da Dogliotti e Ferrando, Milano, 1981, 310 ss., (solo) "le sentenze successive al 1967 sono invece espressione di orientamenti assai differenti, che in mondo sempre più chiaro avvertono come la finalità primaria dell'istituto deve identificarsi nella "formazione della famiglia adottiva". Facendo eco alla dottrina più evoluta, anche la giurisprudenza è perciò oggi incline a ritenere che l'adozione ordinaria di un minore si giustifichi solo se diretta ad assicurargli un adeguato sviluppo della personalità e perciò l'attuazione di quei diritti che precettivamente la Costituzione gli riconosce agli artt. 2, 3, 30 e 31". Tra le pronunce antecedenti, v. Trib. Minorenni Bologna 17 maggio 1966, in *Riv. dir. matr.*, 1966, 337, estensore Italo Cividali, secondo cui "per adottare o affiliare un minore abbandonato non è sufficiente una generica intenzione di volere dare una famiglia a un minore né una assistenza saltuaria, bensì un sentimento valido e profondo che si ispiri all'alta idealità umana e sociale di fornire una famiglia a chi non l'ha. Il fatto che per anni si segua un minore abbandonato presso i vari collegi, rimandando il momento dell'adozione a quando il minore 'sarà migliorato', non costituisce un atto valido né una volontà diretta a tale

L'idea - fondamento della riforma del diritto di famiglia del 1975 - che la famiglia non è una sola ma, ben diversamente, "un 'non modello', nel senso che la riforma si è in molti casi limitata a segnare un quadro di compatibilità all'interno del quale ciascuna famiglia potrà realizzare liberamente e responsabilmente la propria esistenza" (42) avrebbe trovato sue inevitabili applicazioni anche nel campo dell'adozione.

scopo". In dottrina, per una visione di "avanguardia" v. Campagna, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, partic. 83 ss. Formulando "un primo bilancio" sull'operare delle principali novità introdotte dal Codice del 1942 sull'istituto classico dell'adozione - eliminazione dell'età minima dell'adottando, attribuzione all'adottante della patria potestà sull'adottando - l'A. rileva (a p. 37): "Il dato che emerge con maggiore evidenza - la possibilità introdotta dal nuovo codice di adottare i minori di età - ha veramente alterato il sistema di interessi che stava alla base del fenomeno. A voler esprimere con una immagine il senso di tale modificazione si potrebbe dire che il centro di gravità dell'istituto si è spostato dall'interesse dell'adottante all'interesse dell'adottato. I segni più evidenti di tale mutamento sono, da un lato, la sottrazione del fenomeno all'autonomia privata e, dall'altro, l'imposizione all'adottante dei doveri inerenti alla patria potestà: entrambi mostrano il preminente rilievo che nella considerazione normativa ha assunto l'interesse dell'adottato. L'intera problematica dell'istituto risulta in tal modo modificata. È chiaro infatti che, a questo punto, il problema non consiste più nel conciliare gli interessi "dinastici" dell'adottante con gli interessi contrastanti dei componenti la sua famiglia legittima, ma nello stabilire quali limiti la tutela degli interessi di questi ultimi soggetti incontra rispetto all'interesse, preminente, del minore".

(41) Eppure lo stesso Moro, *L'adozione speciale*, cit., 84 e 87, scriveva che "questo istituto non sembra del tutto valido per realizzare adeguatamente il diritto del minore alla famiglia. (...) Sarebbe pertanto auspicabile sopprimere l'istituto dell'adozione originaria, elevare i limiti di età per l'adozione speciale a diciotto anni, come propone la Convenzione europea in materia di adozione dei minori, consentire - solo per i minori handicappati o superiori a quattordici anni - l'adozione speciale da parte anche di persone sole ove non si trovino coppie disposte ad adottarli".

(42) Rodotà, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, 677. Come e perché sia cambiata l'idea di famiglia nel diritto italiano lo ha narrato Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi - Parte prima: Dalla "famiglia-istituzione" alla "famiglia-comunità": centralità del "rapporto" e della "persona"*. - *Parte seconda: "Pluralizzazione" e "riconoscimento" anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 1043-1061 e 1287-1318. Si legge, alle pp. 1049-1050, che "nella Costituzione la famiglia è, anzitutto, naturalis societas (art. 29, comma 2), ossia appunto formazione sociale nel senso dell'articolo 2, come tale non solo 'spontanea', ma espressione della stessa 'natura', rinveniente come tale in sé medesima, ancor prima che in un supposto 'riconoscimento consuetudinario diffuso', il criterio della propria qualificazione giuridica e la primaria fonte del proprio 'dover-essere' regolativo. (...) Organizzazione di vita in comune (dal punto di vista sia materiale che spirituale) da parte di due esseri umani (normalmente, un uomo ed una donna) in prospettiva eventualmente (non necessariamente) anche procreativa e/o genitoriale e soprattutto in funzione, non tanto del rispetto di una tradizione, quanto piuttosto della promozione del pieno e integrale sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.)". E, "nella transizione alla 'postmodernità', alle pp. 1292-1294 con molteplici riferimenti in nota, 'la costellazione' delle nuove aggregazioni familiari è così divenuta assai ricca ed estesa: in grande sintesi, essa spazia ormai dalle c.d. unioni 'miste' indotte soprattutto dalla globalizzazione, alle famiglie ricostituite o ricomposte, veri aggregati proteiformi a geometria variabile; dalle famiglia che

# Giurisprudenza

## Filiazione

È probabile che la giurisprudenza si sarebbe accorta di quanto, dovendo invece applicare la legge sull'adozione del 1967, non poteva accorgersi, e cioè che escludere le persone singole da quella adozione "piena" che andava delineandosi per impulso della Convenzione di Strasburgo del 1967 (43), non può essere l'adempimento del ricordato precetto costituzionale. Per di più, in un ordinamento internazionale ove la stessa Convenzione del 1967 (!) - che l'Italia avrebbe ratificato con la L. 22 maggio 1974, n. 357 - preconizzava pianamente al proprio art. 6 un sistema in cui la legge "permette l'adozione di un minore solo da parte di due persone unite in matrimonio, che esse adottano simultaneamente o successivamente, o da parte di un solo adottante".

Oltre a ciò, una maggiore consapevolezza dell'evoluzione storica dell'istituto adottivo nel diritto italiano, avrebbe mostrato quanto oggi mostra, pur nella specificità del caso, il provvedimento qui commentato. E cioè che per assistere un minore abbandonato, in condizioni di evidente ed urgente bisogno materiale e morale, può pure provvedere una "idonea" persona sola.

Il legislatore italiano per la prima volta concepì l'adozione quale strumento di politica assistenziale di fronte alle decine di migliaia di orfani della Grande

Guerra (44). Con il D.L. 31 luglio 1919, n. 1357 (45), poi convertito dal governo fascista con la L. 6 dicembre 1925, n. 2137, fu derogata la norma del Codice che permetteva l'adozione dei soli maggiorenni di età per garantire così l'adozione ordinaria, anche da parte di persone non coniugate, dei minori orfani di guerra (46).

La prima apertura dell'adozione ai bisogni del minore e alla sua cura fu compiuta allora, e non si vide nella presenza di una coppia sposata di adottanti la *condicio sine qua non* per l'inserimento del fanciullo in una famiglia diversa da quella d'origine. Col Codice del 1942 il requisito della maggiore età viene definitivamente meno, mentre la finalità assistenziale - così chiara nella legislazione di guerra - rimane una delle finalità dell'istituto (non la più importante), talvolta valorizzata, con l'entrata in vigore della Costituzione, da quella giurisprudenza di merito "progressiva" cui si è fatto cenno.

La L. n. 431 del 1967 introduce l'adozione legittimante (dei minori di otto anni) limitandola alle sole coppie coniugate (47), mentre la successiva legge n. 184 del 1983 riconosce spazi (piuttosto ristretti) all'adozione da parte dei *single* in casi tassativamente "particolari" e regolandola in modo diverso dall'adozione legittimante.

potremmo chiamare 'artificiali', in quanto costituite su base elettiva mediante adozione o procreazione medicalmente assistita, alle famiglie monoparentali o monogenitoriali soprattutto materne (single con figli conviventi o adottati: art. 25, commi 4 e 5, e art. 44, comma 3, nei casi di cui alle lett. a), c) e d) del comma 1); dalle unioni omosessuali (... oggi rilevanti ex art. 1 L. 20 maggio 2016, n. 76, NdR) alle famiglia c.d. 'unipersonali' (come nel caso di separazione e di scioglimento del matrimonio per morte o divorzio), sino alla possibilità di conteggiare come forma di vita familiare lo stesso 'single', che però tenga - come si dice - una condotta esistenziale improntata a c.d. stile di vita familiare".

(43) Sulla costruzione di un'adozione "piena" per impulso della Convenzione del 1967, v. Ebene Cobelli, *La Convenzione di Strasburgo e l'adozione nel diritto interno*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, 687 ss.

(44) Si legge spesso - ad esempio in V. Carbone, *Adozione di minori in Italia da parte di un singolo tra regole e aspirazioni*, in *Corr. giur.*, 2011, 5, 597 - che già in occasione del terremoto che colpì Reggio Calabria e Messina nel dicembre del 1908 furono introdotte le prime modifiche dell'istituto dell'adozione (prevista per i soli maggiorenni di età nel Codice del '65) per dare famiglie ai fanciulli che avevano perso la propria sotto le macerie. Non pare esatto. Scrive Polacco, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, Padova, 1909, 13 "Come per l'istituto della tutela, così forse per quella dell'adozione converrebbe, traendo occasione dall'immenso disastro, apportare al Diritto vigente dei ritocchi. Quante domande non si son lette su pei giornali di cuori generosi pronti ad accogliere subito come figlio che allietasse connubi sterili, qualcuno di quei poveri bimbi scampati al cataclisma! E come vantaggiose per gli orfani molte di quelle domande! Pure soddisfarle è impossibile per i limiti di età voluti dal nostro Codice. Che sia il caso almeno di togliere il requisito che l'adottando abbia compiuto il diciottesimo anno? Sono pur molte le legislazioni che, con l'intervento dell'autorità

patria o tutelare o con altre guarentigie, permettono si diano in adozione minorenni di qualsiasi età, tutt'al più ammettendo che un giorno possa l'adozione revocarsi su domanda del figlio. Non formulo proposte: mi basta aver fatto un accenno anche a questo argomento che tanto si connette alla sorte dei più miseri fra i derelitti".

(45) In costanza del conflitto il primo provvedimento legislativo in materia di adozione fu la L. 18 luglio 1917, n. 1143. Sul "diritto civile di guerra", nel cui contesto germinarono molte delle innovazioni portate poi dal Codice del '42 si possono vedere, emblematicamente, le prolusioni di F. Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, letta nella R. Università di Genova il 22 novembre 1918 e di Ferrara sr., *Diritto di guerra e diritto di pace*, Discorso inaugurale letto il 25 novembre 1918 nell'Istituto di Scienze sociali di Firenze, entrambe in *Le prolusioni dei civilisti*, a cura della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2012, II (1900-1935), 1699 ss., e 1727 ss.

(46) "Era sempre l'adozione tradizionale, ma essa veniva applicata con lo scopo preminente di fornire assistenza ad una infanzia particolarmente bisognosa, in nome di una solidarietà allora profondamente sentita". Così, Baviera, *L'adozione speciale*, II ed., Milano, 1982, 5. Sull'adozione degli orfani di guerra, v. per tutti Cicu, *La filiazione, nel Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, II ed., Torino, 1951, 280-281.

(47) Perché "se la finalità della legge sull'adozione speciale è esclusivamente quella di dare una famiglia a chi non la ha - e non tanto quella di assicurare una adeguata assistenza al minore privo di famiglia, assistenza che può essere assicurata anche con altri strumenti giuridici (si pensi all'affidamento familiare realizzabile anche nei confronti di persone celibi o nubili) - lo strumento dell'adozione speciale non può che essere utilizzato nei confronti di una coppia coniugale". Così, A.C. Moro, *L'adozione speciale*, Milano, 1976, 281-282.

Da un punto di vista “sociologico” questa apertura alle persone singole rileva poco. Ancora di recente, una decisione del Tribunale per i minorenni di Napoli con cui è stata data in affidamento preadottivo una bambina affetta dalla sindrome di Down ad un uomo non sposato - dopo che sette famiglie tra quelle che avevano presentato domanda di adozione si sono dichiarate indisponibili ad adottare un minore diversamente abile - è stata sì ampiamente divulgata dagli organi di informazione, ma con quel senso di sorpresa e di compiacimento che si tende a provare di fronte alla scoperta di una specie rara, fino ad allora ignota (48). Nonostante l’art. 44, comma 1 (come modificato dalla L. 28 marzo 2001, n. 149) preveda testualmente alla lett. c) che “i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell’art. 7: quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall’articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre”; e che “nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l’adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato.”. Non sembra una questione di scarsa applicazione, comunque positiva in casi del genere: è auspicabile che nessun neonato o fanciullo malato sia abbandonato dai propri genitori. È, piuttosto, ignoranza delle opportunità fornite dalla legislazione adottiva interna, ignoranza con molta probabilità favorita dal carattere eccezionale e residuale di simili norme. Entrata in vigore la nuova legge del 1983, la questione dell’adottabilità da parte di persone *single* (al di là del territorio in cui la stessa legge l’aveva confinata) è rimasta sopita per qualche tempo, emergendo però periodicamente nei vari progetti di legge in materia di adozione proposti *ante* e *post* riforma (49). Torna sulla scena con (l’allora) celebre caso “Di Lazzaro”, quando la Corte di Appello di Roma promuove un giudizio di conformità costituzionale della

disposizione di ratifica della Convenzione di Strasburgo del 1967 (l’art. 2 della L. n. 357/1974) nella parte in cui, dando ingresso nell’ordinamento italiano all’adozione (piena) da parte di una persona *single* ai sensi del suo articolo 6 - norma ritenuta direttamente applicabile nei rapporti intersoggettivi - frustrerebbe, ad avviso del Giudice rimettente, “il diritto del minore ad essere inserito in una famiglia ed il diritto di questa a svilupparsi secondo i canoni costituzionali” (50). La Sentenza della Corte Costituzionale, redatta da Luigi Mengoni (51), rigetta la (debole) prospettazione secondo cui l’art. 6 della Convenzione del ‘67 avrebbe carattere autoapplicativo, e, formulando un molto discusso monito (52) (od auspicio?), rileva che la norma dell’art. 6 della Convenzione “rimane in vigore come norma che autorizza il legislatore, se lo riterrà opportuno, ad ampliare l’ambito di ammissibilità dell’adozione di un minore da parte di un solo adottante, qualificandola in ogni caso con gli effetti dell’adozione legittimante. In questo senso è orientato il progetto di riforma redatto nel 1992 della Commissione ministeriale per la modifica ed integrazione della legge 4 maggio 1983, n. 184, istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia. (...) Gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono ad un’innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l’adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente per l’interesse del minore” (53).

Da allora - nonostante un avventuroso tentativo di superamento da parte della stessa Corte d’Appello di Roma in sede di rinvio, poi definitivamente arginato dalla Cassazione con la sentenza n. 7950 del 1995 (54) - la giurisprudenza costituzionale e di legittimità

(48) L’Agenzia Ansa riportava la notizia sul proprio sito il 4 ottobre 2017 informando che “di fatto in Italia non è consentito ai single di adottare ma ci sarebbe una possibilità, laddove la legge consente l’adozione di un bambino con grave disabilità anche da parte di chi non vive in coppia. Una finestra potrebbe essere aperta ricorrendo all’art. 44 della legge 184 del 1983 che si occupa proprio di adozioni particolari”.

(49) Dei quali dà conto, ad esempio, De Cupis, *Fondatezza e conservazione della dicotomia degli istituti adozionali*, cit., 266 ss.

(50) Le varie “tappe” del caso Di Lazzaro sono riportate, con ampi stralci dei provvedimenti rilevanti (tutti pubblicati su questa *Rivista*) da Rossi Carleo (a cura di), *L’adozione da parte del singolo*, in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato*, IV ed., Milano, 2002, 164 ss. V. anche A. Gabrielli, *L’adozione del single tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 1997, 7.

(51) Corte cost. 16 maggio 1994, n. 183, in *Giur. it.*, 1995, I, 540, con nota di Lamarque.

(52) V., tra i tanti, il commento critico di Dogliotti, *Conclusa la vicenda dell’adozione da parte del singolo*, in questa *Rivista*, 1995, 6, 356, che scrive: “Essa (la Corte Costituzionale NdR) avrebbe potuto (... e forse dovuto) concludersi con la dichiarazione di infondatezza della questione. E, invece, lasciando i lidi più sicuri e consueti del tecnicismo giuridico, a questo punto essa si avventurava... tra le onde più infide ed incerte della politica del diritto. Ma è compito della Consulta tutto questo? Forse temendo che la soluzione data alla questione sollevata non sarebbe stata compresa o magari addirittura avversata da una parte dell’opinione pubblica, essa si è improvvisata dispensatrice di consigli ed indicazioni al futuro legislatore (ma ve n’era proprio bisogno?) quasi fornendogli su misura... un modello di disciplina dell’adozione del singolo, per evitare preventivamente vizi di costituzionalità”.

(53) La sentenza è riportata in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 603 ss., con nota di Cristiani.

(54) V. *supra* n. 50.

non ha progredito, tant'è vero che la più volte citata sentenza di Cassazione del 2011 ha ricordato anch'essa - come pure già aveva fatto Cass. 18 marzo 2006, n. 6078 citando testualmente il monito della Corte costituzionale - che "il legislatore nazionale ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di una singola persona anche con gli effetti dell'adozione legittimante".

Non si può negare che il legislatore vi abbia più volte provato.

Il primo tentativo - quello cui insolitamente si è riferita la stessa Corte Costituzionale - fu predisposto da una commissione ministeriale istituita nel 1989 dall'allora Ministro di grazia e giustizia Vassalli, presieduta dal giudice Elio Amatucci, che terminò i propri lavori nel giugno del 1992. Pur tenendo "fermo il principio che l'adozione è permessa ai coniugi, uniti in matrimonio da almeno tre anni e non separati neppure di fatto" (55) il progetto contemplava quale ipotesi di adozione legittimante quella del minore orfano di padre e di madre a favore del singolo di età non inferiore ad anni ventuno, legato al minore "da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori" (art. 10, comma 2) e quella del minore le cui "condizioni psicofisiche (...) determinano la constatata impossibilità di un'adozione da parte di una coppia di coniugi" (art. 9, comma 3). Insomma, si propose di portare sotto l'ombrello dell'adozione legittimante le ipotesi di cui alle lett. a) e, in termini più generici e senza l'inciso "orfano di padre e di madre", c) dell'art. 44, comma 1, L. n. 184/1983 nel testo a tutt'oggi vigente. Successivamente, nel clamore del caso Di Lazzaro (agosto/settembre 1994), Antonio Guidi, Ministro per la famiglia e la solidarietà sociale nel primo governo Berlusconi, annunciò alla stampa un progetto di modifica alla legge sulle adozioni con apertura alle persone *single* che, però, per l'opposizione di altre forze della maggioranza parlamentare e di alcune associazioni a difesa della famiglia "tradizionale", non ebbe seguito.

Anche l'on. Turco, assunto nel 1996 il dicastero della "solidarietà sociale", si disse favorevole alla adottabilità da parte di persone non coniugate ma, nuovamente, al termine di quell'esperienza di governo, rimasero solo gli auspici e le personali opinioni di un ministro *pro tempore*. La proposta di legge presentata alla Camera il 4 luglio 1996 dall'on. Melandri - nell'ambito di un più generale disegno di riforma che avrebbe portato al recepimento della Convenzione dell'Aja del 1993 sul fronte dell'adozione internazionale - stabiliva una modifica dell'art. 6 della Legge n. 184/1983 secondo cui "1. L'adozione è permessa a coniugi, entrambi di almeno venticinque anni di età, uniti in matrimonio da almeno due anni, tra i quali non sussista separazione personale neppure di fatto, e che siano idonei ad educare, istruire e mantenere il minore che intendono adottare. 2. L'adozione è, altresì, consentita a persone singole, di almeno trenta anni di età, che presentino le idoneità di cui al comma 1" (56). Assorbita e confluita in quella che sarebbe diventata la L. n. 149 del 2001 (che ha intitolato la legge del 1983 "*Diritto del minore ad una famiglia*"), la modifica qui ricordata cadde, e l'art. 6 fu cambiato sostanzialmente soltanto nella parte relativa all'età degli adottanti e in quella in cui dà rilevanza all'eventuale periodo di convivenza prematrimoniale degli adottanti.

Vicenda analoga, ma su scala ridotta, si è riproposta in anni più recenti, allorché l'ultimo intervento legislativo in materia di adozione ed affidamento (la L. 19 ottobre 2015, n. 173 recante "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare") ha considerato ai fini della tutela della continuità familiare dei minori dichiarati adottabili dopo un prolungato periodo di precedente affidamento le sole "famiglie" affidatarie, riconoscendo loro una "corsia preferenziale", e non le persone singole, che pure possono essere affidatarie di un minore ai sensi dell'art. 2 della L. n. 184/1983 (come modificata dalla L. n. 149 del 2001), assorbendo e mettendo in non cale la diversa proposta delle deputate Marzano e Martelli (57).

(55) Così nella Relazione esplicativa, pubblicata unitamente al testo del progetto di Riforma, in *Dir. fam. pers.*, 1993, II, 883 ss., al Capo I "Disposizioni generali".

(56) Così, l'art. 2 "Requisiti degli adottanti" della Proposta di legge d'iniziativa dell'on. Melandri n. 1781, presentata il 4 luglio 1996, reperibile su [leg13.camera.it](http://leg13.camera.it).

(57) La n. 3019 presentata l'8 aprile 2015, che prevedeva, da una parte, una valutazione preferenziale ai fini dell'adozione anche dell'affidatario persona singola (tanto per l'affidamento familiare quanto per l'affidamento preadottivo), dall'altra l'inserimento di

un'ulteriore ipotesi all'art. 44 della L. n. 184, consentendo al minore di essere adottato ("in casi particolari") "dalla famiglia o dalla persona singola cui il minore è stato affidato e con cui si è creato un solido rapporto affettivo nel corso dell'affidamento". Quest'ultima ipotesi non è però totalmente esclusa dal diritto vigente, posto che, com'è noto, se il minore già affidato è orfano di padre e di madre, l'art. 44, comma 3, già prevede che "Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato". L'on. Marzano, che non ha votato il testo finale di quella che sarebbe diventata la

In un quadro normativo caratterizzato dall'entrata in vigore della legge sulle unioni civili (L. 20 maggio 2016, n. 76) - nel cui articolo 1, comma 20, è sancito che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle leggi vigenti" malgrado, com'è noto, nel testo originario del disegno di legge presentato dalla senatrice Cirinnà fosse prevista una modifica all'art. 44, comma 1, lett. b), L. n. 184/1983 per consentire l'adozione (non piena) del figlio "dell'altra parte della unione civile tra persone dello stesso sesso" (58) - i progetti legislativi presentati nella (ormai spirata) XVII legislatura volti ad introdurre l'adozione piena da parte di un *single* sono stati (se non ci si sbaglia) tre (59).

In ordine cronologico, vi è per primo il Disegno di legge d'iniziativa del senatore Manconi n. 1765, presentato al Senato l'11 febbraio 2015. Recava "Norme in materia di adozione da parte dei singoli e revoca dell'anonimato materno" proponendo una modifica dell'art. 6 della L. n. 184 con l'integrazione di un comma *bis* del seguente tenore: "l'adozione è consentita, altresì, a persone non coniugate conviventi, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza da almeno tre anni, e a persona singola, quando ciò realizzi l'interesse del minore". Nella presentazione della proposta, il senatore Manconi ha rimarcato la necessità di "abbandonare l'idea di famiglia propria del nostro sistema normativo (quella unicamente fondata sulla coppia unita in matrimonio) ampliandola ed adeguandola alle nuove formazioni sociali presenti nella società attuale", essendo oggi ben possibile che "il minore abbia una sola figura genitoriale di riferimento, quella con la quale passa la maggior parte del tempo (il che) non impedisce la creazione di un ambiente stabile ed armonioso nel quale un bambino possa vivere sereno". Esaminandone i lavori in commissione, parrebbe totalmente privilegiata la trattazione della parte del disegno di legge relativa all'accesso di informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita (anche oggetto del Disegno di Legge n. 1978 presentato dalla senatrice Bossa) piuttosto che quella qui rilevante. È significativo,

comunque, che si sia proposto di introdurre l'adozione da parte del *single* mediante una modifica dell'art. 6 della L. n. 184, ponendo i *single* accanto alle "persone non coniugate conviventi" (sono anche le parti di un'unione civile?) richiedendosi quale requisito la realizzazione dell'interesse del minore: "nessuna limitazione normativa a priori, dunque, ma la valutazione individuale del singolo caso, nell'esclusivo 'interesse del minore'" (60).

Più vasta eco mediatica ha avuto la Proposta di legge di iniziativa dell'on. Ravetto (n. 3832), presentata alla Camera dei Deputati il 16 maggio 2016. Dedicata unicamente all'adozione da parte di persone singole - "un passaggio che sicuramente precede, per una questione di logica, le richieste di adozione da parte delle coppie dello stesso sesso" (61) - la proposta prevedeva una modifica dell'art. 6 della L. n. 184/1983 secondo cui "1. L'adozione è consentita: a) a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto; b) a persona singola non coniugata. 2. Gli adottanti devono essere affettivamente idonee (sic) e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare". Come si vede, è riecheggiata la proposta Melandri del 1996, con l'inserimento del requisito della "idoneità affettiva", quale probabile supplente della formula (ormai un po' vieta) dell'"interesse del minore", che rimane ben ferma, tuttavia, nell'intenzione della firmataria: "occorre tenere presenti due obiettivi, entrambi riconducibili all'interesse del minore. Da un lato è necessario ampliare la platea dei possibili adottanti, e dall'altro è opportuno porre fine ai pregiudizi e alle categorie astratte. Se il tribunale deve valutare i requisiti di coloro che si propongono come adottanti e, ai sensi dell'art. 22, comma 5, L. n. 184 del 1983 deve scegliere i soggetti che appaiono più in grado di corrispondere alle esigenze del minore, non sembra opportuno porre ostacoli pregiudiziali. L'esame da svolgere in concreto costituisce la migliore garanzia e ogni prerequisito è potenzialmente idoneo a diminuire la capacità di

Legge n. 173 del 2015, ha presentato alla Camera nel febbraio 2016, una proposta di legge (n. 3631) per apportare "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione di soggetti minori da parte di persone conviventi non coniugate, anche dello stesso sesso, o di persone singole" che si limita a modificare l'art. 6 L. n. 184/1983 stabilendo che "l'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio, a coppie di persone conviventi anche dello stesso sesso, nonché a persone singole".

(58) Era l'art. 5 del disegno di L. n. 2081 presentato al Senato il 6 ottobre 2015 dalla senatrice Cirinnà ed altri, poi stralciato nel testo emendato presentato dal Governo ed approvato dal Senato con

voto di fiducia il 25 febbraio 2016. Sulla *stepchild adoption* nel d.d.l. Cirinnà e non solo v. Farina, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit... tacuit?*, in *Pol. dir.*, 2017, 1, 71, ma anche Pane, *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, 2, 451 ss.

(59) Più uno: v. *supra* n. 57.

(60) Così, ancora, il sen. Manconi nella Presentazione del Disegno di legge al Senato.

(61) Così, l'on. Ravetto nella Presentazione della Proposta alla Camera.



garantire al meglio l'interesse del minore. Può esistere una persona singola in grado di dare al minore un apporto affettivo ed educativo superiore a quello che può normalmente fornire una coppia". In un singolare dialogo tra formanti giuridici, "la presente proposta di legge mira a dare seguito alla citata pronuncia della Corte di Cassazione del 2011, estendendo la possibilità di adozione legittimante anche per le persone singole".

L'idea che l'introduzione dell'adozione piena da parte dei *single* altro non sia che l'eliminazione di un assiomatico e condizionante prerequisito è comune anche alla Proposta di L. n. 4579, presentata alla Camera il 6 luglio 2017 dall'on. Malisani: "prescindendosi dallo specifico status dei soggetti richiedenti, ciò che è, infatti, da ritenersi prevalente è il superiore interesse del minore e, correlativamente, l'esistenza di una idonea relazione affettiva tra l'adottante e l'adottato, dovendo tali presupposti essere accertati dal giudice, caso per caso, senza alcun automatismo" (62).

Questa Proposta ha seguito e raccolto i frutti di un'ampia indagine conoscitiva "sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido" intrapresa dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati per deliberazione del 1° marzo 2016, e che si è sostanziata nella elaborazione di un Documento conclusivo nel quale - oltre ad una rappresentazione assai apprezzabile del quadro normativo attuale e alla sintesi degli interventi tenuti dalle varie personalità audite - sono formulate "Conclusioni e proposte" (63) espressive delle opinioni raccolte e di un comune sentire politico, certo non particolarmente genuino ma, parrebbe, ormai in atto.

Tra le aree di azione, l'indagine annovera anche i requisiti soggettivi per accedere all'adozione, profilo "che non può non essere oggetto di intervento da parte del legislatore". L'adozione (piena) da parte delle persone singole, si dice, "nel concorso

di particolari circostanze, prima tra tutte il riscontro dell'imprescindibile requisito dell'idoneità affettiva in capo all'adottante, potrebbe essere ritenuta in concreto quella più idonea a tutelare il superiore interesse del minore, almeno quale possibile alternativa al ricovero in istituti". L'idea fondamentale, ancora nelle parole della Commissione, è che nel mondo odierno "la responsabilità genitoriale non deve ritenersi più vincolata ad un mero fattore di carattere biologico: anche in ambito familiare, si può, infatti, configurare una responsabilità da "contatto sociale", riferendosi chiaramente tale ultimo concetto a nuove figure di famiglia, contraddistinte da relazioni affettive qualificate, dalle quali discendono diritti e doveri di collaborazione, cura, protezione e vigilanza nei confronti del minore".

Ebbene, la Proposta Malisani se ne faceva interprete prevedendo: da una parte, un recupero della Proposta Marzano-Martelli (v. sopra) per consentire anche ai *single* affidatari una "corsia preferenziale" in caso di successiva dichiarazione di adottabilità del minore affidato; dall'altra, l'aggiunta di un comma 1-bis all'art. 6, L. n. 184/1983 a tenore del quale "l'adozione è consentita: a) a conviventi di fatto; b) alle parti dell'unione civile; c) a persona singola non coniugata". Si voleva così portare a compimento il cammino intrapreso dal Disegno di legge Cirinnà, con uno slancio maggiore, proponendosi non la sola adozione del figlio del *partner* (attraverso la modifica della lett. b) dell'art. 44, L. n. 184/1983), ma l'adozione (piena) congiunta dalle parti dell'unione civile. Chiaramente, l'introduzione delle unioni civili punge il legislatore ad intervenire in materia di requisiti per l'adozione (64).

Ad ogni modo, per i *single*, l'esperienza insegna prudenza: non pare il caso, né di buon auspicio, predire novità così a lungo promesse, di cui, semmai, si occuperà il Parlamento venturo (ammesso che le proposte qui esaminate saranno ripresentate).

(62) Così, l'on. Malisani nella Presentazione della sua Proposta alla Camera.

(63) "Un'ampia indagine conoscitiva promossa dalla Presidente della Commissione Giustizia della Camera, on. Donatella Ferranti, ha messo in evidenza l'esigenza di una revisione dell'attuale disciplina dell'adozione, diretta principalmente a realizzare l'estensione dell'ambito della capacità adottiva, la semplificazione della procedure, una più effettiva tutela del diritto del minore a crescere nella propria famiglia". Così, C.M. Bianca, *Diritto civile*, II-1, *la famiglia*, cit., 453. Il contributo dell'A. ai lavori della Commissione è stato assai importante. Il resoconto, sommario e stenografico, delle audizioni si trova alla pagina *Indagini conoscitive - Camera dei Deputati*, sul sito *camera.it*. Il documento conclusivo, approvato il 7 marzo 2017, è agevolmente reperibile all'indirizzo <http://www.publicpolicy.it/wp-content/uploads/2017/03/adozionireal.pdf>.

(64) Significativamente, per la medesima ragione, allora soltanto prevista, da altra parte politica si è proposto il contrario, e cioè "delimitare l'ambito di operatività delle norme sulle adozioni nel nostro Paese, al fine di distinguere quel tipo di unione da quelle riconosciute dal nostro ordinamento come necessarie per procedere all'adozione di minori". Così, nella presentazione alla Camera, avvenuta il 2 settembre 2014, della Proposta di legge n. 2619 d'iniziativa dei deputati Giorgia Meloni ed altri, per una riscrittura dell'art. 6 della L. n. 184/1983 che specifichi il requisito della diversità di sesso da parte degli adottanti e per l'eliminazione *tout court* del riferimento all'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 44, comma 1, nel terzo comma della medesima disposizione, ai sensi del quale, com'è noto, "l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato".

**Osservazioni conclusive: problemi in prospettiva**

Meglio, allora, limitarsi ad alcune considerazioni conclusive, e a qualche irresistibile previsione, approfittando della decisione analizzata e delle questioni che ha affrontato.

Il Giudice minorile genovese ha messo in evidenza una volta di più la divisione esistente tra adozione legittimante (meglio, piena) e adozione non legittimante (i.e. “in casi particolari”); divisione tanto più grande se osservata dal punto di vista di una persona *single*, che, salvo il caso di cui all’art. 25 della L. n. 184/1983 e - ecco la “creatività” della pronuncia commentata - 36, comma 4, può ambire alla sola adozione non legittimante, un’adozione definita (o comunque percepita come) “di serie B” (65).

Questa divisione - lo si è già anticipato - oggi ha, però, perso la propria base lessicale e, probabilmente, anche sostanziale.

Lo *status* di figlio legittimo non esiste più. Per il diritto si è semplicemente figli, e nessuna preclusione all’instaurazione di un formale rapporto di parentela con i familiari del proprio genitore deriva dalla circostanza che si sia nati entro il (o fuori dal) matrimonio. L’adozione legittimante è perciò, come rileva la stessa indagine conoscitiva parlamentare, un anacronismo meritevole di essere riconsiderato.

Se così avverrà, uno “statuto” unico dell’adozione piena soppianderà l’attuale costellazione di fattispecie, con un ritorno all’unità degli istituti adottivi rispetto alla quale, se non è troppo azzardare, l’opera di progressivo adeguamento della giurisprudenza potrà svolgersi più agevolmente, se non altro perché le norme (e quindi gli istituti) generali a differenza di quelle/i eccezionali si prestano ad una schietta applicazione analogica.

Quali sono le conseguenze del superamento della distinzione tra adozione legittimante e non legittimante?

In primo luogo, le fragilità su cui poggia una decisione come quella esaminata dovrebbero dissolversi. Posto che non è sostenibile ritrovare nell’ordine pubblico italiano né forse nei “principi fondamentali del diritto di famiglia” (e sicuramente non nella Convenzione dell’Aja, nel suo “corpo” e nel suo “spirito”, né in alcun altra convenzione internazionale) il principio che legittimati ad adottare siano solo un uomo ed una donna sposati, verrà meno l’orientamento giurisprudenziale

che converte in adozioni particolari le adozioni (piene) legittimamente conseguite all’estero da persone *single* secondo la *lex loci*, e specialmente da cittadini italiani, ai sensi dell’art. 36, comma 4, L. n. 184/1983.

Si può dire che se il superamento della distinzione tra adozione legittimante e non legittimante non sarà accompagnato dalla introduzione nel nostro diritto interno dell’adozione piena da parte di una persona *single* - per il naufragio delle varie proposte di legge presentate in Parlamento - a ciò potrà (o dovrà) provvedere la Corte costituzionale, non appena avrà modo di accorgersi della disparità di trattamento “di risultato” tra cittadini residenti in Italia, esclusi dell’adozione piena se non coniugati, ai sensi di un irragionevolmente immutato art. 6, L. n. 184/1983, e cittadini residenti all’estero, legittimati ad adottare in modo pieno, indipendentemente dal proprio stato civile, in virtù del meccanismo previsto dall’art. 36, comma 4, L. n. 184 (66), come “progressivamente” già oggi interpretato dal Giudice minorile genovese. Attualmente, la pur esistente differenza di trattamento è “salvata” ricorrendo, secondo la prospettiva della Cassazione nella più volte ricordata sentenza n. 3572 del 2011, alla fattispecie dell’art. 44, L. n. 184 del 1983, e cioè equiparando la posizione del *single* italiano residente all’estero a quella del *single* italiano residente in Italia, che può adottare ai limitati fini ed effetti dell’adozione in casi particolari. Se venisse, però, meno l’istituto stesso dell’adozione in casi particolari - e quindi la c.d. adozione non legittimante - la diseguaglianza riemergerebbe, ponendosi così le condizioni per un intervento interpretativo/correttivo della Corte Costituzionale in difesa, tra gli altri, dell’art. 3, comma 1, Cost. sulla scorta del canone della ragionevolezza.

L’argomento “equitativo” - dove equità sta per pari opportunità malgrado le diverse condizioni di partenza - è particolarmente significativo in questa materia, sempreché l’eguaglianza sia guidata ed orientata dalla considerazione dell’interesse del minore. Questo è, se non si sbaglia, il punto di equilibrio su cui può reggersi l’introduzione nel nostro sistema dell’adozione piena da parte di una persona non coniugata. Non perché sostituisca e quindi oscuri altre pur importanti considerazioni, ma perché consente di superare decisamente “in diritto” alcune condizioni “di fatto” che per un legislatore tendente a registrare la realtà piuttosto che a (contribuire a) modificarla, precluderebbero un

(65) Sono le parole del sen. Manconi, presentando in Senato il citato disegno di L. n. 1765.

(66) Che è stato oggetto di una questione di costituzionalità, dichiarata inammissibile dalla Corte cost. con sent. 7 aprile 2016, n. 76, cit.

intervento in questa direzione. Le condizioni di fatto ostative sono date, soprattutto, dallo scarso numero di minori adottabili in relazione al numero di aspiranti adottanti "legittimati" (67). Il dato è reale, e pone il dilemma di "preferire" coppie a singoli o viceversa (68).

Come superarlo? In questo caso, come si è detto, equità significa pari opportunità di essere preferiti. In altre parole, il criterio alla cui stregua abbinare un minore dichiarato adottabile ad una "famiglia" non può essere lo stato civile dei candidati adottanti e/o il loro orientamento sessuale.

Un'alternativa è possibile se trova una più completa e concreta attuazione il principio e diritto fondamentale - codificato sì (all'art. 315-bis c.c.), ma non percepito nel profondo del suo significato giuridico - secondo cui il minore ha il diritto fondamentale e irrinunciabile di essere amato. L'adozione, come ha ricordato Cesare Massimo Bianca partecipando alla qui riferita indagine parlamentare, è uno strumento (il principale) posto al servizio e in funzione di questo diritto: "il minore ha diritto di essere adottato perché ha diritto di essere amato" (69).

La ricerca di una famiglia idonea richiede, pertanto, un'indagine approfondita sulla capacità affettiva

degli aspiranti adottanti, sensibile alle particolari condizioni del minore e al tipo di abbandono suo malgrado patito.

Anche questo è un profilo della disciplina adottiva che richiede rinnovata considerazione. Occorre interrogarsi sulle nuove forme di abbandono, tradizionalmente associate a condizioni di disagio economico ma che esperienza e cronaca mostrano quanto possano essere compatibili con situazioni di apparente benessere economico; sulle sempre più evidenti manifestazioni di disinteresse per i bisogni dei fanciulli, primo fra tutti quello educativo, delegato, assai spesso, a soggetti estranei alla famiglia; sull'affievolimento della responsabilità della famiglia; sulla crescente e varia delinquenza minorile. Si parla a tali propositi, e ormai da tempo, ad esempio, di "adozione mite" (70) o "semplice", rispetto alla quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, segnalando con la nota Sentenza Zhou c. Italia i deficit del sistema adottivo italiano, là dove tollera in alcuni casi una troppo semplice rescissione dei legami con la famiglia di origine, ha individuato obiettivi che, con mezzi "di fortuna" ma non totalmente inadeguati, la nostra giurisprudenza di merito persegue da tempo (71).

(67) Le ultime rilevazioni a cura del Dipartimento di Giustizia Minorile mostrano che nel 2014 sono stati dichiarati adottabili in Italia 1397 minori a fronte di 9657 famiglie disponibili all'adozione ("in lista di attesa"). Per ogni bambino dichiarato adottabile, ci sono 6,91 famiglie interessate ad adottare. La forbice si è ristretta perché i bambini dichiarati adottabili sono aumentati (del 19,2% tra il 2000 e il 2014) e le famiglie disponibili sono diminuite (del 13,2% nello stesso periodo). Sul fronte delle adozioni internazionali, dove l'Italia è il secondo paese al mondo richiedente dopo gli Stati Uniti, i dati sono meno sicuri. Se è vero che i minori adottabili sono in gran numero - e le domande di adozione internazionale sono in calo - ad ogni modo nel 2014 1888 famiglie non hanno portato a termine l'iter previsto, mentre vi sono stati 3141 decreti di idoneità, 1969 adozioni concluse e 75 affidamenti preadottivi. V. le statistiche mutate dal Dipartimento Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia alla pagina <http://www.truenumbers.it/adozioni-in-italia/> Per le adozioni internazionali, i dati riportati dalla Commissione Adozione Internazionali nel Report consultabile alla pagina [http://www.commissioneadozioni.it/media/153043/report\\_statistico\\_2014-2015.pdf](http://www.commissioneadozioni.it/media/153043/report_statistico_2014-2015.pdf) risultano in parte differenti.

(68) Vi rifletteva acutamente, anche guardando all'adozione nella (inusuale) prospettiva dell'analisi economia del diritto, Cosentino, *Le frontiere mobili dell'adozione: interessi del minore, politiche del diritto, prospettive di riforma (a proposito di un recente libro pubblicato negli Stati Uniti)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 495 ss., rilevando (a 519) che "il numero delle separazioni e dei divorzi non è ancora tale da giustificare il presagio che la coppia di genitori adottivi sia quasi inevitabilmente destinata a disgregarsi. Non può essere dimostrata, sotto questo punto di vista, la concorrenzialità della persona singola, a cui potrebbe farsi ricorso, solo una volta esaurito il ruolo delle coppie genitoriali di pari idoneità". Tale ultimo dato è oggi molto diverso, come attesta il Report Istat *Matrimoni, separazioni e divorzi* per l'anno 2015 del 14 novembre 2016, reperibile alla pagina <https://www.istat.it/it/archivio/192509>.

(69) Così, C.M. Bianca nel corso dell'audizione tenuta il 24 maggio 2016 davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati. Il resoconto stenografico della seduta del 24 maggio 2016 è reperibile alla pagina web Camera dei Deputati/Deputati e organi/Commissioni/Attività. Il "ponte" tra il diritto del minore all'amore dei propri genitori; diritto a crescere nella propria famiglia e diritto di essere adottato da una famiglia che possa garantirgli il diritto all'amore si ritrova nella combinazione tra i primi due commi dell'art. 315-bis c.c. - secondo cui "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti" -; l'art. 1, commi 1 e 4 della L. n. 184/1983 ("Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. (...) Quando la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore, si applicano gli istituti di cui alla presente legge") e l'art. 6, comma 2 della stessa L. n. 184/1983, ai sensi del quale "I coniugi devono essere effettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare". Su questi passaggi il riferimento è, ancora, a C.M. Bianca, *Diritto civile*, II-1, *la famiglia*, cit., 367-370; 453 ss.

(70) Si v. soprattutto Trib. Minorenni Bari 7 maggio 2008, in questa *Rivista*, 2009, 4, 393 ss., e, per tutti, tirando le somme di quella giurisprudenza e delineandone le prospettive, da ultimo, Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in questa *Rivista*, 2016, 7, 719 ss. Per uno studio della figura, v. Montecchiari, *Adozione "mite": una forma diversa di adozione dei minori od un affido senza termine?*, in *Fam. pers. e succ.*, 2013, 4, 1581 ss.

(71) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *affaire Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, riportata per intero alla pagina <http://www.tribmin.milano.giustizia.it/it/Content/Index/29294>. Sul punto, v. Pasqualeto, *L'adozione mite al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziali e de jure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 155 ss.

Di fronte ai problemi che l'adozione, da una parte, fronteggia, e dall'altra, inevitabilmente, produce, è richiesto un approccio realistico e disincantato, immune da "efficientismo". In questa materia, l'efficacia delle soluzioni normative previste non si misura (o almeno non soltanto) dal "numero" dei "casi" di adozione portati a termine, da quei "dati" che, lo si è ricordato, segnalano invariabilmente la sproporzione tra minori adottabili e famiglie aspiranti adottanti. Qui il diritto e chi lo amministra devono farsi piccoli, e delicatamente intervenire nella minima misura occorrente trovando il difficile equilibrio tra "diritto del minore alla propria famiglia e diritto ad una famiglia "sostitutiva" nel caso in cui comunque la prima non sia in grado di provvedere a lui" (72). In altre parole ancora, "la gran parte del lavoro del giudice minorile consiste nel tentare di non emettere un provvedimento" (73).

Presupposto per questa linea di condotta è tenere a mente che l'adozione consegue (pur) sempre ad un fallimento. Fallimento di un progetto familiare, fallimento di un'esperienza educativa, fallimento di una relazione affettiva. Ma, soprattutto, allargando lo sguardo, fallimento di un ordinamento che non riesce ad impedire l'abbandono (perlomeno quello "materiale", che più e meglio potrebbe combattere) di un

figlio. In questa prospettiva l'adozione è molte volte un male non evitato, poiché - lo constatava decenni fa Mario Bessone - "nel gran numero dei casi, la 'incapacità' dei genitori costituisce un puro e semplice riflesso della incapacità della Repubblica di attuare il programma di rimozione degli "ostacoli" di ordine economico e sociale precettivamente disposto dal secondo comma dell'art. 3" (74); circostanza non ignota all'ordinamento, stabilendo l'art. 1, comma 2, L. n. 184 del 1983 (come riformato nel 2001) che "le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto".

Il paradosso dell'adozione - il suo essere "diritto" e "rimedio" al contempo, strumento di felicità e risultato di infelicità - rivela che in tanto possono esistere limiti che ne condizionino l'applicazione in quanto questi costituiscano garanzie a protezione del minore e dei suoi diritti. Agli occhi di un minore in stato di abbandono, l'impossibilità per una persona non coniugata di adottarlo in modo pieno, specie se tra loro è già sorto un legame affettivo, non è una garanzia, ma una *chance* in meno di felicità.

(72) Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, cit., 679.

(73) Sono le parole di un Giudice minorile raccolte da Ferraresi, *Giuridificazione e diritto minorile*, cit., 64, la quale aggiunge: "Questa frase significa più cose. Innanzitutto che il primo orientamento del giudice minorile è a non formalizzare i casi che ogni giorno gli si presentano: ossia a svolgere paradossalmente una funzione di filtro rispetto al mondo delle relazioni giuridiche di cui egli è esponente. Ciò è emblematico

di una posizione di frontiera in cui il giudice minorile opera tra dinamiche sociali e mondo giuridico. Ma quella frase indica altresì che il magistrato minorile svolge un ruolo simile a quello che i *political scientists* chiamano *gate-keeper*, consistente nel selezionare situazioni che devono accedere a una classificazione e soluzione di tipo giuridico rispetto a situazioni che invece possono essere esenti".

(74) Bessone, *Sub artt. 30-31 Cost.*, nel *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, 135.

# Osservatorio di giurisprudenza civile

a cura di Antonella Batà

## PARI OPPORTUNITÀ

DISCRIMINAZIONI SUL LAVORO

Cassazione Civile, Sez. lavoro, 14 dicembre 2017, n. 30083

**In tema di requisiti per l'assunzione, sussiste una discriminazione indiretta qualora sia previsto come requisito una statura minima identica per uomini e donne, in contrasto con il principio di uguaglianza, presupponendo erroneamente la non sussistenza della diversità di statura mediamente riscontrabile tra uomini e donne.**

### Il caso

La T. S.p.a. indice una procedura selettiva per la posizione di Capo servizio treno, ponendo come requisito un limite di altezza non differenziato tra uomini e donne. Essendo stata esclusa dalla procedura per inidoneità fisica, la P propone al Tribunale, ai sensi dell'art. 38, D.Lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità) domanda diretta ad ottenere la rivalutazione dell'idoneità fisica all'assunzione nella suddetta posizione, ritenendo che la mancata differenziazione del limite di altezza tra uomini e donne abbia valenza discriminatoria.

Il Tribunale rigetta la domanda, con decreto confermato in sede di opposizione, nonché dalla Corte d'appello; i giudici di merito, infatti, non ravvisano alcun comportamento discriminatorio da parte della società.

La P propone, allora, ricorso per cassazione.

### La soluzione della Corte di cassazione ed i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. accoglie il ricorso. Ritiene, infatti, sussistere la dedotta discriminazione, denunciata anche sotto il profilo della ragionevolezza del previsto limite staturale quale requisito di idoneità all'esercizio delle mansioni di Capo servizio treno, in quanto tale limite ingiustificatamente non tiene conto della diversità delle situazioni soggettive implicate. In tal senso, del resto, si è espressa la Corte costituzionale (sentenza n. 163/1993), secondo cui la previsione di un'altezza minima identica per gli uomini e le donne, quale requisito fisico per l'accesso a un pubblico concorso, viola il principio di eguaglianza, sia perché presuppone erroneamente l'insussistenza della considerevole diversità di statura mediamente riscontrabile tra gli uomini e le donne, sia perché comporta una "discriminazione indiretta" a sfavore di queste ultime, che risultano, in concreto, svantaggiate in misura proporzionalmente maggiore rispetto agli uomini, in relazione a differenze antropomorfe statisticamente riscontrabili e obiettivamente dipendenti dal sesso. A fronte degli elementi di fatto forniti dalla ricorrente, a carico della società, ai sensi dell'art. 40, D.Lgs. n. 198/2006, incombeva l'onere della prova contraria sul punto, erroneamente ritenuto da i giudici di merito assolto per difetto di contestazione. Né sussistono limiti al sindacato giudiziale circa gli atti

amministrativi che quel requisito prevedono, essendo gli stessi suscettibili di disapplicazione (cfr. Cass. 15 novembre 2013, n. 25734, in *Corr. giur.*, 2014, 1093, con nota di Gripaudo; Cass. 13 novembre 2007, n. 23562, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 577, con nota di De Luca Tamajo; *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 607, con nota di Lazzeroni; *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 563, con nota di Savino; *Arg. dir. lav.*, 2008, II, 889, con nota di Corso, la quale ha cassato con rinvio la decisione della Corte territoriale che si era limitata a ritenere, ai fini dell'assunzione alla Metropolitana di Roma, il requisito dell'altezza minima di m. 1,55 - previsto nel D.M. n. 88/1999, identico per uomini e donne - una garanzia sia per l'incolumità del personale in servizio sia per la sicurezza degli utenti, senza accertare a quali mansioni l'attrice potesse adeguatamente attendere nonostante l'altezza fisica inferiore rispetto a quella richiesta).

## MINORI

PROVEDIMENTI RELATIVI AI FIGLI MINORI

Cassazione Civile, Sez. VI, 28 novembre 2017, n. 28331, ord.

**È inammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., avverso il provvedimento emesso in sede di reclamo contro il decreto con cui il giudice tutelare ha consentito al genitore di condurre con sé per una settimana bianca il figlio minore senza il consenso dell'altro genitore, in quanto privo dei connotati di definitività e decisorietà.**

### Il caso

Il Giudice tutelare autorizza T, padre del minore X, a condurlo con sé in montagna per una settimana bianca, avendo la madre D dichiarato il proprio dissenso. La D propone reclamo al Tribunale per minorenni, il quale conferma il provvedimento. La madre propone allora ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.

### La soluzione della Corte di cassazione ed i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. ritiene inammissibile il ricorso. Secondo la Corte, in coerenza con il consolidato orientamento di legittimità, il provvedimento emesso in sede di reclamo avverso il decreto con cui il giudice tutelare ha consentito al genitore di condurre con sé per una settimana bianca il figlio minore senza il consenso dell'altro genitore è privo dei connotati di definitività e decisorietà necessari ai fini della sua assoggettabilità al ricorso straordinario per cassazione. Si configura, infatti, come un provvedimento di volontaria giurisdizione, volto non a dirimere, con autorità di giudicato, un conflitto tra diritti soggettivi dei genitori, ma a valutare la corrispondenza del mancato assenso di uno di essi all'interesse del figlio, costituendo

pertanto espressione di una forma gestoria dell'interesse del minore (cfr., tra le varie, Cass. 23 ottobre 2015, n. 21667, ord.; Cass. 14 maggio 2010, n. 11771, entrambe in tema di rilascio del passaporto).

Del resto, non è ammissibile il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost. avverso provvedimenti non decisori sul piano sostanziale neppure se il ricorrente lamenta la lesione di situazioni aventi rilievo processuale (nel caso di specie, mancata audizione della madre, cui comunque il ricorso era stato regolarmente notificato), senza prospettare anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, un pregiudizio per la decisione di merito. La pronuncia sull'osservanza delle regole processuali ha necessariamente la stessa natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato e, pertanto, non può avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo, considerata, appunto, la natura strumentale della problematica processuale (cfr. Cass. 4 novembre 2015, n. 22568, ord.; Cass. 14 maggio 2013, n. 11463, ord.; Cass. 5 febbraio 2008, n. 2756; Cass. 20 ottobre 2004, n. 20498, ord.).

#### SOTTRAZIONE DI MINORI

**Cassazione Civile, Sez. I, 5 dicembre 2017, n. 29118, ord.**

**In tema di illecita sottrazione internazionale di minori, una volta accertata la ricorrenza delle sue condizioni oggettive (allontanamento del minore dalla residenza abituale senza il consenso dell'altro genitore al trasferimento o al mancato rientro, titolarità ed esercizio effettivo del diritto di custodia da parte del denunciante l'avvenuta sottrazione), costituiscono situazioni ostative all'ordine di rientro il fondato rischio, per il minore, di essere esposto a pericoli fisici o psichici o, comunque, di trovarsi in una situazione intollerabile (art. 13, comma 1, lett. b, della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, resa esecutiva in Italia con la L. n. 64/1994), nonché l'opposizione del minore che abbia raggiunto un'età e un grado di maturità tali da tenere conto del suo parere.**

#### Il caso

Il Tribunale per i minorenni rigetta la richiesta della Y - madre di A, nato nel 2005 dal matrimonio con L - di ordinare il ritorno del figlio minore in Giappone, dove egli ha vissuto dal 2009 sino al 2014, allorché, partito per l'Italia con il padre per trascorrervi, come di consueto, il periodo estivo, non era stato più ricompagnato in Giappone. Il Tribunale accerta che il bambino, nato e vissuto in Italia nei primi anni di vita, all'epoca del mancato rientro doveva considerarsi residente in Giappone, dove aveva vissuto prima con la sola madre e poi anche con il padre, fino alla crisi del rapporto coniugale dei genitori, e che aveva sempre conservato forti legami con la città di origine e la famiglia paterna, grazie anche ai lunghi periodi trascorsi in Italia in estate; inoltre, il minore, in sede di audizione, ha manifestato in modo netto il desiderio di rimanere in Italia ed il rifiuto di ritornare in Giappone, paese in cui deve far fronte a gravi difficoltà di inserimento nell'ambiente, anzitutto scolastico, rispetto alle quali non si sente adeguatamente supportato dalla madre. Pertanto, il Tribunale, pur qualificando illegittima la sottrazione del minore da parte del padre, ritiene di non disporre il rimpatrio, per non esporre il minore ad un serio rischio per il suo benessere ed equilibrio psico-fisico. La Y propone ricorso per cassazione, lamentando che il Tribunale ha basato la propria decisione sulla sola opposizione del minore, senza valutare né il suo grado di maturità e/o

discernimento, né l'effettivo rischio per il minore in caso di rientro in Giappone.

#### La soluzione della Corte di cassazione ed i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. rigetta il ricorso. Il collegio chiarisce, in primo luogo, che, in tema di sottrazione internazionale di minori, il Tribunale per i minorenni provvede all'audizione del minore, purché capace di discernimento, traendo dal suo ascolto elementi - da ponderare alla luce dell'intera istruttoria del caso - ai fini della valutazione circa la sussistenza del fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile (secondo quanto prevede l'art. 13, comma 1, lett. b, della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. n. 64/1994), fermo restando che alla opinione espressa dal minore, contraria al rimpatrio, può attribuirsi efficacia di elemento corroborante il convincimento del giudice sulla sussistenza del pregiudizio psichico, quale causa autonoma e sufficiente di deroga al principio generale del rientro immediato; a tal fine, l'accertamento della capacità di discernimento del minore rientra nell'insindacabile giudizio del Tribunale per i minorenni, senza che sussista l'obbligo per il giudice specializzato di disporre specifici mezzi di accertamento di tale capacità, come la consulenza tecnica d'ufficio, considerati anche i ritmi serrati in cui il procedimento è scandito, essendo la materia caratterizzata dall'urgenza di provvedere (cfr. Cass. 18 marzo 2006, n. 6081, in questa *Rivista*, 2006, 585, con nota di Lena, nonché in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, 170; in argomento, cfr. anche Cass. 26 settembre 2016, n. 18846, in questa *Rivista*, 2017, 8, con nota di Tommaseo, nonché in *Guida dir.*, 2016, 42, 54, con nota di M. Finocchiaro). Nel caso di specie, il Tribunale per i minorenni ha accertato il rischio in questione sulla base non delle sole dichiarazioni del minore, bensì anche di quanto riferito concordemente dai servizi sociali e dal consulente tecnico di ufficio; inoltre, non ha dato rilievo alla mera sofferenza morale del minore per il distacco dal padre, avendo invece sottolineato le difficoltà di adattamento incontrate nell'ambiente giapponese, oltre che lo scarso sostegno dal medesimo avvertito da parte della madre e il legame con la famiglia paterna allargata. Il Tribunale ha, quindi, correttamente fatto applicazione della citata Convenzione nella parte in cui prevede eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore, in particolare, come si è visto, l'eccezione contemplata dall'art. 13, comma 1, lett. b), per il caso in cui il rientro esponga il minore a gravi rischi per la sua salute fisica o psichica o comunque al rischio di trovarsi in una situazione intollerabile.

#### DANNO BIOLOGICO

#### RISARCIMENTO DEL DANNO

**Cassazione Civile, Sez. III, 21 novembre 2017, n. 27574, ord.**

**Ai fini della prova della sussistenza ed entità del danno biologico, la provenienza della certificazione medica da una struttura pubblica ovvero la sua asseverazione con giuramento non costituiscono requisiti necessari perché essa possa essere presa in considerazione quale elemento di prova documentale a sostegno dei fatti allegati che richiedano un accertamento e/o una valutazione di tipo tecnico-scientifico sul piano sanitario.**

## Il caso

B e C, in proprio e quali genitori legali rappresentanti del figlio minore S., agiscono in giudizio nei confronti dell'Istituto scolastico Z per ottenere il risarcimento dei danni subiti dal minore in conseguenza di un incidente avvenuto durante l'orario scolastico, in particolare del danno biologico permanente, oltre che di un danno morale e di un danno da invalidità temporanea. Il Tribunale rigetta la domanda, con sentenza confermata dalla Corte d'appello, in mancanza di prova del danno lamentato. I genitori propongono, allora, ricorso per cassazione, lamentando la mancata ammissione della CTU medico legale, ritualmente richiesta dagli stessi, che costituiva, nel caso in esame, l'unico possibile mezzo per accertare i fatti suddetti, determinanti ai fini della decisione, e la mancata considerazione delle relazioni mediche prodotte (nelle quali si dava atto dei postumi permanenti residuati, sia estetici che funzionali, e si indicava la necessità di una operazione di chirurgia plastica per eliminare almeno il danno estetico), sulla base di motivi del tutto incongrui (e cioè la mancanza della asseverazione con giuramento di dette relazioni, redatte da medici "privati", e il fatto che una di esse fosse stata prodotta solo in copia fotostatica, pur in mancanza di contestazioni sulla sua conformità all'originale, ai sensi dell'art. 2719 c.c.).

## La soluzione della Corte di cassazione ed i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. accoglie il ricorso. La Corte precisa che, anche dopo la modifica dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, in caso di richiesta di una consulenza tecnica di ufficio, laddove questa risulti l'unico possibile mezzo di accertamento e/o di valutazione sul piano tecnico dei fatti allegati dalla parte, sussiste il vizio di motivazione indicato nella nuova formulazione della disposizione se il rigetto dell'istanza probatoria si risolve nell'omesso esame di uno specifico fatto storico, decisivo e controverso, ovvero laddove esso sia fondato su motivazione apparente o perplessa, di modo che resti preclusa alla parte la possibilità di assolvere l'onere probatorio su lei gravante (cfr., tra le varie, Cass. 23 marzo 2017, n. 7472; Cass. 22 giugno 2016, n. 12884; per l'orientamento anteriore alla modifica dell'art. 360 c.p.c., cfr. Cass. 1° settembre 2015, n. 17399; Cass. 22 gennaio 2015, n. 1190; Cass. 10 settembre 2013, n. 20695; Cass. 1 marzo 2007, n. 4853).

Nel caso di specie, la consulenza tecnica di ufficio era l'unico mezzo possibile per accertare e valutare il danno permanente che era stato specificamente allegato dagli attori, e da questi documentato con le relazioni mediche prodotte, documentazione che però la Corte di merito non ha neanche preso in esame. Al contrario, tanto la provenienza della certificazione medica da una struttura pubblica quanto la sua asseverazione con giuramento non costituiscono requisiti necessari perché essa possa essere presa in considerazione quale elemento di prova documentale a sostegno dei fatti allegati che richiedano un accertamento e/o una valutazione di tipo tecnico-scientifico sul piano sanitario, potendo al più incidere sull'attendibilità del suo contenuto; inoltre, la produzione del documento in copia fotostatica, in mancanza di specifiche contestazioni ai sensi dell'art. 2719 c.c. (che nella specie non risultano avanzate), ha la stessa valenza probatoria dell'originale. Di conseguenza, i giudici di merito non avrebbero potuto del tutto omettere di prendere in esame i documenti prodotti dagli attori, ma avrebbero al più potuto valutare negativamente la loro efficacia probatoria, all'esito del loro esame. In tale ultimo caso, poi, trattandosi di una situazione in cui l'unico mezzo per accertare e valutare i fatti

allegati era effettivamente la consulenza tecnica di ufficio (peraltro espressamente richiesta), avrebbero dovuto certamente disporla, e non avrebbero potuto rigettare la domanda sulla base della constatazione del difetto di prova del danno permanente, perché in tal modo è stata effettivamente preclusa agli attori la possibilità di assolvere l'onere probatorio su di essi gravante.

## SEPARAZIONE

### REVOCATORIA FALLIMENTARE

Cassazione Civile, Sez. I, 30 novembre 2017, n. 28829, ord.

**L'attribuzione patrimoniale effettuata da un coniuge, poi fallito, a favore dell'altro coniuge o dei figli, in vista della loro separazione, va qualificata come atto a titolo gratuito ove non abbia la funzione di integrare o sostituire quanto dovuto per il mantenimento del coniuge o dei figli, ed è quindi suscettibile di revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 64 l.fall.**

## Il caso

La curatela del fallimento della S.n.c. X, nonché dei soci in proprio, conviene in giudizio R e G, figli di uno dei soci, per sentire dichiarare, ex art. 64 l.fall., l'inefficacia della donazione di un immobile stipulata per atto pubblico dal padre solo 4 mesi prima che la società fosse ammessa al concordato preventivo, cui poi è seguita la dichiarazione di fallimento. I convenuti eccepiscono che la donazione è stata effettuata dal padre in adempimento degli obblighi assunti nella separazione consensuale con la madre, e quindi come adempimento di un dovere morale.

Il Tribunale accoglie la domanda di revocatoria e dichiara l'inefficacia dell'atto di donazione. La sentenza viene confermata in grado di appello, per cui i figli ricorrono per cassazione, richiamandosi al principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 21 febbraio 2006, n. 3747; Cass. 2 febbraio 2005, n. 2088; Cass. 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, I, 415), secondo cui l'adempimento dell'obbligo di mantenimento dei figli può essere adempiuto dai genitori, in sede di separazione o di divorzio, mediante un accordo con cui il genitore si impegna ad attribuire ai figli la proprietà del bene, come tale non suscettibile, quindi, di revocazione.

## La soluzione della Corte di cassazione ed i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. rigetta il ricorso. I giudici di legittimità ribadiscono che, ai fini dell'azione di inefficacia di cui all'art. 64 l.fall., atti a titolo gratuito non sono solo quelli posti in essere per spirito di liberalità, che è requisito necessario della donazione, ma anche gli atti caratterizzati semplicemente da una prestazione in assenza di corrispettivo. Di conseguenza, l'attribuzione patrimoniale effettuata da un coniuge, poi fallito, a favore dell'altro coniuge o dei figli in vista della loro separazione, va qualificata come atto a titolo gratuito ove non abbia la funzione di integrare o sostituire quanto dovuto per il mantenimento suo o dei figli (così anche Cass. 24 giugno 2015, n. 13087, in questa *Rivista*, 2016, 1142, con nota di Scuderi, nonché in *Giur. it.*, 2015, 2390, con nota di Formisani; cfr. anche Cass. 12 marzo 2008, n. 6739, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 201, con nota di Bozzi). È, pertanto, onere della parte che si oppone all'azione

revocatoria dimostrare che l'attribuzione patrimoniale abbia avuto tale funzione sostitutiva o integrativa.

Nel caso di specie, secondo quanto riscontrato dai giudici di merito, l'attribuzione in proprietà dell'abitazione familiare costituiva oggetto di una liberalità non connessa all'esonero, sia pure parziale, dall'obbligo di mantenimento dei figli; la

finalità di soddisfare l'esigenza abitativa della famiglia, infatti, non costituisce adempimento dell'obbligo di mantenimento, risultando invece tutelata in sede fallimentare dall'art. 47 l.fall., che esclude la sottrazione della casa del fallito nei limiti in cui questa è necessaria all'abitazione propria e della propria famiglia.



# Osservatorio di giurisprudenza penale

a cura di Paolo Pittaro

## MALTRATTAMENTI CONTRO FAMILIARI E CONVIVENTI

CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA *MORE UXORIO*

Cassazione Penale, Sez. VI, 20 novembre 2017 (28 settembre 2017), n. 52723 - Pres. Ippolito - Rel. Bassi

**In assenza di vincoli nascenti dal coniugio, il delitto di maltrattamenti in famiglia è configurabile nei confronti di persona non più convivente *more uxorio* con l'agente a condizione che quest'ultimo conservi con la vittima una stabilità di relazione dipendente dai doveri connessi alla filiazione.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Con la sentenza impugnata, la Corte d'appello, in riforma della sentenza emessa dal Giudice dell'udienza preliminare, ride-terminava la pena inflitta a un uomo per il delitto di maltrattamenti in famiglia commesso ai danni della *ex* convivente.

Avverso tale decisione, l'uomo, a mezzo del difensore di fiducia, proponeva ricorso per cassazione, lamentando, tra i motivi di doglianza, violazione di legge e vizio di motivazione in ordine alla ritenuta integrazione del reato di maltrattamenti in assenza dei presupposti della convivenza e del vincolo matrimoniale. Ritenne, infatti, che la Corte territoriale non avesse considerato né che la denuncia delle presunte condotte aggressive era stata presentata quando la convivenza con la donna si era ormai interrotta, né la circostanza che egli non aveva mai contratto matrimonio con la persona offesa, con la quale aveva convissuto *more uxorio*. A suo avviso, quindi, i fatti avrebbero dovuto essere qualificati ai sensi dell'art. 612-*bis* c.p.

La Corte di cassazione dichiarava il ricorso inammissibile, rilevando che nell'atto di appello il ricorrente non aveva eccepito l'insussistenza dei presupposti per l'integrazione del reato con riferimento all'assenza del vincolo matrimoniale e alla commissione dei fatti quando non era più in atto la convivenza.

Ad ogni modo, osserva la Corte, non si può non porre in rilievo come le condotte maltrattanti avvenissero sia durante la convivenza, sia successivamente all'allontanamento della persona offesa dal domicilio domestico con il figlio minore.

I giudici di legittimità evidenziano, quindi, che, ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia, non è necessario che il nucleo familiare sia fondato sul matrimonio, quanto piuttosto che il rapporto instaurato tra le due persone sia stabile e caratterizzato da legami di reciproca assistenza e protezione. Inevitabile corollario, conclude la Corte, è che il delitto *ex art.* 572 c.p. è configurabile in capo all'agente anche quando questi pone in essere le condotte maltrattamenti nei confronti della convivente *more uxorio* dopo la cessazione della convivenza, a condizione che - come nel caso di specie - tra i due *ex* conviventi permanga una relazione stabile derivante dai doveri connessi alla filiazione.

La S.C., pertanto, ritenendo corretta la qualificazione dei fatti in termini di maltrattamenti in famiglia, rigettava il ricorso.

### I collegamenti giurisprudenziali

La sentenza in commento conferma il costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il reato di maltrattamenti in famiglia è ravvisabile non solo nell'ambito dei nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma nell'ambito di qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale (Cass. Pen., Sez. VI, 18 marzo 2014, n. 31121, in *CED*, 261472). In assenza di vincoli nascenti dal matrimonio, quindi, il delitto di maltrattamenti in famiglia è comunque configurabile nei confronti di persona non più convivente *more uxorio* con l'agente qualora quest'ultimo conservi con la vittima una stabilità di relazione dipendente dai doveri connessi alla cura dei figli (Cass. Pen., Sez. VI, 20 aprile 2017, n. 25498, in *CED*, 270673).

### ELEMENTO SOGGETTIVO

Cassazione Penale, Sez. VI, 31 ottobre 2017 (6 ottobre 2017), n. 49997 - Pres. Conti - Rel. Calvanese

**L'elemento soggettivo richiesto dal reato di cui all'art. 572 c.p. è integrato dalla consapevolezza dell'autore del reato di persistere in un'attività delittuosa, già posta in essere in precedenza, idonea a ledere l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, non essendo necessaria la sussistenza di uno specifico programma criminoso.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Con la sentenza impugnata, la Corte d'Appello condannava l'imputato per il reato di cui all'art. 572 c.p. per aver maltrattato la moglie, rendendole la vita impossibile, con ripetute percosse, minacce di morte e condotte di intimidazione psicologica e vessazione, atteggiamenti di umiliazione e svilimento, quali volerle impedire di svolgere attività lavorativa.

Ricorre per cassazione l'imputato, chiedendo l'annullamento della suddetta sentenza per violazione di legge, in quanto il quadro probatorio sarebbe basato soltanto sulle dichiarazioni della persona offesa, prive di riscontri esterni ed estremamente ondivaghe e generiche, quanto all'oggetto delle condotte illecite; difetterebbe inoltre l'abitudine dei comportamenti costituenti l'elemento oggettivo del reato, in quanto in 11 anni di convivenza sarebbero stati indicati dalla persona offesa solo pochissimi episodi, ma soltanto litigi e diverbi tra coniugi slegati tra loro. Secondo il ricorrente, inoltre, difetterebbe l'elemento soggettivo del reato in considerazione dell'assenza della prova di un programma criminoso animato da volontà unitaria di vessare la moglie.

La S.C. ha dichiarato il ricorso inammissibile poiché fondato su motivi manifestamente infondati.

La Cassazione ha infatti riconosciuto come la Corte di appello abbia ben evidenziato per ogni episodio i riscontri esterni, ripercorrendo analiticamente tutte le dichiarazioni della persona offesa ed evidenziando le condotte abituali addebitate al ricorrente. In particolare, il giudice d'appello aveva correttamente individuato che le aggressioni che fino al 2010 riguardavano gli oggetti e non la sua persona, per poi degenerare nell'epoca successiva in minacce anche di morte, in percosse, in reazioni d'ira del ricorrente, in ritorsioni, nella violenza sugli oggetti, in pugni, in tirate di capelli, in occasione di continue discussioni che vedano il ricorrente adirarsi in particolare per gli impegni lavorativi della moglie.

A parere della Corte risulta parimenti sussistente l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 572 c.p., dal momento che, in riferimento ad un reato abituale, il dolo non richiede infatti la sussistenza di uno specifico programma criminoso, verso il quale la serie di condotte criminose, sin dalla loro rappresentazione iniziale, siano finalizzate, essendo invece sufficiente la consapevolezza dell'autore del reato di persistere in un'attività delittuosa, già posta in essere in precedenza, idonea a ledere l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

### I collegamenti giurisprudenziali

La decisione in commento si pone in linea di continuità con un pacifico orientamento giurisprudenziale in materia di elemento soggettivo del reato abituale previsto dall'art. 572 c.p. Nello specifico, la S.C. ha più volte affermato che il coefficiente psicologico doloso non richiede - a differenza che nel reato continuato - la sussistenza di uno specifico programma criminoso, verso il quale la serie di condotte criminose, sin dalla loro rappresentazione iniziale, siano finalizzate, risultando invece sufficiente la consapevolezza dell'autore del reato di persistere in un'attività delittuosa, già posta in essere in precedenza, idonea a ledere l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice (Cass. Pen., Sez. VI, 19 marzo 2014, n. 15146, in *Pluris*).

## LESIONI PERSONALI COLPOSE

### OMESSA CUSTODIA DELL'ANIMALE

Cassazione Penale, Sez. IV, 11 novembre 2017 (17 ottobre 2017), n. 51448 - Pres. Pezzella - Rel. Pavich

**L'obbligo di custodia nasce ogni qualvolta sussista una relazione anche di semplice detenzione tra l'animale e una data persona, in quanto l'art. 672 c.p. collega il dovere di non lasciare libero l'animale o di custodirlo debitamente al possesso, da intendere come una relazione anche solo materiale o di fatto.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Il Tribunale confermava la sentenza emessa dal Giudice di Pace con la quale l'imputato era stato condannato a una multa per aver commesso il delitto di lesioni personali colpose. L'uomo, infatti, aveva omesso di controllare il proprio pastore tedesco, facendo sì che quest'ultimo aggredisse e mordersse la gamba della vittima.

Avverso tale provvedimento l'imputato proponeva ricorso per cassazione, lamentando l'inosservanza e l'erronea applicazione della legge penale, in particolare dell'art. 590 c.p. Il ricorrente deduceva l'insussistenza dell'elemento oggettivo del reato di lesioni personali, in quanto l'uomo non era né proprietario né detentore dell'animale, che era solamente un cucciolo randagio di pastore tedesco.

La S.C. dichiarava il ricorso inammissibile poiché fondato su motivi manifestamente infondati.

Contrariamente a quanto affermato dal ricorrente, invero, in simili casi è necessario verificare non tanto la proprietà dell'animale, quanto piuttosto l'esistenza di una relazione di fatto tra l'imputato e il cane tale da far sorgere in capo allo stesso un obbligo di custodia e vigilanza sull'animale. Ciò deriva dal fatto che l'art. 672 c.p. - norma cui l'art. 590 c.p. implicitamente rinvia - collega il dovere di non lasciare libero un animale o di custodirlo debitamente al suo possesso, da intendersi come semplice detenzione anche materiale o solo di fatto.

### I collegamenti giurisprudenziali

La sentenza in commento si pone in linea di continuità con numerose decisioni della Cassazione riguardanti l'omessa custodia di animali. In particolare risulta pacifico nella giurisprudenza di legittimità che l'obbligo di custodia nasce ogniqualvolta sussista una relazione anche di semplice detenzione tra l'animale e una data persona, in quanto il dovere di non lasciare libero l'animale discende dal possesso dello stesso, da intendersi nella sua accezione più ampia e non essendo quindi necessario un rapporto di proprietà in senso civilistico (Cass. Pen., Sez. IV, 2 luglio 2010, n. 34813, in *Pluris*).

Recentemente, inoltre, la S.C. ha ribadito come la posizione di garanzia del soggetto prescinde dalla nozione di appartenenza ed è dunque irrilevante il dato formale relativo alla registrazione all'anagrafe canina o all'apposizione di un *microchip* identificativo (Cass. Pen., Sez. IV, 17 gennaio 2017, n. 17145 in *Pluris*).

## VIOLAZIONE DI DOMICILIO

### EQUIVALENZA TRA PRIVATA DIMORA E PROPRIETÀ PRIVATA

Cassazione Penale, Sez. V, 24 novembre 2017 (21 novembre 2017), n. 53438 - Pres. Lapalorcia - Rel. Morosini

**Per qualificare un luogo come privata dimora, nell'accezione richiesta dall'art. 614 c.p., è necessario verificare se sussiste l'utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata, un apprezzabile durata del rapporto tra il luogo e la persona, oltre che la non accessibilità del luogo da parte dei terzi senza consenso del titolare.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Con la sentenza impugnata, il Tribunale del riesame aveva confermato l'ordinanza cautelare con cui il GIP aveva applicato la misura cautelare degli arresti domiciliari nei confronti dell'imputato per il reato di violazione di domicilio aggravata da violenza privata ex art. 614, comma 4, c.p.

Avverso la decisione Tribunale del riesame propone ricorso la difesa dell'imputato deducendo, tra i motivi di doglianza, la violazione di legge e il vizio di motivazione in relazione alla mancanza di gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato. Ritiene la difesa che l'imputato non si sarebbe introdotto all'interno di una privata dimora, ma in un luogo di pertinenza condominiale, aperto quindi all'utenza pubblica e sarebbe inoltre stato totalmente inconsapevole di compiere una violazione il domicilio.

Viene ancora sottolineato dalla difesa come la querela sia ad ogni modo invalida in quanto presentata da un privato e non dal condominio proprietario dell'area.

La S.C. ha annullato il provvedimento impugnato e ha rinviato la trattazione della causa al Tribunale.

La Cassazione ha precisato, con esplicito riferimento ad una pronuncia delle Sezioni Unite n. 31345 del 2017, come il concetto di proprietà e di privato domicilio, in relazione al reato di cui all'art. 641 c.p., siano due concetti totalmente avulsi tra di loro e pertanto non sovrapponibili.

La V sezione ha indicato come, seppure tale decisione sia intervenuta direttamente solo sull'art. 624 *bis* c.p., abbia colateralmente influito anche su tutte le norme connesse a tale nozione, tra cui anche l'art. 614 c.p.

Nella valutazione degli elementi costitutivi dell'art. 614 c.p., secondo la S.C., il Tribunale ha errato poiché avrebbe dovuto necessariamente riferirsi ai requisiti richiesti dell'utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata, della durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità e della non accessibilità del luogo, da parte dei terzi senza consenso del titolare.

Mancando totalmente nel provvedimento impugnato qualsivoglia apprezzamento in relazione ai punti sopra elencati, è legittimo ritenere, a dire del S.C., la sussistenza del vizio di motivazione rilevato dal ricorrente.

Circa poi la doglianza della difesa, inerente il difetto di legittimazione attiva nella proposizione della querela, la Cassazione sottolinea la sua irrilevanza in quanto il delitto di cui all'art. 614 c.p. risulti procedibile d'ufficio nei casi, come quello oggetto della pronuncia, in cui la violazione di domicilio sia aggravata dalla violenza privata ex art. 614, comma 4, c.p.

## I collegamenti giurisprudenziali

La sentenza in commento si pone in linea di continuità con quanto affermato in numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità.

In plurime occasioni, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 614 c.p. e non solo, è stata sottolineata la necessità di intendere nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si pongono in essere, non occasionalmente, atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare (Cass. Pen., Sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 18089, in *Pluris*).

## ACCESSO ABUSIVO A SISTEMA INFORMATICO

ACCESSO EFFETTUATO DA SOGGETTO ABILITATO

Cassazione Penale, Sez. V, 17 novembre 2017 (6 giugno 2017), n. 52572 - Pres. Fumo - Rel. Guardiano

**Integra il reato previsto dall'art. 615-ter c.p. la condotta di colui che, pur essendo a conoscenza della password di accesso ad una casella di posta elettronica altrui, acceda al servizio telematico violando le condizioni ed i limiti fissati dal titolare, rimanendo invece irrilevanti, ai fini della sussistenza del reato, le finalità che abbiano motivato l'ingresso nel sistema.**

## Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Con la sentenza impugnata la Corte d'Appello di Catania, in parziale riforma della sentenza di primo grado, condannava una

donna per i reati di cui agli artt. 615-ter (accesso abusivo a sistema informatico) e 594 (ingiuria) c.p., disponendo la sospensione condizionale della pena.

Segnatamente, all'imputata veniva contestato di aver accesso per due volte alla casella di posta elettronica dell'ex coniuge, provvedendo a cambiare la *password* del sistema con l'impostazione di una nuova domanda di recupero e con l'inserimento di una frase ingiuriosa.

Avverso la condanna proponeva ricorso l'imputata, deducendo l'intervenuta abrogazione del reato di cui all'art. 594 c.p., il difetto della querela per il reato di accesso abusivo a sistema informatico e, comunque, il decorso del termine di prescrizione in ordine a tale illecito. Sempre con riferimento al reato di cui all'art. 615-ter, c.p., inoltre, l'imputata deduceva l'insussistenza del delitto, in quanto le credenziali di accesso al servizio telematico le erano state fornite dallo stesso ex coniuge; secondo la prospettazione difensiva, pertanto, non sarebbe stato compiuto alcun accesso abusivo alla casella di posta elettronica.

La S.C. ha parzialmente accolto il ricorso.

In primo luogo, la Corte ha rilevato l'intervenuta abrogazione, da parte dell'art. 1 del D.Lgs. n. 7 del 2016, dell'art. 594, c.p., depenalizzato in semplice illecito civile; di talché, oltre agli effetti penali, cessano anche quelli civili derivanti da un fatto divenuto penalmente irrilevante (fermo restando il diritto della parte civile di agire *ex novo* nella sede naturale, per il risarcimento del danno e l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria civile).

Inoltre, la sentenza ha ritenuto fondato il secondo rilievo della difesa, relativo all'intervenuta prescrizione del delitto di accesso abusivo al sistema informatico, essendo decorso il termine massimo previsto dalla legge.

L'estinzione per prescrizione del reato, tuttavia, non esclude la necessità di affrontare le doglianze difensive ai fini della conferma delle statuizioni civili. Al riguardo, la Corte ha rilevato che integra il reato di cui all'art. 615-ter c.p. la condotta di colui che accede abusivamente all'altrui casella di posta elettronica, trattandosi di uno spazio di memoria, protetto da una *password* personalizzata, di un sistema informatico destinato alla memorizzazione di messaggi o di informazioni di altra natura, nell'esclusiva disponibilità del suo titolare, identificato da un *account* registrato presso il *provider* del servizio.

Nel caso di specie, il collegio ha affermato che la conoscenza da parte dell'imputata della *password* di accesso precedentemente imposta dalla persona offesa non valesse ad escludere il carattere abusivo dell'accesso e, dunque, la sussistenza del reato in questione.

## I collegamenti giurisprudenziali

La decisione della S.C. si inserisce all'interno di un orientamento giurisprudenziale consolidato, secondo il quale configura la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto che, pure essendo abilitato a compiere detta operazione, violi le condizioni e i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso (Cass. Pen., SS. UU., 27 ottobre 2011, n. 4694, in *Pluris*). Recentemente, il medesimo concetto è stato ribadito dalle stesse Sezioni Unite con riferimento al fatto commesso da un pubblico ufficiale abilitato all'accesso di un sistema informatico pubblico; sul punto, si veda Cass. Pen., SS.UU., 18 maggio 2017, n. 41210, in *Pluris*).

**PERMESSO DI NECESSITÀ**

PARTICOLARE GRAVITÀ DELL'EVENTO FAMILIARE

**Cassazione Penale, Sez. I, 20 ottobre 2017 (26 maggio 2017), n. 48424 - Pres. Di Tomasi - Rel. Sandrini****La nascita di un figlio rappresenta un evento emozionale di natura eccezionale e insostituibile, tale da concretizzare la particolare gravità dell'evento familiare postulata dall'art. 30, comma 2, ord. penit.****Il caso e la soluzione della Corte di cassazione**

Il Tribunale di Sorveglianza rigettava, con ordinanza, il reclamo proposto da un detenuto, condannato alla pena dell'ergastolo per reati, tra l'altro, ostativi dei benefici penitenziari ex art. 4 bis ord. penit., avverso il provvedimento di diniego di permesso di necessità di cui all'art. 30 ord. penit., emesso dal magistrato di sorveglianza a fronte della richiesta del reclamante di poter partecipare alla nascita del figlio.

Il Tribunale, infatti - pur rilevando che il permesso richiesto dal detenuto non aveva natura di trattamento penitenziario, bensì di rimedio eccezionale destinato a fronteggiare eventi familiari di particolare gravità e che, in quanto tale, poteva trovare applicazione anche nell'ambito del regime detentivo cui è sottoposto il reclamante - riteneva che la nascita di un figlio non costituisce un evento irripetibile della vita familiare, idoneo a integrare la particolare gravità postulata dall'art. 30 ord. penit., in quanto il detenuto avrebbe potuto incontrare, in un momento successivo, sia il figlio neonato che la moglie in sede di colloqui presso l'istituto penitenziario.

Avverso l'ordinanza del Tribunale il detenuto proponeva ricorso per cassazione, lamentando la violazione dei presupposti previsti dalla legge per la concessione del permesso di necessità e rilevando, in particolare, che la concessione del permesso non deve essere subordinata al verificarsi di un evento negativo o irripetibile, quanto piuttosto all'importanza e al significato che esso riveste nella vita della persona.

La Corte di Cassazione dichiarava il ricorso fondato.

I giudici di legittimità evidenziano, infatti, che il requisito della particolare gravità dell'evento familiare, postulato dall'art. 30, comma 2, ord. penit. per la concessione del permesso di necessità, deve essere verificato con riguardo alla capacità dell'evento stesso di incidere in modo significativo nella vicenda umana del detenuto, senza che debba trattarsi necessariamente di un evento luttuoso o drammatico.

Nel caso di specie, la Corte ritiene che l'affermazione del Tribunale di sorveglianza secondo cui la nascita di un figlio non costituisce, per il genitore, un evento irripetibile non sia condivisibile proprio sotto il profilo della sua concreta incidenza sull'esperienza umana del genitore, per il quale la nascita di un figlio, osserva invece la Corte, rappresenta un evento emozionale di natura eccezionale e insostituibile, tale da realizzare un *unicum* indelebile nella sua esperienza di vita. L'intensità emotiva che normalmente caratterizza la partecipazione del padre alla nascita di un figlio, anche in termini di preoccupazione per la salute tanto della madre quanto del bambino, osserva poi la Corte, presenta quel carattere di eccezionalità e di inusualità che concretizza la particolare gravità dell'evento familiare di cui all'art. 30, comma 2, ord. penit.

I giudici di legittimità concludono, quindi, osservando che la partecipazione personale e diretta alla nascita del figlio da

parte del genitore detenuto non è un'esperienza surrogabile dalla possibilità per il detenuto di ricevere la visita in carcere del neonato e della madre in un momento successivo.

Per queste ragioni, la S.C. annullava l'ordinanza impugnata e rinviava per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza.

**I collegamenti giurisprudenziali**

La sentenza in commento conferma l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale i requisiti della particolare gravità dell'evento giustificativo e della sua correlazione con la vita familiare devono essere verificati con riguardo alla capacità dell'evento stesso - da intendersi nella sua accezione di fatto storico specifico e ben individuato - di incidere in modo significativo nella vicenda umana del detenuto, senza che debba trattarsi necessariamente di un evento luttuoso o drammatico. Ai fini della concessione del permesso di necessità, quindi, ad assumere importanza decisiva è che l'evento familiare abbia natura inusuale e del tutto al di fuori della quotidianità, sia per il suo intrinseco rilievo fattuale, sia per la sua incidenza nella vita del detenuto e nell'esperienza umana della detenzione carceraria (Cass. Pen., Sez. I, 27 novembre 2015, n. 15953, in *CED*, 267210). Osserva, poi, la Corte che, ai fini dell'umanizzazione della pena e della sua funzione rieducativa ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., il contatto coi familiari e il ruolo della famiglia hanno un'incidenza decisiva nell'interpretazione dei requisiti della gravità dell'evento giustificativo e della sua correlazione con la vita familiare che legittimano la concessione del permesso di necessità (Cass. Pen., Sez. I, 27 novembre 2015, n. 15953, in *Pluris*).

**FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA**

MATRIMONIO SIMULATO

**Cassazione Penale, Sez. I, 16 novembre 2017 (11 luglio 2017), n. 52460 - Pres. Mazzei - Rel. Mazzei****Costituisce reato prestare il proprio consenso alla celebrazione di un matrimonio fittizio finalizzato esclusivamente a consentire ad un cittadino straniero l'illegale presenza in Italia per ottenere in cambio un ingiusto profitto.****Il caso e la soluzione della Corte di cassazione**

Con la sentenza impugnata la Corte d'Appello confermava la sentenza del Tribunale con la quale l'imputato era stato condannato per concorso nel favoreggiamento della presenza illegale in Italia di una cittadina albanese rendendosi disponibile ad unirsi in fittizio matrimonio con lei e a prendere in locazione, a proprio nome, un'abitazione dove far risiedere la stessa e altre due donne di nazionalità rumena, in cambio della disponibilità gratuita di una casa e di un'autovettura, procurati allo stesso imputato dai protettori stranieri delle predette donne, delle quali favorivano e sfruttavano la prostituzione. Avverso la predetta sentenza l'imputato propone ricorso per Cassazione deducendo la nullità della sentenza per vizio di motivazione, lamentando il mancato proscioglimento ex art. 131-bis c.p. e censurando altresì l'eccessiva entità della pena inflitta.

Il Supremo Collegio osserva che il vizio di motivazione è oggetto di censura generica, in quanto il ricorrente ha omesso di confrontarsi con la motivazione corretta, completa e

coerente resa dai giudici di merito in punto di responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli. Anche il denunciato vizio di motivazione con riguardo all'esclusione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto risulta manifestamente infondato poiché la Corte territoriale ha rappresentato, con argomentazioni del tutto adeguate e coerenti, la gravità della condotta dell'imputato, unitosi fittiziamente alla cittadina albanese pur di ottenere i vantaggi costituiti dalla disponibilità gratuita di un'abitazione per un anno e di un'autovettura in via permanente, a lui procurati dagli sfruttatori della prostituzione delle cittadine straniere. Inoltre, avendo l'imputato riportato precedenti condanne penali definitive, la sua devianza non poteva ritenersi occasionale. La Corte aggiunge, infine, che l'allegato positivo comportamento familiare e sociale dell'imputato, susseguente al reato, avrebbe assunto rilevanza nel corso dell'esecuzione della pena, la quale, secondo i giudici di legittimità, sarebbe stata applicata in misura molto lontana dal massimo edittale e da ritenersi quindi congrua alla luce della gravità del fatto e dei suddetti precedenti penali.

Il Collegio, pertanto, dichiara il ricorso inammissibile e condanna l'imputato, ai sensi dell'art. 616, comma 1, c.p.p., al pagamento delle spese processuali e al versamento di una sanzione pecuniaria a favore della cassa delle ammende, mancando gli elementi atti ad escludere la colpa nella determinazione della causa di inammissibilità.

### **I collegamenti giurisprudenziali**

Con la pronuncia in esame, la S.C. si pone in linea di continuità rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la celebrazione di un matrimonio simulato, al solo scopo di consentire ad un cittadino extracomunitario di permanere nel territorio italiano, costituisce atto di favoreggiamento, soprattutto quando è provato anche lo scopo dell'ingiusto profitto. La fattispecie di cui all'art. 12, D.Lgs. n. 286/1998, infatti, è a forma libera e punisce qualunque condotta idonea ad ottenere il risultato della permanenza illegale dello straniero, accompagnata dal fine dell'ingiusto profitto (Cass. Pen., Sez. I, 14 ottobre 2015, n. 41303, in *Pluris*).

L. 31 luglio 2017, n. 119

# La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità

di Martina Montanari e Luca Ventaloro

Con le modifiche introdotte dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, di conversione del decreto legge, c.d. "decreto Lorenzin", 7 giugno 2017, n. 73, l'obbligo vaccinale imposto ai minori di età compresa tra 0 e 16 anni riguarda: anti poliomielitica, anti difterica, anti tetanica, anti epatite B, anti pertosse, anti *Haemophilus influenzae* tipo b (obbligatorie in via permanente), cui si aggiungono anti morbillo, anti rosolia, anti parotite, anti varicella (obbligatorie sino a diversa e successiva valutazione ministeriale). Le vaccinazioni, "ad offerta attiva e gratuita", vengono somministrate in base al calendario vaccinale per coorte di nascita, ad eccezione dei casi di omissione, differimento o immunizzazione naturale, ossia per malattia già contratta. Se il rispetto dell'obbligo costituisce requisito d'accesso a nidi e materne (quindi nella fascia d'età da zero a sei anni), la mancata vaccinazione non preclude invece l'iscrizione alle scuole dell'obbligo. Per le famiglie inadempienti si prevedono però multe da 100 a 500 euro (e modulate in base alla gravità dell'infrazione), mentre è stato soppresso l'obbligo delle ASL di segnalare (come previsto nel testo originario del decreto) le famiglie inottemperanti alle Procure presso i Tribunali per i minori.

## 1. Il contesto normativo antecedente

Il c.d. "decreto legge Lorenzin", 7 giugno 2017, n. 73, convertito in L. 31 luglio 2017, n. 119 giunge in aperta controtendenza rispetto all'orientamento che la Comunità Europea, nonché l'Italia e le singole Regioni avevano manifestato fino al 2016.

Infatti, il Piano Nazionale della Prevenzione Vaccinale 2012/2014 (1), nel porsi quale obiettivo fondamentale l'armonizzazione delle strategie vaccinali in atto nel nostro Paese, nonché il raggiungimento di standard adeguati di sicurezza e qualità nel processo vaccinale, contemplava un capitolo specifico relativo alla questione dell'obbligatorietà dei vaccini per i nuovi nati, confermando così la volontà del

Ministero della Salute di predisporre le basi per un percorso di superamento dell'obbligo vaccinale.

Inoltre, la Riforma del Titolo V della Costituzione, realizzata con la L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha introdotto, come noto, una *deregulation* delle competenze e delle responsabilità in materia sanitaria in modo che lo Stato resti competente in via esclusiva nello stabilire le "prestazioni sanitarie essenziali" da garantire a tutti i cittadini, conferendo alle Regioni la responsabilità dell'organizzazione e gestione del sistema sanitario (2).

Ne è conseguito che ciascuna Regione, ed a volte anche ciascuna Azienda Sanitaria Locale all'interno della medesima Regione, abbia assunto una differente politica vaccinale.

(1) Già nel Piano Nazionale Vaccini degli anni 2005-2007 il Ministero della Salute rilevava come, "in presenza di una società certamente più istruita e consapevole", non fosse più necessario, come invece lo era in passato, imporre un obbligo vaccinale. Sul punto si rinvia a V. Molaschi, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del Piano Piemontese di Promozione delle Vaccinazioni 2006*, in *Sanità pubbl. priv.*, 2006, 25.

(2) Per un maggiore approfondimento della riforma costituzionale e del conseguente riparto di competenze Stato/Regioni, si rinvia, *ex pluribus*, a G. Cifone, *Diritto Sanitario: profili costituzionali, legislativi e amministrativi; ripartizione delle competenze istituzionali; organizzazione, prestazioni e funzionamento del servizio pubblico; ruolo dei soggetti sanitari privati; disciplina delle professioni e del sistema delle responsabilità*, III ed., Santarcangelo di Romagna, 2013, 64.

Alcune, in particolare, allineandosi alla maggior parte dei Paesi Europei (3), hanno fatto delle vaccinazioni una scelta libera ed informata da parte dei genitori di figli minorenni. La Lombardia (con delibera 22 dicembre 2005, n. 1587), la Toscana (con delibera 22 maggio 2006, n. 369), il Piemonte (con delibera 10 aprile 2006, n. 63/2598), la Sardegna (con delibera 16 dicembre 2008, n. 71/12), l'Emilia Romagna (con delibera 11 novembre 2013, n. 1600), pur mantenendo l'obbligo vaccinale, hanno di fatto abolito la distinzione tra vaccini obbligatori e facoltativi consentendo alle famiglie di esercitare il c.d. "dissenso informato". Il Veneto, addirittura, è andato oltre: con L. R. 23 marzo 2007, n. 7 ha sospeso l'obbligo vaccinale per tutti i bimbi nati dal 1° gennaio 2008, esprimendo così il principio secondo cui la vaccinazione deve intendersi come una scelta consapevole e non un'imposizione (4).

Di conseguenza, i genitori che avevano deciso di non sottoporre i nuovi nati alle vaccinazioni "per legge" (antidifterite, antitetano, antipolio, antiepatite B), non incorrevano più in sanzioni o provvedimenti del Tribunale per i Minorenni.

Il PNPV 2012/2014, prendendo atto delle scelte operate dalle varie realtà regionali, aveva perciò intrapreso il "percorso verso il superamento dell'obbligo vaccinale" (5).

Si attendeva, e ci si aspettava, dunque, la legge sull'obiezione di coscienza in materia di vaccinazioni obbligatorie, in linea con il maggioritario indirizzo espresso dalla giurisprudenza di merito nelle ipotesi di rifiuto dei genitori di sottoporre i figli minori alle pratiche vaccinali obbligatorie, ed in linea con i Paesi

europei di maggior riferimento sanitario (Germania, Austria, Inghilterra).

Frequentemente la "disobbedienza" alle vaccinazioni obbligatorie praticata dai soggetti "obiettori" attraverso un iter articolato e scrupoloso, connotato da un atteggiamento attivo e collaborativo con le Istituzioni sanitarie (c.d. "Obiezione Attiva"), veniva segnalata dalle ASL locali alle competenti Procure della Repubblica presso i Tribunali per i Minorenni per l'adozione di provvedimenti sulla responsabilità genitoriale (già potestà genitoriale).

In più di vent'anni si sono registrati innumerevoli pronunce in cui i Giudici minorili hanno dichiarato il "non luogo a provvedere" (nella forma del rigetto del ricorso ex artt. 330 - 333 c.c. promosso dal P.M. minorile), e chiarendo sostanzialmente che il rifiuto alle vaccinazioni non poteva essere "sanzionato" qualora frutto di una scelta informata, ponderata e consapevole dei genitori.

La limitazione della responsabilità genitoriale poteva essere disposta soltanto laddove l'inottemperanza al suddetto obbligo si fosse accompagnata ad altri comportamenti negligenti, pregiudizievoli per il minore o comunque rivelatori di inidoneità genitoriale (6). I TM non si sono dunque mai intromessi nelle scelte genitoriali a condizione che la mancata sottoposizione del figlio alle vaccinazioni non costituisse incuria nei confronti dello stesso, ma anzi fosse dettata dal timore che dalle inoculazioni imposte dalla legge potesse derivare un danno al minore (7).

Anche la giurisprudenza di legittimità ha specificato che la mancata osservanza dell'obbligo vaccinale potesse giustificarsi nei casi in cui da "fatti concreti"

(3) Dallo studio "Eurosurveillance" ([www.eurosurveillance.org](http://www.eurosurveillance.org)), commissionato e finanziato dall'European centre for disease prevention and control (Ecdc), emerge che 15 dei 29 Paesi interessati - Austria, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Irlanda, Islanda, Lituania, Lussemburgo, Norvegia, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito - non hanno alcuna vaccinazione obbligatoria, e che gli altri 14 ne prevedono almeno una all'interno del proprio programma vaccinale nazionale. Dall'analisi dei dati si può notare come la vaccinazione contro la polio sia obbligatoria per tutti i bambini in 12 Nazioni europee. In Belgio e Olanda, ad esempio, è l'unico vaccino per cui è previsto un obbligo. Quella contro la difterite e il tetano è, invece, obbligatoria in 11 Paesi, mentre la vaccinazione contro l'epatite B in 10 Nazioni, soprattutto dell'est Europa. Riguardo la varicella, malattia inserita dall'Italia tra le 12 per le quali è previsto l'obbligo di vaccinazione, stando ai dati dello studio del 2012 solo in un Paese, la Lituania, esiste un obbligo. Per otto dei 15 vaccini considerati dallo studio, inoltre, alcuni Paesi europei hanno adottato una strategia mista, tra vaccinazioni raccomandate e obbligatorie. Di solito questo tipo di strategia comporta che la vaccinazione sia raccomandata per tutta la popolazione, ma di fatto obbligatoria solo per alcuni gruppi particolarmente a rischio. In Gran Bretagna, poi, dal 1898 è stata adottata una politica sanitaria basata sul principio di volontarietà.

(4) M. Montanari, *Il danno da vaccinazioni*, in M. Sesta (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, 593.

(5) PNPV 2012/2014: "Solo se i tempi saranno maturi per tutte le Regioni, si potrà prendere in considerazione la possibilità di concertare un percorso operativo, affiancato da un iter amministrativo, che porti progressivamente tutte le Regioni in maniera sincrona, verso il superamento dell'obbligo vaccinale", in C. Amato, *L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio*, in questa Rivista, 2014, 379.

(6) Tribunale per i Minorenni di Bologna 25 gennaio 1994, in M. Montanari, *op. cit.*, 590.

(7) Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1670. Si indicano, per completezza, le principali pronunce giurisprudenziali dell'Autorità Minorile, tutte in M. Montanari, *op. cit.*, 590, 591: Tribunale per i Minorenni di Firenze 28 febbraio 1995, decr.; Tribunale per i Minorenni di Venezia 30 marzo 2001, decr.; Corte d'Appello di Venezia, Sez. Minori, 10 maggio 2002 decr.; Tribunale per i Minorenni di Ancona 11 novembre 2002, decr.; Corte d'Appello di Ancona 27 novembre 1998, 20 novembre 2000, 9 agosto 2002, 9 novembre 2002, 15 novembre 2002, 17 aprile 2003, decr.; Tribunale per i Minorenni di Milano 8 maggio 2002, decr.; Tribunale per i Minorenni di Lecce 23 maggio 2002, decr.; più recente Tribunale per i Minorenni di Bologna 23 gennaio 2014, decr., con commento di C. Amato, *cit.*

fosse desumibile un pericolo reale per il minore, il cui bene-salute è affidato alla tutela dei genitori (8).

Il sistema appariva dunque improntato alla responsabilizzazione dei genitori verso una scelta libera, informata e consapevole, “raccomandata” dalle istituzioni, ma svincolata dall’obbligatorietà e dalla coercizione.

## 2. Il revirement regionale

Nemmeno il Piano nazionale di prevenzione vaccinale (PNPV) 2016/2018 lasciava presagire un intervento normativo così cogente e perentorio. Tra gli obiettivi del piano, infatti, vi era quello di “aumentare l’adesione consapevole alle vaccinazioni nella popolazione generale anche attraverso la conduzione di campagne di vaccinazione per il consolidamento della copertura vaccinale” (9).

E così pure il PNPV 2017-2019, del 18 febbraio 2017, approvato dal Ministero della Salute circa tre mesi prima del D.L. n. 73/2017, inserisce al secondo posto tra gli obiettivi da perseguire la necessità che “gli individui comprendano il valore dei servizi di immunizzazione e dei vaccini e richiedano attivamente le vaccinazioni”, precisando che “l’approccio da adottare non doveva più essere quello coattivo, tipico degli interventi tradizionali di prevenzione, bensì proattivo, di promozione e adesione consapevole da parte del cittadino” (v. *ibidem*, 30), ancora affermando che il Piano “nel fissare pochi ma precisi obiettivi (...) adotta una visione moderna, centrata sui seguenti modelli: affermare il ruolo cruciale della promozione alla salute”.

Tuttavia, le strategie concordate a livello europeo e internazionale, nonché l’esigenza di raggiungere e mantenere la soglia di copertura vaccinale del 95%, come raccomandato dall’OMS per garantire la c.d.

“immunità di gregge”, hanno determinato una inversione di tendenza proprio a partire dalle Regioni (10).

Con l’art. 6 della L.R. 25 novembre 2016, n. 19, la Regione Emilia-Romagna ha disposto che, per poter frequentare gli asili nido, i bambini debbano essere sottoposti alle vaccinazioni obbligatorie. Nel ridisegnare i servizi educativi 0-3 anni, la norma ha introdotto come requisito d’accesso a quegli stessi servizi, pubblici e privati, “l’aver assolto gli obblighi vaccinali prescritti dalla normativa vigente” e quindi aver somministrato ai minori le vaccinazioni obbligatorie (in quel momento erano 4: anti-difterite, anti-tetano, anti-poliomielite, anti-epatite B).

La legge regionale ha stabilito dunque che, a partire dall’anno educativo 2017-2018, per poter accedere a tutti i servizi educativi e ricreativi, pubblici e privati, al momento della domanda di ammissione il genitore doveva impegnarsi dunque a sottoporre il bambino alle vaccinazioni previste e la frequenza era possibile solo in presenza dell’idoneità vaccinale certificata dall’Azienda Usl di competenza.

Analoga posizione ha assunto, poco dopo, anche la Regione Toscana con la proposta di L. 26 gennaio 2017, n. 164 (11).

Successivamente, quando già era stato adottato il D.L. 7 giugno 2017, n. 73, è intervenuta anche la L. R. delle Marche 9 agosto 2017, n. 28 (12).

Si preparava, insomma, il terreno ad un drastico cambio di rotta, nel tentativo di bilanciamento tra quanto previsto dall’art. 32 Cost. (13) e l’art. 5 della Convenzione di Oviedo, cui l’Italia ha aderito (14).

## 3. La decretazione d’urgenza

L’iter che ha portato alla L. n. 119/2017 inizia con il D.L. 7 giugno 2017, n. 73, peraltro maturato in pochi

(8) Cass. 24 marzo 2004, n. 5877, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 3; Cass. 8 luglio 2005, n. 14384, in *D&G*, 2005, 37.

(9) PNPV 2016/2018, in [www.quotidianosanità.it](http://www.quotidianosanità.it).

(10) Circolare recante prime indicazioni operative per l’attuazione del D.L. 7 giugno 2017, n. 73, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 117, recante “*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controverse relative alla somministrazione di farmaci*”, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 3.

(11) In [www.consiglio.regione.toscana.it](http://www.consiglio.regione.toscana.it).

(12) In [www.consiglio.marche.it](http://www.consiglio.marche.it).

(13) “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in alcun caso violare i limiti imposti dal rispetto per la persona umana”.

(14) “Nessun intervento sanitario può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato”. Trattasi di Convenzione sui diritti umani e la

biomedicina. Costituisce il primo trattato internazionale riguardante la bioetica, e rappresenta un pietra miliare per lo sviluppo di regolamenti internazionali volti a orientare eticamente le politiche della ricerca di base e applicativa in ambito biomedico, e a proteggere i diritti dell’uomo dalle potenziali minacce sollevate dagli avanzamenti biotecnologici. Promossa dal Consiglio d’Europa attraverso un comitato *ad hoc* di esperti di bioetica, e firmata a Oviedo il 4 aprile 1997 nell’ambito di una solenne cornice diplomatica, la Convenzione è stata integrata da tre protocolli aggiuntivi: (a) un protocollo sul divieto di clonazione di esseri umani, sottoscritto a Parigi il 12 gennaio 1998; (b) un protocollo relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana, sottoscritto a Strasburgo il 4 dicembre 2001; (c) un protocollo addizionale riguardante la ricerca biomedica firmato il 25 gennaio 2005 a Strasburgo. La Convenzione non è stata adottata da tutti i paesi dell’Unione Europea: Gran Bretagna, Germania, Belgio, Austria e altre nazioni non l’hanno sottoscritta, mentre altri paesi - tra cui Francia, Svezia e Svizzera - l’hanno sottoscritta ma non ancora recepita. L’Italia ha recepito la Convenzione attraverso la L. 8 marzo 2001, n. 145.



giorni e non sostanziato da alcuna elaborazione tecnica in sede ministeriale.

Come è noto, trattasi di un provvedimento provvisorio, avente forza di legge, che il Governo adotta in casi straordinari di necessità ed urgenza, da presentare in Parlamento il giorno stesso per la successiva conversione in legge, la quale deve avvenire nel termine di 60 giorni, pena la perdita di efficacia sin dall'inizio del decreto legge (15).

Si apprende da fonti ufficiali che il decreto legge sia stato presentato alla Camera con un giorno di ritardo, ossia l'8 giugno 2017, in violazione dell'art. 77 Cost. (16), risultando quindi già viziato all'origine. In ordine alle motivazioni che hanno portato il Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro della Salute, dell'Istruzione, della Giustizia, il Ministro per gli affari regionali con delega in materia di politiche per la famiglia ed il Ministro dell'Economia e della Finanza, alla decretazione emergenziale, si sono rappresentate esigenze di profilassi imposte dalla minore copertura vaccinale in Italia per cui si è reso necessario ed urgente adottare misure idonee ad estendere e rendere effettivi gli obblighi vaccinali vigenti. È dunque il perseguimento della c.d. "immunità di gregge" - concetto in realtà complesso e variegato, su cui non esiste l'unanimità di pensiero nel mondo scientifico - la *ratio* dell'imposizione del trattamento obbligatorio.

Dal punto di vista della urgenza di cui all'art. 77 Cost., il Ministero, per voce del Ministro e di alcuni alti funzionari dell'Istituto Superiore di Sanità, sia in sede istituzionale che in molteplici sedi mediatiche, faceva riferimento alla sussistenza di "epidemie" e di "emergenza sanitaria", pur tuttavia non dando corso alle relative procedure istituzionali volte alla declaratoria degli *status*

pericolosi di cui sopra, necessari per ogni intervento.

Nella presentazione alla stampa del D.L. n. 73/2017, in effetti anche il Presidente del Consiglio dei Ministri Paolo Gentiloni ammetteva che "non c'è nessuna urgenza" (17).

Il che, se appariva rassicurante sotto il profilo della sicurezza sociale, esponeva invece a censura il provvedimento dal punto di vista dei requisiti costituzionali di necessità ed urgenza sanciti dall'art. 77 Cost. In data 20 luglio 2017 il disegno di legge è stato approvato in Senato, mentre il 28 luglio 2017, con l'approvazione alla Camera, pur a seguito di ben 985 emendamenti, è stato convertito divenendo legge (18). Sulla G.U. 5 agosto 2017, n. 182 è stata pubblicata la L. 31 luglio 2017, n. 119 di "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale", in vigore dal 6 agosto 2017. Rispetto all'originaria formulazione del decreto legge, il testo normativo accolto dal Parlamento è caratterizzato da importanti differenze (riduzione delle vaccinazioni obbligatorie da dodici a dieci; abbassamento delle soglie edittali delle sanzioni amministrative applicate in caso di mancata sottoposizione alle vaccinazioni; abolizione della segnalazione delle famiglie inottemperanti ai Tribunali minorili).

#### 4. Le vaccinazioni obbligatorie

Ai sensi dell'art. 1 della L. n. 119/2017, per i minori di età compresa tra zero e sedici anni e per tutti i minori stranieri non accompagnati sono obbligatorie e gratuite, in base alle specifiche indicazioni contenute nel Calendario Vaccinale nazionale vigente nel proprio anno di nascita, le seguenti vaccinazioni (19):

(15) Art. 77 Cost.

(16) In [www.parlamento17.openpolis.it](http://www.parlamento17.openpolis.it).

(17) *Ex multis* [www.ansa.it](http://www.ansa.it).

(18) [www.senato.it](http://www.senato.it).

(19) La scoperta della vaccinazione come tecnica sanitaria atta ad immunizzare il corpo dalle malattie infettive viene comunemente attribuita ad Edward Jenner (1748-1823), medico di Gloucester. Circa ottant'anni prima di lui, tuttavia, Lady Mary Wortley Montagu (1689-1762), moglie dell'ambasciatore inglese a Costantinopoli, aveva introdotto in Europa una forma semplice di vaccinazione da lei appresa in Turchia e che sembra fosse praticata, fin dall'antichità, anche in Cina ed in Egitto. Nel 1885 Pasteur ha aperto la strada alla sperimentazione scientifica ed alla vaccinazione antivaiolosa è seguita l'antidifterica, poi l'antitubercolare e l'antitetanica. Un'altra tappa fondamentale nella storia delle vaccinazioni è stata la comparsa del vaccino antipolio nel 1956. Per ulteriori riferimenti, non solo giuridici, v. M. Dragone, *Il danno da vaccinazione obbligatoria*, in *La responsabilità medica*, a cura di P. Cendon, Torino, 2016; A. Mantovani, *Immunità e*

*vaccini: perché è giusto proteggere la nostra salute e quella dei nostri figli*, Milano, 2016; E. Serravalle, *Bambini super-vaccinati: saperne di più per una scelta responsabile*, Torino, 2012; G. Bartolozzi, *Vaccini e Vaccinazioni*, Milano, 2012; A. Lavecchia, *Guida a vaccini e vaccinazioni: tutto quello che vorreste sapere*, Milano, 2009; Zannino, *Le vaccinazioni: perché, quando e come*, Cento, 2005; Kremer, *Sistema immunitario e vaccinazioni*, Diegario di Cesena, 2001; Pignatta, *Vaccinazioni perché?*, Diegario di Cesena, 2001; Barni, Santosuosso, *Medicina e diritto*, Milano, 1995; Chiomento, *Vaccinare perché?*, Padova, 1991; Pontecorvo, *Storia delle vaccinazioni: dalle origini ai giorni nostri*, Saronno, 1991; Bartolozzi, Cappelli, *Manuale pratico delle vaccinazioni*, Roma, 1989. Il termine vaccino viene oggi utilizzato per indicare "qualsiasi prodotto immunobiologico in grado di indurre una immunizzazione attiva", mentre con il termine di vaccinazione si intende "qualunque procedura usata nell'uomo o negli animali per indurre una immunizzazione attiva", Chiomento, *op. cit.*, 16. La vaccinazione rappresenta un intervento di Sanità Pubblica che si prefigge di proteggere l'individuo e la comunità; le vaccinazioni

- a) anti-poliomielitica (20);
- b) anti-difterica (21);
- c) anti-tetanica (22);
- d) anti-epatite B (23);
- e) anti-Haemophilus influenzae tipo b (24);
- f) anti-morbillo;
- g) anti-rosolia;
- h) anti-parotite (25);
- i) anti-varicella.

Tali vaccinazioni sono, pertanto, obbligatorie e gratuite, offerte in maniera attiva secondo le specifiche indicazioni del Calendario vaccinale nazionale relativo a ciascuna coorte di nascita. Da quest'ultimo si ricava, in particolare, che:

- per i nati dal 2001 al 2004: vi è l'obbligo di effettuare, ove non siano state somministrate, oltre alle quattro vaccinazioni già imposte dalla legge, l'anti-morbillo, l'anti-rosolia, l'anti-pertosse (che da ora chiameremo MPR), l'anti-Haemophilus influenzae tipo b, che sono vaccinazioni raccomandate dal Calendario vaccinale di cui al D.M. 7 aprile 1999 "Nuovo calendario delle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate per l'età evolutiva" e dal Piano Nazionale Vaccini 1999/2000 (26);

- per i nati dal 2005 al 2011: vi è l'obbligo di attenersi al Calendario vaccinale incluso nel Piano Nazionale Vaccini 2005/2007 (27) che prevede, oltre alle quattro vaccinazioni già imposte per legge, MPR, l'anti-pertosse e l'anti haemophilus influenzae tipo b;

- per i nati dal 2012 al 2016: dovranno attenersi al Calendario Vaccinale incluso nel Piano Prevenzione Vaccinale 2012/2014 (28) e quindi effettuare obbligatoriamente, oltre alle quattro vaccinazioni già

imposte dalla legge, anche l'MPR, l'anti-pertosse e l'anti haemophilus influenzae tipo b;

- i nati dal 2017 in poi: dovranno rispettare il Calendario vaccinale incluso nel Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale del 19 gennaio 2017 (29) per cui, oltre alle quattro vaccinazioni già imposte per legge, dovranno sottoporsi anche all'MPR, all'anti-pertosse, all'anti haemophilus influenzae tipo b e all'anti-varicella.

La Circolare attuativa del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 specifica che l'età dei minori per cui è previsto l'obbligo vaccinale è compresa tra zero e 16 anni e 364 giorni, dunque fino al compimento del diciassettesimo anno di vita (30).

Si precisa che per una corretta immunizzazione e il mantenimento della protezione indotta dalla vaccinazione nel tempo, l'obbligo riguarda anche i richiami vaccinali. In particolare, il richiamo contro difterite-tetano-pertosse-polio nell'adolescenza è obbligatorio se sono trascorsi 9 anni dall'ultima dose del vaccino per le suindicate malattie e se il soggetto non ha ancora compiuto il diciassettesimo anno di età (31).

È stata, comunque, espressamente prevista dalla L. n. 119/2017 la possibilità che il Ministro della Salute, con decreto da adottare decorsi tre anni dalla data di entrata in vigore della legge e successivamente con cadenza triennale, disponga la cessazione dell'obbligatorietà per una o più vaccinazioni di cui al comma 1 bis (ossia limitatamente a anti-morbillo; anti-rosolia; anti-parotite; anti-varicella). Occorrerà tenere conto, a tal fine, della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse

sono un presidio preventivo fondamentale, ed in parallelo con mutate condizioni di vita della popolazione, hanno permesso di ridurre in maniera rilevante sia il numero di patologie, sia la mortalità infantile. Con l'ingresso nella pratica medica quotidiana delle vaccinazioni, unitamente al costante miglioramento delle condizioni igieniche ed alimentari, si è verificata nell'arco di tre decenni, una drastica riduzione delle malattie infettive. Mediante l'avvento delle tecniche che sfruttano l'ingegneria genetica, anche nel settore delle vaccinazioni si sono registrati rilevanti cambiamenti: è aumentata la produzione dei vaccini, si sono conseguentemente ridotti i costi degli stessi, si è raggiunto un più elevato livello di sicurezza nella inoculazione, nonché una minore incidenza degli effetti collaterali provocati, anche se tale aspetto di rischio permane tuttora.

La vaccinazione consiste nella somministrazione di un vaccino sia a scopo profilattico (vaccinoprofilassi) che a scopo terapeutico (vaccinoterapia). La vaccinoprofilassi è un tipo di vaccinazione effettuata per creare uno stato immunitario nei confronti di una o più malattie; a causa dei costi di una vaccinazione di massa, essa viene praticata per malattie infettive con morbilità e/o mortalità elevata e contro cui non esistano altri metodi profilattici. La vaccinoterapia è invece un tipo di vaccinazione effettuata a scopo terapeutico contro una malattia, quando questa è già in atto, con lo scopo di potenziare gli anticorpi dell'organismo, in M. Montanari, *op. cit.*, 574.

(20) Già obbligatoria in Italia con L. 4 febbraio 1966, n. 51.

(21) Già obbligatoria in Italia con L. 6 giugno 1939, n. 891 e L. 27 aprile 1981, n. 166.

(22) Già obbligatoria in Italia con L. 23 marzo 1968, n. 419.

(23) Già obbligatoria in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 165.

(24) In precedenza solo raccomandata.

(25) Vaccino trivalente M(morbillo)P(parotite)R(rosolia) in precedenza solo raccomandato.

(26) Accordo Stato-Regioni del 18 giugno 1999, in *G.U. Serie Generale* 29 luglio 1999, n. 176, suppl. n. 144.

(27) Accordo Stato-Regioni del 3 marzo 2005, in *G.U. Serie Generale* 14 aprile 2005, n. 86, suppl. n. 63.

(28) Accordo Stato-Regioni del 22 febbraio 2012, in *G.U. Serie Generale* 12 marzo 2012, n. 60, suppl. n. 47.

(29) Conferenza Stato -Regioni del 19 gennaio 2017, in *G.U. Serie Generale* 18 febbraio 2017, n. 41.

(30) Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 recante prime indicazioni operative per l'attuazione del D.L. 7 giugno 2017, n. 73, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 3.

(31) Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 recante prime indicazioni operative per l'attuazione del decreto-legge n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 5.

segnalate in attuazione delle vigenti disposizioni di legge e delle coperture vaccinali raggiunte, verifica affidata alla Commissione per il monitoraggio dell'attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza (32).

Il Ministro della Salute dovrà tuttavia acquisire preventivamente il parere del Consiglio Superiore di Sanità, dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), dell'Istituto Superiore di sanità e della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, nonché delle competenti Commissioni Parlamentari.

In caso di mancata presentazione alle Camere degli schemi di decreto, il Ministro della Salute trasmetterà alle Camere una relazione recante le motivazioni della mancata presentazione ed anche i dati epidemiologici e quelli sulle coperture vaccinali.

Vengono altresì offerte gratuitamente, ma senza obbligo, ai minori di età compresa tra zero e sedici anni anche le vaccinazioni anti-meningococcica B, anti-meningococcica C, anti-pneumococcica, anti-rotavirus (riportate al comma 1 *quater* dell'articolo 1 del richiamato decreto-legge).

La scelta di escludere queste ultime dal novero dei vaccini obbligatori risiede, stando alla circolare attuativa del Ministero della Salute del 16 agosto 2017, nel fatto che le malattie che prevencono si verificano con minore frequenza nel nostro paese e nel minore impatto della loro contagiosità nelle collettività chiuse (es. nidi e scuole).

Si segnala che nel testo della legge di conversione l'obbligo vaccinale ricomprende anche "tutti" i

minori stranieri non accompagnati, mentre nella circolare attuativa del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 si fa riferimento solo ai minori stranieri non accompagnati tra zero e sedici anni.

L'obbligo vaccinale si applicherà anche ai soggetti, non aventi cittadinanza italiana o dell'Unione Europea, ma che si trovano per qualsiasi ragione nel territorio dello Stato, privi di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per loro legalmente responsabili (33), posto che questi possono iscriversi al Servizio Sanitario Nazionale.

La previsione normativa presta il fianco a censure sotto il profilo del trattamento discriminatorio riservato ai minori stranieri non accompagnati, per i quali l'obbligatorietà delle vaccinazioni si estenderebbe fino al compimento della maggiore età.

Si potrebbe dunque porre un dubbio di costituzionalità della disposizione legislativa rispetto al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché il mancato rispetto dell'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (34) e altri trattati internazionali (35). Anche l'art. 43 del D.Lgs. n. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione) individua come discriminatorio ogni comportamento che, direttamente od indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza, o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà in campo politico, economico, sociale e culturale ed in ogni

(32) Commissione istituita con decreto del Ministro della Salute il 19 gennaio 2017, in occasione dell'approvazione del PNPV 2017/2019 da parte della Conferenza Stato-Regioni. I vaccini contemplati nel nuovo Calendario del PNPV 2017-2019 sono stati inseriti nel decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 65 del 18 marzo 2017, recante la definizione dei nuovi LEA (livelli essenziali di assistenza). Il principale compito attribuito alla Commissione è quello di monitorare costantemente quale sia il livello di attuazione e implementazione dei nuovi LEA in tutte le Regioni italiane ed eventualmente di intervenire, mediante apposite verifiche - effettuate anche in collaborazione con i Carabinieri dei NAS - nelle ipotesi in cui si ravvisi una mancata, incompleta o scorretta erogazione dei nuovi livelli essenziali di assistenza. Coordinata dal Direttore generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute, la Commissione è composta dal Capo della Segreteria Tecnica del Ministro, dal Comandante generale dei Carabinieri per la tutela della salute, dal Direttore generale dell'AGENAS, dal Direttore generale dell'AIFA, dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, nonché dai Direttori dei tre Uffici della Direzione generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute rispettivamente competenti in materia di LEA, di monitoraggio e verifica dell'erogazione dei LEA e di qualità, rischio clinico e programmazione ospedaliera. La partecipazione alla Commissione è a titolo gratuito e ai componenti non sono corrisposti gettoni, compensi o

altri emolumenti comunque denominati. La Commissione dura in carica tre anni a decorrere dalla data di insediamento. La Commissione trasmette, con cadenza trimestrale, al Ministro della salute una relazione concernente l'attività svolta e lo stato di attuazione del nuovo decreto di definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza. Tale relazione, tenuto conto del suo contenuto, potrà essere trasmessa alle competenti Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Approfondimento contenuto in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

(33) Cfr. art. 2, L. 17 aprile 2017, n. 47.

(34) CEDU: Convenzione firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848. Testo coordinato con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 01 novembre 1998. Art. 14: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione".

(35) Ad esempio: Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, conclusa a New York il 21 dicembre 1965; Convenzione contro la discriminazione nell'educazione, adottata dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza, la cultura (UNESCO) il 14 dicembre 1960.

altro settore della vita pubblica. In particolare il comma 2, lett. b) del predetto articolo prevede che compie un atto di discriminazione “chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità”. La lettera c) del comma 2 dell’art. 43 del D.Lgs. n. 286/1998 afferma che compie un atto di discriminazione “chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l’accesso all’occupazione, all’alloggio, all’istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità”.

Si tenga poi conto che per i minori stranieri, che spesso giungono nel nostro territorio in situazioni di precarietà, non è prevista alcuna verifica sulle eventuali vaccinazioni eseguite nei paesi d’origine, con la conseguenza che gli stessi facilmente subiranno indiscriminatamente la prassi vaccinale completa, con un’inutile sottoposizione al rischio di reazioni avverse.

## 5. Immunizzazione a seguito di malattia naturale ed esonero

Il minore è esonerato dall’obbligo di vaccinazione in caso di avvenuta immunizzazione a seguito di malattia naturale, che potrà essere comprovata in due diversi modi, tra loro alternativi, come descritto dal comma 2 dell’art. 1 della L. n. 119/2017, ossia con notifica effettuata dal medico curante (36), ovvero dagli esiti dell’analisi sierologica.

Conseguentemente, il soggetto immunizzato “naturalmente” per una o talune delle malattie vaccinabili, adempie ugualmente all’obbligo vaccinale per le altre patologie per cui non si è verificata l’immunizzazione mediante la somministrazione di vaccini in formulazione monocomponente o combinata in cui sia assente l’antigene per la malattia infettiva per la quale sussiste l’immunizzazione, nei limiti delle disponibilità del Servizio sanitario nazionale.

Ove tali vaccini non siano disponibili (37), la profilassi sarà completata utilizzando vaccini combinati. Il Ministero della Salute, nella circolare attuativa del 16 agosto 2017, tiene a precisare che la vaccinazione nei soggetti che hanno già contratto la malattia non è controindicata.

La stessa AIFA, nella comunicazione 86414 del 4 agosto 2017, afferma che “i vaccini monovalenti comporterebbero l’utilizzo di più prodotti medicinali per ottemperare agli obblighi di legge, a fronte della possibilità di impiegare un unico prodotto medicinale che ha un profilo di efficacia e sicurezza sovrapponibile, in assenza di rischi aggiuntivi nei soggetti precedentemente immunizzati (in seguito a vaccinazione o a contatto con il patogeno selvaggio) per una o più delle componenti in esso contenute. Si precisa infatti che i vaccini monocomponenti non rappresentano una combinazione di più vaccini (intesi come prodotti medicinali), ma un unico vaccino con più principi attivi” (38).

L’attuale formulazione del comma 2 è il frutto di un emendamento approvato al Senato (39), che tuttavia ha solo parzialmente risolto la questione dei vaccini monocomponente, in quanto stabilisce che debbano essere forniti “nei limiti delle disponibilità del Servizio Nazionale Sanitario” (inciso introdotto dalla Commissione Bilancio). È evidente che se il SSN non ha disponibilità dei vaccini monovalenti non è tenuto (leggasi obbligato) a fornirli.

Annualmente l’AIFA pubblicherà sul proprio sito internet i dati relativi alla disponibilità dei vaccini in formulazione monocomponente e parzialmente combinata.

Per sapere esattamente se si è verificata l’immunizzazione naturale è possibile svolgere, come previsto dal comma 2, art. 1, L. n. 119/2017, l’analisi sierologica. La circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 raccomanda, tuttavia, ai Pediatri di libera scelta ed ai Medici di medicina generale di prescrivere la valutazione del titolo anticorpale per le patologie soggette a vaccinazione obbligatoria solo nei casi in cui il test sia strettamente necessario, cioè quando abbiano, in relazione al proprio giovane assistito, consapevolezza di vaccinazione effettuata, ma non documentata o di avvenuta malattia, ma non

(36) Ai sensi dell’art. 1 del decreto del Ministero della Sanità 15 dicembre 1990, pubblicato sulla *G.U.* Serie Generale 8 gennaio 1991, n. 6.

(37) Al momento della diffusione della circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 non risultano autorizzati in Italia prodotti vaccinali monocomponenti contro difterite, pertosse, morbillo, rosolia e parotite.

(38) Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 recante prime indicazioni operative per l’attuazione del decreto-legge n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 7.

(39) Emendamento proposto dalla Relatrice Patrizia Manassero (Pd).

notificata all'ASL, e limitatamente alle malattie che conferiscono immunità permanente.

È dunque rimessa alla discrezionalità del Pediatra o del Medico di medicina generale la valutazione del quadro clinico del minore e della sua storia pregressa ai fini della prescrizione degli *screening* pre-vaccinali, quando invece dovrebbe essere diritto di tutti conoscere con esattezza la propria condizione di immunizzati.

In realtà, per quanto si dirà *infra* al punto successivo, sia l'avvenuta immunizzazione e sia la sussistenza di eventuali incompatibilità alla vaccinazione, rappresentano un diritto-dovere per i genitori ed un *munus* per l'Ente sanitario, ove richiesto.

## 6. Casi di omissione e differimento

Il comma 3 dell'art. 1 prevede che, salvo quanto disposto dal comma 2 (avvenuta immunizzazione a seguito di malattia naturale), le vaccinazioni obbligatorie possono essere omesse o differite ove sussista un accertato pericolo per la salute dell'individuo, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate che controindichino, in maniera permanente o temporanea, l'effettuazione di una vaccinazione o più vaccinazioni.

Tali particolari condizioni cliniche devono essere attestate dal Medico di medicina generale o dal Pediatra di libera scelta. La valutazione dei sanitari dovrà essere coerente con le indicazioni fornite dal Ministero della Salute e dall'Istituto Superiore di Sanità e riportate nella *Guida alle controindicazioni alle vaccinazioni* (40). La guida, che dettaglia anche le modalità con cui si prevede la rilevazione delle precauzioni e delle controindicazioni alle vaccinazioni, sarà periodicamente aggiornata in relazione alle nuove evidenze.

Ad esempio, una malattia acuta grave o moderata, con o senza febbre, può richiedere un posticipo della vaccinazione fino alla risoluzione della malattia (controindicazione temporanea). Una controindicazione temporanea non esonera in modo definitivo dall'obbligo vaccinale (41).

Le attestazioni relative alla pregressa malattia e alla controindicazione alle vaccinazioni non sono equiparabili a certificazioni, per cui dovranno essere rilasciate gratuitamente dai medici, senza oneri a carico del richiedente.

Gli ambulatori vaccinali acquisiranno le attestazioni di esonero, omissione o differimento delle vaccinazioni.

Va precisato che tutto l'iter diagnostico delle eventuali controindicazioni alla vaccinazione, deve risultare affidabile e solido.

Gli esami anticorpali e allergologici sono molto costosi, ma per l'utenza essi devono essere gratuiti.

Infatti, se l'art. 1, comma 2, L. n. 119/2017 prescrive l'esonero dalle vaccinazioni obbligatorie in caso di immunità naturale comprovata dagli esiti dell'analisi sierologica, l'art. 1, comma 4, lett. b), D.Lgs. 124/1998 cita espressamente l'esenzione dal ticket sanitario per le prestazioni volte alla tutela della salute collettiva.

E ancora: l'art. 5 del D.M. 1° febbraio 1991 così afferma: "Sono esenti dal pagamento delle quote di partecipazione alla spesa sanitaria le prestazioni di diagnostica strumentale e di laboratorio, e le altre prestazioni specialistiche richieste nell'ambito di interventi e campagne di prevenzione collettiva autorizzati con atti formali delle regioni. Le predette prestazioni sono parimenti esenti quando derivino da obblighi di legge o siano disposte nel prevalente interesse della collettività".

Anche il D.M. 17 marzo 2008 conferma nelle allegate tabelle il codice di esenzione del ticket sanitario P03 per le prestazioni correlate alla pratica vaccinale obbligatoria.

Tutto ciò appare congruo, alla luce del fatto che anche le vaccinazioni fanno parte dei LEA (Livelli Essenziali di Assistenza) recentemente aggiornati (G.U. 18 marzo 2017, n. 65).

Va da sé che questo scenario pone e porrà questioni sulla valutazione che le figure sanitarie primarie, il pediatra ed il medico di medicina generale, dovranno esprimere su casi complessi, già trattati ed esaminati da specialisti. O sull'avviarli o meno alle valutazioni di secondo livello così come indicato più sopra.

Se è vero che, alle figure professionali indicate dalla L. n. 119/2017, i riferimenti orientativi su immunizzazione ed incompatibilità non mancano, è altresì vero che, sussistendo inevitabili margini di errore, potrebbero verificarsi ipotesi colpose omissive e/o ipotesi di responsabilità penale per abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, ecc. a seguito di trattazioni ed approfondimenti superficiali o addirittura negati.

(40) Edizione 2009, disponibile al link [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_1947\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1947_allegato.pdf).

(41) Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 recante prime indicazioni operative per l'attuazione del decreto-

legge n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 8.

## 7. Il ruolo di AIFA

Il comma 3 bis dell'art. 1, L. n. 119/2017, disciplina i compiti demandati all'Agenzia Italiana del Farmaco (42). Tale organismo dovrà predisporre e trasmettere al Ministero della Salute una relazione annuale sui risultati del sistema di farmacovigilanza (43) e sui dati degli eventi avversi per i quali è stata confermata un'associazione con la vaccinazione. In ciò sarà coadiuvato dalla Commissione tecnico-scientifica (44), all'uopo integrata da esperti indipendenti e che non si trovino in situazioni di conflitto di interesse, e dall'Istituto Superiore di Sanità.

Il Ministro della Salute trasmetterà poi la predetta relazione alle Camere.

Come si può notare, la legge si preoccupa di tenere periodicamente monitorati gli effetti della somministrazione dei vaccini, nonché le reazioni avverse ad essi ricollegabili (45), eventi che già si mettono in conto e per i quali lo Stato ha approntato una tutela risarcitoria ed indennitaria attraverso i rimedi di cui

alle leggi nn. 210/1992 e 229/2005 (di cui si dirà meglio *infra* nel commento agli artt. 5 bis e 5 ter).

Vale la pena evidenziare anche la puntualizzazione, che evidentemente si è reso necessario inserire nel testo legislativo, circa la necessità che i membri della Commissione tecnico-scientifica di AIFA abbiano il requisito dell'indipendenza e non ricoprano posizioni in conflitto di interesse (46).

L'Agenzia Italiana del Farmaco è comunque dotata, già a partire dal 2012, di una normativa che regola la gestione dei conflitti di interesse di tutti coloro che lavorano o collaborano con l'Agenzia, inclusi i componenti degli organi decisionali, di controllo e consultivi, per assicurarne il massimo livello di imparzialità (47).

Il comma 6 bis della L. n. 119/2017 richiama il ruolo chiave di AIFA nella procedura, stabilendo che i vaccini indicati nel Calendario vaccinale nazionale sono sottoposti alla negoziazione obbligatoria dell'AIFA. Con tale termine si indica la determinazione del prezzo dei farmaci rimborsati dal Servizio

(42) È un ente di diritto pubblico, istituito dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in L. 24 novembre 2003, n. 326, dotato di personalità giuridica, che ha incominciato ad operare da luglio 2004. L'AIFA è ispirata ai principi di autonomia, trasparenza ed economicità, e svolge la propria attività sotto la direzione e la vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze. Collabora con le Regioni, l'Istituto superiore di sanità, gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, le associazioni dei pazienti, i medici, le società scientifiche, il mondo produttivo e distributivo del settore. L'Agenzia svolge tutte le attività legate al processo regolatore del farmaco, dalla registrazione e autorizzazione all'immissione in commercio, al controllo delle officine produttive e della qualità di fabbricazione; dalla verifica della sicurezza e appropriatezza d'uso alla negoziazione del prezzo, ed alla attribuzione della fascia di rimborsabilità. L'AIFA governa altresì la spesa farmaceutica, in stretto rapporto con le Regioni e l'industria del settore, perseguendo l'equilibrio economico nell'ambito del tetto di spesa stabilito annualmente dallo Stato. Per maggiori informazioni si veda [www.agenziafarmaco.gov.it](http://www.agenziafarmaco.gov.it).

(43) Per farmacovigilanza si intende il "complesso di attività finalizzate a valutare in maniera continuativa tutte le informazioni relative alla sicurezza dei farmaci e ad assicurare, per tutti i medicinali in commercio, un rapporto beneficio/rischio favorevole per la popolazione", in [www.agenziafarmaco.gov.it](http://www.agenziafarmaco.gov.it).

(44) È insieme al Comitato Prezzi e Rimborso (CPR) una delle due commissioni interne ad AIFA. Si occupa delle attività connesse alle domande di Autorizzazione in Commercio di nuovi medicinali - sia per procedura nazionale, sia comunitaria - dei quali determina il rapporto costo-efficacia. Valuta ed esprime parere consultivo sulla classificazione dei farmaci ai fini della rimborsabilità, in [www.agenziafarmaco.gov.it](http://www.agenziafarmaco.gov.it).

(45) Le complicazioni dovute ai vaccini si distinguono in disturbi a breve/medio/lungo termine, come descrive Chiomotto, *op. cit.*, 25. Quanto alle conseguenze a breve termine, si è registrata l'insorgenza di allergie, orticarie, eczemi, esantemi, asma, maleseri, infiammazioni dolorose, reazioni locali, gonfiore dei linfonodi, shock anafilattico, febbre, danni renali, reumatismi, turbe gastro-intestinali, encefalite, meningite, danni neurologici, sindrome di Guillain-Barré, paralisi cerebrale. Si sono verificati anche casi di decesso, come per "morte in culla" (SIDH). Tra le conseguenze a

medio termine, invece, si evidenziano: disordini neurologici, autismo, convulsioni, bambino iperattivo, pianti incessanti, turbe dell'appetito (anoressia/bulimia), danni ai nervi cranici (cecità/sordità/mutismo/dislessia), ipotonia, ritardo dello sviluppo, paralisi cerebrale, ritardo mentale, turbe del comportamento, turbe della personalità, turbe intellettive e dell'apprendimento, ipersessualità, instabilità emotiva, propensione alla delinquenza giovanile, personalità sociopatica, comportamento criminale, leucemia infantile. Gli effetti a lungo termine rilevati sono invece indebolimento del sistema immunitario, sclerosi a placche, leucemia, cancro, malformazioni congenite, sterilità, sindrome di affaticamento cronico, epilessia, morbo di Parkinson, malattie cardiovascolari, malattie degenerative.

(46) Noto è il caso delle dimissioni del Presidente di AIFA Prof. Sergio Pecorelli in data 16 dicembre 2015 a seguito delle accuse sui suoi dubbi legami con le aziende farmaceutiche che producono vaccini e la sua partecipazione in una società privata che si occupa di farmaceutica: cfr. [www.corriere.it](http://www.corriere.it); [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it); [www.ilsolo24ore.com](http://www.ilsolo24ore.com).

(47) Il nuovo Regolamento, pubblicato sulla *G.U.* 15 maggio 2015, recepisce gli orientamenti attuali espressi in ambito europeo e internazionale, che hanno visto recentemente l'emanazione, da parte dell'Agenzia Europea dei Medicinali (EMA), di norme più stringenti per quanto riguarda i possibili conflitti attribuiti ai membri dei comitati o agli esperti nell'ambito della valutazione regolatoria dei farmaci. Sia la "policy" EMA che il Regolamento AIFA contengono previsioni che rispondono alla necessità di contemperare due interessi potenzialmente confliggenti, da un lato preservare l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio, dall'altro assicurare che le valutazioni siano affidate ad esperti dotati delle migliori competenze tecnico-scientifiche. Il documento stabilisce tre macro-livelli di rischio (ordinati dal maggiore al minore): "interessi diretti dichiarati" (livello 3), "interessi indiretti dichiarati" (livello 2) e "nessun interesse dichiarato" (livello 1), attribuiti in seguito alla valutazione delle dichiarazioni di interessi (DoI) presentate con cadenza annuale. Il lasso di tempo preso in considerazione per la valutazione dei conflitti parte dal momento attuale (inizio del coinvolgimento all'interno delle attività dell'AIFA) e si estende fino ai 3 anni precedenti, ma in ogni caso si possono volontariamente dichiarare eventuali interessi risalenti a 5 anni prima, in [www.agenziafarmaco.gov.it](http://www.agenziafarmaco.gov.it).

Sanitario Nazionale, mediante la contrattazione tra Agenzia Italiana del Farmaco e le Aziende Farmaceutiche, la quale avviene sulla base di diversi criteri (rapporto rischio/beneficio più favorevole rispetto a farmaci già disponibili per le stesse indicazioni; valutazione dell'impatto economico sul SSN; miglior rapporto costo terapia/die a confronto con prodotti della stessa efficacia; stima delle quote di mercato acquisibili; confronto con i prezzi e i consumi degli altri Paesi europei) (48).

## 8. Mancata osservanza dell'obbligo vaccinale

La legge individua nelle ASL territorialmente competenti i soggetti deputati alla verifica dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale ed alle gestione del percorso di recupero dei casi di inottemperanza.

In particolare, la ASL, accertato l'inadempimento dell'obbligo, anche attraverso il controllo presso l'anagrafe sanitaria, e verificato che, in relazione alla medesima violazione, non si sia già attivata essa stessa o altra ASL, provvede ad avviare una procedura, stabilita a livello locale, per il recupero della vaccinazione.

A tale scopo sarà importante che le ASL integrino al più presto i loro archivi dell'anagrafe vaccinale per le vaccinazioni effettuate da altri servizi vaccinali, dai medici e pediatri convenzionati o privati, previa presentazione di idonea documentazione, in modo da facilitare il recupero dei non vaccinati nei territori di loro competenza.

La circolare attuativa del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 precisa che la certificazione delle vaccinazioni effettuate dovrebbe contenere, oltre ai dati anagrafici del soggetto, tutte le informazioni necessarie al completamento dell'archivio vaccinale: data e ora di somministrazione, nome commerciale del prodotto utilizzato, lotto, scadenza del vaccino, dose somministrata rispetto al ciclo, via di somministrazione ed eventuale sede di inoculo, eventuali reazioni avverse con descrizione e tempistica, eventuale indicazione o controindicazione alla vaccinazione.

In relazione a ciò, ci si domanda se tali indicazioni siano state sempre rispettate nelle somministrazioni

vaccinali *ante* riforma e che cosa possa accadere qualora le informazioni giungano incomplete.

Se l'ASL non ha a disposizione tutti questi dati, può procedere ugualmente alle vaccinazioni successive? Ed il genitore può rifiutarsi di far vaccinare il figlio in caso di certificazione vaccinale insufficiente nei suoi elementi essenziali, come sopra descritti?

Ai sensi del comma 4 dell'art. 1, L. n. 119/2017, in caso di mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, i tutori o i soggetti affidatari sono convocati dall'azienda sanitaria locale territorialmente competente per un colloquio al fine di fornire ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e di sollecitarne l'effettuazione.

La norma è chiara nel rivolgersi a tutti coloro che si occupano a qualunque titolo della cura del minore, ivi compresi gli affidatari. Questi ultimi, infatti, in base all'art. 5, comma 1, L. 4 maggio 1983, n. 184, s.m. i. devono "accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli artt. 330 e 333 del Codice Civile. Qualora sia stato nominato un Tutore, l'affidatario tiene conto delle sue indicazioni osservando le prescrizioni stabilite dall'Autorità affidante. In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi alla potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con l'istituzione scolastica e con le autorità sanitarie".

La circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017, recante le prime indicazioni operative per l'attuazione del decreto legge convertito in legge (49), spiega che ciascuna ASL, una volta verificato che un minore di età compresa tra zero e sedici anni non sia stato sottoposto alle vaccinazioni secondo il Calendario relativo al proprio anno di nascita, debba convocare i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, i tutori, i soggetti affidatari, rivolgendo loro un invito scritto alla vaccinazione, eventualmente corredato di materiale informativo (50).

L'importanza della fase partecipativa, personale e informativa, è evidente, tant'è che di primaria importanza appare proprio il momento del "colloquio", che se richiesto, non può essere omesso dall'Ente sanitario.

(48) [www.agenziafarmaco.gov.it](http://www.agenziafarmaco.gov.it).

(49) Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 recante prime indicazioni operative per l'attuazione del decreto legge n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 8.

(50) Al momento alcune ASL territoriali stanno sostituendo il loro dovere di consegna di materiale informativo alle famiglie con il suggerimento della consultazione di siti internet quali [www.ascuolavaccinati.it](http://www.ascuolavaccinati.it) o quelli predisposti dalle singole Regioni; in alternativa, sempre al fine di ricevere informazioni, è possibile contattare telefonicamente il numero verde istituito dalle Regioni.

Quindi, nel caso in cui non rispondano all'invito vaccinale, i genitori, i tutori, o i soggetti affidatari vengono nuovamente convocati, con raccomandata AR, per un colloquio, al fine di comprendere le motivazioni della mancata vaccinazione e di fornire - eventualmente anche con il coinvolgimento del Pediatra di libera scelta o del Medico di medicina generale - una corretta informazione sull'obiettivo individuale e collettivo della pratica vaccinale e i rischi derivanti dalla mancata prevenzione.

È infatti diritto delle famiglie conoscere anticipatamente quale sia il calendario vaccinale personalizzato proposto per il proprio figlio, nonché ricevere anticipatamente copia integrale dei foglietti illustrativi e delle schede tecniche dei preparati proposti per la somministrazione vaccinale.

È diritto delle famiglie avere un rapporto di confronto e scambio con l'ASL competente, che deve conoscere le peculiarità del singolo e non praticare una vaccinazione di massa.

Sottoporre alle ASL le domande sulla sicurezza dei vaccini non rende "anti-vaccinisti", ma risponde alle necessità del consenso informato. La convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall'Italia con la L. 28 marzo 2001, n. 145, dedica alla definizione del Consenso il Capitolo II (articoli da 5 a 9) in cui stabilisce come regola generale che: "Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso" (art. 5).

Un evidente motivo di contrasto tra la L. n. 119/2017 e la Convenzione è che, essendo la vaccinazione un trattamento preventivo proposto a persone sane, in questo ambito non si può configurare lo stato di necessità, cioè l'unica situazione per la quale non è richiesto il consenso del paziente o del suo rappresentante legale.

La Convenzione di Oviedo stabilisce inoltre la necessità del consenso di un "rappresentante" del paziente nel caso in cui questo sia un minore o sia impedito ad esprimersi.

Allo stesso modo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza del 7 dicembre del 2000 dispone all'art. 3 che "Ogni persona ha diritto alla

propria integrità fisica e psichica" e che "nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge" (51).

In caso di mancata effettuazione delle vaccinazioni di cui ai commi 1 e 1 bis, ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale, ai tutori o ai soggetti affidatari ai sensi della L. 4 maggio 1983, n. 184, è comminata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 100 a euro 500.

La ASL dunque contesterà loro formalmente l'inadempimento dell'obbligo vaccinale, con l'avvertimento che se dovesse permanere l'inottemperanza entro il termine fissato dall'azienda medesima, sarà applicata la sanzione amministrativa ("invito con termine perentorio").

Viceversa, non incorrono in sanzioni i genitori, i tutori e i soggetti affidatari che, a seguito di contestazione da parte dell'ASL territorialmente competente della violazione della legge, nel termine indicato provvedano a far somministrare al minore il vaccino o la prima dose del ciclo vaccinale, a condizione che il completamento del ciclo previsto per ciascuna vaccinazione obbligatoria avvenga nel rispetto delle tempistiche stabilite dalla schedula vaccinale in relazione all'età e correttamente riportate nella scheda tecnica di ciascun vaccino, in considerazione anche di ragionevoli ed eventuali controindicazioni temporanee.

Nell'ipotesi in cui al minore non siano stati somministrati più vaccini, la ASL dovrà applicare il protocollo vaccinale più opportuno sulla base delle evidenze scientifiche disponibili.

La predetta sanzione è irrogata soltanto nell'ipotesi in cui le violazioni riguardino un minore di età compresa tra zero e sedici anni, inclusi i minori stranieri non accompagnati. La sanzione potrà essere irrogata anche in seguito, quando il minore avrà più di sedici anni, purché la violazione sia stata commessa quando aveva sedici anni o meno.

Di particolare importanza è la disposizione riportata dalla Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017, secondo cui il pagamento della sanzione estingue l'obbligo della vaccinazione. Si pone allora necessariamente il problema del rapporto tra legge e circolari ministeriali, di cui si dirà meglio nel paragrafo n. 15.

Per l'accertamento, la contestazione e l'irrogazione della sanzione amministrativa si applicano, in quanto

(51) Per un maggiore approfondimento si veda [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).



compatibili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II (articoli dall'1 al 31), della L. 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni.

Stando all'art. 8, L. n. 689/1981, in caso di più violazioni della medesima disposizione normativa, a prescindere dal numero di vaccinazioni omesse, sarà applicata una sola sanzione amministrativa pecuniaria maggiorata (sanzione prevista per la violazione più grave aumentata sino al triplo).

La sanzione non sarà comminata nuovamente all'inizio di ogni anno scolastico, ma solo in conseguenza alla violazione di un nuovo e diverso obbligo vaccinale, singolo o coniugato (quando ad esempio i genitori omettano di sottoporre il minore ad un diverso vaccino previsto per un'età seguente). La sanzione sarà altresì applicata anche nel caso in cui l'omissione riguardi un richiamo vaccinale.

Come previsto dall'art. 11, L. n. 689/1981, ai fini della quantificazione della sanzione fissata dalla legge tra un limite minimo ed uno massimo, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche. La circolare attuativa del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 ha aggiunto che nella determinazione del *quantum* applicabile quale sanzione amministrativa pecuniaria si terrà conto del numero degli obblighi vaccinali non adempiuti (52).

All'accertamento, alla contestazione ed alla irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria provvederanno gli organi competenti in base alla normativa delle regioni e delle province autonome.

Come previsto dall'art. 14, L. n. 689/1981, la violazione deve essere contestata immediatamente o, se non è possibile, notificata entro il termine di novanta giorni dall'accertamento per i residenti nel territorio dello Stato.

Qualora non si proceda con il pagamento della sanzione in misura ridotta, come consentito ex art. 16, L. 689/1981, gli interessati possono far pervenire all'Autorità competente (in questo caso il Sindaco del proprio Comune) scritti difensivi e documenti e possono chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità entro il termine di trenta giorni dalla data della contestazione o notificazione della violazione. Successivamente, in base al disposto dell'art. 18, L. n. 689/1981, l'Autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidalmente; altrimenti emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti comunicandola integralmente all'organo che ha redatto il rapporto.

Contro l'ordinanza-ingiunzione è ammessa l'opposizione tramite ricorso al Giudice di Pace territorialmente competente entro il termine di 30 giorni dalla data di notifica.

I genitori, ad esempio, potrebbero opporre la sussistenza dell'esimente dello stato di necessità prevista dall'art. 4, L. n. 689/1981, che escluderebbe l'elemento soggettivo della colpa della violazione e conseguentemente la responsabilità (53).

(52) Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 recante prime indicazioni operative per l'attuazione del decreto-legge n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 9.

(53) In proposito merita di essere citata Cass. 24 marzo 2004, n. 5877, in *Dir. famiglia*, 2004, 325; in *Riv. it. medicina legale*, 2005, 979, con nota di Magliona - Buzzi. I genitori, proponendo ricorso per cassazione avverso l'ordinanza ingiunzione con la quale era stata loro applicata la sanzione amministrativa per non avere sottoposto il figlio minore alle vaccinazioni obbligatorie, lamentavano che il giudice preventivamente adito avrebbe errato nell'escludere la sussistenza, nella specie, dell'esimente dello stato di necessità, in quanto se essi avessero vaccinato il figlio lo avrebbero comunque esposto ad un imminente pericolo di danno grave alla salute, evitabile soltanto sottraendolo alle vaccinazioni. Il timore per le conseguenze delle vaccinazioni, infatti, era generato dal fatto che la figlia della sorella del ricorrente era stata colpita da encefalopatia a seguito della somministrazione di vaccini obbligatori. Il giudice non avrebbe quindi in alcun modo considerato il precedente caso di encefalopatia verificatosi in famiglia che invece giustificava il comportamento dei genitori del minore, ispirato dalla premura nei confronti della salute del figlio. La Cassazione, nel rigettare il ricorso, evidenziava che "lo stato di necessità postula che il pericolo sia presente quando il soggetto

agisce e sia imminente il danno che ne possa derivare, non potendosi configurare l'esimente in questione in relazione ad un danno futuro, tanto più quando, come nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, il pericolo di gravi complicanze risulti del tutto trascurabile". I ricorrenti eccepevano altresì la illegittimità costituzionale delle leggi n. 165 del 1991, artt. 1 e 7; n. 51 del 1966, artt. 1 e 3; n. 419 del 1968, art. 1; n. 819 del 1939, art. 1, lamentando che le citate leggi non terrebbero in considerazione il principio della garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo non solo nell'ambito della collettività, ma anche come singolo, e quello che impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà di tutti i cittadini, giacché impongono ai singoli trattamenti sanitari che non sarebbero sempre adatti allo stato di salute dei medesimi senza lasciare alcuna possibilità di scelta. La Corte rilevava allora che le citate leggi sono finalizzate alla tutela della salute collettiva e che la loro compatibilità con il precetto costituzionale di cui all'art. 32 Cost. postula, come precisato in altre pronunce (v. sentt. nn. 307 del 1990, n. 118 del 1996), il contemperamento tra i valori, ivi contemplati, del diritto alla salute della collettività e del diritto alla salute del singolo, sicché "l'eventuale introduzione di una disciplina normativa puntuale e specifica, a tutela di quest'ultimo, la quale imponga la obbligatorietà di accertamenti preventivi idonei a ridurre, se non ad eliminare, il rischio sia pure percentualmente modesto di lesioni all'integrità psico-fisica dell'individuo per

Il comma 6 dell'art. 1, L. n. 119/2017, fa salva l'adozione da parte dell'Autorità Sanitaria di interventi di urgenza ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e successive modificazioni (54). Infatti, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, a carattere esclusivamente locale, viene riconosciuto al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti. Negli altri casi, l'adozione di detti provvedimenti di urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle Regioni in considerazione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

Paradossalmente, l'ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco, è lo stesso strumento con cui il rappresentante della *polis* potrebbe "bloccare" l'applicazione della L. n. 119/2017. Infatti, qualora egli prenda atto dalle comunicazioni ricevute dai genitori e dai colloqui sostenuti con le delegazioni di genitori, insegnanti, medici ed operatori, che sul territorio vi è un'emergenza sull'accesso alle scuole dell'infanzia e asili nido ed una contrarietà di un consistente numero di cittadini ad adeguarsi alla legge nazionale sull'obbligo vaccinale, qualora ritenga condivisibili le loro motivazioni, emetterà una ordinanza immediatamente esecutiva nella quale stabilisce di non applicare la normativa nazionale sul territorio comunale per "motivi di ordine pubblico" oppure disporrà una moratoria all'applicazione della norma.

Il Prefetto potrà in ogni caso intervenire revocando l'ordinanza del Sindaco.

### 9. Iniziative di comunicazione e informazione sulle vaccinazioni

A decorrere dall'1 luglio 2017 il Ministero della Salute, al fine di illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni di legge, promuoverà iniziative di comunicazione e informazione istituzionale per favorire una adesione volontaria e consapevole alle vaccinazioni e per diffondere una cultura delle vaccinazioni sia nella popolazione che negli operatori sanitari. Queste iniziative si svolgeranno anche con la collaborazione dei Medici di medicina generale, i Pediatri di libera scelta, i farmacisti, sentite le

rispettive rappresentanze degli Ordini professionali e le associazioni di categoria.

La diffusione delle informazioni relative alla nuova legge è affidata altresì ai consultori familiari (55).

Inoltre, per l'anno scolastico 2017/2018, il Ministero della Salute, insieme al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, sosterrà iniziative di formazione del personale docente ed educativo, nonché di educazione di tutti gli studenti interessati sui temi della prevenzione sanitaria e in particolare sulle vaccinazioni, anche con il coinvolgimento delle associazioni dei genitori e delle associazioni di categoria delle professioni sanitarie.

Appare comunque contraddittorio che l'attività di informazione e sensibilizzazione della popolazione sul tema vaccinale venga formalmente promossa (art. 2, L. n. 119/2017) soltanto dopo l'introduzione dell'obbligo.

Il Governo, infatti, invece di perseguire come la stragrande maggioranza degli altri *partners* europei una politica incentrata sul dialogo con i cittadini e l'adesione consapevole, introduce dall'oggi al domani, con decretazione d'urgenza ed imponendo la fiducia alla Camera, una imposizione che va a più che raddoppiare le vaccinazioni (da quattro a dieci). E fa ciò sebbene il Ministero della Salute si sia esposto il 3 novembre 2016 con dichiarazioni quali "*Nel nuovo piano vaccinale puntiamo a fare moltissima formazione a famiglie e operatori*" (56).

### 10. Adempimenti vaccinali per l'iscrizione scolastica

Stando al disposto dell'art. 3, L. n. 119/2017, i dirigenti scolastici e i responsabili dei servizi educativi per l'infanzia, dei centri di formazione professionale regionale e delle scuole private non paritarie sono tenuti, all'atto dell'iscrizione del minore di età compresa tra zero e sedici anni e del minore straniero non accompagnato, a richiedere ai genitori/tutori/affidatari:

a) copia del libretto vaccinale vidimato dall'ASL, ovvero il certificato vaccinale, oppure l'attestazione rilasciata dalla ASL che indichi che il soggetto sia in regola con le vaccinazioni obbligatorie previste per l'età;

complicanze da vaccino, potrebbe realizzarsi solo attraverso un corretto bilanciamento tra entrambi i detti valori, implicante ineludibilmente l'intervento del legislatore", con ciò ritenendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti manifestamente infondata, in relazione a tutti i parametri indicati.

(54) D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in

attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59" (G.U. 21 aprile 1998, n. 92, s.o. n. 77/L).

(55) Istituiti con L. 29 luglio 1975, n. 405.

(56) In *Vaccini, in Europa l'informazione batte l'obbligo*, *Millemium*, settembre 2017, 17.

b) documentazione attestante l'esonero (per avvenuta immunizzazione), l'omissione o il differimento delle vaccinazioni obbligatorie;

c) la presentazione di formale richiesta di vaccinazione alla ASL territorialmente competente.

La documentazione di cui alle lett. a), b), c) deve essere consegnata entro il termine di scadenza per l'iscrizione.

Ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, L. n. 119/2017, è possibile prenotare gratuitamente le vaccinazioni oltre che direttamente presso le ASL anche presso le farmacie convenzionate aperte al pubblico e attraverso il CUP (Centro Unificato di Prenotazione).

La circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 aggiunge che la predetta documentazione debba essere consegnata anche per i minori non residenti e non domiciliati in Italia che però frequentano un istituto scolastico italiano.

Nel caso di effettuata vaccinazione, per agevolare i genitori/tutori/affidatari, il certificato vaccinale o l'attestazione della ASL può essere sostituita dalla cd. "autodichiarazione" resa ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (57); in tale caso la documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni dovrà comunque essere prodotta entro il 10 luglio di ciascun anno, ad eccezione dell'anno scolastico 2017/2018 (regolato espressamente dall'art. 5, L. n. 119/2017).

Nell'ipotesi di cui alla lettera c), la circolare del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) del 16 agosto 2017 (58) precisa, in modo non totalmente aderente alla lettera della L. n. 119/2017, che la vaccinazione dovrà essere eseguita entro la fine dell'anno scolastico o la conclusione del calendario annuale dei servizi educativi per l'infanzia e dei corsi per i centri di formazione professionale regionale.

In base al comma 2, la omessa presentazione della documentazione nei termini previsti sarà segnalata entro i successivi dieci giorni dai dirigenti scolastici alle ASL, che attiveranno la procedura per il recupero dell'inadempienza (cfr. art. 1, comma 4, L. n. 119/2017).

Per i servizi educativi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia, ivi incluse quelle private non paritarie, la presentazione della documentazione di cui al comma 1 [lett. a), b), c)] costituisce requisito d'accesso. Per

gli altri gradi di istruzione, e precisamente per quelli dell'obbligo scolastico, e per i centri di formazione professionale regionale, invece, la mancata presentazione della documentazione non costituisce requisito di accesso alla scuola, al centro, ovvero agli esami (comma 3).

L'art. 3, comma 3 bis del decreto-legge, così come convertito in legge, dispone che, entro il 16 novembre 2017, gli operatori scolastici presentino alle Istituzioni scolastiche presso le quali prestano servizio una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, comprovante la propria situazione vaccinale.

Non risultano tuttavia regolamentate né dalla legge né dalle circolari ministeriali attuative le conseguenze relative alla mancata presentazione di tale autocertificazione, né gli adempimenti e/o le sanzioni a cui potrebbero essere sottoposti gli operatori scolastici non in regola con le vaccinazioni.

La circolare del Ministero della Salute recante le prime indicazioni operative per l'attuazione della legge comprende un fac-simile dell'autocertificazione stessa in cui contempla, per ogni singola vaccinazione, la possibilità di spuntare la casella "non ricordo", di fatto annullando il proposito di una ricognizione generale dello stato vaccinale degli operatori scolastici.

La norma di fatto non impedisce in alcun modo il contatto dei bambini anche negli ambienti scolastici con persone adulte (pensiamo a insegnanti, collaboratori esterni, bidelli, autisti di scuolabus, genitori, guide durante le gite scolastiche, personale addetto alla mensa ed alle pulizie) non contemplate dall'obbligo vaccinale. Ne discende che, mentre per i piccoli sussiste un obbligo vaccinale, che nella fascia 0-6 anni addirittura impedisce loro di accedere ai servizi educativi, per gli adulti che ogni giorno li frequentano all'interno delle istituzioni scolastiche non si pone alcun problema di contagio ed alcuna limitazione.

A quale scopo insomma la legge introduce la necessità di verificare lo stato vaccinale di alcune fasce di adulti maggiormente in contatto con i minori, rinunciando poi ad affrontare concretamente il problema?

(57) Testo unico sulla documentazione amministrativa, pubblicato sulla G.U. 20 febbraio 2001.

(58) Circolare avente ad oggetto "Prime indicazioni operative alle istituzioni scolastiche del Sistema nazionale di istruzione per l'applicazione del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, convertito

con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119, recante "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci", in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it), 4.

## 11. Misure di semplificazione degli adempimenti vaccinali per l'iscrizione scolastica a decorrere dall'anno scolastico 2019/2020

Al fine di semplificare gli adempimenti per l'iscrizione scolastica, la legge, all'art. 3 bis, prevede che dall'anno scolastico 2019/2020 i dirigenti scolastici, i responsabili dei servizi educativi per l'infanzia, dei centri di formazione professionale regionale e delle scuole private non paritarie, sono tenuti a trasmettere alle ASL territorialmente competenti, entro il dieci marzo di ogni anno, l'elenco degli iscritti, per l'anno scolastico o per il calendario successivo, di età compresa tra zero e sedici anni e minori stranieri non accompagnati.

Le ASL provvederanno a restituire, entro il dieci giugno, gli elenchi degli iscritti indicando i soggetti non in regola con gli obblighi vaccinali che non ricadono nelle condizioni di esonero, omissione o differimento delle vaccinazioni e che non abbiano presentato formale richiesta di vaccinazione alla ASL competente.

Nei dieci giorni successivi all'acquisizione degli elenchi, i dirigenti scolastici inviteranno i genitori/tutori/affidatari dei minori che risultano inadempienti a seguito di questa verifica a depositare presso la scuola, entro il dieci luglio, la documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni ovvero l'esonero, l'omissione o il differimento delle stesse o la presentazione della formale richiesta di vaccinazione all'ASL. Entro il 20 luglio, poi, i dirigenti scolastici trasmetteranno la documentazione a loro pervenuta secondo il comma 3 alla ASL, ovvero ne comunicano l'eventuale mancato deposito. La ASL a quel punto attiverà le azioni previste per il recupero degli inadempimenti.

È fondamentale segnalare che, in base a quanto disposto dal comma 5, soltanto a decorrere dall'anno scolastico 2019/2020 la mancata presentazione della documentazione nei termini previsti comporterà la decadenza dall'iscrizione per i servizi educativi dell'infanzia e le scuole dell'infanzia, ivi incluse quelle private non paritarie. Per gli altri gradi di istruzione, invece, la mancata presentazione della documentazione nei termini di legge non determinerà la decadenza dall'iscrizione né impedirà la partecipazione agli esami.

L'art. 4, comma 1, del decreto-legge prevede che i dirigenti delle istituzioni scolastiche, o i responsabili

del servizio, ferme restando le disposizioni vigenti in materia di formazione delle classi e fatta salva la segnalazione alla ASL competente, inseriscano, di norma, i minori che si trovino nelle condizioni di omissione o differimento delle vaccinazioni per accertato pericolo per la salute, in classi nelle quali siano presenti solo minori vaccinati o immunizzati. Tale principio generale, astrattamente a tutela dei minori non vaccinabili per motivi di salute, deve essere applicato, secondo quanto enunciato nella Circolare del MIUR del 16 agosto 2017, tenendo conto delle specifiche problematiche di carattere organizzativo riferibili alla strutturazione dei percorsi di studio, al numero e alla composizione delle classi, alla continuità didattica e pedagogica dei gruppi classe, all'organizzazione dell'offerta formativa, alla distribuzione del servizio sul territorio e a tutti quegli aspetti inerenti la tutela del diritto allo studio (59). Ci si chiede in quale modo si intenda "proteggere" il minore con il proposito di creargli un ambiente totalmente immunizzato quando, al di là delle problematiche connesse ai possibili contatti tra il minore e il resto della popolazione scolastica al di fuori della propria classe, è consentito, come già evidenziato, a tutti gli operatori scolastici di "non ricordare" il proprio stato vaccinale al momento della compilazione della autocertificazione di cui all'art. 3, comma 3 bis, L. n. 119/2017.

Ai sensi dell'art. 4, comma 2, del decreto-legge i dirigenti scolastici, o i responsabili del servizio, comunicheranno alla ASL competente, entro il 31 ottobre di ogni anno, i casi in cui nella stessa classe siano presenti più di due minori non vaccinati.

Per l'anno scolastico 2017/2018 per le classi della scuola primaria, secondaria di primo e di secondo grado, tenuto conto che la documentazione comprovante gli adempimenti vaccinali può essere presentata entro il 31 ottobre 2017 e, quindi successivamente alla formazione delle classi, non può trovare applicazione la presente disposizione normativa.

Il disegno di legge di conversione del decreto fiscale n. 148/2017, approvato il 30 novembre 2017 dalla Camera dei Deputati, ha introdotto delle novità in merito alla procedura che le scuole devono seguire per assolvere ai compiti loro affidati dalle L. n. 119/2017 (legge di conversione del decreto n. 73/2017) (60).

(59) In [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it), 7.

(60) Art. 18 bis. (Misure indifferibili di semplificazione degli adempimenti vaccinali per l'iscrizione alle istituzioni del sistema nazionale di istruzione, ai servizi educativi per l'infanzia, ai centri di formazione professionale regionale e alle scuole private non paritarie):

"1. Nelle sole regioni e province autonome presso le quali sono già state istituite anagrafi vaccinali, le disposizioni di cui all'articolo 3 bis, commi da 1 a 4, del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2017, n. 119, sono applicabili a decorrere dall'anno scolastico 2018/2019 e dal calendario dei servizi educativi per l'infanzia e dei corsi per i centri di formazione professionale regionale 2018/2019, nel rispetto

Il comma 1 dell'art. 18 *bis* prevede che nelle sole regioni in cui sia stata già istituita l'Anagrafe vaccinale sia possibile anticipare all'a.s. 2018/2019 la procedura semplificata prevista dalla legge per l'a.s. 2019/2020, in base alla quale le scuole trasmettono gli elenchi degli iscritti alle ASL, queste ultime verificano gli iscritti vaccinati o meno e poi restituiscono gli elenchi alle istituzioni scolastiche. È comunque espressamente indicata la necessità di "sentire" il Garante per la protezione dei dati personali.

Il comma 2 stabilisce che, sempre nelle sole regioni in cui sia stata già istituita l'Anagrafe vaccinale, la summenzionata procedura possa essere applicata già dall'anno scolastico in corso, a condizione che essa si concluda entro il 10 marzo 2018. Entro la suddetta data, dunque, devono essere stati effettuati tutti i controlli sul rispetto degli obblighi vaccinali.

## 12. Disposizioni transitorie per l'anno scolastico 2017/2018

Il successivo art. 5, L. n. 119/2017, stabilisce che per l'anno scolastico 2017-2018, la documentazione di cui all'art. 3 deve essere presentata alle Istituzioni scolastiche, ivi incluse quelle private non paritarie:

- entro il 10 settembre 2017 (11 settembre, lunedì (61)) per le bambine e i bambini della scuola dell'infanzia e delle sezioni primavera;
- entro il 31 ottobre 2017 per tutti gli altri gradi di istruzione.

La documentazione comprovante l'avvenuta effettuazione delle vaccinazioni può essere sempre sostituita dall'autocertificazione resa ex d.P.R. n. 445/2000; in tale caso, la documentazione sostituita inizialmente dall'autocertificazione dovrà essere presentata entro il 10 marzo 2018.

La circolare del MIUR recante le prime indicazioni operative per l'attuazione della legge specifica che la documentazione di cui sopra deve essere acquisita, nei tempi sopra indicati, anche per le alunne e gli alunni, le studentesse e gli studenti, già frequentanti l'istituzione scolastica (62).

La circolare MIUR/Ministero della Salute dell'1 settembre 2017, poi, precisa che per l'anno scolastico 2017/2018 la richiesta di vaccinazione potrà essere effettuata nelle seguenti modalità: telefonicamente (purché la telefonata sia riscontrata positivamente), ovvero inviando una mail all'indirizzo di posta elettronica ordinaria (PEO) o certificata (PEC) di una delle aziende sanitarie della regione di appartenenza ovvero inoltrando una raccomandata con avviso di ricevimento (raccomandata A/R) (63).

In tutti questi casi, e limitatamente all'anno scolastico 2017/2018, in alternativa alla presentazione della copia della formale richiesta di vaccinazione, il genitore/tutore/affidatario potrà anche presentare un'autocertificazione ex d.P.R. n. 445/2000, dichiarando di aver richiesto alla ASL di effettuare le vaccinazioni non ancora eseguite.

La mancata presentazione della documentazione nei termini indicati sarà segnalata dai dirigenti scolastici all'ASL entro dieci giorni dai rispettivi termini. Il conseguente diniego di accesso ai servizi educativi per l'infanzia e alla scuola dell'infanzia sarà reso noto ai genitori/tutori/affidatari mediante comunicazione formale adeguatamente motivata (64).

Va precisato che ove il genitore/tutore/affidatario non abbia presentato la documentazione nei termini (11 settembre 2017 o 10 marzo 2018 per i casi di dichiarazione sostitutiva), il minore non in regola con gli adempimenti vaccinali ed escluso dall'accesso ai servizi, rimarrà iscritto ai servizi educativi per l'infanzia e alla scuola dell'infanzia. Il minore sarà nuovamente riammesso ai servizi successivamente alla presentazione della documentazione richiesta (65).

Nell'ipotesi di iscrizione ai servizi educativi per l'infanzia o alla scuola dell'infanzia dopo l'11 settembre 2017 o in caso di raggiungimento di posizione utile a seguito di scorrimento della graduatoria per l'iscrizione, il minore avrà accesso ai servizi solo dalla data di presentazione della documentazione di cui sopra (66).

Successivamente, la scuola, senza alcuna preventiva valutazione di merito, trasmetterà alla ASL la

delle modalità operative congiuntamente definite dal Ministero della salute e dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

2. Nelle medesime regioni e province autonome, le disposizioni di cui al comma 1 sono applicabili già per l'anno scolastico e il calendario dei servizi educativi per l'infanzia e dei corsi per i centri di formazione professionale regionale in corso, a condizione che il controllo sul rispetto degli adempimenti vaccinali si concluda entro e non oltre il 10 marzo 2018".

(61) Come precisato dalla circolare "congiunta" del MIUR e del Ministero della Salute del 1° settembre 2017 contenente ulteriori indicazioni operative per l'attuazione della L. n. 119/2017: "Disposizioni per l'anno scolastico e il calendario annuale 2017/2018.

Integrazione delle circolari n. 25233/2017 del Ministero della Salute e n. 1622/2017 del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 16.8.2017", in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it).

(62) Circ. MIUR 16 agosto 2017, in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it), 5.

(63) Circ. MIUR/Ministero della Salute del 1° settembre 2017, in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it).

(64) Circ. MIUR/Ministero della Salute del 1° settembre 2017, in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it).

(65) Circ. MIUR/Ministero della Salute del 1° settembre 2017, in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it).

(66) Circ. MIUR/Ministero della Salute del 1° settembre 2017, in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it).

documentazione presentata dai genitori/tutori/affidatari, tranne i casi di adempimento vaccinale (67). Per l'anno scolastico 2018-2019, la documentazione dovrà essere prodotta dai genitori, dai tutori o dai soggetti affidatari all'atto dell'iscrizione del minore; in caso di presentazione della dichiarazione sostitutiva il termine per la consegna della documentazione comprovante l'adempimento degli obblighi vaccinali è fissato al 10 luglio 2018.

### 13. Nuove procedure di attuazione dei programmi vaccinali e nuovi organismi di controllo e verifica

La legge stabilisce altresì che venga istituita con decreto del Ministro della Salute, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, l'anagrafe nazionale vaccini, allo scopo di monitorare l'attuazione dei programmi vaccinali sul territorio nazionale.

In tale sistema, da creare anche mediante il riuso di sistemi informatici o di parte di essi già realizzati da altre amministrazioni sanitarie, verranno registrati i soggetti vaccinati e da sottoporre a vaccinazioni, i soggetti immunizzati naturalmente e quelli per i quali sussistono ragioni che consentono l'omissione o il differimento dei vaccini, nonché le dosi ed i tempi di somministrazione delle vaccinazioni effettuate e anche gli eventuali effetti indesiderati.

L'anagrafe nazionale vaccini prevista dall'art. 4 bis, L. n. 119/2017, raccoglierà i dati delle anagrafi regionali esistenti (68), i dati relativi alle notifiche effettuate dal medico curante, ed anche i dati concernenti gli eventuali effetti indesiderati delle vaccinazioni che confluiscono nella rete nazionale di farmacovigilanza (69).

A completare l'articolo vi sono due comma di carattere esclusivamente finanziario, secondo cui agli

oneri derivanti dalla istituzione dell'anagrafe nazionale vaccini si provvederà, con le risorse disponibili a legislazione vigente, mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa, quantificandola in euro 300.000 per l'anno 2018 ed euro 10.000 a decorrere dall'anno 2019.

Entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, il Ministro della Salute, come statuito dall'art. 4 ter, L. 119/2017, dovrà con proprio decreto integrare gli obiettivi e la composizione dell'Unità di crisi permanente di cui al decreto del medesimo Ministro del 27 marzo 2015 (70), al fine di renderli maggiormente funzionali alle esigenze di coordinamento con tutti i soggetti istituzionali che operano in materia di prevenzione delle malattie infettive.

In tal modo l'Unità di crisi dovrebbe essere in grado di intervenire con azioni mirate in condizioni di rischio o allarme sanitario (71).

### 14. Disposizioni relative ai soggetti danneggiati da vaccinazioni

Da ultimo, a chiudere il testo normativo, vi sono tre articoli (artt. 5 bis, 5 ter e 5 quater) che introducono il tema delicatissimo delle reazioni avverse alle vaccinazioni.

Il Ministero della Salute insiste ad informare la popolazione della "sicurezza documentata" delle vaccinazioni che ha reso obbligatorie. Tale informazione perviene al genitore che, in un normale contesto di fiducia nelle istituzioni, teso a salvaguardare la salute dei cittadini, considera tali affermazioni vere e sulla base di ciò le asseconda nel settore più importante, ovvero la salute dei propri figli, di cui è tra l'altro responsabile giuridicamente.

È tuttavia il testo di legge stesso a denunciare la mancata sicurezza delle vaccinazioni che rende obbligatorie.

Innanzitutto, all'art. 1 ter, L. n. 119/2017, si stabilisce che decorsi tre anni dalla data di entrata in vigore

(67) Circ. MIUR/Ministero della Salute del 1° settembre 2017, in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it).

(68) Per valutare il livello di informatizzazione delle anagrafi vaccinali in Italia, nel 2007 è stata condotta un'indagine conoscitiva dal Centro Nazionale di Epidemiologia, Sorveglianza e Promozione della Salute, Istituto Superiore di Sanità, Roma, riportato in [www.epicentro.iss.it](http://www.epicentro.iss.it), da cui è emerso che in totale, 126/180 ASL italiane (70%) hanno un'anagrafe vaccinale informatizzata. Di queste, solo il 17% (21/126) trasmette o condivide i dati individuali con la propria regione. Ad oggi in Italia, tuttavia, estese realtà si trovano ancora a gestire gli archivi vaccinali su supporto cartaceo. È necessario quindi migliorare il livello di informatizzazione dei dati sulle vaccinazioni, soprattutto nelle regioni del Sud.

(69) Come previsto dal decreto del Ministro della Salute 30 aprile 2015, pubblicato sulla *G.U.* 23 giugno 2015, n. 143, in attuazione dell'art. 1, comma 344, L. 24 dicembre 2012, n. 228:

"Procedure operative e soluzioni tecniche per un'efficace azione di farmacovigilanza".

(70) Il Ministro della salute ha istituito presso l'Ufficio di Gabinetto del Ministero una Unità di crisi permanente con il compito di individuare con tempestività procedure e strumenti atti a ridurre il rischio di ripetizione di eventi infausti o di particolare gravità che si verificano nell'ambito delle attività di erogazione delle prestazioni da parte del Servizio sanitario nazionale e di coordinare gli interventi a tal fine necessari per rendere più efficiente e immediata l'azione del Ministero e delle altre istituzioni competenti. La partecipazione all'Unità di crisi è a titolo gratuito ed ai componenti non sono corrisposti gettoni, emolumenti, compensi. Per un maggiore approfondimento si veda [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

(71) L'Unità di crisi si avvale di una *task force* che opera secondo un protocollo operativo disponibile su [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

della legge, e successivamente con cadenza triennale, il Ministro della Salute può disporre la cessazione dell'obbligatorietà dei vaccini anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella sulla base della verifica "delle eventuali reazioni avverse segnalate in attuazione delle vigenti disposizioni di legge".

Si mette già in conto, dunque, l'insorgenza di eventi avversi ricollegabili alle vaccinazioni come regolamentate dall'impianto normativo.

Le stesse Aziende Farmaceutiche, nelle schede tecniche dei vaccini e nei foglietti illustrativi che li accompagnano riportano le avvertenze e le precauzioni da adottare prima della somministrazione del vaccino stesso, gli effetti avversi - comuni e/o meno - che si possono verificare successivamente alla somministrazione, così come avviene per tutti i farmaci. Se poi le vaccinazioni come impostate dal decreto Lorenzin fossero davvero efficaci ed innocue, non vi sarebbe stato bisogno di prevedere, all'art. 5 *quater* della L. n. 119/2017, che le disposizioni di cui alla L. 25 febbraio 1992, n. 210 si applicheranno a tutti i soggetti che abbiano riportato lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente all'integrità psico-fisica a causa delle medesime vaccinazioni.

Con la L. 25 febbraio 1992, n. 210 "Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati", il Legislatore ha inteso rispondere ad esigenze divenute ormai pressanti ed imprescindibili.

Il provvedimento legislativo trae origine dall'intervento della Corte cost. che, con la sent. n. 307 del 1990 (72), ha dichiarato l'illegittimità, alla luce degli artt. 32 e 2 della Carta fondamentale, della L. n. 51/1966 (la quale sanciva l'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica) nella parte in cui non prevedeva l'obbligo, a carico dello Stato, di corrispondere un'indennità per il danno causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto, per l'assistenza personale diretta prestata al primo. La Corte ha enunciato il principio secondo cui non è lecito richiedere che il singolo cittadino esponga a rischio la propria salute per un interesse collettivo senza che la collettività stessa sia disposta a condividere il peso delle eventuali

conseguenze negative: ha dunque riconosciuto l'esistenza di un diritto costituzionalmente sancito ad un indennizzo in caso di danno alla salute patito in conseguenza della sottoposizione a vaccinazione obbligatoria. Secondo l'insegnamento del Giudice delle leggi, infatti, "il dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. impone alla collettività, e per essa allo Stato, di predisporre, a favore di chi abbia subito danni alla salute per essersi sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori, la protezione specifica consistente in un'equa indennità" (73). Ed ancora: "(...) la ratio costituzionale del diritto all'equo indennizzo, riconosciuto in base agli artt. 32 e 2 Cost., sta nell'esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene dalla legge assunto ad oggetto di obbligo legale, sicché è l'interesse collettivo alla salute la ragione determinante del diritto all'indennizzo e non già l'obbligatorietà in quanto tale del trattamento, che è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse" (74).

L'impianto originario della L. n. 210/1992 è stato successivamente modificato ed integrato da alcune disposizioni legislative che hanno ampliato l'area della tutela originariamente prevista: tali sono la L. 20 dicembre 1996, n. 641 ("Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 548, recante interventi per le aree depresse e protette, per manifestazioni sportive internazionali, nonché modifiche alla legge 25 febbraio 1992, n. 210"), la L. 25 luglio 1997, n. 238 ("Modifiche ed integrazioni alla legge 25 febbraio 1992, n. 210, in materia di indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati") e la L. 14 ottobre 1999, n. 362 ("Disposizioni urgenti in materia sanitaria") (75).

Orbene, gli artt. 1 e 2 della L. n. 210/1992 individuano i soggetti aventi diritto e legittimati a proporre la domanda di indennizzo, consistente in un assegno vitalizio bimestrale, reversibile per quindici anni: tali sono coloro che hanno riportato danni irreversibili a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di un'autorità sanitaria italiana; coloro che per motivi di lavoro o per accedere ad uno stato estero si sono dovuti sottoporre a vaccinazioni anche se non obbligatorie per legge; soggetti a rischio

(72) Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *Cons. Stato*, 1990, II, 882; in *Foro it.*, 1990, 2694.

(73) Corte cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in *Giur. cost.*, 1998, 148, con nota di Chessa; in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1349, con nota di Caranta; in *Cons. Stato*, 1998, II, 183; in *Foro it.*, 1998, I, 1370,

con nota di Ponzanelli; in *Giur. it.*, 1998, 1479, con nota di Algostino; in *Danno e resp.*, 1998, 5, 429, con nota di Comandè.

(74) Corte cost. 22 giugno 2000, n. 226, in *Ragiusan*, 2000, 195-6, 204.

(75) M. Montanari, *op. cit.*, 581.

che operano nelle strutture ospedaliere che si sono sottoposti a vaccinazioni anche se non obbligatorie; soggetti che hanno riportato danni irreversibili da epatiti post trasfusionali; soggetti contagiati da infezione da HIV a seguito di trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati; operatori sanitari che durante il servizio abbiano riportato infezioni da HIV a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da HIV; il coniuge contagiato da uno dei soggetti sopra indicati o il figlio contagiato durante la gestazione della madre appartenente ad una delle categorie di persone sopra indicate.

In caso di decesso del soggetto danneggiato a causa delle vaccinazioni o delle patologie previste dalla L. 210/1992 il beneficio spetta ai superstiti e, nell'ordine, al coniuge, ai figli, ai genitori, ai fratelli minorenni, ai figli maggiorenni inabili al lavoro. Quando la persona danneggiata sia deceduta in età minore, l'indennità spetta ai genitori o a chi esercita la responsabilità parentale.

I termini indicati dalla legge per la proposizione della domanda sono perentori e, per il caso che qui ci interessa, sono di 3 anni decorrenti dal momento in cui "l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno irreversibile" (76): quindi non dal momento della semplice scoperta, ma da quello in cui la patologia si è conclamata pervenendo ad uno stadio cronico.

La domanda di indennizzo va corredata da una serie di documenti sia amministrativi che medici (77), deve essere firmata dal richiedente o, in caso di minorenni, dai genitori o dal legale rappresentante, e presentata in carta semplice alla ASL territorialmente competente, che è quella del luogo di residenza del danneggiato.

Stante la competenza alle Regioni della materia in questione, assegnata con il D.P.C.M. 26 maggio 2000, la ASL è tenuta a provvedere ad istruire la domanda entro 90 giorni dalla data di presentazione (78), registrandola ed attribuendole un numero di protocollo. Una volta accertata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, la ASL trasmette la pratica al competente Ufficio della Regione che provvederà ad inoltrare il fascicolo alla Commissione Medica Ospedaliera

(C.M.O.) (79) deputata territorialmente agli adempimenti previsti dall'art. 4, L. n. 210/1992. Ogni commissione è composta da almeno tre ufficiali medici e tra questi, in un primo momento, non era prevista, inspiegabilmente, la presenza di un sanitario specializzato nelle patologie di cui alla L. n. 210/1992: è solo con l'art. 1, comma 12, L. n. 238/1997 che il legislatore ha finalmente riconosciuto che dette commissioni debbano essere integrate con medici esperti nelle materie attinenti alla richiesta di indennizzo (80).

È compito della Commissione Medica Ospedaliera convocare a visita l'interessato ed esprimere un giudizio sanitario che verte sul nesso di causalità tra la menomazione denunciata e la somministrazione del vaccino, sulla tempestività della domanda di indennizzo e sulla valutazione delle lesioni patite. Il danno viene poi ascritto ad una delle Tabelle allegate al d.P. R. 30 dicembre 1981, n. 834.

La L. n. 210/1992 si riferisce comunque ad un indennizzo e non ad un risarcimento del danno, che presupporrebbe l'accertamento della responsabilità per aver provocato un danno ingiusto.

In caso di contenzioso sulla determinazione dell'indennizzo, al rigetto della C.M.O. corrisponde una fase impugnativa rivolta, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione, al Ministero della Salute ex art. 5, L. 210/1992. L'ulteriore rigetto 'ministeriale' è ricorribile entro un anno al Tribunale del Lavoro territorialmente competente.

Una volta effettuata la propria valutazione, la Commissione trasmette alla ASL il verbale contenente i propri giudizi. La pratica viene quindi inviata all'Ufficio Speciale per l'attuazione della L. n. 210/1992 presso il Ministero della Sanità a Roma che predispose il decreto di liquidazione dell'indennizzo.

Qualora il soggetto danneggiato sia in vita la corresponsione dell'indennizzo decorre dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda in sede amministrativa e viene calcolato in base alla gravità dei danni subiti e secondo la tabella B allegata alla L. n. 177/1976, modificata dalla L. n. 11/1984 (81). Se, invece, il soggetto danneggiato è deceduto, i superstiti possono optare tra la reversibilità dell'indennizzo per 15 anni o un assegno *una tantum* pari a 150 milioni delle vecchie lire.

(76) L. 25 febbraio 1992, n. 210.

(77) I. Gardini - L. Delucchi - F. Zadra, *L'indennizzo di cui alla legge 210/92. Iter amministrativo e profili giuridici*, Milano, 2003, 37.

(78) Art. 3, comma 1, L. n. 210/1992 così come modificato dalla L. n. 238/1997.

(79) Tali commissioni furono istituite originariamente dal d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1072 con il compito di accertare e valutare le menomazioni dell'integrità fisica riportate dai dipendenti dello Stato che operavano presso gli Ospedali Militari e gli Istituti di Medicina Legale delle Forze Armate.

(80) I. Gardini - L. Delucchi - F. Zadra, *op. cit.*, 44.

(81) L. 29 aprile 1976, n. 177; L. 20 febbraio 1984, n. 11.



Ai soggetti di cui all'art. 1, comma 1, L. n. 210/1992 è riconosciuto un ulteriore indennizzo, consistente in un assegno mensile vitalizio. È quanto previsto dalla L. 29 ottobre 2005, n. 229 ("Disposizioni in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie"), che ha istituito una commissione per la definizione degli importi da erogare ai soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, composta dai rappresentanti delle associazioni dei danneggiati da vaccini, medici legali ed esperti nel campo delle vaccinazioni. Detto indennizzo è corrisposto per la metà al soggetto leso e per l'altra metà ai congiunti che prestano o abbiano prestato al danneggiato assistenza in maniera prevalente e continuativa (82).

Ai soggetti di cui al comma 1 dell'art. 1, L. n. 229/2005 è ulteriormente riconosciuto il beneficio di un assegno *una tantum*, il cui ammontare è determinato dalla commissione di cui all'art. 2, sino alla misura massima di dieci annualità dell'indennizzo di cui al comma 1 dell'art. 1, per il periodo compreso tra il manifestarsi dell'evento lesivo ed il conseguimento dell'indennizzo (83).

I soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie che usufruiscono dei benefici di cui alla L. 25 febbraio 1992, n. 210, e che siano parti in contenziosi giudiziari pendenti ai sensi della medesima legge, in qualsiasi stato e grado del giudizio, ivi compresa la fase esecutiva, i quali intendono accedere ai benefici previsti dalla L. n. 229/2005, debbono rinunciare con atto formale alla prosecuzione del giudizio (84). Come si è poc'anzi rimarcato, l'indennizzo di cui alla L. n. 210/1992, come novellato dalla L. n. 238/1997, non ha natura risarcitoria, essendo riconducibile alle prestazioni poste a carico dello Stato per motivi di solidarietà sociale ed in senso lato assistenziale (85). Il problema del cumulo materiale fra indennizzo e risarcimento del danno in favore dei danneggiati da vaccino è stato risolto, essendo ormai pacificamente ammissibile il concorso delle due forme di tutela.

È opportuno segnalare che ai fini del risarcimento ordinario, il riconoscimento dell'indennizzo ai sensi

della L. n. 210/1992 assume sicura rilevanza, in quanto la prova del nesso causale potrà dirsi raggiunta sulla base dell'allegazione dei verbali redatti dalla C.M.O. in applicazione dell'art. 4, L. n. 210/1992. Sulla richiesta risarcitoria *ex art.* 2043 c.c., la competenza spetta al giudice ordinario (86).

In diverse occasioni è stato richiesto l'intervento della Corte costituzionale, chiamata a giudicare sull'eventuale conflitto di costituzionalità tra le disposizioni della L. n. 210/1992 e le norme della Carta fondamentale.

In particolare, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 32 e 136 Cost., gli artt. 2, comma 2, e 3, comma 7, L. n. 210/1992, nella parte in cui "escludono, per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento avvenuto prima dell'entrata in vigore della predetta legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della stessa legge, il diritto ad un equo indennizzo a carico dello Stato per le menomazioni riportate a causa della vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica da quanti vi siano stati sottoposti" (87). Nello specifico, le norme della L. n. 210/1992 si porrebbero in contrasto con la Carta fondamentale nella parte in cui stabiliscono che l'indennizzo per il danno derivante da vaccinazione obbligatoria "ha decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda" intesa ad ottenerlo, mentre "per coloro che, alla data di entrata in vigore della legge hanno già subito la menomazione ..., il termine [per la presentazione della domanda] decorre dalla data di entrata in vigore della legge" (88).

Ad avviso del Giudice delle leggi, le norme suddette contrasterebbero con l'art. 32 Cost. che tutela la salute "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", in quanto "non garantirebbero un'indennizzabilità temporalmente piena a favore di coloro che abbiano subito menomazioni da vaccinazione obbligatoria nel tempo anteriore alla legge in questione" (89).

La decorrenza del triennio per la presentazione della domanda ai fini dell'indennizzo è diversa a seconda che il danno si sia verificato in epoca successiva o

(82) Art. 1, L. 29 ottobre 2005, n. 229.

(83) Art. 4, L. 29 ottobre 2005, n. 229.

(84) Art. 3, L. 29 ottobre 2005, n. 229.

(85) Corte cost. 26 febbraio 1998, n. 27, cit.; Cass., Sez. lav., 21 ottobre 2000, n. 13923, in *D&G*, 2000, 39, 61; Trib. Roma 27 novembre 1998, n. 21060, inedita.

(86) Cfr. Cass., SS.UU., 8 maggio 2006, n. 10418, che ha escluso in materia la giurisdizione esclusiva amministrativa, atteso che, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 204 del 2004, è venuta meno la competenza del giudice amministrativo in materia di "attività e prestazioni di ogni genere, anche di natura

patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale ..." (art. 33, comma 2, lett. e) del D.Lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, lett. a), L. n. 205/2000).

(87) Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1879; in *Giur. cost.*, 1996, 1006; in *Resp. civ. prev.*, 1996, 576, con nota di Cassella; in *Foro it.*, 1996, I, 2326, con nota di Ponzanelli; in *D&G*, 1996, 5, 573, con nota di Comandè.

(88) L. 25 febbraio 1992, n. 210.

(89) Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, cit.

anteriore all'entrata in vigore della legge. Nel primo caso, il triennio decorre dal momento della conoscenza del danno; nel secondo, dall'entrata in vigore della legge (art. 3, comma 7, L. n. 210/1992).

Da ciò discende la questione di costituzionalità, essendo data a tutt'oggi un'indennizzabilità limitata, cioè esclusivamente per il futuro, degli eventi dannosi derivanti da vaccinazione antipoliomielitica obbligatoria, verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della legge: indennità solo parziale, come risulta dal combinato disposto degli artt. 2, comma 2, e 3, comma 7, L. n. 210/1992, che devono ritenersi le norme oggetto di giudizio di legittimità.

La previsione di una restrizione temporale collide sia con la natura del diritto alla salute protetto dalla Costituzione, sia con la sentenza della Corte cost. n. 307 del 1990, nella quale il riconoscimento dell'obbligo di assicurare protezione alle vittime della vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica non ha trovato limitazioni di carattere temporale (90).

Successivamente, con riferimento ai danni subiti da infezioni post-trasfusionali (quindi non direttamente riconducibili alle pratiche vaccinali), la Corte ha più volte rigettato la questione di legittimità costituzionale dichiarandola infondata, rilevando l'assenza di contrasto con le norme costituzionali e sottolineando la discrezionalità del legislatore in materia e l'impossibilità di un intervento additivo della stessa Corte (91). Tornando all'argomento di nostro interesse, la L. n. 119/2017 non solo ha aumentato esponenzialmente il numero delle vaccinazioni senza minimamente preoccuparsi dell'inevitabile aumento delle reazioni avverse - tenuto conto che non esiste alcuna letteratura scientifica in relazione ad un numero così esteso di vaccinazioni -, ma ha reso ancor più complesso il già difficilissimo iter di chi ha subito una grave reazione avversa ai vaccini per ottenere l'indennizzo da parte dello Stato, prevedendo all'art. 5 bis il litisconsorzio necessario dell'AIFA (Autorità Italiana di vigilanza sui farmaci) nei procedimenti relativi a controversie aventi ad oggetto domande di

riconoscimento di indennizzo da vaccinazione di cui alla L. 25 febbraio 1992, n. 210.

Ciò significa che i soggetti danneggiati da vaccino avranno l'onere di dover contraddire processualmente con almeno due soggetti, con rilevante aggravio di spese.

Non si comprende, poi, anche alla luce del dettato dell'art. 24 Cost., quale sia l'interesse di cui AIFA dovrebbe essere portatrice nel giudizio.

Il comma 2 dell'art. 5 bis specifica che tale norma troverà applicazione esclusivamente nei giudizi introdotti in primo grado a partire dal trentesimo giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione del D.L. n. 73/2017 nella Gazzetta Ufficiale.

Addirittura, all'art. 5 ter si contempla la possibilità che il Ministero della Salute si avvalga di un contingente fino a venti unità di personale appartenente all'area III del comparto Ministeri in posizione di comando (92) al fine di definire le procedure finalizzate al ristoro dei soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie.

Non vi è però certezza che con queste disposizioni l'impianto normativo rispetti il c.d. principio di precauzione, principio di derivazione comunitaria (art. 191, par. 2, ex art. 174 del Trattato UE, v. fra le molte, Corte di Giustizia UE, Sez. I, 9 giugno 2016, n. 78) (93).

Tale principio pone l'attenzione sui potenziali effetti avversi di ogni trattamento medico, richiedendo una valutazione scientifica dei rischi. Già Ippocrate, "padre della medicina", sosteneva il principio secondo cui "primum non nocere", ossia innanzitutto non creare danno.

Si tratta di un orientamento a presidio della salute dei cittadini fatto proprio anche dalla Corte Costituzionale, che con la sent. n. 258/1994 (94) ha richiamato l'attenzione del Legislatore affinché "siano individuati e siano prescritti in termini normativi, specifici e puntuali (...) gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze".

(90) Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, cit.

(91) Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 342, in *Giust. civ.*, 2007, 1 32; Corte cost. 23 dicembre 2005, n. 461, in *Giur. cost.*, 2005, 6; Corte cost. 26 novembre 2002, n. 476, in *Giust. civ.*, 2003, 1, 287; in *Foro it.*, 2003, 1, 330; in *Giur. cost.*, 2002, 6; in *Giur. it.*, 2003, 630; in *Danno e resp.*, 2003, 154, con nota di Ponzanelli; Corte cost. 6 marzo 2002, n. 38, in *Giur. cost.*, 2002, 519, con nota di Atelli; in *Dir. e giustizia*, 2002, 17, 53, con nota di Lupoi; in *Giust. civ.*, 2002, 1, 862; in *Foro it.*, 2002, 1, 929; in *Giur. it.*, 2002, 1785; in *Danno e resp.*, 2002, 5, 495, con nota di Ponzanelli; Corte cost. 21 novembre 2000, n. 522, in *Foro it.*, 2001, 1, 3; Corte cost. 22 giugno 2000, n. 226, in *Ragiusan*, 2000, 195.

(92) Come disposto dall'art. 17, comma 14, L. 15 maggio 1997, n. 127: "Nel caso in cui disposizioni di legge o regolamentari

dispongano l'utilizzazione presso le amministrazioni pubbliche di un contingente di personale in posizione di fuori ruolo o di comando, le amministrazioni di appartenenza sono tenute ad adottare il provvedimento di fuori ruolo o di comando entro quindici giorni dalla richiesta".

(93) In dottrina: R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, V. Salute e sanità, a cura di R. Ferrara, Milano, 2010, 3; E. Al Mureden, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Bologna, 2008, 82.

(94) Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258, in *Giur. cost.*, 1994, 2097.

La dottrina ha poi riconosciuto come la pratica vaccinale possa giuridicamente definirsi quale attività pericolosa *ex art. 2050 c.c.* (95). Peraltro, già da tempo si sosteneva la piena applicabilità di tale disciplina alle attività medico-sanitarie (96).

Se da un lato è pacifica, secondo la giurisprudenza (97), l'estensione dell'art. 2050 c.c. al danno da trasfusione di sangue infetto, non si vede come questa non debba valere anche per le vaccinazioni obbligatorie, atteso che gli studi scientifici e le reazioni avverse manifestatesi ne hanno dimostrato la pericolosità (98).

### 15. Le criticità

Sgomberato il campo dagli echi mediatici del D.L. n. 73/2017, nonché della legge di conversione (L. n. 119/2017), e volendo compiere una valutazione asettica, non si può, comunque, non rilevare come la nuova normativa sia stata introdotta in modo "traumatico" e come si presenti, sotto vari profili, fortemente divisiva e fonte di numerosi dubbi quanto a profili di legittimità e costituzionalità. Essa risulta poi di difficile applicazione nel Paese: si pensi alle differenze di valutazione e disciplina delle fasce di età o ai riverberi prodotti in relazione degli obblighi scolastici e dell'ammissione alle comunità infantili. Disparità, queste, difficilmente spiegabili e sostenibili dal punto di vista sanitario ancor prima che giuridico. Inevitabile l'insorgere di primissime reazioni quali il ricorso diretto alla Consulta da parte della Regione Veneto (Corte cost. atto n. 51/2017 dep. 21 luglio 2017), incentrato sulla questione della sovrapposizione delle competenze tra Stato e Regioni in tema di potestà vaccinale.

In data 22 novembre 2017 la Corte Costituzionale si è pronunciata dichiarando l'inammissibilità del ricorso e ritenendo che le vaccinazioni siano espressione della competenza del legislatore nazionale e non mera organizzazione sanitaria di competenza regionale. A parere dei giudici costituzionali, le vaccinazioni oggi rese obbligatorie erano già previste e/o raccomandate nei piani nazionali di vaccinazione e

finanziate dallo Stato nell'ambito dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA).

È comunque probabile che la Consulta venga nuovamente interpellata per valutare ulteriori profili di irragionevolezza che la L. n. 119 e il "decreto Lorenzin" presentano.

A parere di chi scrive, il primo *punctum dolens* della L. n. 119/2017 è rappresentato dal divieto di frequentazione della scuola materna, nella doppia e farraginoso prospettazione di un requisito di accesso *ex art. 3* del D.L. n. 73/2017 per l'anno scolastico 2017/2018, e come decadenza dall'iscrizione a partire dall'anno scolastico 2019/2020 (art. 3 bis), per i bambini inadempienti all'obbligo vaccinale.

È evidente che la nuova normativa, proprio nella parte relativa all'ammissione alla frequentazione scolastica e alle comunità infantili, vada a discriminare manifestamente i minori di età da zero a sei anni, rispetto a quelli da sei a sedici. Se infatti per entrambi è prevista, in caso di mancata sottoposizione alle vaccinazioni obbligatorie, la comminazione di una sanzione pecuniaria da Euro 100 a Euro 500, soltanto per la fascia da zero a sei anni si pone il divieto di accesso/la decadenza dall'iscrizione scolastica.

Se in passato l'asilo era percepito quasi alla stregua di un "parcheggio" dei minori per le necessità lavorative dei genitori, è stata invece da qualche anno compresa l'importanza socio-educativa fondamentale della scuola per l'infanzia, tanto che l'art. 2, lett. d), L. 28 marzo 2003, n. 53 (99) definisce il sistema educativo di istruzione e di formazione articolandolo "nella scuola dell'infanzia, in un primo ciclo che comprende la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado, e in un secondo ciclo che comprende il sistema dei licei ed il sistema dell'istruzione e della formazione professionale".

La stessa norma sancisce all'art. 2, lett. e) che "la scuola dell'infanzia, di durata triennale, concorre all'educazione e allo sviluppo affettivo, psicomotorio, cognitivo, morale, religioso e sociale delle bambine e dei bambini promuovendone le potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, e ad assicurare un'effettiva eguaglianza delle opportunità educative; nel rispetto della primaria responsabilità

(95) Così sostiene ad esempio M. Rizzuti, *Il problema dei danni da vaccinazione obbligatoria*, nota a Cass., Sez. III, 27 aprile 2011, n. 9406, in *Giur. it.*, 2012, 541.

(96) U. Ruffolo (a cura di), *La responsabilità medica: le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici)*, Milano, 2014.

(97) Cfr. Cass. 1° febbraio 1995, n. 1138, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 144; Cass. 20 aprile 2010, n. 9315, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1751, con nota di G.F. Aiello, *Danno da emotrasfusioni e violazione*

*del diritto all'autodeterminazione terapeutica*; Trib. Ravenna 28 ottobre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, 933, con nota di U. Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile, il danno da contagio fra responsabilità del produttore ed esercizio di attività pericolose*.

(98) Per un maggiore approfondimento si veda: E. Serravalle, *Vaccinazioni: alla ricerca del rischio minore*, Torino, 2014; E. Serravalle, R. Gava, *Vaccinare contro il tetano?*, Torino, 2011.

(99) *Delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale*, in *G.U.* 2 aprile 2003, n. 77.

educativa dei genitori, essa contribuisce alla formazione integrale delle bambine e dei bambini e, nella sua autonomia e unitarietà didattica e pedagogica, realizza la continuità educativa con il complesso dei servizi all'infanzia e con la scuola primaria. È assicurata la generalizzazione dell'offerta formativa e la possibilità di frequenza della scuola dell'infanzia".

Tali principi sono stati recepiti anche dal recente D. Lgs. 13 aprile 2017, n. 65 (100), che prevede all'art. 1, comma 1, che "alle bambine e ai bambini, dalla nascita fino ai sei anni, per sviluppare potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, in un adeguato contesto affettivo, ludico e cognitivo, sono garantite pari opportunità di educazione e di istruzione, di cura, di relazione e di gioco, superando disuguaglianze e barriere territoriali, economiche, etniche e culturali"; all'art. 1, comma 3 che "il Sistema integrato di educazione e di istruzione: a) promuove la continuità del percorso educativo e scolastico, con particolare riferimento al primo ciclo di istruzione (...); b) concorre a ridurre gli svantaggi culturali, sociali e relazionali e favorisce l'inclusione di tutte le bambine e di tutti i bambini attraverso interventi personalizzati e un'adeguata organizzazione degli spazi e delle attività; d) rispetta e accoglie le diversità ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione della Repubblica italiana; (...) g) promuove la qualità dell'offerta educativa".

Da queste disposizioni si deduce che i servizi educativi per l'infanzia rientrano pienamente nella tutela accordata dagli artt. 31 e 34 Cost., laddove l'art. 31, comma 2, Cost. sancisce che la Repubblica "protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo", e l'art. 34, comma 1, Cost. dispone che "la scuola è aperta a tutti".

Non si comprende in buona sostanza la *ratio* di una separazione così netta di due classi di cittadini, entrambe interessate dallo stesso provvedimento, ma sanzionate in modo pesantemente diverso in caso di inadempimento, il che va a ledere anche i summenzionati principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità.

Esiste poi un problema di logica coesistenza tra la L. n. 119/2017 ed il d.P.R. 26 gennaio 1999, n. 355 (101), ampliato nel suo raggio d'applicazione alle comunità infantili dalla Circ. n. 6 del 2000 del Ministero della Salute. Tali provvedimenti, attualmente non abrogati, sanciscono il libero accesso alle scuole, ivi

compresi i nidi di infanzia e le scuole dell'infanzia, per tutti i bambini non vaccinati. In assenza di espressa abrogazione, parte totalmente non trattata dalla L. n. 119/2017, quali sono le conseguenze giuridico-amministrative?

Si segnala, inoltre che viene, giustamente, garantita l'ammissione alle comunità infantili per i bambini che sono portatori cronici di epatite B, nonché per i bambini sieropositivi ed affetti da HIV, mentre viene ora vietato l'accesso ai servizi educativi per coloro che non sono vaccinati.

Come già accennato, in alcuni punti la L. n. 119/2017 mal si coordina con le circolari del Ministero della Salute e del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, datate 16 agosto 2017 e 1° settembre 2017. È da ritenere che, laddove la legge sia silente, le circolari abbiano funzione esplicativa. È questo il caso, ad esempio, della previsione secondo cui il pagamento della sanzione amministrativa estingua l'obbligo vaccinale, non contenuta nel testo legislativo ed inserita nella Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017.

Laddove, invece, vi sia un contrasto tra la L. n. 119/2017 e le successive circolari, sarà da privilegiare il dettato normativo, secondo i principi che governano la gerarchia delle fonti del diritto.

In questo modo, infatti, è possibile interpretare la contrapposizione relativa all'età del minore in cui dovrebbe cessare l'obbligo vaccinale. Mentre la legge cita "i minori di età compresa tra zero e sedici anni", facendo quindi cessare l'obbligo al compimento del sedicesimo anno di età, la Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017, specifica che l'età dei minori per cui è previsto l'obbligo vaccinale è compresa tra zero e 16 anni e 364 giorni, ossia al compimento del diciassettesimo anno di età.

Nel vigore della L. n. 119/2017 diventa problematica anche la "convivenza" tra il diritto all'autodeterminazione delle scelte mediche e l'interesse alla salute della collettività.

Se c'è in gioco solo la salute del singolo, la Costituzione privilegia il diritto all'autodeterminazione delle scelte mediche (superiore persino al parimenti fondamentale diritto alla vita (102)). Diritto che può essere oggetto di una compressione - come nel caso dei trattamenti obbligatori - solo se le scelte riguardano la tutela del preminente interesse alla salute della collettività.

(100) *Istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera e), della legge 13 luglio 2015, n. 107, in G.U. Serie Generale 16 maggio 2017, n. 112.*

(101) *Regolamento recante modificazioni al D.P.R. 1518/67 in materia di vaccinazioni obbligatorie.*

(102) V. Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 10.

Traslando tali principi al caso di specie, è dunque il perseguimento della c.d. “immunità di gregge” (“per proteggere, cioè, indirettamente anche coloro che, per motivi di salute, non possono vaccinarsi” (103)) la *ratio* dell’imposizione del trattamento obbligatorio. Se infatti i vaccini sono sicuri e innocui e rappresentano “l’intervento di sanità pubblica più importante per l’umanità” (104), è inconfutabile che laddove il singolo decida autodeterminandosi di vaccinarsi, egli si proteggerà dal contagio per l’effetto dell’immunizzazione indotta da quel vaccino.

Con il risultato che per la salute di quella singola persona che, con scelta autodeterminata, ha acquisito l’immunizzazione per merito della vaccinazione, l’eventuale scelta opposta di un’altra persona di non sottoporsi alla vaccinazione è del tutto indifferente. Tale ragionamento vale a maggior ragione se prendiamo in considerazione la vaccinazione antitetanica, resa obbligatoria dal D.L. n. 73/2017, che come noto protegge solo ed esclusivamente il singolo soggetto, posto che il tetano non è una malattia trasmissibile tra gli individui.

Da quanto sopra si deduce che l’immunità di gregge, il cui raggiungimento è l’unico fondamento del trattamento sanitario obbligatorio in esame, non mira alla tutela dell’intera collettività di cui all’art. 32 Cost., ma ambisce a fornire una salvaguardia a quella ristrettissima collettività di soggetti, come gli immunodepressi, che a causa di pregresse patologie non possono vaccinarsi. Soggetti però di cui il D.L. n. 73/2017, anche attraverso i suoi lavori parlamentari, nulla precisa né in relazione al numero, né in relazione ai benefici, né in relazione alle problematiche, quasi a voler tacere che essi, e soltanto essi, sono i destinatari della norma.

Non pare, dunque, possibile sostenere che l’art. 32 Cost. si spinga fino a prevedere una compressione dei diritti fondamentali del singolo verso una ristretta cerchia di soggetti (i “non vaccinabili”), quando invece sarebbe giustificabile solo rispetto alla collettività generale.

La questione che eventualmente si può porre (105) è che l’autodeterminazione sulle scelte sanitarie riguarda se stessi, non i propri figli minori, ragion per cui la tutela della salute dei minori non può essere lasciata all’apprezzamento dei genitori, ma va salvaguardata con l’intervento del giudice o dell’autorità sanitaria. Si tratterebbe perciò di integrare la volontà

del minore, che non ha capacità d’agire, con l’intervento di una autorità pubblica che si sostituisce ai genitori. Questa obiezione ha tratto qualche vantaggio da alcune pronunzie della Corte di cassazione che, decidendo in tema di vaccinazioni obbligatorie, ha rilevato che la vaccinazione non può essere rifiutata per una generica convinzione o per ignoranza del genitore, ma devono essere di volta in volta indicate specifiche ragioni che rendono la vaccinazione pericolosa per la salute del minore (Cass., Sez. I, 18 luglio 2003, n. 11226, Cass. 8 luglio 2005, n. 14384 e Cass., Sez. II, 26 giugno 2006, n. 1474).

Tuttavia l’interpretazione volta a sostituire la volontà del genitore con quella di un organo pubblico ha scarse possibilità di prevalere, dal momento che esiste nel nostro ordinamento l’incontestabile principio che la volontà dell’incapace è sostituita da quella del suo rappresentante legale, che è l’unico autorizzato a darle voce. Fino a che dunque non si pone nel nulla quella rappresentanza, saranno i genitori ad esprimere la volontà del minore. L’autodeterminazione si realizza appunto con riguardo alla salute del minore attraverso la scelta dei suoi genitori.

Merita infine un approfondimento anche la questione della protezione dei dati personali sensibili sanitari (D.Lgs. n. 196/2003 e ss. mm. e ii. - Autorizzazione n. 365/2017 del Garante per la Privacy del 1° settembre 2017) riguardo la documentazione di cui all’art. 3, comma 1, D.L. n. 73/2017 conv. in L. n. 119/2017 che le famiglie devono consegnare alle istituzioni scolastiche.

La Circolare MIUR del 16 agosto 2017, al paragrafo intitolato appunto “Trattamento dei dati”, prescrive che le Istituzioni scolastiche del Sistema nazionale di istruzione possono trattare esclusivamente i dati personali, anche sensibili, relativi all’adempimento, differimento, esonero o omissione dell’obbligo vaccinale che siano indicati nella documentazione prevista negli artt. 3, 3 *bis* e 4 del decreto-legge. Analogamente, tali dati personali, compreso quelli degli operatori scolastici, possono essere oggetto delle sole operazioni di trattamento e comunicazione strettamente indispensabili per assolvere agli adempimenti previsti dal decreto-legge e, in particolare, a quelli di segnalazione nei confronti delle aziende sanitarie locali. Le modalità e i tempi di acquisizione della comunicazione e del trasferimento diretto, tra amministrazioni, dei dati

(103) Senato della Repubblica, Fascicolo Iter DDL S. 2856.

(104) Circolare del Ministero della Salute del 16 agosto 2017 recante prime indicazioni operative per l’attuazione del D.L. 7

giugno 2017, n. 73, convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), 2.

(105) B. Deidda, intervento al Convegno “Vaccinazioni tra Scienza e Diritto” (Savona, 18 giugno 2016).

personali, relativi all'adempimento dell'obbligo vaccinale, devono essere quelli previsti dalla legge di conversione del decreto-legge.

Il Presidente del Garante della Privacy con provvedimento del 1° settembre 2017 (106) ha autorizzato (in via provvisoria e urgente), ai sensi degli artt. 19, comma 2 e 39, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 196/2003, esclusivamente (e temporaneamente, in attesa di ratifica del collegio) “la trasmissione degli elenchi dei minori iscritti da parte degli istituti scolastici e dei servizi educativi alle aziende sanitarie locali competenti per territorio”, ovvero ad avviare un flusso di “elenchi degli iscritti” e non di documenti di altra natura.

La circolare congiunta Ministero della Salute-MIUR emessa il 1° settembre 2017 ad integrazione delle due precedenti, al punto 2, prevede che “successivamente la scuola, senza alcuna preventiva valutazione di merito, trasmetterà alla ASL territorialmente competente la documentazione presentata dai genitori, ai fini della verifica della regolarità e della idoneità della stessa, nel rispetto della normativa sulla privacy”.

Tale ultimo provvedimento sembra discordante rispetto al disposto di cui al D.L. n. 73/2017, D.Lgs. n. 196/2003 e al Provvedimento del Garante della Privacy così come reso in via provvisoria e d'urgenza il 1° settembre 2017: è infatti consentito l'invio dalle scuole alle ASL solamente degli elenchi dei minori iscritti, e non anche della documentazione presentata dalle famiglie agli istituti scolastici.

Come si vede, le questioni legate all'interpretazione ed alla applicazione della legge commentata sono molteplici, tutte afferenti situazioni giuridiche degne di protezione ed in continua evoluzione.

Con il suo primo intervento (sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018, che si approfondirà separatamente), la Consulta ha chiarito infatti che, allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche, l'intervento del legislatore non possa definirsi “irragionevole”, ma nulla esclude che, mutate le condizioni, la scelta a favore dello strumento dell'obbligo vaccinale possa essere rivalutata e riconsiderata con riferimento a tutte le vaccinazioni previste dalla L. n. 119/2017.

---

(106) Cfr. [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

*Se posso avere una  
soluzione integrata a 360°  
con le mie banche dati  
Wolters Kluwer,*

*è* **La Mia Biblioteca**

*La Mia **Biblioteca** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.*

*è pensata per te,  
richiedi subito una prova!*

**lamiabiblioteca.com**



 **Wolters Kluwer**

Atti di destinazione

# Contratto di convivenza e atto di destinazione

di Giovanni D'Amico (\*)

La recente introduzione (ad opera della legge n. 76/2016) del "contratto di convivenza", quale strumento tipico attraverso il quale (nel rispetto di determinati presupposti) i conviventi possono regolare con effetto opponibile ai terzi i propri rapporti patrimoniali, in particolare (anche) "vincolando" eventuali beni al soddisfacimento delle esigenze della vita in comune, esclude che lo stesso risultato possa essere oggi perseguito (ammesso che lo fosse in precedenza) attraverso la stipula di un atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.

## Il "contratto di convivenza" introdotto dalla L. 20 maggio 2016, n. 76: caratteri generali e "natura"

L'argomento che il presente contributo si propone di approfondire è quello del rapporto tra l'atto di destinazione ex art. 2645 ter (ipotizzando che si immagini di porlo in essere in occasione e a causa di una "convivenza *more uxorio*") e il "contratto di convivenza", che la recente L. n. 76/2016 ha introdotto come strumento tipico attraverso il quale i conviventi possono regolare i loro rapporti patrimoniali. Prima di passare ad esaminare la natura e il contenuto di quest'ultimo contratto, è opportuno richiamare (sia pur succintamente) la situazione che esisteva al riguardo anteriormente alla L. n. 76/2016.

In proposito - e senza ripercorrere analiticamente i termini di un dibattito (dottrinale e giurisprudenziale) alquanto articolato -, è sufficiente qui ricordare come l'approdo che appariva ormai conseguito alla vigilia della legge si potesse riassumere nei seguenti punti (1):

- a) non si dubitava più (contrariamente a quanto avvenuto in passato (2)) circa la meritevolezza di tutela (ai sensi dell'art. 1322, cpv., c.c.) di accordi di vario contenuto volti a regolare, dal punto di vista patrimoniale, i rapporti tra conviventi (3);
- b) circa il contenuto di tali accordi, per lo più si trattava di accordi volti a definire un "regime convenzionale di contribuzione", comprendente l'assunzione di obblighi (di dare o di fare) da parte dei conviventi, o l'attribuzione di diritti di godimento

(\*) Si pubblica il testo della Relazione svolta dall'Autore al Convegno di studi su "Le nuove forme di segregazione patrimoniale nella prassi negoziale", organizzato dal Consiglio notarile dei Distretti riuniti di Ascoli Piceno e Fermo (Grottammare 24 giugno 2017).

(1) Cfr. AA.VV., nel fascicolo monografico 10/2016 di questa Rivista; per una sintesi recente: Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1319 ss., spec. 1321 ss. e 1331 ss. (nonché Id., *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, 1189 ss.), e Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 7 ss. (e, già prima, Id., *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com* del 23 giugno 2016).

(2) Si veda, per una breve ma efficace descrizione della situazione antecedente alla L. n. 76/2016, Ferrando, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015, 722 ss.

(3) L'approdo all'idea che il contratto fosse - come tale - (possibile) fondamento degli obblighi a contenuto patrimoniale assunti tra conviventi non è stato semplice, e può considerarsi

tutto sommato recente (nonostante l'avallo, risalente, che a quell'idea aveva dato un'autorevole dottrina: si veda, in part., Falzea, *La couple non mariée* (1981), ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. III. *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, 101 ss.; Id., *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto*, Napoli, 1988, 52). In precedenza, invece, della liceità/meritevolezza degli accordi patrimoniali tra conviventi si è a lungo dubitato, sia in generale (esprimendo riserve circa la possibilità di convertire in vincolo giuridico vero e proprio un'obbligazione che si riconosceva sussistente solo sul piano *morale e sociale*, e, come tale, idonea a giustificare l'irripetibilità di prestazioni già effettuate, ma non a "sorreggere" promesse di prestazioni future) sia, più specificamente, in relazione a clausole particolari (come ad es. penali previste per il recesso dal rapporto di convivenza, condizioni risolutive apposte ad attribuzioni patrimoniali effettuate in favore del convivente, ecc.) nel timore che esse potessero risolversi in un'indiretta limitazione della libertà personale inducendo il convivente a non porre termine al rapporto per non perdere (o, comunque, per continuare a mantenere) vantaggi patrimoniali già conseguiti o destinati a esserlo in futuro.



su beni di proprietà di uno di essi a favore dell'altro; e, in quest'ambito - dopo l'introduzione (ad opera della L. 23 febbraio 2006, n. 51) nel codice civile dell'art. 2645 *ter* - anche l'atto di imposizione di un vincolo su uno o più beni, destinato/i a soddisfare i bisogni (ad es. abitativi) della vita in comune, era stato indicato come uno dei possibili modi per regolare i rapporti patrimoniali tra conviventi (4) (5);

c) si escludeva, comunque, che l'accordo tra i conviventi potesse spingersi sino a creare (tra di essi) un vero e proprio "regime patrimoniale", e in particolare un regime analogo alla comunione dei beni tra coniugi, che potesse comportare la (automatica) ricaduta in comunione dei beni acquistati (anche separatamente) durante la convivenza, e soprattutto la possibilità di rendere *opponibile* ai terzi tale regime, essendo invece tale accordo destinato ad avere un'efficacia meramente "obbligatoria" (*inter partes*) (6).

Orbene, se questa era la situazione, il "contratto di convivenza" introdotto (e disciplinato) dalla L. n. 76/2016 (7) è sicuramente portatore di significative novità, soprattutto sotto il profilo da ultimo considerato, ossia quello della opponibilità ai terzi degli

accordi tra conviventi, opponibilità che sembra attribuire adesso a tali accordi l'idoneità a dare vita ad un vero e proprio "regime patrimoniale" (cosa che prima era da escludere, proprio perché - come detto -, a parte gli effetti *inter partes*, tali accordi erano incapaci di incidere sulle regole ad es. di responsabilità per le obbligazioni assunte singolarmente, oppure sulle regole di circolazione dei beni che i conviventi avessero deciso di rendere "comuni", senza però far seguire a questa decisione un'adeguata "pubblicità" al momento dell'acquisto del bene (8)).

È proprio in vista di codesta opponibilità verso i terzi che la L. n. 76/2016 si preoccupa di stabilire rigorosi presupposti "soggettivi" per poter "far valere" un contratto di convivenza (stabilendo, in difetto di tali presupposti, la "nullità insanabile" dello stesso (9)): e, così, ai sensi del comma 57 dell'art. 1 legge cit., il "contratto di convivenza" non potrà produrre i suoi effetti tipici se concluso tra soggetti che siano (uno [di essi] o entrambi) legati da un vincolo matrimoniale (10) (o da un'unione civile o da "altro contratto di convivenza"), o che non rispondano alla nozione di "conviventi" come definita dal

(4) Cfr. Villa, *op. cit.*, 1331, il quale peraltro richiama l'atto di destinazione *ex art. 2645 ter* nell'ambito di possibili "accordi che implicino la costituzione o il trasferimento di diritti reali" (tra conviventi), anche se - a ben vedere - l'atto di destinazione non attribuisce né trasferisce, *di per sé*, diritti reali. Più pertinente - sotto questo profilo - è il richiamo ad altri strumenti astrattamente utilizzabili dai conviventi (o meglio: da uno di essi in favore dell'altro) per disciplinare i propri rapporti patrimoniali: e così ad es., il trasferimento di uno o più beni ad un *trustee* con il vincolo di destinarli ai bisogni della coppia, la stipulazione di rendite vitalizie, di vitalizi assistenziali, ecc.

(5) Naturalmente, ragionando sulla base dello schema dell'art. 2645 *ter*, era/è possibile ipotizzare anche un "atto di destinazione" posto in essere *da un terzo* (relativamente ad un proprio bene) in favore di una coppia di conviventi (o, più in generale, di una "famiglia di fatto", volendo considerare anche eventuali figli). Questa ipotesi, tuttavia, non consente alcun confronto con il "contratto di convivenza" (come contratto *tra conviventi*), giacché - anche ad ipotizzare un trasferimento della proprietà del bene ai conviventi - il vincolo di destinazione discenderebbe, in tal caso, non già dalla volontà degli stessi, bensì da quella del terzo.

(6) Con la conseguenza della impossibilità di ipotizzare un'incidenza della (eventuale) adozione convenzionale della comunione da parte dei conviventi sul regime di circolazione dei beni (comuni) e sul regime di responsabilità. Detto altrimenti: circolazione dei beni e responsabilità patrimoniale continuavano ad essere regolati secondo le disposizioni "di diritto comune" (ad es.: secondo le disposizioni in materia di trascrizione, ai fini della opponibilità ai terzi della contitolarietà).

(7) È il caso di evidenziare che la c.d. "legge Cirinnà" (e, in misura ancora maggiore, il testo originario del progetto di legge) risulta largamente mutuataria - per quanto riguarda il "contratto di convivenza" - di una proposta elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 (cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Nuove regole. Tra affetti ed economia. Le proposte del notariato. Accordi prematrimoniali. Convivenze. Successioni*, Roma, 2011, 42 ss.). La proposta del Notariato prevedeva l'introduzione nel codice civile (in sede di disciplina dei "singoli contratti") di una serie di norme (numerata come artt. 1986-*bis* e ss.) volte a regolare quello che veniva

denominato "Patto di convivenza". Era previsto che al suddetto patto - che poteva (tra l'altro) stabilire che gli acquisti compiuti separatamente entrassero in comunione (*ordinaria*) tra i conviventi - fosse data pubblicità (ai fini della opponibilità ai terzi), mediante trascrizione in un istituto "Registro nazionale dei patti di convivenza" (onere, giustamente ritenuto eccessivo, da alcuni commentatori: cfr., ad es., Oberto, *I contratti di convivenza nei progetti di legge [ovvero, sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali]*, in questa *Rivista*, 2015, 165 ss., 171).

(8) Pubblicità, del resto, neanche realizzabile se l'acquisto fosse stato compiuto (separatamente) da un solo dei *partner* (senza la partecipazione dell'altro all'atto), in quanto la trascrizione può avvenire solo a favore del soggetto che risulta dall'atto quale parte (acquirente).

(9) Osserviamo, sin da ora, che più che "nullo" (come lo qualifica il legislatore) il contratto dovrà dirsi inidoneo a produrre gli effetti "tipici" del "contratto di convivenza" (e - dunque - si dovrà e potrà, propriamente, qualificare "nullo" come "contratto di convivenza", ma non in assoluto), e potrà produrre semplicemente gli effetti (di un contratto) "di diritto comune". E così, ad es., se i conviventi si sono concessi il diritto reciproco di godere di alcuni beni di rispettiva proprietà, destinandoli alle esigenze della vita in comune (ad es.: uno dei conviventi ha "messo a disposizione", a questo fine, l'appartamento in città di cui è proprietario; e l'altro ha fatto la medesima cosa con riferimento ad una villa in una località di vacanza), tale contratto non sarà "nullo" (e, dunque - a rigore - privo totalmente di effetti), ma semplicemente produrrà gli effetti di un (ordinario) contratto di comodato, e, come tale, non sarà opponibile ai terzi (creditori e/o aventi causa dei disponenti). Ma sul punto torneremo più avanti. Sulla c.d. "nullità" *per incoerenza* rispetto al "tipo contrattuale" sia consentito il rinvio a D'Amico, *La categoria dei c.d. contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 346 ss. (dove ulteriori riferimenti).

(10) Si pensi ad un soggetto in atto semplicemente "separato", che - in attesa della sentenza di scioglimento del matrimonio - abbia iniziato una convivenza *more uxorio* con un'altra persona. Sembra eccessivo (e irragionevole) ritenere che questo soggetto non possa regolare pattiziamente con il proprio (nuovo)

comma 36 (“due persone *maggioresni* unite *stabilmente* da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da unione civile”).

E, nella stessa logica, si iscrive la prescrizione di forma (11) contenuta nel comma 51 (ai sensi del quale il “contratto di convivenza”, come anche le modifiche allo stesso e la sua risoluzione, “sono redatti in forma scritta a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico” (12)), prescrizione che è ovviamente preordinata a consentire la pubblicità cui deve essere sottoposto (se si vuole che produca i suoi effetti tipici di opponibilità ai terzi) il “contratto di convivenza” (13).

Alla luce di quanto sopra sembra possibile attribuire al “contratto di convivenza” regolato dalla L. n. 76/

2016, natura analoga a quella delle “convenzioni matrimoniali” (ossia delle “convenzioni patrimoniali tra coniugi”), quali convenzioni aventi per oggetto e per effetto la creazione di un “regime patrimoniale” (14) opponibile ai terzi. E si potrebbe parlare, per l’appunto, di “convenzione para-matrimoniale”, per sottolineare che essa interviene non tra due coniugi, bensì nell’ambito di una convivenza (appunto “para-matrimoniale” (o - come comunemente la si indica - *more uxorio*)).

Dovrebbe ormai essere chiaro, inoltre, che il “contratto di convivenza” non esaurisce l’ambito degli accordi che possono intervenire *tra conviventi* (tanto che si tratti di conviventi che non posseggano i requisiti richiesti per la valida stipula dell’atto (15), quanto che si tratti di conviventi che - in quanto provvisti di tali requisiti - potrebbero, volendolo, stipulare un “contratto di convivenza”), i quali restano ovviamente liberi di porre in essere tra di loro tutti gli accordi e i contratti (donazioni, vendite,

partner gli aspetti patrimoniali della convivenza, ma - appunto - questa regolamentazione potrà avvenire solo a mezzo di contratti “di diritto comune”, e non mediante il (tipico) “contratto di convivenza” con gli effetti previsti dalla L. n. 76/2016. Non sarebbe corretto - tuttavia - qualificare codesti contratti come “contratti di convivenza” *atipici* (come si faceva - per tutti gli accordi tra conviventi - prima della L. n. 76/2016), perché adesso il “contratto di convivenza” è previsto e regolato dal legislatore, e dunque il *nomen* va riservato esclusivamente allo schema “tipico” (che potrà, eventualmente, essere arricchito - nel suo contenuto - attraverso l’esercizio dell’autonomia privata, ma non tollererà invece la creazione di varianti “atipiche”, che si caratterizzano per la mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi che connotano la figura prevista dal legislatore). Detto altrimenti, solo il “contratto di convivenza” *tipico* potrà dirsi sorretto dalla *causa convivendi* (v. *infra*), mentre altre forme di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i conviventi potranno bensì trarre *motivo* dalla convivenza (si pensi ad una donazione - diretta o indiretta -, ad un comodato, ad una vendita a prezzo di favore, ecc.), ma non si potrà dire che abbiano come “oggetto” e come “causa” la regolamentazione patrimoniale del rapporto di convivenza (diversamente - sembrerebbe - Balestra, *La famiglia di fatto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*. Trattato dir. da G. Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 1033 ss., 1077, dove si legge la seguente affermazione [ovviamente riferita alla situazione antecedente alla L. n. 76/2016]: “[sovente] il contratto di convivenza altro non è se non un contratto tipico che trova il proprio *substrato causale* nella convivenza, di modo che, per fare alcuni esempi, attraverso la costituzione di usufrutto, di una rendita vitalizia o di un comodato si soddisfano i molteplici interessi di natura patrimoniale che possono scaturire dalla relazione affettiva”). Sotto questo profilo, è ambiguo parlare della perdurante possibilità di un “contratto di convivenza *atipico*”, in continuità con quello che si riteneva possibile porre in essere quando non esisteva una disciplina legislativa “tipica” (in tal senso, invece, v. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1749 ss., 1754-55, il quale addirittura si spinge ad ipotizzare la “conversione” di un contratto di convivenza *nullo* [in quanto concluso in assenza dei presupposti richiesti] in un contratto di convivenza *tipico*, privo dell’opponibilità ai terzi: *ivi*, 1756).

(11) Va ricordato che, prima della L. n. 76/2016, la conclusione di accordi (di convivenza) “formali” era relativamente infrequente

(così Ferrando, *op. cit.*, 730, la quale adduce ragioni di ordine anche psicologico, che sconsigliano, quando si intraprende la vita in comune, di “prevederne e disciplinarne possibili incidenti di percorso”).

(12) Non è agevole dare un significato a questa “attestazione di conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico” di cui parla la norma. Sembra plausibile ritenere che il notaio che rediga l’atto o che autentichi le sottoscrizioni delle parti in calce ad una scrittura privata (autenticazione che può essere fatta anche da un avvocato) debba “attestare” che sussistono le condizioni di cui al comma 36 (e, dunque, che i conviventi siano *maggioresni*, che nessuno di essi sia coniugato o unito civilmente, che sussista il requisito della “stabile convivenza” [risultante - come prescrive il comma 37 - dalla “dichiarazione anagrafica” di cui agli artt. 4 e 13, commi 1, lett. b, d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223], che tra i conviventi non esistano rapporti di parentela, affinità o adozione). Di più non sembra possibile richiedere, anche perché accertamenti ulteriori (ad es. quello che - astrattamente - potrebbe riguardare l’esistenza di “legami *affettivi*” tra le parti o sono impossibili da effettuare al di fuori di quanto risulta dai dati “anagrafici” summenzionati, o, comunque, non sembrano porre problemi di possibile contrasto con “norme imperative” o con l’“ordine pubblico”).

In concreto, l’accertamento dei requisiti richiesti avverrà - come è stato rilevato - tramite le certificazioni anagrafiche che verranno consegnate al notaio (e dalle quali risulti l’inesistenza di vincoli di parentela, affinità, adozione, matrimonio, unione civile, nonché l’avvenuta dichiarazione all’anagrafe ex artt. 4 e 13, d.P.R. n. 223/1989, cit.), che potranno peraltro essere sostituite da altrettante autocertificazioni ex L. n. 445/2000 (così Perfetti, *op. cit.*, 1756).

(13) Cfr. il comma 52, ai sensi del quale “*Ai fini dell’opponibilità ai terzi*, il professionista che ha ricevuto l’atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ... deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l’iscrizione all’anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al d.p.r. 30.5.2989 n. 223”.

(14) Sul concetto di “regime patrimoniale” v., in generale, G. Gabrielli, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Civile*, XVI, Torino, 1997, 334.

(15) In particolare potrebbe trattarsi di soggetti bensì conviventi (e uniti da stabili legami affettivi), ma che tuttavia (per i motivi più vari) possono preferire non effettuare la “dichiarazione anagrafica” che il comma 37 dell’art. 1, L. n. 76/2016 indica come essenziale per l’“accertamento della stabile convivenza”.

comodati, locazioni, ecc. ecc.) che possono essere posti in essere tra privati: fermo restando che, però, questi accordi e contratti (in quanto diversi da quell'atto tipico che è il "contratto di convivenza") saranno idonei a produrre soltanto gli effetti "di diritto comune" loro propri, ma non certo ad instaurare un "regime patrimoniale" (della convivenza) opponibile ai terzi (16). A quest'ultimo fine, infatti, è necessario un contratto che sia sorretto (come vedremo nel prossimo paragrafo) specificamente dalla *causa convivendi*, e tale - sotto il profilo dei rapporti patrimoniali (che sono gli unici che il contratto può regolare (17)) - può essere qualificato soltanto il "contratto di convivenza" (18) che possiede i requisiti di forma/ pubblicità e di sostanza indicati dalla L. n. 76/2016 (19).

(16) Inoltre, ammesso pure che si ritenga - come ritiene ad es. Quadri (*Unioni civili tra persone dello stesso sesso* e "convivenze": *il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss., spec. 901-902) - che i contenuti (possibili) del "contratto di convivenza" indicati dal comma 53 sono così "esigui" (ma è proprio vero?) da non poter in alcun modo essere considerati come "tassativi" (e per la non tassatività v. anche Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 396), deve comunque essere chiaro che l'opponibilità ai terzi (che del "contratto di convivenza" ex L. n. 76/2016, è la caratteristica precipua) non può sussistere se non per il contenuto "tipico" di tale contratto, non anche per eventuali contenuti "atipici".

(17) Per cui bisognerebbe distinguere, probabilmente, l'"accordo di convivenza" (nel quale i conviventi potrebbero regolare gli aspetti "personali" della loro relazione: ad es. la residenza comune, eventuali obblighi di "esclusiva sessuale", particolari regole circa l'educazione di eventuali figli che la coppia dovesse avere; e così via) dal "contratto di convivenza", destinato - quest'ultimo -, più specificamente, a regolare i profili patrimoniali.

(18) E si noti come il comma 51 parli espressamente di "regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza", espressione che probabilmente non si riferisce soltanto al "regime patrimoniale della comunione dei beni" (menzionato espressamente nel precedente comma 53, alla lett. c), ma altresì al regime di "contribuzione" (ai bisogni della famiglia, o - come dice la norma - "ai bisogni della vita in comune") cui allude la lett. b del medesimo comma 53.

(19) Non esiste, dunque, un "contratto di convivenza 'di diritto comune'", che si potrebbe affiancare a quello previsto e disciplinato dalla L. n. 76/2016 (come afferma - a conclusione di un'elegante disamina - Villa, *op. cit.*, 1350). Esiste, invece, il "contratto di convivenza", quale (unico) contratto "tipico" attraverso il quale i conviventi possono regolare i loro rapporti patrimoniali in relazione alla convivenza, fermo restando che resta aperta la possibilità per gli stessi conviventi di concludere tra di loro (altri) contratti "di diritto comune" (donazioni, vendite, comodati, ecc.), che - del resto - non hanno bisogno della *causa convivendi* per essere ritenuti validi.

(20) Fuori, naturalmente, dall'ipotesi in cui ricorresse una donazione (accompagnata dal relativo requisito di forma). Per il resto, soccorreva - com'è noto - lo schema della "obbligazione naturale", che però - come già accennato, *retro* nt. 3 - poteva (e può) valere a stabilizzare *attribuzioni patrimoniali già effettuate*, e comunque tali da non richiedere (in ragione della loro consistenza) di essere giustificate come (atti di) "liberalità", con la connessa esigenza di verifica del rispetto della "forma" richiesta

## (Segue): il contenuto e la "causa" del contratto di convivenza

Prima della introduzione della L. n. 76/2016 le discussioni in dottrina vertevano essenzialmente sul (possibile) contenuto che due conviventi avrebbero potuto dare ad accordi (tra essi conclusi, e) volti specificamente (anche se non esclusivamente) a regolare gli aspetti "economico-patrimoniali" della vita in comune. E, in questa prospettiva (che si collocava - come già sappiamo - sullo sfondo dell'assenza di una regolamentazione legislativa), il problema era anche quello di verificare come la *causa convivendi* potesse fungere da causa giustificatrice di attribuzioni e/o promesse patrimoniali (20) intervenute tra i conviventi. Il tutto - lo abbiamo già evidenziato - avendo ben presente che l'efficacia riconosciuta a siffatti accordi valesse comunque

per la donazione; e si veda - ancora di recente - Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277, in questa *Rivista*, 2014, 888, per la quale "il discrimine tra l'adempimento dei doveri sociali e morali, ... e l'atto di liberalità va individuato, oltre che nella spontaneità, soprattutto nel rapporto di proporzionalità tra i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare"; per un esame della giurisprudenza in materia si vedano, tra gli altri, Ferrando, *Famiglia di fatto. Gioielli e mobili antichi vanno restituiti alla fine della convivenza?*, in questa *Rivista*, 2000, 284, e Carbone, *Terminata la convivenza vanno restituiti i regali. La Cassazione "ripiomba" nel medioevo*, in *Corr. giur.*, 1999, 54). In argomento cfr. altresì Delle Monache, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 948 ss., spec. 958 ss., il quale osserva che "non basta la convivenza a giustificare (e rendere valida) qualunque attribuzione tra conviventi, quale che ne sia la natura e l'entità" (960), e che la riconduzione al dettato dell'art. 2034 c.c. "richiede un accertamento rigoroso in ordine al concreto modo di svolgersi della relazione *inter partes*, così che sia dato valutare se l'atto attributivo, in ragione della sua congruità e adeguatezza rispetto a tale relazione, possa davvero qualificarsi come adempimento di obbligazione naturale o non una mera donazione motivata dalla convivenza, da considerare eventualmente nulla per difetto di forma" (963). Già prima, Id., *Convivenza e situazioni di fatto I rapporti patrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia dir.* da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio* a cura di Ferrando - Fortino - Ruscello, II ed., Milano, 2011, 1132.

Come ricorda Ferrando, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, cit., 724, "La giurisprudenza illustra una casistica varia - che va dalla prestazione di attività di lavoro nella famiglia e nell'impresa dell'altro [convivente], alla realizzazione sul suolo della compagna di costruzioni diverse dalla casa di abitazione, alla messa a disposizione di redditi personali impiegati dall'altro per l'acquisto di immobili a sé intestati in via esclusiva - in cui l'apporto è stato ritenuto esorbitante rispetto al limite di proporzionalità/ adeguatezza, generando a favore dell'uno un arricchimento con correlativo impoverimento dell'altro tale da giustificare, in presenza degli altri requisiti richiesti, l'applicazione del rimedio residuale dell'art. 2041" (e v. anche, nella pagina successiva, la notazione secondo la quale "il tema degli arricchimenti ingiustificati attraverso indifferentemente le coppie coniugate e non dato che, anche tra coniugi si tende ad ascrivere a tale area utilità di cui l'uno si sia avvantaggiato a scapito dell'altro oltre il limite di proporzionalità segnato dall'art. 143 per le reciproche contribuzioni").

esclusivamente *inter partes*, e non conferisse agli stessi (accordi) alcuna idoneità ad essere opposti ai terzi, *fuori dai limiti e dall'osservanza delle regole (ad es., quelle sulla trascrizione) previsti dal "diritto comune" (21).*

La L. n. 76/2016 - regolamentando (e rendendo "tipico") il "contratto di convivenza", consente di ritenere ormai superati - come abbiamo già detto - questi problemi (22).

Dal punto di vista del "contenuto" di tale contratto, quello che viene elencato nel comma 53, si palesa come un contenuto solo in parte "necessario" (come denuncia la stessa formula legislativa, secondo la quale "il contratto può contenere ..." (23)). Prescindendo dalla indicazione della residenza (che, di per sé, non è una pattuizione di tipo patrimoniale, e comunque non sembra avere un carattere "obbligatorio" *per le parti* (24)), come pure dando per scontato che non costituisca contenuto "necessario" del contratto la scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni" (25), il suddetto "contenuto necessario" sembra essere racchiuso nella formula che fa riferimento alle "modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo".

Si tratta - a ben vedere - del "contenuto" che - anche prima della L. n. 76 - aveva la maggior parte degli

accordi tra conviventi (v. anche *supra*), realmente riscontrabili nella prassi o anche semplicemente ipotizzati (in astratto) (26). Un contenuto, del resto, assai ampio (27), e potenzialmente comprensivo di una pluralità di pattuizioni specifiche: dalla misura in cui i redditi di ciascun convivente vadano destinati al soddisfacimento delle esigenze del *ménage* familiare, alla "messa a disposizione" (a favore anche dell'altro convivente, e per soddisfare le esigenze della vita in comune) di beni di proprietà di uno dei *partner*, all'impegno a destinare i "risparmi" per effettuare degli acquisti "comuni" (o comunque volti a soddisfare esigenze di entrambi: come ad es. l'acquisto della casa da destinare a residenza della famiglia, o di un immobile in una località di vacanza, o di uno strumento assicurativo o finanziario), e così via.

Cionondimeno - e ribadendo quanto già più volte abbiamo sottolineato - l'identità (parziale) del contenuto del "nuovo" "contratto (tipico) di convivenza" con quello dei vecchi accordi (atipici) che potevano intercorrere (in modo espresso o tacito) tra conviventi non può e non deve trarre in inganno. Soprattutto non può e non deve occultare la vera (e grande) novità costituita dal fatto che, adesso, la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi - qualora avvenga rispettando le forme, anche pubblicitarie, previste dalla legge, e in presenza dei

(21) Tra i meccanismi "di diritto comune" che - ad un certo momento (ossia, a partire dal 2016) - sono parsi utilizzabili anche per regolare i rapporti patrimoniali tra conviventi, vi è anche (secondo un diffuso orientamento) l'atto di destinazione *ex art. 2645 ter*. Ipotesi estremamente significativa, ai fini della nostra indagine, perché caratterizzata da quella "opponibilità ai terzi" del vincolo di destinazione (trascritto), che è propria adesso anche del "contratto di convivenza" (iscritto nei registri dell'anagrafe). Sul punto torneremo nei paragrafi che seguono.

(22) È esatta l'osservazione di Di Rosa, *I contratti di convivenza*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 694 ss., 700, secondo cui "l'intervenuta tipizzazione del contratto di convivenza fornisce adeguata soluzione al tema della causa delle attribuzioni patrimoniali tra i contraenti" (*rectius*: tra i conviventi); in senso analogo v. anche Amagliani, *Autonomos e contratti di convivenza*, in *Aa.Vv., La famiglia all'imperfetto?* a cura di A. Busacca, Napoli, 2016, 305 ss., 311-312.

V. anche *retro*, nt. 3.

(23) L'espressione "può" - peraltro - sembra da intendere al contempo come enunciativa di una "facoltà" (nel senso del tedesco *Können*), ma altresì come espressiva di un "limite" (nel senso del tedesco *Dürfen*, è *permissio*, è *consentito*). V. subito *infra*.

(24) Ove contenuta nel contratto di convivenza, l'indicazione della residenza comune potrebbe acquisire eventualmente rilievo nei confronti dei terzi, nei limiti in cui tale indicazione può venire in gioco nei loro rapporti con i conviventi (o con taluno di essi).

(25) Sembrerebbe (come diciamo anche nel testo) che la scelta del regime della comunione (per come previsto nella disciplina del matrimonio) debba avvenire - da parte dei conviventi - "in blocco", senza neanche la possibilità (che hanno, invece, i coniugi) di apportare modifiche al regime legale, adottando un regime convenzionale di comunione. Lo dimostrerebbe il fatto che il comma 53, alla lett. c parli espressamente del "regime patrimoniale della

comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile", e non richiami invece anche la sezione successiva, ossia la sezione IV (dove è regolata la c.d. "comunione convenzionale"). Se dovesse ritenersi che la disposizione limiti, nel senso appena indicato, l'autonomia dei conviventi, è agevole prevedere che la scelta di cui alla lett. c ben difficilmente sarà adottata in un "contratto di convivenza", perché essa si risolve in una regolamentazione alquanto "rigida", che potrebbe rivelarsi irragionevole in una *convivenza di fatto*. Il che conferma che il vero (e unico) contenuto "necessario" di un contratto di convivenza (ove stipulato) è costituito dalla regolamentazione delle "modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo".

(26) Cfr. CNN, *Guida operativa in tema di convivenza, vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale* (30 novembre 2013), in [www.docplayer.it/3562241-Guida-operativa-in-tema-di-convivenza.html](http://www.docplayer.it/3562241-Guida-operativa-in-tema-di-convivenza.html) (con una Introduzione di L. Balestra).

L'iniziativa del CNN viene ricordata da Oberto (*op. cit.*, 256 e nt. 105), che collaborò alla realizzazione della stessa.

(27) Anche se, parlando di contratto con il quale vengono (*recte*: possono essere) disciplinati "i rapporti patrimoniali relativi alla loro [= dei conviventi] vita in comune", il comma 50 dell'art. 1, L. n. 76/2016 sembrerebbe escludere dal contenuto del contratto di convivenza anche quelle pattuizioni che possono riguardare la disciplina dei rapporti (patrimoniali) *dopo la cessazione della convivenza* (contrariamente a quel che prevedeva, invece, l'originario art. 13 del "ddl Cirinnà", sulla scorta della Proposta formulata dal Notariato nel 2011), oppure le pattuizioni che intendano disciplinare attribuzioni patrimoniali *post mortem* di uno dei conviventi (nei limiti in cui non si violi il divieto di patti successori).

presupposti “soggettivi” richiesti - è riconosciuta idonea a dar vita ad una “regime patrimoniale”, (come tale) *opponibile* ai terzi.

Ed è proprio la *causa convivendi* (o - se si vuole - la *causa sustinendi onera familiae*) - ormai riconosciuta come causa contrattuale tipica (*causa suffissante*), quale riflesso o aspetto della *generale* rilevanza attribuita (nei termini di una “formazione sociale” *ex art. 2 Cost. (28)*) alla “convivenza per stabili motivi affettivi”, che si realizzi fuori dal matrimonio e dall’unione civile - a consentire al legislatore di prevedere l’opponibilità ai terzi del “contratto di convivenza”.

### Contratto di convivenza e atto di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*

Come già accennato nel paragrafo precedente, la disposizione del comma 53 dell’art. 1, L. n. 76/2016 delinea il (possibile) contenuto del “contratto di convivenza” in termini bensì ampi, epperò comunque circoscritti.

In particolare, il richiamo alla sola “comunione legale” sembra escludere la possibilità per i conviventi di regolare i loro rapporti (*con efficacia verso i terzi (29)*) attraverso una “comunione convenzionale” (ossia una convenzione che modifichi - nei limiti in cui ciò è consentito dagli artt. 210 ss. c.c. - le regole della comunione legale). E, *a fortiori*, sembrerebbe da escludere anche che il contenuto del “contratto di convivenza” possa consistere nella adozione di un regime di “fondo patrimoniale” vero e proprio, sebbene (a ben vedere) l’esclusione della possibilità di “destinare” dei beni al soddisfacimento delle esigenze della vita comune (prima fra tutte l’esigenza abitativa) con effetto opponibile a terzi, forse può (in questo caso) trovare spiegazione non nella volontà di limitare l’esplicazione dell’autonomia privata in

tale direzione, bensì nella circostanza che il medesimo risultato (o un risultato comunque assai simile) può essere conseguito attraverso la determinazione delle “modalità di contribuzione alle necessità della vita comune” *in relazione alle “sostanze”* (oltre che alle possibilità di lavoro professionale o casalingo) di ciascun convivente.

Quest’ultima osservazione apre le porte al quesito specifico che intendiamo affrontare nell’ultima parte di questo breve Intervento, e cioè se - dopo la L. n. 76/2016 - sia ancora consentito ai conviventi (*ammesso che prima lo fosse*) porre in essere un atto di destinazione *ex art. 2645 ter* (quesito al quale - lo anticipiamo - siamo dell’idea che occorra dare una risposta negativa).

È noto come, all’indomani della introduzione nel codice civile dell’art. 2645 *ter*, una delle possibili “ricadute” del nuovo istituto della trascrizione del vincolo di destinazione, sia stata individuata (nell’ambito dei rapporti di tipo “familiare”) proprio nella possibilità di dar vita (sostanzialmente) alla costituzione di “fondi patrimoniali” anche al di fuori dei limiti soggettivi ed oggettivi previsti dagli artt. 167 ss. c.c., e in particolare per consentire l’utilizzazione dello strumento del “fondo patrimoniale” (o, comunque, di un meccanismo analogo (30)) nei rapporti tra conviventi.

Non entro qui nel merito di alcune (non secondarie) obiezioni che potevano (e possono) muoversi ad una siffatta opinione, limitandomi solo a ricordare che, alla critica (di carattere generale) circa la possibilità di imporre vincoli di destinazione con efficacia *erga omnes* per finalità di tipo *lato sensu* “personali” del “disponente” (31), si aggiungeva anche - nello specifico - l’osservazione secondo cui è assai discutibile l’idea che il nuovo istituto dell’atto di destinazione

(28) E cfr. Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, secondo la quale va riconosciuto “il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”. Tale riconoscimento è, sì, affidato alla discrezionalità del legislatore quanto a “tempi, modi e limiti”, ma l’art. 2 Cost. lo rende comunque costituzionalmente obbligato nella sua effettiva attuazione.

(29) Nessun limite (salvo quelli generali), invece, vediamo per regolamentazioni che siano destinate ad avere efficacia solo *inter partes*. Ma non si tratterebbe, allora, del “contratto di convivenza” (tipico), previsto dalla legge, bensì di normali accordi “di diritto comune” (v. *supra*).

(30) In realtà - come ha sottolineato la dottrina - attraverso l’atto di destinazione *ex art. 2645 ter* è possibile creare “vincoli” (sui beni) ancora più incisivi di quelli che discendono dall’inserimento in un fondo patrimoniale. In particolare, mentre in caso di fondo patrimoniale, per poter opporre il vincolo, occorre che si provi non solo la oggettiva “estraneità” dell’obbligazione ai bisogni della famiglia, ma anche la *conoscenza* di detta estraneità da parte del

creditore, quest’ultima prova non è richiesta nel caso del vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter* (così Oberto, *op. cit.*, 241, 258, nonché Trimarchi, *op. loc. cit.*, il quale rileva che lo stato di “separazione” dei beni sui quali sia apposto un vincolo di destinazione è più “forte” di quello dei beni in fondo patrimoniale). Inoltre - come ha osservato Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 321 ss., il vincolo da fondo patrimoniale è “meno perfetto” di quello che risulta dalle norme dell’art. 2645 *ter*, anche per il fatto che mentre i beni vincolati ai sensi di quest’ultima norma possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione, dei beni costituiti in fondo patrimoniale si può (se vi è il consenso di entrambi i coniugi) disporre anche per fini diversi da quello cui essi sono destinati.

(31) Sia consentito il rinvio a D’Amico, *La proprietà “destinata”*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 525 ss., *passim*; nonché Id., *L’atto di destinazione (a dieci anni dalla introduzione dell’art. 2645-ter)*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 7 ss.

possa essere utilizzato per superare limiti previsti da altre norme (imperative) dell'ordinamento (32).

Oggi, la tesi della utilizzabilità dell'istituto di cui all'art. 2645 *ter* per ottenere l'effetto di rendere opponibili a terzi accordi tra conviventi (o anche *atti unilaterali* di uno di essi (33)) volti a vincolare uno o più beni all'obiettivo di soddisfare i bisogni della vita comune familiare, risulta - a mio avviso - ancora più debole.

La stessa ragione poc'anzi addotta per spiegare la mancata previsione della possibilità, per i conviventi, di stipulare un fondo patrimoniale, vale - a ben vedere - ad escludere anche la possibilità di porre in essere un atto di destinazione *ex art. 2645 ter*, posto che per raggiungere il risultato di vincolare (con effetto verso i terzi) uno o più beni ai bisogni della famiglia di fatto, esiste ora lo strumento "tipico" del contratto di convivenza (34).

Si dirà - a questo punto - che la questione ha, in definitiva, una valenza puramente formale, e non conduce a differenze "sostanziali" (posto che comunque si ammette che i conviventi possano, con effetto *erga omnes*, "vincolare" uno o più beni al soddisfacimento dei bisogni del *ménage* familiare).

Sebbene questa considerazione sia fondamentalmente vera, essa non vale tuttavia a privare di rilievo la conclusione cui si è ritenuto di addivenire.

Secondo la tesi qui presupposta (35) - invero - la disposizione dell'art. 2645 *ter* non ha affatto aperto le porte (come ritiene l'opinione prevalente) a qualsivoglia "atto di destinazione" *lecito*, né la sua interpretazione consente di ritenere "meritevole di tutela" la imposizione di un vincolo - opponibile ai terzi - su un bene per un interesse in senso lato "personale" del "disponente" (quale sarebbe l'interesse a regolare aspetti della propria convivenza con un altro soggetto), essendo invece necessario che sussista un interesse "di utilità sociale" (e, comunque, non personale).

Ne consegue che - sempre secondo la tesi in questione, che qui si ritiene di dover ribadire - la creazione di "patrimoni separati" per il perseguimento di interessi *diversi* da quelli che l'art. 2645 *ter* ha considerato "meritevoli di tutela", necessita ancora oggi di una *specifica* previsione di legge. E come per i coniugi (e per la famiglia legittima) questa specifica previsione è contenuta negli artt. 167 ss. c.c. (disposizioni che non possono certo essere considerate come tacitamente abrogate, o "superate" dal sopravvenire dell'art. 2645 *ter*), così - con riferimento al rapporto di convivenza - essa è oggi contenuta nel combinato disposto dei commi 50 e 52, lett. *a*), dell'art. 1, L. n. 76/2016 (i quali dunque - in realtà - consentono di

(32) Cfr., per questa osservazione, tra gli altri: Gigliotti, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 362 ss., spec. 374 e nt. 56; nonché Auletta, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Fam. Pers. e Success.*, 2012, 334 ss.).

L'obiezione da ultimo ricordata è stata peraltro utilizzata soprattutto con riferimento alla famiglia legittima (ma v., per l'utilizzabilità dell'art. 2645-*ter* anche in questo ambito, Oberto, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giur. it.*, 2016, 239 ss., 243 ss.), ritenendosi invece per lo più possibile il ricorso all'atto di destinazione nella famiglia non fondata sul matrimonio (cfr. ad es. Trimarchi, *Negozi di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, 426 ss., 438 ss.; Lenzi, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2007, 229 ss.; Muritano, *Trust e atto di destinazione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 199 ss.; e, da ultimo, Fusaro, *prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, in *Riv. not.*, 2014, 1 ss.).

(33) Non si dimentichi che l'atto di destinazione assumerà, il più delle volte (se non sempre), proprio la struttura di un atto unilaterale. Come è stato di recente osservato "L'eventuale partecipazione all'atto del beneficiario del vincolo non ha alcun ruolo nella produzione dell'effetto negoziale di destinazione, ma può valere esclusivamente come presa d'atto della costituzione del vincolo ..." (così Torroni, *La destinazione patrimoniale nella famiglia*, in *Riv. not.*, 2017, 81 ss., § 2, ove l'A. esemplifica la propria affermazione ipotizzando "il caso dell'atto di destinazione finalizzato a soddisfare le esigenze della famiglia di fatto nel quale intervenga anche il/la convivente beneficiario/a della destinazione").

(34) Ritiene invece ipotizzabile l'utilizzazione dell'art. 2645 *ter* in sede di determinazione del contenuto (atipico?) del "contratto di convivenza", Quadri, *op. cit.*, 902 (il quale però non approfondisce ulteriormente il tema).

Una soluzione che ammetta la possibilità di raggiungere (attraverso la stipula di un atto di destinazione *ex art. 2645 ter*) lo stesso risultato che il legislatore consente oggi di conseguire attraverso il contratto di convivenza (in sostanza: l'opponibilità a terzi degli accordi patrimoniali tra conviventi) *specie ove manchino i presupposti soggettivi* richiesti dal legislatore per l'accesso al contratto "tipico" di convivenza (e agli effetti ad esso connessi) potrebbe forse essere condivisa da chi lamenta che la L. n. 76 ha realizzato una "frantumazione" del fenomeno (sociale) della famiglia di fatto, imponendo di distinguere in primo luogo tra convivenze *more uxorio* dove entrambe le parti presentino libertà di stato e convivenze nelle quali almeno una di esse sia ancora legata ad una terza persona (in virtù di un matrimonio o di un'unione civile), ed ancora - nell'ambito delle prime - tra convivenze dichiarate all'anagrafe e convivenze non iscritte nel relativo registro; rilevando che soltanto se i conviventi presentino libertà di stato e abbiano effettuato la dichiarazione all'anagrafe è incontestabile che possano esercitare i diritti loro attribuiti dalle disposizioni della L. n. 76, e concludendo che in presenza di situazioni sostanzialmente simili, "si pone per l'interprete il problema di ricercare soluzioni che estendano nella massima misura possibile tali opportunità a tutte le famiglie di fatto" (così M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in questa *Rivista*, 2016, 859 ss., 866-67). È significativo tuttavia che lo stesso autore, mentre appare propenso a dare senz'altro seguito a questa direttiva quando si tratti di estendere ai conviventi "diritti di natura personale", si mostri più prudente per l'ipotesi in cui vengano in gioco profili di diritto patrimoniale (che potrebbero coinvolgere interessi di terze persone, e, in primo luogo, del coniuge o del soggetto a cui uno dei conviventi sia ancora unito civilmente) (*ibidem*).

(35) Ed esposta nel già ricordato contributo su *La proprietà "destinata"*, cit.

raggiungere un risultato che in precedenza non poteva essere conseguito attraverso gli strumenti di “diritto comune”, e in particolare attraverso l’art. 2645 *ter*).

Del resto, anche chi non accolga la premessa di cui sopra (e ritenga, pertanto, che l’art. 2645 *ter* sia previsione idonea a ricomprendere la creazione di vincoli efficaci *erga omnes* per la realizzazione di qualsiasi interesse “meritevole di tutela”, anche se di natura “personale”), dovrebbe - sul punto specifico (ossia con riferimento al rapporto di convivenza) - condividere ugualmente la conclusione (che si è cercato di argomentare attraverso il ragionamento sopra svolto) secondo la quale non è oggi più possibile ai conviventi (*ammesso pure che prima lo fosse*) regolare i loro rapporti patrimoniali attraverso atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, dovendosi adesso fare ricorso necessariamente (se si vuole conseguire l’opponibilità verso i terzi) allo strumento tipicamente previsto a questo fine, ossia al “contratto di convivenza”.

A sostegno di questa conclusione può, oltre tutto, invocarsi (per quel che può valere) anche una considerazione *fattuale* e, per dir così, di carattere pratico. È agevole, infatti, prevedere che ben difficilmente, in presenza dello strumento “tipico” (“contratto di convivenza”) *specificamente* previsto per la regolamentazione convenzionale dei rapporti patrimoniali tra conviventi, questi ultimi porrebbero in essere (per raggiungere il medesimo risultato della “opponibilità ai terzi”) un atto diverso e, probabilmente, anche più “costoso” (e non solo perché per l’atto di destinazione *ex art. 2645 ter* è prevista la “forma pubblica” (36), mentre il contratto di convivenza può farsi anche con scrittura privata autenticata, ma soprattutto perché è assai più semplice far cessare gli effetti di un contratto di convivenza (37), laddove la “revoca” dell’atto di destinazione *ex art. 2645 ter* sembra andare incontro a limiti maggiori).

### **(Segue): gli adempimenti necessari per far valere verso i terzi un vincolo di destinazione (di beni) previsto in un contratto di convivenza**

Prima di chiudere questo breve Intervento, è necessario accennare ad un ultimo problema.

Dato per vero (secondo la tesi argomentata nel paragrafo precedente) che un “vincolo di destinazione” opponibile a terzi ormai può essere pattuito tra persone conviventi solo nell’ambito del tipico strumento che l’ordinamento pone a loro disposizione per regolare i rapporti patrimoniali (ossia, il “contratto di convivenza”), senza dovere (ma anche -a nostro avviso - senza *potere*) addivenire allo stesso risultato attraverso un atto *ex art. 2645 ter*, bisogna però anche riconoscere che il ricorso a quest’ultimo strumento garantirebbe certamente una “pubblicità” più adeguata, in quanto effettuata (anche) sui registri immobiliari.

La “opponibilità ai terzi” del “contratto di convivenza” è affidata invece - com’è noto - ad un meccanismo alquanto “eccentrico” rispetto alle consuete forme pubblicitarie, costituito dalla *registrazione nei registri dell’anagrafe* degli estremi della comunicazione con la quale un notaio (o un avvocato che abbia autenticato le sottoscrizioni apposte in calce ad un contratto di convivenza) abbia trasmesso (all’ufficiale dell’anagrafe) il contratto di convivenza (38).

Si è giustamente osservato, al riguardo, che la raccolta delle informazioni in ordine alla popolazione residente - finalità specifica dei registri dell’anagrafe (che rilevano in particolare la composizione della “famiglia anagrafica” [art. 4, d.P.R. n. 223/1989] e l’esistenza di cc.dd. “convivenze anagrafiche” costituite per motivi religiosi, di cura, di pena e simili [art. 5 stesso d.P.R.] (39) - persegue scopi e si attua con modalità operative che sono completamente estranei rispetto agli obiettivi di “pubblicità” (*ai fini dell’opponibilità ai terzi*) che il legislatore vorrebbe assicurare ai “contratti di convivenza” (40); obiettivi che, per converso - nel caso delle convenzioni patrimoniali

(36) Secondo una tesi, peraltro, l’“atto pubblico” necessario per porre in essere un vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter* non deve necessariamente essere un atto notarile, potendo la costituzione del suddetto vincolo essere contenuta anche in un “verbale di conciliazione giudiziale” (ad es. nell’ambito - ma non solo - dei procedimenti di separazione e di divorzio): cfr. Oberto, *op. cit.*, 251 e nt. 88-89.

(37) Il quale, ai sensi del comma 59 dell’art. 1, L. n. 76/2016, si può risolvere anche per recesso unilaterale (e v. anche il comma 61).

(38) Cfr. Circ. n. 7/2016 del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell’Interno, secondo cui l’ufficiale dell’anagrafe (al quale il notaio o l’avvocato dovrà trasmettere - entro dieci giorni - copia del contratto di convivenza) dovrà registrare gli

estremi della “comunicazione” ricevuta, e curare la conservazione agli atti di copia del contratto.

(39) Non si è mancato di rilevare l’evidente “svista” del legislatore, il quale - per le convivenze *more uxorio* - rinvia all’art. 5, d.P.R. n. 223/1989, mentre invece avrebbe dovuto rinviare all’art. 4, perché la convivenza *more uxorio* è una forma di convivenza che dà vita ad una “famiglia”, e non è certo assimilabile alle convivenze di cui all’art. 5.

(40) Cfr. Quadri, *op. loc. ultt. citt.*; e v. anche Di Rosa, *op. cit.*, 702, laddove si osserva che “i registri anagrafici presso i quali è disposta l’iscrizione del contratto di convivenza costituiscono dei meri registri della popolazione residente secondo quanto previsto dal d.P.R. n. 223/1989, con limitata funzione probatoria e prevalenti funzioni statistiche e amministrative [a differenza ad es. dei registri dello stato civile]”; nonché Venuti, *La disciplina dei rapporti*

*tra coniugi* - sono ben diversamente garantiti dal meccanismo delle annotazioni a margine dell'atto di matrimonio (art. 162, ult. comma, c.c.) (41), completato dalla trascrizione *ex art. 2647 c.c.*

È auspicabile, allora, un intervento del legislatore per "allineare" il sistema di pubblicità

previsto per il contratto di convivenza a quello ipotizzato per le convenzioni patrimoniali tra coniugi, richiedendo oltre la iscrizione nei registri dell'anagrafe, anche la trascrizione (con funzione di pubblicità-notizia) nei registri immobiliari.

---

*patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà*, in F. Romeo e Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del D.D.L. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 1008). Quanto osservato nel testo rende anche abbastanza debole la spiegazione che qualche A. dà della singolare previsione secondo la quale il "contratto di convivenza" non tollera l'apposizione di condizioni risolutive o termini finali (e dunque le parti non potrebbero ad es. prevedere lo scioglimento del contratto di convivenza condizionandolo all'evento o al momento temporale della cessazione della convivenza). In particolare, secondo Villa, *op. cit.*, 1342 ss., spec. 1345, il divieto di apporre condizioni risolutive o termini finali non ha una motivazione "sostanziale" (quale sarebbe ad es. quella di evitare che il convivente sia indotto a proseguire la convivenza per non perdere un vantaggio patrimoniale), ma si spiega piuttosto per

l'esigenza di "offrire certezze ai terzi di fronte ad un contratto che, oltre ad essere nel suo complesso opponibile, può creare un regime patrimoniale incidente sulla circolazione dei beni e sulla garanzia patrimoniale, quale quello della comunione legale" (si tratterebbe insomma di legare la cessazione degli effetti del contratto di convivenza a fatti ben precisi - come ad un es. un recesso - e debitamente annotati nei registri dell'anagrafe, e non a meccanismi - come quello di una condizione risolutiva o di un termine finale - che potrebbero richiedere oneri di verifica eccessivi per i terzi).

(41) A parere di Quadri, *op. cit.*, 903, anziché al meccanismo della rilevazione delle convivenze *more uxorio* attraverso le "registrazioni anagrafiche" (assolutamente inadeguate allo scopo), bisognerebbe far ricorso al sistema proprio degli atti dello stato civile (e intervenire sul relativo ordinamento).



# DIVIDERE I BENI IN COMUNIONE

LE PROBLEMATICHE DELLO SCIoglIMENTO  
DELLE COMUNIONI ORDINARIE,  
EREDITARIE E "SPECIALI"

Di Riccardo MAZZON

€ 48

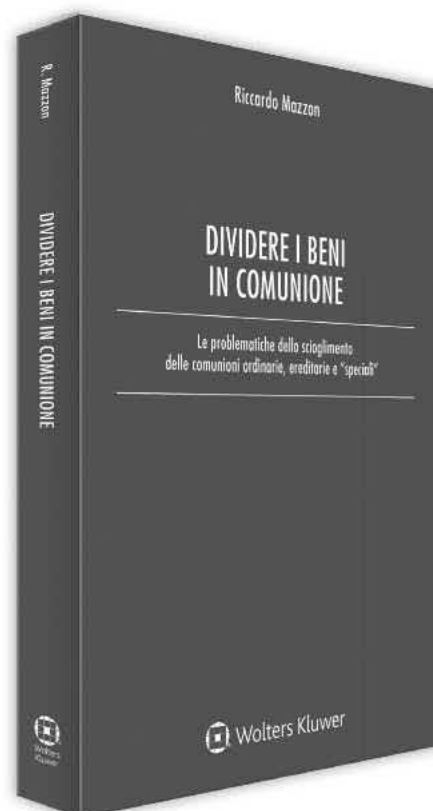
Cod. 00224246

L'istituto della divisione è un settore complesso e il quadro normativo risulta quanto mai variegato.

L'opera analizza i **presupposti della divisione** (quando, come e perché sorge l'esigenza di dividere un bene) e il suo **momento genetico**: la comunione.

Sulla premessa secondo cui l'ordinamento giuridico prevede, oltre alla c.d. comunione ordinaria, ulteriori e ben identificate **forme di comunione**, il volume tratta anche: la comunione legale tra coniugi, la comunione tacita familiare, la comunione ereditaria, gli usi civici, la comunione d'azienda, la comunione a scopo di godimento e il condominio.

Il volume offre, anche attraverso **schemi, tabelle e formule**, un ausilio diretto alla miglior **gestione** tanto della **divisione** tout court, quanto **della comunione**, nell'ottica di una più agevole successiva divisione.



Salute e fine vita

# La disciplina in tema di salute e di fine vita nella L. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate

di Alessandra Cordiano

Con riguardo alle disposizioni in materia di salute e di fine vita, la disciplina n. 76/2016 ha introdotto istituti solo apparentemente inediti, generando un fenomeno di sovrapproduzione normativa in ambiti dove già esistevano fonti primarie e secondarie e orientamenti giurisprudenziali più o meno consolidati. Il comma 40 e ss. della novella, in particolare, non è privo di alcune criticità: esso traccia, per le sole convivenze di fatto, una sorta di statuto in materia di salute e di autodeterminazione dispositiva, prevedendo che ciascun convivente possa designare l'altro come suo rappresentante, in caso di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere per le decisioni in materia di salute, e in caso di morte per quanto attiene alla donazione di organi, alle modalità di trattamento del corpo, alle celebrazioni funerarie. La disciplina descritta palesa evidentemente alcune ambiguità: non è chiaro, infatti, se con questa disposizione il legislatore abbia inteso introdurre surrettiziamente la figura del fiduciario per i trattamenti in materia di salute e di fine-vita e, di qui, una formulazione delle così dette direttive anticipate di trattamento, ovvero se solo riconoscere una peculiare posizione giuridica rivestita dal convivente in situazioni emotivamente delicate, in ragione della vicinanza affettiva.

## Introduzione

La disciplina sulle unioni omoaffettive, di cui alla L. n. 76 del 20 maggio 2016, è stata finalmente congelata dopo un iter parlamentare travagliato e un acceso scontro politico, che ha condotto entrambe le Camere ad aggirare la discussione sul merito del testo normativo, per giungere alla definitiva approvazione mediante l'uso del voto di fiducia.

Data l'obiettivo difficoltà di commentare un testo normativo di recente emanazione e particolarmente complesso, anche per l'assenza di pronunce giurisprudenziali e del fisiologico assestamento che segue l'approvazione di una legge, la prudenza che occorre per interpretarlo è dettata anche e particolarmente dalla già esposta premessa: la legge è frutto di un percorso difficile ed è essa stessa l'esito del compromesso politico, in ragione - sostanzialmente - della delicatezza delle materie coinvolte. Ancora, la disciplina delle unioni civili e delle convivenze si inserisce in un quadro complesso, formato da numerosi

interventi normativi (di carattere primario e secondario) e giurisprudenziali, tesi a riconoscere le convivenze non coniugali rispetto ad alcuni specifici e settoriali profili.

Il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento l'unione registrata fra persone maggiorenni dello stesso sesso, mediante una dettagliata elencazione delle sue condizioni contenute nei primi trentacinque commi dell'articolo unico della nuova legge. È dai commi 36 e seguenti che è disciplinata la convivenza di fatto, attuata da coppie maggiorenni, a prescindere dal loro sesso: la convivenza, anche eventualmente associata a contratti di convivenza per disciplinare specifici profili personali e patrimoniali, è caratterizzata da brevi e puntuali requisiti e si costituisce mediante la semplice dichiarazione anagrafica, ossia con l'iscrizione dello stato famiglia, secondo quanto previsto dagli artt. 4 e 13, comma 1, lett. b) di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

La scelta operata dal legislatore è stata quella di un'assimilazione atipica, attuata con l'introduzione

di due modelli sostanzialmente diversi che, almeno per le coppie omosessuali, si affiancano: l'uno, caratterizzato da un impianto pubblicistico attuato con l'unione registrata, l'altro dalla combinazione d'una scelta privatistica, affidata agli eventuali contratti di convivenza, e di un profilo pubblicistico (1). Vengono in tal modo riconosciuti e disciplinati nuovi modelli familiari *normativi*, ciascuno con una propria regolamentazione che, mediante un approccio *top down*, si affiancano ai modelli familiari esistenti.

Con riguardo alle convivenze di fatto, molte criticità sorgono per la tecnica assimilatoria utilizzata: infatti, i conviventi sono in parte equiparati ai coniugi (ad es. quanto ai diritti previsti dall'ordinamento penitenziario e in caso di malattia e ricovero come disposto dai commi 38 e 39), in parte no (ad es. il convivente non è equiparato al coniuge ai fini successori). La convivenza di fatto è destinata a soggetti maggiorenni anche omosessuali, uniti da legami affettivi, purché non vincolati da rapporti di parentela, affinità e adozione o da altro matrimonio o altra unione registrata. Non viene chiarito se la convivenza di fatto crei legami di affinità, poiché, pur realizzandosi con un mero adempimento burocratico, costituisce comunque un nucleo familiare; né se il generico vincolo di parentela che impedisce la convivenza sia quello dell'art. 87 c.c. ovvero un divieto diverso, più ampio o più ristretto (2).

Anche a prescindere da queste brevi osservazioni, è il senso complessivo dell'intervento normativo che appare meno comprensibile: la convivenza si costituisce con una semplice dichiarazione anagrafica, ossia come già si è detto con l'iscrizione dello stato famiglia, secondo quanto prevede l'ordinamento dello stato civile: in tal modo viene reso certo il *dies a quo* della convivenza, ma la legge non richiede espressamente una comunione di vita materiale e spirituale (3), né il *quantum* temporale necessario a costituirlo; d'altro canto, l'introduzione di un

meccanismo di certificazione agevola il profilo della *certezza* dei rapporti giuridici esistenti, consentendo di determinare senza equivocità il momento della costituzione e quello della dissoluzione del legame.

### Presupposti ed effetti della designazione del convivente

Suscitano particolare interesse le disposizioni in materia di salute e di fine vita anche se la nuova legge introduce istituti solo in apparenza inediti (4), generando un fenomeno di sovrapproduzione normativa in ambiti dove già esistevano fonti primarie e secondarie e orientamenti giurisprudenziali più o meno consolidati (5).

Mi riferisco a quanto dispongono i commi 40 ss., il cui contenuto, soltanto a prima vista innovativo, non è privo di alcune criticità (6): esso traccia, per le sole convivenze di fatto, una sorta di statuto in materia di salute e di autodeterminazione dispositiva, attribuendo a ciascun convivente la facoltà di designare l'altro come suo rappresentante con poteri pieni o limitati in caso di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere per decisioni in materia di salute e, in caso di morte, per quanto attiene la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie.

La disciplina descritta palesa alcune ambiguità: infatti, premesso che la facoltà di designare un rappresentante con "pieni o limitati" poteri è espressione d'un principio generale (7), è da chiarire se con questa disposizione il legislatore abbia inteso introdurre surrettiziamente la figura del *fiduciario* per i trattamenti in materia di salute e di fine-vita e, per questa via, consentire la formulazione delle cosiddette *direttive anticipate di trattamento* (8), ovvero se abbia voluto soltanto riconoscere al convivente una peculiare posizione giuridica in situazioni emotivamente delicate, in

(1) F. Romeo - M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 978 e ivi a nt. 25, 995.

(2) F. Romeo - M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., 997.

(3) G. Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 1016, 1021.

(4) Così L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in questa *Rivista*, 2016, 932.

(5) Lo segnalava già G. Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto"*, cit., 1016.

(6) Critico E. Quadri, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 900.

(7) F. Romeo, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della L. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 683 ss.

(8) In questa direzione, P. Zatti - M. Piccinni, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle Dat*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1283; si veda anche M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, in Blasi - Campione - Figone - Mecenate - Oberto (a cura di), *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 208 ss.

ragione della vicinanza affettiva (9). La recentissima introduzione della figura del *fiduciario* e del c. d. testamento biologico imporrà certo una riflessione in relazione alle sintetiche disposizioni in esame (10).

Non è chiaro, in primo luogo, cosa si intenda per *poteri pieni o limitati* in caso di malattia e di morte: se il soggetto designato abbia solo il diritto di essere consultato ovvero se la sua opinione abbia effetto vincolante per i terzi; se nell'assunzione della decisioni, il soggetto abbia il potere di esprimere consenso e dissenso ai trattamenti e se questo potere prevalga sull'autonomia decisionale del medico, soprattutto nel caso in cui questi trattamenti siano salva-vita e si rivolgano a malati terminali (11). La natura del potere e la sua capacità di opporsi alla discrezionalità del medico sono profili del tutto assenti nella disciplina in esame, così come ogni altra disposizione sulle diverse posizioni giuridiche dei congiunti.

Il comma 40 prevede che possa essere designato solo il convivente di fatto registrato, omettendo, *ratione materiae*, di disciplinare anche gli altri soggetti che potrebbero, a maggior ragione, assumere le vesti di *fiduciario*: il coniuge e la parte dell'unione civile, il partner di una convivenza di fatto non registrata e i parenti. Ancora non vengono disciplinati i potenziali conflitti fra congiunti, così trascurando una delle questioni socialmente più sentite: mi riferisco ai contrasti fra la volontà del coniuge solo separato e del nuovo convivente non registrato, il quale, in virtù delle condizioni ostative previste dal comma 36 per la costituzione della convivenza, non avrebbe alcuna possibilità di imporsi (12). È forte anche l'esigenza di una disciplina che individui, pure in assenza di designazione, gli interlocutori giuridicamente rilevanti e il loro ordine di prevalenza, al fine di ridurre le liti

familiari sulle decisioni sulla salute e sulla vita del proprio congiunto, sulle questioni e sui trattamenti successivi alla morte (13).

Il comma 41 prescrive che la designazione venga effettuata in forma scritta e autografa ovvero, in caso di impossibilità di redigerla, oralmente e alla presenza di un testimone. La previsione di un documento scritto ed esclusivamente autografo intende probabilmente riferirsi alla necessaria olografia, in simmetria con l'art. 602 c.c., corredata dalla firma del soggetto, al fine di attribuire autenticità e valore probatorio allo stesso documento. In caso d'impossibilità a redigerlo, è sufficiente una designazione orale alla presenza di un testimone, che dovrà necessariamente essere un soggetto diverso dallo stesso designato; non si specifica, però, in quale forma far risultare la testimonianza al momento in cui sia necessario far valere la predetta investitura (14), e senza un opportuno coordinamento con il principio generale in tema di testimonianza di cui agli artt. 2721-2722 c.c.

È stato osservato che la norma non dà indicazioni quanto alla possibilità per il designato di accettare o di rifiutare la nomina, profilo forse implicito nelle forme della stessa designazione (15): se, da un lato, potrebbe sembrare opportuno che il convivente sottoscrivere l'atto di nomina o che, alla presenza del testimone, esprima la volontà di aderirvi (16); dall'altro lato, la lettera della norma sembra configurare la nomina come atto unilaterale di conferimento d'un potere, con il quale il designato si sostituisce al convivente nell'esercitare attività essenzialmente esistenziali, senza necessità di accettazione e senza attribuzione di un obbligo correlato, dal quale dovrebbero discendere sanzioni in caso di inadempimento.

(9) M. Gorgoni, *Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in Gorgoni (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*. L. 20 maggio 2016, n. 76, Rimini, 2016, 220 ss.; C. Romano, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 344.

(10) Lo segnalava già L. Lenti, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, 4, 101 s. Mentre si scrive è stata pubblicata nella G.U. n. 16/2018 la Legge 22 dicembre 2017, n. 219 recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", che, all'art. 1, disciplina con attenzione i profili del consenso informato della relazione terapeutica. Nel prosieguo, si darà conto di alcuni profili presenti nella nuova disciplina, che rilevano rispetto alla materia oggetto del presente lavoro.

(11) L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., 935.

(12) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 209. Proprio con riguardo alla questione dei possibili conflitti fra i soggetti legittimati a decidere, ovvero fra il medico

e il fiduciario, la legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", prevede una serie di disposizioni volte a dirimere i potenziali contrasti fra rappresentante legale del soggetto incapace o minore e medico, rimettendo la questione al giudice tutelare (comma 5, art. 3); fra fiduciario e medico (comma 5, art. 4); ancora per il caso di sottoscrizione di DAT senza l'indicazione del fiduciario o quando quest'ultimo sia venuto meno per rinuncia, revoca, incapacità e morte (comma 4, art. 4).

(13) L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., 935 s., prende a modello il Codice civile svizzero.

(14) Sulle questioni relative alla forma, L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., 936.

(15) Il comma 2 dell'art. 4 della nuova disciplina "in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", dispone la necessità della sottoscrizione delle DAT da parte del fiduciario e la rinuncia con atto scritto da comunicare al disponente.

(16) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 210.

L'assenza di solide formalità per l'assunzione del potere/dovere rappresentativo non appare influente, posto che il comma 41 si applica a tutte le fattispecie indicate dal precedente comma 40: se questa peculiare attribuzione di poteri venga accostata alla figura del *fiduciario* o viceversa assorbita da quanto prevede l'art. 408 c.c. in materia di amministrazione di sostegno, non appare indifferente. Infatti, le nuove regole debbono essere coordinate, per un verso, con altre disposizioni in materia di salute e di fine-vita (ad es. per i trapianti d'organo) e con gli istituti di protezione; per altro verso, con le norme sulle disposizioni testamentarie (17).

Conviene osservare, innanzitutto, come siano diverse le funzioni e i requisiti di quanto previsto, rispettivamente, dal citato comma 40 e dall'art. 408 c.c.: mentre nel primo caso, può essere designato solo il convivente registrato, nell'amministrazione di sostegno il giudice può nominare chiunque; in quest'ultima, il potere di agire è conferito dal giudice, nei rapporti di convivenza il conferimento proviene direttamente dall'interessato, senza alcuna mediazione (18) e riguarda esclusivamente specifici profili della sfera esistenziale, nell'amministrazione di sostegno la *cura personae* è soltanto uno dei possibili profili d'intervento che possono essere estesi anche ai rapporti patrimoniali del beneficiario.

Quanto alla forma del conferimento, diverse sono le modalità di designazione dei soggetti deputati a rappresentare il convivente in caso di malattia o di morte. Mentre il comma 41 consente una designazione anche orale, nell'amministrazione di sostegno, la nomina avviene per decreto del giudice tutelare che ben può accogliere la designazione dell'interessato affidata, come vuole l'art. 408, comma 1, ad un atto pubblico o a una scrittura privata autenticata (19). Con riferimento alla lett. b) del comma 40, occorre notare che, pur non essendo mai entrato in vigore il silenzio-assenso previsto dalla L. n. 91/1999

per la donazione di organi *ex mortuo*, ciascun cittadino maggiorenne può esprimere la propria volontà in forma scritta (20). Diverso infine anche per quanto attiene alle decisioni in materia di trattamento del corpo e di celebrazioni funerarie, poiché la giurisprudenza, inquadrando nello schema del mandato *post mortem exequandum* (21), reputa che possano essere espresse dal *de cuius* ai propri congiunti nelle modalità testamentarie, anche senza alcun rigore di forma, allineandosi alla previsione del comma 41.

Il profilo della asimmetria formale fra le designazioni non è irrilevante per i possibili conflitti che possono sorgere fra manifestazioni di volontà, ad esempio quando la designazione sia in contrasto con quanto già stabilito in sede di amministrazione di sostegno o affidato alla clausola d'un testamento. Non è chiaro se la designazione effettuata dal convivente, abbia la forza di revocare le precedenti disposizioni: ci si deve chiedere se il profilo dell'*attendibilità* della disposizione (garantita da un maggior rigore formale) prevalga su quello della sua *attualità* elemento quest'ultimo essenziale, quanto problematico, delle disposizioni di fine-vita (22).

Per quanto non venga espressamente previsto dal testo normativo, appare pacifico che il convivente possa revocare, rinnovare, modificare la nomina e il contenuto dei poteri attribuiti nell'atto di designazione.

Nulla è previsto, infine, in ordine alla cessazione del potere rappresentativo: se è pacifico il diritto di rinunciare all'ufficio successivamente alla designazione, purché venga prudentemente esercitato mediante una comunicazione al convivente e/o al medico curante, non è chiaro se la designazione continui ad avere vigore in caso di cessazione della convivenza e, ancora, se la qualità di convivente debba sussistere anche al momento dell'esecuzione delle volontà espresse nell'atto (23): se il requisito della convivenza (*id est*, dell'esistenza di un legame) è

(17) A tal proposito, il comma 6 dell'art. 4 delle nuove "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", prevede che le DAT siano redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile, per l'opportuna l'annotazione, ovvero presso le strutture sanitarie; qualora le condizioni fisiche del disponente non lo consentano, le DAT possono essere espresse con videoregistrazione o altri dispositivi consoni. Con le stesse forme, si provvede alla revoca delle stesse disposizioni, senza necessità di alcuna motivazione.

(18) In questo senso, i commi 2 e 3 dell'art. 4 della recentissima disciplina "in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", consentono che la designazione del "fiduciario" possa riguardare chiunque, senza limiti di sorta.

(19) L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., 936.

(20) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 213 ss., 222 s.

(21) Così Cass. 23 maggio 2006, n. 12143, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 524, con nota di G. Bonilini, *Inscrizione a "società" di creazione e mandato post mortem*.

(22) Sulle questioni della forma e sulle correlazioni con la funzione meritevole, P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1990, *passim*. Deve segnalarsi che il comma 5 dell'art. 4 della nuova L. n. 219/2017, prevede che le DAT possano essere disattese dal medico, in tutto o in parte e in accordo col fiduciario, qualora siano palesemente incongrue, non rispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero siano sopraggiunte terapie non prevedibili alla sottoscrizione, che offrano concrete possibilità di miglioramento.

(23) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 210 s.

essenziale ai fini della designazione, non è detto che il suo venir meno provochi la decadenza dall'ufficio.

### **Disposizioni in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere e decisioni in materia di salute (comma 40, lett. a)**

La norma, relativa alle decisioni in materia di salute in caso di malattie che comportano incapacità di intendere e di volere, sembrerebbe a prima vista inutile, visto che il comma 48 fa richiamo all'amministrazione di sostegno e all'applicazione che di questa viene operata dai giudici; si è però osservato, in senso opposto, che il legislatore avrebbe introdotto surrettiziamente una fattispecie evanescente e sommaria, contenente il c.d. testamento biologico (24). A ogni modo, la disposizione appare la più innovativa fra quelle previste dal comma 40 (25): essa sancisce il riconoscimento giuridico del convivente di fatto quale depositario delle volontà del disponente, prescrivendo che possa essere designato con esclusiva preferenza rispetto agli altri congiunti e mediante la sola manifestazione di volontà dell'interessato, con ciò distinguendosi almeno in parte dall'amministrazione di sostegno, rimessa alla discrezionalità del giudice tutelare (26), restando ferma la designazione dello stesso interessato, soggetta alle formalità dell'art. 408, comma 1, c.c.

Pur avendo costruito una speciale rappresentatività in ambiti strettamente esistenziali (27), il legislatore ha ommesso di disciplinare compiutamente alcuni suoi rilevanti aspetti. Si pensi al contenuto dei poteri attribuibili, alla loro vincolatività rispetto alla tradizionale discrezionalità dell'agire medico lasciando in

questo modo irrisolte questioni di natura medico-ospedaliera (28) e, ancora, per non aver introdotto una regola per risolvere gli eventuali conflitti fra parenti. La stessa formulazione generica sulla delegabilità delle decisioni riguardanti la persona malata e divenuta incapace, non prevede esplicitamente l'obbligo d'agire nel miglior interesse del convivente, come invece espressamente prevede l'art. 410, comma 1, c.c., dov'è precisato che l'amministratore di sostegno deve "tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario" (29).

È presumibile che, in assenza d'una disciplina di dettaglio sui trattamenti sanitari concretamente disponibili, il contenuto della designazione continuerà a sopportare i limiti tradizionalmente posti alle direttive di fine vita (30) e le prassi correnti non troveranno conforto in questa disciplina incauta e imprecisa, continuando ad attestarsi su un atteggiamento autodifensivo di doverosa prudenza (31).

Il presupposto della designazione della persona a cui vengono affidate le decisioni riguardanti malattie che alterano lo stato di coscienza è che il convivente sia (ancora) capace di discernimento al momento della designazione (32): la disciplina normativa non dà indicazioni sulle scelte da compiere quando questa capacità di discernimento non sussista o quando la designazione non sia stata compiuta (33). La designazione dovrebbe produrre i propri effetti dal momento in cui sia accertata la compromissione della capacità di intendere e di volere, ma non vi sono indicazioni per risolvere le delicate questioni riguardanti il soggetto ancora capace di comprendere le informazioni sulla propria salute e gli esiti ultimi delle decisioni, ma fisicamente impossibilitato a

(24) F. Romeo, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze*, cit., 685, nt. 57, per il dibattito a riguardo.

(25) Così L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1787; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, 6, 206.

(26) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 209.

(27) Cfr. Cordiano, *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1911 ss.

(28) In tema di vincolatività di quanto espresso dal paziente, anche in termini di rifiuto, si veda invece il comma 6 dell'art. 1, il comma 5 dell'art. 4 delle nuove "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

(29) L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., 936.

(30) Esclude il rifiuto di trattamenti salva-vita e pratiche di tipo eutanasi, M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 211.

(31) L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., 936. Si veda, a riguardo, il comma 5 dell'art. 2 delle nuove "Norme

in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", rispetto ai trattamenti e alle informazioni che possono essere rifiutati dal paziente, comprendendo ogni accertamento diagnostico o trattamento sanitario, quali la nutrizione e l'idratazione artificiale; il comma 1, dell'art. 4, che delinea il contenuto delle DAT; l'art. 5, sulla pianificazione anticipata di cure.

(32) L. Pizzetti, *Disegno di legge Cirinnà e testamento biologico*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4 maggio 2016, 9, 7.

(33) In caso di mancata designazione e di mancate direttive, sarebbe opportuno equiparare la figura del convivente a quella del coniuge, secondo T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 390 s. Lo stesso dicasi per il primo comma art. 4 delle "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", che presuppone la capacità di intendere e di volere del disponente in previsione della propria futura incapacità. Si auspica che la previsione dell'art. 5, sulla pianificazione anticipata di cure, possa consentire un ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione a quei soggetti che, pur capaci, si trovino in uno stato soggettivo che li renda fisicamente impossibilitati a rifiutare un trattamento medico (sovente salva-vita).

esprimere la propria volontà (34). Si ripropone anche in quest'ambito l'annosa questione, sollecitata dall'art. 408 c.c., riguardante la nomina l'amministratore di sostegno prima che sia intervenuto lo stato d'incapacità: una possibilità riconosciuta spesso dalla giurisprudenza di merito (35) ma recentemente esclusa dalla Cassazione (36).

Infine, conviene osservare che le nuove regole possono far sorgere dubbi di legittimità costituzionale, giacché esse, nel porre una disciplina che sembra evocare il così detto testamento biologico, sono destinate a tutelare la sola figura del convivente di fatto, senza poter essere applicate a vantaggio di soggetti appartenenti a diverse tipologie familiari: si pensi al coniuge, alla parte dell'unione civile e al partner di una convivenza di fatto non registrata (37) anche se l'interpretazione potrebbe soccorrere considerando le regole sulla designazione come espressione di un principio generale estensibile anche ad altre forme familiari.

### Disposizioni in caso di morte (comma 40, lett. b): le donazioni di organi *ex mortuo*

Il comma 40 stabilisce ancora che il convivente può, contestualmente con la designazione di cui alla lett. a) ovvero separatamente e indipendentemente da quella (38), nominare il *partner* quale suo rappresentante con pieni o limitati poteri per quanto attiene alla donazione di organi in caso di morte.

Anche questa regola pare interferire con disposizioni normative vigenti. Infatti, la disposizione dev'essere coordinata con eventuali disposizioni testamentarie recanti indicazioni sui trapianti di organi o di tessuti, da effettuare dopo la morte del disponente: la norma, nuovamente, pone problemi di possibile conflitto fra atti di disposizione, successivi nel tempo, che ben potrebbero non coincidere sotto il profilo della simmetria formale, contenendo il menzionato comma 41 previsioni meno rigorose o comunque ambigue (39). Ancora, vi è la necessità di un coordinamento con la disciplina dei trapianti, affidata dal legislatore ad un doppio regime che presenta significative divergenze (40): mentre i trapianti *inter vivos* sono regolati da tre leggi distinte per tipologie di organo (41), la disposizione di organi e tessuti *ex mortuo* resta affidata quasi interamente alla L. 1° aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti* (42). È soltanto a quest'ultima che la disciplina delle convivenze sembra fare riferimento: mentre, se si rendesse necessario provvedere a un trapianto parziale o totale di organi a favore del convivente, del quale sia però totalmente compromessa la capacità di intendere e di volere (43), è evidente che, restando ferma la possibilità di una designazione preventiva di cui alla lett. a), la questione dovrà essere risolta applicando le regole sui trapianti *inter vivos*.

Nel fare apparentemente riferimento solo alle norme in tema di trapianti da cadavere, la disposizione in commento si sovrappone a quanto già prevede la L. 1°

(34) Ampiamente su questi profili, P. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 85 ss.

(35) Trib. Modena 5 novembre 2008, in *Guida dir.*, 2009, 11, 35, e di seguito, Trib. Cagliari 22 ottobre 2009, in questa *Rivista*, 2010, 161; Trib. Firenze 22 dicembre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 483.

(36) La questione riguarda la disposizione dell'art. 408 c.c. e la possibilità di nomina immediata dell'amministratore a favore di soggetto ancora capace (cfr. G. Bonilini, "Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, III, 191; P. Cendon, *Si può chiedere l'amministrazione di sostegno anche se si sta bene?*, in nota a Trib. Roma 1° aprile 2009, in *www.personaedanno.it*) o del tutto *compos sui* (in senso contrario, S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, part. 31; più possibilista, G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 843), negata dall'orientamento prevalente (F. Gazzoni, *Continua la crociata parametafisica dei giuristi missionari della c.d. morte dignitosa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 277) e recentemente rigettata anche da Cass. 20 dicembre 2012, n. 23707, in questa *Rivista*, 2013, 6.

(37) E. Calò, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, 598; L. Lenti, *La nuova disciplina della convivenza di fatto*, cit., 101, propone un'applicazione estensiva anche agli altri soggetti, legati al malato da vincoli affettivi e parentali.

(38) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 213.

(39) L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., 936.

(40) M.C. Venuti, *Novità e prospettive in materia di trapianti d'organo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 305 ss.

(41) L. 26 giugno 1967, n. 458, *Trapianto del rene tra persone viventi*, e il regolamento attuativo emanato con D.M. 16 aprile 2010, n. 116, *Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente*; L. 16 dicembre 1999, n. 483, *Norme per consentire il trapianto parziale di fegato*, e la recente L. 19 settembre 2012, n. 167, *Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi*.

(42) La legge è corredata dal D.M. 8 aprile 2000, il regolamento attuativo delle prescrizioni relative alla dichiarazione di volontà dei cittadini sulla donazione a scopo di trapianto; in tema, D. Carusi, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C. Mazzoni - S. Rodotà - P. Zatti, nel *Trattato di biodiritto* Rodotà - Zatti, Milano, 2011, I, 1119 ss.

(43) Trib. Mantova 25 agosto 2016, in questa *Rivista*, 2017, 349, con nota di A. Arfani, laddove "l'assenso alla donazione, prestato dal rappresentante in nome altrui, di cui all'art. 4, terzo comma, L. n. 91/1999, non è ammessa per i nascituri, per i soggetti non aventi la capacità di agire nonché per i minori affidati o ricoverati presso istituti di assistenza pubblici o privati."

aprile 1999, n. 91, che già contempla la persona stabilmente convivente fra i soggetti legittimati a fare opposizione all'espianto.

Tuttavia, anche la L. n. 91/1999 conosce lacune significative per quanto riguarda l'applicazione del suo art. 4 che, accanto all'espressa volontà, favorevole o contraria, ad effettuare il prelievo, prevede un complesso meccanismo di silenzio-assenso mai entrato in vigore e sostituito da uno speciale regime transitorio, tutt'oggi vigente, che consente di procedere al prelievo di organi e di tessuti dal defunto salvo quando risulti che il soggetto abbia esplicitamente *negato* il proprio assenso. Il coniuge non separato o il convivente *more uxorio* o, in mancanza, i figli maggiori di età o, in mancanza di questi ultimi, i genitori ovvero il rappresentante legale possono presentare opposizione entro il termine corrispondente al periodo di osservazione per l'accertamento della morte; l'opposizione è rigettata qualora dai documenti personali o dalle dichiarazioni depositate presso la azienda sanitaria di appartenenza, risulti una volontà favorevole al prelievo di organi, salvo quando risulti che il disponente abbia revocato il proprio assenso al prelievo. Il cittadino ha la possibilità di manifestare la propria volontà con una dichiarazione agli uffici dell'anagrafe dei Comuni che hanno attivato il servizio, in occasione della richiesta o di rinnovo della carta d'identità; ovvero con analogha manifestazione, al proprio medico di famiglia o presso la propria Azienda sanitaria o ancora con la compilazione del c.d. "tesserino blu" o con un atto olografo conservato dall'Associazione italiana donatori d'organo e con qualunque altro atto che contenga indicazioni in tal senso (44).

La legge sulle convivenze detta quindi una regola che pone ancora problemi di coordinamento e di conflitto fra le successive dichiarazioni e designazioni, posto che alcune di esse prevedono forme che sono difficilmente superabili con una successiva designazione fatta oralmente. Si può immaginare che nei casi in cui manchi fra i congiunti unanimità

di consensi l'eventuale conflitto possa essere risolto affidando al giudice il potere di decidere attribuendo priorità alla volontà del defunto, validamente espressa; ove questa manchi, alla designazione del convivente e se anche questa non vi sia, alla volontà dei parenti, come prevede la disciplina sui trapianti da cadavere.

### **(segue) Le modalità di trattamento del corpo**

L'ultima parte della lett. b), sulle modalità di trattamento del corpo e sulle celebrazioni funerarie, dà al convivente la possibilità di decidere sulle modalità di trattamento del corpo del defunto. Il legislatore sembra aver voluto disciplinare un aspetto socialmente molto rilevante (45), visto che gli interventi giurisprudenziali in materia sono numerosi e tutti volti a dirimere i contrasti endofamiliari sulla disposizione del defunto (46), in assenza di norme sulle modalità di trattamento del corpo e di univoche regole di prevalenza in caso di conflitti. Così, a fronte della L. 30 marzo 2001, n. 130 in tema di cremazione, le altre pratiche di inumazione e di tumulazione non sono disciplinate, dovendosi rinviare all'art. 79 del d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (*Regolamento nazionale di polizia mortuaria*) e ai regolamenti comunali, eterogenei quanto numerosi (47), che non sempre comprendono il convivente fra i legittimati a disporre della salma del congiunto.

Il diritto ad essere sepolti, quale *diritto di sepolcro primario* (48), racchiude il potere di disporre del proprio corpo, con ciò intendendo le modalità e il luogo della sepoltura; è un diritto assoluto, seppure ad esercizio postumo per mezzo di familiari o della pubblica autorità, da attuare sia con una disposizione *mortis causa* o *inter vivos* costitutiva di un mandato *post mortem*, sia, in assenza di manifestazione di volontà, *iure sanguinis* attraverso i congiunti, legati da vincoli di affetto e di sangue.

Il defunto, a mezzo di testamento ovvero mediante una previa volontà manifestata senza alcun rigore di

(44) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 213 s.

(45) Trib. Treviso 15 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 905, con nota di M. Cinque, sul riconoscimento del convivente (in quel caso omosessuale) quale "familiare" per l'affidamento delle ceneri del congiunto.

(46) Trib. Reggio Emilia 12 settembre 2013, in banca dati *www.pluris.it*, che ha accolto un ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., proposto dal convivente superstite per impedire la cremazione della salma del defunto, contro la volontà dei familiari, richiamando Cass. 23 maggio 2006, n. 12143, cit., che ha riconosciuto il diritto di disporre delle modalità e del luogo della sepoltura senza vincoli formali; già Trib. Roma 4 aprile 1973, in *Dir. fam. pers.*, 1973, 1081;

C. Coppola, *La successione del convivente more uxorio*, in *Il diritto delle successioni. Successioni e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, in *Tratt. dir.* Bonilini, Torino, 2004, 379 ss. In generale, sul diritto al sepolcro, C. Petrone, voce *Sepolcro e sepoltura (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 24 ss.; F. Carresi, voce *Sepolcro (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1957, 33 ss.; G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 790.

(47) Segnala un ridotto intervento normativo in materia G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., 809.

(48) Recentemente v. Tar Pescara 3 dicembre 2014, n. 481, in questa *Rivista*, 2016, 87, con nota di A. Arfani. V. già P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 579 ss.



forma (49), può disporre sulle modalità di trattamento del proprio corpo e sul luogo della sepoltura, compatibilmente con il regime pubblicistico delle concessioni: in questo senso, la designazione introdotta dalla lett. b), della norma in commento, anche nella sua forma più libera, può rappresentare uno strumento idoneo di manifestazione di volontà che tuttavia non sembra poter giovare nei casi di contrasti intrafamiliari: per risolverli, non sembra sufficiente far riferimento all'art. 79, d.P.R. n. 285/1990, per cui "in mancanza disposizione testamentaria, la volontà deve essere manifestata dal coniuge e, in difetto, dal parente più prossimo individuato secondo gli articoli 74 c.c. e seguenti e, nel caso di concorrenza di più parenti nello stesso grado, da tutti gli stessi". Anche qui, il giudice, in mancanza di una volontà precisa ed espressa del *de cuius*, dovrà prediligere la volontà espressa dal convivente designato e, in mancanza di designazione, operare una selezione fra le volontà contrastanti, comparando gli interessi meritevoli e avendo riguardo alla solidità del legame del defunto con i soggetti coinvolti (50).

Diversamente deve dirsi con riguardo alla disposizione del corpo per cremazione e all'eventualità di dispersione delle ceneri, disciplinata dall'art. 3, legge 30 marzo 2001, n. 130: la cremazione può avvenire per volontà del defunto manifestata in un testamento ovvero con la sua partecipazione ad associazioni che abbiano come fine statutario la cremazione dei cadaveri degli associati; in ogni caso, nell'ipotesi di contestazioni o nell'assenza di qualsiasi volontà manifestata dal defunto, la legge prevede la consultazione dei familiari e dei prossimi parenti (come

declinati dagli artt. 74 ss.). Fatte anche in questa ipotesi le debite riserve sulla possibilità che la disposizione consenta di risolvere gli eventuali conflitti, sarebbe stato più opportuno modificare le leggi speciali e, contestualmente, l'art. 79 del d.P.R. n. 285/1990, per estenderne l'applicazione anche al convivente di fatto (e alla parte dell'unione civile) (51). Infine, per quanto riguarda la regola che ora consente di designare il convivente quale rappresentante in merito alle celebrazioni funerarie, si nota una certa imprecisione nel testo della norma, poiché il riferimento alle celebrazioni funerarie sembra alludere non soltanto alle modalità di svolgimento ma anche alle relative spese che, per giurisprudenza consolidata, sono considerate pesi ereditari (52) e colui che le abbia sostenute anticipatamente ha diritto a ottenerne il rimborso dagli eredi, salvo quando esse sia eccessive ed effettuate contro la loro volontà (53).

Ne deriva che la necessità di ricondurre le spese funerarie nell'ambito della disciplina delle successioni *mortis causa* rende la nuova norma priva di applicazione per quanto riguarda le stesse, giacché la posizione del convivente, come detto, non è stata assimilata a quella di coniuge, subendo così i limiti che le norme successorie le impongono. Tuttavia, al fine di recuperare una funzione che esuli dalle questioni connesse con i profili successori, si può ritenere che la volontà del defunto, manifestata con la designazione del convivente, trovi soddisfazione almeno per quanto riguarda le modalità di esecuzione delle celebrazioni funerarie, prescindenti dai profili delle spese.

(49) M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, cit., 217, sulla ricostruzione della fattispecie in esame con mandato *post mortem exequandum*.

(50) Così Pret. Macerata 6 giugno 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 2382.

(51) T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, cit., 391.

(52) Cass. 3 gennaio 2002, n. 28, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 33, con nota di S. Mosca; già Cass. 4 agosto 1977, n. 3489,

in *Rep. Foro it.*, voce *Successioni e donazioni*, n. 85; Trib. Roma 22 luglio 1961, in *Temi rom.*, 1961, 519; in dottrina, G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 33 ss.; v. però Trib. Varese 31 ottobre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 1802, sulla qualificazione del pagamento delle spese funerarie come accettazione di eredità; *contra*, Cass. 20 luglio 1939, n. 349, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1942, 69.

(53) V. Trib. Trieste 23 aprile 1956, in *Giust. civ.*, 1956, II, 1779 sul rilievo dell'art. 2751, n. 1. c.c.

**INDICE DEGLI AUTORI****Vincenzo Barba**

Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale ..... **126**

**Antonella Batà**

Osservatorio di giurisprudenza civile ..... **168**

**Giovanni Bonilini**

Prodigalità, e amministrazione di sostegno ..... **143**

**Alessandra Cordiano**

La disciplina in tema di salute e di fine vita nella L. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate ..... **213**

**Giovanni D'Amico**

Contratto di convivenza e atto di destinazione ..... **203**

**Martina Montanari**

La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità ..... **177**

**Edoardo Pesce**

La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del *single*: una decisione originale ..... **151**

**Paolo Pittaro**

Osservatorio di giurisprudenza penale ..... **172**

**Luca Ventaloro**

La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità ..... **177**

**INDICE CRONOLOGICO****Giurisprudenza****Corte Costituzionale**

Corte Costituzionale 14 luglio 2017, n. 193 ..... **121**

**Corte di Cassazione civile**

Cassazione Civile, Sez. III, 21 novembre 2017, n. 27574, ord. .... **169**

Cassazione Civile, Sez. VI, 28 novembre 2017, n. 28331, ord. .... **168**

Cassazione Civile, Sez. I, 30 novembre 2017, n. 28829, ord. .... **170**

Cassazione Civile, Sez. I, 5 dicembre 2017, n. 29118, ord. .... **169**

Cassazione Civile, Sez. lavoro, 14 dicembre 2017, n. 30083 ..... **168**

**Corte di Cassazione penale**

Cassazione Penale, Sez. I, 20 ottobre 2017 (26 maggio 2017), n. 48424 ..... **175**

Cassazione Penale, Sez. VI, 31 ottobre 2017 (6 ottobre 2017), n. 49997 ..... **172**

Cassazione Penale, Sez. IV, 11 novembre 2017 (17 ottobre 2017), n. 51448 ..... **173**

Cassazione Penale, Sez. I, 16 novembre 2017 (11 luglio 2017), n. 52460 ..... **175**

Cassazione Penale, Sez. V, 17 novembre 2017 (6 giugno 2017), n. 52572 ..... **174**

Cassazione Penale, Sez. VI, 20 novembre 2017 (28 settembre 2017), n. 52723 ..... **172**

Cassazione Penale, Sez. V, 24 novembre 2017 (21 novembre 2017), n. 53438 ..... **173**

**Tribunale**

Tribunale per i minorenni di Genova 8 settembre 2017 ..... **149**

Tribunale di Modena 3 novembre 2017 ..... **142**

**INDICE ANALITICO****Accesso abusivo a sistema informatico**

Accesso effettuato da soggetto abilitato (*Cassazione Penale, Sez. V, 17 novembre 2017 (6 giugno 2017), n. 52572*) Osservatorio di giurisprudenza penale ... **174**

**Adozione**

La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del *single*: una decisione originale (*Tribunale per i minorenni di Genova 8 settembre 2017*) di Edoardo Pesce ..... **149**

**Amministrazione di sostegno**

Prodigalità, e amministrazione di sostegno (*Tribunale di Modena 3 novembre 2017*) di Giovanni Bonilini ..... **142**

**Danno biologico**

Risarcimento del danno (*Cassazione Civile, Sez. III, 21 novembre 2017, n. 27574, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile ..... **169**

**Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina**

Matrimonio simulato (*Cassazione Penale, Sez. I, 16 novembre 2017 (11 luglio 2017), n. 52460*) Osservatorio di giurisprudenza penale ..... **175**

**L. n. 76/2017**

Contratto di convivenza e atto di destinazione di Giovanni D'Amico ..... **203**

La disciplina in tema di salute e di fine vita nella L. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate di Alessandra Cordiano ..... **213**

# Indici

## Famiglia e diritto

### Lesioni personali colpose

Omessa custodia dell'animale (*Cassazione Penale, Sez. IV, 11 novembre 2017 (17 ottobre 2017), n. 51448*) Osservatorio di giurisprudenza penale ...

173

### Maltrattamenti contro familiari e conviventi

Cessazione della convivenza more uxorio (*Cassazione Penale, Sez. VI, 20 novembre 2017 (28 settembre 2017), n. 52723*) Osservatorio di giurisprudenza penale .....

172

Elemento soggettivo (*Cassazione Penale, Sez. VI, 31 ottobre 2017 (6 ottobre 2017), n. 49997*) Osservatorio di giurisprudenza penale .....

172

### Minori

Provvedimenti relativi ai figli minori (*Cassazione Civile, Sez. VI, 28 novembre 2017, n. 28331, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile .....

168

Sottrazione di minori (*Cassazione Civile, Sez. I, 5 dicembre 2017, n. 29118, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile .....

169

### Pari opportunità

Discriminazioni sul lavoro (*Cassazione Civile, Sez. lavoro, 14 dicembre 2017, n. 30083*) Osservatorio di giurisprudenza civile .....

168

### Permesso di necessità

Particolare gravità dell'evento familiare (*Cassazione Penale, Sez. I, 20 ottobre 2017 (26 maggio 2017), n. 48424*) Osservatorio di giurisprudenza penale ..

175

### Separazione

Revocatoria fallimentare (*Cassazione Civile, Sez. I, 30 novembre 2017, n. 28829, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile .....

170

### Successioni

Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale (*Corte Costituzionale 14 luglio 2017, n. 193*) di Vincenzo Barba

121

### Vaccini

La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità di Martina Montanari e Luca Ventaloro ...

177

### Violazione di domicilio

Equivalenza tra privata dimora e proprietà privata (*Cassazione Penale, Sez. V, 24 novembre 2017 (21 novembre 2017), n. 53438*) Osservatorio di giurisprudenza penale .....

173

# TASSAZIONE DELLE SUCCESSIONI E DONAZIONI

Giovanni SANTARCANGELO

€ 150

Cod. 00217995

Il volume è dedicato alle fattispecie soggette all'imposta sulle successioni e donazioni e costituisce una prima **guida ragionata per la compilazione della dichiarazione di successione telematica**, di cui è stato approvato nel mese di giugno il **nuovo modello**.

L'opera offre:

- un inquadramento sistematico dei più rilevanti istituti in materia successoria, dei quali viene individuato il **trattamento tributario da applicare**
- un'analisi delle **disposizioni di legge** che regolano la materia, accompagnate dalle sentenze, dalle circolari e dalle risoluzioni dell'Amministrazione finanziaria
- le **tassazioni** e la **codifica** delle varie fattispecie esaminate
- un'analisi dettagliata delle **modalità di compilazione della dichiarazione di successione** (partendo dalle istruzioni ministeriali) con numerosi esempi di compilazione e, in particolare, con il richiamo ai campi.

L'Opera è pertanto un **vademecum** che si propone di guidare, non solo l'operatore del diritto, ma qualunque utente che voglia presentare la dichiarazione fiscale relativa all'imposta sulle successioni e donazioni.



UTET GIURIDICA ® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

# SUCCESSIONI E DONAZIONI

diretto da GIANCARLO IACCARINO

€ 170

Cod. 00217975

Il volume illustra: **il ruolo del notaio** nell'ambito delle successioni; gli **adempimenti notarili** successivi alla confezione del testamento; le formalità da osservare per la validità della donazione, anche a seguito della sentenza della Cass. n. 18725/2017; l'utilizzo della divisione nel **passaggio generazionale**; l'attività notarile nella **divisione giudiziale**; i rapporti tra gli **eredi** e le **banche**; le successioni e le donazioni nel **diritto internazionale privato**; i vantaggi della **rinuncia abdicativa** ai diritti di (com)proprietà; gli **aspetti fiscali**. Ampio spazio è dedicato alle problematiche relative alle provenienze donative e ai rimedi per superarle.

La Parte III è dedicata al passaggio generazionale dell'impresa, dove accanto al patto di famiglia, sono state analizzate e approfondite le clausole societarie di predisposizione successoria.

Il Trattato, frutto dell'impegno di un **gruppo di Notai di grande esperienza**, mette a disposizione del professionista uno strumento originale sia per avvicinarsi ai temi più rilevanti in materia di successioni e donazioni, sia per approfondire, in modo inedito e trasversale, gli stessi.



UTET GIURIDICA ® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando  
è tratto da un volume pubblicato su  
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)