



diritto & religioni

Semestrale
Anno I - n. 1/2 2006
gennaio-dicembre

1/2

ISSN 1970-5301

 LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno I - N. 1/2-2006
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità

ANTONIO FUCCILLO

1. Profili di inquadramento generale: Società multi-etnica e multireligiosa, libertà fondamentali e diritto di famiglia

Viene ancora oggi ritenuto attuale e non sopito il dibattito sulla esistenza nell'ordinamento di un immanente valore "pre giuridico", che in qualche modo contribuisca a ricondurre ad unità le concezioni "giusnaturalistiche" e "giuspositivistiche" che hanno indubbiamente condizionato lo sviluppo e la nascita del diritto moderno¹.

Tale dibattito è certamente più acceso proprio nel campo del diritto di famiglia, ove entrambe le tendenze dottrinarie hanno manifestato con forza la loro metodologia, ed ove il culto del diritto naturale riceve "positivisticamente" un esplicito richiamo nella Carta fondamentale (art. 29 Cost.), costringendo le due scuole di pensiero ad una reale coabitazione, e l'interprete ad una fusione di metodi.

Si può difatti affermare, senza eccessivi rischi di essere smentiti, che tra i vari rami del sapere giuridico, il diritto di famiglia è quella certamente tra le discipline civilistiche maggiormente influenzata da un lato dalla "tradizione" culturale di un Paese, dall'altra più soggetta alle sollecitazioni provenienti dalle "nuove culture" che si impongono quale diretta conseguenza della globalizzazione sociale. Così come ad un particolare interesse del legislatore ed alla conseguente produzione normativa, spinta dall'influenza che tali tematiche hanno sia nella comunità politica, che in quella socialmente rilevante delle confessioni religiose. Di conseguenza si può forse affermare che tale ramo del sapere giuridico si colloca oramai utilmente quale "scienza di mezzo" risultando essenziale per una corretta lettura delle

¹ G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000, p. 346.

dinamiche al suo interno, l'utilizzazione di vari "saperi"².

La famiglia, quindi, si evolve e modifica proporzionalmente ai vari tipi proposti dai singoli gruppi culturali e religiosi presenti nella società, superando in parte quel concetto di *familia* patriarcale che aveva pur contribuito alla creazione di un ordine giuridico³.

In tale prospettiva, è compito del giurista cercare di individuare strumenti efficaci che consentano una qualche forma di tutela effettiva di ogni tipo di rapporto familiare, intendendosi con tale termine i rapporti basati sulla *affectio familiaris*, al fine di favorire un ordinato svolgimento, anche sotto il profilo patrimoniale, di tutte quelle realtà che in tale contesto si sviluppano.

È infatti diffusa, e peraltro corretta, convinzione che l'ordinamento individui nella persona il centro del proprio interesse e della propria protezione, e che è quindi in tale prospettiva che ogni indagine evolutiva dei rapporti familiari debba necessariamente svolgersi, ed è quivi che incontra anche i suoi confini.

La centralità della persona rende ovviamente altamente protetta la sfera dei singoli, anche quando intesi come "comunità" (art. 2 Cost.), per cui al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, peraltro scarse, non si individuano efficaci strumenti giuridici per conformare in via autoregolamentata i rapporti personali alle eventuali richieste delle parti. Ne deriva che al di fuori del matrimonio civile (atto giuridico formale), e del rapporto di filiazione (fatto giuridico) o adozione (atto giuridico), nessun altro rapporto formale personale è istituzionalizzabile in via convenzionale. Anche le residuali ipotesi in materia di tutela o curatela speciale, rispondono sempre al superiore interesse di tutela del soggetto debole ed incapace⁴.

Le ben note conseguenze di carattere patrimoniale che derivano dai succitati rapporti, rispondono anch'esse ad un interesse ritenuto "superiore" dal legislatore, e quindi particolarmente rigide sono le regole applicative che sovrintendono al funzionamento dei detti istituti ma, a differenza degli aspetti meramente personali, quelli patrimoniali consentono alcuni margini operativi.

² In ciò sembra simile al diritto ecclesiastico moderno, sul quale cfr. M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2004, p. 58 ss.

³ Cfr. i riferimenti allo sviluppo di una "società cristiana" in J. Le Goff, *La civiltà dell'occidente medievale*, ed. it., Torino, 1999, pp. 302-303. Ivi, nel *glossario (ibidem)*, p.462) la famiglia viene definita come "cellula essenziale della società medievale".

⁴ Qualche, seppure timido, passo in avanti è stato compiuto con la legge n.6 del 9 gennaio 2004, che ha rinnovato gli artt. da 404 a 413 del codice civile, introducendo la figura dell'*amministratore di sostegno*.

Tuttavia, è attuale ricordare il superamento delle impostazioni sia pubblicistiche che superindividuali⁵ del diritto di famiglia, al fine di ricercare una sostenibile esplicazione dell'autonomia privata nell'ambito dei rapporti familiari, pur intesi in senso ampio, e senza dimenticare che si tratta di relazioni sociali fortemente caratterizzate sotto il profilo degli affetti⁶, e quindi non del tutto stereotipabili attraverso una asettica applicazione degli ordinari istituti e decisamente influenzate dal sentimento religioso dei componenti il nucleo familiare.

Di conseguenza, gli aspetti patrimoniali possono rappresentare da un lato un utile veicolo per la realizzazione di interessi personali all'interno di tali rapporti, così come all'inverso costituirne un ostacolo, finendo per condizionare a scopi patrimoniali, l'esplicazione delle libertà personali all'interno di tali comunità.

La considerazione che aiuta ad unire tutto ciò, sia sotto il profilo ricostruttivo e dogmatico, che concretamente operativo, e che forse rappresenta correttamente quell'elemento richiamato in epigrafe, è che si tende ora ad individuare in diritto la "persona umana" come un valore in sé, anzi *il valore* su cui fonda l'intero ordinamento giuridico⁷. Tale "valore", quindi, costituisce il principio, la chiave di lettura unitaria, e la sua trasposizione all'interno degli istituti avviene con la sua veicolizzazione attraverso la utilizzazione di metanorme sostanziali⁸.

Un così elaborato criterio interpretativo può forse aiutare ad individuare strumenti efficaci di risposta giuridica alle istanze che provengono, in modo assai diversificato dagli originari *standards*, dalla nostra società "multi-etnica" e "multiculturale"⁹, affrontando con maggiore sicurezza di orientamento,

⁵ In tema G. Cicu, *Lo spirito del diritto di famiglia*, Macerata, 1914.

⁶ Ad esempio, è utile riferirsi al *decisum* di Cass. pen., 10 ottobre 2001, n.36576, in *Fam. e dir.*, 2002, 2, p. 135 ss., che ha stabilito, ai fini della configurazione del reato di "maltrattamenti in famiglia" la medesima rilevanza tra coniugio e convivenza a tali fini, giustificata dal presupposto che "il matrimonio non è più un legame indissolubile" a seguito dell'introduzione del divorzio. Tale pronuncia, pur non del tutto condivisibile nelle motivazioni di diritto, è certamente indicativa della circostanza, più volte in testo riferita, della perdita, pur sotto certi profili, del monopolio dell'istituto matrimoniale tradizionale.

⁷ G. Alpa, *Op.ult.cit.*, p.346. In tema cfr. A. Fuccillo, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, 2005, p. 84 ss.

⁸ Nota S. Ferlito, *Diritto soggettivo e libertà religiosa*, Napoli, 2003, p.35, che "i diritti soggettivi, ed a maggior ragione i diritti di libertà, presuppongono l'individuo, perché è l'individuo la base su cui essi poggiano".

⁹ Cfr. AA.VV., *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2005, G. Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale del mediterraneo*, Bari, 2000.

questioni come la libertà religiosa¹⁰, e la bioetica¹¹, particolarmente rilevanti per il diritto di famiglia.

Anzi, proprio in tale settore dell'ordinamento è necessario verificare il "principio della sostenibilità", cioè di quella "identità sostenibile" di cui ogni uomo è portatore e di cui ogni persona ha diritto, e della quale è proprio la *persona*, intesa in senso "post moderno"¹², la corretta chiave di lettura¹³.

Un ulteriore esempio può essere certamente fornito dalla rilevanza che assumono i diritti dei minori all'interno dei nuclei familiari, tutelati in ogni senso dal diritto patrimoniale (cfr. ad es. art. 320 c.c.), ma forse meno sotto il profilo delle scelte personali, che condizionano certamente i loro indirizzi futuri, soprattutto sotto il profilo della loro libertà religiosa¹⁴.

2. Libertà individuali e rapporti patrimoniali nella famiglia legittima

Sin dalle iniziali ipotesi della sua formulazione, sviluppatasi contestualmente al dibattito sorto in relazione alla riforma del diritto di famiglia, si individuò nella comunione legale un utile strumento per contemperare sia le esigenze di regolamentazione del *menage* familiare che allo stesso tempo le aspettative patrimoniali del coniuge redditualmente più debole. Così come al nuovo istituto del "fondo patrimoniale" venne riservata la finalità, per certi versi nobile¹⁵, di destinare alcune tipologie di beni al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Vi era quindi un certo nesso tra le riforme proposte in senso del tutto evolutivo sul piano dei rapporti personali all'interno della famiglia, con le rinovellazioni in tema di rapporti patrimoniali, a testimonia-

¹⁰ Cfr. i 3 voll., AA.VV., *La libertà religiosa*, a cura di M. Tedeschi, Soveria Mannelli, 2002.

¹¹ Su tale tematica la bibliografia è particolarmente ampia, per gli opportuni riferimenti si rinvia a L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, ID., *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000.

¹² La "post modernità" è un concetto molto diffuso nella moderna sociologia. Per tutti cfr. A. Touraine, *Libertà, uguaglianza, diversità*, Milano, 2002, p.35. In relazione alla "religione post moderna" cfr. G. Filoramo, *Che cos'è la religione*, Torino, 2004, p. 20 ss.

¹³ Il tema è giustamente caro alla filosofia del diritto. Da ultimo cfr. G. Limone, *La persona come nuovo alfabeto di senso nel villaggio dei diversi*, in AA.VV., *Diversità e rapporto fra culture*, a cura di S. Sorrentino, Roma, 2005, p. 37 ss.

¹⁴ Un iniziale sforzo ricostruttivo è in R. Santoro, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, 2004.

¹⁵ Anche se è nota l'utilizzazione "distorta" che tale istituto ha ricevuto nella pratica quotidiana, quale "economico" rimedio apparente per sottrarre beni alla operatività dell'art. 2740 c.c.

re il necessario collegamento tra i vari aspetti che compongono il patrimonio giuridico di una famiglia legittima.

Si è certamente diffusa, negli ultimi tempi, una concezione maggiormente solidaristica della famiglia, che sposta l'unità nucleare originaria intesa in senso statico, verso un concetto di famiglia dinamica, ove divengono primarie anche le esigenze dello "svago" (cfr. anche il riferimento dell'art. 31, comma 2, Cost.), ed ove la coabitazione non diviene più elemento fondamentale nella qualificazione di una "famiglia nucleare", ma anzi si diffonde l'idea dell'esistenza di un pregnante vincolo in tal senso, anche quando cessano la convivenza e la coabitazione¹⁶.

È quindi evidente che in tale prospettiva sono i vincoli di natura patrimoniale ad essere prevalenti e comunque fortemente condizionanti.

In tale contesto può forse meglio essere inquadrata l'importante tendenza della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che si spinge verso una monetarizzazione, ritenuta sempre più possibile, di una violazione *causata* da terzi della propria individualità, intesa nel senso di lesione delle proprie libertà primarie che altro non sarebbero poi che la trasposizione astratta dei diritti "fondamentali della persona".

In realtà, la recente sentenza 9801/2005 della Corte di Cassazione¹⁷, ribadisce il concetto già espresso della risarcibilità dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) relativi alla violazione di diritti fondamentali della persona garantiti da norme costituzionali¹⁸ ed al contempo lega la fattispecie concreta alla previsione dei doveri coniugali come stabiliti dall'art. 143 c.c. Sembra sfuggire il collegamento, pur necessario secondo la Corte, tra la norma sostanziale (o metanorma richiamata) e la previsione costituzionale, in relazione alla fattispecie concreta, basata sul "diritto alla coabitazione sessuale".

Ora, appare indubbio che dove non è tecnicamente (né opportunamente) possibile una tutela di tipo reale o comunque una qualsivoglia forma di "esecuzione in forma specifica", la tutela di secondo grado data dalla potenziale risarcibilità di un comportamento, sembra confermare l'influenza del profilo economico su quello personale, anche in un settore delicato dell'ordinamento quale il "diritto di famiglia".

¹⁶ Cfr. ad es. la legge 4 aprile 2001, n.154, sugli aspetti di tutela della "integrità" morale dei componenti la famiglia nucleare.

¹⁷ Vedila in *Diritto e giustizia*, 2005, 22, p. 14 ss., *ibidem* il commento di G. Dosi, *Famiglia e risarcimenti, arriva la svolta*, p.12 ss.

¹⁸ Su tale tematica la bibliografia è sterminata. Per gli essenziali riferimenti cfr. R. Berti, F. Peccenini, M. Rossetti, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004.

Sono d'accordo¹⁹ con chi plaude, in linea di principio, con l'affermazione della risarcibilità del danno causato dalla lesione di diritti costituzionalmente protetti (o comunque "promossi" a livello costituzionale), ma non ritengo del tutto superati i dubbi di chi rilevava come una sì fatta tutela apra da un lato al rischio di una esagerata e non "codificata" estensione dell'illecito civile, molto vicina al diritto di *equity*; dall'altro condizioni in qualche modo lo svolgimento della vita familiare, aprendo probabilmente eccessivi spazi alla concorrenza e coesistenza tra rimedi patologici della fine del *coniugio* (separazione, divorzio, annullamento) con rimedi risarcitori e sanzionatori, di tipo potenzialmente "ricattatorio"²⁰.

Io credo che il diritto già abbia previsto ed opportunamente regolato le condizioni economiche legate alla crisi del rapporto di *coniugio*, prevedendo una serie di ipotesi già fortemente condizionanti sotto il profilo patrimoniale (ad es. il diritto del coniuge divorziato ad un assegno a carico della eredità, dalla dottrina prevalente ritenuto un legato di diritto in sostituzione di legittima²¹).

Anzi, proprio chi si dedica professionalmente a tale settore del diritto, già conosce i notevoli profili di disagio psicologico che condizionano lo scioglimento del matrimonio. Inoltre, cospicue sono pure le interferenze di tipo religioso e sociale che incidono in tali fasi, e non a caso, la fattispecie dalla quale trae spunto il citato *decisum* della Suprema Corte è conseguenza di una dispensa *super rato* concessa secondo il diritto canonico²². Problema (quello della "religiosità"), peraltro, che sembra coinvolgere, in altro settore disciplinare, la delicata tematica della creazione di un diritto uniforme del contratto²³.

La tutela, ad esempio, di un coniuge rischia di diventare invasiva anche

¹⁹ Ad esempio, in relazione alla *libertà religiosa*, ho manifestato il mio pensiero in A. Fucillo, *Op.ult.cit.*, p. 135 ss.

²⁰ Un esempio potrebbe essere "ti separi perché ami un'altra, e ciò mi causa sofferenza, degna di risarcimento", si nota come tale condotta equivarrebbe ad una sostanziale limitazione della libertà individuale della persona. Analogo esempio si potrebbe fare con il cambio di "credo religioso".

²¹ Su tale argomento, molto convincenti appaiono le considerazioni di S. Ciccarello, *Ai confini della successione nella famiglia: assegno successorio al divorziato*, in AA.VV., *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fucillo, Milano, 1997, p. 129 ss.

²² Su tali tematiche cfr. R. Santoro, *Matrimonio religioso, pluralismo confessionale ed ordinamento dello Stato: matrimonio, separazione e divorzio*; P. Stefani, *Le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, entrambi in AA.VV., *Diritto ecclesiastico e professione forense*, a cura di G. Dammacco, Bari, 2003, p. 45 ss.

²³ Ad esempio cfr. A. Mordechai Rabello, *Sulla recente problematica dei matrimoni nello stato di Israele. Prospettive per una disciplina uniforme.*, in AA.VV., *Contratto e diritto uniforme*, a cura di C. Venditti e L. Gatt, Napoli, 2005, p. 175 ss.

degli aspetti professionali dell'altro, che pure sembravano tutelati dalla riforma, addirittura con riflessi nei confronti di terzi, quando si è arrivati ad affermare che anche in presenza di società con terzi²⁴, al coniuge del socio spetta la tutela di cui all'art. 230 bis c.c. (cfr. il *decisum* di Cass. sez. lav. n. 13861 del 2000²⁵).

Probabilmente, le conseguenze patrimoniali derivanti da una rapporto di *coniugio* diventano talmente rilevanti da spingere sempre più verso forme alternative, create dalla prassi sociale, e per le quali sono possibili profili di autoregolamentazione, in realtà fortemente contrastati nel campo del matrimonio civilistico.

La prima ipotesi che mi viene in mente è quella del matrimonio religioso non trascritto agli effetti civili, al quale si unisca un accordo di convivenza per i profili patrimoniali, la cui violazione forse limiterebbe le parti alla assunzione di conseguenze risarcitorie, ove possibili, di tipo contrattuale, e quindi in un certo senso condizionabili e comunque in gran parte prevedibili, come cercherò di dimostrare.

Sta di fatto che non ostante sia il diritto di famiglia il settore ove il legislatore è maggiormente intervenuto a partire dagli anni 50²⁶, autorevole dottrina ha dimostrato che lo sviluppo di tale settore avverrà verso una maggiore affermazione delle forme autoregolamentate, e sempre più distaccate dall'archetipo della famiglia tradizionale²⁷, al punto da fare affermare che ci si spinge verso il riconoscimento di "famiglie" piuttosto che di una "famiglia" paradigmatica²⁸.

Di conseguenza il diritto (scienza pratica) dovrà affrontare e risolvere ciò che antropologicamente la società proporrà, ovvero con nuovi moduli operativi cercare di giuridicizzare i modelli sociali che la multireligiosità (intesa in senso anche negativo, cioè del "non credere") suggerirà all'interprete, per cui anche la tradizionale convivenza diverrà sempre più convivenza qualifi-

²⁴ Nonostante notevoli precedenti contrari, tra cui Cass. 24 marzo 2000, n. 3520, in *Fallimento*, 2001, p. 281 ss.

²⁵ In *Fam. e dir.*, 2002, 2, p.160 ss., con nota di F. Pinzone, *Società di persone e ammissibilità della tutela ex art. 230 bis a favore del familiare di uno dei soci*.

²⁶ Come notava L. De Luca, *La famiglia oggi*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 462.

²⁷ C. Donisi, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in AA.VV., *Famiglia e circolazione giuridica*, cit., p. 27 ss.

²⁸ V. Scalisi, *La "famiglia" e "le famiglie"*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Padova 1985, p. 270 ss.

cata, anche perché sovente rafforzata da un modello religioso²⁹.

3. Libertà individuali e rapporti patrimoniali nell'ambito della famiglia naturale e multiculturale: in particolare gli accordi di convivenza

È ancora particolarmente diffusa la convinzione, sia in dottrina che in giurisprudenza, che la convivenza *more uxorio* si “risolve in una situazione caratterizzata da un complesso di rapporti, unificati sotto il profilo personale dalla *affectio coniugalis*, sotto il profilo economico dall'*animus donandi*, e non può quindi essere configurata, nel nostro ordinamento, come fonte di obbligazioni, non potendo considerarsi né un fatto illecito, né un contratto e nemmeno un quasi contratto, e in particolare una promessa di matrimonio”³⁰.

Per cui, tradizionalmente, si tende, in astratto, ad escludere qualsiasi ipotesi di tutela patrimoniale ed anche successoria nell'ambito del rapporto tra conviventi, mentre identiche sono le regole applicabili alla filiazione naturale (possibile conseguenza di una convivenza). Per cui:

- Non vi sarebbero diritti patrimoniali spettanti reciprocamente ai conviventi, ad eccezione di quelli attribuiti con regolari e validi negozi (ove e come applicabili);

- non vi sarebbero possibilità di tutela successoria a favore del convivente³¹, al di fuori di quelle ordinariamente previste per l'estraneo dal diritto successorio, quindi per lo più riferibili alle consentite disposizioni testamentarie e donatizie, ed ai conseguenti limiti riferibili alla intangibilità della quota di legittima;

- al contrario, ai figli naturali spettano tutti i diritti e le forme di tutela predisposte dal nostro sistema indifferentemente a favore sia dei figli legittimi che naturali, la cui equiparazione è oramai assodata, e l'unica distinzione risiede nella terminologia identificativa, e nelle rare eccezioni riferibili a particolari categorie di figli naturali (ad es. gli “incestuosi”), retaggio vivente di una, un tempo diffusa, funzione etica dell'ordinamento.

Tuttavia, i vorticosi cambiamenti della società contemporanea, inducono

²⁹ A volte anche sconosciuto al tessuto sociale, e poi ivi introdotto per effetto, ad esempio, del flusso migratorio.

³⁰ Così un famoso pronunciato di Trib. Roma, 10 ottobre 1985, in *Temì Rom.*, 1985, p. 953.

³¹ Utilizzo tale termine in senso ampio, riferito cioè a qualsiasi forma di convivenza *more uxorio*, sia etero che omosessuale.

i giuristi ad uno sforzo costruttivo che riempia i vuoti del sistema normativo, in settori ad alto impatto sociale, ove il rapporto tra società e diritto può sembrare pericolosamente alterato.

È utile, tra l'altro, segnalare, come in materia di convivenza si registra addirittura un intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo³², che ha ritenuto discriminatoria la legislazione di un Paese (o la sua interpretazione) basata sulla discriminazione sessuale³³; il che vuole significare che se di convivenze si tratta, non è esaustivo il riferimento tradizionale alle convivenze *more uxorio*, tradizionalmente "etero"³⁴.

La ricerca di forme giuridiche di tutela patrimoniale delle "convivenze" è certamente e conseguentemente uno di quei settori di indagine giuridica più controversi, e che ha molto interessato studiosi di varia provenienza culturale³⁵.

Di conseguenza, ed in mancanza di una legislazione speciale, l'attenzione degli studiosi e dei pratici si è sempre rivolta verso le possibilità di autoregolamentazione³⁶ delle convivenze, sulla base di "accordi" a contenuto autonormativo.

La duttilità dello schema contrattuale generalmente consente, anche in applicazione dei principi autonomistici riconosciuti dal nostro sistema giuridico, che il contenuto dell'accordo si uniformi, pur con i limiti attualmente piuttosto elastici di una sua giustificazione causale, all'autoregolamento degli interessi delle parti che lo pongono in essere. Ne consegue che l'accordo contrattuale si presenta come strumento effettivamente utilizzabile per le più svariate finalità, che partecipano alla identificazione della causa concreta di ogni singola pattuizione³⁷, quale elemento soggettivo che contribuisce alla delimitazione di quello più strettamente oggettivo³⁸.

³² Sent. 24 luglio 2004, pres. Rozakis - contro Austria.

³³ Utili indicazioni in F. D'Angeli, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003.

³⁴ In tema M. Bonini Baraldi, *Parità di trattamento e nozione di "familiare" tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 821 ss.

³⁵ Cfr. ad esempio, P. Lillo, *Famiglie di fatto e libertà matrimoniale*, in *Dir. fam. per.*, 2002, II, p. 992 ss.

³⁶ In mancanza di apposite leggi (cfr. ad es. i PACS della Francia), il nostro sistema è in grado di spingere verso condotte autonormative. In tema si veda ampiamente lo studio di G. De Matteis, *La nuova legge francese denominata "PACS" pacte civile de solidarité - patti civile di solidarietà*, in AA.VV., *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, a cura di G. Fuccillo, Napoli, 2002, p. 171 ss.

³⁷ Nel senso peraltro già anticipato, ed al quale ci si riferisce ulteriormente.

³⁸ Sulla critica alla causa del contratto come "funzione" cfr. R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 1993, vol. I, p. 641 ss. Sulle varie teorie in materia di causa è utile il riferimento a M. Giorgianni, *Causa (dir.priv.)*, in *Enc.dir.*, vol. VI, Milano, 1960.

Su tale convinzione, ha ricevuto impulso lo studio degli “accordi di convivenza” intendendosi con tale locuzione le autoregolamentazioni (quindi, con atto tra vivi)³⁹ negoziali tra conviventi⁴⁰.

I profili esaminati dalla dottrina in via principale si possono così riassumere:

A) *La natura giuridica* – Le prevalenti opinioni sono indirizzate a ritenere tali “accordi” veri e propri contratti, d’altra parte la nota elasticità dello schema del contratto⁴¹, a causa della sua strutturale duttilità, ben si presta ad essere utilizzato per veicolare⁴² all’interno del sistema, bisogni, esigenze ed interessi (di varia natura) delle parti che lo pongono in essere, anche se sempre con l’ovvio limite del rispetto della *liceità*.

A base, però, della rilevanza della *stipulazione* di un contratto, l’interesse di chi lo pone in essere deve risultare “meritevole di tutela”, al fine peraltro di evitare che si pongano in essere contratti “senza merito”⁴³; il tutto in ottemperanza, peraltro, della necessaria qualificazione causale (vedi *infra*) della pattuizione utilizzata⁴⁴.

Per cui, asserita la natura contrattuale di tale fattispecie, ne derivano due corollari, fondamentali per la presente indagine:

- la natura contrattuale ne impedisce l’utilizzazione successoria diretta⁴⁵, e si scontra tra l’altro con la rigida previsione dell’art. 458 c.c., ove prevede la nullità di “ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione” (cd. “patti successori istitutivi” sia diretti che obbligatori);

³⁹ La Rivista *Contratti*, pubblicò (1995, p. 245 ss.) uno schema contrattuale titolato *Convenzione patrimoniale fra conviventi “more uxorio”*, che ritengo ancora utile ed attuale.

⁴⁰ In tema, cfr. da ultimo, A. Maura, *La validità dei c.d. “contratti di convivenza” e l’applicabilità ai conviventi more uxorio in via analogica delle disposizioni codicistiche concernenti i diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Nuov.giur.civ.comm.*, 2003, p. 908 ss. Cfr. anche, A. Fuccillo, *Accordi di convivenza: alcuni aspetti problematici*, in AA.VV., *Famiglia e circolazione giuridica*, cit. p. 67 ss.

⁴¹ Si evidenzia in dottrina, però, che “a prima vista la parola *contratto* riveste una pluralità di significati”. Occorre, quindi, evitare di “definire il contratto in base all’ambito entro cui è chiamato ad operare; così come non è possibile definire il contratto in modo unitario attraverso una enumerazione dei suoi costituenti”, R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 1993, I, pp. 28-29. Inutile, inoltre, sottolineare che i riferimenti al contratto, data peraltro l’ampiezza della materia, saranno limitati nel presente lavoro a ciò che si ritiene indefettibile.

⁴² Utilizzo tale termine in senso “figurato”.

⁴³ G. De Nova, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 693.

⁴⁴ Rileva V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 381, che la causa “rileva per la sorte del contratto”, anche se prevalentemente la sua rilevanza è di carattere “negativo”.

⁴⁵ È evidente, tra l’altro, il contrasto con l’unipersonalità del negozio testamentario.

- sempre tale natura, comporta il conseguente rispetto di tutte le condizioni di validità del contratto, e dei suoi indefettibili requisiti, che pongono quindi notevoli problemi interpretativi riferibili ad ogni singolo caso concreto, mancando uno scema “tipico” (ndr. “normativo”) riferibile alla fattispecie che ci occupa, quale tra l’altro utile ausilio ermeneutico.

B) *La causa* – Certamente il problema è analogo ad ogni tipologia contrattuale, ma nella nostra è particolarmente rilevante il discorso sulla “meritevolezza” di cui all’art. 1322 II comma, c.c. Difatti, il dibattito scaturito dall’analisi dell’art. 29 Cost., di prevalenza della famiglia fondata sul matrimonio (qualificabile quale istituto di “diritto naturale”) ha suscitato in dottrina molteplici dubbi sulla effettiva meritevolezza di accordi tesi ad assicurare ai conviventi effetti il più possibile simili all’istituto matrimoniale, con il rischio di svuotare di contenuto la citata “prevalenza” costituzionale. Occorre, pertanto, in tale prospettiva procedere con particolare prudenza.

La dottrina moderna⁴⁶, sulla base anche di notevoli pronunciati della giurisprudenza⁴⁷, è per lo più concorde nel ritenere tali contratti meritevoli di tutela per l’ordinamento giuridico italiano sulla considerazione che essendo in sé meritevole la convivenza (art. 2 Cost.) non potrebbe non esserlo il contratto che la regola. Tuttavia, a volte il procedimento logico proposto non presenta degli elementi di valutazione del tutto oggettivi, riferendosi a singole valutazioni “caso per caso” che sarebbero necessarie al fine della valutazione della fattispecie contrattuale concretamente posta in essere, oppure si propone quale elemento di valutazione, la distinzione tra condotte personali (ritenute assolutamente vietate) ed effetti patrimoniali (ritenuti per lo più leciti).

Per cui, si può desumere che:

a) la convivenza è certamente una “formazione sociale” ove l’individuo esplica e realizza la propria dignità, identificata nei diritti “inviolabili” dell’uomo (art. 2 Cost.);

b) La rilevanza sociale della convivenza può costituire base per la costruzione di una autonoma causa concreta, posta a fondamento di un contratto che la regola, purché:

- si tratti di una convivenza “*more uxorio*” cioè caratterizzata dalla stabilità o meglio dalla “non occasionalità”, che testimoni la presenza di una *affectio* non lontana dalla *affectio coniugalis* e comunque soddisfattiva di quella esi-

⁴⁶ M. Franzoni, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1997, p. 462 ss.

⁴⁷ Tra tutte la notissima sentenza della Corte Cost., 7.4.88, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2515, sulla estensione al convivente *more uxorio* della successione nel contratto di locazione (art. 6, legge 392/78).

genza di protezione giuridica che ne giustifichi la meritevolezza causale.

Di qui, la pregnante esigenza di verificare, in modo oggettivo, e cioè al di fuori di un esame strettamente casistico, quali siano gli elementi di giudizio per ritenere verificata (in senso ovviamente giuridico) la stabilità di una convivenza, anche in relazione al rapporto con l'ordine pubblico dello Stato, necessario criterio di riferimento per la qualificazione della liceità della causa concreta.

Per le convivenze eterosessuali monogamiche, la questione è ovviamente più semplice; difatti, la terminologia utilizzata dalla dottrina prevalente che si riferisce alle convivenze *more uxorio*, già identifica una convivenza *ad exemplum coniugii*. La questione è quindi in tema limitata alla identificazione della stabilità del rapporto, e non alla sua liceità.

Per ovviare a tale incertezza si è proposto di ricorrere ai registri istituiti da alcuni comuni a fini amministrativi, per lo più allo scopo di identificare le coppie che richiedono l'assegnazione di alloggi o di buoni casa. Tale criterio è stato però contestato in dottrina⁴⁸ ed in giurisprudenza⁴⁹, per la sua inattendibilità, data la irrilevanza civilistica di un consenso così espresso.

Ho personalmente proposto e difeso la attendibilità di un criterio identificativo basato su di una convivenza qualificata⁵⁰ dall'esistenza di un matrimonio religioso, inteso ovviamente in senso ampio e pluriconfessionale.

Tale opzione, può rappresentare una valida alternativa già per gli appartenenti a confessioni religiose che hanno una disciplina dell'istituto matrimoniale sia di diritto confessionale che trascrivibile agli effetti civili⁵¹. Soprattutto quando i conviventi ritenessero il matrimonio soltanto un fatto di coscienza, evitandosi così l'obbligato (ovviamente ai fini delle conseguenze patrimoniali) ricorso all'istituto civilistico, regolamentando il proprio *menage* in via negoziale⁵², evitando di lasciare i *partners* privi di un'adeguata tutela

⁴⁸ E. Pazé, *le ragioni contro un'anagrafe delle famiglie di fatto*, in *Dir.fam. e pers.*, 2003, II, p. 192 ss.

⁴⁹ TAR Toscana, 9.2.96, n. 49, in *Foro it.*, 1996, III, cc.524 ss., con nota di Romboli-Rossi, I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori.

⁵⁰ In tema mi si consenta un ampio rinvio ad A. Fuccillo, *Matrimonio di coscienza, accordi di convivenza e libertà religiosa: alcune considerazioni "ora per allora"*, in *Dir. Fam. e pers.*, 1997, p. 1113 ss.

⁵¹ Su tali problematiche, oltre alla manualistica fin qui citata, cfr. A. Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 1996, A. Albisetti, *Il matrimonio dei culti acattolici*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 293 ss.

⁵² F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 14 ss, ove ritiene non complementare il rapporto tra "negoziabilità" e quindi, disponibilità, e "patrimonialità", in tale delicato settore, a dimostrazione, quindi, della avvenuta frattura tra elemento patrimoniale ed interessi personali nella struttura delle convenzioni.

giuridica. D'altra parte, il matrimonio sotto il profilo civilistico è stato di recente ricostruito come "manifestazione di libertà", proprio recuperandone gli aspetti di autodeterminazione delle parti⁵³. Inoltre, tale schema, può rappresentare la sola possibilità di regolamentazione patrimoniale dei matrimoni religiosi degli appartenenti a confessioni che non hanno una categoria matrimoniale istituzionalizzata, e quindi non trascrivibile negli atti dello stato civile.

Per cui, l'esistenza di un valido matrimonio religioso sembra pienamente testimoniare la stabilità e la conseguente serietà di intenti dei conviventi, che giustificerebbe pienamente il negozio di autoregolamentazione di fronte all'ordinamento.

Più incerta appare la verifica della stabilità delle convivenze omosessuali, data la diversità di *immagine*⁵⁴ giuridica rispetto al matrimonio tradizionale.

Certamente l'attuale costume sociale legittima tali forme di convivenza, ma il criterio oggettivo di verifica è piuttosto labile, non potendosi peraltro contare su di un decisivo elemento di valutazione, rappresentato dall'esercizio congiunto da parte dei conviventi, della potestà sui figli minori (art. 317 bis c.c.).

Ritengo, invece, del tutto ingiustificata di fronte all'ordinamento, una qualsivoglia forma di convivenza pluripersonale o comunitaria, per la quale gli strumenti di tutela non possono essere ricercati nella affinità al matrimonio o nel *menage* di coppia.

È stato infatti notato che la causa del contratto di convivenza debba essere comunque ricercata nella regolamentazione del *menage* patrimoniale di una possibile "famiglia di fatto", e non già nella relazione in sé, per cui se lo scopo pratico perseguito dai conviventi fosse quello di regolamentare la propria vita sessuale (sia come prestazione che come controprestazione) la conseguenza sarebbe la nullità assoluta ed insanabile del contratto per illiceità della causa per contrarietà al "buon costume"⁵⁵.

C) *Il contenuto:*

Occorre innanzitutto operare la fondamentale distinzione tra accordi di convivenza diretti (che hanno causa nella regolamentazione della convivenza) ed indiretti (che hanno causa in quella tipica dello strumento effettivamente adoperato).

⁵³ V. Franceschelli, *Famiglia di fatto*, in *Enc.dir.*, vol. VI (agg.), Milano, 2002, p. 378.

⁵⁴ Il termine vuole riferirsi alla definizione del matrimonio, quale istituto di diritto naturale, fornita dalla Carta costituzionale (art. 29), e quindi, alla immagine giuridica tradizionale di un matrimonio monogamico eterosessuale.

⁵⁵ M. Franzoni, *Op.ult.cit.*, p. 470.

Anche sul contenuto possibile di tali “accordi” la dottrina che si è occupata dell’argomento ha sostanzialmente sostenuto le seguenti idee:

a) La non liceità di pattuizioni aventi ad oggetto comportamenti afferenti alla sfera personale indisponibile⁵⁶;

b) la sostanziale liceità di pattuizioni aventi ad oggetto attribuzioni di carattere patrimoniale, con i seguenti distinguo:

- Per i negozi onerosi e commutativi il rispetto delle singole fattispecie utilizzate (ad esempio la cessione onerosa della contitolarità di un usufrutto su un appartamento) e la conformità alla causa sottostante;

- Per i negozi a titolo gratuito anche qui il rispetto delle condizioni di legge per i tipi concretamente utilizzati (ad esempio è famoso il caso del “comodato vita natural durante” ritenuto lecito dalla giurisprudenza⁵⁷).

- Per le liberalità il rispetto delle prerogative successorie di eventuali eredi necessari, oltre ai requisiti di forma, di qui la diffusione dell’idea che, nel caso di donazioni, si potessero inquadrare tra quelle cd. “remuneratorie⁵⁸”, quindi escluse dal computo della quota di legittima nel caso di cui al II comma dell’art. 770 c.c., e comunque escluse dalla possibilità di revocazione (art. 805 c.c.) .

La recente modifica intervenuta con la legge n. 80/2005, che consente la rinuncia dei legittimari al diritto di opporsi al “consolidamento” ventennale della donazione potenzialmente lesiva, apre qualche spiraglio in più per una migliore circolazione immobiliare, potendosi immaginare una donazione “remuneratoria” compiuta da un convivente a favore dell’altro, che a questo punto sia da un lato non soggetta a revocazione, e dall’altro possa avviarsi (con l’intervento in rogito dei legittimari del disponente) verso un possibile consolidamento ventennale⁵⁹ (verso i terzi aventi causa).

⁵⁶ Ad esempio i comportamenti sessuali.

⁵⁷ Cass. 8.6.93, n. 6381, in *Nuov.giur.civ.comm.*, 1994, I, p. 339 ss.

⁵⁸ Tale tesi non sempre, però, risolve il quesito sulla effettiva garanzia per il donatario, che l’attribuzione effettuata sia, di fatto, intangibile, e possa costituire valido titolo ai fini di una successiva circolazione immobiliare.

⁵⁹ La novella contenuta nel cd. “decreto competitività” ha di fatto, soltanto consolidato, rispetto al terzo avente causa, le donazione anteriori al ventennio, purché non vi sia l’opposizione trascritta da parte del potenziale avente diritto a quota di riserva, ed è solo a tale diritto che si può rinunciare, certamente con atto tra vivi, probabilmente anche con testamento, che in quel caso eviterebbe la possibile trascrizione dell’atto di opposizione da parte degli eredi del legittimario defunto.

4. I possibili profili successori nella famiglia naturale e di fatto e la loro rilevanza nella gestione dei rapporti personali

A) La possibile regolamentazione diretta: Il testamento.

Escluso, quindi, un ricorso ad accordi di convivenza diretti, che abbiano ad oggetto la regolamentazione *post mortem* degli aspetti patrimoniali di un tale rapporto, data la tassativa disposizione di cui all'art. 458 c.c., occorre esaminare, sotto tale profilo, soltanto la possibile utilizzazione in materia del testamento.

In materia di rapporti personali e di sensazioni individuali, il testamento è da sempre il luogo privilegiato di manifestazione dei propri sentimenti, nell'innegabile presupposto che vuole il momento di redazione del negozio testamentario come uno dei più connessi alla intimità dell'individuo⁶⁰. D'altra parte il nostro sistema testamentario, conformemente peraltro ad una radicata tradizione, ritiene criterio ermeneutico fondamentale in tema di interpretazione della scheda il principio per cui "si deve avere riguardo alla volontà genuina ed intima del testatore, che è preminente sul significato letterale della disposizione scritta e risale al concetto, al quale la manifestazione si deve ritenere ispirata"⁶¹. La salvaguardia della volontà del testatore è infatti ritenuta bene primario, data anche l'impossibilità di procedere ad una nuova disposizione che sostituisca o chiarisca la precedente⁶². Inoltre, è stato scritto che questo richiamo al "concetto" è naturale, perchè "importa il richiamo alle vedute personali del disponente", e quindi una necessaria estensione dei mezzi interpretativi a quei comportamenti da lui tenuti nella sua cerchia sociale, che siano tali da denunciare e rivelare indirettamente il suo modo di vedere in argomento⁶³.

Il testamento, però, pur lasciando ampi spazi alla autonomia del disponente, sconta pur sempre i propri limiti di contenuto sostanziale, non garantendo le ragioni del testatore così come quelle dell'istituto nel caso di presenza di riservatari. Ovviamente in loro assenza, o nel loro silenzio, oppure nel caso di rinuncia all'azione di riduzione da parte di questi ultimi, il risulta-

⁶⁰ Sul rilievo costituzionale del fenomeno successorio, cfr. G. Panza, in G. Panza – F. Panza, *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, vol. VIII, 2, Napoli, 2004, p. 10 ss.

⁶¹ R. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 336.

⁶² In tema d'interpretazione del testamento cfr., A. Palazzo, *Le successioni*, Milano, 1996, t. II., p. 622 ss.

⁶³ R. Betti, *Op.cit.*, p. 336.

to finale potrebbe essere raggiunto in modo, direi, del tutto soddisfacente.

L'intangibilità della quota di legittima, con le riserve di legge, rappresenta certamente un deterrente alla utilizzazione del testamento per beneficiare il convivente *more uxorio*.

B) La possibile regolamentazione diretta: la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico⁶⁴.

Nel caso particolare di convivenza qualificata (nel senso innanzi proposto) dall'esistenza di un valido matrimonio canonico⁶⁵ non trascritto agli effetti civili, l'ostacolo delle riserve potrebbe essere superato dalla trascrizione nei registri dello stato civile di tale matrimonio, dopo la morte di uno dei coniugi⁶⁶.

Ora, tale ipotesi non si può realizzare in contrasto con diritti di terzi nel frattempo intervenuti (ad esempio nozze con rito civile), così come non è possibile trascrivere un matrimonio canonico in presenza dell'opposizione di uno dei coniugi.

Tuttavia, ed a sostegno tra l'altro di quanto innanzi anticipato, l'esistenza di un valido matrimonio canonico può fornire a colui che appare per diritto civile quale "semplice" convivente, una possibilità ulteriore di tutela, qualora i coniugi manifestassero il proprio consenso alla trascrizione *post mortem* del loro matrimonio religioso, in un regolare testamento.

D'altra parte, pur nel non pieno accordo della dottrina, ritengo tale ipotesi assolutamente plausibile, in quanto un consenso manifestato attraverso un veicolo giuridico idoneo, è forse sufficiente a suffragare l'ipotesi della "non opposizione".

La trascrizione *post mortem* (ove ovviamente possibile) garantirebbe al superstite lo *status* di coniugio, anche e forse soprattutto, a fini successori.

C) Le possibili clausole con efficacia *post mortem*.

Come già anticipato, il ricorso a "clausole" che acquistino efficacia dopo la morte del disponente, si scontra inevitabilmente con il divieto dei "patti successori". La questione è peraltro ben nota alla dottrina che si è occupata, anche in senso più generale, della validità di strumenti successori alternativi al testamento⁶⁷.

⁶⁴ L'ipotesi è momentaneamente riferibile soltanto a tale tipologia di matrimonio religioso.

⁶⁵ In materia cfr. L. Graziano, *La convivenza ed il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*, in *Fam e dir.*, 2003, p. 147 ss.

⁶⁶ Ci si limita, ovviamente, ai soli riferimenti in merito al tema trattato. In dottrina cfr. M. Tedeschi, *la volontà degli effetti civili nel regime della trascrizione del matrimonio canonico*, in ID., *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Milano, 1990, p. 3 ss.

⁶⁷ Innanzitutto cfr. A. Palazzo, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

Le considerazioni generali in tema sono ovviamente estendibili alla fattispecie in esame, per cui:

1) La donazione con effetti sospensivamente condizionati alla morte del donante:

Tale ipotesi viene tradizionalmente ritenuta valida ed utile allo scopo. Tuttavia incontra sempre i limiti generali in materia di tutela della “legittima”. Le innovazioni portate dalla legge n. 80/2005, sono poco utili allo scopo, data la previsione di un lungo spazio temporale (20 anni) per una maggiore tutela circolatoria del cespite donato, e comunque l'intervento in rogito dei legittimari del donante, avrebbe come unico effetto quello di impedire la loro opposizione agli effetti del decorso del ventennio, ma non significa rinuncia all'azione di riduzione, che è eseguibile soltanto dopo la morte del donante.

2) Il contratto a favore di terzi con effetti *post mortem*

Sembra un rimedio molto utile, soprattutto se collegato ad un contratto a prestazioni corrispettive.

Lo schema utilizzabile sarebbe il seguente: Tizio e Caio convengono che a seguito di una prestazione effettuata da Tizio a Caio, la controprestazione di Caio venga deviata verso Sempronio (terzo, convivente di Tizio) ma soltanto dopo la morte di Tizio (condizione) oppure verso Tizio inizialmente e, successivamente alla morte di questi (termine iniziale) verso Sempronio.

Il limite di una tale soluzione è che per essere estremamente efficace deve riferirsi a contratti di durata, e comunque non rientrare tra le donazioni indirette.

Così come si è dimostrato utile il cd. “vitalizio” ed il contratto di mantenimento da eseguirsi (come condizione sospensiva) dopo la morte del disponente.

D) Le alternative cd. “ordinarie” (accordi di convivenza “indiretti”)

Al di fuori delle ipotesi “successorie” sopra evidenziate, restano i normali rimedi, così come utilizzati nella prassi, come l'intestazione di un bene direttamente al convivente, senza passare attraverso la donazione del danaro, gli strumenti giuridici di pagamento di debiti altrui (es. acollo da parte di un convivente del mutuo stipulato dall'altro convivente per l'acquisto di un immobile), intestazione (per acquisto) ad un convivente della nuda proprietà, e ad entrambi dell'usufrutto con diritto di accrescimento.

Tali fattispecie sembrano oramai pienamente superare gli iniziali dubbi di legittimità per “motivo illecito”, tenendo presente sia la loro legittimazione sociale, sia la loro legittimazione giuridica (per le considerazioni *supra* espresse circa gli “accordi di convivenza” diretti), sia il raffronto con altri ordinamenti comunitari affini al nostro (essenzialmente il nuovo *titolo XII* del *libro I*, del *code civil* francese – artt. 515 e ss. –). Tali situazioni dimostrano, direi pienamente, che si raggiunga in via diretta od indiretta, lo scopo di regola-

mentare in via patrimoniale una convivenza è tendenzialmente ed in via generale lecito e meritevole di tutela.

D'altra parte, può forse essere evidenziato come il nostro art. 1322 c.c., renda del tutto superflua una legislazione italiana che istituisca il *patto civile di solidarietà*, in quanto un "patto civile" presuppone ovviamente un accordo tra le parti su di un contenuto lasciato alla loro autonomia ed autodeterminazione⁶⁸, per cui....!

Le poche fattispecie sopra riportate costituiscono i principali esempi di come nella pratica si tenda ad ovviare alla ancora diffusa incertezza sulla utilizzazione di un "accordo di convivenza diretto" ed agli ostacoli che incontrano le coppie di fatto anche sotto il profilo successorio. In ciò può manifestarsi al meglio anche una scelta basata su convinzioni religiose.

5. *Riflessioni conclusive*

Ogni qual volta ci si confronta sul rapporto tra questioni "patrimoniali" e questioni "personali" si deve combattere contro il diffuso pregiudizio della loro presunta assoluta inconciliabilità. Tuttavia, proprio nel delicato campo del diritto di famiglia tale connubio appare invece indissolubile, non soltanto per espressa disposizione legislativa, ad esempio l'art. 143, III comma, e l'art. 147 c.c. ove le questioni patrimoniali sono direttamente collegate con quelle personali (educazione, mantenimento ecc.).

È evidente che la assenza di mezzi economici, così come la attribuzione forzata dei medesimi, possa costituire un ostacolo ed al contempo un deterrente all'esercizio di fondamentali libertà degli individui. L'interpretazione degli istituti patrimoniali dovrebbe quindi svolgersi tenendo presenti i notevoli risvolti umani, sociali e religiosi che le scelte in tema familiare sempre presuppongono e coinvolgono⁶⁹.

Soluzioni, tuttavia, possono nascere da una sempre maggiore valorizza-

⁶⁸ G. De Matteis, *Op. cit.*, pp. 177-178, ritiene utile la legislazione francese, nel senso che eliminerebbe in *re ipsa* qualsiasi incertezza sulla liceità e meritevolezza degli accordi tra conviventi. Ho già innanzi manifestato la mia idea che tali accordi siano comunque, di per sé, leciti e meritevoli di tutela, ovviamente nel rispetto dei limiti generalmente posti dall'ordinamento per ogni tipologia negoziale.

⁶⁹ Su tali tematiche la dottrina era già intervenuta, evidenziando con sollecitudine i rapporti tra libertà ed interesse del minore e libertà dei genitori nella educazione religiosa della prole. Cfr. S. Landolfi, *Educazione familiare e libertà religiosa del minore*, in *Dir. eccl.*, 1961, p. 126 ss.. Di recente il tema dell'interesse del minore è stato ripreso, in generale, da G. Dosi, *Dall'interesse ai diritti del minore*, in, *Dir. fam e pers.*, 1995, p. 1604 ss.

zione dell'interesse dei *partners*, ritenuto non secondario rispetto ad un presunto "superiore" interesse della famiglia nucleare, così che in tale guisa si manifesti il passaggio dal tentativo alla effettiva tutela di situazioni familiari esistenti nella realtà sociale⁷⁰, ove l'interpretazione evolutiva e laica delle norme dell'ordinamento, consenta una via autoregolamentata (quindi, con il ricorso al diritto "comune") nella forma più ampia possibile⁷¹.

In tale guisa, quindi, sarà forse più semplice adeguare l'applicazione pratica del diritto di famiglia alle forme non istituzionalizzate presenti nella società, e sempre più sollecitate dall'attuale realtà multireligiosa⁷², che propone all'interprete situazioni sempre più difformi dall'originario archetipo del matrimonio canonico⁷³ e dei matrimoni religiosi delle confessioni istituzionalizzate⁷⁴.

Su tali presupposti occorrerà confrontarsi in modo pluridisciplinare, allo scopo di trovare quelle forme di tutela *supra* auspiccate, e che solo una attenta disamina delle problematiche quivi solo accennate, potrà dimostrare⁷⁵.

⁷⁰ In tale senso, acutamente, G. Ferrando, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 4, p. 988.

⁷¹ Si riferisce alla utilità del diritto comune, contestando il difetto della legislazione speciale che favorirebbe "la spinta di protezione dei gruppi più forti", V. Tozzi, *Società multi culturale, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, p. 141.

⁷² Su tali tematiche cfr. S. Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, 2005, p. 9 ss., M. Ricca, *Diritto e religione. Per una istemica giuridica*, Padova, 2002, p. 35 ss.

⁷³ Sul tema specifico si segnalano: L. Musselli - M. Tedeschi, *Manuale di diritto canonico*, Bologna, 2002, p.149 ss., AA.VV., *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana*, a cura di R. Coppola, Taranto, 2003; P. Moneta, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino, 1996, E. Vitali-S. berlingo', *Il matrimonio canonico*, II ed., Milano, 2003.

⁷⁴ Sui quali, per i riferimenti essenziali, cfr. M. Ricca, *Le religioni*, Bari, 2004, p. 150 ss., M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 299 ss., A. Albiseti, *Il matrimonio dei culti acattolici*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, cit., p. 293 ss.

⁷⁵ In tale settore dell'ordinamento risulta ancora più evidente la assoluta necessità di cooperazione scientifica di tutti i settori disciplinari che, a diverso titolo, si occupano del diritto di famiglia, che coinvolge certamente i civilisti, ma anche (per i notevoli profili pubblicistici) gli studiosi di diritto pubblico e costituzionale, e per i notevoli risvolti religiosi, gli studiosi di diritto ecclesiastico.