

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

IPSOA

Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina e giurisprudenza

ISSN 1591-7703 - ANNO XXXII - Direzione e redazione via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano

1/2025



edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

La revoca della condizione testamentaria per condotta incompatibile del disponente

Affido condiviso, contrasti genitoriali e fattore religioso

La riforma dell'imposta su successioni e donazioni

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Sesta

Famiglia

Enrico Al Mureden
Alessandra Arceri
Massimo Dogliotti
Mario Trimarchi

Procedimento

Filippo Danovi
Ferruccio Tommaseo

Successioni

Giovanni Bonilini

Unione Europea

Maria Caterina Baruffi

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



Wolters Kluwer

Daniela
Avvocato Familiarista

GESTISCE I RAPPORTI FAMILIARI CON INTELLIGENZA

One LEGALE
presenta Esperta *Famiglia*

La soluzione più innovativa per essere sempre aggiornato in tema di diritto di famiglia e successioni, con tutti gli strumenti per gestire ogni problematica: guide pratiche, procedure operative, check list, codici commentati, quesiti, riviste, formule, news. E da oggi, con la nuova funzionalità Giurimetria basata su modelli di intelligenza artificiale, fai ricerche giurisprudenziali per fattispecie, trovi subito le decisioni dei giudici sui casi simili al tuo, prevedi l'esito di un contenzioso.

Da oggi costruire strategie processuali vincenti è una certezza.

Scopri di più su info.onelegale.it

One LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

GIURISPRUDENZA

Testamento	Cassazione Civile, Sez. II, 18 settembre 2024, n. 25116, ord. SULLA REVOCA DELLA CONDIZIONE TESTAMENTARIA PER CONDOTTA INCOMPATIBILE DEL DISPONENTE di <i>Matteo Boselli</i>	5 7
Amministratore di sostegno	Cassazione Civile, Sez. I, 10 settembre 2024, n. 24251, ord. Cassazione Civile, Sez. I, 17 settembre 2024, n. 24878 I PRINCIPI DI GRADUALITÀ E FLESSIBILITÀ, E IL DILEMMA DELLA ADEGUATA PROTEZIONE DEL BENEFICIARIO di <i>Maria Novella Bugetti</i>	15 17 19
Educazione religiosa del minore	Tribunale di Modena, Sez. I civ., 25 settembre 2024 AFFIDO CONDIVISO, CONTRASTI GENITORIALI E FATTORE RELIGIOSO: LA VALENZA PEDAGOGICA DELL'“ORA DI RELIGIONE” E IL CRITERIO DI CONTINUITÀ EDUCATIVA di <i>Manuel Ganarin</i>	25 27
P.M.A.	Tribunale di Lucca 25 giugno 2024, n. 90203, ord. L'ISCRIZIONE DELLE DUE MADRI NELL'ATTO DI NASCITA DEL MINORE NATO DA PMA ETEROLOGA DI NUOVO ALL'ATTENZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE di <i>Francesco Linardi</i>	36 50

OSSERVATORI

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA CIVILE a cura di <i>Antonella Batà</i>	58
--	-----------

ARTICOLI

Terzo settore	AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E CONFLITTUALITÀ FAMILIARE: PER UNA VALORIZZAZIONE DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE di <i>Mario Renna</i>	64
Imposta su successioni e donazioni	LA RIFORMA DELL'IMPOSTA SULLE SUCCESSIONI E DONAZIONI: PRIME NOTE TEORICO-PRATICHE di <i>Cecilia Benzi</i>	71
Fondo patrimoniale	LA FUNZIONE PROMOZIONALE DEL FISCO: LA TASSAZIONE DEL FONDO PATRIMONIALE E DEL PATTO DI FAMIGLIA di <i>Daniela Mendola</i>	85

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO, ANALITICO	95
---------------------------------------	-----------

PROCEDURA DI REVISIONE

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

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

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

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

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

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

Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.

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

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

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

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO GIURISTI STRANIERI

José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia; Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano

Anatol Dutta, Full Professor of Private Law, Private International Law and Comparative Law, Ludwig-Maximilians-Universität München

Fabienne Jault-Seséke, Professeur des universités de droit privé à la Faculté de droit et science politique de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (UVSQ)

Nigel Lowe, Queen's Counsel (Honoris Causa), Professor Emeritus of Law, Cardiff University; Honorary King's Counsel

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial, Universidad de La Habana; Notario de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de la República de Cuba

Patrick Wautelet, Professeur ordinaire, Faculté de Droit, de Science politique et de Criminologie Département de droit; Droit international privé, Faculté de Droit, de Science politique et de Criminologie, Université de Liège

Sandra Winkler, Associate Professor, University of Rijeka; Vice-Dean for International Affairs, Faculty of Law

HANNO COLLABORATO A QUESTO FASCICOLO

Antonella Batà, Ricercatrice a tempo indeterminato in materie giuridiche presso l'Università degli studi Federico II di Napoli

Cecilia Benzi, Cultore della materia di Diritto tributario presso l'Università degli studi Alma Mater Studiorum di Bologna; Avvocato

Matteo Boselli, Dottorando di ricerca in Diritto civile presso l'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia; Docente di Diritto civile presso la S.S.P.L. dell'Università degli studi di Parma; Avvocato

Maria Novella Bugetti, Professore associato di Diritto privato, Dipartimento di Economia e management, presso l'Università degli studi di Ferrara

Manuel Ganarin, Professore associato di Diritto e religione presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi Alma Mater Studiorum di Bologna

Francesco Linardi, Dottore magistrale in giurisprudenza

Daniela Mendola, Docente a contratto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Salerno

Mario Renna, Professore associato presso l'Università degli studi di Siena

Testamento

Cassazione Civile, Sez. II, 18 settembre 2024, n. 25116, ord. - Pres. Di Virgilio - Rel. Grasso

Se il testatore impedisce, in vita, l'avveramento della condizione apposta alla propria disposizione testamentaria istitutiva, pur mantenendo ferma l'istituzione medesima, il principio del *favor testamenti* impone la salvezza dell'istituzione testamentaria non revocata, nonostante la revoca, per condotta incompatibile del disponente, della condizione sospensiva apposta.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non si rinvencono precedenti conformi.
Difforme	Non si rinvencono precedenti difformi.

Omissis

1. G.G.G., con testamento olografo del 24/11/2007 espresse la volontà di lasciare “tutto quanto in mio possesso del mio patrimonio... ai miei nipoti: G.G. nato a C il (*Omissis*) e F.F. nata a C il (*Omissis*) - e chiede loro che si impegnano ad accudirmi in mia vita natural durante in mio C frazione T e provincia di S.”

1.1. Tralasciata la parte di vicenda giudiziaria che oramai non rileva, va ricordato che D.D. e E.E., B.B., A.A., W.W. e Y.Y., G.G.G. e X.X. citarono in giudizio H.H., K.K., I.I., J.J., F.F., G.G., e U.U. (1924), C.C., S.S., H.H.H., T.T., I.I.I., V.V. (1962), nonché l'avv. Elena Borchia, nella qualità di custode giudiziale.

2. L'adito Tribunale, sempre avuto riguardo alla materia ancora controversa, nel rigettare le domande principali e quelle riconvenzionali, dichiarando, inoltre, l'inefficacia del sequestro in atto, escluse che con il testamento fosse stato istituito un patto successorio, vietato dalla legge, e che lo stesso fosse viziato da errore, violenza o dolo.

Quanto all'impegno per l'accudimento, quel Giudice sostenne che si ebbe a trattare di un mero desiderio, privo d'efficacia condizionante e che la conclusione non sarebbe mutata pur ove lo si fosse considerato come onere, trattandosi d'un adempimento, originariamente possibile, successivamente divenuto impossibile per decisione del testatore, il quale aveva categoricamente rifiutato di trasferirsi nel paese natio e di essere accudito dai nipoti.

3. La Corte d'Appello di Trieste rigettò l'impugnazione di D.D., A.A., Y.Y. e B.B., C.C., e E.E., sia pure modificando e integrando la motivazione del giudice di primo grado.

- Doveva escludersi trattarsi di onere per la ragione decisiva che esso presuppone l'avvenuta delazione, nel mentre qui si trattava di prestare assistenza al testatore in vita.

- Dal complessivo vaglio probatorio doveva escludersi che il testatore volle esprimere un mero desiderio privo di rilevanza giuridica.

- Trattavasi, invece, di condizione sospensiva, divenuta impossibile per successivo fermo volere dello stesso disponente, ma non originariamente tale (da qui la non applicabilità dell'art. 634, co. 2, c.c.), con il risultato che doveva trovare applicazione l'art. 1359 c.c., “riferibile anche ai comportamenti di chi in concreto abbia

dimostrato, con una condotta successiva, di non avere più interesse al verificarsi della condizione (Cass. nn. 24325/2011; Cass. 13457/2004), con la conseguenza che la condizione deve ritenersi adempiuta”.

4. A.A., e B.B., C.C., D.D., e E.E., ricorrono sulla base di due motivi.

H.H. controricorre aderendo alla posizione dei ricorrenti. Resistono con controricorso F.F., e G.G.

Tutte le parti hanno depositato memoria illustrativa.

5. Con il primo motivo viene denunciata violazione dell'art. 1362 c.c.

Assumono i ricorrenti che la Corte d'Appello, avendo reputato (sia pure utilizzando il verbo sembrare) che i nipoti onerati si fossero assunti l'obbligazione di assistenza (alla quale solo per il sopravvenuto contrario volere dello zio non era stato possibile dare esecuzione) e che, comunque, anche diversamente opinando, l'avveramento della condizione non si era verificato per volere del testatore, aveva violato la regola ermeneutica sopra richiamata.

In particolare, si addebita alla decisione di non avere preso in considerazione alcuno dei criteri di cui alla anzidetta disposizione, tenendo conto delle circostanze fattuali rilevanti emergenti dagli atti. In materia testamentaria, si soggiunge, secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza, con i dovuti adattamenti, era applicabile l'art. 1362 c.c., così da evitare che la volontà del testatore venisse prevaricata dall'interprete. In altri termini, il contenuto letterale, salvo il caso in cui l'espressione non sia foriera di dubbio alcuno, deve confrontarsi con il comportamento tenuto dal testatore successivamente alla stesura della scheda. In conclusione, seguendo gli indicati criteri, in alcun modo si sarebbe potuti giungere ad affermare la soddisfazione del disponente col solo e mero fatto dell'assunzione dell'obbligazione di assistenza, non seguita dall'effettiva prestazione: altro senso non poteva avere il prescritto “impegno ad accudire”.

Sotto altro profilo, riguardante l'avveramento della condizione, “la corte di merito ha ommesso di esaminare l'altra (parte di clausola) immediatamente seguente, nella quale la richiesta dell'impegno... doveva avvenire nel luogo da lui indicato (C) e protrarsi (continuativamente e/o periodicamente) fino alla sua morte: tutti accadimenti che, dalla deposizione del teste J.J.J., non sono mai emersi”.

5.1. La censura è inammissibile.

La *ratio* portante della decisione è costituita dalla constatazione che non fu possibile adempiere alla condizione per volere del disponente stesso. L'anzidetto accertamento rende vano disquisire sul contenuto della prestazione richiesta: l'effettivo adempimento, per vero, fu impedito dal volere del G.G.G.

6. Con il secondo motivo viene denunciata "errata applicazione" dell'art. 1359 c.c.

I ricorrenti sostengono che la norma evocata non era applicabile alla fattispecie in esame, trattandosi di evento "inoppugnabilmente possibile, futuro ed incerto alla data di redazione del testamento". L'art. 1359 c.c., si soggiunge, è posto a tutela di posizioni giuridiche attive (l'aspettativa dell'altro contraente), situazione che qui non ricorreva affatto, stante che "il chiamato, obbligato ad adempiere la prestazione assistenziale in favore del testatore... non è titolare, fino alla morte del testatore, di alcuna aspettativa... giuridica". Diverso il caso in cui "la situazione di pendenza scaturente dalla condizione sospensiva sussista alla data di apertura della successione e consenta di individuare una vicenda riconducibile, per analogia od interpretazione estensiva, alla fattispecie prevista dall'art. 1359 c.c."

6.1. La censura deve essere rigettata, sia pure con motivazione diversa rispetto a quella adottata dalla Corte di Trieste.

Il richiamo all'art. 1359 c.c. non è condivisibile.

La previsione normativa anzidetta dispone che la condizione debba considerarsi avverata "qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa". All'evidenza, essa regola i rapporti fra le parti di un contratto, così da impedire che la parte che resterebbe favorita dal non avveramento, si adoperi, ai danni dell'altra parte, perché ciò avvenga.

La natura di negozio giuridico unilaterale del testamento rende impraticabile l'estensione della regola.

Il codice civile ha raccolto l'eredità della cd. regola sabinaiana, diretta a salvaguardare la volontà testamentaria.

L'art. 634 c.c., invero, pone una disciplina affatto diversa rispetto a quella prevista per i contratti dall'art. 1354 c.c., diretta a salvaguardare la volontà del disponente.

Volontà, la quale deve soccombere nel solo caso preveduto dall'art. 626 c.c. (motivo illecito che è stato causa esclusiva della disposizione testamentaria).

L'art. 634 c.c. salvaguarda la volontà del testatore, considerando come non apposte "le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume".

La condizione apposta al testamento di cui si discute non rientra in alcuna delle anzidette categorie e se ne distingue nettamente sotto altro profilo: il mancato avveramento della condizione si è verificato per volere dello stesso disponente, il quale non ha voluto essere assistito in vita dai nominati nipoti.

Trattasi, pertanto, di una condizione revocata per volontà dello stesso testatore.

È bene soggiungere che si è al di fuori del caso esaminato con la sentenza n. 5871/2002. In quell'occasione, peraltro con un

non indifferente limitazione del "*favor testamenti*", si reputò che se la condizione diviene impossibile in tempo successivo alla stesura del testamento si risolve in una condizione mancata e non più realizzabile, che non può essere equiparata, quanto agli effetti, all'impossibilità originaria (Sez. 2, n. 5871, 22/4/2002). Con la conseguente inefficacia della disposizione testamentaria, oltre e al di fuori del solo caso codicisticamente contemplato con l'art. 626 c.c.

Al di là della divisibilità o meno della costruzione, è del tutto evidente che una tale conclusione poggia le basi sul presupposto che l'accadimento, che rende impossibile la condizione è, appunto, successivo alla morte del testatore e quindi, fa presumere, che ove il testatore lo avesse previsto avrebbe disposto diversamente dei suoi beni.

Al contrario, si ribadisce, qui è stato proprio il testatore a impedire l'avveramento della condizione e, nonostante ciò, ha mantenuto ferma la nomina ad eredi universali dei nipoti. Quindi, se appare improprio evocare la disciplina di cui all'art. 1359 c.c. per le ragioni in estrema sintesi sopra esposte, proprio il "*favor testamenti*" impone comunque la salvezza dell'istituzione testamentaria non revocata, nonostante la revoca, per condotta incompatibile del disponente, della condizione sospensiva apposta. In definitiva, appare utile enunciare il seguente principio di diritto: "ove il testatore, dopo avere apposto una condizione sospensiva, dipendente anche dalla sua volontà, alla disposizione testamentaria, ne impedisca l'avveramento, la disposizione testamentaria, ove non revocata, resta pienamente efficace".

7. Rigettato il ricorso, nel suo complesso, il regolamento delle spese segue la soccombenza e le stesse vanno liquidate, tenuto conto del valore e della qualità della causa, nonché delle svolte attività, siccome in dispositivo, a carico solidale della parte ricorrente e del controricorrente H.H., che ha aderito alla posizione della prima, in contrasto con i controricorrenti F.F., e G.G. Deve disporsi distrazione in favore dell'avvocato Pierina Paola Iuliano, difensore di quest'ultimi, la quale si è dichiarata anticipataria.

8. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, D.P.R. n. 115/02 (inserito dall'art. 1, comma 17, legge n. 228/12) applicabile *ratione temporis* (essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), sussistono i presupposti processuali per il versamento da parte dei ricorrenti di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna, in solido, i ricorrenti - e per i ricorrenti B.B., e D.D., i rispettivi eredi -, nonché la controricorrente H.H. al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore dei controricorrenti F.F., e G.G., che liquida, distratte in favore dell'avvocato P. P. I., in Euro 8.000,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, e agli accessori di legge.

Omissis

Sulla revoca della condizione testamentaria per condotta incompatibile del disponente

di Matteo Boselli (*)

Chiamato a pronunciarsi sulla sorte della disposizione *mortis causa* condizionale, nell'ipotesi di mancato avveramento della condizione per volontà del testatore, il Supremo Collegio, nel provvedimento in epigrafe, ha escluso la possibilità di applicare, in ambito testamentario, la norma racchiusa nell'art. 1359 c.c. e ha enunziato il principio di diritto, non emerso in precedenti arresti, in virtù del quale, se il testatore impedisca, in vita, l'avveramento della condizione apposta alla propria disposizione testamentaria istitutiva di erede, pur mantenendo ferma l'istituzione medesima, il *favor testamenti* impone la salvezza dell'istituzione testamentaria non revocata, nonostante la revoca della condizione per condotta incompatibile del disponente.

This paper examines the judgement of the Supreme Court No. 25116 of 18 September 2024, focusing on the revocation of the testamentary condition due to incompatible conduct of the testator.

Il caso

Il caso, sottoposto allo scrutinio del Supremo Collegio, trae origine da una scheda testamentaria olografa, nell'ambito della quale, G.G.G. dichiarò di attribuire, in favore dei propri nipoti, G.G. e F.F., l'intero suo patrimonio, e chiese loro di impegnarsi ad accudirlo, vita natural durante, nel proprio paese natio.

Successivamente all'apertura della successione, A. A., B.B., C.C., D.D. ed E.E., presunti successibili legittimi del testatore, hanno impugnato il testamento di G.G.G., adducendo, fra l'altro, che lo stesso racchiudesse un patto successorio e che risultasse viziato da errore, violenza o dolo, nonché domandando che fosse in ogni caso dichiarata l'inefficacia della disposizione testamentaria in favore di G.G. e F.F., a ragione del mancato avveramento della condizione, alla medesima apposta, avente a oggetto l'assistenza al testatore sino alla sua morte.

Il giudice di primo grado, rigettate le domande proposte dagli attori, ha escluso che, con il testamento di G. G.G., fosse stato istituito un patto successorio, vietato dalla legge, e che lo stesso fosse inficiato da errore, violenza o dolo; ha inoltre qualificato "l'impegno ad accudire", ivi contemplato, come mero desiderio dell'ereditando, privo di efficacia condizionante, soggiungendo che si sarebbe pervenuti alla medesima conclusione, della piena efficacia della disposizione testamentaria a favore di G.G. e F.F., anche ove lo si fosse considerato come onere, essendo divenuto impossibile per successiva decisione del testatore, il quale, quando era in vita, aveva categoricamente

rifiutato di trasferirsi nel paese natio e di essere accudito dai nipoti.

La decisione di primo grado è stata confermata dalla Corte di Appello di Trieste, la quale, tuttavia, ha precisato che "l'impegno ad accudire", contenuto nel testamento di G.G.G., non dovesse essere qualificato né come onere - presupponendo, l'onere, l'avvenuta delazione, e trattandosi, invece, nella specie, di prestare assistenza al testatore in vita -, né come mero desiderio, privo di rilevanza giuridica, bensì come condizione sospensiva, divenuta impossibile per successivo fermo volere dello stesso disponente e da considerarsi, per ciò, avverata, ai sensi dell'art. 1359 c.c., dal momento che i nipoti di G.G.G. avevano sì assunto l'obbligazione di assistenza, ma non avevano potuto darvi esecuzione solo per la sopravvenuta, contraria, volontà dello zio.

A.A., B.B., C.C., D.D. ed E.E. hanno quindi proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello, assumendo che la condizione testamentaria in esame non potesse ritenersi avverata, in virtù del mero fatto dell'assunzione dell'obbligazione di assistenza, di poi non seguita dall'effettiva prestazione, e che, in ogni caso, non potesse trovare applicazione, in specie, la norma racchiusa nell'art. 1359 c.c., avendo a oggetto, detta condizione, un evento possibile, futuro e incerto, non già rispetto alla data di apertura della successione, bensì a quella di redazione del testamento.

Il Supremo Collegio, nella pronuncia in commento, rigettando il ricorso e confermando la sentenza impugnata, seppure con motivazione differente da quella fornita dalla Corte di Appello, ha affermato, anzitutto, che la natura di negozio giuridico unilaterale

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

impedisca di estendere al testamento la norma dischiusa nell'art. 1359 c.c.; rammentando, altresì, in proposito, come, in ambito testamentario, sia contemplata una peculiare disciplina - diversa da quella prevista per i contratti - diretta a salvaguardare la volontà *mortis causa*, in guisa che le condizioni illecite o impossibili, affidate a un testamento, si considerino non apposte, a meno che non abbiano costituito il solo motivo che abbia determinato il testatore a disporre (artt. 634 e 626 c.c.).

Ciò non di meno, ad avviso della Corte di Cassazione, la condizione testamentaria sottoposta al suo esame, relativa all'assistenza di G.G.G., non è illecita, né impossibile, configurandosi, più semplicemente, come "condizione revocata per volontà dello stesso testatore", atteso che il suo mancato avveramento è dipeso proprio dalla volontà del disponente, il quale non ha voluto essere assistito in vita dai nipoti, epperò ha mantenuta ferma la loro nomina a eredi universali.

Ne discende, secondo la Corte, che, in codesta evenienza, il *favor testamenti* imponga la salvezza dell'istituzione testamentaria non revocata, nonostante la revoca, "per condotta incompatibile del disponente", della condizione sospensiva, alla medesima apposta. Sulla scorta di tali premesse, la Suprema Corte ha affermato, in termini generali, il principio di diritto, secondo il quale, ove il testatore, dopo avere apposto

una condizione sospensiva, dipendente anche dalla sua volontà, alla disposizione testamentaria, ne impedisca l'avveramento, la disposizione medesima, ove non revocata, resta pienamente efficace.

La condizione di prestare assistenza al testatore sino alla sua morte

È manifestazione dell'autonomia testamentaria (1), nella sistemazione degli interessi *post mortem*, la possibilità di prevedere, nella scheda che raccoglie le ultime volontà, disposizioni *mortis causa* sottoposte a condizione, finalizzate a conferire valore giuridico ai motivi individuali dell'ereditando, i quali, altrimenti, rimarrebbero, di regola, irrilevanti (2).

Eloquente, al riguardo, è la norma racchiusa nell'art. 633 c.c., giusta la quale, tanto l'istituzione a titolo universale, quanto quella a titolo particolare, possono essere disposte sotto condizione, vuoi sospensiva, vuoi risolutiva (3).

Si osserva: il carattere sospensivo o risolutivo della condizione dipende dalla volontà del testatore; nei casi dubbî, l'incertezza sarà sciolta attraverso l'interpretazione (4).

È utile rammentare, non di meno, come al testatore sia preclusa la facoltà di diminuire, *vel in quantitate vel in tempore*, i diritti dei legittimari, giusta il divieto scolpito nell'art. 549 c.c.; di talché, soltanto le

(1) In generale, sull'autonomia testamentaria, v., almeno: A. Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 39 ss.; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, *passim*; G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990 (ristampa, Napoli, 2018), *passim*; G. Bonilini, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, 789 ss.; P. Rescigno, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, I, 437 ss.; A. Natale, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, *passim*; F.P. Patti, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 1 ss.

(2) Al riguardo, si vedano: G. Deiana, *Motivi nel diritto privato*, Torino, 1939 (ristampa, Napoli, 1987), *passim*; S. Pugliatti, *Delle successioni testamentarie. Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Commentario*, dir. da M. D'Amelio, Firenze, 1941, 527; P. Rescigno, voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, s. d., ma 1961, 765; U. Carnevali, voce *Donazione (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 5; G. Ferrando, voce *Motivi*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1991, 1; N. Di Mauro, *La condizione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, s. d., ma 2009, 1088. Nella manualistica, cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2022, XI ed., 304.

(3) Il Codice civile vigente ha espressamente previsto che anche la *heredis institutio* possa essere disposta sotto condizione risolutiva, sciogliendo, così, i dubbî, sorti nella precedente legislazione, in ordine alla compatibilità dell'istituzione testamentaria risolutivamente condizionata, rispetto al principio: "*semel heres semper heres*"; sul punto, v. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 304. Sulla condizione testamentaria, si vedano, almeno: A.C. Jemolo, "*Condizione testamentaria*", in

Riv. dir. civ., 1962, II, 551 ss.; M.C. Andriani, *La condizione nel testamento*, in *Le successioni testamentarie*, coord. da M. Bianca, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, s. d., ma 1983, 95 ss.; L. Gardani Contursi Lisi, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633 - 648*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, *passim*. Riguardo alla condizione in generale, è imprescindibile il richiamo a: D. Barbero, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937 (ristampa, Napoli, 1982), *passim*; A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941 (ristampa, Napoli, 1979), *passim*; P. Rescigno, voce *Condizione (diritto vigente)*, cit., 762 ss.; A. Falzea, voce *Condizione*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 2 ss.; S. Maiorca, voce *Condizione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988 (ristampa, 1993), 273 ss.; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1087 ss.

(4) In questi, chiari, termini, si veda G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 305. Sull'interpretazione del testamento, si vedano, almeno: A. Trabucchi, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, 687 ss.; P. Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952 (ristampa, Napoli, 1978), *passim*; C. Grassetti, voce *Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, s. d., ma 1962, 907 ss.; E. Perego, *Interpretazione del testamento e norme sull'interpretazione dei contratti*, nota a Cass. Civ. 5 febbraio 1969, n. 368, in *Foro pad.*, 1970, I, 547 ss.; M. Casella, voce *Negozi giuridici (interpretazione)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, 16 ss.; S. Patti, *Volontà del testatore ed effetti ex lege nella disciplina dell'accrescimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 999 ss.; G. Branca, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601 - 608*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1986, 27 ss.; G. Baralis,

disposizioni testamentarie relative alla quota disponibile possono sopportare pesi e condizioni (5).

Orbene, qualsivoglia avvenimento può essere dedotto in condizione, purché futuro e incerto, lecito e possibile (6).

Nessun dubbio, peraltro, che la condizione, apposta al negozio di ultima volontà, non debba necessariamente avere a proprio oggetto una circostanza futura e incerta con riferimento all'apertura della successione, essendo sufficiente che l'avvenimento condizionale risulti essere futuro e incerto al momento di redazione della scheda testamentaria (7).

Dal sistema normativo, invero, non è dato acquisire alcuna disposizione, la quale conegni, relativamente al testamento, una regola differente, rispetto a quella consacrata per qualsivoglia negozio giuridico; vale a dire, che la futurità e l'incertezza dell'evento dedotto in condizione debbano essere valutate con riguardo al momento della conclusione del negozio medesimo (8).

Si ritiene ammissibile, pertanto, in tale prospettiva, l'istituzione di erede, o di legatario, di un dato soggetto, sotto condizione che assista il testatore sino alla sua morte (9).

È ricorrente, infatti, anche nella giurisprudenza di legittimità, l'insegnamento, secondo il quale,

l'istituzione di erede, subordinata alla prestazione, da parte dell'istituito, di assistenza al testatore sino alla sua morte, vada qualificata come condizionata e, come tale, considerata valida, dato che la disposizione non cessa di essere condizionale, solo perché l'avvenimento contemplato dal testatore sia destinato a divenire certo al momento del suo decesso, con la conseguenza che, se la condizione non si realizzi, l'istituzione rimanga caducata (10). Onde sia fornita una visione d'insieme, occorre dar conto, altresì, dell'opinione contraria, in virtù della quale, la condizione, apposta a un testamento, dovrebbe sempre contemplare una circostanza futura e incerta, non già rispetto al tempo di redazione della scheda, bensì all'epoca in cui il negozio testamentario acquisti la propria efficacia, ovvero sia alla morte del testatore (11).

Secondo codesta opinione, invero, la necessità che la futurità e l'incertezza dell'avvenimento condizionale vengano rapportate all'apertura della successione, seppure non emerga espressamente da alcuna disposizione normativa, risiederebbe, tuttavia, *in re ipsa*, nella natura stessa della condizione sospensiva, la quale, come è noto, è essenzialmente volta a sospendere l'efficacia di un dato negozio; di conseguenza, ove si ammettesse che l'evento dedotto in condizione

L'interpretazione del testamento, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 927 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, VI, *Successioni*, 2, Torino, s. d., ma 1997, II ed., 77 ss.; G. Bonilini, voce *Testamento*, cit., 370 ss.; C. Coppola, *Disposizioni a favore dell'anima, disposizioni a favore dei poveri e ricostruzione della volontà testamentaria*, nota a Cass. Civ. 3 agosto 1999, n. 8386, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 377 ss.; G.F. Basini, "Lasciti" di beni determinati, ed istituzione ex re certa, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 243 ss.; G. Musolino, *L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 467 ss.; R. Carleo, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, s. d., ma 2009, 1475 ss.; M. Ieva, *La successione testamentaria*, in *Diritto civile*, dir. da N. Lipari - P. Rescigno, coord. da A. Zoppini, II, *Successioni, donazioni, beni*, 1, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 204 ss.; V. Pescatore, *Il rispetto del testo nella determinazione del beneficiario del lascito testamentario*, in C. Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2021, 194 ss.; F.P. Patti, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 27 ss.

(5) Sul divieto di pesi e condizioni, scolpito nella norma racchiusa nell'art. 549 c.c., v., almeno: L. Cariota Ferrara, *Un caso di legato a carico di legittimari lesi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 511; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, IV ed., 89 ss.; L. Ferri, *Dei legittimari*. Artt. 536-564, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1981, 103; G. Pasqualini, *Le disposizioni modali e la tutela del legittimario*, in *Riv. not.*, 1997, 781 ss.; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1111. Per la manualistica, cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 195 ss.

(6) Si esprime, in questi termini, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306. Sul punto, v., inoltre: L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, cit., 147; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1092 ss.

(7) In tal senso, si vedano: C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Magistrati e Docenti, Torino, s. d., ma 1978, II ed., 201 ss.; R. Triola, *Il testamento*, Milano, 1998, 229; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1094 ss. V., inoltre, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306.

(8) Al riguardo, v.: C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 201 ss.; R. Triola, *Il testamento*, cit., 229; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1094 ss.; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306.

(9) In questi termini, si confronti G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306. Nel medesimo senso, si vedano, almeno: C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 201 ss.; R. Triola, *Il testamento*, cit., 229; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1094 ss. V., inoltre, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, 1, Milano, 2023, V ed. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, 951.

(10) Al riguardo, si vedano: Cass. Civ. 16 marzo 1960, n. 531, in *CED*; Cass. Civ. 6 ottobre 1970, n. 1823, in *CED*; Cass. Civ. 16 novembre 1981, n. 6061, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. Civ. 22 aprile 2002, n. 5871, in *Giust. civ.*, 2003, I, 157 ss., con nota di G. Capilli, *La condizione nel testamento ed ambito di operatività dell'art. 634 cod. civ.*; Cass. Civ. 29 luglio 2013, n. 18219, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. Civ. 6 novembre 2018, n. 28272, in questa *Rivista*, 2019, 574 ss., con nota di M. Boselli, *L'istituzione ereditaria subordinata a un avvenimento condizionale futuro e incerto*.

(11) In tal senso, si veda L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, cit., 147 ss. In giurisprudenza, nel medesimo senso, cfr., almeno, App. Firenze 19 giugno 1958, in *Giur. tosc.*, 1959, 223 ss.

possa essere futuro e incerto con riferimento alla redazione del testamento, verrebbe a mancare lo stato di pendenza proprio della condizione e, prima dell'apertura della successione, non potrebbe ritenersi sussistente, in favore dell'istituto, la correlata situazione di aspettativa giuridicamente tutelata, stante la possibilità, riconosciuta all'ereditando, di revocare l'atto di ultima volontà *usque ad vitae supremum exitum* (12).

In questa prospettiva, dunque, la condizione, mediante la quale l'istituzione di erede, o di legatario, venga subordinata alla prestazione, da parte dell'istituto, di assistenza al testatore sino alla sua morte, andrebbe qualificata come condizione impropria (13), giacché *in praesens vel in praeteritum collata*, avendo il testatore fatto riferimento, in codesto caso, a un avvenimento che, ancorché posteriore alla confezione della scheda testamentaria, sia destinato a verificarsi, nell'immediato, prima del suo decesso (14).

Non si può mancare di rilevare, non di meno, come la *ratio* della condizione, intesa quale elemento accidentale del negozio testamentario, vada rintracciata proprio nell'esigenza, insopprimibile, di conferire valore giuridico ai motivi individuali dell'ereditando, altrimenti, di per sé, irrilevanti (15); di talché,

qualora non si consentisse al testatore di attribuire concreto rilievo al desiderio di essere assistito, da un dato soggetto, fino al suo ultimo istante di vita, verrebbero giocoforza misconosciute, senza giustificazione alcuna, la *voluntas testantis* e la funzione naturale della condizione.

Non può neppure essere considerato determinante, per affermare che l'avvenimento condizionale debba necessariamente essere futuro e incerto rispetto all'apertura della successione, il fatto che il negozio testamentario differisca la propria efficacia alla morte del testatore, dacché il testamento deve ritenersi perfezionato, in ogni caso, al tempo della sua redazione (16), con il corollario che la condizione possa sicuramente avere a proprio oggetto anche una circostanza futura e incerta con riferimento a tale, ultimo, momento (17).

A ciò si aggiunga, peraltro, che l'avvenimento condizionale debba essere oggettivamente incerto, essendo invece irrilevante l'incertezza soggettiva dell'ereditando, il quale ignori che l'evento dedotto in condizione si sia già verificato (18).

La mancanza dello stato di incertezza oggettiva, proprio della disposizione condizionata, invero, sarebbe indice della presenza, vuoi di una mera

(12) Al riguardo, v. L. Bigliuzzi Geri, *Il testamento*, cit., 147 ss., ad avviso della quale, peraltro, osservazioni analoghe potrebbero essere proposte riguardo alla condizione risolutiva; in tale evenienza, il fatto che l'avvenimento condizionale sia futuro e incerto rispetto alla redazione del testamento, e che debba verificarsi prima, o al momento, dell'apertura della successione, priverebbe di qualsivoglia rilevanza la disposizione testamentaria condizionata. Per la giurisprudenza, si veda App. Firenze 19 giugno 1958, cit. Sulla revoca del testamento in generale, si vedano: M. Allara, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951 (ristampa, Napoli, 2012), *passim*; M. Talamanca, *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie - Delle sostituzioni - Degli esecutori testamentari. Artt. 679 - 712*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1965, 1 ss.; S. Patti, *In tema di revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Vita not.*, 1982, 20 ss.; G. D'Amico, voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, s. d., ma 1989, 233 ss.; L. Rossi Carleo, voce *Revoca degli atti*, II, *Revoca del testamento*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; A. Albanese, *Revocazione delle disposizioni testamentarie, sostituzione, esecutori testamentari. Artt. 679 - 712*, in *Comm. cod. civ. e cod. collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, 263 ss.; G. Perlingieri, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 739 ss.; L. Ghidoni, *Voler disvolere. La revocazione testamentaria*, nota a Trib. Savona 17 giugno 2021, in questa *Rivista*, 2022, 25 ss. Sul tema, si leggano, altresì, i contributi di A. Albanese, racchiusi nel volume II, *La successione testamentaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, Milano, s.d., ma 2009, 1651 ss.

(13) Per un esame della condizione impropria, v., per tutti, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, IX ed., 190, il quale pone in luce come la condizione impropria, pur avendo natura differente dalla condizione in senso tecnico, non sia comunque priva di rilevanza giuridica, giacché, se

l'avvenimento contemplato dalla condizione si sia già verificato, la disposizione testamentaria, alla quale essa acceda, conserva la propria efficacia. Nel senso dell'irrelevanza giuridica della condizione impropria, cfr., però, Cass. Civ. 5 luglio 1954, n. 2345, in *Foro it.*, 1954, I, 1399.

(14) Sul punto, si legga L. Bigliuzzi Geri, *Il testamento*, cit., 148, secondo la quale, la disposizione testamentaria, alla quale la condizione impropria acceda, rimane caducata, ove l'avvenimento condizionale non si sia verificato alla morte dell'ereditando. Sul tema, cfr., altresì, S. Maiorca, voce *Condizione*, cit., 284, a opinione del quale, le *condiciones in praesens vel in praeteritum collatae* esulerebbero dal modello condizionale, rientrando, piuttosto, nella figura della "supposizione".

(15) Al riguardo, si vedano: G. Deiana, *Motivi nel diritto privato*, cit., *passim*; S. Pugliatti, *Delle successioni testamentarie. Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., 527; P. Rescigno, voce *Condizione (diritto vigente)*, cit., 765; U. Carnevali, voce *Donazione (diritto civile)*, cit., 5; G. Ferrando, voce *Motivi*, cit., 1; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1088. Cfr., altresì, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 304.

(16) Si esprime, in questi termini, G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954 (ristampa, Napoli, 2010), 58 ss.

(17) In tal senso, si vedano: C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 201 ss.; R. Triola, *Il testamento*, cit., 229; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1094 ss.; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306. Per la giurisprudenza, v.: Cass. Civ. 16 marzo 1960, n. 531, cit.; Cass. Civ. 6 ottobre 1970, n. 1823, cit.; Cass. Civ. 16 novembre 1981, n. 6061, cit.; Cass. Civ. 22 aprile 2002, n. 5871, cit.; Cass. Civ. 29 luglio 2013, n. 18219, cit.; Cass. Civ. 6 novembre 2018, n. 28272, cit.

(18) In tema di incertezza oggettiva dell'evento condizionale, v., almeno: B. Toti, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, 39; G.P. Belloni Peressutti, *Gli elementi accidentali nel testamento*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il*

raccomandazione, vuoi di un termine di efficacia; vale a dire, di un evento futuro e certo, dal quale (se iniziale), o fino al quale (se finale), si producano gli effetti di un dato negozio (19).

La previsione della prestazione, da parte dell'istituito erede o legatario, di assistenza all'ereditando vita natural durante, in definitiva, configura un evento pienamente capace di soddisfare i caratteri imprescindibili della futurità e dell'incertezza oggettiva, propri dell'avvenimento condizionale.

Codesta conclusione è stata condivisa, seppure incidentalmente, anche dalla pronunzia in commento, la quale ha ritenuto corretto l'inquadramento, da parte della sentenza di appello, nello schema della condizione, anziché in quello dell'onere, della disposizione, compendiata nel testamento di G.G.G., tramite la quale il testatore ha chiesto ai nipoti, istituiti eredi, di impegnarsi ad accudirlo, vita natural durante, nel proprio paese natio.

Del resto, che la previsione di prestare assistenza al testatore sino alla sua morte non possa essere ricondotta alla disposizione modale, è affermazione confortata dalla circostanza che, producendo l'onere i propri effetti obbligatori soltanto a decorrere dall'apertura della successione, l'avvenuta morte, in tale data, del beneficiario della prestazione ivi contemplata, renderebbe priva di efficacia la disposizione medesima e vanificherebbe, quindi, la volontà testamentaria (20).

Appare convincente, in proposito, la ricostruzione di un autorevole interprete, ad avviso del quale, la clausola di prestare assistenza al testatore non può

essere sussunta nello schema del *modus*, per l'ovvia considerazione che gli obbligati avrebbero contezza dell'esistenza della loro obbligazione solo dopo la morte dell'ereditando; vale a dire, "quando la prestazione non potrebbe più essere adempiuta e quando, addirittura, si sarebbe estinta, per la morte del creditore, o, sotto diversa prospettiva, per scadenza del termine, trattandosi di obbligazione con termine finale coincidente con la morte del creditore" (21). Per di più, secondo questa lettura, la configurabilità, della clausola di assistenza al testatore, alla stregua di onere, porrebbe un'"evidente aporia", perché rinvierebbe l'insorgenza dell'obbligazione a un tempo in cui il rapporto obbligatorio sarebbe, per definizione, estinto, postulando, "in una sorta di paradosso parmenideo", che l'obbligazione sorga nel momento in cui la stessa si estingua, per impossibilità o per scadenza del termine (22).

Il mancato avveramento della condizione testamentaria per volontà del testatore

Risolta positivamente la questione, se la condizione testamentaria possa avere a proprio oggetto una circostanza futura e incerta al momento di redazione del testamento, come l'assistenza al testatore sino alla sua morte, la pronunzia in epigrafe fornisce l'occasione per una riflessione circa la sorte della disposizione *mortis causa* condizionale, in ipotesi di mancato avveramento della condizione per volontà del testatore. Occorre anzitutto precisare, al riguardo, che il Codice civile non disciplina, in generale, l'eventualità del

contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione, a cura di U. Vincenti, Padova, 2005, 330; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1096.

(19) In giurisprudenza, cfr., sul punto, Cass. Civ. 5 luglio 1954, n. 2345, cit., secondo la quale, allorché difetti lo stato di incertezza oggettiva caratterizzante la condizione, non può parlarsi di condizione in senso tecnico-giuridico, ma soltanto di condizione impropria, che è totalmente priva di normatività giuridica. Nella specie, la Suprema Corte ha qualificato come condizione impropria, giuridicamente irrilevante, la disposizione testamentaria, mediante la quale si era imposto all'erede di devolvere, alla sua morte, a beneficio di una persona determinata, la metà dei beni, che, in quel momento, si fosse trovato a possedere, sul rilievo che, in codesto caso, spettando all'erede l'immediata e libera disponibilità dei beni ereditati, mancasse lo stato di incertezza tipico della disposizione condizionale.

(20) Al riguardo, si vedano: Cass. Civ. 16 marzo 1960, n. 531, cit.; Cass. Civ. 6 ottobre 1970, n. 1823, cit.; Cass. Civ. 29 luglio 2013, n. 18219, cit. Di recente, v., inoltre, Cass. Civ. 6 novembre 2018, n. 28272, cit., la quale ha escluso la riconducibilità, alla disposizione testamentaria modale, dell'istituzione di erede subordinata alla prestazione, da parte dell'istituito, di assistenza al testatore fino alla morte, considerato che, producendo l'onere i propri effetti obbligatori esclusivamente a far data dall'apertura della successione, l'essere già venuti meno, a tale epoca, i

beneficiari delle prestazioni ivi contemplate, avrebbe reso effettivamente priva di efficacia la disposizione in questione.

(21) Così, V. Barba, *Dal contratto al testamento. Variazioni critiche sull'istituzione di erede condizionata all'assistenza del testatore, per tutta la sua vita, e sull'istituzione di erede sottoposta a una condizione dipendente dalla volontà del testatore*, nota a Trib. Roma 30 giugno 2014, n. 14176, in *Dir. fam. succ.*, 2015, 162, il quale soggiunge: "[i]n segno contrario, non potrebbe pensarsi a una sorta di obbligazione *de preterito*, o all'idea di un'obbligazione il cui adempimento dovrebbe essere valutato sulla base di comportamenti posti in essere anteriormente al suo sorgere, dacché il concetto stesso di obbligo, con il suo tratto di doverosità della condotta, ha, di necessità, un carattere prospettico e giammai retrospettivo. Del resto, non sarebbe, neppure, pensabile di qualificare *ex post* il comportamento tenuto dai chiamati come adempimento dell'obbligazione, dacché l'adempimento, per quanto si tratti di atto dovuto, presuppone non soltanto la consapevolezza della doverosità della condotta da parte del debitore tenuto a compierlo, ma anche la preesistente esistenza del titolo che possa qualificare e giustificare quel comportamento come esecutivo dell'obbligo medesimo".

(22) In questi termini, si confronti V. Barba, *Dal contratto al testamento. Variazioni critiche sull'istituzione di erede condizionata all'assistenza del testatore, per tutta la sua vita, e sull'istituzione di erede sottoposta a una condizione dipendente dalla volontà del testatore*, cit., 162.

mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione testamentaria; eventualità, alla quale può essere equiparata l'acquisita certezza che l'evento medesimo non possa più verificarsi (23).

A fronte del silenzio del Codificatore, in relazione a tali evenienze, è stato efficacemente osservato che: (i) in caso di condizione sospensiva, l'istituito erede non verrà definitivamente alla successione e la delazione opererà in favore dei chiamati successivi o ulteriori, secondo l'ordine scandito dall'art. 642 c.c. (persona a cui favore è stata disposta la sostituzione, coerede con diritto di accrescimento, successore legittimo), mentre il legatario non acquisterà il diritto dedotto a oggetto della disposizione a titolo particolare, che rimarrà, invece, nella titolarità dell'onerato; (ii) in caso di condizione risolutiva, si consolideranno, in favore dell'istituito, l'acquisto dell'eredità o il conseguimento del legato (24).

Si è posto l'interrogativo, inoltre, se possa trovare applicazione, in ambito testamentario, la norma, propria dei contratti, racchiusa nell'art. 1359 c.c., giusta la quale, la condizione si considera avverata, qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento (25).

Come è noto, l'art. 1324 c.c. consegna la regola, secondo la quale, la disciplina generale del contratto si applica, in quanto compatibile, agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, con la conseguenza che vada giocoforza esclusa l'applicazione diretta, al testamento, quale atto *mortis causa*, della norma affidata all'art. 1359 c.c.

Ne discende che, là dove l'applicazione di codesta disposizione voglia essere estesa all'atto di ultima volontà, si dovrà ricorrere, di necessità, allo strumento dell'*analogia legis*, dischiuso nell'art. 12, comma 2, disp. prel. c.c., che costituisce, a ben vedere, il solo espediente tecnico, capace di attingere alla disciplina del contratto, onde siano colmate le carenze normative relative al testamento.

Ebbene, secondo la prevalenza degli interpreti, la norma, incisa nell'art. 1359 c.c., può senz'altro trovare applicazione analogica in ambito testamentario, in guisa che anche la *condicio* affidata a un testamento si considererà avverata, ove sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento (26).

Si è però espressa nel senso contrario, la pronunzia in commento, persuasa del fatto che la natura di negozio giuridico unilaterale impedisca di estendere al negozio testamentario la regola consegnata dall'art. 1359 c.c.; regola, che sarebbe destinata, quindi, a disciplinare esclusivamente i rapporti fra le parti del contratto, così da impedire che quella potenzialmente favorita dal non avveramento della condizione si adoperi, ai danni dall'altra, perché l'evento condizionale effettivamente non si realizzi.

Il Supremo Collegio ha altresì rimarcato, in proposito, come l'atto *mortis causa* sia governato, per quanto attiene agli elementi accidentali, da una "disciplina affatto diversa da quella prevista per i contratti", diretta a salvaguardare la volontà del testatore.

Differentemente dalla regola adottata in tema di contratti, custodita dall'art. 1354 c.c., invero, la condizione illecita o impossibile, apposta a un testamento, non ne determina la nullità; il *favor testamenti*, connesso all'esigenza di salvare la disposizione testamentaria - che, a differenza degli atti *inter vivos*, non è rinnovabile -, giustifica, infatti, la così detta regola sabiniana, racchiusa nell'art. 634 c.c., in virtù della quale, le condizioni illecite o impossibili si considerano non apposte, vale a dire *tamquam non essent*, a meno che non abbiano costituito il solo motivo che abbia determinato il testatore a disporre (art. 626 c.c.) (27).

Tanto premesso, secondo la Corte di Cassazione, la condizione, apposta al testamento di G.G.G., non rientra tra quelle illecite o impossibili, dacché il mancato avveramento dell'evento condizionale è

(23) Sul punto, si veda N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1170.

(24) Cfr., in tal senso, N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1170 ss.

(25) Al riguardo, si vedano, almeno: W. d'Avanzo, *Delle successioni*, II, *Parte speciale*, Firenze, 1941, 727; L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, III ed., 417; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1952, 215; M.C. Tatarano, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio naz. del Notariato*, dir. da P. Perlingieri, VIII, 4, s. I. e s. d., ma Napoli, 2004, 303. Si veda, altresì, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 307. V., inoltre, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 965. In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. Civ. 29 marzo 1982, n. 1928, in *CED*.

(26) In tal senso, si vedano: W. d'Avanzo, *Delle successioni*, II, *Parte speciale*, cit., 727; L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, cit., 417; C. Gangi, *La successione testamentaria nel*

vigente diritto italiano, cit., 215; M.C. Tatarano, *Il testamento*, cit., 303; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 307. V., inoltre, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 965. Nel medesimo senso, in giurisprudenza, cfr. Cass. Civ. 29 marzo 1982, n. 1928, cit.

(27) In questi, chiari, termini, si veda, per tutti, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 307, il quale, puntualmente, precisa che la condizione è impossibile, "se, a suo oggetto, sia stato posto un avvenimento che non potrà naturalmente accadere"; illecita, invece, "ove l'avvenimento posto a suo oggetto sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o ai buoni costumi". Nel medesimo senso, v., almeno: L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, cit., 151 ss.; N. Di Mauro, *La condizione*, cit., 1111 ss.

dipeso dalla volontà del disponente, il quale non ha voluto essere assistito in vita dai nipoti istituiti eredi, con la conseguenza che essa vada qualificata, più correttamente, come “condizione revocata per volontà dello stesso testatore”.

La condizione in esame, peraltro, ad avviso della Corte, si differenzia, altresì, da quella divenuta impossibile successivamente alla stesura del testamento; la quale si risolverebbe in una condizione mancata e non più realizzabile, che non sarebbe equiparabile, quanto agli effetti, all'impossibilità originaria, ma determinerebbe l'inefficacia della disposizione testamentaria, dalla medesima gravata, sul presupposto che l'accadimento, che renda impossibile la condizione, sia, appunto, successivo alla morte del testatore e faccia quindi presumere che, ove l'ereditando lo avesse previsto, avrebbe disposto diversamente dei propri beni (28).

Al contrario, nella vicenda portata all'attenzione del Supremo Collegio, il testatore ha impedito, per sua scelta, l'avveramento della condizione, ma, ciò nonostante, ha mantenuta ferma la nomina dei nipoti a eredi universali.

Di conseguenza, secondo la pronuncia in commento, se appaia improprio evocare la disciplina affidata all'art. 1359 c.c., il *favor testamenti* impone comunque la salvezza dell'istituzione testamentaria non revocata, nonostante la revoca, “per condotta incompatibile del disponente”, della condizione sospensiva, alla medesima apposta.

In definitiva, la Suprema Corte ha affermato il principio di diritto, non emerso (a quanto pare) in precedenti arresti, in virtù del quale, ove il testatore, dopo avere apposto una condizione sospensiva, dipendente anche dalla sua volontà, alla disposizione testamentaria, ne impedisca l'avveramento, la disposizione medesima, ove non revocata, resta pienamente efficace.

Considerazioni conclusive

La conclusione, alla quale è pervenuto, nella pronuncia in commento, il Supremo Collegio, risulta soltanto parzialmente condivisibile.

Non si rivela adeguatamente motivata, per un verso, benché l'èsito appaia comunque corretto, l'affermazione, secondo la quale, la natura di negozio giuridico unilaterale del testamento renderebbe, *tout court*,

impraticabile l'estensione della norma affidata all'art. 1359 c.c.

A mio avviso, infatti, in ambito testamentario, occorre distinguere: (i) l'ipotesi in cui la condizione sia mancata per causa imputabile al testatore; (ii) l'ipotesi in cui la condizione sia mancata per causa imputabile a soggetto diverso dall'ereditando.

Ebbene, nella prima ipotesi, l'art. 1359 c.c. non potrà trovare applicazione, giacché, qualora sia il testatore a impedire l'avveramento dell'evento condizionale, la condizione non potrà che considerarsi implicitamente revocata, senza che vi sia necessità di ricorrere alla così detta “finzione di avveramento”.

Nella seconda ipotesi, invece, la regola, posta dall'art. 1359 c.c., potrà applicarsi per via analogica e la condizione, per ciò, considerarsi avverata, atteso che, nonostante la natura unilaterale e unipersonale del negozio *mortis causa*, non mi pare che si possa escludere, *a priori*, l'eventualità in cui l'avveramento della condizione venga impedito, non già dal testatore, bensì da soggetto differente, il quale vanti un interesse astratto e potenziale nella successione, destinato a divenire concreto e attuale proprio in conseguenza del mancato avveramento della condizione medesima. Può proporsi l'esempio, a codesto riguardo, del mancato avveramento della condizione per fatto imputabile al sostituto testamentario, il quale, in presenza di un'istituzione condizionata, ha interesse contrario, appunto, all'avveramento dell'evento condizionale (29).

Appare convincente, per altro verso, la soluzione, accolta dalla pronuncia in epigrafe, in base alla quale, la condizione che non si sia avverata per volontà del testatore - il quale, in specie, non ha voluto essere assistito in vita dai nipoti istituiti eredi - non vada considerata illecita o impossibile, bensì revocata per decisione dello stesso disponente, sicché non le sarà applicabile la norma affidata all'art. 634 c.c.

Parimenti convincente, è l'enunciazione del principio, giusta il quale, qualora il testatore abbia impedito, in vita, l'avveramento della condizione apposta alla propria disposizione testamentaria istitutiva di erede, epperò abbia mantenuta ferma l'istituzione medesima, il *favor testamenti* impone la salvezza dell'istituzione testamentaria non revocata, nonostante la revoca della condizione per “condotta incompatibile” del disponente.

(28) Sul punto, si confronti Cass. Civ. 22 aprile 2002, n. 5871, cit., secondo la quale, la norma racchiusa nell'art. 634 c.c., relativa agli effetti della condizione impossibile apposta a un testamento, si riferisce all'ipotesi dell'impossibilità originaria, ossia coeva alla redazione della scheda testamentaria, e non già all'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta, sicché, ove la condizione divenga

impossibile in un tempo successivo alla stesura del testamento, essa si risolve in una condizione mancata e non più realizzabile, che non può essere punto equiparata, *quoad effectum*, all'impossibilità originaria.

(29) L'esempio è efficacemente proposto da G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306.

Codesto risultato si lascia apprezzare, anzitutto, perché si ispira al generale principio di conservazione del negozio giuridico, il quale - espressamente enunciato, per il contratto, dall'art. 1367 c.c. - è applicabile anche al testamento, "data la sicura esigenza, di fronte a un negozio che non può essere rinnovato, quindi chiarito nel contenuto, dal suo autore, di fargli conseguire qualche effetto, in armonia con il così detto *favor testamenti*" (30), con la conseguenza che vada privilegiata, fra due o più interpretazioni astrattamente possibili, quella che consenta, al testamento, di dispiegare i propri effetti (31).

Il risultato appare poi condivisibile, soprattutto in considerazione del fatto che la Suprema Corte, seppure senza fornire adeguata motivazione, individua, correttamente, nel criterio di incompatibilità, il presupposto logico della revoca della condizione, apposta al testamento di G.G.G.,

relativa all'assistenza al testatore sino alla sua morte.

A ben vedere, infatti, l'inefficacia della condizione testamentaria in esame non discende già dall'applicazione dell'art. 634 c.c., dato che non si tratta di condizione illecita o impossibile, né dell'art. 682 c.c. (32), atteso che, nella specie, non sussiste alcun rapporto tra testamenti successivi, bensì proprio dal principio, logico e giuridico, di incompatibilità, il quale si rivela utile a dirimere i contrasti, non altrimenti risolvibili, tra due o più volontà paritarie, poste tutte sul medesimo piano, tra loro inconciliabili (33); in guisa che la successiva volontà, sottesa alla scelta del testatore di non trasferirsi nel paese *natio* e di non essere accudito dai nipoti, non può che infirmare, appunto per incompatibilità, deprivandola di efficacia, la precedente volontà, affidata alla condizione di assistenza, senza però menomamente svigorire l'istituzione ereditaria, dalla medesima gravata.

(30) Così, G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 288.

(31) Sulla sicura applicabilità, riguardo al testamento, del principio di conservazione del negozio giuridico, si vedano, almeno: C. Grassetti, voce *Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (diritto civile)*, cit., 908 ss., secondo il quale, "l'esigenza della conservazione del negozio *mortis causa* è ancor più imperiosa", rispetto a quella del contratto; E. Perego, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 210 ss.; G. Branca, *Dei testamenti ordinari*, Artt. 601 - 608, cit., 48 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, cit., 89 ss.; G. Bonilini, voce *Testamento*, cit., 370 ss.; R. Carleo, *L'interpretazione del testamento*, cit., 1509 ss. In giurisprudenza, nel medesimo senso, v., in luogo di tante: Cass. Civ. 5 marzo 1955, n. 652, in *Giur. it.*, 1956, I, 446; Cass. Civ. 21 gennaio 1985, n. 207; Cass. Civ. 21 febbraio 2007, n. 4022, cit.; Cass. Civ. 14 ottobre 2013, n. 23278, cit.; Cass. Civ. 2 febbraio 2016, n. 1993, cit.; Cass. Civ. 22 dicembre 2016, n. 26791, cit.; Cass. Civ. 6 ottobre 2017, n. 23393, cit.; Cass. Civ. 19 luglio 2018, n. 19260; Cass. Civ. 15 ottobre 2018, n. 25698; Cass. Civ. 14 maggio 2019, n. 12797; Cass. Civ. 3 settembre 2019, n. 22039; Cass. Civ. 23 settembre 2019, n. 23563; Cass. Civ. 19 novembre 2019, n. 30082; Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, tutte in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. È stato puntualmente rilevato, non di meno, come il ricorso al principio di conservazione non debba portare a far conseguire, comunque, effetti, anche al testamento, nel quale si

ravvisi l'assenza di una volontà seria, giacché, là dove persista un considerevole dubbio, "è preferibile considerare improduttiva di effetti la disposizione testamentaria", avendo l'interprete il compito di "agevolare la più larga attuazione possibile della volontà del testatore, a condizione, però, che una volontà effettiva sussista realmente, e che sia trovata, se non con piena certezza, almeno con forte verosimiglianza"; in questi termini, si veda G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 288.

(32) Sulla fattispecie, contemplata dall'art. 682 c.c., si vedano, almeno: M. Allara, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., 214 ss.; M. Talamanca, *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie - Delle sostituzioni - Degli esecutori testamentari*, Artt. 679 - 712, cit., 76 ss.; A. Albanese, *Il testamento posteriore*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, s. d., ma 2009, 1705 ss.; G. Perlingieri, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, cit., 776 ss.; G. Musolino, *Commento all'art. 682 cod. civ. Testamento posteriore*, in M. Sesta (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2023, II ed., 953 ss. Per un efficace esame di sintesi, cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 379 ss.

(33) Al riguardo, v., di recente, M. Boselli, *La volontà incompatibile*, Napoli, 2024, *passim*.

Condizioni del beneficiario

Cassazione Civile, Sez. I, 10 settembre 2024, n. 24251, ord. - Pres. Valitutti - Est. Russo

L'istituto dell'amministrazione di sostegno deve essere modellato dal giudice tutelare in relazione allo stato personale e alle circostanze di vita di ciascun beneficiario e in vista del concreto e massimo sviluppo delle sue effettive abilità (il c.d. "vestito su misura"). In quest'ottica, il giudice deve valutare non solo l'an della misura, ma anche il quid e il quomodo, privilegiando il rispetto del diritto fondamentale della persona di autodeterminarsi nelle scelte di vita e personali, anche quando non approvate dal contesto familiare e sociale, purché da queste scelte non derivi un concreto pregiudizio per la persona stessa. Deciso l'an della misura, non ne conseguono automatismi, e non possono adottarsi provvedimenti stereotipati o usare moduli standardizzati. Dall'apertura dell'amministrazione non discende, quale effetto legale, che la persona debba essere assistita o sostituita in tutte le attività giuridicamente rilevanti, ma solo in quegli ambiti in cui il giudice ha rilevato specifiche criticità, vale a dire deficit di competenze decisorie e gestorie che possono causare un serio pregiudizio alla persona.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi

Cass. n. 10483/2022; Cass. n. 32542/2022; Cass. n. 3751/2024; Cass. n. 14689/2024.

Omissis

Ritenuto che

1. Con il primo e unico motivo di ricorso l'istante lamenta, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la erronea e falsa applicazione dell'art. 404 c.c. e dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La ricorrente lamenta la violazione del principio dell'autodeterminazione dell'individuo, per avere il tribunale confermato l'amministrazione di sostegno nonostante il convinto, fermo e deciso parere contrario di essa ricorrente e, per avere di fatto illegittimamente trasformato la misura di mera assistenza e sussidiarietà, prevista dal legislatore, in una misura altamente afflittiva, che prevede la quasi totale sostituzione della beneficiaria. Deduce che le limitazioni previste alla sua libertà di autodeterminazione mal si conciliano con il riconoscimento della sua piena capacità, e tra queste cita la gestione ordinaria del patrimonio mobiliare e immobiliare, il ricevere notifiche di atti, il ritirare ogni genere di corrispondenza, la partecipazione alle assemblee di condominio, la rappresentanza in eventuali procedimenti giudiziari, la gestione ordinaria dei rapporti pensionistici, la chiusura di conti correnti, libretti e depositi postali, l'effettuare i pagamenti necessari alle esigenze del beneficiario, salvo che per le piccolissime spese della quotidianità etc. Osserva la ricorrente che il giudice di merito, nonostante avesse riconosciuto la necessità dell'applicazione dell'amministrazione di sostegno per i soli aspetti di straordinaria amministrazione, ha - dipoi - illegittimamente confermato tutte le prescrizioni di cui sopra e, quindi, anche le ingerenze/limitazioni nella gestione patrimoniale ordinaria della ricorrente.

2. Il motivo è fondato.

Deve qui ribadirsi che l'istituto della amministrazione di sostegno è uno strumento volto a proteggere, senza mortificarla, la persona affetta da una disabilità fisica o psichica tale da renderla inadeguata a provvedere ai suoi interessi; la misura è caratterizzata da un alto grado di flessibilità e la

legge chiama il giudice all'impegnativo compito di adeguare la misura alla situazione concreta della persona e di variarla nel tempo, così da assicurare all'amministrato la massima tutela possibile con il minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione (Cass., Sez. Un., 30/07/2021, n. 21985; Corte Cost. 10/05/2019, n. 114; Cass. 04/03/2020, n. 6079).

La misura, di conseguenza, deve essere modellata dal giudice tutelare in relazione allo stato personale e alle circostanze di vita di ciascun beneficiario e in vista del concreto e massimo sviluppo delle sue effettive abilità (il c.d. vestito su misura). In quest'ottica il giudice deve valutare non solo l'an della misura, ma anche il quid ed il quomodo dovendosi privilegiare il rispetto del diritto fondamentale della persona di autodeterminarsi nelle scelte di vita e personali, anche quando non approvate dal contesto familiare e sociale, purché da queste scelte non ne derivi un concreto pregiudizio per la persona stessa. In tal senso si è, posta la giurisprudenza di questa Corte, la quale ha rimarcato che l'accertamento della ricorrenza dei presupposti per l'apertura di tale misura, in linea con le indicazioni contenute nell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle persone con disabilità, deve essere compiuto in maniera specifica e circostanziata sia rispetto alle condizioni di menomazione del beneficiario - la cui volontà contraria, ove provenga da persona lucida, non può non essere tenuta in considerazione dal giudice - sia rispetto all'incidenza della stesse sulla sua capacità di provvedere ai propri interessi personali e patrimoniali, verificando la possibilità, in concreto, che tali esigenze possano essere attuate anche con strumenti diversi come, ad esempio, avvalendosi, in tutto o in parte, di un sistema di deleghe o di un'adeguata rete familiare (Cass. n. 21887 del 11/07/2022; Cass. n. 21887 del 11/07/2022).

Le caratteristiche dell'istituto impongono, pertanto, che siano perimetrati i poteri gestori dell'amministratore in termini direttamente proporzionati alle esigenze rilevate, alle condizioni di menomazione del beneficiario ed

Giurisprudenza

Amministrazione di sostegno

all'incidenza di tali condizioni sulla capacità del medesimo di provvedere ai propri interessi, di modo che la misura risulti specifica e funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona (Cass. n. 10483 del 31/03/2022; Cass. n. 14689 del 27/05/2024).

Si deve inoltre osservare che l'art. 410 c.c. nella parte in cui impone all'amministratore di sostegno di informare il beneficiario circa gli atti da compiere e, in caso di dissenso, il giudice tutelare, dimostra come, in ogni caso, l'opinione del beneficiario debba essere tenuta in considerazione, pur se ne venga limitata la capacità. Limitare la capacità nella minor misura possibile significa pertanto non soltanto selezionare specificamente gli atti che il beneficiario non può compiere o non può compiere da solo, ma altresì preservare, anche con riferimento a questi atti, il diritto del beneficiario di esprimere la propria opinione e di partecipare, nella misura in cui lo consenta la sua condizione, alla formazione delle decisioni che lo riguardano. Da ciò discende che il provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno, nella parte in cui estende al beneficiario limitazioni previste per l'interdetto e l'inabilitato, deve essere sorretto da una specifica motivazione che giustifichi la ragione per la quale si limita la sfera di autodeterminazione del soggetto e della misura in cui la si limita; e le decisioni che non rispettano i desiderata del beneficiario devono fondarsi non solo sulla rigorosa valutazione che egli non sia capace di adeguatamente gestire i propri interessi e di assumere decisioni adeguatamente protettive, ma anche sulla preventiva valutazione della possibilità di ricorrere a strumenti alternativi di supporto e non limitativi della capacità, in modo da proteggere gli interessi della persona senza mortificarla, preservandone la dignità, e solo ove questo non sia possibile, può farsi luogo alla compressione della capacità; in questi termini si apprezza la compatibilità della misura con il sistema costituzionale (v. Corte Cost. n. 114/2019, cit.; Cass. n. 3751 del 12/2/2024).

Deve esservi, in altri termini, nel provvedimento di apertura della amministrazione, una ragionata corrispondenza tra i deficit rilevati, le risorse della persona interessata e della sua famiglia, e i poteri attribuiti all'amministratore devono essere conferiti nell'ottica di perseguire il miglior interesse della persona, senza comprimerne inutilmente la libertà.

Deciso l'an della misura, non ne conseguono automatismi, e non possono adottarsi provvedimenti stereotipati, ovvero usare moduli standardizzati, poiché dalla apertura della amministrazione non discende, quale effetto legale, che la persona debba essere assistita o sostituita in tutte le attività giuridicamente rilevanti, ma solo in quegli ambiti in cui il giudice ha rilevato specifiche criticità, vale a dire deficit di competenze decisorie e gestorie che possono causare un serio pregiudizio alla persona.

Di conseguenza, il giudice tutelare deve accertare i bisogni della persona del beneficiario, intesi come bisogni oggettivi, ma anche come desideri ed aspirazioni, valutando in che misura questi desideri non siano frutto di volontà distorte ed in contrasto con i bisogni oggettivi.

Accertati i bisogni, è necessario procedere ad accertare le competenze della persona e cioè le sue capacità e abilità, e, correlativamente, quali siano i suoi punti deboli, poiché la persona potrebbe essere in grado di autodeterminarsi e di esercitare con sufficiente avvedutezza taluni diritti, ovvero operare in taluni ambiti della vita sociale, eventualmente con il supporto e la protezione della rete familiare, mentre potrebbe non essere abile e competente in altri settori.

Una volta definito questo quadro, si può procedere ad individuare quali obiettivi, in questo contesto, la persona può perseguire da sola e con la rete familiare/sociale, per quali ha bisogno solo di assistenza e per quali deve invece essere sostituita, privilegiando sempre la soluzione che comporti la minore limitazione possibile della capacità, e la minore invasività nella sfera di autodeterminazione. Dal che deriva che la misura deve essere decisamente esclusa, ove il soggetto che ne dovrebbe beneficiare si trovi nella piena capacità di determinarsi, anche se versi in condizioni di menomazione fisica. Ne consegue che, salvo che non sia provocata da una grave patologia psichica, tale da rendere l'interessato inconsapevole del bisogno di assistenza, la sua opposizione alla nomina costituisce espressione di autodeterminazione, che deve essere opportunamente considerata (Cass. n. 32542/2022).

Dei principi suesposti i giudici di merito non hanno fatto buon governo, mancando nella ordinanza impugnata la valutazione della proporzionalità delle limitazioni imposte alla beneficiaria - che secondo quanto esposto in ricorso, sono particolarmente incisive e penetranti, spingendosi sino al ritiro della posta e alla chiusura dei conti correnti - con gli effettivi profili di fragilità della persona e cioè con la ritenuta necessità di una misura di protezione con particolare riguardo agli aspetti di "straordinaria amministrazione", data la sua tendenza a spendere somme al gioco, pur se - come la Corte stessa ha accertato - la donna non ha accumulato debiti e si presenta lucida ed in grado di bene esprimere i suoi desideri, i suoi pensieri, la sua volontà. Il che lascia presumere una considerevole capacità di autodeterminazione in capo alla ricorrente.

Il provvedimento è quindi per certi versi contraddittorio, in quanto non spiega perché, dopo avere ritenuto dapprima che la beneficiaria "necessiti di una protezione in termini di assistenza, comunque con riconoscimento delle sue capacità, consistenti", si traduce, poi, in un decreto che impone alla medesima limitazioni persino nel ritiro della posta; per altro verso il provvedimento è carente - in punto verifica dei presupposti per l'applicazione della misura protettiva - in quanto non dà conto delle ragioni per le quali tutte le limitazioni, che sono state imposte nel decreto di apertura della amministrazione, sarebbero corrispondenti alle effettive esigenze di protezione dell'interessata. D'altro canto, il riscontro di "capacità consistenti" in capo a quest'ultima, delle quali lo stesso giudice a quo ha dato atto, avrebbero dovuto indurre il medesimo giudice a tenerne adeguatamente conto, anche valutando le ragioni dell'opposizione della medesima alla misura, costituente

espressione evidente di autodeterminazione (Cass. n. 32542/2022).

Ne consegue, in accoglimento del ricorso, la cassazione del provvedimento impugnato ed il rinvio al Tribunale di Alessandria, in diversa composizione, per nuovo esame e anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie il ricorso, cassa la ordinanza impugnata e rinvia al Tribunale di Alessandria, in diversa composizione, cui domanda di provvedere anche sulle spese.
Omissis

Cassazione Civile, Sez. I, 17 settembre 2024, n. 24878 - Pres. Acierno - Est. Russo

L'amministrazione di sostegno non può essere disposta in mancanza dell'accertamento della condizione di menomata capacità del soggetto, e dunque in forza di una generica e non specificata condizione di fragilità ed inadeguatezza del beneficiando ad attendere ai propri interessi. Di conseguenza, la misura non può essere finalizzata a verificare se effettivamente detta inadeguatezza sussista e quale sia l'andamento degli affari del soggetto, con finalità di "monitoraggio".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. n. 7414/2024.
-----------------	---------------------

Omissis

Ritenuto che

1. Con il primo motivo del ricorso si lamenta ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. la violazione o falsa applicazione dell'art. 404 c.c. con specifico riferimento all'insussistenza di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica del beneficiario.

1.2. Con il secondo motivo del ricorso si lamenta *ex art.* 360, comma 1, n. 3, c.p.c. la violazione o falsa applicazione dell'art. 404 c.c., degli artt. 2, 3 e 13 Cost. nonché dell'art. 8 della CEDU in considerazione della condizione del ricorrente, soggetto capace e riluttante all'amministrazione di sostegno.

1.3. Con il terzo motivo del ricorso si lamenta *ex art.* 360, comma 1, n. 3, c.p.c. la violazione o falsa applicazione dell'art. 404 c.c. e degli artt. 115 e 116 c.p.c. in relazione alla ritenuta travisata fragilità del beneficiario ed all'insussistente presupposto per l'apertura dell'amministrazione di sostegno.

1.4. Con il quarto motivo del ricorso si lamenta *ex art.* 360, comma 1, n. 3, c.p.c. la violazione o falsa applicazione dell'art. 404 c.c. e degli artt. 115 e 116 c.p.c. con riferimento all'insussistenza dell'incapacità del ricorrente di provvedere ai propri interessi ed all'insussistenza dei presupposti per l'apertura dell'amministrazione di sostegno.

1.5. Con il quinto motivo del ricorso si lamenta *ex art.* 360, comma 1, n. 3, c.p.c. la violazione o falsa applicazione dell'art. 404 c.c., dell'art. 14 Cost. nonché dell'art. 8 della CEDU con riferimento alle finalità ed alla ratio della procedura di amministrazione di sostegno.

L'odierno ricorrente deduce di non essere affetto da infermità o menomazione fisica o psichica determinante l'impossibilità di provvedere ai propri interessi, e di essere per contro del tutto autonomo e consapevole nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana e ciò è stato confermato dallo stesso giudice tutelare laddove nel

decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno ha premesso che a carico del beneficiario non risultano "evidenze di decadimento fisico o psichico". Il provvedimento impugnato si configura quindi come arbitrario e sproporzionato perché impone delle misure restrittive alla capacità di agire ed alla libera determinazione di un soggetto nel pieno possesso delle proprie facoltà fisiche e psichiche che si è espressamente ed energicamente opposto alla nomina dell'amministratore. Lamenta che i giudici abbiano ritenuto sussistente la fragilità (senza ulteriori specificazioni) del ricorrente in difetto di qualsiasi concreto riscontro probatorio, senza tenere in debito conto la certificazione medica in atti attestante l'assenza di menomazioni. Osserva che la violazione di legge in cui è incorsa la Corte d'Appello risiede nell'equazione, acritica e forzata, conflitto familiare - fragilità - impossibilità di provvedere ai propri interessi, perché in realtà l'impossibilità che sola può giustificare la limitazione della capacità di agire dell'individuo è quella conseguente, *ex art.* 404 c.c., ad una patologia fisica o psichica, insussistente nel caso. Il decreto impugnato viola quindi gli artt. 404 c.c. e 115 e 116 c.p.c. anche sotto ulteriore assorbente profilo, posto che fonda l'apertura della amministrazione su di una circostanza, precipuamente la vendita della barchessa e della villa storica a condizioni asseritamente svantaggiose, di cui non solo non vi è alcun riscontro in giudizio ma che, anche ad ammetterla, si configura del tutto irrilevante ed ininfluenza al fine dell'applicazione o meno della misura di sostegno. Inoltre il provvedimento viene utilizzato con finalità di accertamento istruttorio poiché la Corte ha ritenuto di confermare che possa essere aperta una amministrazione con finalità istruttorie e di accertamento sul patrimonio del beneficiario, sulla sua gestione e sull'esistenza di eventuali ingerenze esterne.

2. I motivi, strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente e sono fondati.

Giurisprudenza

Amministrazione di sostegno

2.1. Preliminarmente si osserva che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte distrettuale, l'amministratore di sostegno provvisoriamente nominato non è un litisconsorte e non può costituirsi in nome e per conto del beneficiario, il quale in questo processo, ha diritto di difendersi scegliendo liberamente il suo difensore (Cass. n. 451 del 08/01/2024).

2.2. Nel merito, la Corte d'Appello, pur correttamente enunciando il principio che l'amministrazione di sostegno è una misura a tutela della persona e che deve avvenire con la minore limitazione di capacità possibile, non ne fa corretta applicazione.

Deve qui ricordarsi che l'amministrazione di sostegno è uno strumento volto a proteggere la persona in tutto o in parte priva di autonomia, in ragione di disabilità o menomazione di qualunque tipo e gravità, senza mortificarla e senza limitarne la capacità di agire se non - e nella misura in cui - è strettamente indispensabile; la legge chiama il giudice all'impegnativo compito di adeguare la misura alla situazione concreta della persona e di variarla nel tempo, così da assicurare all'amministrato la massima tutela possibile con il minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione (Cass., Sez. Un., 30/07/2021, n. 21985; Cass., Sez. I, 27 settembre 2017, n. 22602; Cass., Sez. I, 11 maggio 2017, n. 11536; Cass. civ., Sez. I, 26 ottobre 2011, n. 22332; Cass. civ., Sez. I, 29 novembre 2006, n. 25366; Cass. civ., Sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584; Cass. civ., Sez. I, 11 settembre 2015, n. 17962).

Introducendo l'amministrazione di sostegno, il legislatore ha dotato l'ordinamento di una misura che può essere modellata dal giudice tutelare in relazione allo stato personale e alle circostanze di vita di ciascun beneficiario e in vista del concreto e massimo sviluppo delle sue effettive abilità. Così l'ordinamento mostra una maggiore sensibilità alla condizione delle persone con disabilità, è più attento ai loro bisogni e allo stesso tempo più rispettoso della loro autonomia e della loro dignità di quanto non fosse in passato, quando il codice civile si limitava a stabilire una netta distinzione tra soggetti capaci e soggetti incapaci, ricollegando all'una o all'altra qualificazione rigide conseguenze predeterminate. Nell'assolvere a questi compiti di protezione della persona, non è la gravità della malattia o menomazione che deve orientare il giudice, ma piuttosto la idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa (Corte Cost. 10/05/2019, n. 114; Cass. civ., Sez. I, 4/03/2020, n. 6079; Cass., Sez. I, 12/06/2006, n. 13584).

La flessibilità è il tratto distintivo di questa misura di protezione, che non ha una disciplina legale predeterminata in ogni suo aspetto, posto che la normativa lascia ampi spazi di regolamentazione e di adattamento della misura al caso concreto (il c.d. vestito su misura). Il giudice verifica, da un lato, le competenze della persona e cioè le sue capacità e abilità, e, dall'altro, le sue carenze, muovendo dal presupposto che la persona potrebbe essere in grado di autodeterminarsi e di esercitare con sufficiente avvedutezza taluni diritti, ovvero operare in taluni ambiti della vita sociale ed economica, mentre potrebbe non

essere abile e competente in altri settori. In esito a tale verifica il giudice, oltre a decidere l'an della misura, deve anche definire e perimetrare i compiti e i poteri dell'amministratore, in termini direttamente proporzionati all'incidenza degli accertati deficit sulla capacità del beneficiario di provvedere ai suoi interessi, di modo che la misura risulti specifica e funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona (Cass. 2/11/2022, n. 32321).

La disciplina legale della misura, come si è detto, si caratterizza per una maggiore attenzione alla dignità della persona, il che significa che la sua volontà, nei limiti del possibile, deve essere rispettata. L'opinione del beneficiario non può essere considerata minusvalente solo perché espressa da un soggetto fragile, disabile, affetto da malattia psichica, poiché in tal modo si riproporrebbe uno schema rigido fondato su regole predeterminate, spesso desunte da dogmi indimostrati e talora discriminatori; invece di valutare, come richiede un approccio orientato al rispetto dei diritti umani, se nel caso concreto è possibile ed in quale misura rispettare la volontà dell'interessato senza pregiudizio per i suoi interessi (Cass. n. 7414 del 20/03/2024, in motivazione).

3. In sintesi, la misura si giustifica in quanto, in primo luogo, si accerti un deficit e cioè che la persona non è in grado di provvedere, da sola o eventualmente con il supporto della rete familiare, ai suoi interessi, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica (art 404 c.c.), tenendo conto, nei limiti del possibile, della volontà del beneficiario, ovvero, se deve disporsi diversamente, motivando adeguatamente sul punto.

La misura può avere finalità di mero supporto, oppure, ove il giudice tutelare ritenga di estendere al beneficiario le limitazioni e decadenze previste per l'interdetto o l'inabilitato (art 411 c.c.) comportare il conferimento all'amministratore di specifici poteri di rappresentanza o di assistenza, analoghi rispettivamente a quelli del tutore o del curatore, e nei limiti strettamente necessari a proteggere gli interessi del beneficiario, ma non può essere essa stessa un mezzo istruttorio e di monitoraggio, poiché l'accertamento del deficit di competenze deve precedere e non seguire la misura.

4. Il provvedimento impugnato, pertanto, è stato reso in difformità alle norme ed ai principi che disciplinano l'amministrazione di sostegno quanto a presupposti e finalità della misura.

Ciò in primo luogo perché non individua esattamente quale sarebbe la condizione di menomata capacità del soggetto di provvedere ai suoi interessi, se non nella circostanza che avrebbe fatto un cattivo affare o meglio un affare "in termini che paiono essere tutt'altro che proficui"; manca però l'accertamento effettivo della riconducibilità di tale affare ad una condizione patologica, circostanza dedotta dal figlio del beneficiario - il quale lamenta anche che il padre gli abbia tolto l'amministrazione di una parte del patrimonio - ma non positivamente accertata dal giudice. Nel provvedimento si parla

genericamente di una condizione di fragilità ma senza ulteriori specificazioni. Di conseguenza, la misura è stata finalizzata non a proteggere il soggetto da una condizione di accertata inadeguatezza a provvedere ai suoi interessi, quanto piuttosto a verificare se effettivamente detta inadeguatezza sussista e quale sia l'andamento degli affari del soggetto, con finalità di "monitoraggio". Inoltre, la Corte ha erroneamente sminuito la portata della misura, affermando che essa non sia invasiva della sfera di autodeterminazione del beneficiario; affermazione erronea, perché la misura consente ad un terzo, contro la volontà del diretto interessato, di assumere informazioni sulla gestione dei suoi affari e in sostanza di sottoporli a controllo al fine di riferire al giudice tutelare. Si tratta quindi di una misura al tempo stesso limitativa ed esplorativa che, ancor prima di un positivo accertamento della condizione di fragilità ed anzi al fine di accertare se vi è effettivamente questa condizione di fragilità, sottopone la persona a un controllo della gestione patrimoniale contro la sua volontà. Inoltre, non è stata tenuta in alcuna considerazione l'opposizione della persona interessata, e i documenti medici

da lui prodotti, se non adducendo generiche e non meglio specificate fragilità da tutelare "in via prudenziale" - espressione che in questo contesto è del tutto priva di significato-nonché argomentando su un altrettanto non meglio specificata "riluttanza" del soggetto fondata su un "senso di orgoglio" non giustificato; senza spiegare perché il legittimo orgoglio che ogni persona ha di provvedere da sé ai propri interessi non sarebbe in questo caso giustificato.

Ne consegue, in accoglimento del ricorso, la cassazione del provvedimento impugnato e il rinvio alla Corte d'Appello di Venezia in diversa composizione per un nuovo esame e per la liquidazione delle spese anche del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso cassa il provvedimento impugnato e rinvia alla Corte d'Appello di Venezia in diversa composizione per un nuovo esame per la liquidazione delle spese anche del giudizio di legittimità.

Omissis

I principi di gradualità e flessibilità, e il dilemma della adeguata protezione del beneficiario

di Maria Novella Bugetti (*)

L'Autrice analizza, alla luce del quadro giurisprudenziale e dottrinale, alcuni profili rinvenienti dalla disamina dei provvedimenti in commento, *id est*: (a) l'Ads non può essere applicata in assenza di una effettiva mancanza di autonomia, e dunque in presenza di una mera fragilità e con finalità di mero monitoraggio; (b) l'Ads non può essere applicata allorché la persona non autonoma goda di un efficace supporto derivante da un sistema di deleghe o da un'adeguata rete familiare; (c) il decreto di nomina deve preservare gli spazi di autonomia della beneficiaria; (d) specificamente in fase di nomina dell'amministratore, l'opposizione del beneficiario, salvo che questi non sia affetto da grave patologia psichica, non può non essere opportunamente considerata.

In light of the Italian case law resources and scholarly framework, the Author analyzes some issues arising from the examination of the regulation under discussion, namely:

(a) the appointment of a support administrator (Ads) cannot be submitted in the absence of an actual lack of autonomy, in cases of mere fragility, and for the sole purpose of monitoring;

(b) the appointment of a support administrator cannot be applied when the non-autonomous person benefits from actual support resulting from a system of delegations or from an adequate family network;

(c) the decree of appointment must preserve the areas of autonomy of the beneficiary;

(d) specifically during the appointment phase of the support administrator, the opposition of the intended beneficiary, unless they are affected by a severe psychiatric condition, must be duly considered.

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

Giurisprudenza

Amministrazione di sostegno

I casi

Nel caso deciso dall'ordinanza n. 24251/2024, in epigrafe, il GT nominava un amministratore di sostegno, accogliendo il ricorso presentato dai servizi sociali e nonostante la tenace opposizione della stessa, a favore di una donna affetta da una menomazione fisica e psichica (non meglio precisata nel provvedimento) che necessitava “di una protezione in termini di assistenza, comunque con riconoscimento delle sue capacità, consistenti”; il decreto prevedeva limitazioni della capacità molto stringenti, estese *inter alia* alla “gestione ordinaria del patrimonio mobiliare e immobiliare, il ricevere notifiche di atti, il ritirare ogni genere di corrispondenza, la partecipazione alle assemblee di condominio, la rappresentanza in eventuali procedimenti giudiziari, la gestione ordinaria dei rapporti pensionistici, la chiusura di conti correnti, libretti e depositi postali, l'effettuare i pagamenti necessari alle esigenze del beneficiario, salvo che per le piccolissime spese della quotidianità etc.”.

Il Tribunale in sede di reclamo aveva nella sostanza confermato il decreto di nomina, assumendo che la beneficiaria necessitasse “di una misura di protezione con particolare riguardo agli aspetti di ‘straordinaria amministrazione’, essendo dall'istruttoria emerso come la stessa avesse speso cifre rilevanti in locali di giochi e scommesse”.

La cassazione censura però il decreto in ordine ad almeno tre profili:

(a) in quanto non ha tenuto in conto che la misura di sostegno può essere legittimamente applicata solo allorché non sia possibile provvedere agli interessi della persona priva di autonomia “avvalendosi in tutto o in parte di un sistema di deleghe o di un'adeguata rete familiare”;

(b) in quanto non ha tenuto in debita considerazione e adeguatamente in tal senso conformato il decreto - gli spazi di autonomia della beneficiaria;

(c) specificamente in fase di nomina dell'amministratore, l'opposizione del beneficiario, salvo che questi non sia affetto da grave patologia psichica, non può non essere opportunamente considerata; il che non è stato fatto da parte della Corte.

A fronte, dunque, di un quadro di complessiva lucidità, come nella specie, il provvedimento di nomina assunto contro la volontà della persona ed eccessivamente limitante la capacità della beneficiaria deve essere cassato, mancando la valutazione della proporzionalità delle limitazioni imposte alla stessa rispetto alla condizione in cui ella si trova.

Nell'ordinanza n. 24878/2024, su riportata, la Suprema Corte censura il decreto di nomina di amministrazione di sostegno con funzione di mero “monitoraggio” dell'andamento degli affari di un soggetto che, a detta dei ricorrenti, si trovava in una situazione di “fragilità” e necessitava di sostegno; allegavano nello specifico che il beneficiario aveva venduto un cespite immobiliare a condizioni asseritamente svantaggiose ed inspiegabilmente sottratto al figlio la gestione di una parte del patrimonio.

La Corte non solo evidenzia come di per sé la disposizione di un proprio bene a condizioni economicamente non favorevoli non giustifichi l'apertura dell'amministrazione di sostegno, ma ancor più, in mancanza di ulteriori diverse evidenze relative alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 404 c.c., non è ammissibile che la misura sia applicata invocando un generico stato di fragilità del soggetto ed allo scopo di monitorare la sussistenza o meno di una incapacità di gestire i propri interessi, nella specie di carattere patrimoniale.

Se così non fosse, infatti, non si giustificerebbe la misura di protezione e non sarebbe, *a fortiori*, possibile per il GT attenersi al principio, pure ribadito dalla medesima Suprema Corte, di flessibilità dell'amministrazione di sostegno, che come un vestito su misura deve adattarsi al caso concreto, definendo e parametrando i compiti e i poteri dell'amministratore alla luce delle specifiche esigenze di quel beneficiario.

Il principio di gradualità come limite c.d. “esterno” dell'amministrazione di sostegno, in relazione alla persona *compos sui*

Le pronunce in commento sono sotto taluni profili certamente confermate del consolidato orientamento anche di cassazione che puntualizza come il principio di gradualità introdotto con la riforma delle misure di protezione si sostanzia non soltanto nella preferenzialità per l'amministrazione di sostegno rispetto a interdizione e inabilitazione - strumenti di carattere ormai indubitabilmente residuali - ma altresì nell'ammissibilità dell'apertura della misura solo qualora si accerti l'impossibilità in concreto di far fronte alla mancanza di autonomia.

Il che si sostanzia tanto nella inammissibilità dell'apertura della misura allorché il beneficiario sia in grado di attendere ai propri interessi grazie al supporto fornito dalla rete parentale e familiare, quanto in tutte le ipotesi in cui nel ricorso introduttivo o nel corso del procedimento non si riscontrino attuali esigenze protettive o di sostegno. Quanto a

quest'ultimo aspetto, non vi è chi non veda come l'apertura dell'Ads debba necessariamente fondarsi su un puntuale e rigoroso accertamento della sussistenza, nell'attualità, dei presupposti *ex art.* 404 c.c., escludendo dunque non soltanto - come già in passato chiarito dalla giurisprudenza - una nomina ora per allora, in vista di una futura incapacità, ma anche una nomina a favore di un soggetto che presenta mere fragilità e dunque con una funzione di monitoraggio della sua attività. In siffatti casi, infatti, l'amministratore di sostegno nominato avrebbe la funzione non già di assistere/rappresentare un soggetto non autonomo e come tale bisognoso di protezione, ma quella, diversa e non compatibile con il sistema delle misure di cui al Titolo XII del c.c., di demandare all'amministratore la verifica (*ex post*) della effettiva sussistenza dei presupposti che debbono essere invece accertati, da parte del GT, *ex ante*. Tale funzione di monitoraggio, d'altro canto, consentirebbe all'amministratore di sostegno di "assumere informazioni sulla gestione dei suoi affari e in sostanza di sottoporli a controllo al fine di riferire al giudice tutelare", determinando una ingerenza nella sfera giuridica della persona interessata che, se posta in essere contro la sua volontà, risulta ingiustificata ed illegittima.

Sotto altro profilo, il medesimo principio impone al GT di verificare se l'amministrazione di sostegno sia una misura non solo astrattamente applicabile, sussistendone i presupposti, ma anche in concreto necessaria, in quanto la persona non riesca a far fronte alle proprie esigenze di protezione e/o sostegno mediante la rete informale, familiare o amicale.

Le massime si sono, su tale scia, susseguite con una certa coerenza; per citare alcune tra le pronunce più significative, nell'ordinanza Cass. Civ. n. 21887/2022 (1), la Suprema Corte ha affermato che "l'accertamento della ricorrenza dei presupposti di legge, in linea con le indicazioni contenute nell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle persone con disabilità, deve essere compiuto in maniera specifica e circostanziata sia rispetto alle condizioni di menomazione del beneficiario - la cui volontà contraria, ove provenga da persona lucida, non può non essere tenuta in considerazione dal giudice - sia rispetto all'incidenza della stesse sulla

sua capacità di provvedere ai propri interessi personali e patrimoniali, verificando la possibilità, in concreto, che tali esigenze possano essere attuate anche con strumenti diversi come, ad esempio, avvalendosi, in tutto o in parte, di un sistema di deleghe o di un'adeguata rete familiare". Similmente, antecedentemente, nella ordinanza n. 29981/2020 (2), la Cassazione ha statuito che "In tema di amministrazione di sostegno occorre valutare se l'esigenza di protezione della persona (capace ma in stato di fragilità) risulti già adeguatamente assicurata dalla rete familiare, o se, al contrario, non vi sia alcun supporto per il soggetto; nel secondo caso il ricorso all'istituto può essere giustificato, mentre nel primo non lo è affatto, in specie ove all'attivazione si opponga lo stesso beneficiario" (3).

Le pronunce sopra richiamate inducono invero ad approfondire il tema, diversificando le possibili casistiche, anche tenuto conto del profilo, talora dirimente, della eventuale opposizione che il beneficiario manifesti all'applicazione della misura di protezione.

L'ipotesi senz'altro più piana è quella della persona affetta da una infermità o menomazione solo fisica. Si evidenzia al riguardo come, contrariamente a quanto si afferma nella pronuncia n. 24251/2024, sul punto isolata, l'amministrazione di sostegno può essere applicata anche alla persona menomata solo nel fisico; ciò non soltanto è ammesso dalla lettera dell'art. 404 c.c. - che si riferisce alla persona affetta da infermità o menomazione fisica o psichica - ma altresì dalla *ratio* dell'istituto, volto a fornire sostegno e protezione a chi si trovi nella impossibilità di far fronte in maniera autonoma ai propri interessi. Il che accade, o può accadere, anche a chi sia affetto a una malattia che non compromette le facoltà cognitive, ma nondimeno impedisce alla persona di attendere alla soddisfazione dei propri interessi patrimoniali e/o personali.

La giurisprudenza, anche nei precedenti sopra richiamati, ha in relazione a tali ipotesi debitamente circoscritto l'operatività dell'amministrazione di sostegno, applicabile non soltanto a seguito del rigoroso accertamento della malattia, ma altresì della impossibilità di far fronte alla mancanza di autonomia mediante gli

(1) In questa *Rivista*, 2022, 952.

(2) In *Studium juris*, 2021, 944; in *Notariato*, 2021, 2, 197; in *Giur. it.*, 2021, 2335, con nota di L. Olivero, *Amministrazione di sostegno e familiari*.

(3) Nella giurisprudenza di merito, *inter alia* cfr. App. Milano, Sez. V, 25 maggio 2023, secondo cui: "In tema di amministrazione di sostegno, l'equilibrio della decisione deve essere garantito dalla necessità di privilegiare il rispetto dell'autodeterminazione della

persona interessata, così da discernere le fattispecie a seconda dei casi. Per questa ragione, se la pur riscontrata esigenza di protezione della persona (capace ma in stato di fragilità) risulti già assicurata da una rete familiare all'uopo organizzata e funzionale, il ricorso all'istituto non può essere giustificato, specialmente ove all'attivazione si opponga, in modo giustificato, la stessa persona del cui interesse si discute".

Giurisprudenza

Amministrazione di sostegno

strumenti del diritto comune (il mandato, la procura, ecc.). La condizione di piena coscienza in cui la persona si trova, infatti, non può di per sé portare ad escludere a priori che la stessa necessiti di una forma di sostegno giudiziale, soggetta come tale al controllo dell'operato del rappresentante/assistenza da parte dell'autorità giudiziaria.

Ma nondimeno, in siffatte ipotesi risulta dirimente che la persona interessata non si opponga all'apertura della misura; la sua opposizione, infatti, non può che esserne ostativa, in quanto in contrasto (quantomeno) con il principio di autodeterminazione.

Segue. In relazione alla persona parzialmente o totalmente incapace

La linearità dell'*iter* argomentativo che ha condotto la giurisprudenza ad affermare la non applicabilità dell'amministrazione di sostegno alla persona non autonoma *compos sui* che vi opponga, cede il passo a un ben più intricato ginepraio di profili problematici allorché la misura riguardi persone affette da malattia o infermità psichica. Intervengono infatti in tali casi variabili che, combinandosi tra loro, danno luogo ad ipotesi diversificate ed in cui, pertanto, il punto di bilanciamento degli interessi risulta mobile.

Una prima variabile è costituita dalla adesione o meno del beneficiario incapace all'apertura della misura di protezione, perché solo nel primo caso, e sempre che si accertino rigorosamente i presupposti di cui all'art. 404 c.c., non è in discussione l'*an* della stessa; rimane pur sempre anche in tali ipotesi la necessaria verifica dell'esercizio del buon governo della discrezionalità del GT in ordine alla corrispondenza tra i bisogni di supporto/protettivi del beneficiario ed i limiti di capacità ed i poteri di assistenza/sostitutivi conferiti all'amministratore di sostegno.

Il monito che proviene dalle pronunce in commento - che ribadiscono sul punto un principio indiscusso - è quello per il quale il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve essere sufficientemente dettagliato, dovendosi rifuggire da decreti standard, specie ricorrendo a formule generiche quali il riferimento agli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Pare a chi scrive opportuno specificare come non possa a priori escludersi che il decreto di nomina determini l'incapacità del beneficiario anche in relazione a tutti gli atti di ordinaria e straordinaria

amministrazione, specularmente attribuendone i poteri all'amministratore di sostegno. Possono infatti esservi casi di gravissima infermità psichica che rendono necessaria, per l'adeguata protezione della persona, provvedimenti di tale latitudine, e senza per questo doversi temere una inammissibile sovrapposizione tra amministrazione di sostegno e interdizione.

Si rimarca sul punto che l'art. 411 c.c. - nell'affermare che "Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni" - non compendia un limite quantitativo agli effetti "incapacitanti"; esso, piuttosto, intende assicurare che tali disposizioni siano applicate a fronte di una specifica (e motivata) valutazione del giudice. In altri termini, escluso qualsivoglia automatismo, l'estensione di norme dettate per l'interdetto e l'inabilitato dovrà essere oggetto di espressa e puntuale previsione, in osservanza del noto principio informante l'amministrazione di sostegno per il quale non vi può essere limitazione di capacità se non espressamente disposta dal giudice tutelare.

In questa prospettiva, dunque, l'art. 411 c.c. non risponde alla *ratio* di attribuire al giudice tutelare il potere di estendere solo in certa misura i limiti di capacità, quanto invece di vincolare tale potere alla preventiva valutazione della corrispondenza dell'assimilazione, sotto taluni specifici profili, del beneficiario all'interdetto o all'inabilitato ad una esigenza protettiva del soggetto (4). In sintesi, l'art. 411 c.c. non pone un limite "quantitativo" alla limitazione di capacità del beneficiario, bensì un vincolo procedurale ed operativo a salvaguardia del principio di massima conservazione della capacità del soggetto sancito dall'art. 1, L. n. 6/2004. Conferma questa conclusione il fatto che il giudice deve assumere ogni decisione relativa all'estensione del soggetto di determinati effetti, limitazioni o decadenze con decreto motivato; la norma funge da controllo interno, consentendo di verificare che l'assimilazione in ordine ad uno specifico aspetto del beneficiario all'incapace sia funzionale ad una (altrettanto specifica) ragione di protezione.

D'altro canto, se anche il provvedimento di amministrazione di sostegno conferisse all'amministratore

(4) Cfr. *amplius* Bugetti, *Amministrazione di sostegno*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2024, 240 ss.

poteri speculari a quelli del tutore, nel contempo limitando la capacità di agire del beneficiario parificandolo all'interdetto, non dovrebbe temersi una sovrapposizione delle due misure, tenuto conto delle diverse finalità dell'amministrazione di sostegno rispetto all'interdizione, emergenti tra l'altro dai doveri incombenti sull'amministratore ai sensi dell'art. 410 c.c. Tale norma impone di "tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario", tempestivamente informandolo circa gli atti da compiere; dovere che in relazione al beneficiario pienamente incapace non svanisce, imponendo piuttosto all'amministratore di ricostruire i bisogni e le aspirazioni del beneficiario e facendosene *pro futuro* portavoce.

In sintesi, dunque, a prescindere da quale sia il contenuto del decreto, ciò che rileva ai fini del corretto governo della discrezionalità del giudice è la effettiva corrispondenza tra i poteri conferiti all'amministratore e la condizione della persona beneficiaria, di guisa che sia opportunamente valorizzata la capacità residua della stessa, cosicché la misura non risulti esorbitante.

Il problema della declinazione della "minor limitazione possibile" in relazione al prodigo o ludopatico

Se i principi ribaditi dalla cassazione nelle pronunce in epigrafe - gradualità e non standardizzazione - costituiscono la cornice incontestabile del buon governo dell'agire del giudicante, essi sollevano non pochi dubbi allorché da applicarsi, in concreto, al caso del beneficiando prodigo.

Tradizionalmente ci si riferisce al prodigo come a colui che disponga in maniera smodata del proprio patrimonio, sperperandolo (5); la prodigalità può dar luogo alla pronuncia di inabilitazione.

Trattasi nondimeno di un sistema di protezione tutt'altro che efficace, tenuto conto delle specifiche esigenze protettive del prodigo; infatti, l'inabilitato mantiene la piena capacità in relazione agli atti di ordinaria amministrazione, risultando dunque l'intervento protettivo costituito dall'annullabilità degli atti compiuti senza il consenso del curatore, limitato a quelli di straordinaria amministrazione. Lo sperpero di patrimonio compiuto, come frequentemente accade, mediante disposizioni modeste - e dunque non straordinarie - ma ripetute nel tempo, non trova invece adeguata protezione nell'inabilitazione (6).

Lo sguardo si rivolge dunque all'amministrazione di sostegno.

Secondo un principio consolidato in giurisprudenza (7), pur nel silenzio della legge, la prodigalità può fondare una pronuncia di amministrazione di sostegno, in quanto la stessa può darsi "nell'interesse del beneficiario (interesse reale e concreto, inerente alla persona e/o al suo patrimonio), anche in presenza dei presupposti di interdizione e inabilitazione, e dunque anche con riguardo alla prodigalità" (8), condizione potenzialmente indipendente dalla sussistenza di "patologia psichica o psichiatrica e [che] può non essere basata su una constatazione di alterazione delle facoltà mentali del beneficiando attestata da medici" (9).

Si tratta di una conclusione non pienamente convincente, nella misura in cui poggia su una premessa ad avviso di chi scrive non corretta. L'ampia dizione dell'art. 404 c.c. infatti si presta a ricomprendere una estesissima gamma di casi sovrapponibili a quelli di cui agli artt. 414-415 c.c., così coincidendo *in parte qua* con interdizione ed inabilitazione. Il che tuttavia non può significare il superamento del dato normativo in punto di presupposti della più nuova misura, allorché le fattispecie che danno luogo a interdizione e inabilitazione esulino dai predetti.

(5) Pur non essendo in dottrina incontestato (cfr. per una panoramica generale Spangaro, *Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale*, in *Commentario Gabrielli, Della famiglia*, a cura di De Rosa, II ed., 2, 2018, 1633), la giurisprudenza più recente (Cass. Civ. 28 dicembre 2023, n. 36176, in *Notariato*, 2024, 1, 67 ss.; Cass. Civ. 13 gennaio 2017, n. 786) sembra aderire alla tesi per la quale la prodigalità prescinde dall'esistenza di una malattia mentale, consistendo piuttosto in "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"; essa configura dunque "autonoma causa di inabilitazione, ai sensi art. 415, 2° comma, 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)".

(6) A tale rilievo non ha fornito rimedio neppure l'intervento di Riforma del 2004 dell'art. 427 c.c., giusta il quale il Tribunale può se del caso prevedere che "taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore"; la norma consente dunque una flessibilizzazione pretoria della misura, solo però in termini di più estesa capacità di agire rispetto a quanto previsto dal legislatore, e non invece più restrittivi, mediante una incapacitazione estesa agli atti di ordinaria amministrazione.

(7) Cass. Civ. 15 maggio 2017, n. 20664; Cass. Civ. 26 luglio 2013, n. 18171, in questa *Rivista*, 2014, 12, 1119, con nota di Bonilini; Cass. Civ. 7 marzo 2018, n. 5492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 9, 1304, con nota di Brizzolari.

(8) Cass. Civ. 28 dicembre 2023, n. 36176, in *Notariato*, 2024, 1, 67 e in *Foro it.*, 2024, 1, 2, 441.

(9) Cass. Civ. 28 dicembre 2023, n. 36176, cit.

Giurisprudenza

Amministrazione di sostegno

Premesso che nella più parte dei casi la prodigalità deriva invero da una malattia o menomazione psichica (ad es. ludopatia, demenza o bipolarismo), di guisa che il profilo dubbio viene nei fatti superato, nelle diverse ipotesi in cui essa ne prescinda, non si concreta il presupposto necessario ai fini della pronuncia di amministrazione di sostegno. Ferma dunque l'impossibilità di prendersi cura in maniera autonoma dei propri interessi - per definizione presente nel caso di prodigalità così come sopra definita - il giudice tutelare dovrebbe rigettare la domanda di nomina di amministratore di sostegno in assenza di una malattia o menomazione, disponendo la trasmissione del fascicolo al Tribunale per la nomina di un curatore.

Trattasi nondimeno di una soluzione che, seppur aderente al dato normativo, risulta eccessivamente penalizzante per il soggetto interessato, in quanto di fatto impedisce l'applicazione della misura più flessibile, e che consente di porre rimedio alla prodigalità nella maniera più efficace; infatti, e a titolo esemplificativo, a differenza della sentenza di inabilitazione, il decreto di nomina dell'amministrazione di sostegno può prevedere che la capacità di disporre del beneficiario sia contenuta in una somma massima di spesa periodica, con una limitazione dunque estesa anche a spese ordinarie e/o di modesta entità.

È incontestabile - ed è quanto il caso deciso della sentenza n. 24251/2024 mette in luce - che proprio in casi siffatti plasmare il decreto di nomina dell'amministrazione di sostegno in maniera tale che sia sufficientemente protettivo e nel contempo non sacrifichi le capacità residue della persona è compito tutt'altro che agevole. Infatti, e riducendo ai minimi termini la questione, la necessità di protezione del prodigo o ludopatico che dilapidi il patrimonio mediante atti di scarsa consistenza richiede di limitare la capacità di agire in relazione agli aspetti patrimoniali in maniera molto stringente, perché solo comprimendo la libertà di compiere atti di ordinaria amministrazione o di gestire somme anche modeste può garantirsi una adeguata protezione della persona dai propri (inconsapevoli) atti

pregiudizievoli. Tale forte compressione della capacità di agire, dunque, sebbene in astratto possa apparire sproporzionata rispetto alle capacità residue della persona, è invece né più né meno strumentale alle specifiche esigenze di protezione; il che non può porre il dubbio della compatibilità della misura con il sistema costituzionale, purché il Giudicante puntualmente ed adeguatamente argomenti sul punto.

Nondimeno, la prodigalità quale causa - unica o concorrente - della nomina di un amministratore di sostegno richiede che la stessa sia accertata sulla base di comportamenti antecedenti il deposito del ricorso (o comunque la conclusione della fase istruttoria del procedimento), di guisa che eventuali disposizioni patrimoniali, sebbene di una certa entità e di carattere asseritamente svantaggioso, se isolate, non potranno assumere rilievo, a meno che non si sostanzino in prodigalità ovvero non siano dovuti alla condizione di menomata capacità in cui beneficiario si trovi.

È infatti la Suprema Corte nella pronuncia n. 24878/2024 a specificare che in siffatti ipotesi non può venire in rilievo genericamente "una condizione di fragilità" e di inadeguatezza ad attendere autonomamente ai propri interessi, né tantomeno, in tale prospettiva, la misura può essere adottata con la finalità di monitorare l'andamento degli affari del beneficiario, finalizzata, in sostanza, a verificare "se effettivamente detta inadeguatezza sussista".

Se così non fosse si snaturerebbe la funzione propria dell'amministrazione di sostegno, che è quella di porre rimedio ad una situazione di mancanza di autonomia che si accerti essere già in atto. Il che riduce, a tutti gli effetti, la portata applicativa della misura, escludendola ogniqualvolta lo sperpero non sia ancora evoluto in conclamata prodigalità, o lo stato di fragilità non sia (allo stato) qualificabile come menomazione psichica. Tale soluzione applicativa, a ben vedere, in situazioni forse non sporadiche può far dubitare dell'efficacia del sistema delle misure di protezione, ma, in termini assoluti, è l'unica idonea a contemperare le esigenze di sostegno e protettive con quella di salvaguardia della dignità della persona.

Educazione religiosa del minore

Tribunale di Modena, Sez. I civ., 25 settembre 2024 - Giud. Bolondi - S.M. c. A.L.

Nell'ipotesi di dissidio tra genitori in merito all'iscrizione del figlio all'insegnamento della religione cattolica risulta comunque nell'interesse del bambino fruirla, trattandosi di arricchimento culturale non equiparabile ai percorsi di catechismo offerto nelle parrocchie e atteso che esso non influenza le scelte future del minore ma pone le basi per la concreta conoscenza di un fenomeno e la conseguente assunzione di decisioni consapevoli, quando sarà il momento.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass. Civ. 7 marzo 2023, n. 6082; Cass. Civ. 30 agosto 2019, n. 21916; Cass. Civ. 24 maggio 2018, n. 12954; Cass. Civ. 19 luglio 2016, n. 14728; Cass. Civ. 4 novembre 2013, n. 24683; Cass. Civ. 12 giugno 2012, n. 9546.
Difforme	Non constano specifici precedenti difformi.

Omissis

1. Le parti in causa sono genitori separati aventi l'affidamento condiviso del figlio minore L., nato il giorno Omissis, dunque prossimo al compimento dei 6 anni di età, il quale ha appena iniziato la prima elementare alla scuola pubblica Omissis a cui è stato iscritto.

2. La presente controversia, radicata con ricorso della madre S.M. del 24/05/2024, concerne l'insegnamento facoltativo della religione offerto dal predetto istituto scolastico, che la ricorrente vorrebbe far frequentare a L., contro la volontà del padre.

3. A.L., in via riconvenzionale, ha, dal canto suo, domandato di essere autorizzato a iscrivere L. a scuola calcio, così assecondando il desiderio del bambino, che la madre si rifiuta di soddisfare.

4. All'udienza del 17/09/2024, udita la discussione orale dei difensori, è stata rivolta alle parti proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c. (dei cui contorni si dirà meglio nel prosieguo). Con successive note scritte sostitutive di udienza ex art. 127 ter c.p.c., il padre si è dichiarato disponibile ad aderirvi, mentre la madre ha rifiutato di fare altrettanto.

5. Non si è proceduto all'ascolto del bambino su concorde indicazione dei genitori, che hanno riferito di ritenere superfluo l'incombente (art. 473-bis.4, secondo comma, c.p.c.), e, anzi, potenzialmente stressante, e quindi pregiudizievole, per lo stesso.

A) Nel caso, come quello di cui trattasi, di genitori separati aventi l'affidamento condiviso della prole, in mancanza di giudizio pendente tra gli stessi, la soluzione di contrasto avente a oggetto l'esercizio della responsabilità genitoriale - nello specifico scelte relative all'istruzione e all'educazione - è rimessa al giudice che ha pronunciato il relativo provvedimento, nella sostanza deformalizzato, che si conclude con ordinanza (art. 473-bis.38, secondo e terzo comma, c.p.c.).

Poiché la separazione dei coniugi, nel cui ambito è stato disposto l'affidamento condiviso di L., è stata omologata dall'istituto Tribunale (Omissis), sussiste la competenza di questo Ufficio.

B) Il parametro di giudizio esclusivo, come è noto, è quello del superiore interesse del minore, che deve orientare l'emissione di "provvedimenti opportuni", formula normativa elastica avente chiaro intento di dotare l'A.G. di margine di manovra idoneo a offrire all'interessato più capillare tutela (art. 473-bis.38, terzo comma, c.p.c.).

Ciò premesso, si osserva quanto segue.

C) La S.C. ha, di recente (Cass. 07/03/2023, n. 6802), evidenziato, in modo condivisibile, come il citato criterio imponga, innanzi tutto, la valutazione della specificità della situazione sottoposta al vaglio del giudicante, e non può, in tal senso, sottacersi che L. provenga da scuola materna, frequentata per tre anni, nel cui ambito l'insegnamento della religione gli è sempre stato offerto.

C.1.) Sotto altro aspetto, il padre, nella sostanza equiparando l'insegnamento della religione in scuola primaria al catechismo della Chiesa cattolica offerto nelle parrocchie (cfr. pagine 6 e seguenti della comparsa di costituzione e risposta, in cui si riportano ampi stralci di circolare della Congregazione per l'educazione indirizzata ai Presidenti delle Conferenze Episcopali, che tuttavia non sono pertinenti con quanto fruirà L. nella scuola statale che egli sta iniziando a frequentare), disconosce "quello che è lo statuto pedagogico della c.d. 'ora di religione', sempre più orientato non già all'adesione ad un credo religioso specifico ma al confronto con il momento spirituale della religiosità, al punto che qualcuno, al riguardo, parla dell'ora delle religioni". Del resto, la crescita del multiculturalismo nelle scuole spinge proprio nella direzione di un esame complessivo del fenomeno religioso, senza particolari gerarchie, alla comune ricerca di premesse per una dimensione spirituale da coltivare nei modi che matureranno, singolarmente." (Cass. 07/03/2023, n. 6802).

C.2.) Così, più correttamente, inquadrato l'insegnamento di cui si discute, risulta nell'interesse del bambino fruirla, trattandosi di arricchimento culturale inerente generale tematica avente da sempre ruolo non secondario nella storia dell'uomo. Da escludere, poi, che una simile frequenza possa condizionare le scelte future di L., assunto, quest'ultimo, sconfessato dalla vita di milioni di persone, tra cui, in primis, proprio quella del convenuto. La concreta conoscenza di un

fenomeno, infine, risulta il primo e imprescindibile elemento per una successiva decisione consapevole, cosa che risponde per certo all'interesse di L., a prescindere da quale sarà la sua scelta, quando sarà il momento.

C.3.) La madre S.M. viene, pertanto, autorizzata a iscrivere il figlio minore all'insegnamento della religione offerto dalla scuola *Omissis* anche senza il consenso, o con l'espresso dissenso, del padre A.L.

D) La medesima prospettiva - vale a dire ritenere rispondente all'interesse del minore la fruizione di più esperienze, a maggior ragione, peraltro, della tipologia che si va a esaminare - conduce ad accogliere anche la domanda riconvenzionale del convenuto inerente l'iscrizione alla scuola calcio, nei termini di seguito esposti.

Omissis

Si tratta, dunque, di attività sportiva di gruppo, particolarmente indicata all'età di L. (inculcando nei bambini, tra le varie cose, l'importanza dello stare insieme e il costante e reciproco aiuto e rispetto necessari tra compagni di squadra), che comporta un impegno settimanale modesto, da svolgere all'aria aperta e, come tale, non solo controindicata per la salute del minore (il referto medico del 19/06/2023 depositato dalla madre non attesta alcuna reale fragilità del bambino ma unicamente indisposizioni passeggere del tutto usuali per un minore di quell'età nel periodo invernale, tanto è vero che non è stata prodotta alcuna indicazione contraria del pediatra curante alla partecipazione di L. al calcio) ma, tutto all'opposto, generalmente consigliata e, come tale, da autorizzare, nei termini di seguito precisati.

D.1.) Valutata la non marginale conflittualità genitoriale (emergente con chiarezza dagli atti di causa, nonché, e invero ancor prima, dalla stessa esistenza del presente procedimento) e la conseguente necessità di assicurare che L. svolga effettivamente l'attività sportiva cui verrà iscritto, va altresì autorizzato il padre ad accompagnarlo agli allenamenti, nonché alle partite eventualmente calendarizzate, cui potrà assistere, se lo desidererà, anche la madre, la quale, al termine, riaccompagnerà il minore a casa propria qualora tali eventi cadano in giorni di sua spettanza (altrimenti lo farà il padre). Tale accorgimento, indispensabile per dotare di effettività questo provvedimento - che altrimenti, con facile previsione, cadrebbe nel vuoto - non comporta all'evidenza modifiche di sorta del

calendario di frequentazioni tra la madre e L., che rimane inalterato, inserendo in esso solo la partecipazione all'attività sportiva ora autorizzata (oggetto del presente procedimento) e non già diverse e ulteriori frequentazioni con il padre (che, come detto, avrà ruolo di mero accompagnatore e garante dell'effettiva partecipazione al calcio).

D.2.) I modesti costi di tale attività sportiva verranno divisi tra i genitori in ragione di metà ciascuno.

In caso di sovrapposizione con le lezioni di judo - che la madre ha riferito, ma non documentato, che il minore starebbe seguendo - L. si recherà al calcio.

E) La complessiva soluzione adottata riflette la proposta conciliativa rivolta alle parti e il suo rifiuto da parte della sola madre giustifica, ai sensi dell'art. 91, primo comma, c.p.c., la condanna della stessa a rifondere al padre ½ delle spese di lite, compensandosi tra le parti il restante ½.

Omissis

P.Q.M.

Il Tribunale Ordinario di Modena, in composizione monocratica, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa e respinta:

- autorizza la madre S.M. a iscrivere in autonomia, dunque anche senza il consenso o con l'opposizione del padre A.L., il figlio minore L., nato il giorno *Omissis*, all'insegnamento di religione offerto dalla scuola primaria *Omissis* frequentata dal minore;

- autorizza il padre A.L. a iscrivere in autonomia, dunque anche senza il consenso o con l'opposizione della S.M., il figlio minore L. alla scuola calcio offerta dalla Polisportiva *Omissis* o, a scelta del padre, alla Polisportiva *Omissis*; il padre curerà quindi di accompagnare il figlio agli allenamenti, nonché alle partite eventualmente calendarizzate, andandolo a ritirare a scuola, o a casa della madre, in tempo necessario per giungervi puntuale; la madre potrà assistere a tali allenamenti e partite, se ne avrà il desiderio, e, al termine, riaccompagnerà il minore a casa propria qualora tali eventi cadano in giorni di sua spettanza (altrimenti lo farà il padre); i costi di tale attività sportiva verranno divisi tra i genitori in ragione di metà ciascuno; in caso di sovrapposizione con le lezioni di judo, L. si recherà al calcio;

Omissis

Affido condiviso, contrasti genitoriali e fattore religioso: la valenza pedagogica dell'“ora di religione” e il criterio di continuità educativa di Manuel Ganarin (*)

L'ordinanza del Tribunale di Modena, in commento, è incentrata sul contrasto tra genitori inerente all'iscrizione del figlio all'insegnamento della religione cattolica nella scuola primaria, che tuttavia costituisce un arricchimento culturale non idoneo a influire sulle scelte future del minore in materia religiosa.

The decision concerns the conflict between parents regarding their child's participation in Catholic religious teaching, which, however, constitutes a cultural enrichment unsuitable to influence the minor's future choices in religious matters.

Educazione religiosa e crisi della famiglia nucleare. La centralità del superiore interesse del minore negli approdi giurisprudenziali più recenti

Da attento e acuto osservatore dei mutamenti involgenti la mentalità e i costumi nella società italiana del Novecento, Luigi Mengoni prendeva atto della profonda metamorfosi dell'istituto della famiglia, oramai funzionale al soddisfacimento delle istanze individuali dei suoi componenti, ciascuno dei quali si pone rispetto agli altri in posizione di parità e di reciprocità. Un assetto relazionale che subordina l'unità familiare a una convergenza di intenti tanto precaria quanto instabile, condizionandone perciò la durata nel tempo “a una sorta di plebiscito di tutti i giorni” (1). Esso, se già fatica a dispiegarsi nelle vicissitudini della vita quotidiana, *a fortiori* si presenta viepiù aleatorio laddove la concordia endofamiliare venga meno e il padre e la madre, in presenza di figli minori, debbano comunque trovare un punto di intesa per promuovere e salvaguardare congiuntamente i loro interessi: dando così luogo a “una finzione di sopravvivenza della coppia a beneficio dei figli, con scarsa rispondenza alla realtà” (2).

Le considerazioni di Mengoni sono tutt'oggi pregnanti per valutare una delle riforme più rilevanti del diritto di famiglia varate agli albori del Terzo millennio, cioè

l'affido condiviso del figlio (L. 8 febbraio 2006, n. 54), che implica di regola la ricerca di un accordo per l'assunzione delle “scelte relative alla sua istruzione ed educazione” (art. 316, comma 1, c.c.): un accordo estremamente arduo da raggiungere qualora vi sia un dissidio radicale, ad esempio, circa il modello educativo da impartire al figlio che si pretenderebbe fosse ispirato e caratterizzato da valori riconducibili a un dato credo religioso. Segnatamente tale elemento di discordia può innestarsi con la sua forza propulsiva e prorompente nel rapporto trilaterale che lega i genitori tra di loro e questi ultimi al proprio figlio (3), provocando laceranti divisioni che possono giungere a incidere negativamente sulla persona del minore (4). Quest'ultimo necessita per tale ragione di essere tutelato, specialmente se ancora in età preadolescenziale e stante la sua vulnerabilità, tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria. Negli ultimi anni, tra l'altro, si è assistito a un incremento dell'influenza destabilizzante del fattore religioso in un contesto sociale marcatamente pluralista e multiculturale, sia nella *routine* della famiglia sia dopo la sua disgregazione: come certifica palesemente il numero dei contenziosi dinanzi ai quali i giudici italiani adottano un approccio “*case by case*” volto a contemperare ragionevolmente i “beni” di pari rango costituzionale che *in subiecta materia* non possono essere in alcun modo trascurati (5).

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

(1) L. Mengoni, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura Europea*, in P.-J. Viladrich - J. Escrivá-Ivars - J.I. Bañares - J. Miras (a cura di), *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 2000, 1480-1481.

(2) L. Mengoni, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura Europea*, cit., 1481.

(3) Cfr. A. Fuccillo - R. Santoro - F. Sorvillo - L. Decimo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica. Edizione minor*, Torino, 2024, 349.

(4) Cfr. M.L. Lo Giacco, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2007, 7-8.

(5) Tra gli studi monografici che si sono occupati dell'argomento cfr. D. Durisotto, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Napoli, 2011; S. Angeletti, *I minori tra diritto e religione. Libertà religiosa, best interests, educazione*, Bologna, 2022.

Anzitutto va presa in considerazione la libertà religiosa dei genitori (art. 19 Cost.), i quali possono mutare i propri convincimenti in ogni momento senza che ciò si ripercuota inevitabilmente sul vincolo di filiazione. Una libertà che può inverarsi nel diritto-dovere, spettante in misura eguale a entrambi (artt. 3, comma 1, e 29, comma 2, Cost.), di provvedere all'educazione anche religiosamente orientata dei figli (art. 30, comma 1, Cost.; art. 147 c.c.). Atteso il fondamento costituzionale e la stretta correlazione con la dignità della persona umana del diritto-dovere di educazione esplicito in funzione della libertà di religione, non sarebbe proporzionata la decisione di proibirne in via assoluta l'estrinsecazione (6), anche nelle ipotesi in cui il tasso di litigiosità tra i genitori sia piuttosto elevato (7). Vi è tuttavia un limite invalicabile, individuato a più riprese nelle fonti interne e internazionali nel rispetto "delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli" (art. 316, comma 1, c.c.) ovvero nel divieto che le pratiche religiose possano, nei riguardi del fanciullo, "recare danno alla sua salute fisica o mentale ed al suo completo sviluppo" (art. 5, comma 5, della Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo di New York del 25 novembre 1981). Si tratta dell'interesse del minore, la cui preminenza giustifica la compressione del diritto di educazione dei genitori se le scelte religiose di questi ultimi si rivelassero, in considerazione delle specificità del singolo caso (8), pregiudizievoli (9): ciò soprattutto nel momento in cui il minore non sia in grado di agire in autonomia, rendendo indispensabile l'"incursione" riparatoria del giudice per ripristinare la strumentalità della funzione educativa rispetto al percorso di crescita, non ancora conclusosi, del figlio (10), che può essere ascoltato in caso di contrasto tra i genitori se ha dodici anni ovvero un'età

inferiore ove capace di discernimento (art. 316, comma 3, c.c.). Inoltre, una volta maturata la capacità di discernimento si deve riconoscere al figlio ancora minore la libertà di autodeterminarsi in materia religiosa. Una spia lampante la si può evincere, nell'ordinamento giuridico italiano, dalla lettura dell'art. 1, comma 1, L. 18 giugno 1986, n. 281, che protegge la libertà di coscienza degli studenti della scuola secondaria superiore quando "esercitano personalmente all'atto dell'iscrizione, a richiesta dell'autorità scolastica, il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica" (11): sebbene si reputi in generale che, prima del compimento del diciottesimo anno di età, il minore "acquisisca una parziale facoltà di esercizio della sua libertà religiosa, variabile da soggetto a soggetto in ragione del concreto sviluppo della sua capacità" (12).

La giurisprudenza è chiamata pertanto a trovare una soluzione di bilanciamento, basandosi, da un lato, su riscontri oggettivi che potrebbero emergere dall'audizione del minore e altresì dalla consulenza tecnica disposta *ex officio*; e procedendo, dall'altro, secondo "parametri religiosamente neutrali" (13) che non si sostanzino in apprezzamenti di merito sulle opzioni valoriali, talvolta inconciliabili, fatte proprie dai genitori. Il principio supremo di laicità dello Stato, d'altronde, dirige l'operato delle istituzioni pubbliche, non escluso l'organo giudicante che deve assumere al riguardo un atteggiamento equidistante, intervenendo soltanto in presenza di un'oggettiva lesione perpetrata al *best interest of the child* e non certamente in forza "di una astratta valutazione delle religioni cui aderiscono i genitori e che esprima un giudizio di valore precluso all'autorità giudiziaria dal rilievo costituzionale e convenzionale Europeo del principio di libertà religiosa" (14). In altri termini, le

(6) Sul punto si rinvia a M. Ciravegna, *Per un'interpretazione della funzione educativa genitoriale: dal dovere al diritto di educazione religiosa dei genitori*, in *Arch. giur.*, 2021, 1, 235.

(7) Si veda al riguardo App. Napoli 18 luglio 2018, n. 3969, in *Foro nap.*, 2019, 2, 532, con nota di C. Maiorano, 532-535, che ha riformato la decisione di primo grado di Trib. Avellino 8 giugno 2017, n. 1137, in *DeJure*, in quanto non è possibile imporre ai genitori il divieto di impartire l'educazione religiosa ai figli "per evitare il sorgere del conflitto", essendo semmai necessario "fornire alle parti uno strumento per gestire il conflitto in maniera tale da non determinare un danno alla crescita psico fisica della minore. I coniugi andranno quindi affidati al servizio sociale che curerà che essi proseguano un percorso di mediazione e andrà prescritto agli stessi di assicurare un percorso di sostegno psicologico alla figlia [...] al fine di superare il disagio emotivo che certamente tale situazione conflittuale le determina".

(8) Tale aspetto è evidenziato da G. Carobene, *Affidamento condiviso, multireligiosità ed educazione (religiosa) dei minori, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiесе.it), 26, 2013, 14-15.

(9) Così, *ex multis*, A. Ceserani, *L'educazione religiosa del minore nella crisi coniugale tra autonomia familiare e intervento del giudice*, in *Dir. eccl.*, 2011, 3-4, 699; D. Bianchini, *L'esercizio della libertà religiosa nei rapporti fra genitori e figli*, in F. Oliosi (a cura di), *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio*. Liber Amicorum per Erminia Camassa, Modena, 2023, 94.

(10) Cfr. F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, aggiornamento a cura di A. Bettetini - G. Lo Castro, Bologna, XIII ed., 2020, 177.

(11) Cfr. P. Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, VI ed., 2023, 236.

(12) N. Marchei, *La famiglia*, in G. Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, V ed., 2015, 227.

(13) M. Ciravegna, *Libertà religiosa e relazioni familiari. La rivendicazione del diritto individuale di libertà religiosa*, in I. Zuanazzi - M.C. Ruscazio - M. Ciravegna, *La convivenza delle religioni negli ordinamenti giuridici dei Paesi europei*, Torino, 2022, 324.

(14) Così Cass. Civ. 30 agosto 2019, n. 21916, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2019, 3, 919-924. Per un commento cfr. R. Gelli, *Conflitto tra genitore cattolico e geovista ed educazione religiosa dei figli*, in questa *Rivista*, 2020, 4, 365-369; F. Meglio, *Educazione religiosa*

convinzioni religiose individuali e i comportamenti da esse derivanti rilevano non già direttamente, bensì in modo indiretto per la loro portata deleteria nei confronti del minore tenendo presente la sua età e la delicatezza del periodo che sta attraversando, sovente traumatico laddove assista impotente alla separazione dei genitori. In caso contrario, il giudice discriminerrebbe per motivazioni religiose uno dei genitori medesimi, assecondando una linea di indirizzo più volte censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (15).

Entro tale cornice, la Corte di cassazione ha potuto confermare una decisione nella quale si imponeva a uno dei genitori di non coinvolgere il figlio, in precedenza battezzato di comune accordo nella Chiesa cattolica, nelle diverse scelte religiose maturate in seguito, ricorrendo al "criterio fondamentale" che ha "rilievo sistematico centrale nell'ordinamento dei rapporti di filiazione", vale a dire il "superiore interesse della prole" che tutela "il diritto dei figli alla salute e ad una crescita serena ed equilibrata e può assumere anche profili contenitivi dei rubricati diritti e libertà fondamentali individuali, ove le relative esternalizzazioni determinino conseguenze pregiudizievoli per la prole che vi presenzi, compromettendone la salute psico-fisica e lo sviluppo" (16). Non dissimilmente, nell'eventualità in cui un genitore si converta ad altra religione dopo la separazione, questi non può condurre le proprie figlie alle rispettive adunanze se, a causa di una "valutazione negativa all'esito degli accertamenti" compiuti dai servizi comunali competenti, sia stato appurato che "l'età delle figlie non consentisse loro di 'praticare una scelta confessionale veramente autonoma' e fosse inopportuno uno 'stravolgimento di credo religioso' che non potesse essere elaborato con la necessaria maturità": dovendosi perciò approntare "le

prescrizioni ritenute più idonee per assicurare la corretta formazione psicologica ed affettiva delle minori e le relative statuizioni" (17). Ancora, se il minore viene ascoltato e manifesta disagio nel frequentare gli incontri organizzati dalla nuova confessione cui ha aderito il genitore, in caso di conflitto la "stella polare" del superiore interesse del minore esige "l'adozione di provvedimenti contenitivi o restrittivi di diritti di libertà individuali dei genitori, ove la loro esteriorizzazione determini conseguenze pregiudizievoli per il figlio che vi presenzi compromettendone la salute psico-fisica e lo sviluppo" (18); e, parimenti, se l'insegnamento religioso mette potenzialmente a repentaglio l'integrità del minore, come "il divieto di trasfusioni e altre pratiche mediche che i testimoni di Geova impongono ai propri seguaci", il giudice può stabilire che, nonostante l'affido condiviso e l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale, "in caso di ricovero ospedaliero" della figlia il padre "potrà esercitare la potestà anche disgiuntamente dalla moglie" (19).

In altra occasione sempre la Suprema Corte ha assunto una posizione analoga ma di maggiore ponderazione. Sebbene, infatti, i minori di "giovanissima età (tredici e dieci anni)" fossero stati educati nella religione cattolica, mentre il padre aveva aderito alla fede geovista, ciò "non influisc[e] sulla continuità dell'indirizzo finora seguito nell'educazione dei figli" poiché occorre garantire tanto "la conservazione di un intenso rapporto affettivo e di una stabile consuetudine di vita con il genitore non collocatario" quanto il suo "potere-dovere" di provvedere "all'educazione ed all'istruzione dei figli, anche in campo religioso": ma a condizione che la prole non subisca "indebite pressioni o condizionamenti volti ad imporre l'accettazione del credo paterno, in contrasto con la libertà dei minori di seguire, nell'ambito del

dei figli minori, tra effettività del pregiudizio e ascolto del minore. Commento a Cass., 30 agosto 2019, n. 21916, in Pers. mer., 2020, 3, 306-314.

(15) Si veda, da ultimo, la decisione Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 maggio 2022, *T.C. c. Italia*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2022, 3, 777-782, nella quale si è escluso che i giudici italiani abbiano discriminato il padre in ragione della fede religiosa professata, per aver limitato la partecipazione della figlia alle celebrazioni e alle attività di culto della confessione alla quale appartiene il padre medesimo poiché il provvedimento restrittivo è stato adottato nell'interesse esclusivo della minore. Su questa decisione si rinvia all'analisi di S. Angeletti, *Libertà religiosa dei minori, diritti educativi dei genitori e vita familiare: recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. eccl.*, 2023, 3, 633-651 e T. Catalano, *La decisione della Corte europea nel caso T.C. c. Italia: un'occasione mancata sulla questione del rapporto tra libertà religiosa del minore e libertà educativa dei genitori?*, in *Studi int. eur.*, 2023, 2, 425-440.

(16) In questo senso cfr. Cass. Civ. 12 giugno 2012, n. 9546, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012, 3, 796-797, ove si puntualizza che i giudici hanno agito non per "soggettivi pregiudizi religiosi o per i connotati propri del movimento dei Testimoni di Geova" - cui apparteneva la madre - "ma per gli effetti, specificatamente evidenziati, dannosi per l'equilibrio e la salute psichica del figlio delle parti, ancora in tenera età, indotti dai contegni materni conseguenti e correlati all'adesione a tale confessione religiosa e inseriti in un contesto di vita del minore già reso particolarmente delicato dalla separazione dei genitori".

(17) Cass. Civ. 4 novembre 2013, n. 24683, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(18) Cass. Civ. 24 maggio 2018, n. 12954, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, 3, 980-983. Per un commento si vedano E. Barni, *Una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione in tema di libertà religiosa in ambito familiare*, in *Dir. eccl.*, 2018, 1-2, 435-438; e M.L. Lo Giacco, *Il superiore interesse del bambino come limite alla libertà religiosa dei genitori*, in *Giur. it.*, 2019, 4, 782-786.

(19) App. Napoli 18 luglio 2018, n. 3969, cit.

processo di maturazione complessiva della loro personalità, un proprio particolare percorso anche nel predetto settore” (20). Si tratta di un approccio giurisprudenziale che valorizza - come si appurerà appresso - il c.d. diritto alla bigenitorialità, innestandolo nel percorso educativo del minore pur preservandone la sostanziale continuità.

L’ordinanza del Tribunale ordinario di Modena. La valorizzazione dell’educazione religiosa all’insegna della laicità “all’italiana”

L’ordinanza del Tribunale ordinario di Modena del 25 settembre 2024 (21) si iscrive a pieno titolo e senza soluzione di continuità negli orientamenti e nelle puntualizzazioni giurisprudenziali che si sono via via avvicinati e consolidati negli ultimi lustri circa il complesso e fragile equilibrio tra libertà religiosa ed educazione del minore, dischiudendo tuttavia un’interessante prospettiva su un aspetto peculiare relativo alla disputa genitoriale su questo tema in caso di separazione e di affidamento condiviso.

La decisione è stata adottata ai sensi dell’art. 473-bis.38 c.p.c. (rubricato *Attuazione dei provvedimenti sull’affidamento* e introdotto dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) che prevede, a seguito di ricorso, il tentativo di conciliazione tra le parti e, in difetto, l’adozione da parte del giudice di un’ordinanza per emettere i “provvedimenti opportuni, avendo riguardo all’interesse superiore del minore” (comma 3). Il caso è incentrato sul contrasto tra la madre, che intende iscrivere all’insegnamento facoltativo della religione cattolica (IRC) il figlio minore di quasi sei anni presso la scuola pubblica elementare da lui frequentata e il padre, il quale in via riconvenzionale chiede che il minore possa partecipare alla scuola calcio. Ciascun genitore si oppone alla richiesta avanzata dall’altro. Attesa “la non marginale conflittualità” insorgente e l’esigenza di “offrire all’interessato più capillare tutela”, il giudice monocratico, pur non avendo ascoltato il bambino, ritenendolo, d’accordo con i genitori, superfluo (art. 473-bis.4, comma 2, c.p.c.), meritoriamente accoglie le due istanze

autorizzando l’iscrizione del minore a entrambe le attività controverse, religiosamente connotate e no, in quanto rispondenti al suo *best interest* e funzionali al suo itinerario di crescita personale in conformità alle sue inclinazioni e aspirazioni: da una parte, perché la disciplina sportiva getta le basi per “la fruizione di più esperienze” e apporta un prezioso contributo allo sviluppo fisico e psichico, “inculcando nei bambini, tra le varie cose, l’importanza dello stare insieme e il costante reciproco aiuto e rispetto necessari tra compagni di squadra”; dall’altra, perché il figlio aveva già frequentato per tre anni l’insegnamento della religione cattolica nella scuola materna, che perciò “gli è sempre stato offerto” e comunque, a parere del giudice modenese, esso non è equiparabile, come invece lamenta il padre, “al catechismo della Chiesa cattolica offerto nelle parrocchie”.

A tale pretesa equiparazione si replica in particolare che l’IRC si sostanzia in una preziosa occasione “di arricchimento culturale inerente generale tematica avente da sempre ruolo non secondario nella storia dell’uomo”, che non è in grado di “condizionare le scelte future” del minore e, dunque, non intacca la libertà religiosa individuale. Essa non è mortificata, anzi viene promossa e valorizzata poiché “La concreta conoscenza di un fenomeno [...] risulta il primo e imprescindibile elemento per una successiva decisione consapevole, cosa che risponde per certo all’interesse [del minore], a prescindere da quale sarà la sua scelta, quando sarà il momento”. Si tratta di equilibrate e ben meditate considerazioni che affondano le loro radici nel principio supremo di laicità così come declinato nel nostro ordinamento costituzionale, per il quale si riconosce l’apporto fattivo delle religioni alla costruzione della personalità individuale e sociale in forza del pluralismo confessionale che preserva e rigenera il tessuto democratico (artt. 2 e 8, comma 1, Cost.) (22).

A sostegno di tale conclusione si richiama, nell’impianto argomentativo che si dispiega nelle motivazioni dell’ordinanza, una sentenza della Corte di cassazione risalente al 2023 che, nel cassare con rinvio la decisione impugnata circa una lite genitoriale sorta pure in quel caso a motivo della

(20) Cass. Civ. 19 luglio 2016, n. 14728, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, ove si privilegia “la soluzione che appaia più idonea a ridurre al massimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo della personalità del minore”, fondando tale determinazione sul “giudizio prognostico in ordine alla capacità del padre e della madre di crescere ed educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo, da esprimersi in base ad elementi concreti attinenti alle modalità con cui ciascuno di essi ha svolto in passato il proprio ruolo”.

(21) Cfr. Trib. Modena 25 settembre 2024, ordinanza *ex art.* 473-bis.38 c.p.c., R.G. 2660/2024.

(22) Si ricordi la celeberrima sentenza Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203, in G.U., I Serie speciale - Corte costituzionale, 19 aprile 1989, n. 16, secondo la quale il principio supremo di laicità “è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica” e “implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”.

frequentazione, da parte del figlio, dell'IRC, lamentava come la Corte d'Appello avesse misconosciuto "lo statuto pedagogico della c.d. 'ora di religione', sempre più orientato non già nell'adesione ad un credo religioso specifico ma al confronto con il momento spirituale della religiosità, al punto che qualcuno, al riguardo, parla dell'ora delle religioni" (23). Il richiamo espresso di un passaggio saliente di questo precedente, se riflette la capacità del giudice di tradurre le recenti acquisizioni della Suprema Corte nella giurisprudenza di merito, pone peraltro in risalto un punto fermo: il valore presuntivamente costruttivo ed educativo, per come adesso è configurato, dell'IRC, che pertanto può essere impartito al figlio anche laddove sia privo della capacità di discernimento e nonostante lo scontro genitoriale, non scorgendosi in linea di principio il rischio che il superiore interesse del minore possa subire un danno (24) (un rischio parimente assente, di regola, in altre circostanze - illustrate nel paragrafo precedente -, a meno che si verifichi il coinvolgimento diretto ed esorbitante per modalità del minore in pratiche o eventi del credo religioso professato da uno dei genitori). D'altronde, è la stessa fonte principale che definisce i lineamenti dell'IRC, l'Accordo di revisione concordataria del 18 febbraio 1984 - ratificato in Italia con L. 25 marzo 1985, n. 121 -, a prevedere che esso debba essere assicurato nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado "nel quadro delle finalità della scuola" (art. 9, n. 2), mentre il Protocollo addizionale all'Accordo medesimo precisa che l'IRC è erogato "in conformità alla dottrina cattolica e nel rispetto della libertà di coscienza degli alunni" (n. 5, lett. a). Ciò sta a

significare che il diritto pattizio definisce i contorni di un'attività la quale, benché rinvenga la sua *ratio* giustificatrice sia nel riconoscimento del "valore della cultura religiosa" sia nella constatazione che "i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano" (art. 9, n. 2 dell'Accordo) per supportare il diritto di libertà religiosa dei cittadini (25), non è tuttavia finalizzata a indottrinare gli studenti ovvero a fare proseliti (26): pur essendo, infatti, "un insegnamento confessionalmente orientato" (27), deve integrarsi in un'istituzione pubblica come quella scolastica, tant'è che può optare per l'IRC anche chi non aderisce alla religione cattolica (28). In tale prospettiva, l'IRC non è incompatibile con l'"identità" propria dello Stato laico, soddisfacendo le istanze affioranti dal corpo sociale per sostenere il pluralismo che si esprime al suo interno (29): pur sempre restando, ovviamente, un'ora "cattolica", di un cattolicesimo però dialogante e aperto al confronto.

Inoltre, l'ordinanza qui commentata riprende e in sostanza recepisce il "giudizio previsionale" formulato dalla Corte di cassazione, per la quale si sta assistendo a un processo di graduale "trasformazione" della metodologia e dei contenuti dell'IRC affinché possa andare incontro alle necessità di una realtà, come quella italiana, profondamente evolutasi dal 1984 ad oggi in senso multiculturale e multireligioso. Al di là di chi ha certificato senza appello il fallimento del sistema concordatario, accusato di non avere arginato l'analfabetismo religioso dilagante e di fornire un'educazione avulsa dal sostrato secolarizzato e plurale che caratterizza la società attuale (30), si sta facendo strada la proposta di avviare un percorso di

(23) Così Cass. Civ. 7 marzo 2023, n. 6802, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, che prosegue: "Del resto, la crescita del multiculturalismo nelle scuole spinge proprio nella direzione di un esame complessivo del fenomeno religioso, senza particolari gerarchie, alla comune ricerca di premesse per una dimensione spirituale da coltivare nei modi che matureranno, singolarmente". Sulle implicazioni processuali della decisione cfr. M. Tigano, *Scelta dell'insegnamento della religione cattolica, conflitti genitoriali e tutela giurisdizionale del minore*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2023, 3, 865-888.

(24) È sempre necessario, infatti, prescindere "da valutazioni astratte riguardanti la natura dell'insegnamento in questione", come sottolinea A. Licastro, *Relazioni tra genitori e figli: il ruolo della libertà di religione e di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoecheme.it), 16, 2023, 17.

(25) Cfr. M.C. Ruscazio, *Libertà religiosa e scuola*, in I. Zuanazzi-M.C. Ruscazio - M. Ciravegna, *La convivenza delle religioni negli ordinamenti giuridici dei Paesi europei*, cit., 297.

(26) Si vedano al riguardo il d.P.R. 11 febbraio 2010 (*Approvazione dei traguardi per lo sviluppo delle competenze e gli obiettivi di apprendimento dell'insegnamento della religione cattolica per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione*), il d.P.R. 20 agosto 2012, n. 175 (*Esecuzione dell'intesa tra il Ministro*

dell'istruzione, dell'università e della ricerca e il Presidente della Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, firmata il 28 giugno 2012) e il d.P.R. 20 agosto 2012, n. 176 (*Esecuzione dell'intesa sulle indicazioni didattiche per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole del secondo ciclo di istruzione e nei percorsi di istruzione e formazione professionale firmata il 28 giugno 2012 tra il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e il Presidente della Conferenza episcopale italiana*).

(27) P. Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, cit., 173.

(28) Cfr. A. Perego, *L'istruzione religiosa e le scuole religiosamente qualificate*, in A. Bettetini - A. Perego, *Diritto ecclesiastico*, Milano, 2023, 293.

(29) Come, del resto, osservava G. Dalla Torre, *Un caso di strabismo (15/01/1991)*, in G. Boni (a cura di), *Scritti su Avvenire. La laicità serena di un cattolico gentile*, Roma, 2021, 150, l'IRC "Nasce cioè dalle esigenze stesse di una democrazia pluralistica qual è la nostra, contribuisce al contempo a qualificare in senso pluralistico il nostro ordinamento. In sostanza [...] la scuola non è un apparato di uno Stato ideologico, bensì è la 'casa di tutti', in cui si riflette necessariamente il pluralismo esistente nella comunità nazionale, e nella quale ognuno deve trovarsi a proprio agio".

(30) Si rinvia ai rilievi critici di P. Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, cit., 173-174.

transizione che approdi all'insediamento, per via di prassi, dell'"ora cattolica di religioni" volta a favorire l'"alfabetizzazione pubblica al multireligioso" (31) e perciò l'inclusione e la pacifica convivenza sociale, secondo un approccio interculturale strettamente connesso all'educazione civica alla cittadinanza (32). L'aggiornamento e l'attualizzazione dell'IRC tra l'altro rappresentano due obiettivi che l'episcopato italiano vuole realizzare nel medio periodo, come si evince dalla *Lettera agli insegnamenti di religione cattolica* del 1° settembre 2017 (33) ove, fermi restando "il carattere insieme scolastico e confessionale della disciplina, la sua forma propriamente culturale e la sua finalità formativa a sostegno e completamento del percorso di maturazione umana e culturale che bambini, ragazzi e giovani compiono nella scuola", si auspica un "rinnovamento" per "potenziare gli elementi, già presenti nelle indicazioni scolastiche, di conoscenza delle religioni e delle culture diverse da quella cristiana e cattolica, allo scopo di favorire, a partire dalla scuola, i processi di incontro, di dialogo e di integrazione del numero ormai ampiamente significativo di immigrati nel nostro Paese" (n. 1): evitando sempre di "confondere missione evangelizzatrice e insegnamento scolastico" (n. 3) (34). Propositi che qualcuno potrebbe considerare convergenti con i capisaldi di un rilevante

piano di azione concordato a livello internazionale, l'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile, ratificata dai 193 Stati membri delle Nazioni Unite per assicurare un'istruzione di qualità, equa e inclusiva (obiettivo 4) che faccia acquisire "la conoscenza e le competenze necessarie a promuovere lo sviluppo sostenibile, anche tramite un'educazione volta ad uno sviluppo e uno stile di vita sostenibile, ai diritti umani, alla parità di genere, alla promozione di una cultura pacifica e non violenta, alla cittadinanza globale e alla valorizzazione delle diversità culturali e del contributo della cultura allo sviluppo sostenibile" (traguardo 4.7) (35). La dottrina ecclesiasticistica, del resto, non ha esitato a cogliere i punti in comune tra l'Agenda 2030 e il magistero ecclesiastico (36), caldeggiando altresì l'implementazione di un sistema di istruzione pubblica "integrato" che affianchi all'IRC altre attività formative, come ad esempio i corsi incentrati sullo studio del fatto religioso, previsti dalle leggi di approvazione delle intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica ex art. 8, comma 3, Cost. (37), nonché un corso, di più ampio respiro, su argomenti religiosi riservato ai non avvalentisi dell'IRC (38): a riprova degli scenari evolutivi che in futuro potranno dischiudersi - pur non senza problematicità, considerato il rischio che sia superato quanto

(31) Così M. Ventura, *Verso il nuovo insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica italiana*, in *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio*. Liber Amicorum per Erminia Camassa, cit., 575-576.

(32) Su questi aspetti si vedano, tra gli altri, P. Palumbo, *Insegnamento della Religione Cattolica ed educazione civica in una società interculturale*, in *Dir. rel.*, 2020, 2, 131-156; e A. Losanno, *Il sistema educativo scolastico: educazione alla cittadinanza e ruolo dell'insegnamento della religione cattolica*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2021, 2, 529-541.

(33) Cfr. Conferenza Episcopale Italiana. Commissione Episcopale per l'educazione, la scuola e l'università, *Lettera agli insegnanti di religione cattolica*, 1° settembre 2017, in *Not. CEI*, 2017, 4, 159-163.

(34) Al riguardo cfr. *Messaggio della Presidenza CEI in vista della scelta di avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica nell'anno scolastico 2024-2025*, 16 gennaio 2024, in *Not. CEI*, 2024, 1, 39, nel quale si ribadisce "il profilo attuale" dell'IRC: "quello di una disciplina scolastica aperta, aggiornata dal punto di vista pedagogico e didattico, adeguata all'oggi, attenta ai bisogni educativi delle persone e condotta nel rispetto più assoluto della libertà di coscienza di ognuno. Un valido momento di studio e di dialogo".

(35) I diciassette *Obiettivi per lo sviluppo sostenibile* nei quali si articola l'Agenda 2030 sono consultabili all'indirizzo internet <https://unric.org/it/agenda-2030/>.

(36) Si rinvia all'ampia ricostruzione di M. Madonna, *Tra passato e futuro. L'insegnamento della religione cattolica nel diritto della Chiesa e le sfide dell'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile*, in *Dir. eccl.*, 2022, 3-4, 563-580.

(37) Cfr. art. 10, L. 11 agosto 1984, n. 449 (Tavola valdese); art. 12, L. 22 novembre 1988, n. 516 (Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno); art. 9, L. 22 novembre 1988, n. 517 (Assemblee di Dio in Italia); art. 11, comma 4, L. 8 marzo 1989,

n. 101 (Unione delle Comunità ebraiche italiane); art. 9, L. 12 aprile 1995, n. 116 (Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia); art. 11, L. 29 novembre 1995, n. 520 (Chiesa Evangelica Luterana in Italia); art. 7, commi 4 e 5, L. 30 luglio 2012, n. 126 (Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale); art. 12, comma 3, L. 30 luglio 2012, n. 127 (Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni); art. 10, L. 30 luglio 2012, n. 128 (Chiesa apostolica in Italia); art. 6, commi 2 e 3, L. 31 dicembre 2012, n. 245 (Unione Buddhista Italiana); art. 6, commi 4 e 5, L. 31 dicembre 2012, n. 246 (Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha); art. 6, commi 2 e 3, L. 20 giugno 2016, n. 130 (Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai); art. 5, comma 3, L. 29 dicembre 2021, n. 240 (Associazione "Chiesa d'Inghilterra").

(38) Al riguardo si vedano le proposte di R. Benigni, *L'obiettivo 4 dell'Agenda 2030 e le evoluzioni in corso nei sistemi di educazione religiosa scolastica in Europa*, in *Dir. eccl.*, 2022, 3-4, in part. 600-602. Si veda anche quanto sostenuto, prima della pubblicazione dell'Agenda 2030, da P. Cavana, *L'insegnamento religioso nella scuola pubblica italiana: una tradizione da rinnovare*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoe-chiesa.it), 25, 2016, 24, il quale propone l'introduzione "della c.d. 'education about religion', ossia di un insegnamento della religione - complementare e non sostitutivo né alternativo di eventuali insegnamenti religiosi di tipo confessionale - declinato attraverso un rafforzamento delle tematiche religiose all'interno dei programmi di alcune materie ordinarie di studio (storia, filosofia, arte, letteratura italiana)", pur ribadendo che l'insegnamento religioso "Con la sua mera presenza [...] realizza un modello di cittadinanza e di laicità, aperta e inclusiva, che educa concretamente le famiglie e le nuove generazioni all'accettazione e al rispetto della diversità e del pluralismo, culturale e religioso, facendo della scuola il luogo di un incontro effettivo tra le diverse sensibilità e culture presenti nel corpo sociale" (*ivi*, 29).

statuito nel testo concordatario e, con l'annacquamento dell'identità specifica di quanto può offrire la Chiesa cattolica, sia messa in discussione la ragione del suo coinvolgimento nella scuola pubblica (39) -, così da stemperare il carattere strettamente e riduttivamente confessionale, nel senso di meramente propagandistico, dell'insegnamento della religione cattolica e, per converso, rafforzarne l'impronta interculturale, presidiando ad un tempo il *best interest of the child* specialmente laddove i genitori non riescano a individuare una linea di indirizzo educativo comune.

Continuità educativa del minore *versus* diritto alla bigenitorialità? Brevi considerazioni finali

A conclusione del presente commento preme evidenziare un elemento apparentemente marginale dell'ordinanza del Tribunale di Modena, che sembra essere stato in qualche modo "assorbito" nel motivo principale della decisione, vale a dire il rilievo dello "statuto pedagogico" dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche. In particolare nel testo del provvedimento si legge come "non può [...] sottacersi che" il figlio minore "provenga da scuola materna, frequentata per tre anni, nel cui ambito l'insegnamento della religione gli è stato sempre offerto".

Nel passaggio appena citato il giudice tiene in debita considerazione un aspetto, quello della continuità educativa, che la giurisprudenza in diverse occasioni ha ritenuto essere del tutto corrispondente al superiore interesse del minore. Così, nel rigettare la richiesta, avanzata dal padre, di non permettere ai propri figli di continuare a frequentare una scuola di

ispirazione confessionale, non si è trascurato "l'aspetto relativo al senso d'instabilità, di disorientamento, che la recente separazione ha provocato [...]: sì da porre come prioritaria - nel loro preminente interesse - l'esigenza di non introdurre fratture e discontinuità ulteriori, come facilmente seguenti alla frequentazione di una nuova scuola e del diverso ambiente, che inevitabilmente vi si collega" (40): ferma restando la delimitazione temporale della misura adottata, che avrebbe prodotto i suoi effetti sino alla conclusione del ciclo scolastico, non compromettendo perciò irrimediabilmente il diritto-dovere di educazione invocato dal ricorrente. La predilezione della continuità del processo educativo deve ovviamente fondarsi sul previo accertamento del pregiudizio sofferto dal minore (41), che ha indotto l'autorità giudiziaria in un caso a tollerare la decisione assunta unilateralmente dalla madre, in spregio degli accordi conclusi con il padre in sede di separazione, di introdurre il figlio a un percorso di catechismo, in quanto la sua interruzione gli avrebbe recato un danno obiettivamente acclarato (42).

È vero tuttavia che durante l'ultimo lustro si è rafforzata un'impostazione ermeneutica incline a mettere in luce il c.d. diritto alla bigenitorialità del figlio, ossia "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori" (art. 337-ter, comma 1, c.c.) (43), in modo che la continuità educativa del minore non risulti sconvolta, bensì inserita in un contesto più dinamico improntato alla multireligiosità e alla multiculturalità: specie nelle ipotesi in cui i genitori, dopo la separazione, professino convinzioni religiose tra loro diametralmente divergenti. Pertanto, ricorrendo a un parametro di valutazione ispirato alla laicità, si è reputata

(39) In tale prospettiva suscita perplessità la proposta recentemente avanzata dal vescovo di Pinerolo e presidente della Commissione episcopale per l'ecumenismo e il dialogo interreligioso della Conferenza Episcopale Italiana, Delio Olivero, *Insegnamento, religioni, spazio laico. Verso un nuovo statuto dell' "ora di religione" nella scuola pubblica*, in *Riv. clero it.*, 2024, 7-8, 486-496, secondo la quale, preso atto del "nuovo pluralismo, che registra un cambiamento importante: dalla religione degli italiani all'Italia delle religioni" (ivi, 488), sarebbe opportuno rinnovare l'IRC nella società post-secolare per contrastare l'analfabetismo religioso e fare "cogliere la rilevanza pubblica delle religioni quale contributo al bene comune dentro la città plurale" (ivi, 489): così da reimpostarlo "in chiave interreligiosa" per edificare "una *civitas ecumenica*" (ivi, 491-492) e dare vita a "un luogo non delegato a 'qualcuno', ma assunto dallo stato e dalle religioni, senza concorrenza e senza paura di invasioni di campo, nel rispetto delle tradizioni" (ivi, 495).

(40) Cass. Civ. 27 luglio 2021, n. 21553, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2021, 3, 884-888.

(41) Sul punto si rinvia ancora a Cass. Civ. 7 marzo 2023, n. 6802, cit. Nella decisione si critica l'operato del giudice di appello, sottolineando come nel caso di specie sarebbe stato "comunque

necessario procedere ad un'osservazione della minore [...], eventualmente attraverso anche l'intervento di consulente psicologico, al fine di meglio comprendere quali fossero le effettive esigenze della bambina: ad es., se le mancava la frequentazione dell'ora di religione insieme alla classe (che Ella aveva inizialmente avviato, sulla base della decisione del giudice di primo grado) e cosa Ella facesse nel (e come vivesse il) tempo in cui non era impegnata in tale attività scolastica".

(42) In questo senso cfr. App. Milano 21 febbraio 2011, in *Dir. eccl.*, 2011, 3-4, 807-812, ove, premesso che il minore ha "partecipato 'volentieri' al percorso e quindi non si può ignorare 'la situazione di fatto nel tempo delineatasi'", la Corte è giunta alla conclusione che "si profili come maggiormente lesiva dell'interesse del minore - anche sotto il profilo della sua serenità e stabilità e dell'equilibrio delle relazioni - l'interruzione del percorso iniziato, di quanto possa esserlo il suo compimento, per quanto esso sia contrastante con il progetto, inizialmente da entrambi i genitori condiviso e oggi solo dal padre perseguito, di riservare a J., una volta raggiunta la maturità necessaria, ogni scelta religiosa".

(43) Cfr. G. Carobene, *Affidamento condiviso, multireligiosità ed educazione (religiosa) dei minori*, cit., 7-8.

irrilevante sul piano del diritto l'“adesione successiva di uno dei due genitori a una religione diversa rispetto a quella che precedentemente era seguita e praticata da entrambi e che, originariamente, è stata trasmessa al figlio o ai figli come religione comune della famiglia perché tale criterio astratto lederebbe il mantenimento di un rapporto equilibrato e paritario con entrambi i genitori rimanendo insensibile alle scelte di vita in divenire dei genitori” (44). Quanto affermato dalla Cassazione ha fatto da apripista ad alcune pronunce di merito, una delle quali ha autorizzato il genitore, convertitosi ad altra religione, a portare con sé i figli nei luoghi di culto frequentati poiché tale eventualità “non evidenzia alcun elemento in ordine all'idoneità genitoriale [...] atteso che ogni differente valutazione presupporrebbe al tempo stesso una valutazione di preferibilità di un orientamento religioso rispetto ad un altro”; e, nonostante sia stata ravvisata la necessità di “garantire la maggior stabilità del minore [nel caso educato nella religione cattolica: N.d.A.] e il mantenimento delle sue abitudini sociali”, ciò non può “impedire a uno dei genitori di trasmettere, con le dovute cautele, anche il proprio pensiero religioso, partecipando all'educazione del figlio e fornendogli gli elementi necessari per poter decidere liberamente, al momento corretto, quale sarà il suo orientamento religioso” (45). In un altro caso, invece, è stato revocato, in assenza di riscontri probatori contrari, il divieto che impediva alla madre di coinvolgere la propria figlia alle riunioni del movimento geovista, sebbene la minore praticasse la religione cattolica: in modo da consentire la sua partecipazione tanto alle celebrazioni religiose

quanto ad altre attività “come, a titolo meramente esemplificativo, feste, compleanni e recite scolastiche” (46).

L'orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità e da quella di merito sembra quindi procedere principalmente da una duplice preoccupazione: riservare un trattamento paritario alle convinzioni religiose di entrambi i genitori, scongiurando qualsivoglia discriminazione; e implementare un modello pedagogico improntato alla logica del “*reasonable accommodation*” (47) per promuovere la dimensione interculturale e inclusiva dell'educazione (48), piuttosto che quella monoculturale ed esclusiva della stessa. Questo conferma, sulla scorta di autorevole dottrina, come i genitori siano sostanzialmente titolari di un diritto all'“avviamento religioso” dei figli (49), se ancora immaturi, dovendo non certo omologarli alle proprie scelte religiose ma sostenerli affinché sviluppino una capacità critica che permetta loro di aderirvi non passivamente, ma in piena libertà e autonomia (50). Eppure, tutto ciò non ha segnato - né lo dovrebbe - il tramonto del criterio di continuità educativa, purché sia impiegato in prospettiva laica e rimanga ancorato alla verifica preliminare della lesione patita nel caso concreto dal minore (51). D'altronde, com'è stato lucidamente osservato, se per un verso “La diversità di orientamento dei genitori può essere riguardata come un elemento utile nell'ambito del progetto educativo della prole”, per l'altro non si può aprioristicamente ignorare che, in talune situazioni, ciò possa “sconcertare e provocare insicurezza in personalità ancora bisognose di una visione unitaria della realtà” (52). Si rivela perciò quanto mai indispensabile

(44) Cass. Civ. 30 agosto 2019, n. 21916, cit.

(45) Così Trib. Cagliari 26 febbraio 2020, n. 494, consultabile all'indirizzo internet <https://lirec.net/comunicati/2020/4/17/2fovdpd6bwggd4e4e1ponvdkpnl7q3>.

(46) Trib. Pesaro 9 luglio 2020, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 3, 1502-1504, con nota di M. Ciancimino, *Responsabilità genitoriale ed “educazione religiosa”. Considerazioni sulla realizzazione in via giudiziale dell'interesse del minore ad una maturità spirituale*, 1504-1514, ove sinteticamente si prende atto che “Nel caso di specie non vi è alcun elemento per ritenere che la frequentazione delle cerimonie della religione praticata dalla madre possa compromettere in qualche modo la salute psicofisica e la crescita della minore. /Nulla di concreto ha lamentato ed allegato sul punto il resistente. /Il pregiudizio per il minore non può infatti essere valutato - come ricordato dalla Suprema Corte [...] - su astratte considerazioni di principi della religione praticata dal genitore (ass. n. 21916 del 2019). /Non è inoltre rilevante che - come nel caso di specie - al minore sia stata inizialmente trasmessa ad entrambi i genitori una comune e diversa fede religiosa (v. sempre Cass. Civ. n. 21916 del 2019)”.

(47) Sulla ricerca del “*reasonable accommodation*” quale metodo di composizione dei conflitti si rinvia alla lettura di Cass. Civ., SS.UU., 9 settembre 2021, n. 24414, in *Dir. eccl.*, 2021, 1-2, 275-315, sull'esposizione del crocifisso nonché eventualmente di altri simboli religiosi e della cultura laica nelle aule scolastiche.

(48) La materia *de quasi* inscrive “a cavallo tra differenti scienze sociali, la psicologia e la sociologia tra tutte”, come pone bene in evidenza N. Tonti, *Filiazione, adozione, procreazione medicalmente assistita ed educazione religiosa dei minori tra diritti a base religiosa e sistemi giuridici secolari. Responsabilità educativa dei genitori e libertà religiosa del minore: uno sguardo alla situazione nazionale e sovranazionale*, in G. Boni-A. Zanotti (a cura di), *Matrimonio e famiglia tra diritti religiosi e diritti secolari*, Bologna, 2023, 222.

(49) Cfr. F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, cit., 176.

(50) Cfr. M. Ciravegna, *Libertà religiosa e relazioni familiari. La rivendicazione del diritto individuale di libertà religiosa*, cit., 330, che richiama nella nt. 45 la decisione di Cass. Civ. 27 febbraio 1985, n. 1714.

(51) Permangono, infatti, “il dubbio che la preferenza espressa dai giudici nazionali per la partecipazione della bambina alle attività e alle celebrazioni cattoliche sia funzionale al mantenimento di un retroterra socioculturale ritenuto dotato dell'attitudine di assicurare una crescita sana ed equilibrata *solo perché allineato alle opinioni e ai comportamenti prevalenti*, con implicita manifestazione di un atteggiamento quantomeno diffidente verso ogni modello educativo alternativo”: A. Licastro, *Relazioni tra genitori e figli: il ruolo della libertà di religione e di coscienza*, cit., 25.

(52) Così C. Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, V ed., 2019, 171.

agire con estrema prudenza, provvedendo a reperire elementi di giudizio sufficienti per stabilire se l'interesse superiore del minore sia stato violato oppure no, gravandosi eventualmente dell'osservazione e dell'ascolto del minore nonché della consulenza tecnica d'ufficio. In questo modo, si potrà evitare il rischio di ricadere in valutazioni astratte, convenientemente stigmatizzate in passato in funzione antidiscriminatoria dalla Corte di cassazione ma che potrebbero riemergere, accredi-

tando un preconcetto "relativismo educativo" che dia per scontata la bontà dell'accostamento del minore alle realtà religiose di ambedue i genitori e perciò misconosca le ineludibili istanze di tutela del suo *best interest*. L'ordinanza ora esaminata non è incorsa in tale pericolo, sviscerando accuratamente i risvolti della vicenda senza prevenzioni di sorta per approdare a una soluzione bilanciata unicamente in vista del minore, il soggetto meritevole di maggiore protezione.

Atto di nascita

Tribunale di Lucca 25 giugno 2024, n. 90203, ord. - Pres e Rel. Boragine

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, L. n. 40 del 2004 e dell'art. 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1, Cost., nella misura in cui impediscono l'attribuzione al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia di donne l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla c.d. madre intenzionale che, insieme alla madre biologica, abbia prestato il consenso alla pratica fecondata e, comunque, laddove impongono la cancellazione dall'atto di nascita del riconoscimento compiuto dalla madre intenzionale.

Omissis

La questione che questo Tribunale si trova a decidere attiene alla legittimità o meno dell'iscrizione - trattandosi di atto formato dall'Ufficiale dello stato civile italiano - è erroneo nella fattispecie il riferimento al diverso istituto della "trascrizione", riferibile al diverso caso di formazione dell'atto all'estero - dell'atto di nascita del minore nato in I., come effettuata dall'Ufficiale dello stato civile del Comune di Camaiore, che riporta, oltre al nominativo della madre che l'ha partorito, anche quello della c.d. madre intenzionale, ossia di colei che, legata da una stabile relazione affettiva con la madre biologica, ha condiviso il progetto di genitorialità, sostenendo la compagna nel ricorso alle pratiche di P.M.A. effettuata all'estero e prestando il relativo consenso ed esercitando sin dalla nascita, sulla base dell'iscrizione che ora si chiede di cancellare, la responsabilità genitoriale sul minore. Con il minore (...) la madre intenzionale (...) convive insieme alla partner (...), (madre biologica di (...)) e alla figlia (...) nata nell'anno 2022 mediante il ricorso alle medesime tecniche all'estero cui (...) si era previamente sottoposta (...) è madre biologica di (...), anche questa indicata nei registri dello stato civile come figlia della madre intenzionale (...) e la cui formazione dell'atto di nascita, come detto, non è stata ad oggi impugnata dalla Procura ricorrente.

In rito: sulla legittimazione del Sindaco e del Ministero dell'Interno.

In via preliminare, si ribadisce che, nel presente procedimento, sia il Sindaco che il Ministero dell'Interno rivestono la qualità di parte. Infatti, il Sindaco esercita le funzioni di Ufficiale di Governo in quanto delegato *ex lege* ed organo periferico dell'amministrazione centrale, di talché la titolarità di tali funzioni resta in capo all'amministrazione centrale stessa ed in particolare, al Ministero dell'Interno; al contempo il Sindaco mantiene una sua autonomia, essendo peraltro autore materiale dell'atto di cui è causa, nonché destinatario dell'ordine di rettificazione richiesto con il ricorso introduttivo.

Quanto al patrocinio ed all'assistenza in giudizio, per la quale il Sindaco ha inteso avvalersi dell'Avvocatura interna dell'ente, ritiene il collegio che si apprezzino ragioni per derogare all'art. 43, R.D. n. 1611 del 1933 che disciplina il patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato, atteso che le posizioni del Sindaco e del Ministero dell'Interno appaiono del tutto antitetiche, alla luce delle conclusioni rassegnate e sopra riportate.

In rito: sull'eccezione di inammissibilità del ricorso *ex art.* 95 D.P.R. n. 396 del 2000.

In rito, l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalle resistenti e dal Sindaco del Comune di Camaiore, non è fondata.

È noto che il procedimento previsto dall'art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000 è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e come, invece, risulta dall'atto dello stato civile, per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso; è, invece, inammissibile allorché a fondamento della domanda di rettificazione venga, in realtà, dedotta una controversia di stato (Cass. nn. 10519/1990, 951/1993, 2776/1996, 12746/1998, 4878/2004, 21094/2009, 13000/2019).

Una parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto ricorrere quest'ultima ipotesi in fattispecie analoghe a quella al vaglio di questo Tribunale, ritenendo trattarsi non della mera contestazione circa la correttezza dell'inserimento del nome della madre intenzionale nell'atto di nascita, ma della diversa ipotesi di controversia sullo status, investendo il fatto posto alla base di tale atto.

Difatti, l'atto di nascita così formato dall'Ufficiale dello stato civile ha consentito sinora alle madri resistenti di esercitare tutti i poteri/doveri costituenti lo status di cui si controverte, che può essere messo in discussione solamente con l'azione prevista dall'art. 263 c.c. (di recente, *ex aliis*, si vedano Tribunale di Milano 23/6/2023, Corte d'appello di Firenze 6/2/2023, Tribunale di Padova 5/3/2024).

La Corte di Cassazione, con un orientamento ribadito anche di recente (fatto proprio anche dalla Corte d'appello di Milano 23/1/2024, che ha riformato il decreto del Tribunale sopra citato) e dalla stessa definito come ormai consolidato, ha affermato che "l'efficacia giuridica dell'annotazione è di norma quella di pubblicità-notizia o di pubblicità dichiarativa, ai fini dell'opponibilità a terzi, vale a dire l'efficacia probatoria privilegiata prevista dall'art. 451 c.c., non anche quella costitutiva dello status (cfr. Cass., SS.UU., n. 12193/2019). Quindi l'erronea annotazione sull'atto operata dall'Ufficiale di stato civile, laddove si deduca la non corrispondenza tra la situazione di fatto reale, quale avrebbe dovuto essere, secondo la previsione di legge, e quella risultante dall'atto dello stato civile (nella specie, la nascita del figlio da due madri, la madre biologica e quella intenzionale, per effetto del

Procreazione medicalmente assistita

successivo riconoscimento da parte di quest'ultima), può essere eliminata con l'azione di rettificazione, in quanto si assume che l'atto dello stato civile, che indichi anche la madre intenzionale, è difforme dalla situazione quale è secondo la previsione delle norme vigenti, essendo, anche in questo caso, affetto da un vizio che ne ha alterato il procedimento di formazione" (Cass. n. 7413/2022, confermata da Cass. n. 511/2024 e da Cass. n. 4448/2024, quest'ultima resa proprio nell'ambito di un giudizio che, come il presente, non trae origine dall'impugnazione del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile alla richiesta di formazione dell'atto di nascita, ma dalla domanda, proposta dal Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 95, comma 2, D.P.R. n. 396 del 2000 di cancellazione della iscrizione già effettuata, in quanto fondata sull'allegazione della contrarietà della iscrizione alla disciplina dettata da disposizioni nazionali, con la quale la Corte ha ribadito che "tale domanda trae origine da una difformità tra la situazione di fatto, quale dovrebbe essere nella realtà secondo la predetta disciplina, e quella annotata nel registro degli atti di nascita, causata da un errore asseritamente compiuto in sede di iscrizione, e non dà pertanto luogo ad una controversia di stato, ma proprio ad una delle controversie previste dal D.P.R. n. 396 del 2000, art. 95 (cfr. Cass. n. 7413/2022; Cass. n. 23319/2021; Cass. n. 21094/2009)"; da ultimo confermata anche da Cass. 7228/2024, che ha cassato il decreto della Corte di appello di Firenze sopra citato, ripercorrendo le motivazioni già stese nelle pronunce precedenti e precisando che, ormai, l'orientamento è "costante").

Da tale fermo orientamento, manifestato a più riprese dalla Corte della nomofilachia, il Tribunale non ritiene di discostarsi.

Nel merito.

Il quadro normativo.

Venendo ad affrontare il merito della controversia, occorre premettere che la L. n. 40 del 2004 non consente alle coppie omosessuali di ricorrere alle tecniche di P.M.A. eterologa - metodica, per la precisione, fruibile solamente dalle coppie formate da due donne, in quanto per le coppie omosessuali maschili la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso la maternità surrogata - cui, infatti, possono ricorrere, dopo la pronuncia di illegittimità costituzionale n. 162/2014, le sole coppie eterosessuali, in presenza di patologie che determinino una sterilità o una infertilità assolute e irreversibili. Il divieto è sancito nell'art. 5, secondo cui possono accedere alla P.M.A. esclusivamente le "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". L'art. 12, comma 2, punisce con una severa sanzione amministrativa pecuniaria (da 200.000 a 400.000 euro) chi applica tecniche di P.M.A. "a coppie composte da soggetti dello stesso sesso", oltre che da soggetti non entrambi viventi, o in età minore, o non coniugati o non conviventi. La previsione sanzionatoria è rafforzata da quella del comma 9, in forza del quale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui allo stesso art. 12 (e, dunque, anche per quello di cui al comma 2) è "disposta la

sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale". Il comma 10 prevede, inoltre, la sospensione dell'autorizzazione alla realizzazione delle pratiche di P.M.A. concessa alla struttura nel cui interno è eseguita la pratica vietata, con possibilità di revoca dell'autorizzazione stessa nell'ipotesi di violazione di più divieti o di recidiva.

L'individuazione dello specifico requisito soggettivo inerente alla diversità di sesso dei componenti della coppia che fanno ricorso alla P.M.A. è stata ritenuta esente da censure di costituzionalità (Corte cost. n. 221/2019), in un settore tanto delicato, che coinvolge una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti e "temi eticamente sensibili" (Corte cost. n. 162/2014), in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore" (Corte cost. n. 347/1998). Ciò ferma restando la sindacabilità delle scelte operate, al fine di verificare se con esse si sia realizzato un bilanciamento non irragionevole (Corte cost. n. 162/2014).

Con la citata decisione del 2019, la Corte costituzionale ha anche chiarito che "in assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia".

Tuttavia, qui non si discorre dei limiti individuati dal legislatore (come integrati dalla Consulta) per fare ricorso alle tecniche di P.M.A., ma dello stato giuridico dei figli nati da una coppia di due donne che abbia fatto ricorso a tali pratiche all'estero, laddove è consentito (e analoga considerazione varrebbe ove la fecondazione avvenisse in Italia, in violazione del divieto di legge).

Va, ancora, precisato che il problema si pone solamente laddove il figlio sia nato in I., poiché laddove, invece, la nascita avvenga nello Stato estero che ammette il ricorso alla fecondazione eterologa, la giurisprudenza ha ormai riconosciuto la possibilità di trascrivere nei registri degli atti dello stato civile italiani gli atti di nascita formati all'estero, recanti l'indicazione sia della madre biologica che ha fatto ricorso all'estero alla P.M.A. tramite il gamete donato da un terzo, sia della madre intenzionale, che ha condiviso il relativo progetto genitoriale ed ha prestato il consenso alla fecondazione (Cass. nn. 19599/2016, 14878/2017, 23319/2021, 32527/2023); ciò sulla scorta della nozione di "ordine pubblico internazionale", che rappresenta il parametro di valutazione del giudice in queste ipotesi, "da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello straordinario rispetto alla legislazione ordinaria" e che incontra il limite dei

principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali.

L'art. 8 L. n. 40 del 2004, inserito nel Capo III "Disposizioni concernenti la tutela del nascituro" e rubricato "Stato giuridico del nato" prevede che "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6".

Il successivo art. 9 pone il divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre, oltre a sanzionare l'insussistenza di legami parentali tra il donatore dei gameti e il nato mediante tecniche di fecondazione eterologa.

L'interpretazione degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004.

Le parti resistenti ritengono che gli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004, se interpretati in modo conforme ai principi costituzionali, debbano condurre al rigetto del ricorso, offrendo una tutela giuridica anche al nato da coppie omosessuali femminili tramite il ricorso a P.M.A. eterologa pari a quella che riceve il nato da coppie eterosessuali che vi si siano sottoposte.

Ad avviso del Tribunale, una simile operazione ermeneutica trova un insormontabile ostacolo nell'univoco tenore letterale dell'enunciato normativo, letto anche in una logica sistematica.

Anzitutto, la disposizione di cui all'art. 8 fa espresso riferimento alla "coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6" e tale ultima disposizione indica chiaramente "i soggetti di cui all'art. 5", ossia "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

Inoltre, gli artt. 8 e 9 formano il Capo III, dedicato alle "Disposizioni concernenti la tutela del nascituro", che segue il Capo I "Principi generali" e il Capo II "Accesso alle tecniche", ed è a sua volta seguito dal Capo IV che regola le strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di P.M.A., fornendo una disciplina organica della materia che non permette di scindere, a livello di previsione normativa, il profilo dei limiti soggettivi del ricorso alle tecniche di P.M.A. da quello della tutela giuridica del nato.

Né, al fine di estendere l'ambito di applicabilità degli artt. 8 e 9 ai nati in seguito all'accesso di una coppia formata da due donne alle pratiche di P.M.A. eterologa, può darsi rilievo a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014 in relazione all'ampiezza e genericità della locuzione utilizzata dall'art. 8 (che si riferisce ai "nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita"). In quell'occasione la Consulta, dando ingresso nell'ordinamento alla fecondazione eterologa con finalità terapeutiche (fino ad allora vietata), ha ritenuto applicabili gli artt. 8 e 9 anche al nato grazie a tale tecnica sulla base degli ordinari canoni ermeneutici, essendo la P.M.A. eterologa una specie del *genus* considerato dalla disposizione, allo stesso tempo tenendo ben fermi i limiti soggettivi previsti dal legislatore all'accesso alla P.M.A. anche eterologa.

Alla luce delle considerazioni espresse, non convincono gli esiti interpretativi cui è pervenuta una parte della giurisprudenza di merito, anche dopo il monito espresso dalla Corte costituzionale nel 2021 (Corte cost. n. 32/2021, su cui *infra*), che fanno leva sul principio di tutela del concepito enunciato dall'art. 1 L. n. 40 del 2004, sulla distinzione tra la questione relativa allo stato di figlio e quella relativa alla tecnica per farlo nascere, sulla necessità e possibilità di fare ricorso a un'interpretazione evolutiva della legge, che eviti disparità di trattamento grazie ad un concetto di famiglia diverso rispetto a quello tenuto presente dal legislatore del codice civile (*ex aliis*, Corte d'appello di Brescia 30/11/2023 e Corte d'appello di Cagliari 28/4/2021), trovando una simile interpretazione un ostacolo insuperabile nel tenore letterale dell'art. 8 e nel dato sistematico, secondo quanto sopra osservato.

Quanto al riferimento, operato da taluni Tribunali e dalla difesa delle parti resistenti, alla pronuncia della Corte di Cassazione n. 13000/2019, nella parte in cui ha ritenuto che l'art. 8 L. n. 40 del 2004 "esprime ... l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A. La norma non contiene alcun richiamo ai suoi precedenti artt. 4 e 5, con i quali si definiscono i confini soggettivi dell'accesso alla P.M.A., così dimostrando una sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*, rispetto all'interesse, pure perseguito dal legislatore, di regolare rigidamente l'accesso a tale diversa modalità procreativa", si osserva che esso non può non leggersi nell'ambito della fattispecie concreta esaminata. Si trattava di un'ipotesi di fecondazione omologa eseguita *post mortem*, avvenuta mediante l'utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestatato, congiuntamente alla moglie, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risultasse la successiva revoca, era poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie all'utilizzo suddetto. Ebbene la Corte, richiamando l'ambito operativo del procedimento *ex art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000*, ove rileva esclusivamente la corrispondenza tra il fatto, quale è nella realtà (o quale dovrebbe essere nell'esatta applicazione della legge) e come risulta dall'atto dello stato civile e non la liceità o meno della tecnica di P.M.A. impiegata, osserva che l'art. 5 della L. n. 40 del 2004, nel riservare l'accesso alla procreazione a coppie i cui membri siano entrambi viventi, non precisa in quale momento del procedimento fecondativo sia richiesta la presenza in vita di entrambi i membri della coppia e giunge a ritenere possibile l'applicazione dell'art. 8 anche alla "specifica ed affatto peculiare ipotesi di cui oggi si discute, apparendo del tutto ragionevole la conclusione che il/la nato/a allorché il marito (o il convivente) sia morto dopo avere prestatato il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (nella specie, peraltro, pacificamente ribadito solo pochi giorni prima del decesso) ai sensi dell'art. 6 della medesima legge e prima della formazione

Procreazione medicalmente assistita

dell'embrione avvenuta con il proprio seme precedentemente crioconservato (di cui, prima del decesso, abbia, altresì, autorizzato l'utilizzazione) sia da considerarsi figlio nato nel matrimonio della coppia che ha espresso il consenso medesimo prima dello scioglimento, per effetto della morte del marito, del vincolo nuziale". E ciò, oltretutto, dando rilievo alla discendenza biologica. Il principio è stato, quindi, affermato in relazione ad una specifica situazione ed in base ad argomentazioni che non sono replicabili nella vicenda che ci riguarda.

D'altronde, le aperture esegetiche, talvolta consentite dalla giurisprudenza di merito, hanno trovato una decisa ed univoca smentita nei giudizi di legittimità, potendo ormai definirsi costante l'orientamento della Corte di Cassazione che nega ogni rilievo agli argomenti menzionati.

Con la pronuncia n. 7668/2020 la Suprema Corte, nel rigettare il ricorso promosso da due donne avverso il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile di ricevere la dichiarazione congiunta di riconoscimento della bambina, nata da fecondazione assistita praticata all'estero, ha evidenziato che il divieto per le coppie formate da persone dello stesso sesso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, imposto dall'art. 5 L. n. 40 del 2004 e rafforzato dalla previsione di sanzioni amministrative, è applicabile agli atti di nascita formati o da formare in Italia, a prescindere dal luogo dove sia avvenuta la pratica fecondataiva.

Con un successivo intervento nello stesso anno (Cass. n. 8029/2020), la Corte di Cassazione ha affermato che "il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con la L. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto", escludendo l'operatività, in simili casi, dell'art. 8 della stessa legge. A tal fine, richiamando la pronuncia della Consulta n. 221/2019, ha sottolineato la "perdurante operatività ... delle linee guida sottese alla disciplina dettata dalla L. n. 40 del 2004", ossia "da un lato la piena vigenza del divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, salvi i casi d'infertilità patologica o di malattie genetiche trasmissibili, dall'altro l'esclusione della possibilità di avvalersi delle predette tecniche per la realizzazione di forme di genitorialità svincolate dal rapporto biologico tra il nascituro ed i richiedenti", così escludendo la possibilità di ricollegare, in assenza di un rapporto biologico, l'instaurazione del rapporto di filiazione tra il minore ed il partner del genitore biologico al consenso da quest'ultimo prestato all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Gli stessi principi sono stati affermati dalla Corte di Cassazione con le sentenze nn. 23320/2021 e 23321/2021 (anche

mediante richiami alle pronunce della Corte costituzionale nn. 230/2020 e 33/2021). Nel primo caso, la Cassazione ha statuito che l'obiettivo del riconoscimento del diritto ad essere genitori di entrambe le donne unite civilmente non è raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità delle predette disposizioni, ma dev'essere perseguito per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale. Nel secondo caso, la Suprema Corte ha affermato che l'interesse di un bambino, accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo, è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, e non solo di quello con il genitore biologico, ma ha affermato che tale interesse non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto agli altri interessi in gioco, dovendo essere bilanciato con questi ultimi, alla luce del criterio di proporzionalità; ha quindi escluso l'illegittimità costituzionale delle norme che impediscono l'indicazione del genitore intenzionale nell'atto di nascita del minore, al contempo evidenziando la necessità di assicurare la tutela dell'interesse del minore attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. L'orientamento è stato confermato dalle successive pronunce di legittimità: Cass. n. 6383/2022 (che ha ritenuto applicabili gli stessi principi anche in un caso in cui tra la donna non partoriente e il nato vi era un legame genetico, avendo questa donato l'ovulo che, fecondato, era stato impiantato nell'utero della compagna, che aveva poi portato a termine la gravidanza), Cass. n. 7413/2022 (che ha richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2021), Cass. n. 10844/2022, Cass. n. 11078/2022 (secondo cui il legame biologico di un genitore piuttosto che dell'altro con il nato non è il criterio informatore della legge, che ha attribuito rilievo decisivo al consenso informato e, pertanto, non può divenire criterio ermeneutico della stessa, perché l'attuale assetto normativo non consente l'estrapolazione di alcune norme - gli artt. 6, 8 e 9 L. n. 40 del 2004 - e l'applicazione frazionata delle stesse, né il dettato dell'art. 5, che costituisce premessa applicativa della complessiva normativa, può essere superato in via interpretativa), Cass. n. 22179/2022 (che ha richiamato le sentenze della Corte costituzionale nn. 32/2021 e 79/2022), Cass. n. 23527/2023 (che, riconfermando l'orientamento espresso dalle precedenti ordinanze, ha escluso che l'indicazione della doppia genitorialità sia necessaria a garantire al minore la migliore tutela possibile, "atteso che, in tali casi, l'adozione in casi particolari si presta a realizzare appieno il preminente interesse del minore alla creazione di legami parentali con la famiglia del genitore

adottivo, senza che siano esclusi quelli con la famiglia del genitore biologico, alla luce di quanto stabilito dalla sentenza della Corte cost. n. 79 del 2022”), Cass. n. 511/2024, Cass. n. 4448/2024.

L’adozione in casi particolari e le criticità dell’istituto.

Nelle pronunce di legittimità sopra citate (Cass. nn. 8029/2020, 23321/2021, 22179/2022, 23527/2023), la Suprema Corte ha ritenuto che l’adozione in casi particolari rappresenti un’adeguata forma di tutela, idonea a porre la disciplina dettata dalla L. n. 40 del 2004 al riparo da censure di legittimità costituzionale, anche fondate sui principi sovranazionali come interpretati dalla giurisprudenza della Corte EDU ed aventi carattere di norme interposte, in forza dell’art. 117 Cost.

Del resto, la questione della necessità di conferire giuridico riconoscimento al legame di filiazione tra il genitore intenzionale ed i minori, sia che essi siano nati da procreazione medicalmente assistita che da gravidanza per altri, è stata più volte affrontata dalla Corte EDU, che ha sempre affermato che l’impossibilità generale e assoluta, per un periodo di tempo significativo, di ottenere il riconoscimento, nei vari Stati firmatari, del rapporto tra il minore e il genitore intenzionale costituisce un’ingerenza sproporzionata nel diritto del bambino al rispetto della sua vita privata, sancita dall’art. 8 CEDU (v. M. c. Francia, n. 65192/11, del 26/6/2014; L. c. Francia, n. 65941/11, del 26/6/2014; D. c. Francia n. 11288/18, del 16/7/2020; D.B. e altri c. Svizzera nn. 58817/15 e 58252/15, del 22/11/2022 e più di recente C. c. Italian. 47196/21 del 31/7/2023, su cui più ampiamente *infra*).

Nello specifico la Corte EDU, pur osservando che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione è destinato inevitabilmente ad incidere sulla vita familiare del minore, ha escluso la configurabilità di una violazione del diritto al rispetto della stessa, ove sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un’esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie.

Ha al contempo sottolineato che la scelta dei mezzi di cui avvalersi per permettere il riconoscimento del legame esistente tra un figlio e un genitore intenzionale rientra nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti (parere consultivo n. P16-2018-001), ricordando come sul punto non vi sia un consenso unanime tra gli Stati firmatari, che adottano soluzioni diverse.

Nell’ordinamento interno, l’istituto dell’adozione in casi particolari (di cui al titolo IV della L. n. 184 del 1983) contempla ipotesi tassative ed eccezionali, rispetto al principio generale sancito all’art. 7, comma 1 della medesima legge, in forza del quale l’adozione è consentita a favore dei minori “dichiarati in stato di adattabilità”. Infatti, anche quando non ricorre la condizione predetta, il legislatore ha inteso tutelare il rapporto che si instaura laddove il minore sia inserito in un nucleo familiare, con cui abbia conseguentemente sviluppato legami affettivi, stabilendo all’art. 44, L. n. 184 del 1983 che i minori possono essere adottati “da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell’ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore

sia orfano di padre e di madre” (lett. a) e “dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell’altro coniuge” (alla lett. b); altresì tutela i minori che si trovino in particolari situazioni di disagio, consentendo l’adozione quando il minore sia persona handicappata (trovandosi nelle condizioni indicate dall’art. 3, comma 1, L. n. 104 del 1992 e che dunque presenti una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione) e sia orfano di padre e di madre (lett. c) e quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo (lett. d).

L’adozione in casi particolari, comunque prevista anche in presenza di figli, è consentita, nei casi di cui alle lett. a, c e d, oltre che ai coniugi anche a chi non sia coniugato.

Il Tribunale per i Minorenni è competente a decidere sul procedimento di adozione, in cui si richiede ai sensi dell’art. 45 L. n. 184 del 1983 il consenso dell’adottante e dell’adottando che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età o del suo legale rappresentante, se l’adottando non abbia compiuto il quattordicesimo anno di età o si trovi in condizione di minorata capacità.

Una volta pronunciata la sentenza, ai sensi dell’art. 48 L. n. 184 del 1983 l’adottante ha l’obbligo di mantenere l’adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall’art. 147 c.c.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12962/2016, ha ammesso il ricorso all’adozione in casi particolari disciplinata dall’art. 44, comma 1, lett. d) L. n. 184 del 1983 da parte del partner omosessuale del genitore del minore. In particolare, nell’applicare il principio del *best interest* del minore, ha statuito che l’espressione “impossibilità di affidamento preadottivo”, contenuta nella clausola residuale di cui alla citata disposizione, deve essere interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendere oltre all’impossibilità di fatto, anche quella di diritto, nella prospettiva di valorizzare rapporti di fatto già esistenti con il minore. La Cassazione ha ritenuto tale soluzione coerente con i principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, “dal momento che si sta sempre più affermando, in particolare nei procedimenti adottivi, il principio secondo il quale il rapporto affettivo che si sia consolidato all’interno di un nucleo familiare, in senso stretto o tradizionale o comunque ad esso omologabile per il suo contenuto relazionale, deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione”, con richiamo al caso M. e B. contro Italia (n. 16318/07 del 27/4/2010), al caso P. e C. contro Italia (n. 25358/12 del 24.1.2017) e al caso X ed altri contro Austria (GC n. 19010/07, 19/2/2013), il quale ultimo ha riconosciuto anche in tema di adozione del figlio del partner la violazione del principio di non discriminazione stabilito dall’art. 14 CEDU in presenza di una ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso, dal momento che nell’ordinamento austriaco tale forma di adozione era

Procreazione medicalmente assistita

consentita soltanto alle coppie di fatto eterosessuali. La Corte di Strasburgo, al riguardo, ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito "motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale" (151 della sentenza).

Pronunciandosi a Sezioni Unite nell'anno 2019 (Cass., SS.UU., n. 12193/2019), nello stabilire l'impossibilità di riconoscere efficacia al provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, che trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, la Corte ha precisato che "la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della L. n. 184 del 1983". In particolare, le Sezioni Unite hanno ritenuto tale strumento idoneo a tutelare l'interesse del minore a veder riconosciuto a livello giuridico il suo legame affettivo con il genitore intenzionale, in quanto conforme ai principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia, cui lo Stato italiano ha prestato adesione ed a tal fine hanno citato la già richiamata giurisprudenza della Corte EDU (in particolare M. c. Francia, n. 65192/11 del 26/6/2014; L. c. Francia, n. 65941/11 del 26/6/2014), in cui la Corte, pur osservando che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione è destinato inevitabilmente ad incidere sulla vita familiare del minore, ha escluso la configurabilità di una violazione del diritto al rispetto della stessa, ove sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie, ravvisando invece una violazione, in relazione alla lesione dell'identità personale eventualmente derivante dalla coincidenza di uno dei genitori d'intenzione con il genitore biologico del minore. Su queste basi la Suprema Corte ha affermato che "le predette violazioni non sono pertanto configurabili nel caso in cui, come nella specie, non sia in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d'intenzione, il cui mancato riconoscimento non preclude al minore l'inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo *status filiationis*, pacificamente riconosciuto nei confronti dell'altro genitore", concludendo nel senso di ritenere che "anche nella giurisprudenza della Corte EDU, la sussistenza di un legame genetico o biologico con il minore rappresenta dunque il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del

legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*: esigenza, questa, che nell'ordinamento interno può ritenersi soddisfatta anche dal già menzionato istituto dell'adozione in casi particolari, per effetto delle disposizioni della L. n. 184 del 1983, che parificano la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato dal matrimonio".

Anche con la successiva pronuncia n. 8029/2020, sopra citata, la Corte di cassazione ha ribadito la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, ritenuta conforme ai principi elaborati anche dalla Corte EDU.

Parimenti nella sentenza n. 23321/2021, sopra citata, ha effettuato la medesima valutazione di conformità della soluzione adottata alla giurisprudenza EDU, richiamando la decisione D. c. Francia (n. 11288/18, del 2020) che, nell'esaminare un caso riguardante il rifiuto di uno Stato membro di riconoscere il rapporto giuridico di filiazione tra un minore procreato mediante il ricorso alla maternità surrogata ed uno dei genitori, non avente alcun legame biologico con lo stesso, ha affermato che il diritto al rispetto della vita privata del minore richiede che il diritto interno offra la possibilità di un riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione, ma non anche che tale riconoscimento abbia luogo attraverso l'iscrizione nell'atto di nascita del minore e ribadito che la scelta degli strumenti per consentire tale riconoscimento rientra nel margine di apprezzamento degli Stati, di talché esso può aver luogo anche in altro modo, come attraverso l'adozione, a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della procedura.

In materia è, poi, intervenuta la pronuncia della Corte costituzionale n. 33/2021, che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, della L. n. 218 del 1995 e dell'art. 18 D.P.R. n. 396 del 2000, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentono il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività del provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del genitore d'intenzione nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri, ha anzitutto riconosciuto che l'interesse del minore accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è certamente quello di ottenere un riconoscimento giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia e che sono parte integrante della sua stessa identità ("indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso - dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari -; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel

nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale (sentenza n. 221 del 2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601)" e preordinati all'affermazione dei doveri derivanti dalla titolarità della responsabilità genitoriale. Prosegue la Corte osservando che, tuttavia, l'interesse del minore, come ogni altro interesse costituzionalmente rilevante, deve essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità e che, in tale ambito, la Corte EDU ha chiarito che ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento; "ferma restando, però, la rammentata necessità di riconoscimento del 'legame di filiazione' con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67); lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore. Rispetto, peraltro, a quest'ultima soluzione, la Corte EDU sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria 'filiazione' tra adottante e adottato (Corte EDU 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 66), e 'a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino' (*ibidem*, paragrafo 51)". E secondo la Consulta, "il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU - espresso da una giurisprudenza ormai consolidata - appare corrispondente anche all'insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana", per cui "non ostano alla soluzione, cui le sezioni unite civili della Cassazione sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il 'padre d'intenzione'; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale. Una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino".

Andando, allora, ad esaminare le caratteristiche dello strumento dell'adozione in casi particolari di cui all'art.

44, comma 1, lettera d), L. n. 184 del 1983, che erano state censurate dalla sezione rimettente - in quanto ritenute inidonee a creare un vero rapporto di filiazione, atteso che tale forma di adozione porrebbe il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico, non creerebbe legami parentali con i congiunti dell'adottante ed escluderebbe il diritto a succedere nei loro confronti, non garantirebbe quella tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione che è richiesta dalla Corte EDU nell'interesse del minore, sarebbe rimessa alla volontà del genitore d'intenzione, e sarebbe, altresì, condizionata all'assenso all'adozione da parte del genitore biologico, che potrebbe non prestarlo in caso di crisi della coppia - la Corte costituzionale ha affermato che esso "costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati".

In particolare, le lacune individuate sono le seguenti: l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante; era ancora controverso se consentisse di stabilire vincoli di parentela con la famiglia dell'adottante; l'adozione in casi particolari richiede il necessario assenso del genitore biologico, che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia. E così ha ritenuto che "al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d) della L. n. 184 del 1983", muovendo un preciso monito al legislatore di intervenire *in subiecta materia*.

In tale quadro, occorre considerare che con la successiva sentenza n. 79/2022 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 L. n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante e, sulla base di tale intervento e di ulteriori considerazioni, le Sezioni Unite della Cassazione, con la pronuncia n. 38162/2022, resa sempre in tema di maternità surrogata, hanno ritenuto il rimedio idoneo.

In particolare, con riferimento all'impossibilità di costituire il rapporto adottivo in mancanza dell'assenso del genitore biologico, richiesto dall'art. 46 L. n. 184 del 1983, la Suprema Corte ha ritenuto possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, in combinato con l'art. 57 della stessa legge, che impone al giudice di valutare se l'adozione realizzi in concreto il preminente interesse del minore, ed ha affermato che l'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore stesso, apparendo ragionevole soltanto quando non si sia realizzato tra quest'ultimo e il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione; mentre laddove tale

Procreazione medicalmente assistita

relazione sussista, “il rifiuto non sarebbe certamente giustificato dalla crisi della coppia committente né potrebbe essere rimesso alla pura discrezionalità del genitore biologico”.

Le Sezioni Unite hanno esaminato anche l'ulteriore problematica evidenziata dalla sentenza n. 33 del 2021, relativa al fatto che l'iniziativa spetta solo all'adottante, non potendo il minore rivendicare la costituzione del rapporto genitoriale tramite l'adozione. In proposito hanno affermato che “quella constatazione impone ... ove si presenti il caso, che siano ricercati nel sistema gli strumenti affinché siano riconosciuti al minore, in una logica rimediata, tutti i diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del committente privo di legame biologico, subordinatamente ad una verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore. Difatti, chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati 'lecitamente'. L'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari deve essere valutata considerando anche la celerità del relativo procedimento, che non deve lasciare il legame genitore-figlio privo di riconoscimento troppo a lungo. Come ha sottolineato, anche di recente, la Corte europea dei diritti dell'uomo (22 novembre 2022, D.B. e altri c. Svizzera), il vincolo deve poter trovare riconoscimento al più tardi quando, secondo l'apprezzamento delle circostanze di ciascun caso, il legame tra il bambino e il genitore d'intenzione si è concretizzato. La Corte EDU considera cioè l'adozione un rimedio possibile se ed in quanto consegua con celerità il risultato del riconoscimento dei legami tra il minore e il genitore d'intenzione”, concludendo nel senso di ritenere che “per effetto della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022 e prospettandosi la possibilità di una interpretazione adeguatrice del requisito del necessario assenso del genitore biologico, l'adozione in casi particolari, per come attualmente disciplinata, si profila come uno strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità della situazione”. La Corte di cassazione ha ritenuto adeguato lo strumento dell'adozione in casi particolari per la “tutela dell'interesse del minore al riconoscimento giuridico, *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, del suo rapporto con il genitore d'intenzione”, reputandolo conforme ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo, così concludendo: “l'ordinamento italiano mantiene fermo il divieto di maternità surrogata e, non intendendo assecondare tale metodica di procreazione, rifugge da uno strumento automatico come la trascrizione, ma non volta le spalle al nato. Il titolo che giustifica la costituzione dello stato è fondato, non sull'intenzione di essere genitore, ma sulla condivisione del progetto

genitoriale seguita dalla cura e dal rapporto affettivo costanti; il provvedimento del giudice presuppone, inoltre, un giudizio sul miglior interesse del bambino e una verifica in concreto dell'idoneità del genitore istante”.

Infine, con una recente sentenza del 31/7/2023 (C. c. Italia n. 47196/21) la Corte EDU è intervenuta nuovamente sul tema dell'adozione in casi particolari, in relazione ad un ricorso che riguardava il rifiuto delle autorità italiane di riconoscere il rapporto di filiazione stabilito da un atto di nascita ucraino tra una minore, nata all'estero mediante una gestazione per altri (GPA) cui aveva fatto ricorso una coppia eterosessuale, e il suo padre biologico e la sua madre intenzionale.

Anche in questo caso la Corte EDU ha ricordato che “il rispetto della vita privata esige che ogni bambino possa stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, il che comprende la sua filiazione” e che “quando è in gioco la relazione tra una persona e suo figlio, si impone un dovere di diligenza eccezionale, in quanto il passare del tempo può portare a risolvere la questione con un fatto compiuto”. Pertanto, spetta a “ciascuno Stato contraente munirsi di strumenti giuridici adeguati e sufficienti per assicurare il rispetto degli obblighi positivi che ad esso incombono ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, tra cui l'obbligo di diligenza eccezionale quando è in gioco la relazione tra una persona e suo figlio”.

Ha aggiunto che la Corte “non è chiamata a esaminare le modalità di accertamento o di riconoscimento di un rapporto di filiazione di un bambino nato ricorrendo a una GPA praticata all'estero (trascrizione dell'atto di nascita straniero parziale o completa, adozione piena o semplice, accertamento *ex novo* del rapporto nel paese di residenza del minore), ma deve invece verificare se il processo decisionale dello Stato di residenza del minore, considerato complessivamente, abbia assicurato un'adeguata protezione degli interessi in gioco. Infatti, è fondamentale che le modalità di accertamento della filiazione previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione (parere consultivo n. P16-2018-001 ...), conformemente all'interesse superiore del minore in modo da evitare che quest'ultimo sia mantenuto a lungo nell'incertezza giuridica”.

La Corte ha anche esaminato l'ordinamento interno in relazione al rapporto tra il minore e la madre intenzionale, ed in specie gli artt. 44 ss. L. n. 184 del 1983, sull'adozione in casi particolari, norma che come evidenziato anche dalla richiamata giurisprudenza della Corte di Cassazione (da ultimo Cass., SS.UU., n. 38162/2022) rappresenta “lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita”. In tal senso, tale previsione, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento nazionale e nei limiti della discrezionalità degli Stati di valutare come procedere al riconoscimento del rapporto di filiazione, consente di non ritenere integrata una violazione dell'art. 8 CEDU, poiché “la legge italiana, anche se non permette la trascrizione dell'atto di nascita per quanto

riguarda la madre intenzionale, garantisce a quest'ultima la possibilità di riconoscere giuridicamente il bambino attraverso l'adozione". E, dunque, elimina il problema della impossibilità generale e assoluta di riconoscere un rapporto di filiazione.

Come ricordato dalla Suprema Corte, tuttavia, la valutazione, nella concretezza della singola vicenda, è in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice, restando sempre ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità delle diverse situazioni concrete che involgono genitori d'intenzione.

Questo collegio ritiene che l'adozione in casi particolari, ancorché a seguito dalla sentenza n. 79/2022 dalla Corte costituzionale sia stata riconosciuta -ampliando il portato letterale dell'art. 55 L. n. 184 del 1983- l'instaurazione di rapporti civili tra l'adottato ed i parenti dell'adottante e nonostante l'apertura verso la dimensione funzionale del requisito del consenso del genitore biologico inaugurata dalle Sezioni Unite nel 2022, non consente di assicurare al minore una tutela adeguata, in termini di effettività e celerità, non garantite in concreto dal procedimento in questione.

Invero, alla conformità in astratto ai parametri dell'art. 8 CEDU non corrisponde una concreta ed effettiva tutela del minore, laddove il progetto procreativo sia perseguito da una coppia omosessuale ed a differenza di quanto specularmente previsto per le coppie eterosessuali che accedono alla P.M.A. di tipo eterologo, in cui il riconoscimento opera sin dalla nascita (sebbene anche in questo caso uno dei due genitori, o entrambi, non siano biologicamente tali).

Quanto al richiesto presupposto della celerità della tutela (si rammenta che nella sentenza C.c. Italia n. 47196/21 del 31/8/2023, la Corte EDU ha censurato l'eccessiva lentezza del processo decisionale dei giudici nazionali, in relazione al mancato sollecito riconoscimento del rapporto con il padre biologico), si condividono le considerazioni espresse dalle resistenti che riferiscono, correttamente, che i tempi medi di definizione dei procedimenti di adozione speciale si attestano su tre anni per ottenere una sentenza definitiva, mentre tribunali più virtuosi registrano tempi più contenuti, ma comunque di circa un anno e mezzo.

Inoltre, il procedimento scandito dagli artt. 44 ss. L. n. 184 del 1983, postulando la valutazione e l'accertamento circa l'avvenuta instaurazione di un legame affettivo stabile con il genitore adottante, della cui idoneità genitoriale parimenti il Tribunale deve accertarsi, richiede incumbenti istruttori e processuali, ivi compreso il coinvolgimento del Servizio Sociale territorialmente competente e l'audizione del minore se capace di autonomo discernimento, che inevitabilmente dilatano i tempi processuali, ritardando il riconoscimento dello status in capo al minore. Tanto più considerando che, nell'attuale confusionario quadro normativo e giurisprudenziale, il procedimento potrebbe essere in concreto introdotto solo all'esito del giudizio di impugnazione ai sensi dell'art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000, da parte della coppia omoaffettiva, del rifiuto dell'iscrizione dell'Ufficiale dello stato civile o, viceversa, da parte

del P.M. dell'iscrizione, così dilatando ancor più i tempi del riconoscimento dello status di figlio.

Il caso di specie è emblematico sotto questo profilo, atteso che (...) ha già compiuto un anno di età ed ancora pende, in primo grado, il procedimento ai sensi dell'art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000, mentre il procedimento per la sua eventuale adozione da parte di (...) potrà essere avviato solo in caso di definitivo accoglimento del presente ricorso, presumibilmente tra diversi anni e comunque all'esito dell'esperimento dei vari gradi di giudizio; di contro, l'atto di nascita dell'altra minore (...) non è ancora *sub iudice* e ciò procrastina l'incertezza della sua situazione giuridica, che resta assoggettata all'iniziativa della Procura della Repubblica per un tempo non preventivabile (come di recente avvenuto nei casi portati all'attenzione del Tribunale di Padova, a seguito dell'impugnazione da parte della Procura della Repubblica di oltre trenta atti di nascita di minori, alcuni dei quali formati già da anni).

Trattasi, inoltre, di una procedura giudiziale, che presuppone un soggetto ricorrente, che avvii la procedura medesima. Anche sotto tale profilo vanno evidenziate le implicazioni concrete della modalità di riconoscimento dello status di figlio in questione, perché potrebbero verificarsi disparità di trattamento in termini di accesso allo strumento: il procedimento comporta comunque dei costi, anche per la difesa tecnica oltre che per le spese vive, che la madre intenzionale dovrebbe accollarsi (e che potrebbe non volere o non potere nei fatti sopportare, salva l'ammissione al patrocinio per i non abbienti).

Ancora, l'adozione è e resta uno strumento rimesso interamente alla volontà e all'iniziativa della madre intenzionale, escludendosi ogni autonoma iniziativa della madre biologica, da un lato, e soprattutto del minore, dall'altro, come già evidenziato dalla giurisprudenza che ha affrontato la questione.

Nell'attuale assetto normativo dell'istituto, come emerge dagli artt. 44 ss. L. n. 184 del 1983 ed anche a seguito degli interventi della Corte costituzionale, il minore non può imporre alla madre intenzionale di adottarlo, cosicché, in caso di crisi della coppia e conseguente abbandono della famiglia da parte della madre intenzionale, il minore resterebbe privo di tutela in termini sia di esercizio della responsabilità genitoriale da parte della madre intenzionale, con connessi obblighi di cura e mantenimento solo a carico della madre biologica, sia di diritti successori nei confronti della madre intenzionale, nonostante anche costei abbia contribuito al suo progetto procreativo. La situazione è diametralmente opposta a quella prevista per la speculare ipotesi della coppia eterosessuale che abbia fatto ricorso alla tecnica della procreazione eterologa, che, per espressa previsione di legge, non può mai disconoscere quel figlio, ancorché per uno dei membri della coppia non sia biologicamente proprio, né disinteressarsene e, conseguentemente, venir meno ai connessi obblighi genitoriali. Neppure la madre biologica, la quale con la madre intenzionale abbia condiviso il progetto di far venire al mondo quel minore, può avviare il procedimento che conduce, ai sensi dell'art. 48 L. n. 184 del 1983, ad estendere alla madre intenzionale gli obblighi di cui all'art. 147 c.c., potendo

Procreazione medicalmente assistita

solo acconsentire alla decisione della madre intenzionale di avviarlo.

Tale situazione di evidente incertezza delle sorti del minore e della sua effettiva tutela trova ulteriore conferma nell'art. 47 L. n. 184 del 1983, sotto il duplice profilo della revoca del consenso nel corso del procedimento e della morte dell'adottante.

Infatti, poiché l'adozione produce i suoi effetti dalla data della sentenza che la dispone, finché la sentenza non è emanata, tanto l'adottante, dunque il genitore intenzionale, quanto l'adottando o il suo legale rappresentante, se l'adottando è infraquattordicenne (e dunque di norma il genitore biologico) possono revocare il loro consenso al procedimento adottivo.

Come già detto, sulla questione della mancanza ab origine o sulla revoca dell'assenso all'adozione prestato dal genitore biologico, quale legale rappresentante del minore, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, che hanno ritenuto che l'effetto ostativo del dissenso del genitore biologico all'adozione del genitore intenzionale deve essere valutato sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, di modo che il genitore biologico può validamente negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure, pur avendo partecipato al progetto di procreazione, abbia poi abbandonato la famiglia (Cass., SS.UU., n. 38162/2022, confermato da Cass. n. 25436/2023).

Non è invece previsto, né per espressa previsione di legge né in via giurisprudenziale, alcuno strumento avverso la revoca del consenso, prima della sentenza, da parte della madre intenzionale, restando dunque anche sotto tale aspetto la condizione del minore rimessa alle alterne e spesso mutevoli vicende della relazione di coppia ed alla volontà dell'adottante, quantomeno sino a definitiva conclusione del procedimento.

Permane, inoltre, un'ulteriore criticità nell'ambito dell'art. 47 L. n. 184 del 1983. Si condivide sul punto quanto evidenziato dalla difesa delle resistenti per il caso, comunque da considerarsi, in cui la madre intenzionale venisse a mancare; infatti, qualora la madre intenzionale si determinasse a chiedere l'adozione, anche eventualmente cercando di superare il dissenso della madre biologica, ma morisse prima della sentenza di adozione, la pronuncia non potrebbe essere adottata, in quanto l'art. 47 L. n. 184 del 1983 prevede la possibilità di pronunciare sentenza per il caso di morte dell'adottante nel corso del procedimento, solo se la richiesta di adozione sia congiuntamente formulata da due coniugi, circostanza che non si verifica mai in caso di coppia omosessuale.

In conclusione, lo strumento dell'adozione in casi particolari consente senz'altro di pervenire, in astratto, al risultato finale di garantire il riconoscimento del legame giuridico tra il minore ed il genitore intenzionale, ma non può ritenersi che, in concreto, ciò avvenga celermente, né che la tutela sia sempre effettiva, ponendosi, nelle peculiari situazioni sopra descritte, il caso di alcuni minori che vengono a trovarsi privi del riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già li uniscono a

entrambi i componenti della coppia che ha condiviso la decisione di farli venire al mondo.

Norme che si assumono incostituzionali.

Alla luce di quanto sin qui delineato, tenuto conto della ritenuta impraticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004 e dei persistenti limiti dello strumento dell'adozione in casi particolari, viene in rilievo la necessità di vagliare la compatibilità costituzionale degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004, nonché dell'art. 250 c.c., laddove attribuisce alla madre ed al padre la possibilità di riconoscere il figlio, nella misura in cui impediscono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita praticata da una coppia di donne l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla c.d. madre intenzionale che, insieme alla madre biologica, abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa e comunemente laddove impongono la cancellazione dall'atto di nascita del riconoscimento compiuto dalla madre intenzionale.

In punto di rilevanza, richiamando quanto già osservato, si ribadisce che l'applicazione delle norme indicate è evidentemente ineliminabile nell'iter logico-giuridico che il Tribunale deve percorrere per la decisione.

I parametri di costituzionalità che si assumono violati.

Il quadro normativo e giurisprudenziale così delineato determina, infatti, una lesione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti dagli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata il 4/11/1950, ratificata e resa esecutiva con L. n. 848 del 1955 e come interpretati dalla Corte di Strasburgo, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7/12/2000, agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20/11/1989, ratificata e resa esecutiva con L. n. 176 del 1991, agli artt. 1 e 6 Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 25/1/1996 e ratificata dall'Italia con L. n. 77 del 2003. In particolare, l'inapplicabilità al caso di specie degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004 e, di riflesso, dell'art. 250 c.c., determina la violazione del diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta costituzionale e lascia altresì privo di tutela il diritto inviolabile del minore all'identità garantito dall'art. 2 Cost., da cui discende l'azionabilità dei suoi diritti nei confronti di chi si è assunto la responsabilità di procreare nell'ambito di una formazione sociale che, benché non riconducibile alla famiglia tradizionale, è comunque meritevole di tutela.

Risulta, in altre parole, frustrato il diritto del minore di vedersi riconosciuta e di conservare un'identità familiare e sociale corrispondente al progetto di genitorialità realizzato, in una data formazione familiare, mediante procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero.

Risulta, inoltre, violato l'art. 3 della Costituzione, commi 1 e 2.

Il rispetto del principio di uguaglianza formale impone, infatti, che il nato all'esito del percorso di P.M.A. intrapreso da una coppia di due donne non sia discriminato dalla legge, il che avviene laddove questi non venga tutelato, dal punto di vista morale e materiale, in ragione delle caratteristiche della relazione (omosessuale) tra i genitori. Come affermato nella precedente ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova (n. 79/2019) e sottolineato dalla difesa delle ricorrenti, con argomentazioni che questo Tribunale condivide appieno, consentire il permanere di tale discriminazione significherebbe legittimare nel nostro sistema una nuova (e unica) categoria di nati non riconoscibili, che ricorda tristemente categorie già fortemente discriminate in passato e superate grazie all'evoluzione sociale e giuridica stimolata soprattutto dai principi costituzionali: ci si riferisce alla categoria dei figli adulterini, non riconoscibili prima della riforma del diritto di famiglia di cui alla L. n. 151 del 1975, e a quella dei figli incestuosi, che, nonostante la illiceità penale, in presenza di pubblico scandalo, della condotta che ha portato al concepimento (art. 564 c.p.), con Fattuale formulazione dell'art. 251 c.c. possono essere riconosciuti con autorizzazione del giudice "avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio". A ciò si aggiunga che la "nuova" categoria di nati assolutamente non riconoscibili violerebbe anche apertamente il principio di unicità dello status giuridico dei figli che ha connotato tutti gli interventi legislativi più recenti in materia di filiazione (oltre alla L. n. 219 del 2012 anche il D.Lgs. n. 154 del 2013 ed il D.Lgs. n. 149 del 2022, c.d. riforma Cartabia) e che si estende anche ai figli adottivi di coppia dello stesso sesso.

La violazione dei principi di cui all'art. 3 della Costituzione sussiste, poi, anche con riferimento al diritto alla bigenitorialità, ossia al diritto di ogni bambino nato da P.M.A. ad avere due persone che si assumono sin dalla nascita la responsabilità di provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione e istruzione, nei confronti delle quali poter vantare diritti successori, ma soprattutto poter agire in caso di inadempimento e di crisi della coppia.

Peraltro, anche dal lato dei genitori, il mancato riconoscimento delle donne omosessuali quali genitori del nato da fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra si risolve in una violazione del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, che assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale al pieno sviluppo della loro personalità, impedendo loro di assegnare piena tutela ai figli nati tramite le tecniche di P.M.A.

Sempre sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost. deve osservarsi che, come sopra detto, la Corte di Cassazione ritiene ormai, con orientamento costante, trascrivibile l'atto di nascita formato all'estero con l'indicazione delle due madri, l'una biologica, che si è sottoposta alla P.M.A. ed ha partorito il figlio e l'altra intenzionale, che ha prestato il proprio consenso a tutto il percorso seguito dalla partner, ritenendo non ostativo il concetto di ordine pubblico internazionale, mentre, dall'altro lato, con un orientamento ugualmente costante nega la possibilità di

iscrivere in Italia un atto di nascita siffatto, dovendo in questo caso aversi riguardo all'ordine pubblico nazionale e alle norme ostantive di cui alla L. n. 40 del 2004 (artt. 4 e 5). Sebbene tale differenziazione, proprio in quanto basata sulla diversità dei parametri utilizzati, non possa ritenersi di per sé irragionevole, è evidente che, trattandosi di vicende - quelle della nascita all'estero o in Italia dei figli concepiti da due donne mediante la P.M.A. - che creano situazioni soggettive percepibili come del tutto analoghe, non risulta ragionevole l'esito contrapposto che si determina sul piano dei diritti del nato: in un caso, il nato risulta figlio delle due donne che hanno condiviso il progetto procreativo e, nell'altro, laddove non risultino applicabili gli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004, il nato risulta figlio della sola partoriente, senza il riconoscimento ab origine di alcun legame con l'altra donna.

Anche a prescindere da tali profili, la discriminazione opera anche tra gli stessi nati in Italia, non riconoscibili dalla madre intenzionale - o perché l'Ufficiale dello stato civile ha opposto un rifiuto o perché, inizialmente formato Fatto con l'indicazione anche della madre intenzionale, la Procura della Repubblica ha, come nel caso concreto, impugnato Fatto ai sensi dell'art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000, con gli esiti sopra esposti - e quelli per i quali è stato, invece, iscritto il relativo atto di nascita e nessun ricorso è stato promosso, come per (...) i, che è nata all'interno del medesimo nucleo familiare di (...), con il ricorso alle stesse tecniche di P.M.A. cui si è sottoposta, nell'anno 2022 (quindi un anno prima, essendo quest'ultimo nato nell'anno 2023), l'altra donna della coppia omoaffettiva. I due nati, nonostante la comunanza di vita all'interno dello stesso nucleo familiare - perché non v'è dubbio che di formazione familiare a tutti gli effetti si tratti, essendo ormai abbandonato il concetto di famiglia come limitato a quella formata da coppie di sesso diverso, astrattamente in grado di procreare naturalmente - nel caso in cui, non applicandosi gli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004, il presente ricorso della Procura venisse accolto, avrebbero due status diversi, essendo l'una riconosciuta come figlia di entrambe le donne e l'altro solo della madre biologica, con esclusione di ogni legame con la madre intenzionale. Tant'è vero che le resistenti, nel porsi in concreto il problema, hanno chiesto, in denegata ipotesi, la cancellazione del riferimento alla madre intenzionale anche per l'altra figlia, previo ricorso della Procura che, ad oggi, non risulta promosso.

Da non sottovalutare, poi, la questione inerente alla creazione del legame tra i fratelli, che non avrebbe alcun riconoscimento nel caso in cui non si potessero ritenere i due figli provenienti dallo stesso stipite.

Da questo punto di vista, il collegio ritiene di evidenziare, anche in punto di non manifesta infondatezza e di rilevanza della questione, la peculiarità del caso concreto, rispetto a molti casi già decisi in precedenti pronunce di merito e legittimità, oltreché già vagliati dalla Corte costituzionale, originati dal rifiuto dell'Ufficiale dello Stato civile di annotazione nell'atto di nascita anche della madre intenzionale ed in cui i minori coinvolti non avevano mai acquisito lo status di figli anche della

Procreazione medicalmente assistita

madre intenzionale, mentre nel caso di specie lo status andrebbe, in caso di accoglimento, rimosso per il minore (...) - (...) La situazione concreta rivela infatti in termini drammatici la denunciata disparità di trattamento, capace di realizzarsi anche all'interno della stessa famiglia, in assenza di una disciplina della materia e laddove non si consenta l'applicazione delle disposizioni qui censurate. Risulterebbe, altresì, violato l'art. 30 Cost., non solo in relazione al mancato riconoscimento del diritto/dovere stabilito nel comma 1, di cui abbiamo sopra detto con riferimento al parametro dell'eguaglianza, ma anche con riguardo al comma 3, che richiede che sia assicurata anche ai nati dalle pratiche di fecondazione eterologa cui hanno fatto ricorso due donne legate da una relazione sentimentale (riconosciuta dall'ordinamento) ogni tutela giuridica e sociale, che a sua volta passa attraverso il riconoscimento del loro status di figli della coppia che ha espresso il consenso a tali pratiche e ciò al fine di assicurare il diritto all'identità personale.

Si rammenta che l'art. 30 Cost. è stato posto dalla Corte costituzionale a presidio del principio che impone che nelle decisioni delle autorità giudiziarie venga riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia del miglior interesse del minore (Corte cost. n. 11/1981), principio ricondotto altresì all'ambito di tutela dell'art. 31 Cost. (Corte cost. nn. 272/2017, 76/2017, 17/2017, 239/2014) e che rappresenta un ulteriore parametro di costituzionalità violato dalla mancata applicazione degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004 alla fattispecie.

È poi violato l'art. 117 Cost. in relazione alle seguenti norme sovranazionali interposte, che tutelano e garantiscono il primario interesse del minore:

- l'art. 8 della CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo già richiamata (v. M. c. Francia, n. 65192/11 del 26/6/2014; L. c. Francia, n. 65941/11 del 26/6/2014; D. c. Francia, n. 11288/18 del 16/7/2020; D.B. e altri c. Svizzera, nn. 58817/15 e 58252/15 del 22/11/2022; C. c. Italia, n. 47196/21 del 31/7/2023, oltre al parere consultivo n. P16-2018-001), atteso che l'assenza di riconoscimento di un legame tra il bambino e la madre intenzionale pregiudica il primo, lasciandolo in una situazione di incertezza giuridica quanto alla sua identità nella società;

- l'art. 14 della CEDU, in presenza di un'ingiustificata disparità di trattamento tra i nati, a seconda che siano stati concepiti con fecondazione eterologa praticata da coppia eterosessuale o da coppia omosessuale, essendo solo questi ultimi destinati ad uno status di figli unigenitoriali;

- l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7/12/2000, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, comma 1, TUE) e che prevede, al paragrafo 3: "ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse";

- gli artt. 2 e 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20/11/1989, ratificata e resa esecutiva con L. n. 176 del 1991, di cui i successivi articoli 4, 5, 7, 8, 9 e 18 costituiscono specificazioni. In particolare, con la ratifica

lo Stato italiano si è impegnato, insieme agli altri Stati firmatari, "a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione ed a garantirli ad ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta ed a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza" e ad adottare "tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, dalle opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali e dei suoi familiari" (art. 2). Si è poi impegnato a tenere in preminente considerazione "l'interesse superiore del fanciullo" in tutte le decisioni che lo riguardano (artt. 3 e 4). Inoltre, ai sensi dell'art. 5, "gli Stati Parti rispettano la responsabilità, il diritto ed il dovere dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali, dei tutori o altre persone legalmente responsabili del fanciullo, di dare a quest'ultimo, in maniera corrispondente allo sviluppo delle sue capacità, l'orientamento ed i consigli adeguati all'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti dalla presente Convenzione" e l'art. 7 prevede che "il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi". L'art. 8 tutela l'unità familiare imponendo il rispetto del "diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari" e l'art. 9 specifica che la separazione dai genitori rappresenta una misura di salvaguardia dell'interesse preminente del minore. L'art. 18, infine, indirizza l'impegno degli Stati firmatari a "garantire il riconoscimento del principio comune secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo ed il provvedere al suo sviluppo";

- gli artt. 1 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 25/1/1996 e ratificata dall'Italia con L. n. 77 del 2003, che impongono l'assunzione di decisioni giurisdizionali nel superiore interesse dei minori.

Il monito della Corte costituzionale.

Il collegio è ben consapevole che il Tribunale di Padova, con ordinanza n. 79 del 9/12/2019, ha sollevato analoga questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004 e dell'art. 250 c.c. in riferimento a parametri di costituzionalità speculari a quelli oggi richiamati da questo Tribunale, denunciando il vuoto di tutela che deriva dall'interpretazione sistematica delle predette disposizioni normative, nella misura in cui non consentono al nato da un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, l'attribuzione dello status di figlio anche della madre intenzionale, che abbia parimenti prestato il consenso all'uso della tecnica procreativa richiamata. Il Tribunale patavino rimettente, giudicando non manifestamente

infondata la questione rispetto alla decisione da assumere, aveva in particolare sottolineato la necessità di una pronuncia “additiva” della Corte, volta a colmare proprio quel vuoto di tutela riscontrato.

Tuttavia, la Corte costituzionale con la pronuncia n. 32/2021 ha dichiarato la questione inammissibile, “per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario”.

In particolare, la Corte costituzionale richiamando le proprie precedenti decisioni, ha rimarcato che l’elusione del limite stabilito dall’art. 5 L. n. 40 del 2004 non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali: pur escludendosi l’esistenza di un diritto alla genitorialità di coppie dello stesso sesso (Corte cost. n. 230/2020), non è infatti configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli e, inoltre, “non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore” (Corte cost. n. 221/2019).

In tal senso, ha sottolineato che l’esigenza di salvaguardia del primario interesse del minore, in sintonia con la giurisprudenza delle Corti europee, imponeva (ed impone) un urgente ripensamento del quadro normativo vigente, che disvela una “preoccupante lacuna dell’ordinamento”, rendendo impellente un intervento del legislatore volto a colmare il divario tra la realtà fattuale e quella legale nel rapporto del minore con la madre intenzionale, nell’ottica di conferire riconoscimento giuridico ai legami affettivi e familiari esistenti, anche se non biologici, e all’identità personale del minore. Ha anche evidenziato che “i nati a seguito di P.M.A. eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell’orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall’altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi”.

Ha concluso la Corte auspicando “una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da P.M.A. praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale”, così rivolgendo un preciso monito al legislatore, in quanto “non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa”.

L’impellenza dell’auspicato intervento normativo era apparsa alla Corte ancor più incisiva, avendo, il caso concreto sollevato dal Tribunale di Padova, in cui difettava l’assenso della madre biologica, rivelato in maniera tangibile l’inadeguatezza dell’adozione in casi particolari a garantire la tutela del minore. Ebbene, tale valutazione deve ritenersi ferma anche a seguito degli interventi ampliativi di cui si è dato conto che, pur offrendo una risposta al caso specifico in precedenza rimesso dal

Tribunale di Padova, lasciano residuare gli ampi vuoti di tutela sopra descritti.

Ad oggi, il monito della Corte costituzionale, che aveva definito non “più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa”, è rimasto inascoltato.

Proprio in ragione di tanto, questo collegio reputa necessario rimettere nuovamente alla Corte la questione di costituzionalità già oggetto della richiamata decisione n. 32/2021, volendo porre l’attenzione sul disomogeneo intervento dei Sindaci nella loro qualità di Ufficiali dello stato civile, che hanno adottato, nel silenzio del legislatore, soluzioni distinte per casi speculari, e sui non univoci e non del tutto risolutivi approdi interpretativi della giurisprudenza.

Infatti, anche successivamente alla pronuncia della Corte, i Sindaci quali Ufficiali dello Stato civile hanno, in alcuni casi, rifiutato l’iscrizione anagrafica anche della madre intenzionale nell’atto di nascita dei minori nati in Italia, dando conseguentemente origine ai giudizi di impugnazione del diniego da parte della madre intenzionale; in altri casi, hanno invece ritenuto legittima l’iscrizione, originandosi i giudizi di impugnazione da parte della Procura della Repubblica.

Parimenti, le pronunce di legittimità e di merito, con esiti non uniformi, che si sono susseguite successivamente alla pronuncia di inammissibilità della Corte (alcune delle quali sono sopra richiamate) danno conto di un’evoluzione del tessuto sociale cui, nella perdurante inerzia legislativa, non è stata data una compiuta risposta. Riassumendo quanto sopra detto, nella giurisprudenza di merito, a tutt’oggi, si registra un orientamento giurisprudenziale maggioritario stabilmente contrario ed uno minoritario favorevole al riconoscimento della c.d. “maternità intenzionale”, che ha ritenuto, successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale, praticabile un’interpretazione costituzionalmente orientata della L. n. 40 del 2004, per pervenire ad una valutazione di illegittimità del rifiuto dell’iscrizione anagrafica, accogliendo il ricorso spiegato dalle madri (vedasi, *ex aliis*, Trib. Taranto 31/5/2022, Trib. Brescia 16/2/2023 e Appello Brescia 30/11/2023) o per pervenire ad una valutazione di legittimità dell’iscrizione anagrafica effettuata, respingendo il ricorso spiegato dalla Procura della Repubblica (*ex aliis*, Trib. Bari 9/9/2022, Appello Cagliari 19/4/2021), percorso motivazionale che invece questo collegio non ritiene, per quanto sopra osservato, praticabile. Sempre tra le corti di merito, vi sono state pronunce che non hanno affrontato il merito delle questioni, limitando il proprio vaglio alla preliminare questione di rito (*ex aliis*, da ultimo, Trib. Padova 5/3/2024). Di contro, è da ritenersi consolidata la giurisprudenza della Corte di cassazione che, ferma l’ammissibilità del procedimento *ex art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000*, ritiene illegittima la formazione da parte dell’Ufficiale dello stato civile di un atto di nascita (in Italia), recante l’indicazione di due madri e conseguentemente afferma che, nel caso di coppie omogenitoriali femminili che abbiano fatto ricorso all’estero a tecniche di P.M.A. di tipo eterologa, l’unica strada per la madre intenzionale sia quella di ricorrere all’adozione in casi

Procreazione medicalmente assistita

particolari. Tale orientamento, ancorché nel diverso caso di coppia omoaffettiva maschile, che aveva fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata, è quello poi sposato anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., SS.UU., n. 38162/2022) che hanno, come già detto, affrontato il tema della protezione del diritto fondamentale del minore alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, affermando che “il nato non è mai un disvalore e la sua dignità di persona non può essere strumentalizzata allo scopo di conseguire esigenze general-preventive che lo trascendono” ed hanno ribadito il diritto del minore al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. Anche in questo caso, l'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è stata ritenuta, allo stato dell'evoluzione del nostro ordinamento, comunque garantita attraverso l'adozione in casi particolari, strumento sulla cui efficacia in concreto questo collegio ha già espresso le sue riserve.

In conclusione, risulta lampante la mutevolezza e disorganicità della tutela garantita ai minori nati da un condiviso progetto di procreazione medicalmente assistita, in ragione della omosessualità della coppia che tale progetto abbia condiviso.

Esolo a sostegno dell'istanza rivolta alla Corte di rivalutare la questione di costituzionalità già rimessale, a fronte di un monito rimasto inascoltato, che questo collegio richiama le parole del Presidente della Corte costituzionale, il quale, nella relazione del 18 marzo scorso, ha rammentato la necessità di “leggere la Carta costituzionale non come testo ‘separato’ bensì come parte irradiante di un più ampio ‘ordinamento costituzionale’; ordinamento alimentato dalla ‘base materiale’ su cui il testo poggia e che è in continua evoluzione”. In un sistema costituzionale fondato sulla separazione dei poteri e nel pieno rispetto delle prerogative costituzionalmente riconosciute al Parlamento, è compito di quest'ultimo “cogliere le pulsioni evolutive della società pluralista, con le quali la Costituzione respira; pulsioni necessarie per adattarsi al continuo divenire della realtà”, in un costante e fruttuoso, oltre che doveroso, dialogo con la Corte costituzionale, che “è chiamata ad essere ‘custode della Costituzione’, ma è tenuta ad essere altrettanto attenta a non costruire, con i soli strumenti dell'interpretazione, una fragile ‘Costituzione dei custodi’”.

Nella medesima relazione, affrontando la tematica della tipologia delle decisioni della corte (“dai moniti si è passati alle sentenze additive di principio; dalle pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa si è passati all'incostituzionalità prospettata, ma non dichiarata, o, in modo ancora più penetrante, alle decisioni a incostituzionalità differita”), il Presidente evidenzia che, laddove il legislatore rinunci ad una prerogativa che ad esso compete, di fatto obbliga la Corte a “procedere con una propria e autonoma soluzione, inevitabile in forza dell'imperativo di osservare la Costituzione”.

In questo quadro, il giudice comune è investito del compito di portare (o ri-portare) all'attenzione della Corte le questioni che, pur a fronte di un monito chiaro, non siano state prontamente risolte dal legislatore, onde consentire alla Corte medesima di adempiere al ruolo di garante della costituzione e dei diritti fondamentali, in linea con l'evoluzione della coscienza sociale.

Ciò, a parere del collegio, è particolarmente evidente laddove, come nella fattispecie, all'inammissibilità della questione pronunciata allo scopo di dar spazio al legislatore, abbia invece fatto seguito una totale assenza di interventi da parte di questo.

Del resto, non è estranea alla giurisprudenza della Corte costituzionale, laddove l'onere di interpretazione conforme viene meno lasciando il passo all'incidente di costituzionalità e laddove il compito del legislatore di provvedere all'adozione della disciplina necessaria a rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato non sia stato adempiuto, una pronuncia di illegittimità costituzionale, su una questione inizialmente dichiarata inammissibile (*ex aliis* Corte cost. n. 23/2013 e successiva sentenza n. 45/2015); questo perché “posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa - tanto più se attinente a diritti fondamentali - la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio’ (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale” (Corte cost. n. 242/2019).

Nel noto caso Cappato (Corte cost. n. 242/2019 e Corte cost. n. 207/2018, ord.), la Corte costituzionale ha rimarcato che la tecnica decisoria da ultimo richiamata (ordinanza di inammissibilità con contestuale monito al legislatore di intervenire nella materia) “ha l'effetto di lasciare in vita - e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile - la normativa non conforme a Costituzione”, proprio perché “la eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare”, in questo modo investendo di un preciso compito anche il giudice di merito, nel rimettere nuovamente alla Corte la questione rimasta priva di intervento normativo. Peraltro, nel caso richiamato un tale effetto non appariva tollerabile, non essendo consentito, per le peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori coinvolti, di attendere l'incertezza di una riproposizione della questione da parte dei giudici comuni, tanto che è stato prescelto un diverso modulo decisionale, mantenendo pendente il procedimento dinanzi alla Corte.

Nella materia che qui ci occupa, a fronte della dichiarata inammissibilità della questione, è ancora auspicato (sono queste le parole del Presidente della Corte) e quantomai fondamentale un intervento che tenga conto del monito relativo alla condizione anagrafica dei figli di coppie dello

stesso sesso, cui il collegio rimettente ritiene che, nell'inerzia del legislatore, la Corte possa porre rimedio.

Il Tribunale è dunque giunto al convincimento della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004 e dell'art. 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata il 4/11/1950, ratificata e resa esecutiva con L. n. 848 del 1955 e come interpretati dalla Corte EDU, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7/12/2000, agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20/11/1989, ratificata e resa esecutiva con L. n. 176 del 1991, agli artt. 1 e 6 Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Comitato dei Ministri del

Consiglio d'Europa il 25/1/1996 e ratificata dall'Italia con L. n. 77 del 2003, nella misura in cui impediscono l'attribuzione al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia di donne l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla c.d. madre intenzionale che, insieme alla madre biologica, abbia prestato il consenso alla pratica fecondata e, comunque, laddove impongono la cancellazione dall'atto di nascita del riconoscimento compiuto dalla madre intenzionale.

Valuterà la Corte ai sensi dell'art. 27 L. n. 87 del 1953, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità.

Il procedimento va quindi sospeso, con rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

Omissis

L'iscrizione delle due madri nell'atto di nascita del minore nato da PMA eterologa di nuovo all'attenzione della Corte costituzionale

di Francesco Linardi (*)

Il contributo analizza l'ordinanza con cui il Tribunale di Lucca solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004 e all'art. 250 c.c. laddove non prevedono la possibilità di iscrivere le due madri nell'atto di nascita del minore concepito all'estero tramite PMA. Viene analizzata la problematica giuridica sottesa a tale fattispecie, ripercorrendo l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità che vede nell'adozione mite il mezzo per garantire al minore lo *status filiationis* nei confronti del genitore cd. intenzionale. Vengono, dunque, esposte le criticità di tale orientamento, messe in luce dall'ordinanza in commento, per poi analizzare i possibili comportamenti del giudice costituzionale alla luce delle passate pronunce sul tema.

The paper analyzes the decision issued by the Court of Lucca, which raised a question of constitutional legitimacy regarding Articles 8 and 9 of Law n. 40/2004 and Article 250 of the Civil Code, insofar as they do not provide for the possibility of registering both mothers on the birth certificate of a child conceived abroad through assisted reproductive technology (ART). This study examines the current direction of the case law and highlights its critical issues, which has also been emphasized by the decision cited above, before analyzing the possible actions of the constitutional judge in light of past rulings on the matter.

Il caso

Con l'ordinanza in commento il Tribunale di Lucca solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 8 e 9, L. n. 40/2004 "nella misura in cui impediscono l'attribuzione al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia di donne l'attribuzione

dello status di figlio riconosciuto anche dalla c.d. madre intenzionale".

La questione origina dall'impugnazione, da parte della Procura della Repubblica, dell'atto di nascita di un minore nato in Italia a seguito di PMA eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne. L'ufficiale di stato civile, infatti, ha proceduto all'iscrizione di entrambe le donne nell'atto di nascita, in aperto

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

Procreazione medicalmente assistita

contrasto con l'orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

L'attuale orientamento di legittimità è infatti volto a negare la possibilità di formare in Italia un atto contenente l'indicazione di due madri (1), prospettando l'istituto dell'adozione in casi particolari come metodo per ottenere il riconoscimento del legame giuridico tra il minore e la madre c.d. intenzionale (2).

Sulla base di questo orientamento - nonché della circ. n. 3/2023 del Ministero dell'Interno - il procuratore della Repubblica presso il tribunale di Lucca ha proceduto all'impugnazione dell'atto di nascita ex art. 95, d.P.R. n. 396/2000 al fine di rettificare l'atto di nascita con l'esclusione dallo stesso del riferimento al genitore d'intenzione.

La questione giuridica

La problematica nasce dall'impostazione alquanto restrittiva della L. n. 40/2004 che, seppur costretta ad una certa evoluzione per via dei vari interventi della Corte costituzionale e della giurisprudenza interna e internazionale, continua a porre limiti stringenti per l'accesso alle tecniche di PMA.

La formulazione originaria della legge ammetteva la sola fecondazione omologa, così escludendo che l'embrione potesse essere formato con gameti esterni alla coppia. In tale contesto era impensabile il ricorso alla PMA da parte delle coppie omoaffettive, se non altro per l'impossibilità (naturalistica) di reperire all'interno della coppia ambo i gameti necessari alla formazione in vitro dell'embrione. Al di là del dato

naturalistico vi era poi l'ostacolo giuridico rappresentato dai limiti soggettivi di cui all'art. 5 della medesima legge, che consentiva (come fa tutt'ora) l'accesso alle tecniche in questione solo a "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

La Consulta, con la sentenza n. 162/2014 (3), lascia cadere il divieto assoluto di eterologa, senza al contempo intaccare i suddetti limiti soggettivi di accesso alle tecniche di PMA che vengono ritenuti dalla Corte costituzionalmente legittimi (4). Questo, dunque, il quadro normativo nazionale: un generalizzato divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie omoaffettive.

Ciò non toglie, però, che queste possano facilmente aggirare il divieto ricorrendo a tali tecniche in paesi in cui le stesse gli sono consentite, così ponendo l'ordinamento italiano dinanzi ad una discrasia tra giuridico e reale che spetta all'interprete ricomporre. Sul suono nazionale sono, infatti, presenti minori le cui modalità di nascita sono vietate dalla normativa nazionale, e che ciononostante necessitano di tutela e riconoscimento giuridico.

Al minore deve, infatti, essere riconosciuto il legame giuridico, non solo con il genitore biologico (5), ma anche con il partner della coppia che ha partecipato al progetto genitoriale senza apportare il materiale genetico (6). Il rapporto tra minore e genitore d'intenzione costituisce parte integrante della personalità del bambino ed è precipuo compito dello Stato darvi riconoscimento giuridico, salva una certa libertà circa i mezzi con cui addivenire a tale scopo (7).

(1) Cass. Civ. 3 aprile 2020, n. 7668, in *Corr. giur.*, 2020, 8-9, 1041, con nota di A.G. Grasso, *Nascita in Italia e PMA da coppie di donne: la Cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*; Cass. Civ. 23 agosto 2021, n. 23320, in questa *Rivista*, 2022, 2, 154, con nota di C. Diquattro, *Lo status del minore nato in Italia a una coppia di donne*; Cass. Civ. 2 agosto 2023, n. 23527, in questa *Rivista*, 2023, 12, 1058, con nota di R. Calvigioni, *L'atto di nascita da genitori dello stesso sesso non può essere formato in Italia: una nuova conferma dalla Cassazione*.

(2) Cass. Civ. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203, con nota di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; Cass. Civ. 8 maggio 2019, n. 12193, in questa *Rivista*, 2019, 7, 653, con nota di G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, e con nota di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*.

(3) Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1062, con nota di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*.

(4) Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, 548, con nota di I. Barone, *Fecondazione eterologa e coppia di donne: per la Consulta il divieto non è illegittimo*.

(5) Il che può apparire scontato, ma sul punto è stato necessario l'intervento della Corte EDU nei casi *Menesson c. Francia* e

Labasse c. Francia (ricorsi nn. 65192/11 e 65942/11). I casi non riguardavano, però, l'Italia: infatti, la Cassazione (Cass. Civ. 8 maggio 2019, n. 12193, cit., par. 13.2) ritiene che la regola generale in caso di attribuzione della genitorialità sia quella del legame biologico e che le eccezioni (pur legittime, come ricorda la Consulta nella sent. n. 162/2014) devono essere previste espressamente dal legislatore. Un caso in cui, anche in Italia, non era affatto scontato il riconoscimento del legame con il genitore biologico è quello affrontato dal tribunale di Agrigento (decreto del 6 aprile 2017, in www.articolo29.it) in cui la coppia aveva fatto ricorso alla surrogazione di maternità ricorrendo agli ovuli della madre intenzionale e non di una terza donatrice (come normalmente accade). Il caso è interessante, per quel che rileva in questa sede, soprattutto perché nel caso di PMA effettuata da una coppia femminile, in astratto, la gestante (normalmente riconosciuta come genitore nei registri dello stato civile) potrebbe non avere alcun legame biologico con il minore, al contrario della madre intenzionale che potrebbe aver donato gli ovuli.

(6) È l'ampio tema della genitorialità sociale su cui si veda, tra le tante pronunce della Corte EDU, *Nazarenko c. Russia* (ricorso n. 39438/13) e *Moretti e Benedetti c. Italia* (ricorso 16318/07).

(7) Corte EDU, causa D. c. Francia (ricorso n. 11288/18); Corte EDU, causa D. B. e altri c. Svizzera (ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15); Corte EDU, advisory opinion del 10 aprile 2019 (su cui si veda A. G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, 757);

La soluzione delle Sezioni Unite...

Nell'adempiere agli obblighi appena accennati la Corte di cassazione insiste nel distinguere tra le differenti tecniche utilizzate per il concepimento. *Summa divisio* è quella riguardante l'omogenitorialità maschile e quella femminile. La prima, infatti, al contrario della seconda, presenta l'ulteriore problema del necessario ricorso alla surrogazione di maternità, la quale, non solo non è permessa nel nostro ordinamento, ma è anche penalmente sanzionata (8). Alle coppie femminili è invece accessibile (naturalisticamente) la PMA eterologa, ossia quella tecnica che vede la formazione in vitro dell'embrione a partire da gameti non (o non del tutto) appartenenti alla coppia. Nonostante i limiti soggettivi di accesso pocanzi richiamati, è evidente che l'illiceità della condotta delle coppie femminili che accedono a tale pratica sia meno marcata che nel caso di surrogazione di maternità. Ed infatti, se nel caso di coppie maschili la Suprema Corte (9) ha ritenuto contrario all'ordine pubblico - e di conseguenza non trascrivibile - l'atto di nascita indicante i due padri, non così per quanto riguarda l'atto di nascita formato all'estero da una coppia di donne, il quale è considerato pienamente trascrivibile (10).

Diverso è, però, il caso sottoposto al Tribunale di Lucca, in cui l'atto di nascita è stato formato in Italia. In questo caso la Cassazione (11) esclude che

l'ufficiale di stato civile possa procedere alla formazione dell'atto contenente le due madri, venendo in rilievo - non tanto la contrarietà o meno della pratica all'ordine pubblico internazionale - ma la contrarietà della fattispecie alle norme di diritto interno. In altre parole, nel caso di nascita in Italia non vi è alcun atto straniero da trascrivere, per cui gli unici parametri normativi a disposizione dell'ufficiale di stato civile sono quelli interni.

Come si esporrà a breve, la normativa interna non sembra permettere l'iscrizione nell'atto di nascita delle due madri, e questo per il combinato disposto degli artt. 6, 8 e 9, L. n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c. Dunque, a seconda del luogo di nascita del minore, la Cassazione individua due esiti diversi circa la menzione delle due madri nell'atto di nascita, nonostante la situazione sostanziale sia la medesima (12).

Negata la via della formazione dell'atto di nascita contenente le due madri, la giurisprudenza di legittimità indica come unica strada per adempiere agli obblighi costituzionali di riconoscimento del legame con il genitore d'intenzione quella dell'adozione in casi particolari (13). La madre intenzionale (14) dovrebbe avviare il procedimento di adozione *ex art. 44, lett. d)*, L. n. 184/1983 al fine di costituire con il nato un rapporto di filiazione. L'adozione mite, in effetti, consente di instaurare un rapporto giuridico tra un minore e un adulto che abbia con il primo un preesistente legame di fatto, senza che il minore stesso debba trovarsi in uno stato di abbandono tale da legittimare il ricorso all'adozione piena. In questo

Corte EDU, causa C. c. Italia (ricorso n. 47196/21) in questa *Rivista*, 2024, 8-9, 729, con nota di E. Bilotti; Corte EDU, causa Bonzano e altri c. Italia (ricorso n. 10810/20); Corte EDU, causa Corona e altri c. Italia (29038/20); Corte EDU, causa Andrisani e altri c. Italia (2738/21). Le pronunce riportate sono tutte relative a casi di surrogazione di maternità, ma quest'ultima pone il medesimo problema relativo al riconoscimento della genitorialità sociale/intenzionale pur in assenza di legame biologico con il minore.

(8) È bene sottolineare come la questione della maternità surrogata esuli dalla problematica delle coppie omogenitoriali, ricorrendovi spesso coppie eterosessuali. Riguardava proprio una coppia italiana di sesso diverso il noto caso Paradiso e Campanelli c. Italia (ricorso n. 25358/12) deciso dalla Corte EDU. È necessario inoltre tener presente che la Corte EDU, ogni qualvolta ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 della Convenzione per il mancato instaurarsi del legame con il genitore d'intenzione, lo ha sempre fatto nell'ottica di una violazione dei diritti del nato e non dei genitori che hanno fatto ricorso alla pratica, con ciò negando la ricostruzione di un qualsiasi diritto a ricorrere alla surrogazione di maternità. La Corte costituzionale (Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1, 546, con nota di A. Gorgoni) addirittura ha ritenuto che la pratica in questione "offende in modo intollerabile la dignità della donna". Il divieto, dunque, pare essere costituzionalmente legittimo e non collidente in alcun modo con l'ordinamento convenzionale.

(9) Cass. Civ. 8 maggio 2019, n. 12193, in questa *Rivista*, 2019, 7, 653, con nota di G. Ferrando, *Maternità per sostituzione*

all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento, e con nota di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*; Cass. Civ. 30 dicembre 2022, n. 38162, in questa *Rivista*, 2023, 5, 408. Una leggera apertura pareva leggersi a seguito dell'ordinanza del 21 gennaio 2022, n. 1842 (in *Riv. dir. fam. e succ.*, 2022, 2, 172) con cui la Sez. I rimetteva la questione alle Sezioni Unite, ma queste ultime hanno mantenuto fermo il precedente orientamento.

(10) Cass. Civ. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, 1, 3329 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 362, con nota di G. Palmieri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; Cass. Civ. 15 giugno 2017, n. 14878, in questa *Rivista*, 2018, 1, 5, con nota di F. Longo; Cass. Civ. 23 agosto 2021, n. 23319, in *Foro it.*, 2022, 1, 293.

(11) V. nt. 1.

(12) Non è un caso che uno dei parametri di costituzionalità richiamati dall'ordinanza in commento sia proprio l'art. 3 Cost.

(13) Sull'evoluzione dello strumento dell'adozione mite si rimanda a M. Rizzuti, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021.

(14) Ma il medesimo strumento è indicato anche nel caso di maternità surrogata per il genitore non biologico (Cass. Civ. 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.).

Procreazione medicalmente assistita

caso evidentemente il bambino non si trova in stato di abbandono, potendo vantare la cura di quei soggetti che hanno investito tempo e risorse nel progetto genitoriale. Allo stesso tempo è indubbio che il genitore d'intenzione ha un legame particolarmente qualificato con il minore stesso, essendone di fatto genitore, pur in assenza del legame giuridico.

Con ciò potrebbe sembrare che il nostro ordinamento si sia adeguato alle istanze costituzionali e internazionali, in quanto la Corte EDU ha sempre lasciato liberi gli Stati di garantire con qualunque mezzo il riconoscimento giuridico del rapporto tra minore e genitore d'intenzione, pretendendo solo che il mezzo utilizzato sia capace di garantire un riconoscimento celere ed effettivo (15).

Rimane da capire se l'orientamento di legittimità sia effettivamente capace di assolvere fino in fondo a tali obblighi.

...e le sue criticità

Il Tribunale di Lucca, nell'ordinanza in commento, ritiene di non potersi adeguare all'orientamento ormai consolidato della Cassazione, in quanto l'adozione mite "non consente di assicurare al minore una tutela adeguata in termini di effettività e celerità".

Partendo da quest'ultimo profilo, è bene sottolineare che il procedimento di adozione, come tutti i procedimenti giudiziari, necessita di tempi più o meno fisiologici per il proprio espletamento, che può richiedere anche anni.

In secondo luogo, è bene tener presente che l'adozione può essere richiesta solo in mancanza di iscrizione del genitore nell'atto di nascita. Da ciò deriva un ulteriore rallentamento: se, infatti, l'ufficiale di stato civile ha provveduto a iscrivere le due madri, è necessario attendere l'impugnazione ex art. 95, d.P.R. n. 396/2000 al fine di introdurre il procedimento di adozione. Il che è ulteriormente aggravato dal fatto

che tale ultima disposizione statuisce che l'impugnazione può essere chiesta dal Procuratore della Repubblica "in ogni tempo". Nonostante formalmente sia una mera azione di rettificazione, di fatto si è dinanzi ad un'azione di stato senza limiti temporali (16).

Questo vale, ovviamente, qualora l'ufficiale di stato civile abbia proceduto all'iscrizione delle due madri. In caso contrario la coppia si trova dinanzi all'alternativa tra chiedere l'iscrizione - ed eventualmente impugnare il rifiuto - oppure percorrere sin da subito la strada dell'adozione, sottoponendosi così ad un iter giudiziario lungo ed incerto.

Di là dal profilo della celerità permane poi quello dell'effettività, vero tasto dolente dell'istituto. L'adozione mite nasce come istituto con effetti minori rispetto a quelli dell'adozione piena (non a caso detta legittimante). Solo quest'ultima era capace, nell'impianto originario della L. n. 183/1984, di creare uno status equivalente a quello di figlio nato nel matrimonio. A seguito della riforma del 2012 (17) è venuta meno la distinzione tra figli legittimi e naturali, affermandosi il principio di unicità dello status di figlio. Alla pluralità di fonti da cui origina il rapporto di filiazione si contrappone un unico status in capo al figlio, insensibile alla modalità di costituzione.

Questo in teoria. Nella pratica, per quel che interessa in questa sede, si registra(va)no delle differenze sostanziali di status tra l'adottato con adozione mite e tutti gli altri. Prima tra tutte era la mancanza di costituzione dei rapporti parentali tra adottato e parenti dell'adottante, ma la questione può dirsi ormai superata in seguito alla sentenza Corte cost. n. 79/2022 (18). Permangono altre differenze di minor conto, tra cui l'astratta revocabilità dell'adozione e l'assenza di diritti successori dell'adottante nei confronti dell'adottato (19).

Al netto di questi aspetti, però, rimane il vero punto critico dell'utilizzo dell'adozione per dare tutela alle

(15) Corte EDU, causa C. c. Italia, cit.

(16) Di contrario avviso è, ovviamente, la Suprema Corte, la quale sostiene che l'iscrizione delle due madri nell'atto di nascita, così come l'errata trascrizione di un atto di nascita straniero, non costituiscono azione di stato, "essendo volte ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quale risulta dall'atto dello stato civile, per un vizio, comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso" (Cass. Civ. 23 agosto 2021, n. 23319, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>). In ciò viene individuato il discrimine tra l'azione ex art. 95, d.P.R. n. 396/2000 e quella di cui all'art. 263 cc.: la prima ammissibile senza limiti di tempo e di natura non contenziosa, la seconda da risolversi in via contenziosa nelle forme del rito ordinario di cognizione con la partecipazione di tutti i soggetti interessati a contraddire alla domanda (Cass. Civ. 7 marzo 2022, n. 7413, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>). Al di là della

correttezza dogmatica dell'impostazione è indubbio che in entrambi i casi viene messa a serio rischio la certezza circa lo status del minore, il quale può essere di fatto rimosso senza limiti temporali in pieno contrasto con i principi che regolano ad oggi la materia dello *status filiationis*, sempre più incentrata alla stabilità dei rapporti anche a detrimento del *favor veritatis* (sull'evoluzione in tal senso si veda A. Gorgoni, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in *Pers. e merc.*, 2024, 4, 541).

(17) Ci si riferisce alla L. n. 219/2012 e al D.Lgs. n. 154/2013.

(18) Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in questa *Rivista*, 2022, 10, 897, con nota di M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*; si veda sul punto M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 5, 1013.

(19) Si rimanda a F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari e l'unicità dello status di figlio: riflessi sistematici del tramonto di*

situazioni in commento, e cioè l'incertezza circa la costituzione dello status derivante dalla necessità di una concorde volontà in tal senso di ambo i partecipanti al progetto genitoriale. L'adozione mite, infatti, presuppone il consenso del genitore biologico, che potrebbe mancare in concreto per via di una crisi sopravvenuta della coppia (20). Ecco allora che, proprio in uno dei momenti più delicati della vita di un minore, l'ordinamento verrebbe meno al compito di riconoscere il legame con il genitore d'intenzione. A tale inconveniente, già sollevato dalla stessa Consulta (21), sembra aver rimediato il giudice di legittimità, proponendo di superare il dissenso del genitore biologico qualora non sia giustificato (22).

Ma, ammesso che possa superarsi questo primo ostacolo in via interpretativa, ne rimane un altro connotato all'idea stessa di adozione: il procedimento è attivabile solo su istanza dell'aspirante adottante e mai da parte del minore o del genitore biologico (e men che meno da parte del Pubblico ministero). Fino ad ora si è dato per scontato che il genitore d'intenzione abbia la volontà di instaurare un rapporto giuridico con il minore, ma non è detto che l'intento originale perduri, soprattutto in caso di crisi della coppia. Un simile scenario, peraltro, diventa tanto più plausibile quanto più si allungano i tempi che intercorrono tra la nascita del bambino e la formalizzazione del procedimento di adozione, tempi che pocanzi si sono descritti come tutt'altro che brevi. La detestabile incertezza sul *quando* dell'adozione è capace così di tramutarsi in una intollerabile incertezza sull'*an*.

L'ordinanza in commento denuncia correttamente l'irrazionalità di un simile esito, soprattutto se confrontato con la speculare situazione della coppia eterosessuale. La L. n. 40/2004, infatti, già durante la vigenza del divieto di fecondazione eterologa eterosessuale, faceva salva la maternità e la paternità dei soggetti che, infrangendo il divieto, avessero dato seguito alla nascita del minore (art. 9). La volontà del legislatore storico è chiara e apprezzabile: il minore deve essere tutelato a prescindere dall'illiceità della condotta dei genitori (23) ed allo stesso tempo non deve essere concesso alla coppia di denegare la propria responsabilità nei confronti del nato eccedendo l'illiceità della loro condotta. Nel caso di coppia omoaffettiva, sembra esservi un intollerabile inversione del paradigma: al minore, unico titolare del diritto ad instaurare un rapporto giuridico con il genitore d'intenzione, viene negata ogni azione in tal senso; al contrario, all'adulto che ha posto in essere la pratica vietata viene lasciata la scelta sull'instaurarsi o meno del rapporto genitoriale, così portando ad un inedito diritto alla genitorialità che in più occasioni è stato negato dalla giurisprudenza costituzionale (24).

Al netto delle declamazioni teoriche l'attuale orientamento giurisprudenziale fa trasparire un'ottica adultocentrica che sembrava superata ormai da tempo (25), e ciò è tanto più grave quando si pretende di mascherarla sotto il principio del *best interest of the child*. Quest'ultimo rimane lemma vuoto se non lo si riempie adeguatamente di diritti che il minore (o chi per esso) possa concretamente azionare in giudizio in un'ottica di effettività (26).

una dogma, in *GenUS*, 2023, 1, 1; F. Ruggeri, *Adozione in casi particolari e modelli familiari, tra effettiva equiparazione dello status filiationis e legami parentali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 17bis, 684.

(20) Ma si pensi anche al caso, per molti versi analogo, della morte del genitore biologico precedentemente al provvedimento di adozione. Sul punto, in effetti, si è già espressa la Corte costituzionale (sent. 20 luglio 2007, n. 315) ritenendo costituzionalmente legittima l'impossibilità di procedere ad adozione mite in caso di premorienza del coniuge (si tentava dunque l'applicazione della lett. b dell'art. 44, L. n. 184/1983) qualora lo stesso sia genitore biologico del minore adottando. La possibilità di ripensare un simile orientamento è argomentabile per due ordini di ragioni: anzitutto, la sentenza in questione risale ad un momento storico in cui l'adozione mite non aveva assunto la centralità odierna, atteggiandosi piuttosto a disciplina eccezionale rispetto all'adozione piena; in secondo luogo, nella medesima sentenza, la Corte si è espressa nel senso della legittimità della disciplina del dissenso del genitore biologico, disciplina che si è detto essere stata superata in via interpretativa dal giudice di legittimità per il caso in cui il rifiuto si ponga in contrasto con l'interesse del minore.

(21) Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, in questa *Rivista*, 2021, 7, 680.

(22) Cass. Civ. 30 dicembre 2022, n. 38162, in questa *Rivista*, 2023, 5, 408; Cass. Civ. 29 agosto 2023, n. 25436, in questa *Rivista*, 2024, 4, 344, con nota di L. Vizzoni, *Richiesta di adozione*

del genitore intenzionale e "pentimento" del genitore biologico all'indomani delle Sezioni Unite della Cassazione. D'accordo in dottrina M. Cinque, *Adozione in casi particolari: parentela tra fratelli acquisiti?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 78.

Interessante sul punto è Trib. Trento 11 giugno 2024, in *DeJure*, in cui è stata disposta l'adozione nonostante l'intervenuta separazione della coppia, sul presupposto per cui la cessazione del rapporto di coppia non comporta il venir meno del legame genitori-figli. È giusto il caso di evidenziare che la pronuncia non è diretta applicazione del principio espresso dalla giurisprudenza di legittimità, in quanto il genitore biologico in questo caso ha acconsentito all'adozione.

(23) Il che è coerente con l'evoluzione più recente della giurisprudenza costituzionale che tende a separare sempre la condotta del genitore dalla sorte del minore. Una chiara indicazione in tal senso proviene da Corte cost. 29 maggio 2020, n. 102, in questa *Rivista*, 2020, 10, 893, con nota di P. Pittaro.

(24) Tra tutte Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in questa *Rivista*, 2021, 7, 677, con nota di M. Dogliotti.

(25) V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 405.

(26) Non è un caso che al figlio, primo titolare del diritto a veder riconosciuto il legame con i genitori, sia concessa dal codice una specifica azione in tal senso (v. art. 239 cc.), con ciò perpetuandosi quella violazione dell'art. 3 Cost. denunciata dall'ordinanza in commento.

I precedenti

Il Tribunale di Lucca, dunque, ritenendo inadeguato lo strumento dell'adozione mite per garantire i diritti del minore, solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 8 e 9, L. n. 40/2004 e all'art. 250 c.c. Lo scopo è quello di veder dichiarata l'incostituzionalità delle norme censurate nella parte in cui non permettono l'iscrizione anche della madre intenzionale nell'atto di nascita di un minore concepito tramite PMA eterologa all'estero.

Va sottolineato che questo non è il primo caso in cui viene portata la medesima questione dinanzi alla Consulta. Già l'ordinanza del 9 dicembre 2019 (27) del Tribunale di Padova sollevava questione di legittimità sulle medesime norme. In quell'occasione, la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibili le questioni con la sent. n. 32/2021 (28), con una motivazione peculiare. Formalmente le norme sono state fatte salve, non essendone stata dichiarata l'incostituzionalità, ma allo stesso tempo in motivazione viene sottolineata la contrarietà a Costituzione del quadro normativo vigente, invitando il legislatore ad intervenire sul punto. Ci si trova dinanzi ad una incostituzionalità accertata ma non dichiarata, o se si vuole ad una incostituzionalità prospettata (29).

La pronuncia riconosce che lo strumento dell'adozione in casi particolari non è sufficiente ad assicurare una adeguata tutela all'interesse del minore a veder riconosciuto il proprio legame con il genitore d'intenzione riportando alcuni dei motivi espressi nel paragrafo precedente.

Già nella precedente sent. n. 230/2020 (30) la Consulta aveva lasciato trasparire un monito circa la necessità che fosse garantita "una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la 'madre intenzionale', che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale" riconoscendo però che "le forme per attuarla attengono [...] al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore". Ebbene, ad un monito così pacato se ne sostituisce, stavolta, uno assai più deciso: afferma

la Corte che "al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore [...] questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio" (31) (corsivo aggiunto) e ancora che "questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tant'è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore" (32).

È il caso di sottolineare che il mutamento dei toni intercorrente tra le due pronunce non è dovuto, probabilmente, al solo protrarsi dell'inerzia legislativa (considerando che le pronunce intercorrono a distanza di pochi mesi l'una dall'altra). Una prima differenza rilevante risiede nella formulazione del quesito giuridico: nella sentenza del 2020 il tribunale rimettente pone la questione nell'ottica del genitore, tant'è che ad essere censurato è l'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016. Ciò comporta che una sentenza di accoglimento avrebbe confermato un certo orientamento che vorrebbe ricostruire un diritto alla genitorialità omosessuale, da sempre negato dalla Consulta.

La seconda differenza tra le due pronunce risiede nei casi concreti posti all'attenzione della Corte: nel caso sollevato dal tribunale di Venezia (sent. n. 230/2020) la ricorrente non aveva ostacoli nel procedere all'adozione in casi particolari, mentre in quello deciso con la sent. n. 32/2021 al genitore d'intenzione era preclusa la strada dell'adozione, per via del dissenso manifestato dal genitore biologico. In quest'ultimo caso, dunque, l'inadeguatezza del meccanismo adottivo risultava lampante.

L'atteggiamento della giurisprudenza di merito

Come spesso accade il legislatore è rimasto sordo al monito della Consulta, così mettendo i giudici di merito dinanzi ad una alternativa: continuare ad applicare le norme la cui incostituzionalità è stata accertata e, dunque, perseverare nell'indicazione dell'adozione mite come unica soluzione possibile per instaurare il rapporto di filiazione; oppure tentare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme censurate che possa portare ad una effettiva tutela dei diritti del minore.

(27) Trib. Padova. 9 dicembre 2019, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(28) Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

(29) Non è l'unico caso in cui la Corte fa ricorso a tale tecnica. Il riferimento è a Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132, ord., sulla diffamazione a mezzo stampa, ma anche a Corte cost. 11 maggio 2021, n. 97, ord., sull'ergastolo ostativo. Parzialmente diverso è quanto avvenuto nel noto caso Cappato (ord. 23 ottobre 2018, n. 207) in cui la Corte non ha dichiarato inammissibile la questione, ma ha assegnato un termine al legislatore fissando una nuova

udienza (all'esito della quale è stata dichiarata l'incostituzionalità con sent. 22 novembre 2019, n. 242).

(30) Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in questa *Rivista*, 2021, 7, 677, con nota di M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*. La questione era stata posta alla Corte dall'ordinanza del Trib. Venezia 3 aprile 2019, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(31) Corte cost. n. 32/2021, cit. par. 2.1.4.1.

(32) *Ibidem*.

Alcuni giudici (33), tentando la seconda alternativa, hanno sostenuto la necessità di distinguere due aspetti inerenti alla PMA: da una parte, l'accesso alle tecniche, regolato dall'art. 5, L. n. 40/2004; dall'altra, lo *status* del minore, regolato dagli artt. 8 e 9 della stessa. Tenendo distinti i due piani si arriva a riconoscere che il minore non dovrebbe rispondere del comportamento illecito tenuto dai genitori, e che a questi vada riconosciuto lo *status filiationis* a prescindere dalle modalità della nascita.

Come si è avuto modo di esporre in precedenza, tale risultato pare essere anche in linea con lo spirito originale che informava la L. n. 40/2004. Vi è da dire però che una simile interpretazione, per quanto persuasiva, si pone in netto contrasto con il significato letterale della disposizione di cui all'art. 8 il quale afferma sì che il nato ha lo *status* di figlio della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche in questione, ma si conclude con un inciso in cui si precisa "coppia [...] ai sensi dell'art. 6". A sua volta l'art. 6, recante la disciplina del consenso informato, fa riferimento in modo chiaro ai "soggetti di cui all'art. 5", tra cui non rientrano le coppie omoaffettive.

Quale che sia lo spirito della legge, dunque, la lettera pare essere chiara: requisiti di accesso e requisiti di riconoscimento, lungi dall'essere su due piani separati, si intersecano strettamente nell'impianto della L. n. 40/2004.

Peraltro, l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata è fatta propria dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 32/2021 laddove non viene indicata come possibile soluzione. Se davvero le norme in esame potessero, se correttamente interpretate, portare all'iscrizione delle due madri nell'atto di nascita, la Corte avrebbe ben potuto optare per una sentenza interpretativa di rigetto (34). Ora, al di là della questione prettamente giuridica circa la corretta interpretazione delle disposizioni censurate, è indubbio che uno dei (condivisibili) fini del Tribunale rimettente sia proprio quello di creare certezza in un panorama giuridico così frastagliato. Se è vero, infatti, che il minore ha diritto ad uno strumento che gli assicuri in modo effettivo il legame con il genitore d'intenzione, è anche vero che l'effettività dei diritti del singolo non può essere assicurata in assenza di una certezza a livello

normativo circa il contenuto del diritto stesso e delle modalità della sua attuazione.

Sollevare la questione di legittimità costituzionale crea sicuramente un ulteriore ritardo nel procedimento pendente dinanzi al giudice di merito, ma un tale sacrificio potrebbe essere compensato da un chiaro intervento della Consulta, che garantisca certezza per il futuro.

I possibili sviluppi

Le pronunce di incostituzionalità prospettate danno all'interprete uno strumento formidabile per prevedere il comportamento della Corte costituzionale, in quanto, pur facendo sopravvivere formalmente la disposizione sindacata, ne accertano l'incostituzionalità, così che in assenza di un mutamento del quadro normativo appare assai probabile una declaratoria in tal senso della norma.

Al fine di prevedere il comportamento della Corte è necessario (anche se forse non sufficiente) indagare se vi siano stati mutamenti nel quadro normativo - intercorrenti tra la sent. n. 32/2021 e l'ordinanza in commento - capaci di garantire in modo effettivo i diritti del minore. In effetti, come accennato, alcuni mutamenti vi sono stati, anche se non di matrice legislativa. Il riferimento è, da una parte, alla sent. 79/2022 (35) della stessa Corte costituzionale, la quale ha fatto un passo avanti verso l'equiparazione dello status dei minori adottati con adozione mite rispetto agli altri; dall'altra, all'orientamento di legittimità che rimette al giudice la possibilità di superare il dissenso all'adozione del genitore biologico (36).

Tale ultimo aspetto non è da sottovalutare, se si tiene conto del fatto che il caso concreto posto all'attenzione della Consulta nella sent. n. 32/2021 aveva ad oggetto proprio una fattispecie in cui il legame con il genitore d'intenzione non poteva instaurarsi per il tramite dell'adozione per via del mancato consenso del genitore biologico. Superato questo ostacolo in via interpretativa non sembra permanere nessuno di quegli aspetti critici evidenziati dalla Consulta nella sent. n. 32/2021, così rendendo incerto l'esito della questione ora pendente.

Ciò non toglie che permangano delle criticità nello strumento dell'adozione mite, criticità che l'ordinanza rimettente ha messo correttamente in luce e che si spera di aver delineato chiaramente (ancorché

(33) Trib. La Spezia 5 luglio 2019; Trib. Bologna 6 luglio 2018; Trib. Bologna 24 settembre 2019; App. Cagliari 16 aprile 2021; Trib. Milano 23 settembre 2021; App. Trento 16 gennaio 2020; Trib. Brescia 11 novembre 2020; Trib. Cagliari 28 aprile 2020; App. Roma 27 aprile 2020.

(34) Peraltro, al par. 2.3.1 della sentenza la Corte si dimostra consapevole del filone giurisprudenziale in questione, e ciononostante dichiara ammissibile la questione.

(35) Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, cit.

(36) Cass. Civ. 29 agosto 2023, n. 25436, cit.

sinteticamente) nel presente elaborato. Prima tra tutte, si diceva, l'esito inaccettabile cui si va incontro riconoscendo al solo genitore d'intenzione il diritto ad instaurare il rapporto giuridico con il minore senza riconoscere un'azione in tal senso al minore stesso (o a chi per lui).

Una sentenza di incostituzionalità potrebbe, al contrario, garantire una tutela effettiva del minore a vedersi riconosciuto il legame con il genitore d'intenzione. L'intervento, a ben vedere, non sarebbe neanche così a-sistematico come sembra affermare la Consulta nella sent. n. 32/2021 laddove riporta che "un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato" (37). Si tratterebbe semplicemente di estendere gli artt. 8 e 9 anche ai casi che esulano dai limiti soggettivi di cui all'art. 5, così creando quella distinzione tra limiti di accesso alle pratiche e riconoscimento dello *status* del minore che una parte della

giurisprudenza di merito ha già fatto propria in alcune pronunce.

Gli esiti potrebbero, semmai, creare una maggiore armonia nel complessivo panorama del diritto di famiglia, sempre più proteso a riconoscere l'autonomia dei diritti del minore rispetto alle condotte dei genitori. In tal modo al genitore d'intenzione sarebbe preclusa la possibilità di sottrarsi alle responsabilità che ha assunto nei confronti del minore promuovendone il concepimento, e allo stesso tempo al minore sarebbe garantito il riconoscimento istantaneo del legame con la coppia che ha condiviso il progetto genitoriale, al pari di qualunque altro minore nato in Italia.

L'auspicato intervento della Consulta potrebbe, allora, riallineare le norme di diritto interno alla vocazione personalistica sottesa alla Carta costituzionale, riconoscendo finalmente al minore di essere trattato davvero come fine, e non come mezzo per una dissuasione che rischia di ribaltare in modo intollerabile le scelte assiologiche di rango costituzionale e internazionale.

(37) Corte cost. n. 32/2021, par. 2.4.1.4.

Osservatorio di giurisprudenza civile

a cura di Antonella Batà

FONDO PATRIMONIALE

FAMIGLIA "NUCLEARE"

Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27792

La costituzione del fondo patrimoniale rientra tra le convenzioni matrimoniali; di conseguenza, la norma non si riferisce alla c.d. famiglia "parentale" bensì alla famiglia "nucleare": in essa sono compresi i figli, minori e maggiorenni, ancora a carico dei genitori e non autonomi patrimonialmente, nonché gli affiliati e i minori in affidamento temporaneo.

Il caso

Al termine della relazione sentimentale tra A e B, il Tribunale assegna l'immobile in comproprietà alla A, quale genitore collocatario della figlia minore. Successivamente, la donna conferisce la propria quota indivisa del suddetto immobile nel fondo patrimoniale costituito dai propri genitori, sig.ri C e D, avente a oggetto beni immobili di loro proprietà.

B allora conviene in giudizio la A e i suoi genitori per sentire dichiarare nullo e/o inefficace, in forza del combinato disposto degli artt. 1102, 1324, 1324 e 1418 c.c., l'atto pubblico costitutivo del fondo patrimoniale per mancanza e/o illiceità della causa e per mancanza del soggetto e dell'oggetto.

Il Tribunale rigetta la domanda per carenza di interesse, in quanto il fondo patrimoniale era stato costituito dalla A sulla sola quota indivisa pari alla metà dell'unità immobiliare, senza interessare in alcun modo la quota indivisa di comproprietà di B. La Corte d'Appello, invece, riforma la sentenza di primo grado e dichiara nullo per mancanza di causa l'atto pubblico di costituzione del fondo patrimoniale, osservando, tra l'altro, che l'art. 167 c.c. non si riferisce alla famiglia c.d. parentale, ma alla famiglia nucleare.

Avverso tale sentenza A, C e D propongono ricorso per cassazione, rilevando anche la nullità della decisione, per violazione dell'art. 112 c.p.c., avendo la Corte d'Appello investito di nullità l'intero atto notarile costitutivo del fondo patrimoniale, anche nella parte che attiene all'immobile di proprietà indivisa dei coniugi C e D, e ciò nonostante l'appellante avesse richiesto la declaratoria di nullità e/o inefficacia dell'atto pubblico soltanto con riferimento agli immobili intestati (pro quota: 50%) alla A.

La soluzione della Corte di cassazione e i collegamenti giurisprudenziali

La Suprema Corte accoglie parzialmente il ricorso. Per quanto riguarda la nullità del conferimento nel fondo patrimoniale dell'immobile in comproprietà tra A e B, la Corte rammenta che la costituzione del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.) è funzionale a far fronte ai bisogni della

famiglia, intesi come esigenze di vita dei suoi componenti, considerate anche con una certa ampiezza, ricomprendendo in esse, oltre alle esigenze primarie attinenti alla vita, anche i bisogni relativi allo sviluppo stesso della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa. La giurisprudenza di legittimità (in particolare, cfr. Cass. Civ., SS.UU., 13 ottobre 2009, n. 21658, in questa *Rivista*, 2010, 561, con nota di Baldini, e in *Corr. giur.*, 2010, 1613, con nota di Ridella, in *Guida dir.*, 2009, 49, 84, con nota di Leo, in *Riv. not.*, 2010, II, 412, con nota di Mazzotta, in *Corr. mer.*, 2010, 630, con nota di Travaglino) ha ribadito che la costituzione del fondo patrimoniale rientra tra le convenzioni matrimoniali; di conseguenza, la norma non si riferisce alla c.d. famiglia "parentale" bensì alla famiglia "nucleare": in essa sono compresi i figli, minori e maggiorenni, ancora a carico dei genitori e non autonomi patrimonialmente, nonché, secondo la dottrina, gli affiliati ed i minori in affidamento temporaneo. Il fondo patrimoniale può dunque costituirsi solo a beneficio di tutti i componenti della famiglia nucleare fondata sul matrimonio o sull'unione civile e i beneficiari godono di una semplice aspettativa di fatto ai proventi del fondo e alla destinazione finale dei beni (il principio si ritrova anche in Cass. Civ. 4 settembre 2019, n. 22069, ord., in *Giur. it.*, 2020, 1604, con nota di Serafin).

Il fatto che l'istituto in questione riguardi la sola famiglia nucleare si deduce anche dal dettato dell'art. 171 c.c., secondo cui lo scioglimento integrale del fondo patrimoniale, anche in assenza di atti dispositivi dei beni, si verifica nel caso del venir meno del vincolo matrimoniale (Cass. Civ. 8 agosto 2014, n. 17811, in *Dir. fam.*, 2015, I, 844, con nota di Flumeri, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 30, con nota di Ballerini), il che è indicativo del fatto che il legislatore ha inteso tutelare con il vincolo di destinazione derivante dal fondo patrimoniale i bisogni del solo nucleo familiare rappresentato dai coniugi e dai figli.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello ha escluso che il fondo fosse stato costituito per far fronte ai bisogni della famiglia di A, emergendo dall'atto costitutivo che le parti erano soltanto la A e i suoi genitori e non risultando in alcun modo che anche i bisogni della famiglia intesa come famiglia della A siano stati salvaguardati, per cui ha esattamente concluso che non può essere costituito un fondo patrimoniale in relazione ai bisogni di distinte famiglie nucleari e che il conferimento della quota di comproprietà della A sulla casa coniugale, in comunione con l'ex convivente di fatto B, risultava quindi privo di causa.

La Suprema Corte accoglie, invece, l'altro motivo di ricorso. La Corte d'Appello ha dichiarato la nullità dell'atto pubblico nella sua interezza, anche per ciò che attiene ai beni immobili conferiti nel fondo patrimoniale dai coniugi C e D, incorrendo nel vizio di extra petizione, posto che la parte appellante aveva chiesto la nullità e/o inefficacia dell'atto con riferimento alla destinazione nel fondo patrimoniale dell'immobile in comproprietà con la A. L'art. 1419 c.c. pone, infatti, la regola della non estensibilità

all'intero contratto della nullità che ne inficia eventualmente solo una parte, stabilendo, in via del tutto eccezionale, che la nullità parziale di un contratto o di singole clausole importi la nullità dell'intero contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità, il che nella specie non risulta, emergendo invece che i coniugi C e D avrebbero ugualmente costituito il fondo patrimoniale avente a oggetto i beni di loro rispettiva proprietà immobiliare anche qualora la figlia A non avesse conferito la propria quota (50%) di proprietà immobiliare.

SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI

DIRITTO AL MANTENIMENTO

Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27818, ord.

Nel giudizio di separazione personale le condizioni alle quali sono sottoposti il diritto al mantenimento e il suo concreto ammontare consistono soltanto nella non addebitabilità della separazione al coniuge in favore del quale viene disposto il mantenimento, nella mancanza, per il beneficiario, di adeguati redditi propri e nella sussistenza di una disparità economica fra i due coniugi, con la conseguenza che a quello cui non sia stata addebitata la separazione il mantenimento spetta nel concorso delle altre condizioni, a prescindere dal fatto che la separazione sia stata promossa con o senza addebito alla controparte.

Il caso

A propone ricorso per la separazione giudiziale, chiedendone l'addebito al marito, nonché l'affidamento esclusivo della figlia minore, un assegno di mantenimento per sé e per la figlia e l'assegnazione della casa familiare, di proprietà del marito. B non si oppone alla domanda di separazione, chiedendo l'esclusione del mantenimento per la moglie e l'affidamento condiviso della figlia.

Il Tribunale, con sentenza confermata in appello, accoglie la domanda di addebito avanzata dall'attrice, dispone l'obbligo del convenuto di contribuire al mantenimento della figlia, divenuta nelle more maggiorenne ma non economicamente autosufficiente, nella misura di euro 200,00 mensili, nonché l'obbligo di mantenimento della A nella misura di euro 300,00 mensili.

B propone allora ricorso per cassazione.

La soluzione della Corte di cassazione e i collegamenti giurisprudenziali

La Suprema Corte accoglie parzialmente il ricorso. Ritiene infatti inammissibili i motivi di ricorso relativi all'addebito della separazione e all'attribuzione dell'assegno di mantenimento a favore della moglie, in quanto diretti a sollecitare una diversa ricostruzione e un differente apprezzamento dei fatti. Il collegio precisa, comunque, che erroneamente il ricorrente deduce che la previsione dell'assegno di mantenimento in favore della moglie sia conseguita alla pronuncia di addebito a suo carico, in quanto la decisione impugnata si pone in linea con il principio, più volte affermato, secondo cui nel giudizio di separazione personale le condizioni alle quali sono sottoposti il diritto al mantenimento e il suo concreto ammontare consistono soltanto nella non addebitabilità della separazione al coniuge in favore del quale viene disposto il mantenimento, nella mancanza, per il beneficiario, di

adeguati redditi propri e nella sussistenza di una disparità economica fra i due coniugi, con la conseguenza che a quello cui non sia stata addebitata la separazione il mantenimento spetta nel concorso delle altre condizioni, a prescindere dal fatto che la prima sia stata promossa con o senza addebito alla controparte (così Cass. Civ. 1° marzo 2017, n. 5251, ord.).

La Suprema Corte accoglie, invece, i motivi di ricorso relativi all'assegno di mantenimento a favore della figlia maggiorenne. Ribadisce, infatti, che i presupposti su cui si fonda l'esclusione del relativo diritto, oggetto di accertamento da parte del giudice del merito e della cui prova è gravato il genitore che si oppone alla domanda, sono integrati: dall'età del figlio, destinata a rilevare in un rapporto di proporzionalità inversa per il quale, all'età progressivamente più elevata dell'avente diritto si accompagna, tendenzialmente e nel concorso degli altri presupposti, il venir meno del diritto al mantenimento, dall'effettivo raggiungimento di un livello di competenza professionale e tecnica del figlio e dal suo impegno rivolto al reperimento di una occupazione nel mercato del lavoro (cfr. Cass. Civ. 3 dicembre 2021, n. 38366, ord.). Inoltre, ove il figlio dei genitori separati abbia ampiamente superato la maggiore età, e non abbia reperito una occupazione lavorativa stabile o che, comunque, lo remunererà in misura tale da renderlo economicamente autosufficiente, adeguata alle sue competenze, non può soddisfare l'esigenza ad una vita dignitosa, alla cui realizzazione ogni giovane adulto deve aspirare, mediante l'attuazione dell'obbligo di mantenimento del genitore, bensì attraverso i diversi strumenti di ausilio, ormai di dimensione sociale, che sono finalizzati ad assicurare sostegno al reddito, ferma restando l'obbligazione alimentare da azionarsi nell'ambito familiare per supplire ad ogni più essenziale esigenza di vita dell'individuo bisognoso (cfr. Cass. Civ. 6 maggio 2024, n. 12123, ord.; Cass. Civ. 7 ottobre 2022, n. 29264, ord.).

Nel caso di specie, la Corte di appello non si è attenuta a questi principi e non ha consentito l'espletamento di attività istruttoria volta a dimostrare l'assunto del ricorrente, nonostante fossero state esposte le ragioni poste a fondamento delle relative domande.

ADOZIONE

SITUAZIONE DI ABBANDONO

Cassazione Civile, Sez. I, 30 ottobre 2024, n. 27999, ord.

In tema di adozione di minore, il giudice, nella valutazione della situazione di abbandono, quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità, deve fondare il suo convincimento effettuando un riscontro attuale e concreto, basato su indagini e approfondimenti riferiti alla situazione presente e non passata, tenendo conto della positiva volontà di recupero del rapporto genitoriale da parte dei genitori.

Il caso

Il Tribunale per i minorenni, in considerazione del grave degrado in cui vivevano i tre minori figli di A e B e dell'incapacità dei genitori di occuparsi del loro accudimento, poiché la madre era affetta da epilessia e ritardo mentale medio e il padre era in situazione di grave disagio in quanto privo di lavoro, alloggio e riferimenti familiari,

Osservatori

disponeva il collocamento della madre e dei minori presso una Comunità, con divieto di allontanamento e consegna dei minori senza autorizzazione. Successivamente, lo stesso Tribunale disponeva l'allontanamento dei minori dalla struttura educativa e il collocamento presso famiglie disponibili ad accoglierli a scopo solidaristico ovvero presso idonea casa famiglia, con segretazione del luogo di collocamento e divieto di visite e consegna dei bambini ai genitori e ai parenti. A seguito dell'intervento in giudizio dei nonni materni e di ulteriori indagini anche peritali, in particolare relative al nuovo nucleo familiare nel frattempo formatosi e composto dal padre A e dalla di lui nuova compagna, il Tribunale dichiarava comunque lo stato di adottabilità dei minori, rimarcando specificamente che il padre e la sua compagna avevano scarsa consapevolezza della complessità della situazione dei bambini, i quali avevano bisogni specifici e richiedevano un accudimento molto impegnativo e complesso.

La Corte d'Appello, disattesa l'istanza di rinnovo della C. T.U., conferma la sentenza di primo grado, ritenendo provato lo stato di abbandono dei minori, nonché l'irreversibile incapacità del padre di svolgere adeguatamente il suo ruolo genitoriale, considerata anche la mancanza di una valida rete familiare in grado di supportarlo nello svolgimento dei doveri connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale.

A propone allora ricorso per cassazione, rilevando, in particolare, come la Corte d'Appello non abbia valutato all'attualità e in concreto lo stato di abbandono.

La soluzione della Corte di cassazione e i collegamenti giurisprudenziali

La Suprema Corte accoglie il ricorso. A tal fine precisa che, secondo il proprio consolidato orientamento, in tema di adozione di minore, il giudice, nella valutazione della situazione di abbandono, quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità, deve fondare il suo convincimento effettuando un riscontro attuale e concreto, basato su indagini e approfondimenti riferiti alla situazione presente e non passata, tenendo conto della positiva volontà di recupero del rapporto genitoriale da parte dei genitori (tra le tante, cfr. Cass. Civ. 9 febbraio 2023, n. 4002; Cass. Civ. 1° dicembre 2015, n. 24445).

La dichiarazione di adottabilità del minore costituisce una *extrema ratio* che si fonda sull'accertamento dell'irreversibile non recuperabilità della capacità genitoriale, da compiersi tenendo conto che il legislatore ha stabilito il prioritario diritto del minore di rimanere nel nucleo familiare anche allargato di origine, quale tessuto connettivo della sua identità. La natura non assoluta, ma bilanciabile, di tale diritto impone un esame approfondito, completo e attuale delle condizioni di criticità dei genitori e dei familiari entro il quarto grado disponibili a prendersi cura del minore e delle loro capacità di recupero e cambiamento, ove sostenute da interventi di supporto adeguati anche al contesto socioculturale di riferimento (cfr. Cass. Civ. 14 settembre 2021, n. 24717, ord.).

Inoltre il ricorso alla dichiarazione di adottabilità di un figlio minore è consentito solo in presenza di fatti gravi, indicativi, in modo certo, dello stato di abbandono, morale e materiale, che devono essere specificamente dimostrati in concreto, senza possibilità di dare ingresso a giudizi sommari di incapacità genitoriale, seppure espressi da esperti della materia, non basati su precisi elementi fattuali idonei a dimostrare un reale pregiudizio per il figlio e di cui il giudice di merito deve dare conto (cfr. Cass. Civ. 14 aprile 2016, n. 7391).

Infine, è stato ribadito e precisato dalla giurisprudenza di legittimità che, in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità, il diritto del minore di crescere nell'ambito della propria famiglia d'origine, considerata l'ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, è tutelato dall'art. 1, L. n. 184/1983. Ne consegue che il giudice di merito deve prioritariamente tentare un intervento di sostegno diretto a rimuovere situazioni di difficoltà o disagio familiare e solo quando, a seguito del fallimento del tentativo, risulti impossibile prevedere il recupero delle capacità genitoriali entro tempi compatibili con la necessità del minore di crescere in uno stabile contesto familiare, è legittima la dichiarazione dello stato di adottabilità (cfr. Cass. Civ. 30 giugno 2022, n. 20948, ord.; Cass. Civ. 27 settembre 2017, n. 22589).

Nel caso di specie, secondo il collegio, la Corte di merito non si è attenuta ai suesposti principi, valorizzando essenzialmente circostanze riferibili al periodo anteriore al provvedimento con cui si disponeva il collocamento dei minori presso famiglie o idonee strutture educative, con segretazione del luogo di collocamento. In sostanza, la valutazione negativa è stata basata su comportamenti concreti e relazioni dei servizi sociali risalenti nel tempo, mentre da relazioni più recenti emergeva che il ricorrente si era trasferito in un nuovo ampio appartamento, pulito adeguatamente, con spazi adeguati ad accogliere i tre figli, senza contare il mancato accoglimento dell'istanza di ripetizione della CTU in fase di gravame. Inoltre, non si rinviene nella sentenza impugnata alcuna indicazione della tempistica e della tipologia degli interventi di sostegno che si affermano forniti. In altre parole, l'irreversibilità del recupero della totale idoneità genitoriale e l'eventuale necessità di recisione di ogni rapporto tra padre e figli potranno essere accertate, in base a dati concreti, solo dopo che il giudice di merito avrà prioritariamente verificato l'utile praticabilità di un intervento di sostegno diretto a rimuovere le particolari situazioni di difficoltà o disagio familiare, che nella specie hanno connotazioni assai delicate non solo a causa dei bisogni dei minori, ma anche a causa del lungo protrarsi della disposta interruzione di ogni rapporto tra il padre e i figli. Infatti, solo ove risulti impossibile, quando anche in base ad un criterio di grande probabilità, prevedere il recupero delle capacità genitoriali entro tempi compatibili con la necessità dei minori di vivere in uno stabile contesto familiare, è legittimo e corretto l'accertamento dello stato di abbandono (cfr. Cass. Civ. 26 marzo 2015, n. 6137).

MATRIMONIO

NULLITÀ E DANNI CONSEGUENTI

Cassazione Civile, Sez. III, 5 novembre 2024, n. 28390, ord.

Non rappresenta fatto costitutivo di responsabilità risarcitoria l'omessa comunicazione da parte di uno dei due coniugi, prima della celebrazione del matrimonio, dello stato psichico di concreta incertezza circa la permanenza del vincolo matrimoniale e della scelta di contrarre matrimonio con la riserva mentale di sperimentare la possibilità che il detto vincolo non si dissolva.

Il caso

A e B contraggono matrimonio, ma sei mesi dopo la celebrazione delle nozze la B instaura davanti al Tribunale

ecclesiastico un giudizio volto a far dichiarare la nullità del vincolo matrimoniale, asserendo di avere escluso il bene della indissolubilità e di essersi sposata con l'intenzione di rimanere sposata per lo stretto tempo necessario a fare una "prova" onde verificare se l'unione potesse reggere, intendimento totalmente sottaciuto ad A, che ne era venuto a conoscenza soltanto in occasione della causa canonica.

Il Tribunale ecclesiastico dichiara la nullità del matrimonio religioso, ma la Corte d'Appello rigetta l'istanza di delibazione della decisione ecclesiastica proposta dalla B per contrarietà all'ordine pubblico della caducazione del vincolo matrimoniale per effetto della riserva unilaterale di una parte, e ciò a tutela dell'affidamento dell'altro coniuge.

Successivamente A conviene in giudizio la B chiedendo il risarcimento del danno per avere la donna celato la determinazione di sposarsi per prova e per il deliberato accanimento, soprattutto processuale, dalla B realizzato in diversi ambiti giudiziari, contrastando, senza validi motivi, le richieste del marito di divisione dei beni in comunione dei coniugi e di divorzio.

Il Tribunale rigetta la domanda, con condanna di A al risarcimento del danno per responsabilità aggravata. La sentenza viene confermata dalla Corte d'Appello di Torino, la quale, tra l'altro, ritiene errato l'assunto di fondo dell'appellante, ossia l'esistenza di un obbligo giuridico di comunicazione all'altro coniuge delle intenzioni matrimoniali, posto che nel matrimonio, a differenza del contratto, vengono in rilievo diritti della personalità, incoercibili, da cui deriva la libertà della "scelta matrimoniale", pur se non adeguatamente soppesata e pur in mancanza di una compiuta condivisione con il futuro coniuge dei motivi intimi di tale scelta.

A propone allora ricorso per cassazione.

La soluzione della Corte di cassazione e i collegamenti giurisprudenziali

La Suprema Corte rigetta il ricorso. Rilevato che l'assunto di fondo dell'impugnazione è la denuncia della portata dannosa della mancata comunicazione da parte di uno dei coniugi, prima della celebrazione del matrimonio, della riserva mentale di contrarre quest'ultimo per prova, ritiene assorbente l'assenza di un comportamento che possa essere configurato quale produttivo di un danno ingiusto, o altrimenti pregiudizievole sulla base di una sorta di responsabilità prenegoziale.

Nel caso di specie, non è stata accolta la domanda di riconoscimento della sentenza ecclesiastica, stante la contrarietà all'ordine pubblico derivante dalla necessità di protezione dell'affidamento incolpevole del coniuge ignaro della riserva mentale. L'assenza di una nullità rilevante per l'ordinamento civile sgombra subito il campo dalla responsabilità del coniuge in mala fede ai sensi dell'art. 129-bis c.c.

Quanto alla responsabilità risarcitoria per la mancata comunicazione della riserva mentale sulla possibile dissolubilità del matrimonio a causa del ravvisato concreto rischio di emersione di fatti che avrebbero potuto rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, la Suprema Corte ribadisce i principi affermati dalle sezioni unite, secondo cui, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello

di procedere a una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un tale interesse può dare luogo a un "danno ingiusto", e a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta (cfr. Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giur. cost.*, 1999, 3217, con nota di Satta; *ivi*, 4045, con note di Scoca e Azzariti; *ivi*, 579, con nota di Tarullo; in *Dir ed economia ass.*, 1999, 1096; in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con note di Palmieri e Pardolesi; *ivi*, 3201, con note di Fracchia, Sconditti, Romano e Caranza; *ivi*, 2487; in *Foro amm.*, 1999, I, 1990, con nota di Caianiello - Delfino - Iannotta; in *Mass. giur. lav.*, 1999, 1272; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261, con nota di Morelli; in *TAR*, 1999, II, 225, con nota di Bonanni; in *Corr. giur.*, 1999, 1367, con note di Di Majo e Mariconda; in *Arch. civ.*, 1999, 1107; in *Riv. giur. ed.*, 1999, I, 1221, con nota di Parisio; in *Foro amm.*, 2000, I, 349, con nota di Soricelli; *ivi*, 2062, con note di Salemme e Carpinelli; in *Resp. civ.*, 2000, 981; in *Giur. it.*, 2000, 21, con nota di Moscarini; *ivi*, 1380, con nota di Pizzetti). La necessità della comparazione deriva dalla circostanza che nella nozione di ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. deve essere considerato il comportamento del danneggiante, il quale deve essere *non iure* (privo di giustificazione per il diritto) ai fini dell'integrazione della fattispecie di responsabilità; la comparazione si risolve nella prevalenza dell'interesse della vittima, reputato rilevante dall'ordinamento giuridico, che è la sfera dove si colloca il danno, laddove tuttavia manchi un interesse normativamente protetto in capo al soggetto che chi promuove l'azione di responsabilità identifica come danneggiante.

Ciò premesso, il collegio rileva come la libertà matrimoniale sia un diritto della personalità, sancito anche dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel vigente diritto di famiglia, contrassegnato dal diritto di ciascun coniuge, a prescindere dalla volontà o da colpa dell'altro, di separarsi e divorziare, in attuazione di un diritto individuale di libertà riconducibile all'art. 2 Cost., ciascun coniuge può legittimamente far cessare il proprio obbligo di fedeltà proponendo domanda di separazione ovvero, ove ne sussistano i presupposti, direttamente di divorzio. Con il matrimonio, infatti, secondo la concezione normativamente sancita del legislatore, i coniugi non si concedono un irrevocabile, reciproco ed esclusivo *ius in corpus* - da intendersi come comprensivo della correlativa sfera affettiva - valevole per tutta la vita, al quale possa corrispondere un "diritto inviolabile" di ognuno nei confronti dell'altro, potendo far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge (cfr. Cass. Civ. 15 settembre 2011, n. 18853, in *Guida dir.*, 2011, 42, 12, con nota di Fiorini; in *Giur. it.*, 2012, 1541, con nota di Rizzuti; in *Danno e resp.*, 2012, 382, con nota di Amram - Oliari; in *Dir. fam.*, 2012, I, 1447, con nota di Petta; *ivi*, 196, con nota di Cicero - Di Franco; *ivi*, 169, con nota di Giacobbe). Ed è stato anche affermato che l'ordinamento non tutela il bene del mantenimento della integrità della vita familiare fino a prevedere che la sua violazione di per sé possa essere fonte di una responsabilità risarcitoria per dolo o colpa in capo a chi con la sua volontà contraria o comunque con il suo comportamento ponga fine o dia causa alla fine di tale legame (cfr. Cass. Civ. 7 marzo 2019, n. 6598, ord., in *Guida dir.*, 2019, 17, 33, con nota di Fiorini; in *Foro it.*, 2019, I, 1587, con nota di Bona).

L'atto di impegno matrimoniale è rimesso alla libera e responsabile scelta del soggetto, quale espressione della piena libertà di autodeterminarsi al fine della celebrazione del matrimonio. Tale libertà non può essere limitata da un obbligo giuridico di comunicare alla propria controparte uno stato soggettivo quale l'incertezza circa la permanenza del vincolo matrimoniale, avvertendo il soggetto il rischio concreto della sua dissoluzione ed effettuando la scelta matrimoniale nella consapevolezza di tale rischio, ciò che in altri termini comporta un tentativo o prova di convivenza matrimoniale. Alla luce della libertà della scelta matrimoniale non emerge, dalla mancata comunicazione dello stato d'animo di incertezza in questione, un interesse della controparte meritevole di tutela da parte dell'ordinamento con il riconoscimento del rimedio risarcitorio e, dunque, un danno ingiusto.

La riserva mentale circa la concreta possibilità della dissoluzione del matrimonio è pertanto improduttiva di effetti per l'ordinamento italiano, sia dal lato del coniuge portatore della riserva, che non può avvantaggiarsene fino a conseguire la nullità del matrimonio (in conformità del resto alla generale irrilevanza della riserva mentale in materiale negoziale), sia dal lato dell'altro coniuge, che non è titolare di un interesse meritevole di tutela risarcitoria per l'ordinamento, per avere fatto affidamento sulla mancanza di quella riserva.

ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE

NUOVO CREDO RELIGIOSO

Corte d'Appello di Napoli 30 luglio 2024

Il mutamento di fede religiosa e la conseguente partecipazione alle pratiche collettive del nuovo culto, configurandosi come esercizio dei diritti garantiti dall'art. 19 Cost., non possono di per sé considerarsi come ragione di addebito della separazione, a meno che l'adesione al nuovo credo religioso non si traduca in comportamenti incompatibili con i concorrenti doveri coniugali.

Il caso e i collegamenti giurisprudenziali

R, premesso di avere contratto matrimonio concordatario con C e che dall'unione era nato il figlio D, chiede la separazione giudiziale dalla coniuge con addebito alla stessa, per il comportamento verbalmente violento ed aggressivo che la C aveva assunto da quando aveva incominciato a frequentare una congregazione religiosa e per la reiterata violazione dei doveri coniugali. La R chiede a sua volta che la separazione sia pronunciata con addebito di responsabilità al marito.

Il Tribunale pronuncia la separazione personale dei coniugi, rigettando le reciproche domande di addebito della responsabilità e ponendo a carico di R l'obbligo di contribuire al mantenimento della moglie e del figlio; in particolare, ritiene non provato il comportamento verbalmente violento ed aggressivo della moglie né l'efficacia causale nella determinazione della crisi coniugale e afferma che la partecipazione agli incontri di preghiera non possa costituire di per sé ragione di addebito.

La Corte d'Appello rigetta il gravame proposto da R, per cui quest'ultimo propone ricorso per cassazione.

La Suprema Corte accoglie il ricorso. A tal fine, precisa che il mutamento di fede religiosa e la conseguente partecipazione alle pratiche collettive del nuovo culto, configurandosi

come esercizio dei diritti garantiti dall'art. 19 Cost., non possono di per sé considerarsi come ragione di addebito della separazione, a meno che l'adesione al nuovo credo religioso non si traduca in comportamenti incompatibili con i concorrenti doveri di coniuge previsti dall'art. 143 c.c., in tal modo determinando una situazione di improseguibilità della convivenza (cfr. Cass. Civ. 19 luglio 2016, n. 14728, ord.; Cass. Civ. 6 agosto 2004, n. 15241, in questa *Rivista*, 2005, 171, con nota di Bugetti; in *D&G*, 2004, 37, 39, con nota di Fittipaldi; in *Dir. fam.*, 2005, I, 797, con nota di Busacca; in *Dir. ecclesiastico*, 2005, II, 110). In ogni caso, la dichiarazione di addebito della separazione implica la prova che l'irreversibile crisi coniugale sia ricollegabile in via esclusiva al comportamento volontariamente e consapevolmente contrario ai doveri nascenti dal matrimonio di uno o di entrambi i coniugi, ossia che sussista un nesso di causalità fra i comportamenti addebitati e il determinarsi dell'intollerabilità dell'ulteriore convivenza, per cui, in caso di mancato raggiungimento di prova del fatto che il comportamento contrario ai predetti doveri tenuto da uno dei coniugi, o da entrambi, sia stato la causa efficiente del fallimento della convivenza, legittimamente viene pronunciata la separazione senza addebito (cfr., tra le varie, Cass. Civ. 20 dicembre 2021, n. 40795, ord.). Il giudice di merito, laddove intenda sostenere che una determinata condotta che di per sé varrebbe a integrare una violazione dei doveri conseguenti al matrimonio non sia idonea a giustificare l'addebito della separazione, essendo non la causa del fallimento dell'unione matrimoniale ma la conseguenza di una situazione di crisi già irrimediabilmente in atto, deve fondare una simile constatazione su una compiuta descrizione della situazione di vita invalsa fra i coniugi in epoca precedente al verificarsi della condotta di cui intende sminuire il valore eziologico.

Nel caso di specie, secondo i giudici di legittimità, la Corte d'Appello ha ritenuto che la violazione dei doveri coniugali ascritta alla C, in termini di atteggiamenti di indifferenza verso il marito, non trovasse adeguata conferma nella deposizione testimoniale raccolta; inoltre, la negazione dell'esistenza di un nesso di causalità fra i comportamenti lamentati e il determinarsi dell'intollerabilità dell'ulteriore convivenza è rimasta affidata alla constatazione di una situazione di fatto priva di sicura collocazione temporale, ignorando una serie di condotte significative indicate dalla deposizione del teste escusso, condotte che, ove fossero consistite in un comportamento moralmente violento, dovevano essere considerate ontologicamente incompatibili con gli obblighi di assistenza morale e materiale e collaborazione nell'interesse della famiglia a cui ciascuno dei coniugi è tenuto ex art. 143, comma 2, c.c., assumendo incidenza causale effettiva e preminente rispetto a qualsiasi causa eventualmente preesistente di crisi dell'*affectio coniugal*is (cfr. Cass. Civ. 22 marzo 2017, n. 7388, ord.). Cassata con rinvio la sentenza impugnata, R riassume la causa dinanzi alla Corte d'Appello, chiedendo, oltre che la revoca dell'assegno di mantenimento in favore del figlio, ormai maggiorenne e autosufficiente, di addebitare alla C la separazione, con revoca automatica dell'assegno a favore di quest'ultima.

La soluzione della Corte d'Appello

La Corte d'Appello accoglie l'impugnazione. Riguardo all'addebitabilità alla C della separazione coniugale, i giudici di merito evidenziano come il teste escusso ha riferito che a seguito dell'assidua frequenza della donna alle riunioni del gruppo religioso erano iniziati i dissapori con il marito, e che, al di là delle liti afferenti alla pretesa della C di far frequentare al marito la congregazione religiosa, la

donna aveva iniziato a trascurare il marito non solo attraverso atteggiamenti di disaffezione tradottisi in atteggiamenti trascuranti nelle faccende di vita quotidiana e rincasando tardi la sera, ma anche denigrandolo alla presenza dei familiari, trascorrendo molto tempo dinanzi al computer e rivolgendogli pressanti richieste di denaro. Pertanto, alla stregua della compiuta ricognizione delle dichiarazioni del teste escusso, la Corte trae conferma delle prospettazioni avanzate dall'appellante in ordine alle cause della crisi coniugale, e ritiene che gli atteggiamenti della C vadano qualificati

in termini di condotte ontologicamente incompatibili con gli obblighi di assistenza morale e materiale e di collaborazione nell'interesse della famiglia a cui ciascuno dei coniugi è tenuto ai sensi dell'art. 143, comma 2, c.c., suscettibili di determinare l'addebito della separazione, essendone emersa l'efficienza causale in ordine alla crisi della coppia. Da ciò discende automaticamente l'esclusione dell'obbligo dell'appellante di contribuire al mantenimento della coniuge (cfr. art. 156 c.c.), con effetto decorrente dalla proposizione della domanda di controparte.

Terzo settore

Amministrazione di sostegno e conflittualità familiare: per una valorizzazione degli enti del Terzo settore

di Mario Renna (*)

Due recenti decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di cassazione consentono di soffermarsi sull'amministratore di sostegno e sull'importanza di nominare una persona idonea. Viene prestata attenzione alla possibile nomina di un ente del Terzo settore.

Starting from two recent judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Cassation we will focus on the legal guardianship with particular attention to appointment criteria. Attention is paid to the possible appointment of a Third sector entity as guardian.

Il caso Calvi e C.G. c. Italia

La Corte europea dei diritti dell'uomo, mediante la sentenza del 6 luglio 2023, si è pronunciata sulla compatibilità della misura dell'amministrazione di sostegno con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ravvisando l'avvenuta violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (1). La controversia, come chiarito al par. 25 della sentenza, sollevava "questioni gravi relativamente alle condizioni di vita delle persone anziane nelle residenze sanitarie assistenziali, che assumono un carattere di interesse generale data la vulnerabilità delle persone che risiedono in tali istituti".

In seguito all'amministrazione di sostegno, disposta il 9 maggio del 2017, a margine del ricorso proposto dalla sorella, nei riguardi del secondo ricorrente (per l'appunto, C.G.), e limitata all'amministrazione del patrimonio del beneficiario, si sono susseguite ben tre perizie psicologiche, nonché si è registrato il cambio di due amministratori, ma soprattutto una relazione

dei servizi sociali (datata 12 febbraio 2020) che mise in evidenza la necessità di proteggere C.G.: a conforto di ciò si insisteva sulla prodigalità (2), sulla pressoché totale cecità, nonché sull'insalubrità del luogo in cui dimorava. Con successivo provvedimento del 20 maggio 2020, il perimetro dell'amministrazione di sostegno fu esteso anche agli aspetti attinenti alle cure personali di C.G. L'amministratore veniva abilitato a prestare il consenso in nome dell'interessato con riguardo a possibili inserimenti presso strutture socio-sanitarie adeguate alla cura e al ricovero. Tale eventualità si concretizzò il 26 ottobre 2020, allorché il terzo amministratore di sostegno fu autorizzato dal giudice a compiere quanto necessario per provvedere all'ingresso di C.G. presso una residenza sanitaria assistenziale.

Ora, come si può osservare dalla lettura dei vari passaggi argomentativi, è risultato mancare il consenso da parte di C.G. al ricovero: questi, invero, acconsentì ad un solo ingresso provvisorio. Inoltre,

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

(1) Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, ric. n. 46412/21 (6 luglio 2023), spec. par. 29. Per un commento Rossi, *Calvi e C.G. c. Italia: un'occasione per ripensare il diritto alla fragilità*, in *Quad. cost.*, 2023, 918 ss.; nonché Bona, *L'amministrazione di sostegno, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il modello sociale della disabilità*, in *Foro it.*, 2024, IV, 1 ss. Cfr., altresì, Carapezza Figlia,

Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 873 ss.

(2) Il giudice tutelare, mediante il provvedimento del 2017, rimarcava l'adesione da parte di C.G. ai "precetti francescani": tuttavia, l'incapacità di gestire i limiti di una tale condotta poneva la persona in una situazione di vulnerabilità tale da legittimare il ricorso all'amministrazione di sostegno.

Amministrazione di sostegno

C.G. venne “condannato” ad un vero e proprio stato di isolamento, venendogli preclusa ogni comunicazione fisica e a distanza interpersonale. L’isolamento coatto ebbe una eco mediatica (3) e fu censurato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale. Per l’organismo statale indipendente, il lungo protrarsi dell’internamento, in assenza di una pianificazione di un progetto di vita, in stretta connessione funzionale con l’adozione della misura dell’amministrazione di sostegno, finiva per rendere evidente la violazione della libertà di autodeterminazione di C.G. sotto il versante fisico/corporale e residenziale, risolvendosi in un provvedimento contrario all’integrità fisica e psichica (4). Si rendeva, dunque, necessaria una globale rivalutazione contestuale, nel segno di una ridefinizione delle misure assunte, in omaggio al rispetto dei diritti fondamentali dell’interessato. Sempre il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, a più riprese, invitò le autorità competenti ad adottare ogni misura necessaria che favorisse l’abbandono della struttura da parte di C.G. e il rientro a casa (5).

Secondo i giudici, la misura assunta nei confronti di C.G. ha costituito una ingerenza nella vita privata, pur perseguendo lo scopo legittimo, in conformità all’art. 8, comma 2, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, “della protezione del secondo ricorrente contro, in un primo tempo, il rischio di indigenza e, a partire dal 2020, un indebolimento di ordine fisico e mentale” (6). È impregiudicata l’esistenza di un margine di apprezzamento “lasciato inevitabilmente” alle autorità nazionali: margine che, tuttavia, si restringe, progressivamente, “quando il diritto in gioco è fondamentale per il godimento effettivo da parte della persona di diritti intimi o fondamentali” (7). Diviene, giocoforza, essenziale, secondo la prospettiva della Corte giudicante, valutare “se il processo decisionale che ha condotto alle misure di ingerenza sia stato equo e tale da assicurare il rispetto degli interessi che l’articolo 8 garantisce alle persone” (8).

È necessario, allora, insistere sulla legalità procedurale, al fine di costatare la violazione o il rispetto dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: “quando sono in gioco delle implicazioni così

importanti per la vita privata di una persona, il giudice deve bilanciare scrupolosamente tutti i fattori pertinenti per valutare la proporzionalità della misura da adottare” (9). Il vaglio di proporzionalità non è stato superato, in quanto le autorità competenti non hanno assicurato, “data la vulnerabilità particolare che ritenevano di aver individuato” (10), nel corso della permanenza di C.G. presso la struttura sanitaria, l’adozione di ogni misura volta al mantenimento dei rapporti sociali e tesa a favorire la ricollocazione domiciliare dell’assistito. Come può apprezzarsi, “l’isolamento dal mondo esterno” (11) e la totale dipendenza di C.G. dall’amministratore di sostegno, in difetto di ulteriori e più gravi misure volte ad operare in caso di mancanza di autonomia, hanno determinato una distorsione dell’amministrazione di sostegno: “nel caso di specie, le autorità, in pratica, hanno abusato della flessibilità dell’amministrazione di sostegno per perseguire finalità che la legge italiana attribuisce, con limiti molto rigorosi, alla T.S.O. [...], e che l’inquadramento legislativo di quest’ultima è stato dunque caratterizzato da un ricorso abusivo all’amministrazione di sostegno” (12).

Nel dichiarare l’avvenuta violazione dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, la Corte ha statuito quanto segue: “anche se l’ingerenza perseguiva lo scopo legittimo di proteggere il benessere, in senso ampio, del secondo ricorrente, essa non era tuttavia, in riferimento alla gamma delle misure che le autorità potevano adottare, né proporzionata né adeguata alla sua situazione individuale. Pertanto, l’ingerenza non è rimasta entro i limiti del margine di apprezzamento di cui le autorità giudiziarie beneficiavano nel caso di specie” (13).

L’ordinanza della Corte di cassazione del maggio 2024, n. 13612

L’ordinanza in questione dei giudici di legittimità permette di riflettere attorno all’applicazione dell’art. 408 c.c. e, quindi, sulle logiche e sui criteri di scelta dell’amministratore di sostegno.

La conflittualità tra fratelli, come rilevato dalla corte d’Appello etnea, aveva alimentato un forte stato di stress da parte della madre, beneficiaria dell’amministrazione di sostegno: risultava assente un’efficace

(3) Il noto programma televisivo “Le Iene” realizzò nel novembre del 2020 un’inchiesta volta a denunciare l’accaduto.

(4) Raccomandazione del 18 marzo 2021 inviata alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lecco.

(5) Par. 38, nonché par. 41.

(6) Par. 43.

(7) Par. 44.

(8) Par. 45.

(9) Par. 53.

(10) Par. 54.

(11) Par. 55.

(12) Par. 58.

(13) Par. 64.

Amministrazione di sostegno

rete di protezione familiare, spontanea e disinteressata, volta a preservare la salute dell'anziana madre, tutelando, contestualmente, i compendi patrimoniali. I germani, secondo i canoni regolatori espressi dall'art. 408, comma 1, c.c., risultavano inidonei alla cura e alla protezione degli interessi della madre.

La nomina di un amministratore estraneo alla cerchia familiare è stata giustificata dall'"apprestare la migliore tutela all'amministrata": questo vincolo finalistico, come chiariscono i giudici, non può essere compresso da un elenco soggettivo intra-familiare, così come scandito sempre dall'art. 408, comma 1, c.c. e presuntivamente interpretato in senso tassativo. Diversamente, verrebbe pregiudicato il margine di discrezionalità riconosciuto dalla legge al giudice di merito nell'individuare l'amministratore di sostegno ponendo mente "esclusivamente alla cura degli interessi del beneficiario" (14).

Conflittualità familiare e amministratore di sostegno "esterno": per una valorizzazione del ruolo dell'ente del Terzo settore

Le due controversie ricomposte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di cassazione lasciano emergere la centralità di una lettura coordinata dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dell'art. 12, comma 4 della Convenzione

delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità (15) e dell'art. 408, comma 1, c.c. (16).

Si afferma la necessità di garantire un sistema di sostegno (17) modellato sulle esigenze della persona assistita (18) e, quindi, edificato sul primato della cura e degli interessi del beneficiario (19), nonché sulla salvaguardia dell'autonomia.

Come si legge in un recente scritto del Professore Paolo Cendon, sarebbe auspicabile un ammodernamento della disciplina dell'ADS nel segno di una integrazione dei soggetti coinvolti nel procedimento di supporto delle persone prive di autonomia. Viene suggerita la previsione di "un Ufficio-Sportello comunale per la fragilità, in ogni Comune o Consorzio di Comuni, affidato al coordinamento dell'assessore comunale alle politiche sociali che lo possa gestire eventualmente con una apposita fondazione, che promuova e sovrintenda l'aggregazione delle risorse locali, dell'ente pubblico, del territorio, delle associazioni di Terzo settore [...]. Uno sportello che prenda in carico la fragilità del territorio e lavori per rimuovere gli ostacoli, coinvolgendo tanti soggetti, pubblici e privati. Lo sportello garantirebbe una sorta di regia della vita del fragile nel territorio, in cui c'è anche un 'controllo' della persona affinché non sia abbandonata a se stessa" (20).

Insistere sul ruolo degli enti del Terzo settore, al contempo, non significa limitarsi a censire l'operatività di associazioni attive nell'ambito della

(14) V., anche, Cass. Civ. 26 settembre, 2011, n. 19596, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(15) Convenzione fatta a New York il 13 dicembre 2006. La L. n. 18/2009 ha autorizzato il Presidente della Repubblica alla ratifica della predetta Convenzione e dato piena e intera esecuzione alla stessa. L'art. 12, comma 4 della Convenzione, prevede che: "Gli Stati Parti assicurano che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone". Il Comitato sui diritti delle persone con disabilità, in data 31 agosto 2016 (CRPD/C/ITA/CO.1), ha raccomandato: a) l'abrogazione di tutti gli istituti, tra cui l'amministrazione di sostegno, che determinano una sostituzione nella presa di decisioni da parte del singolo soggetto tutelato; b) l'adozione di provvedimenti, tesi a sostenere la formazione di professionisti nell'ambito giudiziario, sanitario e sociale.

(16) Venchiarutti, *La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità*, in AA. VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli, 2023, 1379. V., altresì, Viglione, *Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità*, ivi, 1401 ss. Un'interpretazione

conforme alla Convenzione passa dalla valorizzazione dell'art. 408 c.c.: così, Barba, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 448. Ora, Carapezza Figlia, *Amministrazione di sostegno: una rilettura assiologica*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 817 ss.

(17) L'art. 12, comma 3 della Convenzione recita: "Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica". Per Barba, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, cit., 434, al fine di assicurare la dovuta conformità del diritto italiano alla Convenzione, occorre che "l'amministrazione di sostegno non determini una sostituzione nella assunzione delle decisioni, ma un sostegno nella assunzione delle decisioni, riservando la sostituzione a casi eccezionali e rispetto ai quali sia, altrimenti impossibile ogni altra soluzione".

(18) Osserva Al Mureden, *La tutela della persona con disabilità nella dimensione endofamiliare tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*, in questa *Rivista*, 2024, 261, che l'ADS è "una misura personalizzata funzionale a comprimere la capacità legale solo nei limiti di quanto strettamente necessario in conformità al principio della sussidiarietà".

(19) Lisella, *La valorizzazione del carattere elastico dell'amministrazione di sostegno in funzione di una piena promozione e protezione della persona fragile*, in *Famiglia*, 2022, 470.

(20) [Vita.it/lamministratore-di-sostegno-compie-20-anni-quadro-proposte-per-aggiornarlo](https://vita.it/lamministratore-di-sostegno-compie-20-anni-quadro-proposte-per-aggiornarlo).

Amministrazione di sostegno

formazione e dell'assistenza agli amministratori di sostegno, ovvero attive nella fase di predisposizione di specifici protocolli operativi (21): al contempo, il semplice riscontro di associazioni e fondazioni incaricate del ruolo di amministratori di sostegno (art. 408, comma 4, c.c.) (22), non può esaurire la centralità degli enti collettivi privati, privi di scopi lucrativi, quali soggetti esterni sottoposti al controllo del giudice tutelare (23).

Nonostante sia stata denunciata l'assenza di un coordinamento che valorizzi i risultati della azione metaindividuale (24), può essere sostenuta, alla luce dell'attuale quadro normativo complessivo, un'interpretazione disciplinare che colga l'intersezione tra l'istituto dell'amministrazione di sostegno (25) e la dinamica degli enti del Terzo settore (ETS): una tale opzione consentirebbe di accrescere l'effettività dell'impianto normativo del Terzo settore, che trova nel relativo codice di cui al D.Lgs. n. 117/2017 (CTS) la più compiuta manifestazione.

Se nell'amministrazione è possibile rinvenire "tutti gli ingredienti di cui sono impastati i rapporti segnati da elementi di comunità e di solidarietà" (26), profilandosi una relazione fondata sulla matrice solidaristica (27), non può, contemporaneamente, non rilevarsi come gli ETS agiscano, istituzionalmente, per il perseguimento, tra le altre, di finalità solidaristiche (28).

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 131/2020, ha chiarito che "gli ETS, in quanto rappresentativi della 'società solidale', del resto, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e

solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della 'società del bisogno'" (29).

Il CTS dà evidenza della capacità generativa di benessere sociale da parte degli ETS (30): questi sono puntualmente qualificati e si distinguono sotto il piano operativo, finalistico e pubblicitario rispetto ai comuni enti che non perseguono scopi lucrativi e sono assoggettati al codice civile e alle relative disposizioni attuative (31). Ai sensi dell'art. 4, comma 1, CTS, sono ETS le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, nonché le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni, nonché tutti gli altri enti privati e diversi dalle società che: i) non posseggono scopi lucrativi; ii) perseguono finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale; iii) svolgono, in via esclusiva o principale, una o più attività di interesse generale tra quelle indicate dall'art. 5 CTS; iv) sono iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS).

C'è da rilevare come gli ETS possano operare "in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di

(21) Roma, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 696.

(22) Anelli, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, 195, l'art. 408, comma 4, c.c., "si inserisce nel quadro di una 'concezione solidaristica', là dove concede alle istituzioni di solidarietà privata l'accesso alla funzione di amministratore di sostegno". In tema, Campese, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in questa *Rivista*, 2004, 136.

(23) Sull'individuazione dell'amministratore di sostegno "entro la cerchia domestica", Rossi, *Amministrazione di sostegno e salvaguardia della pace domestica*, in *personaedanno.it*.

(24) Ferrando, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 990.

(25) Sulla revisione della disciplina dell'ADS, v. Girolami, *Dalla crisi dell'amministratore di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 858-864. Cfr., altresì, Bugetti, *Verso... e oltre l'amministrazione di sostegno: una retrospettiva su un criticato istituto di successo*, in questa *Rivista*, 2024, 314 ss.

(26) Martinelli - Spallarossa, *Amministrazione di sostegno, servizi pubblici, terzo settore: tra reti di solidarietà e diritti inviolabili*, in Ferrando (diretto da), *Amministrazione di sostegno. Interdizione, inabilitazione, incapacità, naturale*, Bologna, 2012, 520. Fa riferimento al ruolo degli enti con scopi ideali "nella costruzione di

un sistema di reti solidaristiche di protezione [...] Tondi della Mura, *Dall'interdizione-inabilitazione all'amministrazione di sostegno: ragioni e implicazioni di una svolta a misura d'uomo*, in *Non profit Paper*, 2014, 2, 8. In tema, Piccinni, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 691.

(27) Martinelli - Spallarossa, *Amministrazione di sostegno, servizi pubblici, terzo settore: tra reti di solidarietà e diritti inviolabili*, cit., 521.

(28) Magri, *L'amministrazione di sostegno di comunità (ADSC) e i nuovi paradigmi per la tutela delle persone fragili*, in *Dir. pers. e fam.*, 2022, 904, auspica l'affermazione di un "'Amministratore di Sostegno di Comunità' (AdSC) ossia, concretamente, un amministratore di sostegno chiamato ad assistere non uno solo ma diversi beneficiari che, per collocazione abitativa, geografica ed età, necessitano di interventi simili tra loro se non pressoché identici".

(29) Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131, su cui cfr. Fici - Gallo - Giglioli (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, Napoli, 2020.

(30) Renna, *L'impatto sociale del Terzo settore: finalità, attività e governance*, in *Riv. dir. impr.*, 2021, 363 ss.

(31) Fici, *Enti del Terzo settore: nozione, requisiti e tipologie*, in Bassi (a cura di), *Gli enti del Terzo settore. Lineamenti generali*, Napoli, 2020, 119 ss.

Amministrazione di sostegno

denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni e servizi” (art. 4, comma 1, CTS): l’articolata capacità di agire merita di essere apprezzata al di là di ogni contrapposizione con il settore privato e quello pubblico. Anzi, proprio una efficace politica di allocazione delle risorse pubbliche può richiamare in gioco il ruolo e le competenze degli ETS, senza che ciò si traduca in una commistione di compiti e funzioni (32). Gli ETS, secondo quanto precisato dalla già citata decisione della Corte costituzionale nel 2020 (33), grazie alla relazione di prossimità con le comunità di riferimento, posseggono una spiccata attitudine nell’intercettare, interpretare e soddisfare le esigenze collettive, talvolta più efficacemente rispetto ai soggetti pubblici.

Il rapporto tra ADS ed ETS merita di essere letto alla luce del principio di sussidiarietà (34), dando così adeguato rilievo all’art. 55 CTS, dedicato al coinvolgimento degli ETS nei rapporti con gli enti pubblici e alle fattispecie della co-programmazione, della co-progettazione e dell’accreditamento, che stilizza un’autentica “procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria” (35). Si delinea una relazione che si colloca ben al di là del paradigma dello scambio, pur rimanendo conforme al rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, per approdare nell’area dei rapporti giuridici causalmente governati da una sorta di comunione di scopo (36), nonché teleologicamente volti alla produzione di valore sociale.

L’attuale dato positivo, come anticipato, può essere interpretato nel senso di un rafforzamento dei profili di convergenza tra ADS ed ETS (37). È, allora, opportuno: i) partire dal richiamo agli enti del Libro I, Titolo II, del codice civile effettuato dall’art. 408, comma 4, c.c.; ii) prendere atto che gli ETS

possono operare, in via esclusiva o principale, nell’ambito della “promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici” [attività di interesse generale prevista dall’art. 5, comma 1, lett. w), CTS)]; iii) considerare che agli ETS, si applicano, per quanto non previsto dal CTS e “in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione” (art. 3, comma 2, CTS). La scelta degli ETS nelle vesti di amministratori di sostegno (38) non dovrebbe essere (più) intesa alla stregua di una “soluzione di ripiego”, in ragione della disposizione regolamentare suppletiva (art. 408, comma 4, c.c.) (39): piuttosto, tale approdo dovrebbe costituire l’esito di una tecnica di individuazione di un soggetto che, istituzionalmente volto a perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociali, dotato di riconosciuta professionalità, privo di scopi di lucro e iscritto in un apposito registro, sia idoneo alla cura della persona beneficiaria e assicuri una efficace protezione degli interessi di volta in volta rilevanti (40).

Come noto, ai sensi dell’art. 408, comma 4, c.c., “il giudice tutelare, quando ne ravvisa l’opportunità, e nel caso di designazione dell’interessato quando ricorrano gravi motivi, può chiamare all’incarico di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II al cui legale rappresentante ovvero alla persona che questi ha facoltà di delegare con atto depositato presso l’ufficio del giudice tutelare, competono tutti i doveri e tutte le facoltà previste nel presente capo” (41). Viene riconosciuta in termini residuali la funzione di amministratore di sostegno da parte del legale rappresentante, o della persona da questi delegata, delle persone giuridiche di cui al Titolo II del Libro I del codice civile (42): la disposizione allude “agli enti del

(32) Zoppini, *Il diritto privato nella trasformazione dei processi allocativi delle risorse pubbliche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 427, 429.

(33) Corte cost. 20 maggio 2020, n. 131, cit.

(34) Sull’applicazione del principio di sussidiarietà con riguardo all’ADS, v. Tommasini, *L’amministrazione di sostegno tra sistema e solidarietà. Margini per una reinterpretazione del sistema*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 961 ss.

(35) Così, Corte cost. 20 maggio 2020, n. 131, cit.

(36) Fici, *I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”*: profili di diritto privato, in Id. - Gallo - Giglioli (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, cit., 77 ss.

(37) Capecci, *La nomina di una persona giuridica ad amministratore di sostegno*, in Salito - Matera (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Padova, 2013, 335 ss.

(38) Pucci, *L’amministrazione di sostegno ed il diritto all’auto-determinazione del beneficiario*, in Carapezza Figlia - Frezza - Virgadamo (a cura di), *“La personalità umana nell’ordinamento giuridico” di Pietro Perlingieri, cinquant’anni dopo*, Napoli, 2023, 152.

(39) Ora, per un commento generale alla disposizione, v. Bugetti, *Sub art. 408 c.c.*, in Ead., *Amministrazione di sostegno*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2024, 168 ss.

(40) Come ha rilevato Morozzo della Rocca, *L’attività dell’amministratore di sostegno tra gratuità e onerosità*, in questa *Rivista*, 2006, 541, “esclusa l’opzione di mercato, la strada giusta parrebbe quella di destinare risorse e progetti al fine di irrobustire la cooperazione virtuosa tra servizi territoriali, giurisdizione ed enti di volontariato. Gli obiettivi di questa cooperazione potrebbero essere: la promozione delle disponibilità disinteressate ed il loro sostegno; la formazione di professionalità senza professione, cioè senza lucro; il necessario raccordo istituzionale tra gli attori coinvolti nella cura alla persona sul territorio in cui essa vive”.

(41) In giurisprudenza, Cass. Civ. 20 marzo 2013, n. 6861; App. Roma 12 aprile 2007, n. 1721. Secondo Dogliotti, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2019, 665, la disciplina, pur apparendo macchinosa “cerca di contemperare la libertà del beneficiario, con l’esigenza della sua cura e della realizzazione dei suoi interessi, che compete al giudice tutelare”.

(42) Nota Pazé, *La scelta dell’amministratore di sostegno*, in Ferrando - Lenti (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione*.

Amministrazione di sostegno

Libro I", ovvero alle associazioni, riconosciute e non riconosciute, alle fondazioni e ai comitati (43), nonché alle persone giuridiche pubbliche (44) (si pensi all'affidamento dell'incarico al Comune nella persona del Sindaco (45) o del responsabile della struttura comunale dedicata agli affari sociali (46), ovvero all'Azienda sanitaria locale (47)). Diversamente, dovrebbero fuoriuscire - in virtù del rinvio al Libro V del codice civile fatto dall'art. 13 c.c. - le società (48), in ragione, non tanto (e non solo), dell'organizzazione in forma imprenditoriale dello svolgimento delle relative attività, quanto (soprattutto) della loro lucratività soggettiva (49).

Giunti a tal punto, in considerazione delle criticità legate alle assenze di reti familiari e alla salvaguardia dell'autonomia decisionale delle persone assistite dall'amministrazione di sostegno, così come messe in risalto dalle due decisioni in rassegna, è auspicabile un rafforzamento del peso specifico degli ETS che il giudice tutelare, con prudente e discrezionale apprezzamento (50), può "chiamare all'incarico di amministratore di sostegno" (51). Rimane, in ogni caso, insuperabile il principio

espresso dall'art. 408, comma 1, c.c.: "la scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario" (52).

Secondo quanto si ricava dalle recenti *Linee guida sull'amministrazione di sostegno*, redatte da un gruppo di giuristi guidato dal Professore Paolo Cendon, l'art. 408, comma 4, c.c., nel facultizzare il giudice a investire dell'incarico di amministratori di sostegno le persone giuridiche "quando ne ravvisa l'opportunità", dota di ampia discrezionalità lo stesso giudice, favorendo lo scostamento dalla graduazione soggettiva preferenziale delineata dall'art. 408, comma 1, c.c. Ciò trova conferma proprio nell'arresto della Cassazione oggetto delle presenti considerazioni: "la nomina di persona estranea alla famiglia non contrasta, dunque, con la *ratio* dell'art. 408 c.c. [...]. Nel procedimento relativo alla nomina dell'amministratore di sostegno, l'elenco delle persone indicate dall'art. 408 c.c. come quelle sulle quali dovrebbe ricadere, ove possibile, la scelta del giudice non contiene alcun criterio preferenziale in ordine di elencazione, perché ciò contrasterebbe con l'ampio

Amministrazione di sostegno e interdizione, Torino, 2006, 133, che trattasi di soluzione "residuale". Spiega l'A.: "un ente amministratore - che agisce tramite il legale rappresentante o il suo delegato - costituisce una limitazione al principio di personalizzazione dell'amministrazione di sostegno". Per Romano, *L'amministrazione di sostegno. Profili procedurali*, in Rossi (a cura di), *Capacità e incapacità*, Napoli, 2018, 207, "titolare della funzione di amministrazione di sostegno è la persona giuridica", che eserciterà le funzioni mediante il legale rappresentante o il soggetto da questi delegato.

(43) *Contra* Bonilini, Coppola, *Sub art. 408 c.c.*, in Di Rosa (a cura di), *Della famiglia. Artt. 231-455*, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2018, 1511, stante la "tendenziale temporaneità di detto ente". Tuttavia, secondo Pazé, *La scelta dell'amministratore di sostegno*, cit., 137, non è da escludere lo svolgimento delle attività di amministratore di sostegno da parte dei comitati "soprattutto quando l'amministrazione sia a tempo determinato (per esempio, il comitato promotore di raccolta di fondi per una persona ridotta in coma)".

(44) Come chiarito dalla Corte di cassazione, "la nomina quale ADS di un Comune (o di una Provincia) è chiaramente consentita dalla legge, anche se la nomina di tali enti, per la natura impersonale che li caratterizza e la necessità di servirsi di persone che diano loro specifica voce ed attitudine, comporta la possibilità di un loro coinvolgimento attraverso varie forme organizzative": Cass. Civ. 5 marzo 2018, n. 5123, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. Precisa Rossi, voce *Amministrazione di sostegno (disciplina normativa)*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, 38, che "l'incarico può essere affidato altresì al sindaco del comune di residenza/domicilio dell'interessato (l'incarico verrà poi passato, di fatto, ad un operatore interno di fiducia), nonché al legale rappresentante di un altro ente pubblico, o di un'associazione o fondazione (art. 408 comma ult. c.c.)". V., anche, Tescaro, voce *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2007, nt. 102.

(45) Trib. Trieste 12 febbraio 2007, in *personaedanno.it*. Si legge nel decreto: "la norma presuppone che colui il quale riveste un ruolo pubblico abbia già in sé - quasi istituzionalmente - quel

senso di solidarietà di servizio, che il ruolo di AdS propriamente richiede".

(46) Osserva l'orio, *Non è un vaccino per tutti: l'esercito (spuntato) degli "invisibili" ai tempi del Covid-19*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 739, con riguardo ai soggetti senza fissa dimora, che "l'idea è quella della creazione di un circolo 'virtuoso' che: inizi dall'istanza per la nomina di un amministratore di sostegno da parte dei servizi sociali (art. 406, comma 3, c.c.); prosegua con l'iniziativa degli uffici comunali che, nella veste di amministratori di sostegno, propongono l'iscrizione anagrafica dei senza tetto; termini con l'atto di iscrizione da parte degli uffici comunali competenti".

(47) Lisella, *Compiti dell'amministratore di sostegno ed enti*, in *Non profit Paper*, 2014, 2, 75.

(48) Per Lisella, *Compiti dell'amministratore di sostegno ed enti*, cit., 75, "l'espressa esclusiva previsione degli enti 'di cui al titolo II' da intendersi come enti qui regolamentati e non meramente menzionati, induce a tenere fuori dalla portata del disposto normativo le società 'regolate dalle disposizioni contenute nel libro V'". Diversamente, secondo Lenti, *Gli istituti di protezione e rappresentanza e il compito di assistenza sociale dell'ente locale*, in Morozzo della Rocca (a cura di), *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, Napoli, 2013, 132, la funzione di amministratore di sostegno non può essere attribuita a "enti pubblici, banche, società di cui al libro V del codice e associazioni tra professionisti".

(49) Bonilini - Coppola, *Sub art. 408 c.c.*, cit., 1484, 1512.

(50) Tescaro, *Sub art. 408 c.c.*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Milano, 2020, 1023.

(51) Bonilini, *Sub art. 408 c.c.*, in Id. - Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2018, 339, reputa opportuna la previsione normativa concernente la nomina di entità non personificate quali amministratori di sostegno.

(52) Come osserva Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 45, con riguardo esclusivo alla cura ed agli interessi del beneficiario dovrà essere valutata "l'opportunità di affidare l'incarico ad altra persona ancora ovvero ad uno degli enti disciplinati dagli artt. 11 ss. del codice".

Amministrazione di sostegno

marginale di discrezionalità, riconosciuto dalla legge al giudice di merito, finalizzata esclusivamente alla cura degli interessi del beneficiario” (53). In ogni caso, le persone giuridiche dovranno risultare idonee (54) e, quindi, necessariamente competenti al fine dello svolgimento dell’incarico (55). È proprio il carattere dell’idoneità, prescritto dall’art. 408, comma 4, c.c. a suffragare una *valorizzazione funzionale* degli ETS (e, più in generale, delle persone giuridiche non lucrative (56)), senza che ciò importi una alterazione del baricentro sistematico, coincidente con la centralità

degli interessi personali e patrimoniali del beneficiario della misura di protezione (57).

Alla luce dei casi esaminati e delle considerazioni sinora esposte è possibile sostenere come il quadro disciplinare italiano, oggi arricchito dall’intersezione tra codice civile e CTS, autorizzi già una integrazione degli ETS nel contesto dell’ADS: la protezione dei diritti civili costituisce un’attività di interesse generale posta in essere degli ETS, la cui legittimazione normativa e istituzionale è legata anche alla promozione del pieno sviluppo della persona.

(53) Cass. Civ. 16 maggio 2024, n. 13612, cit.

(54) Lisella, *Compiti dell’amministratore di sostegno ed enti*, cit., 71-73.

(55) Turco, *L’amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, Napoli, 2010, 192, nt. 444, invita a valorizzare il ruolo delle associazioni dedite ai servizi sociali e assistenziali.

(56) Lisella, *Compiti dell’amministratore di sostegno ed enti*, cit., 76. Per l’A., occorre che vi sia “coerenza, o quantomeno,

compatibilità, tra l’oggetto dell’incarico che si conferisce e le finalità che l’ente è chiamato a perseguire”.

(57) Come osserva Rescigno, in Id. - Resta - Zoppini, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, 97-98, l’ADS amplia la sfera degli atti di natura personale da consentire al soggetto, “attraverso una graduatoria di incidenza degli atti sulla persona, e non solo sul patrimonio, che richiedono la sostituzione o la semplice assistenza o invece gli conservano piena libertà”.

Imposta su successioni e donazioni

La riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime note teorico-pratiche

di Cecilia Benzi (*)

Lo scorso 2 ottobre è stato (finalmente) pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 18 settembre 2024, n. 139, rubricato "Disposizioni per la razionalizzazione dell'imposta di registro, dell'imposta sulle successioni e donazioni, dell'imposta di bollo e degli altri tributi indiretti diversi dall'IVA", di attuazione della L. delega 9 agosto 2023, n. 111. In armonia con il citato intento della legge delega di razionalizzare i comparti delle imposte indirette il legislatore, lungi dallo stravolgere l'impianto normativo già esistente, è intervenuto sul corpo del Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni in maniera "sartoriale", andando a ricucire qua e là quegli "strappi" che una diversa interpretazione delle norme da parte di prassi amministrativa e giurisprudenza avevano creato. Per avere un quadro completo della riforma occorrerà attendere che l'Agenzia delle Entrate emani l'apposito provvedimento sulle modalità attuative della nuova disciplina; nel frattempo, con questo breve contributo, tenteremo di offrire una fotografia del nuovo "abito" del Testo Unico, soffermandoci su quei profili teorico-pratici che più impegneranno gli operatori del settore.

The Italian tax reform enacted by Delegated Law No. 111/2023 introduces, among other things, a number of changes with regard to Inheritance and Donation taxes. In implementation of the aforementioned Delegated Law, Legislative Decree No. 139 of 18 September 2024 was finally published in the Official Gazette No. 231 of 2 October 2024, which implements the delegated amendments in our regulatory system. In alignment with the intent of the delegated law to rationalize the indirect taxes, the legislator on the one hand has transposed the principles already consolidated in both case law and the practices of the tax authorities, correcting some regulatory incongruence; on the other hand, novelties were introduced into Legislative Decree 346/1990 (TUSD) without, however, distorting the previous system. To gain a complete picture of the reform, we will have to wait for the Revenue Agency's specific provision. In the meantime, with this brief contribution, we'll attempt to provide an overview of the new "garment" of the TUSD, focusing on those practical aspects that will most challenge sector operators.

Premessa

Come noto, dopo una lunga fase di gestazione governativo-parlamentare, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 18 settembre 2024, n. 139, rubricato "Disposizioni per la razionalizzazione dell'imposta di registro, dell'imposta sulle successioni e donazioni, dell'imposta di bollo e degli altri tributi indiretti diversi dall'IVA", di attuazione della L. delega 9 agosto 2023, n. 111 (1).

In armonia con il citato intento di razionalizzare i comparti delle imposte indirette, il legislatore, lungi dallo stravolgere l'impianto normativo già esistente, è intervenuto sul corpo del Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni di cui al D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, (di seguito: TUSD) in maniera "sartoriale", andando a ricucire, qua e là, gli "strappi" che una diversa interpretazione delle norme da parte della prassi amministrativa e della giurisprudenza avevano creato.

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

(1) Per un commento alla bozza di decreto si veda G. Corasaniti, *La riforma del TUSD in materia di trust*, in *Trusts*, 2024, 564.

Per avere un quadro completo della riforma occorrerà attendere che l'Agenzia delle Entrate emani il provvedimento sulle modalità attuative della nuova disciplina; nel frattempo, questo commento vuole offrire una fotografia del nuovo "abito" del Testo Unico delle successioni e donazioni, con riguardo ai profili teorico-pratici che più terranno impegnati gli operatori del settore.

Come meglio si vedrà, numerose sono le questioni applicative con cui saranno chiamati a confrontarsi gli interpreti.

Prima fra tutte, quella inerente alla decorrenza e all'efficacia delle modifiche. Occorre segnalare sin da subito, infatti, che l'art. 9, comma 3, D.Lgs. n. 139/2024 dispone che le nuove disposizioni hanno effetto a partire dal 1° gennaio 2025 e si applicano "agli atti pubblici formati, agli atti giudiziari pubblicati o emanati, alle scritture private autenticate o presentate per la registrazione a partire da tale data, nonché alle successioni aperte e agli atti a titolo gratuito fatti a partire da tale data".

Tale decorrenza dovrebbe riferirsi, evidentemente, alle disposizioni che "innovano" la precedente disciplina. Tuttavia, come si è appena accennato, gli interventi del legislatore sono volti per lo più a meglio chiarire il significato di formulazioni più o meno ambigue, cristallizzando in norme espresse alcune delle soluzioni interpretative già accolte dalla giurisprudenza e/o dalla prassi amministrativa. Sicché è lecito domandarsi se al decreto, che pur non si sostanzia in una "genuina" legge di interpretazione autentica, possa riconoscersi rispetto a fattispecie pregresse, una vera e propria efficacia retroattiva o quantomeno possa fornire agli operatori argomenti sistematici spendibili in un eventuale contenzioso (2). Se la prima delle due riflessioni si risolve in poco più che una mera suggestione, certo è che in chiave argomentativa non pare potersi disperdere del tutto la "superiorità assiologica" dell'opzione preferita dal legislatore delegato, lasciando un margine per la sua applicazione anche per il passato nei limiti in cui detta opzione fosse naturalmente già attingibile in via interpretativa (3).

Il Trust

a) i profili della fattispecie impositiva

L'intervento di maggior sistematicità è senza dubbio quello che ha interessato l'istituto del trust (4).

La riforma fiscale non si è limitata, come era atteso, a confermare e tradurre in norma il principio della c.d. tassazione in uscita da tempo sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità e avallato, da ultimo, anche dall'Amministrazione finanziaria (5), ma ha introdotto espressamente il trust tra le fattispecie negoziali rilevanti (6), dettandone requisiti e regole di funzionamento propri che serviranno a portare ordine in un comparto in cui il vuoto normativo ha causato accessi contrasti nella prassi, in dottrina e nella giurisprudenza.

Procedendo con ordine, la riforma fiscale interviene anzitutto sull'art. 1 TUSD, ridisegnando l'oggetto del tributo ne "i trasferimenti di beni e diritti per successione a causa di morte, per donazione o a titolo gratuito, compresi i trasferimenti derivanti da trust e da altri vincoli di destinazione".

Come è stato osservato, dunque, i trasferimenti derivanti da trust non solo trovano ora un espresso riconoscimento nell'impianto normativo del Testo Unico, ma - rovesciata la prospettiva interpretativa che aveva caratterizzato la materia (7) - sono elevati a vero e proprio "paradigma" (8) della fattispecie vincoli di destinazione.

Il nuovo art. 4-bis TUSD, confermando come anticipato la tesi della c.d. tassazione in uscita, dispone che i trust e gli altri vincoli di destinazione "rilevano, ai fini dell'applicazione sulle successioni e donazioni, ove determinano arricchimenti gratuiti dei beneficiari [...]".

Non è possibile in questa sede ripercorrere il vivace dibattito che, per oltre un decennio, ha diviso dottrina, giurisprudenza e prassi amministrativa in ordine alle modalità applicative dell'imposta alla fattispecie dei trust e, più specificatamente, all'individuazione del momento impositivo.

Ci si limiterà, pertanto, a rammentare che recentemente, con la circ. 20 ottobre 2022, n. 34/E, anche

(2) Sul punto: Assonime, circ. 27 novembre 2024, n. 22, 48; V. Mastroiacovo, *La razionalizzazione delle agevolazioni sul passaggio generazionale dell'azienda*, in *Trusts*, 2024, 881.

(3) V. Mastroiacovo, *op. cit.*, in *Trusts*, 2024, 881.

(4) Per un commento sistematico si veda CNN, Studio n. 99-2024/T, *Prime note sul D.Lgs. n. 139/2024 - Modifiche in materia di trust*, est. T. Tassani, 11 ottobre 2024; T. Tassani, *Il trust nel decreto di riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Trusts*, 2024, 936; G. Marino, *Il Trust e la Riforma del TUSD: tra conferme e novità*, in *Notariato*, 2024, 673; Assonime, circ. 27 novembre 2024, n. 22.

(5) Circ. 20 ottobre 2022, n. 34/E. Per un commento si veda M. Lupoi - T. Tassani (a cura di), *Commentario alla Circolare 34/E, Trusts e attività fiduciarie*, 2023.

(6) Prima della riforma fiscale, infatti, il Testo unico non disciplinava la tassazione indiretta dei trust, ma unicamente quella dei "vincoli di destinazione", cui l'Agenzia delle Entrate aveva equiparato il trust, circ. 22 gennaio 2008, n. 3/E.

(7) Si veda la nota che precede.

(8) CNN, Studio n. 99-2024/T, *op. cit.*, est. T. Tassani; T. Tassani, *op. cit.*, in *Trusts*, 2024, 936.

l'Amministrazione finanziaria ha abbandonato la vecchia tesi della c.d. tassazione in entrata (i.e. al momento dell'atto di dotazione del trust) (9), per individuare nella stabile attribuzione finale del bene ai beneficiari l'effettivo trasferimento di ricchezza che, in ossequio al disposto di cui all'art. 53 Cost., rappresenta l'unico momento in cui sorge il presupposto impositivo per l'applicazione del tributo (10). A ben vedere, peraltro, la norma di cui all'art. 4-bis, non si limita ad individuare il c.d. momento impositivo, ma concorre a definire la rilevanza impositiva della fattispecie stessa (11). La norma, infatti, ancorando la rilevanza fiscale del trust (e degli altri vincoli) ad un effetto di (stabile) arricchimento gratuito, pone in radice al di fuori del campo applicativo dell'imposta quei trust nei quali i trasferimenti si realizzano nell'ambito di sequenze negoziali non liberali ma onerose. Sono, per esempio, i casi dei trust di garanzia o con funzioni solutorie (12).

Anticipando alcune considerazioni che verranno svolte nel paragrafo dedicato alle liberalità indirette, occorre osservare che il secondo periodo dell'art. 4-bis ha introdotto un obbligo di denuncia con riferimento ai beneficiari di trust ed altri vincoli di destinazione, i quali sono tenuti ad autoliquidare l'imposta, denunciando il trasferimento a proprio favore entro trenta giorni dal trasferimento ai sensi dell'art. 19 del Testo Unico dell'imposta di registro.

Nessuna problematicità rispetto a quelle fattispecie in cui l'attribuzione si realizza attraverso un atto soggetto a registrazione formato o ricevuto da un responsabile d'imposta (che - secondo gli ordinari meccanismi impositivi - provvederà alla registrazione e liquidazione del tributo) o attraverso un atto soggetto a registrazione. Dovrà attendersi, invece, il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate per comprendere se a detta disciplina vadano ascritte anche quelle fattispecie - di sempre maggior rilevanza in una società liquida quale quella digitalizzata - in cui l'attribuzione patrimoniale si sostanzia in un comportamento materiale del contribuente o comunque con un atto non soggetto a registrazione.

Come meglio si dirà, in effetti, se così fosse il legislatore avrebbe isolato, discostandosi dall'ordinaria facoltatività della registrazione delle liberalità indirette, una fattispecie di liberalità informale soggetta ad obbligo di registrazione.

In coerenza coi principi sin qui passati in rassegna, il comma 2 dell'art. 4-bis, prevede, poi, che, per la determinazione dell'imposta dovuta, debba farsi riferimento alle aliquote e alle franchigie relative al rapporto di coniugio o parentela, esistenti tra disponente e beneficiario al momento del trasferimento dei beni e diritti a favore del beneficiario (13).

La riforma fiscale ha, poi, coniugato alla specificità della fattispecie trust (ricordiamolo, ora paradigma fiscale dei vincoli di destinazione) le regole "generali" di territorialità di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2 del TUSD, disponendo che l'imposta è dovuta: a) qualora il disponente sia residente nello Stato al momento della separazione patrimoniale "in relazione a tutti i beni e diritti trasferiti ai beneficiari" (art. 2, comma 2-bis, primo periodo); b) "limitatamente ai soli beni e diritti esistenti nel territorio dello Stato trasferiti al beneficiario" nel caso in cui, invece, il disponente sia ivi non residente (art. 2, comma 2-bis, secondo periodo).

Occorre immediatamente evidenziare, pertanto, come ai fini della territorialità risulti assolutamente irrilevante sia la residenza del trustee che quella dei beneficiari.

Con riferimento alla prima delle due fattispecie (i.e. disponente residente al momento della segregazione) la novella si pone, di fatto, in continuità con la soluzione interpretativa fornita dall'Amministrazione finanziaria nella circ. 34/E/2022.

Con riguardo, invece, all'ipotesi *sub b)*, la riforma si pone in antitesi rispetto a quanto precedentemente sostenuto nella già citata circolare, ove per l'appunto era stato precisato che la residenza del disponente e la localizzazione dei beni dovessero essere verificate "all'atto di apporto dei beni al trust", con conseguente esclusione da imposizione di quei beni non siti in Italia al momento della segregazione, ma *ivi* localizzati al momento dell'attribuzione.

(9) Le posizioni assunte dall'Amministrazione finanziaria sono state oggetto di critica in dottrina. *Ex multis*, si vedano: M. Lupoi, *L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità del trust*, in *Trusts*, 2007, 497; T. Tassani, *Il trust nel sistema fiscale italiano*, Pisa, 2012; D. Stevanato, *Trusts e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alle forzature della prassi amministrativa*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, 534.

(10) Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici si vedano i contributi di cui alle note che seguono.

(11) Per una più compiuta riflessione sul tema si rinvia ancora una volta a CNN, Studio n. 99-2024/T, *op. cit.*, est. T. Tassani; T. Tassani, *op. cit.*, in *Trusts*, 2024, 936.

(12) T. Tassani, *Le diverse tipologie di trust tra imposizione "in entrata" ed "in uscita"*, in *Trusts*, 2020, 4.

(13) Pertanto, il coniuge del disponente, che resti tale al momento dell'attribuzione patrimoniale a proprio beneficio, liquiderà l'imposta con aliquota del 4% considerando la franchigia di 1 milione di euro. Se invece, all'atto del trasferimento gratuito, sia venuto meno il rapporto di coniugio esistente al momento dell'apporto in trust dei beni (ad esempio in caso di divorzio), l'ex coniuge-beneficiario dovrà autoliquidare l'imposta applicando l'aliquota residuale dell'8% senza franchigia. Sul punto E. Marvulli, *Disciplina specifica per i trasferimenti derivanti da trust ed estensione dei benefici per i passaggi generazionali*, in *il fisco*, 2024, 3793.

La novella, peraltro, approfondendo quanto già evidenziato proprio dalla circ. 34/E/2022 ha, infine, allargato la previsione dell'art. 55, comma 1-bis, TUSD, che disponeva l'obbligo di registrazione in termine fisso anche per gli atti aventi ad oggetto donazioni, dirette o indirette, formati all'estero nei confronti dei beneficiari residenti nello Stato, agli "atti di istituzione e di dotazione dei trust formati all'estero nei confronti di beneficiari residenti" (14).

b) Il regime opzionale di tassazione

Accanto al regime di tassazione in uscita, che potremmo ora definire regime "naturale", la riforma fiscale ha introdotto la possibilità per il disponente del trust o, in caso di trust testamentario (15), per il trustee, di optare per la corresponsione dell'imposta "in entrata" o meglio, rispettivamente "in occasione di ciascun conferimento dei beni e dei diritti ovvero all'apertura della successione".

La novella, come si legge nella Relazione illustrativa, mette a sistema due contrapposti interessi: da una parte quello dei contribuenti di pianificare eventuali devoluzioni in applicazione di una disciplina "certa" e di sollevare i beneficiari dall'onere di pagamento del tributo; dall'altro, quello dell'Erario di incassare anticipatamente l'imposta dovuta senza dover attendere l'eventuale trasferimento dei beni e diritti ai beneficiari da parte del trustee.

Questo nuovo regime opzionale (applicabile anche ai "trust già istituiti alla data di entrata in vigore" della novella) chiama, dunque, operatori e contribuenti ad una attenta riflessione.

Ove si opti per la c.d. tassazione in entrata, infatti, troveranno applicazione le disposizioni vigenti alla data del conferimento di beni e diritti, coerentemente con quanto disposto dal comma 3 del sopracitato art. 4-bis, secondo cui la base imponibile, le franchigie e le aliquote applicabili sono determinate "con riferimento al valore complessivo dei beni e dei diritti e al rapporto tra disponente e beneficiario risultanti al momento del conferimento, ovvero dell'apertura della successione".

Ai sensi del periodo successivo, peraltro, l'opzione è ammessa anche nel caso in cui al momento del conferimento ovvero dell'apertura della successione non sia possibile determinare "la categoria di beneficiario": l'imposta si calcolerà in dette ipotesi sulla base dell'aliquota più elevata, senza l'applicazione delle franchigie.

La locuzione "categoria di beneficiario" - originariamente non presente nella bozza di riforma che si riferiva piuttosto ad un "beneficiario individuato" - è stata evidentemente introdotta al fine di arginare quelle eventuali interpretazioni che volessero ancorare l'operatività del regime al solo caso in cui il futuro beneficiario sia esattamente la persona individuata nell'atto istitutivo (si pensi allo *status* di: figlio, coniuge, fratello ecc.) (16).

Appare evidente, allora, che la valutazione relativa all'opportunità di esercitare l'opzione dipenda da elementi e circostanze che cambiano a seconda delle peculiarità del caso concreto. Si dovrà considerare, in particolare, la circostanza che il patrimonio devoluto sia suscettibile di una valorizzazione o contrazione nel tempo, tenendo anche a mente che, qualora si opti per la tassazione in entrata, il versamento dovrà considerarsi a titolo definitivo, non essendo possibile formulare istanza di rimborso, neppure nel caso in cui non si realizzi alcun trasferimento "finale" a favore dei beneficiari. Non solo, ma l'opzione è, dalla legge, riferita ad ogni singolo apporto, con una possibile "differenziazione" in termini fiscali del patrimonio del trust che chiamerebbe il trustee ad un intenso obbligo di monitoraggio e rendicontazione ai fini di una eventuale opponibilità fiscale (17).

Le liberalità indirette

Il legislatore della riforma (18) è intervenuto, poi, in materia di accertamento delle liberalità indirette, portando ordine all'interno del disposto dell'art. 56-bis TUSD (19).

Come meglio si vedrà, infatti, la disciplina degli atti gratuiti, frutto della stratificazione nel tempo di

(14) CNN, Studio n. 99-2024/T, *op. cit.*, est. T. Tassani;

(15) Dovrà attendersi il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate per meglio comprendere i confini del trust testamentario. Per alcune, prime, considerazioni si veda E. Marvulli, *op. cit.*

(16) CNN, Studio n. 99-2024/T, *op. cit.*, est. T. Tassani. Si veda anche la già citata circolare di Assonime.

(17) CNN, Studio n. 99-2024/T, *op. cit.*, est. T. Tassani.

(18) Per un commento si veda CNN, Studio 102-2024/T, *Prime note sul D.Lgs. n. 139/2024 - Commento alle modifiche di tassazione delle liberalità indirette*, est. G. Petteruti, 11 ottobre 2024.

(19) La recente giurisprudenza di legittimità ha, peraltro, "riacceso" i fari sul regime impositivo e sulle regole di attuazione delle liberalità indirette e informali nell'imposta sulle successioni e sulle donazioni, rievocando problematiche sorte in via meramente transitoria con la riforma del 2000 e, poi, consolidatesi con la reintroduzione di tale tributo nel 2006. Si vedano, nella giurisprudenza di legittimità: Cass. Civ. 3 dicembre 2020, n. 27665; Cass. Civ. 9 dicembre 2020, n. 28047; Cass. Civ. 12 gennaio 2022, n. 735; Cass. Civ. 12 aprile 2022, n. 11831. In dottrina, L. Sabbi, *Profili evolutivi della tassazione delle liberalità indirette e informali (e degli atti a titolo gratuito) alla ricerca di un coerente e ragionevole quadro d'insieme nell'imposta sulle successioni e sulle donazioni*,

numerosi e disorganici interventi di riforma (20), risultava da più parti caratterizzata da una certa incongruenza.

Ma se si vuole tentare di delimitare compiutamente confini e condizioni di tassabilità delle liberalità indirette - e dovendo rinviare a quanto già osservato in questa *Rivista* (21) con riguardo alle principali vicissitudini interpretative sorte intorno ad esse - occorre fare un passo indietro e muoversi, in maniera erratica, tra l'art. 1, comma 4-bis e l'art. 56-bis TUSD, cui la giurisprudenza di legittimità riconosce piena valenza sostanziale e non meramente accertativa.

Alla prima delle due disposizioni, che al primo periodo, dispone "(f)erma (...) l'applicazione dell'imposta [sulle donazioni] anche alle liberalità indirette risultanti da atti soggetti a registrazione (22)", fa il paio, infatti, l'art. 56-bis, che con essa concorre a stabilire (in modo non proprio coordinato) la gamma delle fattispecie imponibili, individuando un'aggiuntiva tassabilità "da emersione" (23) nell'ambito di procedimenti di accertamento di altri tributi.

In via di estrema approssimazione, nella formulazione previgente la combinazione delle due previsioni portava ad affermare la rilevanza delle liberalità ai fini del tributo successorio e donativo in tre ipotesi: a) se risultanti da atti soggetti, per loro natura, a registrazione (art. 1, comma 4-bis, primo periodo); b) se registrate volontariamente (art. 56-bis, comma 3); c) se risultanti da dichiarazioni rese dall'interessato nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di altri tributi e dette liberalità abbiano determinato, da sole o unitamente a quelle già effettuate nei confronti del medesimo beneficiario, un incremento patrimoniale superiore all'importo di 350 milioni di lire (art. 56-bis, comma 1).

Detto quadro normativo lascia, dunque, al contribuente un vero e proprio "azzardo": procedere alla registrazione volontaria e quindi alla tassazione della liberalità indiretta o informale, o attendere il futuro,

ma solo eventuale, accertamento ai fini di altri tributi (24)?

Nel primo caso, l'imposizione sarà certa ed in base alle aliquote e franchigie ordinarie. Nel secondo, il presupposto impositivo potrebbe non sorgere mai ma, qualora ciò accadesse, la tassazione, secondo l'interpretazione giurisprudenziale fatta propria dalla Suprema Corte, avverrà con l'aliquota più elevata dell'8%, applicando le franchigie ordinarie (25).

Non vi è dubbio che questo "rocambolesco" metodo d'accertamento avrebbe meritato una profonda ed organica rimodulazione. Al contempo, tuttavia, il limite della razionalizzazione e "manutenzione" di cui alla legge delega dello scorso agosto non poteva che spingere il legislatore delegato ad intervenire in chiave interpretativa su una problematica di minor "ambizione".

Il problema sorgerà, ancora una volta, dalla difficoltà di muoversi tra norme vecchie e nuove, dislocate e incongruenti (26): l'art. 56-bis, infatti, richiamava un'aliquota (7 per cento) diversa da quelle di cui ai commi 47 e 49 dell'art. 2, D.L. n. 262/2006 (4, 6 e 8 per cento); ancora l'art. 2, comma 48 del citato D.L. n. 262/2006 prevedeva una franchigia di 1 milione di euro per le sole donazioni tra coniugi o parenti in linea retta, diversamente da quella di 350 milioni di lire per ciascun beneficiario che era stabilita dall'art. 56-bis.

Ora, la tesi che in ragione di questi difetti di coordinamento normativo pretendeva l'inapplicabilità dell'art. 56-bis alle donazioni indirette poste in essere successivamente alla reintroduzione del tributo era persa da subito sin troppo formalistica (27); di converso, sia la dottrina maggioritaria che la giurisprudenza hanno sostenuto che la disposizione fosse ancora vigente ma andasse adeguata sin maniera sistematica alle aliquote e franchigie stabilite per l'imposizione ordinaria, in armonia con la funzione "sanzionatoria impropria" da riconoscere alla disposizione (28).

in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2023, 27; T. Tassani, *La tassazione degli atti gratuiti "atipici" nell'imposta sulle donazioni tra rilevanza generale dell'arricchimento e requisiti formali*, in *GT*, 2022, 581 ss.; G. Ragucci, *Accertamento delle liberalità indirette: franchigie e aliquote applicabili*, in *GT*, 2021, 339.

(20) Per un'ampia disamina diacronica del comparto in esame si veda G. Petterutti, *Liberalità indirette e regimi tributari nelle imposte sui trasferimenti*, in AA.VV., *La riforma del c.d. Terzo Settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Milano, 2001, 185.

(21) C. Benzi, *Il nodo delle liberalità indirette ed informali nella cornice della giurisprudenza di legittimità e del "riformando" tributo successorio*, in questa *Rivista*, 2024, 855.

(22) Per un commento si veda T. Tassani - C. Benzi, *Le liberalità collegate tra orientamenti e disorientamenti interpretativi*, in *GT*, 2023, 851.

(23) Così, efficacemente G. Petterutti, *op. cit.*, 185.

(24) Si veda ancora T. Tassani, *op. cit.*, 581.

(25) C. Benzi, *op. cit.*, 855.

(26) Si veda S. Ghinassi, *Le liberalità indirette nel nuovo tributo successorio*, cit., 398: "Appare assai dubbia ed anzi in linea di principio da negare la compatibilità dell'intero art. 56-bis del T.U. n. 346/1990 con la struttura e la disciplina del nuovo tributo"; in giurisprudenza ad esiti alterni: CTP Perugia 4 febbraio 2014, n. 97; *contra*, nel senso della non abrogazione, CTR Liguria 18 aprile 2016, n. 575; CTP Modena 16 giugno 2016, n. 457.

(27) Vi è anche chi ha ritenuto che vi possa essere compatibilità purché non si generi irragionevole differenziazione tra donazioni dirette: così S. Ghinassi, *op. cit.*, 67.

(28) In questo senso, Cass. Civ. 24 febbraio 2023, n. 5802; Cass. Civ. 17 novembre 2021, n. 735; Cass. Civ. 3 dicembre 2020, n. 27665; Cass. Civ. 9 dicembre 2020, n. 28047; nella giurisprudenza di merito si vedano in senso favorevole alla compatibilità nei termini descritti: CTP Sassari 16 aprile 2021, n. 281 e, in senso contrario, senza fornire una soluzione sull'eventuale modalità di

In questa seconda prospettiva interpretativa si inserisce la riforma fiscale che, abrogati i commi 47, 48 e 49 dell'art. 2, D.L. n. 262/2006, ha novellato il testo dell'art. 56-bis, che ora dispone: "Ferma l'esclusione delle donazioni o liberalità di cui agli articoli 742, 770, secondo comma, e 783 del codice civile, l'accertamento delle liberalità diverse dalle donazioni e da quelle risultanti da atti di donazione effettuati all'estero a favore di residenti può essere effettuato esclusivamente quando l'esistenza delle stesse risulti da dichiarazioni rese dall'interessato nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di tributi".

Rispetto alla "vecchia" formulazione della norma viene, dunque, innanzitutto meno quell'ulteriore presupposto d'accertabilità di cui alla lett. b) ed il citato riferimento all'importo di 350 milioni di lire. Ancor più significative risultano essere le modifiche ai commi 2 e 3 della disposizione in esame: "2. Alle liberalità di cui al comma 1 si applica l'aliquota dell'otto per cento di cui all'articolo 56, comma 1, lettera d), per la parte che eccede la franchigia ove prevista. 3. Le liberalità di cui al comma 1 possono essere registrate volontariamente, ai sensi dell'articolo 8 del Testo unico dell'imposta di registro, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131. In tale caso si applica l'imposta con le aliquote e le franchigie indicate all'articolo 56".

Il lamentato difetto di coordinamento delle aliquote e franchigie è, quindi, espressamente risolto nel senso dell'adeguamento a quelle ordinariamente stabilite nel comparto in esame (e, per il caso della liberalità confessata nella misura "sanzionatoria" dell'8%, al posto della precedente del 7%).

Come anticipato e come era lecito attendersi alla luce della legge delega, non sono rinvenibili elementi positivi che svelino un ripensamento sulla valenza sostanziale accordata all'art. 56-bis e sulla facoltatività della registrazione delle liberalità "latenti".

Occorre evidenziare, tuttavia, che il legislatore delegato nel mettere a sistema la disciplina del *trust*, ha di fatto introdotto una "isolata" ipotesi di liberalità indiretta che dà luogo ad obbligo di registrazione.

Come già esaminato nel paragrafo che precede, il "nuovo" art. 4-bis stabilisce, infatti, che i *trust* e gli altri vincoli di destinazione rilevano, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni

"in quanto idonei a determinare arricchimenti gratuiti dei beneficiari. L'imposta si applica al momento del trasferimento dei beni e diritti a favore dei beneficiari". Ai fini dell'autoliquidazione dell'imposta pone contestualmente in capo ai beneficiari l'obbligo di denunciare il trasferimento a proprio favore, ai sensi dell'art. 19 del TUR entro 30 giorni.

Ad una prima lettura, pertanto, il citato decreto sembrerebbe trasportare in termini assoluti la disposizione del registro agli eventi gratuiti che interessano il *trust*, senza distinzione di beni o di trasferimenti a mezzo di atti soggetti a registrazione o meno (29).

Se la "solitudine" di detta fattispecie apre possibili scenari e profili di disparità di trattamento rispetto all'ordinaria facoltatività della registrazione delle liberalità indirette, la scelta legislativa - se così interpretata - attribuirebbe, senza dubbio, una maggiore coerenza normativa rispetto al presupposto impositivo di un tributo che necessita di sganciarsi dalle formalità civilistiche degli atti soggetti a registrazione.

Ciò posto, riprendendo le tre ipotesi sopra tratteggiate e declinandole alla luce delle novità della riforma, dal 1° gennaio 2025 le liberalità indirette rilevano ai fini impositivi: a) se risultanti da atti soggetti, per loro natura, a registrazione (art. 1, comma 4-bis, primo periodo); b) se registrate volontariamente, con le aliquote e franchigie di cui all'art. 56 (art. 56-bis, comma 3); c) se risultanti da dichiarazioni rese dall'interessato nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di altri tributi, con l'aliquota latamente sanzionatoria dell'8%, ma si applicano le franchigie. (art. 56-bis, comma 1).

Il Trasferimento di aziende e di partecipazioni sociali

Il legislatore della riforma è intervenuto, altresì, sulla norma di esenzione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUSD, nel tentativo di definire, come si legge nella Relazione illustrativa, "in modo più puntuale il perimetro e le condizioni dell'agevolazione" (30) con particolare riferimento a tre questioni mai del tutto sciolte, quali la a) rilevanza dell'esercizio dell'impresa; b) il concetto di "integrazione" del controllo; c) le quote di società non residenti in Italia.

In effetti, si era assistito negli ultimi anni al fiorire di una certa incertezza operativa intorno all'interpretazione

tassazione o accertamento: CTR Liguria 18 aprile 2016, n. 575. nella prassi: circ. 11 agosto 2015, n. 30/E. Sul tema, G. Ragucci, *op. cit.*, 339.

(29) Resta, semmai, parzialmente aperto il trattamento delle liberalità indirette "non attributive", come ad esempio le spese sostenute direttamente dal *trust* a favore dei beneficiari (si pensi a

spese mediche o scolastiche) che, ad un esame formalistico, potrebbero rimanere escluse da imposizione.

(30) Si vedano le considerazioni già svolte nel primo paragrafo con riferimento alla portata "innovativa" o "interpretativa della disposizione".

della citata disposizione, alimentata in buona parte da un esercizio “smodato” da parte dell’Amministrazione finanziaria e della giurisprudenza di legittimità dei criteri di ermeneutica delle norme.

Per comprendere, dunque, l’importanza della riforma anche in termini applicativi è necessario partire dalla norma previgente e dalla sua lettura, per poi passare al vaglio singolarmente i profili di novità del riformato disposto, che - lo si rammenta nuovamente - è entrato in vigore (31) il 1° gennaio 2025.

Ed in specie, l’art. 3, comma 4-ter, TUSD (32) nella sua formulazione ante-novella disponeva che: “I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all’imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all’articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell’articolo 2359, primo comma, numero 1) del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l’esercizio dell’attività d’impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all’atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell’imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall’articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l’imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata”.

a) L’esercizio di impresa

Muovendo, allora dalla prima delle questioni osservate, può affermarsi che la disposizione nella sua

“vecchia” formulazione già garantisse l’esenzione da imposta al trasferimento, anche tramite patti di famiglia, ai discendenti e al coniuge di tre beni tipologicamente individuati: aziende o rami di esse, quote sociali e azioni di società di capitali. Immediatamente la norma chiariva che con riferimento a quote sociali e azioni di soggetti di cui all’art. 73, comma 1, lett. a), TUIR dovrà essere acquisito o integrato il controllo ai sensi dell’art. 2359, comma 1, n. 1, c.c. (*rectius*: il controllo di diritto) (33). Infine, il terzo e (mal interpretato) periodo della disposizione affermava che il beneficio è accordato a condizione che gli aventi causa proseguano l’esercizio dell’attività di impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, dandone, peraltro, apposita attestazione in atto.

La disposizione appare, in sostanza, piuttosto lineare, ponendo su due piani ben distinti la cessione del bene azienda - ipotesi nella quale evidentemente doveva dirsi necessario che gli aventi causa proseguissero l’attività di impresa - e la cessione del bene partecipazioni - ipotesi in cui il legislatore individuava quale unico presupposto “condizionale” quello della detenzione del controllo per un dato periodo temporale.

Se così è, l’Amministrazione finanziaria prima (34) e la giurisprudenza (35) poi, sovvertendo gli ordinari principi di interpretazione delle norme e sganciandosi dal senso fatto palese dal “significato proprio delle parole secondo la connessione di esse” (36), hanno negato l’agevolazione in parola alle società *holding* e di c.d. mero godimento, ovverossia, per usare le parole della prassi amministrativa, a quei trasferimenti che non consentono al beneficiario di detenere il controllo, seppur indiretto, dell’azienda familiare, “intesa quale realtà imprenditoriale produttiva meritevole di essere tutelata anche nella fase del suo passaggio generazionale” (37).

Ciò, sulla base di una sorta di vocazione “economico-sociale” della disposizione, rintracciabile nella sua

(31) O meglio, per utilizzare le parole del legislatore della riforma, “ha acquisito efficacia”.

(32) Per una disamina della disposizione nella sua formulazione ante-riforma si consenta il rinvio a C. Benzi - T. Tassani, *Esenzioni per trasferimenti di aziende e partecipazioni*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Sesta, Il, Milano, 2023, 360. Per un primo commento alla novella: CCN, Studio n. 100-2024/T, *Prime note sul D.Lgs. n. 139/2024 - Trasferimento di aziende e partecipazioni sociali*, est. A. Maistrolo, 11 ottobre 2024; V. Mastriacovo, *op. cit.*; T. Tassani, *L’agevolazione per i passaggi generazionali di aziende e società*, in *Successione, donazione e registro - Guida alle novità e alla disciplina dopo il Dlgs 139/2024, Il Sole 24 ore*, 2024.

(33) È pacifico che l’acquisizione del “controllo utile” per accedere all’esenzione possa avvenire anche in via indiretta mediante

veicoli societari spesso funzionali ad una migliore razionalizzazione della struttura proprietaria. Così già ris. 26 luglio 2010, n. 75/E.

(34) Ris. 25 agosto 2021, n. 552. La risposta ad interpellato citata, peraltro, si discosta dalla prassi amministrativa precedente che aveva sempre privilegiato l’approccio letterale (circ. 22 gennaio 2008, n. 3/E; ris. 30 ottobre 2019, n. 450).

(35) Cass. Civ. 28 febbraio 2023, n. 6082; nella giurisprudenza di merito CGT Alessandria 23 ottobre 2023, n. 445.

(36) V. art. 12, disp. prel.; sul tema T. Tassani, *Trasferimento di partecipazioni ed esercizio effettivo dell’impresa, storia di un disorientamento interpretativo*, in *Giur. trib.*, 2023, 607.

(37) Ris. 25 agosto 2021, n. 552 afferma: “ciò che merita rilievo, quindi, è la necessaria ed indispensabile presenza dell’oggetto

asserita matrice europea (38) e in alcuni spunti della nota sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2020 (39).

La riforma, dal chiaro taglio “interpretativo”, pone fine alla *querelle*.

Il riformato terzo periodo della disposizione in commento prevede, infatti, che: “In caso di aziende o rami di esse, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l’esercizio dell’attività d’impresa per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento; in caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all’articolo 73, comma 1, lettera a) del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento; in caso di altre quote sociali, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa detengano la titolarità del diritto per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento.”. Si è inteso, dunque, meglio specificare, “isolandole”, le tre distinte fattispecie oggetto dell’esenzione: il trasferimento di quote di società di capitali; il trasferimento di quote di società di persone; il trasferimento di aziende o rami di essa.

Ad ognuna delle suddette fattispecie corrispondono requisiti oggettivi determinati: per le quote di società di capitali è necessaria l’acquisizione o l’integrazione del controllo e tale condizione deve essere mantenuta per almeno cinque anni; per le quote di società di persone, occorre il trasferimento ed il mantenimento quinquennale della “titolarità” del diritto sulla quota; per le aziende e rami di esse è necessario che gli aventi causa proseguano l’attività d’impresa per almeno cinque anni (40).

Come nella versione previgente, conformemente alla *ratio* dell’agevolazione, in tutti i casi, per poter godere del beneficio fiscale, gli aventi causa devono rendere apposita dichiarazione di impegno al mantenimento

dei requisiti per il quinquennio, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all’atto di donazione o, viene aggiunto rispetto alla formulazione precedente della norma, al patto di famiglia.

b) Il concetto di integrazione del controllo già esistente

Il legislatore della riforma è intervenuto altresì a meglio chiarire i concetti di “acquisizione” ed “integrazione del controllo” cui la norma condiziona l’agevolabilità del trasferimento intergenerazionale di azioni o quote emessi da società per azioni e in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative e società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato (di cui all’art. 73, comma 1, lett. a, TUIR) (41).

Come noto, infatti, vigente la versione ante-novella dell’art. 3, comma 4-ter, TUSD, la prassi amministrativa tendeva a interpretare la locuzione disgiuntiva adoperata dal legislatore (“è acquisito o integrato il controllo”) come una sorta di endiadi, ritenendo che il requisito del controllo comprendesse unicamente le ipotesi di trasferimento di partecipazioni di per sé di controllo o di trasferimento di partecipazioni che, sommate a quelle di minoranza già detenute in precedenza, permettessero all’assegnatario di conseguire il cinquanta per cento più uno dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria (vale a dire, appunto, del c.d. controllo di diritto) (42). Al contrario, non potevano essere oggetto di trasferimento agevolato le devoluzioni di partecipazioni a favore di beneficiario che fosse già titolare di una partecipazione di controllo (43).

Muovendo dalla portata semantica propria e distinta dei due requisiti, la dottrina evidenziava al contrario che se è vero che il controllo è *acquisito* quando oggetto di trasmissione è una partecipazione di controllo oppure una partecipazione che, non essendo di controllo, diviene tale sommandosi ad

principale della disposizione agevolativa in esame, vale a dire la sussistenza di un’azienda di famiglia, intesa quale realtà imprenditoriale produttiva meritevole di essere tutelata anche nella fase del suo passaggio generazionale”. Anche “i trasferimenti di partecipazioni di società che detengono il controllo dell’attività d’impresa possono fruire dell’esenzione in parola, poiché consentono al beneficiario della donazione di continuare a detenere, seppur indirettamente, il controllo dell’azienda familiare”. Se ne ricava che, per l’Erario, il beneficio spetta solo a quelle quote che garantiscono (direttamente o indirettamente) il controllo di una società di capitali che svolge effettiva attività imprenditoriale; così anche ris. 1° febbraio 2023, n. 1985.

(38) Raccomandazione della Commissione Europea del 7 dicembre 1994, n. 94/1069/CE e la successiva comunicazione della Commissione Europea del 27 marzo 1998, n. 98/C93/02.

(39) Corte cost. 23 giugno 2020, n. 120.

(40) T. Tassani, *L’agevolazione per i passaggi generazionali di aziende e società*, cit., 2024.

(41) Per una rassegna delle tesi interpretative sull’argomento, CNN, Studio n. 17-2020/T, *Esenzione dall’imposta sulle successioni e donazioni - Art. 3, comma 4-ter, D.Lgs. n. 346/1990: casi e questioni di interesse notarile*, est. D. Fasano.

(42) Ris. 20 aprile, n. 497; ris. 18 marzo 2024.

(43) Si rinvia a F. Raponi - T. Tassani, *Soluzioni fiscali per la circolazione gratuita dell’azienda*, in *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimento di azienda. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 23 e il 24 aprile 2010*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2010, 3.

altra partecipazione già di titolarità del beneficiario, alla nozione di *controllo integrato* agevolabile avrebbero dovuto essere riconducibili, tutte le ipotesi in cui tramite il trasferimento il beneficiario, già titolare di una partecipazione tendenzialmente idonea ad attribuirgli il controllo di diritto, consolidi la sua partecipazione (44).

In questo senso, la nuova formulazione della disposizione, laddove ora dispone che “il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito il controllo ai sensi dell’art. 2359, primo comma, numero 1), del codice civile o integrato un controllo già esistente” si allinea ancora una volta a quanto già desumibile da una corretta valorizzazione del dato testuale.

Quanto alle società di persone, si è già detto che il nuovo disposto dell’art. 3, comma 4-ter, TUSD, nel meglio chiarire le fattispecie oggetto d’imposizione e i relativi presupposti applicativi, ancora l’agevolabilità del trasferimento delle “altre quote sociali” (ivi inclusa, dunque, la società semplice) al solo mantenimento quinquennale della “titolarità” del diritto sulla quota e, in alcun modo, alla prosecuzione dell’esercizio dell’attività d’impresa. Deve osservarsi, peraltro, che appaiono confermati gli approdi interpretativi condivisi da prassi e dottrina relativamente al requisito del controllo. Il diretto coinvolgimento alle sorti dell’impresa da parte del socio di società personale, seppure di minoranza, attraverso il meccanismo dell’unanimità di cui all’art. 2252 c.c., consente infatti di slegare l’applicabilità della “detenzione di ‘quel controllo’ (tanto meno per un periodo di tempo minimo) al fine dell’applicazione del trattamento agevolato” (45).

c) Le società non residenti

Non da ultimo, la novella introduce un ultimo periodo al comma 4-ter della disposizione in commento, prevedendo l’applicabilità dell’esenzione ai trasferimenti di azioni e di quote sociali di società residenti in Paesi appartenenti all’Unione europea o allo Spazio economico europeo o in Paesi che garantiscono un adeguato scambio di informazioni (c.d.

“white list”), alle medesime condizioni previste per i trasferimenti di quote sociali e azioni di soggetti residenti.

Come noto, la norma fiscale ante-novella si limitava a richiamare l’art. 73, comma 1, lett. a), TUIR che fa esclusivo riferimento a “le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative [...] residenti nel territorio dello Stato”.

Valorizzando detto appiglio testuale, la giurisprudenza e la prassi amministrativa - seppur con segnali di progressiva apertura (46) - tendevano a negare l’applicabilità del beneficio alle devoluzioni dirette o indirette di aziende site all’estero, o a limitarla ai soli trasferimenti di quote di società residenti in altri Stati membri dell’Unione europea (47).

La riforma in commento, pertanto, scioglie anche quest’ultimo nodo interpretativo in senso positivo, aderendo a quella soluzione che più appare aderente alla *ratio* della norma stessa.

Il coacervo

Da ultimo e nuovamente nella prospettiva di ricucire le disarmonie sorte intorno all’“accidentato” testo del TUSD, il legislatore delegato è intervenuto in materia di c.d. coacervo (48) successorio e donativo (e così rispettivamente sul disposto degli artt. 8, comma 4 e 57 TUSD) per porre definitivamente fine ad una vicissitudine interpretativa lunga più di vent’anni (49).

Come noto, infatti, in via ermeneutica dottrina (50) e giurisprudenza (51) ritenevano da tempo tacitamente abrogato il meccanismo del cumulo del *donatum* con il *relictum* (*rectius*: il coacervo successorio), nonostante l’art. 8, comma 4, TUSD disponesse: “Il valore globale netto dell’asse ereditario è maggiorato, ai soli fini della determinazione delle aliquote applicabili a norma dell’art. 7, di un importo pari al valore attuale complessivo di tutte le donazioni fatte dal defunto agli eredi e ai legatari, comprese quelle presunte di cui all’art. 1, comma 3, ed escluse quelle indicate all’art. 1, comma 4, e quelle registrate

(44) T. Tassani, *L’agevolazione per i passaggi generazionali di aziende e società*, cit.

(45) Circ. 22 gennaio 2008, n. 3/E; DRE Lazio 913-6/2018.

(46) Ris. 1° febbraio 2023, n. 185; DRE Lombardia n. 904-86017/2011.

(47) Cass. Civ. 23 febbraio 2023, n. 5674.

(48) In via di estrema approssimazione il coacervo è l’istituto giuridico in forza del quale, quando tra uno stesso donante e uno stesso donatario intercorre una pluralità di donazioni, occorre tener conto, nelle donazioni successive, delle donazioni precedenti, al fine di verificare se queste ultime hanno intaccato la franchigia esente.

(49) Per un primo commento si veda CNN, Studio n. 101-2024/T, *Prime note sul D.Lgs. n. 139/2024 - Il coacervo delle donazioni pregresse*, 11 ottobre 2024, est. S. Ghinassi.

(50) CNN, Studio 168-2006/T, *Prime note a commento della nuova imposta sulle successioni e donazioni*, par. 2.3, est.; V. Mastroiacovo, *Il cumulo di donatum e relictum nella nuova imposta successoria*, in *Corr. trib.*, 2007, 1719; S. Ghinassi, *L’istituto del “coacervo” nella nuova imposta sulle successioni e donazioni*, in *Rass. trib.*, 2007, 737.

(51) Si vedano le note che seguono.

gratuitamente o con pagamento dell'imposta in misura fissa a norma degli articoli 55 e 59; il valore delle singole quote ereditarie o dei singoli legati è maggiorato, agli stessi fini, di un importo pari al valore attuale delle donazioni fatte a ciascun erede o legatario. Per valore attuale delle donazioni anteriori si intende il valore dei beni e dei diritti donati alla data dell'apertura della successione, riferito alla piena proprietà anche per i beni donati con riserva di usufrutto o altro diritto reale di godimento".

Senza poter ripercorrere compiutamente in questa sede l'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato la materia, basti qui ricordare che dapprima la Suprema Corte ha escluso l'applicabilità dell'istituto ai fini della determinazione delle aliquote, evidenziando il venir meno, in un sistema di imposizione non più progressiva, della *ratio* stessa dell'art. 8, comma 4, TUSD (52); in un secondo momento, con un passaggio interpretativo ulteriore, la Corte di Cassazione ha ulteriormente chiarito che il coacervo dovesse ritenersi implicitamente abrogato anche ai fini della verifica del "consumo" delle franchigie (53). Di recente, con la circ. 29/E del 19 ottobre 2023 (54), anche l'Amministrazione finanziaria ha abbracciato la tesi dell'abrogazione implicita (55), abbandonando il contenzioso pendente.

In questa prospettiva si inserisce l'intervento del legislatore delegato che abroga finalmente espressamente l'art. 8, comma 4 del TUSD. Il valore - peraltro attualizzato - delle donazioni fatte in vita dal defunto a favore di eredi e legatari non verrà, pertanto, più conteggiato in sede successoria né ai fini della determinazione delle aliquote applicabili, né ai fini del calcolo delle franchigie.

Una sorte parzialmente diversa riguarda il c.d. coacervo donativo di cui all'art. 57 TUSD, che dottrina (56), giurisprudenza (57) e, almeno a seguito del cambio di rotta dell'ottobre 2023, prassi amministrativa ritengono sì mai implicitamente abrogato ai

fini delle franchigie, ma non operante con riferimento a quelle donazioni poste in essere nel periodo in cui la disciplina relativa all'imposta sulle successioni e donazioni risultava abrogata (N.d.R. ottobre 2001-2006).

Ancora una volta l'intervento del legislatore della riforma è volto a recepire, traducendolo in norma, l'esito del percorso interpretativo già tratteggiato dalla giurisprudenza, in base al quale, con riferimento all'imposta di donazione, il coacervo rimane in vita al solo fine di valutare se il donatario abbia già, attraverso precedenti donazioni (anche indirette ai sensi dell'art. 58, comma 5, TUSD), esaurito la propria franchigia rispetto al donante (58).

Parrebbero permanere, in quanto non espressamente affrontate dalla riforma, alcune questioni inerenti all'individuazione delle liberalità soggette al coacervo donativo.

Riguardo quella, cui si è fatto cenno, delle donazioni poste in essere nel periodo in cui l'imposta era soppressa, occorre evidenziare che a fronte dell'interpretazione condivisa da tutte le parti in gioco, l'intervento del legislatore avrebbe finanche "strabordato" l'obiettivo della legge delega, pur sempre quello di portare ordine al disordine.

La recente riforma, invece, nulla chiarisce sul tema delle liberalità collegate, che come noto l'art. 1, comma 4-bis, TUSD esclude da tassazione al ricorrere di determinati requisiti.

Eccezion fatta, infatti, per quelle liberalità poste in essere nel periodo di soppressione dell'imposta e detto dell'intervenuta esplicita abrogazione di quello successorio, occorre domandarsi se nel silenzio del dato normativo le liberalità collegate debbano essere considerate alla stregua di "donazioni pregresse" da indicare nel nuovo atto di donazione a termini dell'art. 57 TUSD.

Facendo leva proprio sul dato testuale dell'art. 57, comma 1, TUSD, che non prevede espressamente le

(52) *Ex multis*, Cass. Civ. nn. 29739/2008; 5972/2007 e 8489/1997.

(53) Cass. Civ. 6 dicembre 2016, n. 24940 e Cass. Civ. 16 dicembre 2016, n. 26050, con nota di V. Mastroiacovo, *Abrogazione tacita del coacervo ai fini dell'imposta sulle successioni*, in *Riv. dir. trib., suppl. online*, 11 gennaio 2017; *Id.*, *La Cassazione sancisce l'abrogazione tacita del coacervo del donatum con il relictum*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, 90; e di A. Fedele, *Ha ancora un senso il coacervo delle donazioni? La difficile conciliazione di dati testuali ed esigenze sistematiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, 235.

Cass. Civ. 15 gennaio 2019, n. 758; Cass. Civ. 19 dicembre 2018, n. 32830; Cass. Civ. 19 dicembre 2018, n. 32819; Cass. Civ. 23 maggio 2018, n. 12779; Cass. Civ. 19 dicembre 2018, n. 32818; Cass. Civ. 29 maggio 2020, n. 10255; Cass. Civ. 16 novembre 2020, n. 25909; Cass. Civ. 4 dicembre 2020, n. 27827; Cass. Civ. 16 febbraio 2021, n. 3989; Cass. Civ. 30 marzo 2022, n. 10171;

Cass. Civ. 8 aprile 2022, n. 11422; Cass. Civ. 31 maggio 2022, n. 17623.

(54) La circolare supera la tesi interpretativa precedente, circ. 16 novembre 2000, n. 207/; circ. 22 gennaio 2008, n. 3/E.

(55) Così, espressamente, circ. 19 ottobre 2023, n. 29/E: "ai fini dell'applicazione dell'imposta di successione, l'istituto del coacervo 'successorio', di cui all'art. 8, comma 4, TUS, deve ritenersi 'implicitamente abrogato', con la conseguenza che lo stesso non può essere applicato né per determinare le aliquote, né ai fini del calcolo delle franchigie".

(56) Si veda la nt. 49. Nel senso dell'operatività del coacervo nel periodo di soppressione del tributo, tuttavia, Cass. Civ. 11 maggio 2017, n. 1167, con nota di A. Fedele, *op. cit.*, 234.

(57) Cass. Civ. 13 aprile 2021, n. 9617; Cass. Civ. 20 dicembre 2021, n. 40865; Cass. Civ. 23 febbraio 2023, n. 5690.

(58) CNN, Studio n. 101-2024/T, *op. cit.*, est. S. Ghinassi.

liberalità collegate tra quelle escluse, diversi Uffici le hanno, infatti, ritenute oggetto del coacervo donativo.

A detti recuperi fiscali possono, tuttavia, opporsi due ordini di argomentazioni (59).

In primo luogo, è possibile osservare che l'art. 1, comma 4-bis non richiede al fine dell'esclusione da tassazione della liberalità uno specifico rapporto di coniugio o parentela tra le parti, risultando sufficiente il collegamento della liberalità medesima all'atto di trasferimento immobiliare o d'azienda. Ciò in aperta controtendenza con quanto si verifica, in linea generale, con i meccanismi propri delle franchigie impositive e con possibili ed odiosi effetti distorsivi (60).

In secondo luogo, come condiviso da alcuni di giudici di merito (61), rievocare la rilevanza fiscale di una fattispecie normativamente esclusa sembra indice quantomeno di una sorta di "strabismo" giuridico del sistema impositivo (62).

Per concludere, volendo tentare di offrire un quadro che tenga conto della fiscalità delle liberalità ai fini

del coacervo, può osservarsi che: a) il coacervo successorio è espressamente abrogato dalla riforma, con ogni conseguenza in termini di obbligatorietà della menzione delle precedenti liberalità (dirette ed indirette); b) pur non essendo espressamente intervenuta sul punto la riforma, alla luce della prassi amministrativa e della giurisprudenza le liberalità (dirette ed indirette) poste in essere nel periodo in cui l'imposta non era in vigore (2001-2006) non sono ricomprese nel cumulo donativo, e pertanto non andranno menzionate in liberalità successive; c) le liberalità indirette risultanti da precedenti atti sottoposti a registrazione (art. 1, comma 4-bis, primo periodo), registrate volontariamente o "denunciate" ai sensi dell'art. 56-bis TUSD sono rilevanti ai fini del coacervo donativo e dovranno essere menzionate nelle donazioni (o liberalità indirette) successive ex art. 57, comma 2, TUSD; d) nel silenzio del legislatore, le liberalità indirette collegate di cui all'art. 1, comma 4-bis, TUSD non dovrebbero avere rilevanza giuridica ai fini del coacervo donativo e, pertanto, nessuna menzione è dovuta.

Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni	
Testo anteriore alle modifiche (disposizioni aventi efficacia sino al 1° gennaio 2025)	Testo come modificato dal D.Lgs. n. 139/2024 (disposizioni aventi efficacia dal 1° gennaio 2025)
Art. 1 - Oggetto dell'imposta	Art. 1 - Oggetto dell'imposta
1. L'imposta sulle successioni e donazioni si applica ai trasferimenti di beni e diritti per successione a causa di morte ed ai trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi. (omissis) 4. L'imposta non si applica nei casi di donazione o liberalità di cui agli articoli 742 e 783 del codice civile. (omissis)	1. L'imposta sulle successioni e donazioni si applica ai trasferimenti di beni e diritti per successione a causa di morte, per donazione o a titolo gratuito, compresi i trasferimenti derivanti da trust e da altri vincoli di destinazione. (omissis) 4. L'imposta non si applica nei casi di donazione o liberalità di cui agli articoli 742, 770, secondo comma, e 783 del codice civile. (omissis)
Art. 2 - Territorialità dell'imposta	Art. 2 - Territorialità dell'imposta
(omissis) 3. Agli effetti del comma 2, si considerano in ogni caso esistenti nello Stato: a) i beni e i diritti iscritti in pubblici registri dello Stato e i diritti reali di godimento ad essi relativi;	(omissis) 2-bis. Per i trust e gli altri vincoli di destinazione, l'imposta è dovuta in relazione a tutti i beni e diritti trasferiti ai beneficiari, qualora il disponente sia residente nello Stato al momento della separazione patrimoniale. In caso di disponente non residente, l'imposta è dovuta limitatamente ai beni e diritti esistenti nel territorio dello Stato trasferiti al beneficiario. 3. Agli effetti del comma 2 e del comma 2-bis , si considerano in ogni caso esistenti nello Stato: a) i beni e i diritti iscritti in pubblici registri dello Stato e i diritti reali di godimento ad essi relativi;

(59) S. Ghinassi, *L'istituto del coacervo nella nuova imposta sulle successioni e donazioni*, in *Rassegna tributaria*, 2007, 3, 737.

(60) Se si sposasse la tesi della giuridica rilevanza delle liberalità collegate ai fini del coacervo donativo, infatti, la donazione indiretta fatta a un estraneo (che non è dal sistema ritenuto meritevole di franchigia e che anzi dovrebbe scontare la massima delle aliquote) non scontenterebbe l'imposta, mentre la donazione fatta a un soggetto che avrebbe astrattamente diritto a una franchigia finirebbe *ad absurdum* per essere tassata per effetto del coacervo quando applicabile.

(61) CTR Lombardia 3 febbraio 2020, n. 263 e CTR Lombardia 21 novembre 2017, n. 6497, in *Corr. trib.*, 2018, 9, 713, con nota di

A. Busani, *Niente coacervo per la liberalità indiretta esente da imposta di donazione*. Così anche CTP Brescia 20 dicembre 2019, in *DeJure*.

(62) La questione si pone nei medesimi termini per le donazioni disposte da un donante residente all'estero aventi ad oggetto beni non esistenti in Italia (che in quanto estranee all'applicazione dell'imposta di donazione in Italia sono inidonee a consumare la "franchigia"), sul tema CNN, Quesito n. 189-2016/T, *Imposta di successione - de cuius residente all'estero - dichiarazione di successione*, in *CNN Notizie* del 3 ottobre 2018.

<p>b) le azioni o quote di società, nonché le quote di partecipazione in enti diversi dalle società, che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale;</p> <p>c) le obbligazioni e gli altri titoli in serie o di massa diversi dalle azioni, emessi dallo Stato o da società ed enti di cui alla lettera b);</p> <p>d) i titoli rappresentativi di merci esistenti nello Stato;</p> <p>e) i crediti, le cambiali, i vaglia cambiari e gli assegni di ogni specie, se il debitore, il trattario o l'emittente è residente nello Stato;</p> <p>f) i crediti garantiti su beni esistenti nello Stato fino a concorrenza del valore dei beni medesimi, indipendentemente dalla residenza del debitore.</p>	<p>b) le azioni o quote di società, nonché le quote di partecipazione in enti diversi dalle società, che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale;</p> <p>c) le obbligazioni e gli altri titoli in serie o di massa diversi dalle azioni, emessi dallo Stato o da società ed enti di cui alla lettera b);</p> <p>d) i titoli rappresentativi di merci esistenti nello Stato;</p> <p>e) i crediti, le cambiali, i vaglia cambiari e gli assegni di ogni specie, se il debitore, il trattario o l'emittente è residente nello Stato;</p> <p>f) i crediti garantiti su beni esistenti nello Stato fino a concorrenza del valore dei beni medesimi, indipendentemente dalla residenza del debitore.</p>
Art. 3 - Trasferimenti non soggetti all'imposta	Art. 3 - Trasferimenti non soggetti all'imposta
<p><i>(omissis)</i></p> <p>4-ter. I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata.</p>	<p><i>(omissis)</i></p> <p>4-ter. I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile o integrato un controllo già esistente. In caso di aziende o rami di esse, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento; in caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento; in caso di altre quote sociali, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa detengano la titolarità del diritto per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento. Gli aventi causa rendono, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione o al patto di famiglia, apposita dichiarazione di impegno alla continuazione dell'attività o alla detenzione del controllo o al mantenimento della titolarità del diritto. Il mancato rispetto delle condizioni di cui ai periodi dal primo al quarto comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata. Il beneficio si applica anche ai trasferimenti di azioni e di quote sociali di società residenti in Paesi appartenenti all'Unione europea o allo Spazio economico europeo o in Paesi che garantiscono un adeguato scambio di informazioni, alle medesime condizioni previste per i trasferimenti di quote sociali e azioni di soggetti residenti.</p>
	Art. 4-bis - Trust e altri vincoli di destinazione
	<p>1. I trust e gli altri vincoli di destinazione rilevano, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, ove determinino arricchimenti gratuiti dei beneficiari. L'imposta si applica al momento del trasferimento dei beni e diritti a favore dei beneficiari. Ai fini dell'autoliquidazione dell'imposta, il beneficiario denuncia il trasferimento ai sensi dell'articolo 19 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, il cui termine decorre dal predetto atto di trasferimento. Resta ferma la disciplina prevista per i trust, i vincoli di destinazione e i fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione dall'articolo 6 della legge 22 giugno 2016, n. 112.</p> <p>2. Nelle ipotesi di cui al comma 1, le franchigie e le aliquote previste dall'articolo 7 e dall'articolo 56 si applicano in base al rapporto tra disponente e beneficiario.</p> <p>3. Il disponente del trust o di altro vincolo di destinazione o, in caso di trust testamentario, il trustee può optare per la corresponsione dell'imposta in occasione di ciascun conferimento dei beni e dei diritti ovvero dell'apertura della successione. In tal caso, la base imponibile nonché le franchigie e le aliquote</p>

	<p>applicabili sono determinate ai sensi delle disposizioni del presente testo unico con riferimento al valore complessivo dei beni e dei diritti e al rapporto tra disponente e beneficiario risultanti al momento del conferimento ovvero dell'apertura della successione. Nel caso in cui al momento del conferimento ovvero dell'apertura della successione non sia possibile determinare la categoria di beneficiario, l'imposta si calcola sulla base dell'aliquota più elevata, senza l'applicazione delle franchigie di cui agli articoli 7 e 56. Qualora il disponente ovvero, in caso di <i>trust</i> testamentario, il <i>trustee</i> opti per la corresponsione dell'imposta ai sensi del presente comma, i successivi trasferimenti a favore dei beneficiari appartenenti alla medesima categoria per cui è stata corrisposta l'imposta in via anticipata non sono soggetti all'imposta. Non si dà luogo al rimborso dell'imposta assolta dal disponente o dal <i>trustee</i>.</p> <p>4. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche con riferimento ai <i>trust</i> già istituiti alla data di entrata in vigore della presente disposizione. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabilite le modalità attuative delle disposizioni di cui al presente articolo.</p>
Art. 8 - Base imponibile	Art. 8 - Base imponibile
<p>(omissis)</p> <p>2. In caso di fallimento del defunto conto delle sole attività che pervengono agli eredi e ai legatari a seguito della chiusura del fallimento.</p> <p>(omissis)</p> <p>4. Il valore globale netto dell'asse ereditario è maggiorato, ai suoi fini della determinazione delle aliquote applicabili a norma dell'art. 7, di un importo pari al valore attuale complessivo di tutte le donazioni fatte dal defunto agli eredi e ai legatari, comprese quelle presunte di cui all'art. 1, comma 3, ed escluse quelle indicate all'art. 1, comma quattro, e quelle registrate gratuitamente o con pagamento dell'imposta in misura fissa a norma degli articoli 55 e 59; il valore delle singole quote ereditarie o dei singoli legati è maggiorato, agli stessi fini, di un importo pari al valore attuale delle donazioni fatte a ciascun erede o legatario. Per valore attuale delle donazioni anteriori si intende il valore dei beni e dei diritti donati alla data dell'apertura della successione, riferito alla piena proprietà anche per i beni donati con riserva di usufrutto o altro diritto reale di godimento.</p>	<p>(omissis)</p> <p>2. In caso di assoggettamento del debitore defunto a liquidazione giudiziale si tiene conto delle sole attività che pervengono agli eredi e ai legatari a seguito della chiusura della relativa procedura.</p> <p>(omissis)</p> <p>4. Abrogato</p>
Art. 55 - Registrazione degli atti di donazione	Art. 55 - Registrazione degli atti di donazione
<p>(omissis)</p> <p>1-bis. Sono soggetti a registrazione in termine fisso anche gli atti aventi ad oggetto donazioni, dirette o indirette, formati all'estero nei confronti di beneficiari residenti nello Stato. Dall'imposta sulle donazioni determinata a norma del presente titolo si detraggono le imposte pagate all'estero in dipendenza della stessa donazione ed in relazione ai beni ivi esistenti, salva l'applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni.</p>	<p>(omissis)</p> <p>1-bis. Sono soggetti a registrazione in termine fisso anche gli atti aventi ad oggetto donazioni, dirette o indirette, nonché gli atti di istituzione e di dotazione dei <i>trust</i> formati all'estero nei confronti di beneficiari residenti nello Stato.</p>
Art. 56-bis - Accertamento delle liberalità indirette	Art. 56-bis - Accertamento delle liberalità indirette
<p>1. Ferma l'esclusione delle donazioni o liberalità di cui agli articoli 742 e 783 del codice civile, l'accertamento delle liberalità diverse dalle donazioni e da quelle risultanti da atti di donazione effettuati all'estero a favore di residenti può essere effettuato esclusivamente in presenza di entrambe le seguenti condizioni:</p> <p>a) quando l'esistenza delle stesse risulti da dichiarazioni rese dall'interessato nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di tributi;</p> <p>b) quando le liberalità abbiano determinato, da sole o unitamente a quelle già effettuate nei confronti del medesimo beneficiario, un incremento patrimoniale superiore all'importo di 350 milioni di lire.</p> <p>2. Alle liberalità di cui al comma 1 si applica l'aliquota del sette per cento, da calcolare sulla parte dell'incremento patrimoniale che supera l'importo di 350 milioni di lire.</p> <p>3. Le liberalità di cui al comma 1 possono essere registrate volontariamente, ai sensi dell'art. 8 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, approvato con D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131. In tale caso si applica l'imposta con le aliquote indicate all'art. 56 mentre qualora la registrazione volontaria sia effettuata entro il 31 dicembre 2001, si applica l'aliquota del tre per cento.</p>	<p>1. Ferma l'esclusione delle donazioni o liberalità di cui agli articoli 742, 770, secondo comma, e 783 del codice civile, l'accertamento delle liberalità diverse dalle donazioni e da quelle risultanti da atti di donazione effettuati all'estero a favore di residenti può essere effettuato esclusivamente quando l'esistenza delle stesse risulti da dichiarazioni rese dall'interessato nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di tributi.</p> <p>2. Alle liberalità di cui al comma 1 si applica l'aliquota dell'8 per cento di cui all'articolo 56, comma 1, lettera d), per la parte che eccede la franchigia ove prevista.</p> <p>3. Le liberalità di cui al comma 1 possono essere registrate volontariamente, ai sensi dell'art. 8 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, approvato con D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131. In tale caso si applica l'imposta con le aliquote e le franchigie indicate all'art. 56.</p>

Art. 57 - Donazioni anteriore	Art. 57 - Donazioni anteriore
<p>1. Il valore globale netto dei beni e dei diritti oggetto della donazione è maggiorato di un importo pari al valore complessivo di tutte le donazioni, anteriormente fatte dal donante al donatario, comprese quelle presunte di cui all'art. 1, comma 3, ed escluse quelle indicate nell'art. 1, comma 4, e quelle registrate gratuitamente o con pagamento dell'imposta in misura fissa a norma degli articoli 55 e 59. Agli stessi fini, nelle ipotesi di cui all'art. 56, comma 2, il valore globale netto di tutti i beni e diritti complessivamente donati è maggiorato di un importo pari al valore complessivo di tutte le donazioni anteriormente fatte ai donatari e il valore delle quote spettanti o dei beni e diritti attribuiti a ciascuno di essi è maggiorato di un importo pari al valore delle donazioni a lui anteriormente fatte dal donante. Per valore delle donazioni anteriori si intende il valore attuale dei beni e dei diritti donati; si considerano anteriori alla donazione, se dai relativi atti non risulta diversamente, anche le altre donazioni di pari data.</p> <p>2. Negli atti di donazione e negli atti di cui all'art. 26 del testo unico sull'imposta di registro, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, devono essere indicati gli estremi delle donazioni anteriormente fatte dal donante al donatario o ad alcuno dei donatari e i relativi valori alla data degli atti stessi. Per l'omissione, l'incompletezza o l'inesattezza di tale indicazione si applica, a carico solidalmente dei donanti e dei donatari, la pena pecuniaria da una a due volte la maggiore imposta dovuta.</p>	<p>1. Il valore delle quote spettanti o dei beni e diritti attribuiti a ciascun donatario è maggiorato, ai soli fini delle franchigie di cui all'articolo 56, di un importo pari al valore delle donazioni a lui anteriormente fatte dal donante, comprese quelle presunte di cui all'articolo 1, comma 3, ed escluse quelle indicate nell'articolo 1, comma 4, e quelle registrate gratuitamente o con pagamento dell'imposta in misura fissa a norma degli articoli 55 e 59. Per valore delle donazioni anteriori si intende il valore attuale dei beni e dei diritti donati; si considerano anteriori alla donazione, se dai relativi atti non risulta diversamente, anche le altre donazioni di pari data.</p> <p>2. Negli atti di donazione e negli atti di cui all'art. 26 del testo unico sull'imposta di registro, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, devono essere indicati gli estremi delle donazioni anteriormente fatte dal donante al donatario o ad alcuno dei donatari e i relativi valori alla data degli atti stessi. Per l'omissione, l'incompletezza o l'inesattezza di tale indicazione si applica, a carico solidalmente dei donanti e dei donatari, la sanzione amministrativa da una a due volte la maggiore imposta dovuta.</p>

Fondo patrimoniale

La funzione promozionale del fisco: la tassazione del fondo patrimoniale e del patto di famiglia

di Daniela Mendola (*)

La finanza pubblica ha assunto, nel tempo, sempre di più il ruolo di “ausiliario” dello Stato nel soddisfacimento dei diritti costituzionali. La presente ricerca si è posta l’obiettivo di analizzare l’altro volto della finanza pubblica, quello umano, che implica il riconoscimento di normative di favore e agevolazioni fiscali, in particolare, rispetto a due ambiti: la famiglia e l’azienda.

Over time, public finance has increasingly taken on the role of “auxiliary” in the satisfaction of constitutional rights. This research has set itself the objective of analyzing the other face of public finance, the human one, which implies the recognition of favorable regulations and tax breaks, in particular, with respect to two areas: the family and the company.

1. La tassazione del fondo patrimoniale ai fini delle imposte dirette

Il fondo patrimoniale è un regime patrimoniale che imprime un vincolo di destinazione sui beni che ne formano oggetto.

Il fondo *de quo*, può integrare, ma non sostituire gli altri regimi patrimoniali e può essere costituito dai due coniugi con atto pubblico in presenza di due testimoni, da terzi per atto *inter vivos* (previa accettazione da parte dei coniugi) oppure mediante testamento.

Esso riveste una duplice finalità: destinare determinati beni ai bisogni della famiglia (fine diretto) e garantire una consistenza economica alla famiglia in caso di difficoltà economiche (fine indiretto).

Appare opportuno precisare cosa si intenda per “bisogni della famiglia”. Si tratta di tutti quei bisogni legati a esigenze (attuali o future) della vita dei componenti della famiglia, siano esse comuni a tutti o esigenze

individuali capaci di coinvolgere l’interesse della famiglia nel suo complesso (1).

È, dunque, agevole affermare che il fondo patrimoniale sia funzionalmente conformato al soddisfacimento dei bisogni della famiglia e costituisca una modalità di adempimento tanto dell’obbligo contributivo primario che di quelli di mantenimento (c.d. effetto segregativo).

Definita la funzione assolta dal fondo patrimoniale, è opportuno evidenziare che esso assume rilevanza anche sotto il profilo fiscale.

Il legislatore, sebbene non preveda alcuna forma agevolativa di tassazione e, sebbene il fondo patrimoniale non costituisca una entità autonoma dotata di soggettività passiva (da cui deriva la non obbligatorietà di una autonoma dichiarazione dei redditi), ha previsto una disciplina *ad hoc* per regolamentare la ripartizione della tassazione a carico di entrambi i coniugi.

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

(1) Nella nozione di “bisogni della famiglia” di cui all’art. 170 c.c. rientrano anche quelle esigenze “destinate a potenziare le capacità lavorative di uno dei coniugi, eventualmente imprenditoriali”. Di conseguenza, i bisogni della famiglia comprendono anche tutte

le esigenze volte al “pieno mantenimento ed all’armonico sviluppo della comunità familiare, nonché al potenziamento della capacità lavorativa dei coniugi”. E tra queste rientra anche il mancato pagamento dei debiti tributari che si traduce in una forma di risparmio per le casse della famiglia (App. Lecce, Sez. II civ., 28 aprile 2016, n. 434).

A tal proposito, l'art. 4 T.U.I.R. prevede che i redditi dei beni confluenti nel fondo patrimoniale sono imputati per il 50% del loro netto ammontare a ciascuno dei coniugi, titolare del diritto di fruizione e disporre o per la diversa quota stabilita ai sensi dell'art. 210 dello stesso codice (art. 4 T.U.I.R.).

I proventi dell'attività separata di ciascun coniuge sono a lui imputati in ogni caso per l'intero ammontare.

Quanto detto è la prova che, da un punto di vista sistematico, il fondo patrimoniale non costituisce un autonomo soggetto di diritto.

La *ratio* è ravvisabile nel fatto che la famiglia non è un centro d'imputazione dei redditi prodotti, ma si configura come entità che consuma il reddito (2).

Il regime impositivo dei redditi dei coniugi è ispirato al criterio della tassazione individuale, nel senso che ciascun coniuge è tassato per il suo reddito, dal momento che la famiglia nel suo complesso non rientra tra i soggetti passivi d'imposta.

Si tratterebbe del c.d. effetto *splitting* (3), in quanto la tassazione ai fini delle imposte dirette è la manifestazione della c.d. pianificazione fiscale familiare (4) ed opera a presidio della equità orizzontale tra i coniugi. Il fondo patrimoniale, infatti, consente di ripartire in parti eguali tra i coniugi, il reddito derivante dai beni in esso compresi, garantendo una imposizione equa. Il vantaggio principale consisterebbe nella opportunità di ottenere la suddivisione dei redditi senza dover procedere, preliminarmente, al trasferimento della proprietà dei beni, situazione che, come noto,

provoca il sorgere di materia imponibile rendendo poco conveniente l'intera operazione (5). Pertanto, il conferimento dei beni immobili da parte dei coniugi al fondo patrimoniale costituisce una operazione "fiscalmente neutrale".

Attraverso la clausola di riserva dell'esclusiva proprietà, che non comporta alcun effetto traslativo sui beni, il costituente, infatti, ottiene che l'imputazione dei redditi avvenga in egual misura in capo ai coniugi beneficiari del fondo patrimoniale.

Appare pacifico che, in caso di plusvalenze derivanti dalla cessione di beni immobili o partecipazioni appartenenti al fondo patrimoniale, si applicherà la tassazione di cui all'art. 4, d.P.R. n. 917/1986 (6).

L'onere impositivo verrà, comunque, posto a carico per metà ad entrambi i coniugi anche se la titolarità del bene ceduto è riconducibile all'altro coniuge per intero o comunque per una percentuale diversa dal 50%.

Invero, può ritenersi che il fondo patrimoniale, sotto l'aspetto fiscale, possa essere un valido strumento per fronteggiare l'assenza di un modello di imposizione diretta che colpisca il reddito prodotto all'interno del nucleo familiare, nel pieno rispetto del principio di capacità contributiva.

2. Il rischio di utilizzo del fondo patrimoniale come strumento di elusione fiscale

L'istituto in esame non deve, tuttavia, rappresentare uno strumento di elusione fiscale finalizzato

(2) Sul punto si rinvia a M.V. Cernigliaro, *La famiglia nel diritto tributario*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, 5, 342.

(3) Ha origini tedesche, laddove si garantisce una imposizione più equa del reddito familiare rispetto al modello italiano. Per una disamina si rinvia allo scritto di L. Strianese, *Il fondo patrimoniale, strumento di articolazione del patrimonio familiare: alcuni tratti patologici rilevanti sul piano tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, 1, 10181.

(4) Essa, distribuendo idealmente il reddito complessivo della famiglia tra i vari componenti, ha l'effetto di attenuare la progressività dell'imposizione (le forme tipiche sono lo *splitting* e il quoziente familiare): lo *splitting* consiste nel sommare il reddito dei coniugi (indipendentemente dal numero di figli), dividere per due la somma ottenuta, applicare a ciascuna delle due quote di reddito (ottenute con la divisione) le aliquote di legge determinando il debito d'imposta, raddoppiare il debito d'imposta così determinato. Sul punto si invia a T. Di Tanno, *Documenti di indagine conoscitiva*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 1, 1071. C. Sacchetto (a cura di), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati*, Soveria Mannelli, 2010; A. Turchi, *La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte Prima. I modelli di tassazione dei redditi familiari*, Torino, 2012.

(5) In senso contrario si è espressa la giurisprudenza di legittimità. "In tema di IRPEF, il regime tributario della famiglia risulta impostato sul principio dell'imposizione separata dei componenti della famiglia stessa, cioè dell'imputazione del reddito al soggetto che lo produce, con esclusione dei familiari sprovvisti di redditi propri, con la conseguenza del divieto del c.d. 'splitting', ossia del metodo di calcolo dell'imposta basata sulla scomposizione in

quote della somma dei redditi prodotti dai membri della famiglia in tante parti uguali quanto sono i familiari e, poi, sulla imputazione a ciascuno di essi della somma così ottenuta. Questo regime fiscale non è conforme ai principi costituzionali, avendo la Consulta più volte statuito che spetta unicamente al legislatore dettare nuovi criteri di tassazione dei redditi della famiglia, al fine di evitare il protrarsi di sperequazioni in danno alle famiglie monoreddito e di quelle numerose con componenti che non producono (Cass. Civ., Sez. V, 26/04/2004, n. 7951)".

(6) La norma in questione prevede che ai fini della determinazione del reddito complessivo o della tassazione separata:

a) i redditi dei beni che formano oggetto della comunione legale di cui agli artt. 177 ss. c.c. sono imputati a ciascuno dei coniugi per metà del loro ammontare netto o per la diversa quota stabilita ai sensi dell'art. 210 dello stesso codice; I proventi dell'attività separata di ciascun coniuge sono a lui imputati in ogni caso per l'intero ammontare.

b) i redditi dei beni che formano oggetto del fondo patrimoniale di cui agli artt. 167 ss. c.c. sono imputati per metà del loro ammontare netto a ciascuno dei coniugi. Nelle ipotesi previste nell'art. 171 del detto codice i redditi dei beni che rimangano destinati al fondo sono imputati per l'intero ammontare al coniuge superstite o al coniuge cui sia stata esclusivamente attribuita l'amministrazione del fondo;

c) i redditi dei beni dei Figli minori soggetti all'usufrutto legale dei genitori sono imputati per metà del loro ammontare netto a ciascun genitore. Se vi è un solo genitore o se l'usufrutto legale spetta ad un solo genitore i redditi gli sono imputati per l'intero ammontare.

esclusivamente ad ottenere dei vantaggi fiscali, finalità ben lontana dalla sua *ratio* ispiratrice quale è la protezione della famiglia.

Può, tuttavia, accadere che il soggetto abusi della “regola” eludendone il fine e, in tal caso, si configura una condotta elusiva.

L’elusione fiscale (7) è definita, altrimenti, come abuso del diritto, intendendo con tale espressione l’abuso delle regole, sicché il diritto è usato in modo distorto rispetto alla sua finalità (viene, allora, violata indirettamente la norma).

L’istituto del fondo patrimoniale è, ormai, ben radicato nel nostro ordinamento ed è pienamente lecito. Una simile, logica affermazione, non esclude, però, che esso possa essere usato per fini distorti, diversi da quelli suoi propri, come, ad esempio, per sottrarre (ponendo un vincolo di “intoccabilità”) i beni del debitore al recupero delle imposte.

In considerazione della difficoltà di qualificare una operazione economica in termini di condotta elusiva, la Corte, ha previsto un decalogo di “indizi” ovvero degli elementi la cui presenza fa presumere l’uso distorto del fondo patrimoniale: tra i quali a) l’aver contratto matrimonio qualche giorno prima della costituzione del fondo (il matrimonio è un presupposto del fondo), b) l’esistenza di procedure e/o contestazioni fiscali che facevano ritenere probabile un’azione del fisco diretta al recupero del dovuto, c) l’inidoneità dei beni inseriti nel fondo a soddisfare i bisogni della famiglia (auto e barca), d) l’eccessività dei beni inseriti nel fondo (tutti i beni immobili dei due coniugi) rispetto al soddisfacimento dei bisogni della famiglia (Cass. Pen., Sez. III, 16 ottobre 2012, n. 10561). Si tratta di meri indizi, è chiaro, i quali sono la manifestazione di una condotta antieconomica o comunque priva di logiche di mercato. Ma sono,

tuttavia, indizi utili ad indirizzare il controllo da parte dell’ordinamento giuridico che può presumere una condotta elusiva al ricorrere dei predetti indizi, invitando l’interessato a dimostrare la sussistenza di valide ragioni economiche poste alla base dell’operazione.

Come previsto, infatti, dal D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11, (rubricato “sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte”) è sanzionata, “la condotta di chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore a cinquantamila Euro, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva, applicandosi una pena editale più elevata laddove l’ammontare delle imposte, degli interessi e delle sanzioni, sia superiore a duecentomila Euro” (8).

Strutturalmente, la condotta *de qua* presenta un elemento soggettivo caratterizzato dal dolo commissivo, ovvero si tratta di un comportamento funzionalmente volto ad arrecare un pregiudizio. Si configura, allora, il dolo specifico, che si sostanzia nella finalità di sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, o degli interessi o delle sanzioni amministrative.

Dal punto di vista oggettivo, invece, si fa riferimento alla sottrazione al pagamento esclusivamente dei rapporti debitori con l’Amministrazione finanziaria relativi alle imposte sul reddito (ad es., l’IRPEF, l’IRES, l’IRAP) o sull’IVA, ma non anche quelli che riguardano altre tipologie di obblighi tributari (ad es., le imposte di registro, la TARSU, le sanzioni amministrative, i debiti previdenziali, etc.) (9).

(7) Per una disamina sull’elusione fiscale si rinvia a G. Ingraio, *Diritto tributario, Teoria e tecnica dell’imposizione*, Padova-Milano, 2023, 486 ss. Secondo l’A. l’elusione fiscale presuppone un utilizzo delle norme con finalità distorte rispetto a quelle ipotizzate dal legislatore. F. Gallo, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, 1315 ss.; Id., *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del cd. adempimento collaborativo*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, 6, 947 ss.; per una disamina degli scritti più risalenti si rinvia a S. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell’elusione fiscale*, Padova, 1992, 65 ss.; R. Lupi, *L’elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, 226.

(8) La costituzione di un fondo patrimoniale può integrare il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte sui redditi (art. 11, D.Lgs. n. 74/2000), in quanto è atto idoneo ad ostacolare il soddisfacimento di un’obbligazione tributaria (Cass. Civ. n. 5824/2008). Tale considerazione, tuttavia, non esonera dalla necessità di dimostrare, sia sotto il profilo dell’attitudine della condotta che della sussistenza del dolo specifico di frode, che la creazione del patrimonio separato sia idonea e finalizzata ad evitare il soddisfacimento dell’obbligazione tributaria, con la

conseguenza che il giudice è tenuto a motivare sulla ragione per cui la segregazione patrimoniale rappresenta, in concreto, uno strumento idoneo a rendere in tutto o in parte inefficace il recupero del credito erariale. Sicché anche nel caso, come quello in esame, di simulata donazione di un immobile del fondo patrimoniale, i giudici sono chiamati a verificare l’effettiva possibilità, da parte dell’Erario, di apprendere un bene inserito in un fondo patrimoniale, stante gli stringenti limiti fissati dall’art. 170 c.c., a tenore del quale “l’esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia”. Cfr. V.R. Zannotti, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rassegna tributaria*, 2001, 3, 771; U. Nannucci, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in *La riforma del diritto penale tributario*, Padova, 2000, 291.

(9) Cfr. E. Boffelli, *I riflessi del soddisfacimento della pretesa tributaria sul reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e sulla richiesta di revoca del sequestro preventivo*, in *Dir. prat. trib.*, 2011, 6, 21265, nota a Cass. Pen., Sez. III, 27 ottobre 2010, n. 40481; M. Antinolfi, *L’uso fraudolento del fondo patrimoniale. Il fisco creditore involontario?*, in *Notariato*, 2010, 262.

Si tratta, dunque, di un istituto che vuole proteggere il diritto dell'Erario che ha riposto un legittimo affidamento sul patrimonio del contribuente quale "garanzia" della corretta percezione dei tributi dovuti. Allo stesso tempo, esso punisce la "spoliazione artificiale" del patrimonio da parte del creditore, a prescindere da una richiesta formale avanzata dall'Ufficio o dall'avvio della procedura di riscossione (10).

È chiaro che l'ordinamento giuridico mette a disposizione diversi strumenti per proteggere l'interesse del creditore al soddisfacimento del diritto di credito, ivi, compresa l'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c. c., a norma del quale il creditore può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti dispositivi del patrimonio del debitore quando possano recare pregiudizio ai suoi diritti (11).

È posto, tuttavia, a carico del creditore l'onere di dimostrare che il debitore era a conoscenza del pregiudizio arrecato ai suoi diritti o che, in caso di costituzione antecedente all'insorgenza del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento (12). Attraverso la previsione di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 74/2000 viene tipizzata la sanzione conseguente all'uso improprio del fondo patrimoniale per evitare di incorrere nel rischio di sviamento del fine suo proprio che si identifica con il soddisfacimento dei bisogni della famiglia. È opportuno, allora, osservare che da strumento utile ai bisogni della famiglia, il fondo patrimoniale non deve diventare un mezzo lesivo dei principi dell'ordinamento giuridico.

3. La tassazione indiretta del fondo patrimoniale

I beni entrano a far parte del fondo patrimoniale per effetto di un atto di trasferimento, sicché vengono in rilievo le imposte indirette che colpiscono i trasferimenti di ricchezza. Nella fattispecie si fa riferimento all'imposta di registro, ma è opportuno effettuare un distinguo.

Se entrambi i coniugi o le parti dell'unione civile conferiscono al fondo patrimoniale il bene o i beni di cui sono comproprietari, in tal caso si tratta di una costituzione di un vincolo non traslativo in quanto non vi è trasferimento di diritti, sicché quando il conferimento costituisce un atto sostanzialmente "neutro" che non arreca un reale ed "effettivo incremento patrimoniale al beneficiario" resta esclusa la ricorrenza di un "trapasso" di ricchezza suscettibile di imposizione indiretta (così Cass. Civ., Sez. trib., 17 luglio 2018, n. 1131; Cass. Civ., Sez. trib., 26 ottobre 2016, n. 21614; Cass. Civ., Sez. trib., 17 gennaio 2018, n. 975; Cass. Civ., Sez. trib., 13 giugno 2018, n. 15469; Cass. Civ., Sez. trib., 5 dicembre 2018, n. 31445; Cass. Civ., Sez. trib., 5 dicembre 2018, n. 31446). Come asserito dalla Suprema Corte l'atto costitutivo di un fondo patrimoniale non presenta i caratteri di atto traslativo a titolo oneroso, né di atto meramente ricognitivo, ma risulta assimilabile ad una "convenzione istitutiva di un nuovo regime giuridico diverso da quello precedente, costitutivo di beni in un patrimonio avente un vincolo di destinazione a carattere reale, in quanto teso a vincolare l'utilizzazione dei beni e dei frutti solo per assicurare il soddisfacimento dei bisogni della famiglia" (13).

Ne consegue che risulta esclusa l'imposizione proporzionale sugli atti costitutivi di fondi patrimoniali disciplinata agli artt. 1 e 9 TUR, restando, invece, applicabile l'art. 11 TUR, non avendo ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale (14).

Si pagherà, pertanto, una imposta di registro in misura fissa pari a 200 euro indistintamente se si tratti di un bene immobile o mobile.

Solo in caso di formalità pubblicitarie saranno dovute le imposte ipotecarie e catastali e il Pubblico Ufficiale (il quale opera come responsabile di imposta), che ha redatto l'atto costitutivo, deve procedere alla registrazione.

Quest'ultima deve avvenire entro venti giorni dalla data dell'atto, se formato in Italia, entro sessanta giorni se formato all'estero. In caso di registrazione telematica degli atti pubblici o autenticati

(10) Si rammenta che prima della riforma del 2000, l'art. 97, d.P. R. n. 602/1973, prevedeva, al fine di configurare l'ipotesi di sottrazione fraudolenta, che vi fosse stato già l'esercizio di poteri istruttori (accessi, ispezioni e verifiche fiscali) ovvero che fosse stato notificato un avviso di accertamento. Per una riflessione sul punto si rinvia allo scritto di S. Dorigo, *I nuovi confini giurisprudenziali del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, 4, 1577.

(11) Cfr. F. Gennari - C. Califano, *Bisogni della famiglia e debiti tributari. Un rebus non risolto in tema di efficacia del fondo patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2022, 2, 699.

(12) Bisogna, pertanto, effettuare una valutazione in concreto della idoneità della condotta dell'interessato ad impedire l'attività

di riscossione da parte dell'Erario. Per una riflessione si rinvia a A. Mereu, *Il trust autodichiarato e la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 5, 2289.

(13) Cass. Civ., Sez. trib., 18 dicembre 2015, n. 25478.

(14) È bene evidenziare come nel caso del fondo patrimoniale una parte del patrimonio del soggetto si distacca dal resto, ma continua ad appartenere alla stessa persona dando origine ad un patrimonio separato. Diversamente da quanto accade per il patrimonio autonomo, per il quale non viene creato alcun nuovo soggetto giuridico dotato di autonomia patrimoniale a cui rivolgere la prestazione del debitore.

predisposti con strumenti informatici, il termine è di trenta giorni dalla data dell'atto.

Tale asserzione opera in risposta al principio per cui non è tassabile "l'istituzione di vincoli che determinano solo un'autolimitazione nell'uso di un patrimonio personale, destinandolo alla soddisfazione di particolari esigenze ed isolandolo dal resto con peculiari effetti giuridici" (15). Ebbene, venendo all'ipotesi del fondo patrimoniale costituito con beni di un terzo ovvero di uno dei coniugi che se ne riserva la proprietà, all'effetto segregativo non fa seguito il trasferimento del bene e, quindi, l'accrescimento patrimoniale e, allora, non sarà dovuta l'imposta di registro.

Si rischierebbe, dunque, di assoggettare a tassazione un'attività "meramente traslativa" che non produce alcun incremento patrimoniale.

Invece, se un coniuge o un terzo destinano beni al fondo patrimoniale senza riservarsi la proprietà si configura la donazione e, pertanto, la disciplina applicabile è quella dell'imposta di donazione. Se la costituzione del fondo avviene per testamento verrà applicata l'imposta di successione (16).

4. La fiscalità del patto di famiglia

Come noto, il patto di famiglia (17), introdotto con la L. 14 febbraio 2006, n. 55, è un contratto *inter vivos*, con effetti traslativi immediati, con cui l'imprenditore o titolare delle partecipazioni trasferisce a uno o più discendenti l'azienda o la partecipazione sociale (18) (la cui disciplina è contenuta agli artt. 768-bis ss. c.c.).

Esso ha lo scopo di agevolare il trasferimento di aziende e partecipazioni sociali all'interno del nucleo familiare, anticipando gli effetti della successione *mortis causa* dell'imprenditore, anche al fine di prevenire liti ereditarie e favorire la continuità nell'attività d'impresa (19).

Ciò premesso, il problema di fondo è capire a quale tipologia di tassazione sia assoggettato il patto di famiglia. *In primis*, occorre evidenziare che, in caso di trasferimento di azienda o di un ramo di azienda o di partecipazioni sociali, si applica il principio della neutralità fiscale qualora il beneficiario sia un soggetto non imprenditore.

Qualora, invece, sia un imprenditore è possibile isolare due ipotesi.

Se l'assegnatario è un imprenditore non assumerebbe rilevanza l'aspetto donativo e quanto ricevuto rientrerebbe nel novero delle sopravvenienze attive. Osterebbe a tale tesi l'art. 58 T.U.I.R. a tenore del quale "il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa...".

La seconda ipotesi è che, se il destinatario è un imprenditore si tratta di un trasferimento a titolo gratuito in quanto assume rilevanza la volontà del disponente che agisce al solo fine di garantire la continuità dell'azienda, senza che interferisca la natura imprenditoriale del disponente.

La suddetta neutralità fiscale risponde all'esigenza di incentivare la continuità aziendale mediante, appunto, la defiscalizzazione.

Il patto di famiglia, per quanto concerne la tassazione indiretta (20), è assoggettato all'imposta sulle donazioni sia per quanto riguarda il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie, operata dall'imprenditore in favore del discendente beneficiario, sia per quanto riguarda la liquidazione della somma corrispondente alla quota di riserva, calcolata sul valore dei beni trasferiti, effettuata dal beneficiario in favore dei legittimari non assegnatari, trattandosi in tal caso, di donazione modale (21).

L'assimilazione del patto di famiglia alla donazione modale si riflette sulle aliquote di imposta e sulle eventuali correlate franchigie applicabili, infatti, le

(15) G. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, Padova, 2008, 168.

(16) Il fondo patrimoniale assume rilevanza anche ai fini dei tributi locali, infatti, se l'atto costitutivo si limita a conferire beni al fondo patrimoniale imprimendovi un vincolo di destinazione l'imu dovrà essere corrisposta dal proprietario del bene. Sarà assoggettato ad imposta di registro anche l'atto di scioglimento per mutuo consenso.

(17) In generale sul patto di famiglia rinvia a A. Torrente - P. Shlesinger, *Manuale di diritto privato*, 2023; C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2022; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Padova-Milano, 2019; M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova-Milano, 2011.

(18) Il trasferimento non avviene per ragioni affettive, ma per una maggiore idoneità del beneficiario alla gestione aziendale. Assume rilevanza, dunque, l'utilità del trasferimento aziendale.

(19) Ancora sulla natura giuridica del patto di famiglia, vedasi G. Bevivino, *Il patto di famiglia: tra negozio e procedimento*, in

Giust. civ., 2010, 233; S. Delle Monache, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, 890; U. La Porta, *Il patto di famiglia. Struttura e profili causali del nuovo istituto tra trasmissione dei beni di impresa e determinazione anticipata della successione*, in *Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Torino, 2007, 41; G. Lombardi - G. Maisto, *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. giur.*, 2006, 717; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni - Il patto di famiglia*, Torino, 2006, 163.

(20) Sul punto, R. Lancia, *La Cassazione conferma il (corretto) regime impositivo da riservare al patto di famiglia*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, 4, 1436; M. Cecci, *Patto di famiglia e imposte indirette. I profili fiscali alla luce dell'analisi civilistica*, in *Giur. comm.*, 2020, 1160; A. Fedele, *La Cassazione aggiusta il tiro sul regime fiscale del patto di famiglia*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 31 dicembre 2020.

(21) Cfr. D. Stevanato, *Le trasmissioni d'impresa come "zona franca" successoria a livello europeo e nazionale - Imposte*

liquidazioni compensative, effettuate dall'assegnatario, devono essere considerate, ai fini fiscali (22), come liberalità realizzate dal disponente nei confronti dei legittimari non assegnatari (23), rilevando il rapporto di parentela in linea retta. Si configura allora una *factio iuris* in quanto il patto di famiglia da un punto di vista impositivo contiene più atti di liberalità. L'uno a favore del beneficiario assegnatario, l'altro a favore del pretermesso (sebbene non vi siano dubbi che la liquidazione materialmente deve essere effettuata dal beneficiario).

Sicché, il patto di famiglia non può che scontare la tassazione a titolo di imposta sulle donazioni:

1. del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali operato dal disponente in favore dell'assegnatario;
2. delle liquidazioni compensative effettuate dall'assegnatario in favore dei legittimari non assegnatari.

5. Il fisco dai tratti umani: la neutralità fiscale del patto di famiglia

Si rammenta che il patto di famiglia trova scaturigine nella Raccomandazione CE del 7 dicembre 1994 (84/1069/CEE) che invitava gli Stati membri ad introdurre misure volte ad agevolare la successione nelle piccole e medie imprese, con un evidente richiamo alla necessità di conservare i posti di lavoro, *alias*, la capacità contributiva dei lavoratori utile al concorso alla spesa pubblica.

Assume rilevanza, tuttavia, la raccomandazione predetta, in quanto, tra le misure volte ad incentivare la successione di azienda inseriva gli oneri fiscali quali motivi ostativi al meccanismo successorio delle imprese. Quale logica deduzione, allora, l'intervento richiesto agli Stati membri doveva attenere alla tassazione del patto di famiglia.

Su queste premesse, la finanziaria del 2007 all'art. 1, comma 78, lett. a), L. 27 dicembre 2006, n. 296 ha introdotto il comma 4-ter all'art. 3, D.Lgs.

n. 346/1990 TUS, il quale ha previsto l'esenzione dall'imposta di successione e donazione dei trasferimenti di azienda, rami di azienda e/o partecipazioni sociali "effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile".

In particolare, il trasferimento dell'azienda a seguito di patto di famiglia è esente dall'imposta sulle successioni e donazioni nel caso in cui l'assegnatario: subentri nella conduzione dell'impresa e ne prosegua l'attività per almeno 5 anni e rilasci, al momento della stipula dell'atto, apposita dichiarazione attestante la sua volontà; acquisti o integri, con quanto ricevuto al momento della stipula, il controllo della società, rappresentato dalla maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria; mantenga il controllo ottenuto per almeno 5 anni e rilasci, al momento della stipula dell'atto, apposita dichiarazione comprovante la sua volontà (art. 3, D.Lgs. n. 346/1990) (24). È anch'essa subordinata alla presentazione di apposita dichiarazione da allegare alla dichiarazione di successione o all'atto di donazione, con cui si attesti l'impegno a mantenere il controllo societario, per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento. Ne consegue che il patto di famiglia avente ad oggetto partecipazioni che non permettano il controllo della società non rientra nella previsione di non assoggettabilità del tributo in esame (25).

A questo proposito, la Corte indica anche un'altra strada valida per l'esenzione, già delineata dall'Agenzia delle entrate, che si realizza qualora il trasferimento della partecipazione di controllo avvenga a favore di più discendenti in comproprietà fra loro. In tal caso, il beneficio è riconosciuto se i diritti dei comproprietari sono esercitati da un rappresentante comune, disponendo costui della maggioranza dei voti esercitabile nell'assemblea, e quindi del richiesto controllo di diritto (26).

indirette - Successioni d'impresa e agevolazioni fiscali tra discrezionalità del legislatore e principio di uguaglianza, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2021, 5; A. Fedele, *La Cassazione e il "patto di famiglia"*, in *Riv. dir. trib.*, suppl. online, 2019.

(22) D. Stevanato, *Le trasmissioni d'impresa come "zona franca" successoria a livello europeo e nazionale - Imposte indirette - Successioni d'impresa e agevolazioni fiscali tra discrezionalità del legislatore e principio di uguaglianza*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2021.

(23) D. Stevanato - R. Lupi, *Trasferimenti informali di ricchezza e imposta di donazione*, in *Dialoghi trib.*, 2012, 542 ss.; S. Rivetti, *La tassazione delle donazioni "indirette" e l'animus donandi che non si trova: brevi riflessioni sui poteri presunti dell'Erario (mancanti) in materia di atti gratuiti*, in *Riv. dir. trib.*, suppl. online, 2020, 1 ss.

(24) L'effettivo esercizio del controllo da parte dei donatari e la sussistenza di un'azienda di famiglia costituiscono, unitamente agli altri requisiti richiamati dall'art. 3, comma 4-ter, D.Lgs. n. 346 del 1990, le condizioni poste dalla legge la cui inosservanza determina la mancata applicazione del beneficio o la successiva decadenza dallo stesso in sede di accertamento. Per un approfondimento si rinvia a A. Busani, *Tassazione agevolata del patto di famiglia solo se vi è esercizio di attività d'impresa: una opinabile decisione "additiva" della Cassazione*, in *Società*, 2023, 7, 802; O. F. Mansi, *Aspetti fiscali del patto di famiglia nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Notariato*, 2022, 5, 505.

(25) Cfr. Cass. Civ. 28 febbraio 2023, n. 6077, in *Massima redazionale*, 2023; Sez. V, 10 marzo 2021, n. 6591, in *Massima redazionale*, 2021.

(26) Cfr. A.P. Mazzeschi, *Inidoneità di un patto parasociale a esentare dall'imposta sulla donazione in caso di trasferimento di*

Il vincolo del controllo da un lato può apparire un limite alla libera circolazione del bene, dall'altro opera come presidio antielusivo (27), in quanto, vuole evitare che avvenga il trasferimento, come mera attribuzione, senza che si realizzi il fine ultimo che è quello della continuità aziendale. L'obiettivo del patto di famiglia non è, infatti, l'incremento del patrimonio del destinatario, ma garantire la sopravvivenza dell'azienda.

Affinché sia applicabile l'esenzione occorre che la cessione contestuale del disponente di più quote societarie, consenta che sia realizzato l'effettivo passaggio generazionale (28) dell'impresa conservandone l'unitarietà e la funzionalità mediante il totale trasferimento del controllo di diritto dai disponenti ai discendenti, secondo la *ratio legis* del patto di famiglia, e del beneficio fiscale (29).

Si tratta di una disposizione avente carattere precettivo, sicché il mancato rispetto delle condizioni *ex lege* determina la decadenza dall'agevolazione fruita, l'obbligo di versare l'imposta nella misura ordinaria, nonché il pagamento di una sanzione amministrativa (prevista dall'art. 13, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471) e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata.

Il trattamento fiscale agevolativo del patto di famiglia trova la sua ragione nell'art. 768-bis c.c., laddove il legislatore ha inteso facilitare il passaggio di azienda al fine di evitare liti ereditarie e lo smembramento dell'azienda stessa.

L'agevolazione fiscale riguarda solo il primo passaggio dal disponente al beneficiario e non anche la liquidazione della quota dal beneficiario al non assegnatario.

La defiscalizzazione della sola prima operazione comprova la necessità di incentivare l'imprenditore al trasferimento della quota o di parte dell'azienda, esigenza, non rinvenibile nel secondo passaggio (quello che va dal beneficiario al non assegnatario) che soggiace, invece, all'ordinario sistema di tassazione.

Tale distinzione (tra prima e seconda fase) ha suscitato un ampio dibattito, dal momento che si ritiene che non sia corretto distinguere il primo passaggio dal secondo passaggio, in quanto il patto di famiglia è, pur sempre, un'unica operazione negoziale (30).

Il fatto che sia un'unica operazione giustificherebbe la defiscalizzazione del solo primo trasferimento, in quanto, è il solo funzionale al perseguimento dello scopo e, pertanto, è condivisibile tale beneficio fiscale.

Si va, ormai diffondendo, l'immagine di un fisco dai lineamenti umani, non più soltanto "mero riscossore delle imposte", ma funzionale al perseguimento degli scopi sociali. La funzione fiscale si è trasformata nel tempo e ora si ricollega "ad un processo di sviluppo sociale della comunità" (31).

Proprio in ragione del fatto che il fisco assume anche una funzione contributiva rispetto al perseguimento di obiettivi di interesse sociale, è previsto un beneficio fiscale sotto forma di esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni al ricorrere di determinate condizioni (32).

6. L'introduzione del quoziente familiare come strumento di sostegno alle famiglie. La rilevanza fiscale dell'unità familiare

Nell'ottica di un sostegno familiare (33) si colloca anche l'introduzione, per effetto della Legge di

partecipazioni sociali con patto di famiglia, in *Dir. prat. trib.*, 2022, 1, 221; G. Gaffuri, *Aspetti tributari del patto di famiglia*, in *Boll. trib.*, 2006, 13; Petrelli, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, 402-403.

(27) Sull'elusione si rinvia al par. 3 del presente contributo.

(28) G.A.M. Trimarchi, *Il passaggio generazionale nell'impresa tra inefficienza degli strumenti tradizionali, familiari "scorbutici" ed interpreti "sofisticati"*, in *Notariato*, 2024, 2, 179.

(29) Il beneficio fiscale in esame realizza nell'ordinamento interno l'oggetto della raccomandazione n. 94/1069 del 7 dicembre 1994, con la quale la Commissione Europea richiedeva ai singoli Stati membri di adottare misure idonee a facilitare il passaggio generazionale delle piccole e medie imprese, al fine di assicurarne la sopravvivenza e di salvaguardarne i livelli occupazionali, considerando: - che uno degli ostacoli al buon esito della successione è costituito dalla difficoltà per i successori di finanziare il compenso per gli altri coeredi e che alcuni strumenti di finanziamento adeguati dovrebbero essere disponibili in tutti gli Stati membri; che uno dei principali ostacoli al buon esito della successione familiare è costituito dal correlativo onere fiscale; - che il pagamento delle imposte di successione o di donazione

rischia di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario dell'impresa e quindi la sua sopravvivenza.

(30) T. Tassani, *La Cassazione (ri)definisce il regime fiscale del patto di famiglia*, in *Fisc. patr.*, 24 gennaio 2021, 4.

(31) In tal senso P. Boria, *Una nuova teoria del potere tributario, in Equità e progressività dell'imposizione: ripensando il sistema tributario*, 2020, 1, testo disponibile al sito, in www.antitributari-sti.it.

(32) V. Mastroiacovo, *L'imposizione indiretta del passaggio generazionale dell'azienda tra regimi agevolati e criticità di sistema*, in *Rass. trib.*, 2012, 615 ss.; A. Busani, *L'agevolazione per il passaggio generazionale dell'azienda*, in *Società*, 2018, 1219 ss.

(33) In generale sulla valorizzazione fiscale della famiglia si rinvia a F. Farri, *Spunti sulla rilevanza della famiglia nel sistema della finanza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2017, 5, 2044, C; Id., *Punti fermi e profili di irrazionalità nel regime fiscale della famiglia*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, 1, 89 ss. M. Logozzo, *Il trattamento della famiglia nell'ordinamento tributario*, in V. Ferrante (a cura di), *Lavoro, cittadinanza, famiglia*, Milano, 2016, 93 ss.

Bilancio 2025, del quoziente familiare per le famiglie con redditi superiori ai 75 mila euro.

Tale misura vuole premiare i nuclei con un maggior numero di figli, riducendo la pressione fiscale in proporzione al numero di componenti.

In concreto, il coefficiente che determina la detrazione varia a seconda della composizione del nucleo familiare.

Nel dettaglio, la Legge di bilancio 2025 ha stabilito che il quoziente familiare è pari a: 0,70 per le famiglie con un figlio o un parente a carico; 0,85 per le famiglie con due figli/parenti a carico; 1,00 con più di due figli/parenti a carico o almeno un figlio con disabilità.

Si procede, allora, alla sommatoria del reddito di ciascun componente familiare il cui ammontare va poi diviso per il numero di componenti della famiglia. In concreto il quoziente familiare si sviluppa nel modo che segue.

Si ipotizzi un nucleo familiare composto da tre membri, genitori ed un figlio.

Il genitore A guadagna un reddito pari a 20,000 euro l'anno e l'altro genitore di 12, 000 euro.

Secondo quanto disposto dalla Legge di bilancio 2025, il quoziente applicabile, nella fattispecie è pari a 0,70 in quanto si è in presenza di un solo figlio. Al fine di individuare il quoziente dell'unità familiare occorre sommare le singole quote ovvero quota 1 (applicabile al genitore 1), quota 2 (applicabile al genitore 2) e 0,75 per il figlio.

Pertanto, per ottenere il reddito medio occorre dividere il reddito complessivo di 32, 000 euro per il quoziente familiare pari a 2,70 per un totale di 11,851 (base imponibile alla quale applicare l'aliquota). In tal modo la famiglia rientrerebbe in una fascia di reddito più bassa rispetto a quella in cui rientrerebbe se si considerasse il reddito complessivo senza applicarvi il quoziente familiare (considerando che l'aliquota Irpef è progressiva).

Si tratta di un sistema di tassazione già presente in altri paesi, ad esempio, nell'ordinamento francese, ove è stato introdotto al fine di incrementare la natalità (34).

Il quoziente familiare è accomunabile all'effetto splitting di cui sopra in quanto la base imponibile a cui si applica il coefficiente è il risultato della somma dei redditi. A differenza dello splitting, tuttavia, il quoziente familiare tiene conto del numero dei figli (35).

Quest'ultimo, inoltre, rappresenta un ritorno al passato, in quanto si configura come una rilettura dell'imposta di famiglia già presente nel sistema nazionale in passato (abrogata con la riforma tributaria del 1974) (36).

L'obiettivo dunque della riforma fiscale è quello di valorizzare nuovamente l'unitarietà della famiglia.

Questo sistema non è, tuttavia, esente da criticità.

In primis, in quanto produce una alterazione del principio di personalità della tassazione, sicché la ripartizione del reddito tra i familiari in ragione dell'applicazione del quoziente determina l'attribuzione al componente della famiglia di una parte di ricchezza tassabile, sebbene non prodotta.

Al fine, tuttavia, di bilanciare il principio di unitarietà della famiglia con quello di personalità della tassazione è stato previsto un limite massimo di reddito complessivo a cui è applicabile il quoziente familiare (37).

In secondo luogo si corre sempre il rischio di pregiudicare il principio di "equità orizzontale" nei riguardi di nuclei familiari con diversa struttura.

Tale sistema si fonda sulla considerazione che il benessere di un componente familiare è strettamente connesso alla condizione dell'intero nucleo familiare di cui è parte al punto da distribuire ai fini fiscali in capo a tutti i componenti il reddito prodotto da uno di essi. Ne deriva che il *quantum* complessivo del reddito è un indicatore fondamentale per comprendere fino a che punto la famiglia può concorrere alle spese statali. Ci si domanda, tuttavia, se tale forma di sostegno sia effettivamente idonea a ridurre la pressione fiscale gravante sulle famiglie ovvero se fosse preferibile ricorrere ad altre metodologie quali i *bonus* e gli assegni, in presenza ad esempio di figli a carico. Ci troviamo in ogni caso in una fase di sperimentazione del quoziente familiare, pertanto, sarà possibile effettuare un bilancio soltanto nei prossimi mesi.

7. Conclusioni

L'indagine fino a tal punto svolta offre alcuni spunti di riflessione.

Il primo riguarda la valorizzazione fiscale della famiglia per la quale il legislatore ha delineato una disciplina *ad hoc*.

(34) Per un commento sul sistema francese si rinvia a J. Bichot, *Plaidoyer pour la jeunesse. Pour un renouveau de la politique familiale*, in *Futuribles*, 2018, 427, 83-91; C. Landais, *Le quotient familial a-t-il stimulé la natalité française*, in *Problèmes économiques: Selection d'articles français et étrangers*, 2005, 2875, 21.

(35) Per una trattazione, in generale, si rinvia a A. Contrino - F. Farri, *Costituzione, tributi e famiglia nell'attuale contesto di riforma: un'ipotesi di lavoro*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 2, 290.

(36) E. De Mita, *La definizione giuridica dell'imposta di famiglia*, Napoli, 1965.

(37) A. Giovannini, *Famiglia e capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 3, 221-233.

Si pensi all'effetto *splitting* di matrice tedesca, che deriva dalla tassazione del fondo patrimoniale, risponde all'esigenza di attribuire equamente le somme derivanti dal trasferimento dei beni oggetto del fondo.

Pur non essendo prevista alcuna forma di agevolazione fiscale, l'obiettivo è garantire una equità economica tra i componenti del nucleo familiare e valorizzare la famiglia come "unità impositiva" ai fini della tassazione dei redditi.

La famiglia è la prima comunità ove si sviluppa la persona umana e l'ordinamento vuole mettere a disposizione gli strumenti per soddisfarne i bisogni. Parimenti, essa si presenta da un lato, come una comunità che, se produttiva di reddito, rappresenterebbe una grande ricchezza per la collettività, in considerazione della idoneità a concorrere alle spese statali.

L'attenzione verso i nuclei familiari è, pertanto, elevata, come d'altronde dimostra la legge delega del 9 agosto 2023, n. 111, di riforma fiscale, basata su di un impianto collaborativo tra fisco e contribuente e con prescrizioni chiaramente *pro familiae* (si pensi al *bonus* mamme, alle deduzioni, al *bonus* asili nido, etc.).

La Costituzione, pertanto, richiede di conferire alla famiglia una rilevanza centrale per l'ordinamento anche per quanto attiene alle dinamiche della finanza pubblica (artt. 29 e 31 Cost.).

In tale ottica si colloca anche l'introduzione del quoziente familiare per le famiglie con redditi superiori ai 75 mila euro.

Tale misura vuole premiare i nuclei con un maggior numero di figli, riducendo la pressione fiscale in proporzione al numero di componenti.

La seconda osservazione attiene alla rilevanza degli istituti disciplinati dal diritto di famiglia come strumentali al soddisfacimento di interessi ulteriori, qual è, ad esempio, quello economico.

Per quanto riguarda il patto di famiglia, notoriamente, esso vuole tutelare la libertà di iniziativa economica privata che incontra una tutela costituzionale diretta all'art. 41 Cost.

Si è detto che, in presenza di determinati requisiti previsti *ex lege*, il trasferimento dell'azienda o della quota dal disponente al beneficiario non è oggetto di tassazione.

La detassazione del primo trasferimento opera in deroga alla regola secondo cui ogni trasferimento che costituisca espressione di capacità contributiva è soggetto a tassazione.

Nonostante l'arricchimento del destinatario non è prevista alcuna imposizione fiscale. La deroga, tuttavia, è ammissibile se si considera il fine che persegue il patto di famiglia ovvero la continuità aziendale.

È chiaro che la norma che prescrive l'agevolazione fiscale è una disposizione di stretta interpretazione in quanto derogatoria rispetto al dovere generale di contribuzione.

L'obiettivo della detassazione (che opera in deroga al principio per il quale ogni "trapasso di ricchezza" deve essere assoggettato a tassazione) è, dunque, favorire la sopravvivenza dell'azienda che equivale a posti di lavoro e sviluppo economico.

Il diritto tutela l'economia, la quale, a sua volta soddisfa i bisogni statali. Viene, in tal modo, valorizzato il ruolo delle aziende quali "collaboratori del fisco" ovvero generatrici di capacità contributiva.

Ritorna in auge la funzione agevolativa della finanza pubblica, la quale contribuisce al perseguimento dei fini pubblici, nell'ambito dei quali vi rientra anche la continuità aziendale. Quanto detto è in linea con il nuovo volto della finanza pubblica la cui funzione non è limitata a quella ablativa (dal verbo *aufero* indicante il prelievo a carico dei cittadini), ma si estende a quella "collaborativa".

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, EVOLUZIONE DIGITALE E DIRITTO



NAVIGARE L'EUROPEAN AI ACT

A cura di: **AIRIA Associazione per la Regolazione dell'Intelligenza Artificiale**

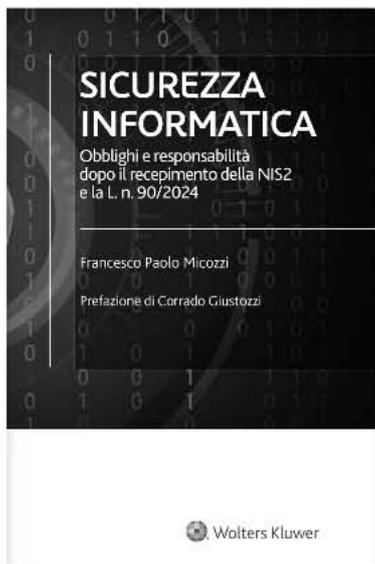
Fornisce un'analisi **approfondita** dell'AI Act, guidando i lettori attraverso le sue **complessità** e le sue **implicazioni**.



INTELLIGENZA ARTIFICIALE, BLOCKCHAIN E CRIPTOVALUTE

Fulvio Sarzana
di S. Ippolito,
Massimiliano Nicotra

Una guida alla scoperta della **AI**, della **Blockchain**, delle **cripto-attività** e del loro impatto nel **mondo finanziario**.



SICUREZZA INFORMATICA

Francesco Paolo Micozzi

Offre una panoramica completa e approfondita sugli aspetti della **sicurezza informatica** e sulle più recenti normative in materia, con un focus specifico sulla **Direttiva NIS 2** e la **Legge n. 90 del luglio 2024**.



DIRITTO DEL FINTECH

A cura di: **Marco Cian, Claudia Sandei**

Esamina i diversi fenomeni derivanti dall'**applicazione delle nuove tecnologie** alle **attività**, ai **servizi** e ai **prodotti finanziari**.

INDICE DEGLI AUTORI**Antonella Batà**

Osservatorio di giurisprudenza civile 58

Cecilia Benzi

La riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime note teorico-pratiche 71

Matteo Boselli

Sulla revoca della condizione testamentaria per condotta incompatibile del disponente 7

Maria Novella Bugetti

I principi di gradualità e flessibilità, e il dilemma della adeguata protezione del beneficiario 19

Manuel Ganarin

Affido condiviso, contrasti genitoriali e fattore religioso: la valenza pedagogica dell'"ora di religione" e il criterio di continuità educativa 27

Francesco Linardi

L'iscrizione delle due madri nell'atto di nascita del minore nato da PMA eterologa di nuovo all'attenzione della Corte Costituzionale 50

Daniela Mendola

La funzione promozionale del fisco: la tassazione del fondo patrimoniale e del patto di famiglia 85

Mario Renna

Amministrazione di sostegno e conflittualità familiare: per una valorizzazione degli enti del terzo settore 64

INDICE CRONOLOGICO**Giurisprudenza****Cassazione Civile**

Cassazione Civile, Sez. I, 10 settembre 2024, n. 24251 15

Cassazione Civile, Sez. I, 17 settembre 2024, n. 24878 17

Cassazione Civile, Sez. II, 18 settembre 2024, n. 25116, ord. 5

Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27792 58

Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27818, ord. 59

Cassazione Civile, Sez. I, 30 ottobre 2024, n. 27999, ord. 59

Cassazione Civile, Sez. III, 5 novembre 2024, n. 28390, ord. 60

Corte d'Appello

Corte d'Appello di Napoli 30 luglio 2024 62

Tribunale

Tribunale ordinario di Modena, Sez. I civ., 25 settembre 2024 25

Tribunale di Lucca 25 giugno 2024 36

INDICE ANALITICO**Adozione**Situazione di abbandono (*Cassazione Civile, Sez. I, 30 ottobre 2024, n. 27999, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile 59**Amministrazione di sostegno**I principi di gradualità e flessibilità, e il dilemma della adeguata protezione del beneficiario (*Cassazione Civile, Sez. I, 10 settembre 2024, n. 24251; Cassazione Civile, Sez. I, 17 settembre 2024, n. 24878*) di *Maria Novella Bugetti* 15Amministrazione di sostegno e conflittualità familiare: per una valorizzazione degli enti del terzo settore di *Mario Renna* 64**Fiscale**La riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime note teorico-pratiche di *Cecilia Benzi* . 71La funzione promozionale del fisco: la tassazione del fondo patrimoniale e del patto di famiglia di *Daniela Mendola* 85**Fondo patrimoniale**Famiglia "nucleare" (*Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27792*) Osservatorio di giurisprudenza civile 58**Matrimonio**Nullità e danni conseguenti (*Cassazione Civile, Sez. III, 5 novembre 2024, n. 28390, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile 60**Minori**Affido condiviso, contrasti genitoriali e fattore religioso: la valenza pedagogica dell'"ora di religione" e il criterio di continuità educativa (*Tribunale ordinario di Modena, Sez. I civ., 25 settembre 2024*) di *Manuel Ganarin* . 25**Procreazione medicalmente assistita**L'iscrizione delle due madri nell'atto di nascita del minore nato da pma eterologa di nuovo all'attenzione della Corte Costituzionale (*Tribunale di Lucca 25 giugno 2024*) di *Francesco Linardi* ... 36

Indice

Famiglia e diritto

Separazione dei coniugi

Diritto al mantenimento (*Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27818, ord.*) Osservatorio di giurisprudenza civile

59

Adesione a nuovo credo religioso e addebito (*Corte d'Appello di Napoli 30 luglio 2024*) Osservatorio di giurisprudenza civile

62

Testamento

Sulla revoca della condizione testamentaria per condotta incompatibile del disponente (*Cassazione Civile, Sez. II, 18 settembre 2024, n. 25116, ord.*) di *Matteo Boselli*

5

Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina e giurisprudenza

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66
20152 Milano, Italia

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Felicina Acquaviva, Nadia D'Antoni

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)

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via Bisceglie n. 66
20152 Milano, Italia

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 469 del 23 ottobre 1993

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione
telefono 02 82476.374
e-mail: redazione.famigliaediritto.ipsoa@wolterskluwer.com
ipsoa@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
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via Bisceglie n. 66 - 20152 Milano, entro 90 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali. L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo:
www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 295,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 260,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 590,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 260,00

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi oppure con bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M0306933684100000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 35,00

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

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

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

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita. Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie n. 66 - 20152 Milano (MI).

OMNIA Trattati Giuridici

Successioni e Donazioni

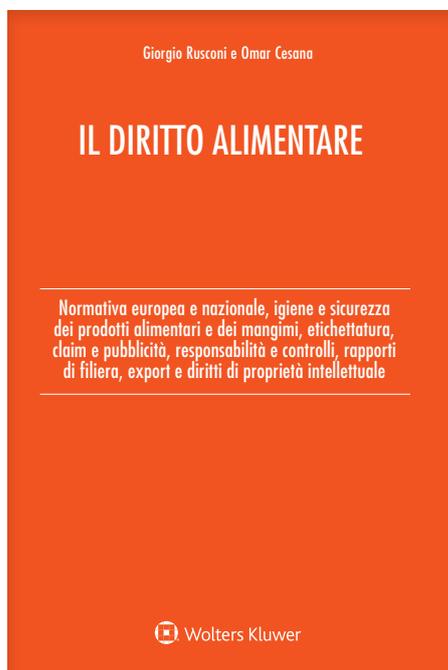
A cura di **Giancarlo Iaccarino**

Affronta in maniera completa tutte le tematiche inerenti a **successioni e donazioni** con focus sui nuovi contenuti:

- **legge sul c.d. "Dopo di noi"** in rapporto con il trust,
- **testamenti con elementi esterni al diritto nazionale,**
- **contenuto atipico del testamento,**
- **contratto di costituzione della comunione e masse plurime,**
- **trasferimento mortis causa dell'azienda,**
- riforma in tema di **volontaria giurisdizione.**



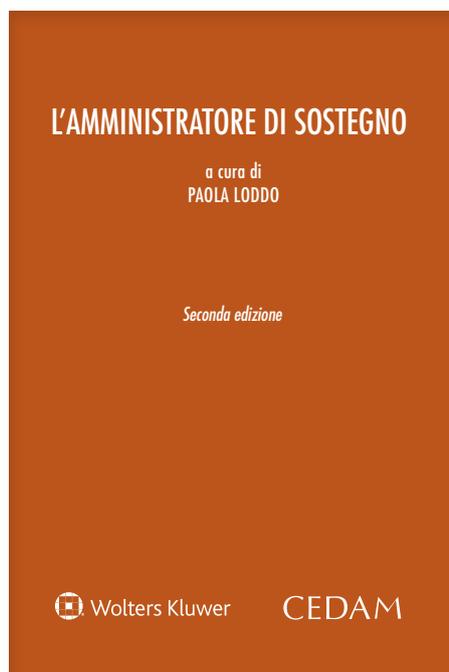
LE NOVITÀ WOLTERS KLUWER



Il diritto alimentare

A cura di **Giorgio Rusconi**,
Omar Cesana

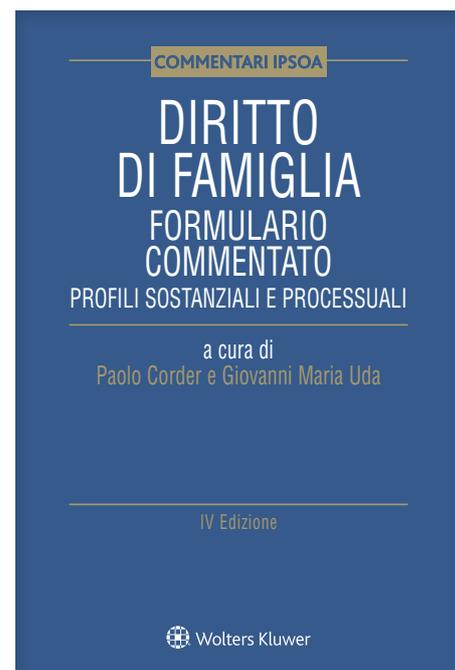
- Normativa europea e nazionale
- Igiene e sicurezza dei prodotti alimentari e dei mangimi
- Etichettatura, claim e pubblicità
- Responsabilità e controlli
- Rapporti di filiera
- Export e diritti di proprietà intellettuale



L'amministratore di sostegno

A cura di **Paola Laddo**

- Principi generali
- Rapporti con altre misure di protezione
- Aspetti procedurali
- Ruolo e responsabilità
- Gestione dell'incarico



Diritto di famiglia Formulario commentato

A cura di **Paolo Corder**,
Giovanni Maria Uda

- Oltre 300 formule di maggior uso nella pratica
- Commenti dottrinali e richiami di giurisprudenza
- Formule scaricabili, editabili e stampabili

Manuali Notarili

I Diritti Reali

Lodovico Genghini,
Tommaso Campanile,
Federico Crivellari

La seconda edizione del manuale illustra in modo **chiaro** e **immediatamente fruibile** le **principali questioni di interesse giuridico e notarile**, confrontano in modo pratico le soluzioni offerte dalla **dottrina**, dalla **giurisprudenza** e dalle **circolari ufficiali del Consiglio Nazionale del Notariato**.



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX