

Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

INDICE

Premesse.....	3
---------------	---

CAPITOLO PRIMO

La posizione successoria del coniuge superstite nella diversa concezione di famiglia

1. Impostazione del problema in ordine al regime successorio delle unioni civili e delle convivenze <i>more uxorio</i>	5
2. La successione come strumento necessario di circolazione dei diritti: successione <i>inter vivos</i> e fenomeno successorio.....	6
3. La successione <i>mortis causa</i> fra eredità e legato.....	10
4. La successione testamentaria e la successione legittima come diversi modi di devolvere il patrimonio ereditario.....	13
4.1 Le diverse categorie di successibili per legge.....	16
5. La disciplina successoria dei legittimari quale limite alla libera disponibilità del testatore.....	18
5.1 La natura giuridica della c.d. “successione necessaria”	23
5.2 La posizione dei legittimari.....	24
5.3 Critiche al sistema della successione necessaria: necessità di riforma e prospettive di abrogazione.....	27
6. La successione del coniuge superstite.....	28
6.1 L’impatto della Novella del 1975 sul diritto successorio: il coniuge come successibile <i>ex lege</i> ed erede necessario.....	32
6.2 Il presupposto matrimoniale. La posizione successoria del coniuge putativo	36
6.3 La posizione successoria del coniuge separato.....	39
6.4 La posizione successoria del coniuge divorziato.....	41
6.5 I diritti di uso e abitazione in capo al coniuge superstite.....	43
6.6 La vocazione “anomala” del coniuge.....	49

CAPITOLO SECONDO

Il regime giuridico delle relazioni non matrimoniali: le unioni civili e la convivenza di fatto nell'ambito della legge 20 maggio 2016, n.76.

1. Il riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex* e la regolamentazione della convivenza di fatto. Posizione del problema.....53
2. Il processo sociale e normativo che conduce alla Legge sulle unioni civili.....56
3. Il “quasi matrimonio” fra persone dello stesso sesso. L’istituto delle unioni civili e quello matrimoniale a confronto.....67
4. La regolamentazione delle convivenze di fatto.....77

CAPITOLO TERZO

La tutela successoria della persona unita civilmente e del convivente.

1. Il duplice regime successorio predisposto per le unioni civili e per le convivenze.....84
 2. Il trattamento successorio dell’unito civilmente.....90
 3. La tutela del convivente di fatto: fra disposizioni testamentaria e negozi *post mortem*.....97
- Conclusioni.....104**
- Bibliografia.....108**

Premesse

L'entrata in vigore della Legge 20 maggio 2016, n. 76, recante "Regolamentazione delle unioni fra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto", ha posto fine ad un lungo ed articolato dibattito che per oltre un trentennio ha intrattenuto la società civile e quella politica in ordine alla concreta possibilità di riconoscere formalmente e dinanzi alla legge le relazioni affettive non fondate sul matrimonio, di modo da comportare un ampliamento del concetto stesso di famiglia, nella cui definizione, giusta la disposizione di cui ad art. 8 CEDU, vanno oggi ricomprese anche le unioni omosessuali registrate, nonché quelle fondate sulla costituzione di uno stabile rapporto di convivenza. Alla Riforma del 2016 - che giunge in esito ad un processo parlamentare a dir poco tortuoso, di cui si avrà miglior modo di dire nel corso del lavoro, ed in conseguenza delle sanzioni comminate al nostro Paese a livello comunitario dalla Corte EDU - va dato di sicuro l'innegabile e fondamentale merito di aver costituito un primo baluardo normativo posto a tutela dei diritti delle coppie omosessuali e, più in generale, di aver riconosciuto giuridica esistenza a quelle unioni, omo ed eterosessuali, vissute al loro interno con i caratteri della serietà e della stabilità, comunque al di fuori del contesto matrimoniale, il che comporta uno sfaldamento di fatto del monopolio giuridico del matrimonio, inteso fino a quel momento quale unico istituto previsto dalla legge sulla cui base poter fondare legittimamente una famiglia. A ciò va specificato che riconoscere una natura intrinsecamente familiare nell'unione omoaffettiva, nonché nelle relazioni di stabile convivenza, vuol dire accordare ai loro componenti una tutela di non poco momento sia nell'ordine dei rapporti di carattere personale che circa quelli di natura squisitamente patrimoniale, come si avrà modo di

osservare lungo il corso della trattazione, con specifico riguardo a quanto sarà disposto all'interno del secondo capitolo.

In questa logica non appare affatto superfluo porre in luce gli aspetti essenziali della disciplina successoria predisposta dalla legge in esame a vantaggio della parte superstite dell'unione civile e della convivenza di fatto, di talché ci si occuperà nel corso del presente lavoro, proteso non solo ad enucleare il complesso delle prerogative e dei diritti spettanti sul patrimonio ereditario alle parti componenti le unioni in parola, ma anche rivolto ad evidenziare i punti "deboli" e che costituiscono motivo di maggiore criticità della materia, ferma la piena e consapevole diversità con cui il legislatore ha inteso delineare il diverso regime successorio dei due nuovi modelli familiari.

Nel far ciò la trattazione proseguirà per gradi e si articolerà nella stesura di tre capitoli funzionalmente orientati ad una migliore comprensione dei diversi aspetti che connotano la successione dell'unito civilmente - costruita, come si vedrà, sulla falsariga di quella posta dal codice in favore del coniuge - e del convivente di fatto superstite.

Di qui discende l'analisi, nelle more del primo capitolo, della disciplina successoria prevista in favore del coniuge superstite, considerata quale punto di inevitabile riferimento dal legislatore del 2016 per la tutela da accordare all'unito civilmente in sede di successione; il lavoro proseguirà poi, nel corso del secondo capitolo, con la predisposizione degli aspetti e delle caratteristiche essenziali proprie della Legge Cirinnà, per poi concludersi mediante la definizione dei particolari trattamenti successori riconosciuti alla persona superstite dell'unione civile ed al convivente di fatto, ponendone in attenzione gli aspetti di diversità.

CAPITOLO PRIMO

La posizione successoria del coniuge superstite nella diversa concezione di famiglia.

1. Impostazione del problema in ordine al regime successorio delle unioni civili e delle convivenze *more uxorio*.

L'imperversare di una pluralità di modelli familiari, che si affiancano e si consolidano necessariamente accanto a quello tradizionale fondato sul matrimonio¹, ha profondamente rivoluzionato l'assetto del diritto di famiglia, e, indirettamente, ha reso necessario un rinnovamento della struttura monolitica del diritto delle successioni per causa di morte, branca dell'ordinamento che si costituisce del complesso di norme intese a disciplinare le vicende patrimoniali e le sorti dei rapporti giuridici trasmissibili di una persona fisica per il periodo successivo alla sua morte². Sebbene, *prima facie*, il diritto successorio possa mostrarsi chiuso nelle sue certezze e non aperto a ipotesi di riforma, è in una chiave di lettura sociale che va intesa tutta la materia, il cui regime giuridico non è fermo e cristallizzato nei suoi crismi, non è frutto della fredda aritmetica giuridica dei codici, ma piuttosto vive e resiste in una concezione dinamica della realtà, ove è fortemente influenzato dalle complesse questioni sociali ed è atto a modificare il suo assetto alla luce delle mutevoli condizioni di carattere socio-culturale. Ciò detto, sembra quanto mai chiaro che l'incisione operata nell'ambito del diritto di

¹ Secondo P.PERLINGIERI: «la rinascita di istanze individualistiche e libertarie anche nei costumi sono fra le cause più rilevanti di formazione di rapporti familiari al di fuori del modello strutturato dall'organizzazione statale o della Chiesa » vedi P.PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto*, Napoli, 1988, p. 136.

² Cfr G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Vicenza, 2020, p.1

famiglia dalla Legge 20 maggio 2016, n. 76 recante “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, mediante l’espreso riconoscimento giuridico di siffatte unioni, finisca per riverberarsi anche sui profili strettamente successori in rilievo nel loro seno, influenzandone la disciplina circa la devoluzione dei beni al momento della morte. Come più diffusamente si dirà, in via del tutto preliminare si può anticipare che il legislatore del 2016 ha inteso definire il regime successorio delle suddette unioni con soluzioni diverse: per la parte superstite di una unione civile si provvede a stabilire l’equiparazione piena alla posizione successoria del coniuge mentre invece il convivente *more uxorio* gode solo di alcuni e limitati legami *ex lege*³.

2. La successione come strumento necessario di circolazione dei diritti: successione *inter vivos* e fenomeno successorio.

Per iniziare il discorso risulta d’uopo dare definizione al concetto di successione, termine che, in uso nel linguaggio comune, esprime un significato meramente temporale, indicando il succedersi nel tempo di eventi determinati⁴. È nella sua accezione tecnico-giuridica, però, che la successione assume un rilievo fondamentale nella nostra prospettiva, individuando quel particolare fenomeno che si concreta nel subingresso di un soggetto (successore o avente causa) ad un altro (autore o dante causa) in una o più determinate situazioni giuridiche soggettive⁵.

³ Cfr F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. It.*, 2016, pp. 1817 ss.

⁴ A. BUSANI, *La successione mortis causa*, Milano, 2020, p. 1 ss.

⁵ R. NICOLÒ, voce *Successioni nei diritti*, in *N.mo Dig. it.*, 1956, 606; L. FERRI, *Successioni in generale, Art. 456-511*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1980, 1, secondo il quale: «Opinione largamente dominante è che la successione implichi continuazione del rapporto con uno o entrambi i soggetti mutati [...] il rapporto permane nella sua identità, è sempre cioè quel medesimo rapporto».

Stando a questa prima definizione e secondo la prevalente impostazione dottrinale⁶, si afferma che la successione viene in rilievo come una vicenda meramente sostitutiva del profilo soggettivo di un rapporto giuridico, il quale permane immutato nei suoi elementi oggettivi⁷. Il fenomeno della successione assolve dunque ad una funzione di certezza del diritto, permettendo continuazione nella titolarità delle situazioni giuridiche, per il tramite di un meccanismo sostitutivo attraverso cui il successore subentra nella stessa posizione concreta in cui si trovava l'autore⁸. In particolare il nostro ordinamento riconosce due tipologie di successione, che si diversificano a seconda che la sostituzione abbia luogo per l'effetto di un atto posto in essere fra persone viventi, nel qual caso si discorre di successione fra vivi o *inter vivos*, oppure che il subingresso in uno o più rapporti giuridici presupponga necessariamente la morte del soggetto al quale si succede⁹, nel qual caso si parla di successione *mortis causa*. È nell'ordine della produzione degli effetti che si deve cogliere il significato della distinzione, atteso che la successione fra vivi configura il trasferimento a titolo particolare di singole e determinate posizioni giuridiche attive, mentre la successione *mortis causa* permette di subentrare in tutti i rapporti facenti capo al defunto¹⁰, prescindendo da qualsivoglia atto traslativo, dunque venendo ad assumere una portata applicativa molto ampia¹¹, tanto da ricomprendere non solo i rapporti

⁶ F.SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 90 ss.

⁷ G.BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 3 ss.

⁸ G. CAPOZZI, a cura di A. Ferrucci -C. Ferrentino, *Successione mortis causa*, 2015, 5 ss.

⁹ G. CAPOZZI, *Successione mortis causa*, 2015, 5 ss.

¹⁰ Il defunto, nel gergo ereditario, è spesso individuato con il termine "*de cuius*": si tratta di un modo di dire ricavato da un'espressione latina "*is de cuius hereditate agitur*", che indica la persona della cui eredità si tratta.

¹¹ R.NICOLÒ, *Successione nei diritti*, cit., 610 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 456 ss.

giuridici già costituiti, ma anche quelli in via di formazione¹². In questo senso vanno ricomprese nel fenomeno successorio sia quelle attribuzioni che non derivano dal patrimonio del defunto ma che sorgono a suo carico in virtù dell'evento-morte¹³, sia, inoltre, quei lasciti che non determinano né effetto traslativo né un diritto a favore del beneficiario, pur comportando per costui un vantaggio¹⁴. La successione *mortis causa*, in una parola, non produce quale effetto un trasferimento in senso tecnico, ma piuttosto realizza quel particolare fenomeno, definito come fenomeno successorio, oggetto di studio del diritto ereditario, permettendo il subingresso di uno o più soggetti nella titolarità di un fascio di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, del quale era titolare il *de cuius*, potendo così proseguire immutati i suoi rapporti nella persona del successore¹⁵. Il perché della

¹² In questo senso L.FERRI, *Successioni in generale*, cit., 8, riporta quale esempi il potere di accettare una proposta di contratto fatta al *de cuius* nei limiti in cui la proposta non perde efficacia (cfr. art. 1329, 2° comma e 1330 cod.civ), di accettare l'eredità devoluta al *de cuius* (art. 479, 1° comma cod. civ), di ratificare un contratto compiuto in nome del *de cuius* da un rappresentante senza poteri (art. 1399, 5° comma cod. civ).

¹³ Si pensi a titolo di esempio ai legati obbligatori di fonte testamentaria, come il legato di contratto, o al legato *ex lege* di rendita vitalizia a favore dei figli non riconoscibili.

¹⁴ In questo senso si pensi al legato di liberazione dal debito. Cfr G. BONILINI, *Dei Legati*, artt,649-673, in *Il codice civile- Commentario* diretto da F.D. Businelli, Milano, 2006, pp. 28 ss.

¹⁵ Si accenna al fatto che, mentre il dante causa di una successione *mortis causa* può essere solamente una persona fisica, l'avente causa può essere indifferentemente una persona fisica, una persona giuridica ovvero un ente privo di personalità giuridica; pertanto il successore potrebbe persino essere un soggetto che non sia ancora nato al tempo dell'apertura della successione; l'art. 462 cod. civ. prevede infatti che: «Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione» (comma 1) «Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti» (comma 3).

La legge, infatti, prevede una deroga alla regola per cui «La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita» (art. 1 c.c.), poiché prevale la volontà, espressamente manifestata attraverso il testamento ovvero presunta (in quest'ultimo caso solo a favore dei nascituri già concepiti) di voler beneficiare i nascituri. In ogni caso, è opportuno osservare che resta fermo il disposto di cui all'art. 1 comma 2 c.c., in forza del quale «I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento nascita».

secolare e radicata presenza¹⁶ nel nostro ordinamento e non solo dell'istituto in esame, si giustifica in un'ottica di necessaria conservazione dei rapporti giuridici anche oltre la vita del primitivo titolare, ed al fine di assicurare stabilità nella titolarità dei rapporti obbligatori, nonché per rispondere a particolari esigenze di carattere economico-sociale, che si concretano nell'«esigenza negativa che un patrimonio non resti privo di titolare»¹⁷, onde evitare il proliferare di *res nullius* e di provocare grave turbamento all'interno dell'ordine sociale¹⁸. Di qui scaturisce non solo il carattere inevitabile della successione *mortis causa* nel nostro sistema giuridico, in risposta ad un evento ineluttabile come la morte, ma anche la necessità che sia sempre presente almeno un successore a titolo universale, il quale da un lato benefici del patrimonio ereditato e dall'altro provveda alla sua gestione, finanche per garantire soddisfazione alle pretese dei creditori ereditari, donde la lettera della norma di cui all'art 586 cod civ¹⁹, con cui la legge sopperisce all'ipotesi in cui non vi siano successibili del *de cuius*, permettendo, *in extremis*, la successione dello Stato. Nella sua essenza appare evidente che il sistema della successione *mortis causa* operi

¹⁶ Si noti che in epoca settecentesca c'era chi, come il conte Saint-Simon, auspicava l'abolizione del diritto ereditario, attaccando l'istituto della successione per causa di morte in quanto considerato produttivo di un ingiusto privilegio, che fa dipendere la ricchezza dell'uomo dalla sua nascita.

¹⁷ La definizione si trova in A.TORRENTE.- P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Ventiquattresima edizione, a cura di Franco Anelli, Carlo Granelli. Milano p. 1306 ss.

¹⁸ A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1961, 7; cfr. anche G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 2 ss. e 34 ss., il quale osserva come la successione soddisfi, anzitutto, l'interesse generale ad assicurare la continuazione della vita economica al di là della vicenda della morte della persona fisica, e, in secondo luogo, l'interesse personale del *de cuius* di indirizzare a determinati soggetti i diritti acquistati nel corso della sua vita, mediante l'atto di ultima volontà, sia pure contemperando, sotto quest'ultimo riguardo, il principio della libertà di disporre dei beni con la tutela delle ragioni della famiglia, assicurata dalla disciplina prevista per i c.d. legittimari.

¹⁹ In mancanza di altri successibili l'eredità è devoluta allo Stato.

quale strumento di « trasmissione di ricchezza fra generazioni»²⁰, in modo da proteggere e garantire la continuità del diritto di proprietà. Il legame inscindibile fra questi due istituti è sì forte, al punto da essere trattati in unico contesto dall'art 42 della Costituzione²¹, il quale da un lato garantisce e tutela il diritto di proprietà, mentre dall'altro ne permette la trasmissione per causa di morte. È in questo senso che assume rilievo la lettera della norma di cui all'art 922 cod. civ. che annovera fra i modi di acquisto (a titolo derivativo) della proprietà la vicenda successoria, strumento atto alla adeguata risoluzione dei problemi relativi alla sorte dei beni che appartengono ad un soggetto defunto.

3. La successione *mortis causa* fra eredità e legato.

Come si sosteneva in via preliminare, il fenomeno successorio si distingue dal trasferimento in senso tecnico, in quanto soltanto il primo permette di succedere *per universitatem*, ossia di subentrare in una pluralità unificata di rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo al *de cuius*. È in questo specifico senso che, nell'impossibilità di supporre la sussistenza di una successione universale fra vivi²², si giustifica la

²⁰ A. TORRENTE -P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1306 ss.

²¹ Art 42 Cost.: «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. [...]» (comma 2) «La legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sull'eredità» (comma 4).

²² Ciononostante in passato, la giurisprudenza ha ricostruito la fusione tra società come fenomeno di successione a titolo universale fra vivi. Cfr. Cass. 29 ottobre 2007, n. 22658, in CED Cassazione, Rv. 599725 – 01, secondo la quale: «La fusione per incorporazione di società realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa* e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati, mentre non si verifica alcun mutamento nella titolarità dei preesistenti rapporti giuridici della incorporante, anche se successivamente alla fusione essa abbia mutato la propria denominazione, ciò costituendo mera modifica dell'atto costitutivo, che non determina l'estinzione

distinzione fra successione a titolo universale e a titolo particolare nel solo ambito della successione *mortis causa*. La successione per causa di morte, con esclusivo riguardo alla vocazione testamentaria, può essere quindi devoluta a titolo universale o a titolo particolare²³. Nel primo caso si suole parlare di eredità²⁴, per il cui tramite un soggetto, assumendo il titolo di erede, succede *in universum ius defuncti*, ossia nell'universalità o in una quota ideale dei rapporti giuridici trasmissibili²⁵ facenti capo al *de cuius*. Nel secondo caso, invece, si

dell'ente e la nascita di un nuovo e diverso soggetto giuridico». ma tale orientamento può dirsi oggi superato alla luce delle modifiche introdotte, a seguito della riforma del diritto delle società, al disposto dell'art. 2504 bis cod.civ., il quale non utilizza più la precedente espressione «società estinte», oggi sostituita con la formula «società partecipanti alla fusione», al fine di chiarire la collocazione della fusione tra i fenomeni modificativi dell'atto costitutivo della società e non più nell'ambito dei fenomeni di successione universale (cfr., per tutte, Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Società*, 2006, 4, 459, con nota di GAETA, La fusione per incorporazione non è vicenda interruttiva del processo, secondo la quale: «Ai sensi del nuovo art. 2505 bis c.c., la fusione tra due società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca della società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo»).

²³In questo senso va letto il 1° comma dell'art. 588 cod.civ, che, con riferimento alle disposizioni testamentarie (ma il principio è di carattere generale), statuisce: «le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario».

²⁴ L'opinione tradizionale è nel senso di ritenere l'eredità come una universalità di diritto perché la sua unità oggettiva esiste ed è opera della legge, anche se è diversa la natura delle singole cose e manca fra i vari elementi che la compongono un collegamento dovuto all'assolvimento di una determinata funzione. Di questo avviso N. COVIELLO, *Delle successioni: parte generale* / Nicola Coviello; interamente rifatta dal Prof. Leonardo Coviello, Napoli, 1935, 3 ss.; F.MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, cit., 19 ss.; F.SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 85; P.RESCIGNO *Manuale di diritto privato*, cit., 486; G.GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, Torino, p. 30 ss.

²⁵ L'acquisto della qualità di erede non è necessariamente collegato con l'esistenza di attività nell'asse ereditario, tanto che l'istituzione di erede è valida anche in caso di eredità del tutto passiva (c.d. *dammosa hereditas*); cfr., ad esempio, Cass., 14 marzo 1974, n. 712. Cfr. sul punto anche A.MAGNANI, *La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali,ideali. Conseguenze ed applicazioni*, in *Riv. not.*, 1998, 1048.

discorre di legato, mediante il quale il testatore designa l'attribuzione ad un soggetto, il legatario, di singoli e determinati diritti, espressamente individuati, di modo che il successore possa subentrare nello specifico rapporto indicato dal *de cuius*; in una parola la successione a titolo particolare opera *in singulas res*. È con questo spirito di distinzione che occorre guardare ai due istituti, posti in correlazione fra loro in quanto entrambi titolo di acquisto di diritti a causa di morte. In prima maniera bisogna riportare che il primo e fondamentale elemento di diversità fra i due attiene alla particolare circostanza in funzione di cui si diventa erede o legatario. Stante la lettera della norma di cui all'articolo 649 del cod. civ., la differente posizione del legatario, rispetto a quella di erede - che necessita, per essere tale, della previa accettazione dell'eredità²⁶- si rileva dal fatto che il legato si acquista in via automatica e «senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare». Questa divisione di carattere concettuale finisce inevitabilmente per produrre effetti di non poco momento in ordine al diverso regime della responsabilità patrimoniale, dunque circa l'adempimento dei debiti e dei pesi ereditari. A ciò rileva che l'erede, successore universale del *de cuius*, risponde proporzionalmente alla propria quota dei debiti gravanti sul patrimonio ereditario, mentre il legatario, essendo chiamato a conseguire un beneficio limitato ad una particolare attribuzione e atteso che non subentrerà nella personalità giuridica del defunto, non è tenuto a rispondere dei debiti da lui contratti, ferma la possibilità per il testatore

²⁶L'ordinamento contempla la vigenza di un principio di acquisto dell'eredità sottoposto ad accettazione, con cui il delato, volontariamente e scientemente, aderisce all'offerta ereditaria, divenendo erede con effetto a retroagire fino alla data di apertura della successione. Cfr art 459 cod. civ. che riporta: «L'eredità si acquista con l'accettazione. L'effetto dell'accettazione risale al momento nel quale si è aperta la successione.»

di disporre che il legatario sia gravato dall'adempimento di oneri²⁷. Al di là di ciò, non è in termini quantitativi che si deve elaborare la distinzione fra eredità e legato, ma piuttosto, per coglierne *in nuce* la portata, bisogna volgere lo sguardo ad aspetti qualitativi, alla funzione, cioè, che i due istituti sono chiamati ad assolvere e alle diverse esigenze a cui rispondono. L'istituzione di erede, come visto, rispondendo a esigenze politiche, soddisfa l'interesse generale a che «qualcuno provveda alla sistemazione dei rapporti giuridici che non si estinguono con la morte del primitivo titolare»²⁸, ecco che invece il legato deve essere letto in un'ottica satisfattiva di un'esigenza soggettiva del *de cuius*, che si concreta nell'intenzione, risultante da testamento, di attribuire una utilità al legatario con produzione di effetti *post mortem*.

4. La successione testamentaria e la successione legittima come diversi modi di devolvere il patrimonio ereditario.

Fermo quanto sostenuto, occorre ai fini della trattazione soffermare l'attenzione sulle diverse modalità di devoluzione del patrimonio ereditario riconosciute all'interno del nostro ordinamento. V'è anzitutto da rilevare che il nostro sistema in tema di successioni è inteso a dare protezione a diversi interessi e tiene conto delle legittime aspettative dei soggetti variamente coinvolti nella vicenda successoria. Ne risulta così una struttura complessa, frutto di un inevitabile compromesso fra diverse esigenze, ove l'interesse di destinare autonomamente e a propria discrezione il complesso dei rapporti costituiti in vita va necessariamente temperato con il «principio della successione familiare»²⁹, volto a tutelare la posizione di quanti siano legati al *de*

²⁷Rileva però in questo senso la portata applicativa dell'art 671 cod. civ, che limita la responsabilità del legatario «entro i limiti del valore della cosa legata». Cfr G.BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 325.

²⁸ L'espressione si trova in G.BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p.10

²⁹Così G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 38 ss.

cuius da un forte vincolo di parentela. È proprio ponendoci in questa prospettiva che ben si può comprendere la lettera della norma risultante dall'art. 457 cod. civ.³⁰, il cui contenuto postula, per espresso, che il nostro ordinamento contempla due tipologie di successione, quella legittima e quella testamentaria, mentre, in implicito, esclude che la devoluzione ereditaria possa essere sorretta dalla stipulazione di un contratto³¹. Ciò che non dice il 457 cod. civ., viene espresso con chiarezza dall'art 458 cod. civ.³², il quale, in una prospettiva costituzionalmente orientata³³, data la portata del già citato art. 42 Cost. – che individua la legge ed il testamento quali uniche fonti regolamentatrici della devoluzione ereditaria³⁴ –, appalesa lo sprezzo con cui il legislatore guarda all'ipotesi di qualsivoglia tipologia di delazione contrattuale o pattizia. In un sistema come quello italiano, proteso a tutelare anzitutto l'autonomia privata, appare evidente la centralità del testamento, strumento attraverso cui il titolare di un patrimonio può disporre «per il tempo in cui avrà cessato di vivere»³⁵, e, di conseguenza, risulterebbe che la regolazione testamentaria del

³⁰ “L'eredità si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria. Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari.”

³¹ Si scongiura la possibilità di stipulare un negozio fra vivi ma a causa di morte, volto a disciplinare la destinazione delle proprie sostanze dopo la morte. cfr A.TORRENTE-P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p.1314.

³² “Divieto di patti successori”: “Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.”

³³ G. IACCARINO, *I patti successori*, in *Le successioni, Manuale notarile*, a cura di Tagliaferri-Preite-Carbone, Milano, 2016, p.31.

³⁴ Rileva in dottrina l'opinione di taluno che, ciononostante, ritiene che «la previsione costituzionale non impone il testamento come il solo atto di autonomia negoziale consentito per regolare la vicenda dei rapporti della persona al di là della morte». Cfr P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita notarile*, 1993, 3, 128.

³⁵ V. art 587 cod. civ.: “Testamento”.

fenomeno successorio sia destinata a prevalere sulla successione legittima, potendo questa intervenire solo in caso di carenza, incompletezza o invalidità del testamento³⁶. Ciò compreso, la devoluzione del patrimonio ereditario dovrebbe essere anzitutto e prioritariamente lasciata alla libera volontà dell'eredando, e poi, eventualmente, laddove manchi, in tutto o in parte, la delazione testamentaria; vuoi perché il *de cuius* non abbia disposto dei suoi beni per testamento; vuoi perché, pur essendovi testamento, questo sia nullo o annullabile; o ancora il testatore abbia disposto di quote inferiori all'unità - restando intestata parte della successione- ovvero in caso di rinuncia, indegnità³⁷ o incapacità a succedere³⁸ dell'erede testamentario, è la legge che provvede a dettare i criteri per la devoluzione del patrimonio relitto³⁹. Beninteso, il sistema della successione legittima risulta essere fondamentale non solo nell'ottica di garantire, necessariamente e in ogni caso, che taluno subentri nella personalità del *de cuius*, ma ha rilievo anche in termini di tutela del preminente interesse della famiglia, per cui va letto nella «opportunità di dare rilevanza al dato obbiettivo del vincolo familiare, intercorrente fra i successibili *ex lege* e il loro dante causa». ⁴⁰ Con ciò, atteso che la sola

³⁶ Così si spiega l'espressione «successione ab intestato», sovente in uso per designare la successione legittima. Cfr G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p.237.

³⁷ L'indegnità è una causa di rimozione dall'eredità che opera nei confronti di una persona ritenuta non meritevole di succedere ad altra in virtù della tenuta di una condotta riprovevole. Per dottrina prevalente è una sanzione civile con fondamento pubblicistico, in quanto è socialmente ingiusto l'ottenimento di un vantaggio patrimoniale ai danni del *de cuius*, soggetto passivo di un fatto illecito. In questo senso cfr A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., 52 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 166. Inoltre vedi Libro Secondo, Tit I, Capo III, artt. 463-466 cod. civ.

³⁸ L'incapacità di succedere rileva come l'inattitudine a subentrare nella titolarità dei rapporti di cui era titolare il *de cuius*. È nella sostanza espressione della capacità giuridica. Cfr U. SALVESTRONI, *Della capacità di succedere. Dell'indegnità*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Businelli, cit. 59 ss. Inoltre vedi art 462 cod. civ.

³⁹ G. TAMBURRINO, voce *Successione legittima*, in *Enc. Dir.* XLIII, Milano, 1990, pp. 1348 ss.

⁴⁰ L'espressione si trova in G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p.240.

volontà del testatore non può sostituirsi alla legge nella regolazione del fenomeno successorio per quel che concerne la sua origine ed il suo corso, non si può sostenere la totale superfluità della successione intestata rispetto a quella testamentaria, piuttosto rileva fra loro un rapporto di necessaria complementarità⁴¹.

4.1 Le diverse categorie di successibili per legge.

La logica della successione intestata è dunque quella di sintetizzare esigenze di natura politica e di soddisfazione dei primari valori familiari. L'ordinamento, nel far ciò, provvede a individuare talune categorie di soggetti, definiti come successibili, destinati *ex lege* a succedere al defunto in virtù di un principio graduale, benché posti nel possesso di un titolo ereditario, che può ben consistere nella sussistenza di una particolare relazione familiare o coniugale con il *de cuius*, o, in difetto, in un vincolo di appartenenza allo Stato. A concretizzare formalmente l'individuazione dei successibili per legge è la disposizione contenuta a norma dell'art. 565 cod. civ.⁴², il cui tenore letterale, oggi, dopo diverse pronunce della Corte Costituzionale⁴³ e necessari interventi del legislatore in adeguamento alla mutata realtà sociale - con particolare riguardo alla posizione dei figli e dell'unito

⁴¹ Questo carattere complementare esclude la vigenza del principio espresso dal brocardo: «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*».

⁴² L'articolo, rubricato "Categorie dei successibili", riporta: "Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti, agli ascendenti, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo."

⁴³ In particolare vedi C. Cost. 4 luglio 1979, n. 55, con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 565 cod. civ. "nella parte in cui esclude dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili, e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati". Inoltre cfr C. Cost. 12 aprile 1990 n. 184, con cui si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 565 cod. civ. nella parte in cui, in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali, dei quali sia legalmente accertato il rispettivo status di filiazione nei confronti del comune genitore".

civilmente⁴⁴ - designa come soggetti aventi diritto alla successione legittima il coniuge (al quale è equiparata la parte superstite dell'unione civile), i discendenti, gli ascendenti, i collaterali, gli altri parenti entro il sesto grado e, *in extremis*, lo Stato. A rigore di logica risulta che lo schema della successione *ab intestato* preveda la suddivisione in tre classi dei soggetti chiamati all'eredità: *in primis* il coniuge, a seguire i parenti e, in assenza di questi, quale successore di ultima istanza, lo Stato⁴⁵. Le suddette categorie trovano un motivo di differenziazione in ordine alla natura "prevalente" o "concorrente" della pretesa successoria che i successibili possano vantare nei riguardi del *de cuius*. In effetti una categoria sarà "prevalente", allorché la chiamata dei successibili dell'una esclude la chiamata dei successibili dell'altra (*rectius*: la delazione in favore dei chiamati appartenenti alla categoria successiva opera solo nel caso in cui i chiamati della categoria prevalente non abbiano accettato l'eredità), mentre sarà "concorrente" nel caso in cui i successibili di una categoria siano chiamati unitamente ai successibili dell'altra⁴⁶. Va riportato, inoltre, che all'interno delle singole categorie si segue un principio che opera nel senso di dividere i successibili in "ordini" o "gradi successivi". Siffatto principio risulta

⁴⁴ In questo senso, per i figli, va vista la riforma della filiazione attuata con L. 10 dicembre 2012, n.219 e il D.Lgs 28 dicembre 2013, n.154, con cui si introduce il principio della unicità dello stato di figlio. Prima della riforma della filiazione, la dottrina classificava i successibili *ex lege* sulla base di un sistema basato su un *discrimen* tra parentela, derivante dall'appartenenza ad una famiglia fondata sul matrimonio, e consanguineità. Cfr. L. MENGONI *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*. 6. ed. aggiornata. Milano, 1999, p. 39 ss.;

G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, p. 490 ss. Ai sensi dell'art. 74 cod. civ., così come riformulato a seguito del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, entrando i consanguinei a pieno titolo nella classe dei parenti, tale classificazione diventa inutile. Per l'unito civilmente cfr L. 20 maggio 2016, n. 76.

⁴⁵ Quella dello Stato viene in rilievo come una successione "*sui generis*", in quanto operante senza necessità di accettazione e automaticamente col beneficio dell'inventario, di modo che lo Stato risponda dei debiti ereditari nei limiti di quanto ricevuto. Sul punto Cfr. G. TAMBURRINO, voce *Successione legittima*, cit., p. 1337.

⁴⁶M.C BIANCA., *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 4a ed., Milano, 2005, 715

dalla commistione di due sistemi, quello graduale e quello lineare⁴⁷, per cui si suole intenderlo come principio graduale cd. misto⁴⁸ e si concreta nella particolare situazione per cui la presenza di parenti appartenenti ad un grado prossimo esclude dalla successione quelli appartenenti a quello più remoto, ferma per loro la possibilità di subentrare per delazione indiretta, quindi di succedere per rappresentazione ex art 467 cod. civ.⁴⁹

5. La disciplina successoria dei legittimari quale limite alla libera disponibilità del testatore.

Come si è testé avuto modo di osservare, il nostro ordinamento prevede che la libertà testamentaria, quale espressione dell'autonomia privata, costituisca un caposaldo dell'intero sistema in ambito successorio, cionondimeno, data la necessità di bilanciare questa esigenza con l'interesse di quanti siano legati al *de cuius* da particolari e pregnanti vincoli familiari, l'intento liberale non può operare quale unico e incontrastato principio ispiratore della materia. La legge risponde all'esigenza di dare protezione al preminente interesse della famiglia, e

⁴⁷ Rileva infatti che al sistema di tipo lineare (latino), si contrappone quello graduale (germanico), Il primo sistema privilegia, nell'ordine, la linea discendente, la linea ascendente e la linea collaterale; la prima, cioè, esclude la seconda, la seconda esclude la terza e così via.

Il secondo sistema può sintetizzarsi in questa espressione: il parente prossimo esclude il remoto. Il nostro codice ha accolto un sistema misto; la regola è data dal sistema lineare che indica «la graduatoria» degli ordini successori (prima discendenti, poi ascendenti, poi collaterali), ma nell'ambito di ciascun ordine la preferenza è regolata dal principio del grado (il parente prossimo esclude il remoto).

⁴⁸ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 618.

⁴⁹ La lettera della norma è chiara: “La rappresentazione fa subentrare i discendenti nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato. Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituito non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale”. L'istituto opera per il caso in cui il chiamato a succedere non possa o non voglia venire alla successione, nel qual caso, i discendenti subentreranno, quali rappresentanti previsti da legge, di modo che la successione possa comunque aver luogo. Sul punto cfr. C.NICOLÒ, *La rappresentazione*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. FAVA, Milano, 2017, p 706 ss.

più segnatamente a taluni e intensi rapporti che in essa vengono a costituirsi, mediante l'individuazione di una cerchia ristretta di soggetti che, laddove presenti, devono inevitabilmente succedere al *de cuius*, ponendo così un limite al principio della libertà testamentaria. Del resto, si è visto come il nostro ordinamento guardi con particolare interesse alla salvaguardia della famiglia già nell'ambito della successione legittima, il cui sistema, in assenza di devoluzione testamentaria o laddove il testatore abbia disposto delle proprie sostanze solo parzialmente, opera in modo da trasmettere l'eredità a talune categorie di soggetti individuati fra i familiari del *de cuius*. Ciò di per sé, pur essendo fondamentale in un'ottica di valorizzazione dei vincoli di parentela, non è sufficiente ad assicurare piena soddisfazione al principio del solidarismo familiare in ambito successorio⁵⁰, atteso che la successione *ab intestato* ha quale obiettivo quello di integrare la volontà testamentaria, non di porvi un limite. È in questo contesto e per queste finalità solidaristiche⁵¹ che si consacra l'istituto della legittima⁵², diretto alla tutela di talune categorie di successibili, designati quali «eredi necessari» o «legittimari», ai quali, all'apertura della successione, va necessariamente riservata una quota-parte del patrimonio ereditario, indipendentemente dal fatto che la devoluzione sia avvenuta per legge o per testamento, finanche qualora il *de cuius* abbia manifestato volontà contraria. La legge pertanto riconosce ai legittimari, garantendoli, la titolarità di un diritto legale successorio, qualificato come diritto di legittima, che si struttura in modo da

⁵⁰Così G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit, p. 38 ss.

⁵¹ Per completezza Cfr. L. FERRI, *Dei legittimari*, artt 536- 564, cit, pp.3 ss; M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 2003, pp 27-30.

⁵² Nel linguaggio giuridico per esprimere quanto compete ai legittimari si fa uso del termine «riserva», che evoca l'idea di un *quid* minimo che in ogni caso va loro assicurato. Cfr G.BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 156.

assicurare loro, in via successoria, una quota della massa ereditaria, riunita fittiziamente secondo il disposto di cui all'art. 556 cod. civ.⁵³, e costituita dal complesso dei beni del patrimonio relitto e da quanto donato in vita dal *de cuius*. Ciò vale in prima maniera ad esprimere che l'asse ereditario, ove sussistano legittimari, necessita di essere scomposto in una quota liberamente devolvibile dal *de cuius* (c.d. "quota disponibile"), mediante atti di liberalità o con attribuzioni *mortis causa*, ed in una quota riservata ai legittimari (c.d. "quota di legittima" o "quota di riserva"), la quale non potrà essere intaccata dalle disposizioni del testatore. Di qui, e atteso che «il diritto alla legittima non può essere in alcun modo sacrificato dal testatore»⁵⁴, risulta il principio di intangibilità della quota di riserva, che trova conferma nel diritto positivo all'interno del combinato disposto risultante dal comma terzo dell'art 457 cod. civ. - che stabilisce: «le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari» - e dalla portata dell'art 549 cod. civ. che vieta al testatore di «imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari». A ciò va ravvisato che l'intangibilità può essere generalmente intesa in senso quantitativo (nel qual caso si vuole esprimere il concetto che il legittimario ha diritto a conseguire solo un valore, pari alla quota di diritto lui spettante) o in

⁵³ «Per determinare l'ammontare della quota di cui il testatore poteva disporre si forma una massa di tutti i beni che appartenevano al defunto al tempo della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate negli articoli da 747 a 750, e sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto poteva disporre». Cfr. L.MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 175 ss, il quale osserva che, a dispetto della sua rubrica ("Determinazione della porzione disponibile"), in realtà l'art. 556 individua le operazioni necessarie per stabilire quale sia non già la disponibile, bensì la quota di legittima, definibile, in sintesi, come una quota di eredità determinata con riguardo al valore di una porzione del patrimonio complessivo netto del *de cuius*; una volta calcolata la legittima, è possibile poi ricavare indirettamente il valore della quota disponibile.

⁵⁴ G. CAPOZZI, *Successione e donazioni*, cit, p. 467.

senso qualitativo (nel qual altro caso ci si riferisce al diritto spettante a ciascun legittimario di pretendere che la sua quota sia formata in natura⁵⁵). Orbene va tenuta preliminarmente in considerazione questa distinzione per comprendere come il nostro ordinamento aderisca al principio di intangibilità della quota di riserva in senso quantitativo. In effetti, in considerazione degli artt. 588 cod. civ e 734 cod. civ e di quanto sostenuto da una certa giurisprudenza di legittimità⁵⁶, si permette al testatore di comporre le quote destinate ai successori con beni liberamente scelti fra quelli costituenti l'asse ereditario, purché osservate le proporzioni stabilite dalla legge. In conseguenza di quanto detto, il diritto di legittima non viene in rilievo come pretesa che il legittimario possa vantare su beni determinati, piuttosto quale diritto a una quota di valore sulla massa ereditaria, costituita dal patrimonio ereditario e dai beni oggetto di donazione e che spiega i suoi effetti attribuendo al legittimario il potere di acquistare, in via diretta o mediante azione giudiziaria, beni ereditari e donati fino a concorrenza del valore della legittima. Di qui risulta evidentemente come la disciplina tracciata dal legislatore in ordine alla successione dei legittimari, spesso identificata con l'espressione poco tecnica "successione necessaria", svolga la specifica funzione di correggere e limitare il potere di disposizione del testatore, tanto mediante gli atti di liberalità compiuti in vita, quanto per il tramite del testamento⁵⁷.

⁵⁵ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit, pp. 467 ss.; N. VIRGILIO, *Il principio di intangibilità della quota riservata ai legittimari*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. FAVA, 2017, pp. 832 ss.

⁵⁶ Le disposizioni dalla rubrica: "Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare" e "Divisione fatta dal testatore" ammettono che la quota di riserva possa essere composta, nel rispetto delle quote ripartite dalla legge, con beni ereditari di qualsiasi tipo. Conformemente in giurisprudenza vedi Cass. 12 settembre 2002, n 13310 ove «il principio di intangibilità della legittima va inteso solo in senso quantitativo, non anche qualitativo, potendo il testatore soddisfare le ragioni dei legittimari con beni di varia natura, purché compresi nell'asse ereditario».

⁵⁷ Cfr. A. PALAZZO- A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1. Categorie e specie della successione, Torino, 2012, p.519.

La materia viene trattata dal codice civile nell'ambito del Libro secondo, Titolo I, Capo X , ove, identificando nel coniuge (cui si equipara la parte superstite dell'unione civile), nei discendenti e, in loro assenza, negli ascendenti, «le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione»⁵⁸, si provvede, in unico contesto, da un lato ad assicurare ai legittimari il conseguimento di un utile minimo dalla successione di un proprio congiunto e, dall'altro, letto il già citato art. 457 cod. civ. ult. cpv.⁵⁹, si impone un limite all'autonomia testamentaria, lasciando intendere la sussistenza di una prevalenza dei diritti dei legittimari sopra qualsiasi contraria disposizione del testatore⁶⁰. A ben vedere però va avvertito che una disposizione testamentaria eccedente la quota disponibile non sarà tecnicamente invalida, fermo che «i diritti dei legittimari non esprimono un principio cardine del sistema successorio italiano, e la sanzione per la loro violazione non può essere individuata nella nullità»⁶¹, ma, invero, ad una siffatta lesione si correla, quale effetto, la legittimazione ad agire in riduzione per i riservatari⁶². L'invalidità delle

⁵⁸ Vedi art. 536 cod. civ. dalla rubrica "Legittimari": "Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli, gli ascendenti. Ai figli sono equiparati gli adottivi. A favore dei discendenti dei figli, i quali vengono alla successione in luogo di questi, la legge riserva gli stessi diritti che sono riservati ai figli.

⁵⁹ "Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari".

⁶⁰ Dell'avviso è ampia dottrina. Cfr L. GENGHINI-C. CARBONE, *La successione per causa di morte*, cit., p. 514. C. M. BIANCA, *Diritto civile II, La famiglia. Le successioni*, cit.

⁶¹ Così A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*. Milano, 2018, p. 12. Inoltre sul punto si è espressa la Cassazione, stabilendo che le norme relative all'intangibilità della legittima, non ponendo il divieto assoluto dell'atto lesivo ma comminandone l'inefficacia nei confronti del soggetto tutelato ove questi intenda avvalersene, non rientrano nella categoria delle norme imperative inderogabili, la cui violazione rende illecito il negozio. Cfr, Cass. 30 luglio 2002, n. 11286.

⁶² Cfr. M. DOSSETTI, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni* a cura di G. Bonilini, *III Successione legittima*,

single disposizioni lesive dei diritti dei legittimari è pertanto sottoposta al previo e vittorioso esperimento di una specifica azione giudiziale, tesa a rendere improduttive di effetti le singole determinazioni che hanno leso la quota di riserva o l'hanno totalmente obliterata⁶³.

5.1 La natura giuridica della c.d. “successione necessaria”.

In ordine al fenomeno in questione merita di riportarsi l'ampio dibattito animatosi in dottrina al fine di enucleare una natura giuridica della successione necessaria, in funzione delle sue peculiari e uniche caratteristiche. In questo senso una prima (e ormai carente) impostazione⁶⁴ era nel senso di ritenere le disposizioni di cui agli artt.536 cod. civ. ss. come istitutive di un *tertium genus* di successione, ulteriore rispetto a quella legittima e a quella testamentaria, connotato da profili di diversità di fondamento e titolo costitutivo. È però pacifico oggi intendere la successione necessaria non come un terzo tipo di successione, quanto piuttosto quale strumento di tutela operante a favore di soggetti indicati espressamente dalla legge e che accede sia alla successione intestata che a quella testamentaria⁶⁵. Qualcuno⁶⁶, in maniera poco soddisfacente a dire il vero, ha tentato di ricondurre la successione necessaria a mera successione a titolo particolare,

Milano 2009, p.19, ed anche L. MENGONI *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 76.

⁶³ L. GENGHINI- C. CARBONE, *La successione per causa di morte* cit, 680 ss.

⁶⁴Sul punto Cfr. R. CASULLI, *Successioni (Diritto Civile): Successione necessaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, 1971, p. 786 ss.; GROSSO-BURDESE, *Le Successioni, Parte Generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, XII, t. 1, Torino, 1977, 85 ss.

⁶⁵ Sul punto meritevole di interesse è un intervento della Cassazione del 2017, che è nel senso di affermare un possibile coesistenza fra successione necessaria e successione intestata, ogni qual volta il testatore non abbia disposto della totalità dei suoi beni, o allorquando abbia disposto delle sue sostanze per testamento ma solo con attribuzioni a titolo di legato. Vedi Cass. n. 15239 del 20 giugno 2017.

⁶⁶ La tesi è sostenuta da G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli 1990, 261; oltre che da L. FERRI, *Dei legittimari*, cit, 7.

argomentando sul fatto che la quota di riserva sarebbe esclusivamente attiva, quindi *pars bonorum* epurata da debiti e atteso che il legittimario beneficerebbe di una attribuzione a titolo di legato, avente per oggetto un utile netto. Piuttosto e più correttamente la dottrina prevalente⁶⁷, assistita da una giurisprudenza della Cassazione⁶⁸, nella vigenza del cennato 457 comma primo cod. civ, ha inteso la successione dei legittimari quale *species* appartenente al *genus* della successione legittima. In buona sostanza, data l'identità di titolo costitutivo e di *ratio*, i sostenitori di detta teoria ravvisano la necessità di inglobare la "successione necessaria" nell'ambito della successione intestata, fermo che la prima, ben potendo operare contro la volontà del testatore, viene in rilievo come una particolare ipotesi di «successione legittima potenziata»⁶⁹. V'è da dire, inoltre, che la successione necessaria, nella sua essenza e riguardando solo una quota dell'asse ereditario, può operare come successione solo parziale⁷⁰, attivabile in tanto in quanto il legittimario abbia eccitato azione di riduzione, diretta alla declaratoria di inefficacia delle disposizioni lesive della legittima.

5.2 La posizione dei legittimari.

Come ampiamente sostenuto, nella vigenza del già citato art 536 cod. civ, la legge garantisce al coniuge (a questi si equipara, come meglio si dirà, la parte superstite dell'unione civile), ai discendenti (per l'effetto della legge 10 dicembre 2012, n. 219 non vi è più distinzione fra figli

⁶⁷ L. BARASSI, *Le successioni a causa di morte, Parte generale*, cit., 37; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni a causa di morte*, cit., 168; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Firenze, 1941, 266; A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., 212; G. TAMBURRINO, *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1352 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 44.

⁶⁸Cfr. per tutte Cass., 9 gennaio 1967, n. 92.

⁶⁹A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., 218.

⁷⁰ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit.

nati in costanza di matrimonio e figli nati al di fuori di esso), e, in assenza di questi ultimi, agli ascendenti, una forma di tutela privilegiata, essendo loro riservata una quota di eredità, calcolata sulla base del patrimonio e che varia in considerazione della categoria del legittimario, del numero dei riservatari in essa presenti e del concorso con gli altri. Orbene è il caso di riportare che, con riguardo alla posizione giuridica rivestita dai legittimari e, segnatamente con riferimento al momento in cui questi acquistino la qualità di erede, si è dibattuta a lungo la dottrina. Va di certo disattesa l'opinione di chi ravvisi nel legittimario un mero successore a titolo particolare, in specie un legatario *ex lege*, sostenendo che la legittima null'altro è che una *pars bonorum*⁷¹. Questa tesi presta il fianco a diverse critiche⁷², anzitutto si pone in termini contraddittori verso l'evoluzione storica della disciplina della legittima e poi, più nel merito, confligge sia con la natura di impugnativa negoziale dell'azione di riduzione⁷³, sia con la norma di cui al 551 cod. civ., ove riportato che se il legittimario non preferisce ritenere il legato «in sostituzione di legittima» e agire in riduzione, egli acquista la qualità di erede. Alla luce di ciò, il legittimario è indiscutibilmente erede, ma, come si diceva, è in ordine al particolare momento in cui si acquista tale qualifica che si sono aperti vari dibattiti. A ciò si fa avanti in maniera prevalente, sia in dottrina che

⁷¹ la tesi si basa soprattutto sull'art. 556 che, nel determinare la porzione disponibile si riferisce ad una quota di utile netto. In particolare, la legittima è un legato che attribuisce al legittimario un diritto reale a carico dei beneficiari di liberalità effettuate dal *de cuius* in maniera eccessiva. In questo senso cfr. L.FERRI, *Dei legittimari*, cit., 9 ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 228.

⁷² Cfr. in particolare L.MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 61-

⁷³ A ciò vedi art. 2652 cod. civ: "Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione. Effetti delle relative trascrizioni rispetto ai terzi" ove "Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'articolo 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti [...] 8) le domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per lesioni di legittima [...]."

in giurisprudenza, una impostazione secondo cui l'acquisto della qualità di erede non opera sin dall'apertura della successione, quindi *ipso iure*, come pur autorevolmente sostiene qualcuno⁷⁴, quanto piuttosto risulta sotteso al previo e vittorioso esperimento di un'azione di riduzione. Questa particolare e preferibile impostazione trova suo fondamento oltre che nel citato art. 536 cod. civ. anche sulla scorta della vigenza dell'art. 551, 2° comma cod. civ., in virtù di cui il legatario in sostituzione di legittima, avendo preferito conseguire il legato, non può acquistare la qualità di erede. Inoltre i sostenitori di detta teoria attribuiscono all'azione di riduzione natura costitutiva, in quanto qualora il testatore abbia disposto «a favore di altri soggetti, ledendo i diritti del legittimario, queste disposizioni, fino al momento in cui non saranno ridotte, conserveranno la loro efficacia, escludendo così che il legittimario sia, *medio tempore*, titolare della quota di eredità che gli spetta per legge»⁷⁵. Una dottrina ha oltremodo ampliato la portata applicativa di questa impostazione, precisando che nei riguardi dei legittimari «non opera alcuna delazione, in quanto essa è impedita dalla disposizione lesiva, non potendovi essere due delazioni diverse ed incompatibili in ordine agli stessi beni»⁷⁶.

⁷⁴ Sulla scorta di una teoria di matrice francese incentrata sulla distinzione fra quota ereditaria e quota di riserva, il legittimario assumerebbe legittimazione a esercitare azione di riduzione in funzione del vincolo di sangue che lo lega al *de cuius* e in quanto suo erede, pertanto l'acquisto della qualifica di erede discenderebbe sin dall'apertura della successione. Sul punto consulta L. GENGHINI-C.CARBONE, *La successione per causa di morte*, cit, pp. 515ss; L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p.7

⁷⁵ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit, p. 398; Cfr. inoltre L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, cit., 43 ss. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile* diretto da D'Amelio- Finzi, *Libro II. Delle successioni*, Firenze, 1941, 272; CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, II, Napoli, 1956, 176; in giurisprudenza cfr. per tutte, Cass. 9 ottobre 1971 n. 2788; Cass. 10 novembre 1971 n. 3177; Cass. 12 marzo 1975 n. 926; Cass. 22 ottobre 1988 n. 5731; Cass. 6 agosto 1990 n. 7899; Cass. 4 aprile 1992 n. 4140; Cass. 9 dicembre 1995 n. 12632.

⁷⁶ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit, p.399. La teoria è sostenuta da A. PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 5 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, cit., 57 ss.

5.3 Critiche al sistema della successione necessaria: necessità di riforma e prospettive di abrogazione.

Quanto detto serve a mettere in luce come nel nostro ordinamento sia sempre stata cogente la necessità di dare tutela al preminente interesse della famiglia e che ciò giustifichi l'istituto della legittima, permettendo una riduzione dell'autonomia testamentaria. Va però segnalato, destando particolare interesse, che anche nella nostra esperienza giuridica non sono mancate critiche da diversa dottrina in ordine al sistema dei diritti dei legittimari⁷⁷. Queste istanze, argomentando circa la natura ormai arcaica della "successione necessaria", sono state portate in campo con il dichiarato intento di riconsegnare al testatore la piena disponibilità del suo complesso patrimoniale ed hanno condotto addirittura alla discussione di due progetti di legge intesi ad abrogare l'intero assetto della successione dei legittimari (27 settembre 2006 n 1043, 17 giugno 2008 n 576). È in questa logica che si devono intendere diverse previsioni legislative, anche in adeguamento alle indicazioni del legislatore europeo⁷⁸. Merita rilevare l'introduzione dell'opposizione alla donazione, oggetto di disciplina dell'art 563 cod. civ⁷⁹, il cui tenore

⁷⁷ Sul punto, per completezza G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. Not.* 2007, pp.803 ss; inoltre S. DALLE MONACHE, *Abrogazione della successione necessaria?*, in DONATI GRARILLI MAZZARESE SASSI, *Diritto privato. Studi in onore di A. Palazzo*, 2, Torino, 2009, pp 237 e ss.; G. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito nei novellati artt. 561 e 563)*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, pp 3 ss.

⁷⁸ Sul punto vedi Reg U.E 650/2012 che disciplina il patto successorio, inteso quale accordo svolgente un ruolo importante nella regolazione degli assetti e degli interessi derivanti dall'apertura della successione, in contrasto con divieto ex 458 cod. civ. In particolare si definisce il patto successorio come l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo. Per completezza cfr. V. PUTORTÌ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento U.E 650/2012*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, III, pp. 845 ss.

⁷⁹ Cfr. l'art 565 cod. civ. dalla rubrica: "Azione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione".

letterale è stato modificato per l'effetto della legge 14 maggio 2005, n. 80, nell'intento di agevolare gli acquisti e la circolazione dei beni provenienti da donazione. Sul punto, poi, risulta fondamentale fare un cenno, seppur brevemente, alla disciplina predisposta dal codice a norma degli artt.768-bis ss circa il Patto di famiglia, introdotto per l'effetto della legge 16 febbraio 2006 n 55., al fine di «contemperare l'esigenza della circolazione della ricchezza e quella della salvaguardia dei legittimari»⁸⁰. Si tratta nella sua essenza di un contratto attraverso cui un soggetto disponente - ritenendo che alla sua morte si frammenti la sua impresa- trasferisce, in tutto o in parte, la sua azienda o proprie partecipazioni sociali ad uno o più discendenti. Suo tramite quindi si anticipano, ancor prima della morte di un imprenditore, gli effetti dispositivi e divisorii propri della successione, con il fine di dare continuazione all'attività imprenditoriale.

6. La successione del coniuge superstite.

Le considerazioni tratte dal paragrafo precedente permettono di addivenire alla consapevolezza che il sistema successorio, pur nella preminenza della volontà testamentaria, è teso a dare protezione ai membri del nucleo familiare e ciò si coglie con particolare evidenza per quel che concerne la successione dei legittimari. In particolare è appena il momento di porre l'attenzione sulla posizione di centralità rivestita dal coniuge superstite, da molti qualificato come «il più tutelato tra tutti i chiamati all'eredità»⁸¹. A ben vedere discorrere della particolare tutela

⁸⁰ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit, p.212.

⁸¹ L'espressione si trova in G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit, p. 615. In dottrina si è fatta larga l'idea che il coniuge sia "successore egemone", posto in condizioni di supremazia sia nei confronti degli ascendenti che dei discendenti, "vittime sacrificali" della vicenda successoria. Sul punto cfr. L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p.51; F. G. STOLFI, *sub art. 536*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, V. Padova, Cedam, 1977, pp. 819-824; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, pp. 1012ss.

accordata dal codice civile al coniuge superstite assume rilievo nella prospettiva cui tende questo lavoro - volto a mettere in risalto gli aspetti successori in rilievo nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto - atteso che la logica del legislatore del 2016, come meglio si dirà, è stata quella di estendere all'unito civilmente l'applicabilità delle disposizioni previste dal codice in ordine alle prerogative ed ai diritti successori attribuiti a chi ha contratto matrimonio. Merita rilevare che l'attuale regime successorio posto a tutela del coniuge superstite è il risultato di un processo normativo lungo, segnato inevitabilmente dal carattere elastico e mutevole della famiglia, e che trova proprio momento fondamentale nell'entrata in vigore della L. 19 maggio 1975, n. 151, con cui viene ridisegnato l'intero assetto del diritto di famiglia, anche con riguardo all'ambito successorio. A dire il vero la questione circa la disciplina successoria del coniuge è sempre stata vista con particolare attenzione dal nostro legislatore. Già nella prima Italia post-unitaria, in effetti, si segnala questa tensione nei confronti della parte superstite di un matrimonio, tanto che in tema di diritti successori del coniuge il Codice Pisanelli del 1865 si distacca dal Codice napoleonico⁸², pur essendone profondamente ispirato, attribuendo al vedovo o alla vedova il diritto ad una quota di riserva in usufrutto, ritenuto più «conforme ai doveri morali», e pertanto salutato da molti come «vera innovazione» dell'intero ordinamento⁸³. Va però rilevato che, pur mossi da questo spirito innovativo, la disciplina

⁸² L'articolo 767 del codice francese chiamava il coniuge a succedere per legge solo dopo i parenti del defunto fino al dodicesimo grado e prima dello Stato, non era inoltre prevista alcuna quota di riserva, potendo il testatore liberamente favorire o trascurare il coniuge. Prima nei paesi di diritto scritto vigeva anche la *quarta uxoria* giustiniana mentre nei paesi di diritto consuetudinario vigeva il *douaire*, una quota in usufrutto spettante alla vedova in misura pari alla metà o a un terzo sui beni di proprietà del marito.

⁸³ Cfr. S. SOLIMANO, *'Il letto di Procuste'. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I Progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003, p. 342

successoria delineata dal codice unitario non può che riflettere, in adesione al comune sentire dell'epoca, una concezione patriarcale della famiglia, per cui, nell'intenzione di garantire l'integrità del patrimonio del *de cuius*, si escludeva che questo potesse essere trasmesso a quanti non fossero lui legati da vincoli di sangue⁸⁴. È in questa logica che va letto il complesso di disposizioni concernenti la successione del coniuge. Nella vocazione necessaria, dunque, venendo in primo rilievo gli interessi dei parenti del defunto sopra quelli del coniuge, il codice unitario statuisce che la quota lui riservata sia sempre in usufrutto e che debba essere detratta dal patrimonio disponibile, al fine di non danneggiare gli altri legittimari, di modo da riuscire a garantirne trasmissione entro la famiglia originaria del *de cuius*⁸⁵. Al coniuge veniva inoltre conferita nella successione *ab intestato*, in assenza di testamento e prescindendo dallo stato di bisogno, laddove in concorso con i figli legittimi o loro discendenti, la quota in usufrutto pari a quella spettante a ciascun figlio, comunque mai eccedente la quarta parte⁸⁶, mentre invece nelle altre ipotesi di concorso egli era chiamato a succedere per la terza parte in proprietà⁸⁷. Ulteriore tappa fondamentale del percorso che porta all'attuale tutela successoria del coniuge è costituita dall'entrata in vigore del codice civile del 1942. Invero bisogna dire che la Commissione parlamentare, sullo slancio delle legislazioni straniere⁸⁸, tentò di abbandonare il sistema della quota di riserva in usufrutto a vantaggio di una quota in

⁸⁴ Cfr. A. BUCELLI, *sub* artt. 536-564, *Dei legittimari*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2009, p 151.

⁸⁵ Ciò risulta dall'art. 818 del Codice Pisanelli.

⁸⁶ Cfr. l'art. 753 del Codice Pisanelli.

⁸⁷ Cfr. Art. 754 del Codice Pisanelli.

⁸⁸ Come nel Codice civile del Regno di Sassonia, BGB e ABGB, che attribuivano al coniuge superstite una quota in piena proprietà anche in concorso di figli e discendenti del defunto.

piena proprietà pari alla metà del patrimonio⁸⁹, ma ciononostante il Libro secondo del nuovo codice lascia sostanzialmente inalterato l'assetto costruito dal Codice Pisanelli. Appare quindi evidente che in questo sistema, inteso a evitare che l'asse ereditario venisse direzionato verso un diverso nucleo familiare, la posizione del coniuge- estraneo alla famiglia e visto come «potenziale dilapidatore del patrimonio»⁹⁰- risultasse ridimensionata ad esclusivo vantaggio dei discendenti in linea retta del *pater familias*⁹¹. Ciò vale ad esprimere che il vincolo coniugale doveva piegarsi al vincolo di sangue, di modo che al coniuge non venisse riconosciuta la qualità di erede, piuttosto egli era riservatario del solo diritto di usufrutto sulla quota dei due terzi del patrimonio ereditario e che, in caso di concorso con i figli, questi potessero estromettere il coniuge dalla comunione dei beni ereditari, soddisfacendo i suoi diritti con una rendita vitalizia o con i frutti di beni immobili o di capitali ereditari⁹². Orbene occorre rilevare che il suddetto schema, nonostante sia stato osservato per lungo tempo in ambito successorio, risultava essere del tutto anacronistico alla luce dell'evoluzione dei costumi e soprattutto con particolare riferimento al rilievo attribuito al rapporto di coniugio in seno alla Costituzione repubblicana del 1948, la quale riconosce la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», rendendosi così necessario un adeguamento del legislatore. Ad un tale rinnovamento si giunge però solo con la Novella del 1975 con cui l'ordinamento, volendo riconoscere piena dignità al vincolo coniugale anche in ambito

⁸⁹ Art 86 prog. prel. al codice civile-

⁹⁰ Cfr. L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Milano, 1941, p. 172.

⁹¹ Cfr. A. TULLIO, *La successione necessaria*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 2012, p. 9.

⁹² Si tratta del diritto di commutazione. Per completezza Cfr. V.R CASULLI – V.G. CASULLI, voce *Successione necessaria*, in *Nov. Dig. Appendice*, VII, Torino 1987, pp. 631 ss.

successorio⁹³, finalmente si adegua alla mutata concezione del gruppo familiare, improntata alla uguaglianza fra coniugi e consacrata all'interno degli artt. 29-30 della Costituzione. Il legislatore pertanto, nell'enucleare il concetto di famiglia, sembra per la prima volta prescindere dai vincoli di sangue, accordando al coniuge superstite la titolarità di una quota del patrimonio ereditario in piena proprietà di consistenza variabile a seconda del concorso con altri legittimari, il che «comporta la sua qualità di erede e la sua partecipazione, quale coerede, alla comunione ereditaria, ove concorra con altri soggetti»⁹⁴.

6.1 L'impatto della Novella del 1975 sul diritto successorio: il coniuge come successibile *ex lege* ed erede necessario.

Da quanto finora sostenuto ben si può comprendere quale la portata innovativa della Novella del 1975, con cui il legislatore, con il dichiarato intento di adeguare la norma alla mutata realtà sociale, ed al fine di dare preminenza alla famiglia coniugale rispetto a quella patriarcale, ha inteso operare una complessiva riforma del diritto di famiglia. La Riforma, adoperando la tecnica della novellazione, quindi intervenendo sulla portata dei singoli articoli del codice, lasciandone immutata l'architettura⁹⁵, incide soprattutto sulla disciplina contenuta nel Libro primo e finisce per configurare un «nuovo diritto di famiglia»⁹⁶, inteso a tutelare la compagine familiare moderna, che si identifica nel ristretto aggregato sociale costituito da genitori e figli e ove è centrale la posizione del coniuge. In questo contesto, anche in conformità al dettato costituzionale, si rende necessaria una valorizzazione del vincolo coniugale, improntato all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sia per quel che attiene ai rapporti

⁹³ Cfr. L. MENGONI *Successione necessaria*, cit., p. 153.

⁹⁴ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 103.

⁹⁵ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 15.

⁹⁶ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 620.

personali fra loro sia in ordine al regime patrimoniale della famiglia⁹⁷. Guardando la questione nella logica cui tende il presente lavoro, la rottura con l'arcaica concezione della famiglia operata dalla Novella non può che riflettersi sul sistema successorio, che deve necessariamente essere adeguato alla mutata coscienza sociale. Ne consegue che la tendenza del legislatore della Riforma, in risposta all'esigenza di attribuire maggiori diritti in successione a diversi soggetti che nel tempo hanno assunto un peso specifico di rilievo⁹⁸, deve essere intesa al protagonismo del coniuge anche in ambito successorio. Sotto questa luce trova giustificazione il mutamento qualitativo della posizione successoria del coniuge, che si sostanzia nell'abolizione dell'usufrutto *uxorio* - considerato fra l'altro «ostativo al principio di ordine pubblico della libera circolazione dei beni»⁹⁹- nonché nell'eliminazione del diritto di commutazione in capo ai figli, a vantaggio dell'assegnazione di una quota dell'asse ereditario sempre in piena proprietà, di consistenza variabile in dipendenza del concorso con altri legittimari, comunque mai inferiore alla quarta parte e mai superiore alla metà. Proprio in funzione di queste considerazioni la Novella, incidendo sulla portata letterale degli artt. 540-542-544 cod. civ., opera, in maniera non meramente descrittiva¹⁰⁰, una inversione

⁹⁷ La Novella ripudia la tradizionale concezione gerarchica della famiglia fondata sul matrimonio e rende identico lo *status* coniugale, acquistando i coniugi gli stessi diritti e assumendo gli stessi doveri (art. 143 cod. civ.). A livello patrimoniale viene eletto come regime primario dei rapporti fra coniugi la comunione. Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 114-130 ss.

⁹⁸Cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 153; L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p. 19; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, p.493.

⁹⁹Cfr. M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, in R. CALVO- G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, Napoli, 2013, p. 492, ove inoltre viene riportato che «l'usufrutto *uxorio*, unito all'incontrovertibile fenomeno dell'allungamento della vita media, non porterebbe ad altro che allo svuotamento del contenuto del diritto di proprietà».

¹⁰⁰ Cfr. A. BUCELLI, *sub* artt. 536-564, *Dei legittimari*, in *Commentario al Codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2009, p. 48.

dell'ordine dei legittimari, che porta il coniuge da ultimo a primo nella sequenza, ed attribuisce lui inevitabilmente una tutela potenziata in sede di successione, dacché egli sarà titolare, ove unico erede necessario, della metà della massa ereditaria fittiziamente riunita secondo le operazioni di cui all'art. 556 cod. civ., ed inoltre, come meglio si avrà a specificare, secondo l'art.540 cod. civ. ult. cpv., sono lui riservati in ogni caso «il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso dei mobili a suo corredo, se di proprietà del defunto o comuni». Va poi aggiunto che la tutela del vincolo coniugale in ambito successorio conosce ulteriori profili di rafforzamento laddove i coniugi, per regolare i propri rapporti di natura patrimoniale, non abbiano adottato un regime diverso dalla comunione legale, nel qual caso, al suo scioglimento, la parte superstite conserverà il cinquanta per cento di quanto acquistato, congiuntamente o separatamente, in costanza di matrimonio, ed inoltre vanterà il diritto a vedersi riservata una quota variabile del patrimonio del *de cuius*, calcolata sulla restante metà caduta in successione, nonché sui beni che, pur non entrati in comunione, possono comunque trasmettersi in via ereditaria¹⁰¹. Beninteso l'obiettivo della Novella non è stato solo quello di tutelare il coniuge quale legittimario, permettendogli dunque di agire in riduzione per reintegrare i propri diritti in successione, a discapito di una disposizione testamentaria eccedente la quota disponibile, ma piuttosto il legislatore ha inteso innovare la materia con più ampio respiro, «equiparando, e talora antepoendo, i diritti del coniuge a quelli delle più privilegiate categorie di successibili»¹⁰². La disciplina di maggior favore rilasciata al coniuge superstite si estende dunque ai casi di assenza di devoluzione testamentaria o laddove il testatore abbia

¹⁰¹ Sul punto Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 130 ss.

¹⁰² Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 623.

disposto in maniera inefficace del patrimonio nella sua unità. Ciò vale a dire che la Riforma incide profondamente anche sulla successione legittima, attribuendo anche in questo contesto totale preminenza alla parte superstite del matrimonio, il che rappresenterebbe per una dottrina la tendenza del diritto moderno a dare rilievo alla piccola famiglia, fondata sul rapporto di coniugio, rispetto alla grande famiglia, composta dal nucleo familiare allargato¹⁰³. Laddove si apra successione intestata insomma, il coniuge sarà chiamato a succedere sempre a titolo di erede ed avrà diritto ad una quota variabile dell'asse ereditario, comunque mai inferiore alla terza parte. In particolare, allorquando non vi sia concorso con altri successibili, al coniuge «si devolve l'intera eredità» ex art. 583 cod. civ.¹⁰⁴, mentre in caso concorra con uno o più discendenti del defunto¹⁰⁵, l'art. 581 cod. civ. statuisce che «il coniuge ha diritto alla metà dell'eredità, se alla successione concorre con un figlio, e ad un terzo negli altri casi» ed infine, in ipotesi di concorso con ascendenti e collaterali, la legge riserva al coniuge i due terzi del patrimonio ex art. 582 cod. civ.¹⁰⁶. A ciò si aggiunga che la Novella del 1975, in linea coerente con la crescente importanza accordatagli, include espressamente fra i soggetti tenuti alla collazione anche il coniuge superstite, il quale, pertanto, ha

¹⁰³Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, Parte speciale. *Successione legittima*, cit., p.169.

¹⁰⁴ Sul punto v. Cass. 25 febbraio 2004, n.3747, Foro It. 2004, I, 3097, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 583 cod. civ. nella parte in cui consente la devoluzione dell'intera eredità al coniuge divorziato in mancanza di successibili.

¹⁰⁵ Il principio risulta valere sia con riguardo ai figli del solo *de cuius*, generati da una precedente relazione matrimoniale o extraconiugale, che con riferimento ai figli adottivi non maggiorenni. Sul punto, per completezza Cfr. M. DOSSETTI, *I diritti successori del coniuge superstite*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. BONILINI, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, pp. 941 ss.

¹⁰⁶ Una dottrina è nel senso di ritenere l'irragionevolezza del mantenimento del concorso con gli ascendenti in quanto sottoposto allo stato di bisogno di questi ultimi. Cfr. M. DOSSETTI, *I diritti successori del coniuge superstite*, cit., pp. 950 ss.

l'obbligo di conferire nell'asse ereditario il complesso di beni già ricevuti a titolo di donazione dal defunto, al fine di individuare esattamente la massa ereditaria e di formare le giuste porzioni spettanti a ciascun erede, «salvo che il defunto non li abbia a ciò dispensati»¹⁰⁷. Il quadro appena delineato consegna al coniuge superstite una disciplina di totale preminenza, atteso che «nella mente dei riformatori egli è una specie di idolo»¹⁰⁸, ma questa posizione di primato assoluto in sede di successione necessita di essere rivalutata alle luce delle più recenti riforme in tema di filiazione, tese a svalutare il matrimonio quale fondamento della famiglia a vantaggio di un sistema per cui la vocazione successoria trova presupposto nella relazione familiare del chiamato col *de cuius*, non sulla appartenenza alla famiglia coniugale¹⁰⁹.

6.2 Il presupposto matrimoniale. La posizione successoria del coniuge putativo.

Alla luce di quanto finora sostenuto, si può comprendere che la particolare attenzione con cui l'attuale impostazione codicistica si occupa della disciplina successoria del coniuge null'altro è che il riflesso dell'intento del legislatore della Novella di dare valore al rapporto matrimoniale in ogni suo profilo. Ponendoci in questa logica è evidente che l'ordinamento richieda, quale indispensabile presupposto a che il coniuge abbia titolo a succedere al *de cuius*, la sussistenza al

¹⁰⁷ Cfr. art. 737 cod. civ.: “Soggetti tenuti alla collazione”, il quale impone per il coniuge e per i figli l'obbligo di collazione reciproca, il che, determinando un aumento reale della massa ereditaria, comporterebbe che le quote previste dall'art. 581 andrebbero calcolate non solo sul *relictum*, ma anche sul complesso delle liberalità effettuate dal *de cuius* ai coeredi, che vanno conferite ex artt. 741-744, purché non oggetto di dispensa. Sul punto, per maggiore chiarezza Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, Parte speciale. *Successione legittima*, cit., p.165.

¹⁰⁸ Cfr. L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p. 51.

¹⁰⁹ Cfr. M. DOSSETTI, *sub* art. 536, in *I codici notarili commentati*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni e delle donazioni*, Torino, 2015, pp. 474 ss.

momento dell'apertura della successione¹¹⁰ di un valido vincolo matrimoniale, produttivo di effetti civili. Pertanto sono efficaci a fini successori, oltre ovviamente al matrimonio civile, il matrimonio concordatario e quello celebrato dinanzi ai ministri di culto acattolico, purché debitamente trascritti, nonché il matrimonio celebrato all'estero dal cittadino italiano in osservanza della *lex loci*, in quanto non contraria all'ordine pubblico interno¹¹¹. Di qui discende, quale logico corollario, che la dichiarazione di invalidità del matrimonio non solo comporta l'estinzione *ab origine* del vincolo matrimoniale, restituendo alle parti lo stato libero, ma anche l'esclusione di ciascuno di loro dalla successione dell'altro¹¹². La regola assume carattere generale, ma trova eccezione, ove ne ricorrano le condizioni, nell'applicabilità della disciplina in ordine alla successione del coniuge putativo, volta ad estendere lo stesso trattamento successorio riconosciuto al coniuge legittimo a chi abbia contratto in buona fede un matrimonio poi dichiarato nullo. A concretizzare questa equiparazione è l'art 584 cod. civ., il quale individua nella declaratoria di nullità del matrimonio dopo la morte di uno dei coniugi, nonché nella buona fede di uno o di entrambi, i presupposti necessari affinché il coniuge putativo possa venire in successione. La norma richiede quindi che il vincolo matrimoniale, benché viziato, sia per lo meno esistente nei suoi requisiti

¹¹⁰ La prova della celebrazione va fornita dal soggetto interessato mediante produzione dell'atto di matrimonio, o, in difetto, con le modalità di cui agli artt. 132-133 cod. civ., dunque con ogni mezzo o mediante annotazione sui Registri dello Stato Civile di sentenza da cui risulti la sussistenza del matrimonio. Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, Parte speciale. *Successione legittima*, cit., p.150.

¹¹¹ A ciò cfr. A. MASCHERONI, *sub art 540*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, vol. I (a cura di V. Cuffaro e F. Delfini), Torino, 2009, pp.560 ss.; inoltre in giurisprudenza v. Cass. 2 marzo 1999, n.1739, in *Arch. Civ.* 1999, 1377, con nota di V. Santarsiere, *Matrimonio islamico e successione del coniuge*; nonché Cass. 19 ottobre 1998, n. 10531, in *Arch. Civ.* 1998, 1344.

¹¹² Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 444.

minimi¹¹³ prima della morte di un coniuge, ed inoltre che almeno uno abbia senza colpa confidato nella validità del matrimonio o che il suo consenso sia stato prestato perché soggetto a violenza o minaccia¹¹⁴. Ciò, giusta la disposizione di cui all'art. 128 cod. civ., farebbe pensare che fra i limitati effetti che il matrimonio invalido continua a produrre nonostante la declaratoria di nullità, debba annoverarsi anche «il diritto a succedere proprio nella qualità di coniuge»¹¹⁵. Laddove infatti la sentenza che pronunzia l'invalidità del matrimonio sia anteriore alla morte di uno dei coniugi, sarebbe per l'altro impossibile succedere, in quanto, venuto meno il proprio *status* ancor prima dell'apertura della successione, egli non avrebbe valido titolo ereditario¹¹⁶. A questa disciplina di maggior favore accordata al coniuge putativo, l'ordinamento però pone un evidente limite nel particolare caso in cui il *de cuius*, all'apertura della successione, sia legato a terzi da un valido vincolo coniugale. In sostanza, letto l'art. 584 co.2 cod. civ., la legge, in presenza di un coniuge legittimo e non ammettendo la bigamia, esclude dalla successione il coniuge putativo, con evidente pregiudizio a suo carico, a nulla rilevando la sua buona fede¹¹⁷. Una felice interpretazione

¹¹³ Se non vi fossero il matrimonio sarebbe inesistente. Pertanto vanno individuati nella diversità di sesso dei nubendi, nella manifestazione del consenso, nella celebrazione e nella trascrizione nei registri dello stato civile. E. VITALI, *L'invalidità del matrimonio civile: nullità e annullabilità*, in *Trattato* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, *Il diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 391 ss.; G. FERNANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2015, p.540.

¹¹⁴ In tal caso la buona fede rileva in termini di mancanza di responsabilità nella celebrazione di esso. Cfr. L. GENGHINI- C. CARBONE, *La successione per causa di morte*, cit., p.804.

¹¹⁵ Cfr. M. MORETTI, *sub art. 584*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, vol. II (a cura di V. Cuffaro e F. Delfini), Torino, 2010, p.107.

¹¹⁶ Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, Parte speciale. *Successione legittima*, cit., p.152.

¹¹⁷ Cfr. C. GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, in *Commentario codice civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 359.

porterebbe a ritenere l'esclusione non in senso assoluto, volta cioè alla totale privazione in capo al coniuge putativo del titolo a succedere per la sola presenza del coniuge legittimo, bensì gli consentirebbe di partecipare alla successione allorquando il coniuge legittimo non possa o non voglia succedere, così che la chiamata del putativo sia disposta in ordine gradato rispetto a quella del coniuge vero e proprio¹¹⁸.

6.3 La posizione successoria del coniuge separato.

Fermo quanto detto in ordine alla posizione successoria del coniuge che abbia contratto in buona fede un matrimonio nullo, è ora il caso di porre l'attenzione sulla particolare disciplina destinata al coniuge separato in sede di successione, ad oggetto degli artt. 548 e 585 cod. civ. In via preliminare si è detto che la parte superstite del matrimonio, per avere titolo a partecipare alla successione del *de cuius*, deve essere lui legato da un valido vincolo matrimoniale, il che – atteso che la separazione coniugale nel nostro ordinamento non scioglie il vincolo medesimo, piuttosto ne rende quiescenti i doveri¹¹⁹ - giustificherebbe la scelta del legislatore di attribuire al coniuge separato la stessa posizione successoria del coniuge non separato. Invero l'ago della bilancia ai fini della equiparazione, letti gli artt. 548 e 585 cod. civ., sarebbe costituito dal requisito dell'addebito, di modo che il coniuge cui non sia stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato, vanterà gli stessi diritti spettanti al coniuge non separato¹²⁰, mentre invece al

¹¹⁸ Cfr. L. MENGONI, *Successione legittima*, cit. p.155; Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 492; M. MORETTI, *sub art. 584*, in *Commentario del codice civile*, cit., p. 121.

¹¹⁹ Per maggiore completezza Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp.219 ss.

¹²⁰ L'equiparazione consiste non solo nella titolarità degli stessi diritti ma anche nella fattispecie della vocazione, conseguendone che il titolo successorio del coniuge separato senza addebito continui a essere l'atto matrimoniale. Cfr. sul punto L. MENGONI, *Successione legittima*, cit., pp. 164 ss.; ed inoltre A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 463.

coniuge superstite, cui sia stata attribuita la responsabilità del fallimento matrimoniale *ex art 151 cod. civ.* con sentenza passata in giudicato, non spetterà che il diritto ad un assegno vitalizio, peraltro al ricorrere di taluni presupposti. In effetti la norma di cui ad art. 548 co.2 cod. civ. condiziona l'attribuzione dell'assegno vitalizio in favore del coniuge separato con addebito al concreto godimento da parte sua, al momento dell'apertura della successione ed in forza di una pronuncia giudiziale¹²¹, di una prestazione alimentare, cui era tenuto il defunto. In ordine all'ammontare dell'assegno va ravvisato il carattere generico e pressoché approssimativo della norma contenuta nell'ultima parte dell'art. 548 cod. civ., la quale, senza fissare alcun criterio aritmetico¹²², statuisce che: «l'assegno è commisurato alle sostanze ereditarie e alle qualità e al numero degli eredi legittimi, e non è comunque di entità superiore a quella della prestazione alimentare goduta». Nel silenzio della norma, poi, sono sorti problemi in ordine alla identificazione dei soggetti tenuti alla corresponsione della prestazione, che dovrebbero, secondo la dottrina prevalente, trovare risoluzione nella vigenza del principio generale di cui ad art. 662 cod. civ., e pertanto sarebbero obbligati gli eredi, legittimi e testamentari, nonché i legatari¹²³. Il diritto a questo assegno rileva in buona sostanza quale diritto di credito, che sorge al momento dell'apertura della successione, la cui attribuzione si qualifica come legato *ex lege* di natura obbligatoria¹²⁴ e che trova propria *ratio* nella necessità di fornire assistenza al coniuge superstite,

¹²¹ Non rileva se i presupposti sussistano in fatto all'apertura della successione, piuttosto unico dato rilevante è il godimento degli alimenti, senza che si possa dare ingresso ad alcun accertamento incidentale sulla loro ipotetica spettanza. Cfr. G. F. BASINI, *I diritti successori del coniuge separato*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. BONILINI, vol. III, Torino, 2016, pp. 2291.2292.

¹²²Cfr. A. TULLIO, *La successione necessaria*, cit., p. 102.

¹²³ Cfr. L. MENGONI, *Successione legittima*, cit., p.196; A. MASCHERONI, *sub art 548*, in *Commentario al codice civile*, cit., p.585

¹²⁴Cfr. L. MENGONI, *Successione legittima*, cit., p.191; L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p.97

assicurandogli, oltre la vita dell'obbligato, il sostentamento di cui necessitava *ante mortem*¹²⁵. Di qui dovrebbe discendere la natura alimentare dell'assegno vitalizio, cui dunque andrebbe applicata per estensione la disciplina in ordine alle obbligazioni alimentari *ex artt.* 433 ss. cod. civ., ma va aggiunto che molta dottrina, facendo leva sul tenore letterale della norma e non ancorando la determinazione dell'assegno allo stato di bisogno del beneficiario od ancora alle condizioni economiche degli obbligati, è nel senso di ritenere l'assegno quale debito di valuta a carico del soggetto tenuto alla corresponsione e pertanto non soggetto a rivalutazione monetaria¹²⁶.

6.4 La posizione successoria del coniuge divorziato.

Una volta analizzata la posizione successoria del coniuge separato, merita individuare quale il ruolo rivestito in successione dal coniuge divorziato. Come noto, il passaggio in giudicato della pronuncia di scioglimento del matrimonio civile o di cessazione degli effetti civili di quello canonico, comporta l'estinzione del vincolo matrimoniale, nonché la restituzione dello stato libero in capo agli *ex*-coniugi. In buona sostanza, con la pronuncia di divorzio, essendo venuto meno il titolo a partecipare alla successione, il coniuge perde la qualità di legittimario e di successore legittimo¹²⁷, divenendo praticamente estraneo alla vicenda successoria del *de cuius*. Va però avvertito che il divorziato in stato di bisogno e ove titolare di assegno periodico *ex art.5* della l. 1 dicembre 1970, n. 898, all'apertura della successione si vede beneficiario, per ragioni di solidarietà post-coniugale¹²⁸e attesa la

¹²⁵ Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p.473; G. F. BASINI, *I diritti successori del coniuge separato*, cit., p. 210.

¹²⁶ Cfr. A. MASCHERONI, *sub art 548*, in *Commentario al codice civile*, cit., p.586.

¹²⁷ Cfr. G. BONILINI, *I diritti successori del coniuge divorziato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, *La successione legittima*, Milano, 2009, pp. 229 ss.

¹²⁸ Cfr. L. MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 194

disposizione di cui all'art. 9-bis l. div., di un diritto alla corresponsione di un assegno periodico a carico dell'eredità, il quale, avendo natura successoria, si configura come un particolare legato obbligatorio *ex lege*¹²⁹, la cui costituzione non è automatica, quanto piuttosto subordinata allo stato di bisogno dell'ex-coniuge ed il cui ammontare non può essere predeterminato. Ciò inteso, l'assegno successorio, in quanto commisurato allo stato di bisogno, ha una natura puramente alimentare e, pertanto, può configurarsi quale obbligazione di valore, suscettibile di rivalutazione monetaria, cui inoltre si applica la disciplina in materia di alimenti ex artt. 433 ss. cod. civ.¹³⁰. Non pochi dubbi interpretativi sono sorti in ordine alla possibilità che l'obbligazione, dacché posta "a carico dell'eredità", gravi non solo su eredi e legatari, ma anche sui donatari. Una felice interpretazione però, facendo riferimento al tenore letterale dell'art 9-bis, escluderebbe dai soggetti tenuti alla corresponsione i donatari, atteso che per "eredità" la norma si riferisca solo al *relictum*, non già alla massa patrimoniale comprensiva anche del *donatum*¹³¹. Va poi aggiunto, in ultimo, che per la determinazione dell'importo da erogare, la legge si rimette alla discrezionalità del giudice, il quale considererà, oltre allo stato di bisogno, le sostanze ereditarie, il numero e la qualità degli eredi, le loro condizioni economiche e, quale limite massimo della nuova attribuzione, l'ammontare dell'assegno divorzile già percepito dal coniuge superstite.

¹²⁹ Cfr. G. BONILINI, *sub art 9-bis, Divorzio ed effetti di diritto ereditario*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio, art.149 e l.1.12.1970 n. 898*, in *Commentario al Codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2010, p. 777; inoltre v. anche A. MASCHERONI, *sub art 548*, in *Commentario al codice civile*, cit., p.588.

¹³⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *sub art 9-bis*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1993, pp.489 ss.

¹³¹ Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p.428.

6.5 I diritti di uso e abitazione in capo al coniuge superstite.

L'esame fin qui svolto permette di giungere alla conclusione che il coniuge superstite, in esito alla Novella del 1975, è beneficiario di una disciplina di maggior favore in sede di successione, tanto che l'art. 540 cod. civ. gli riserva una quota dell'asse ereditario, variabile al concorrere con altri successibili, ma pur sempre in piena proprietà; ed inoltre, indipendentemente da qualsivoglia ipotesi di concorso, gli si accordano i diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili posti a suo corredo, ove «di proprietà del defunto o comuni»¹³². Anzitutto merita rilevare che l'ambito applicativo della disciplina non è incondizionato, ma piuttosto trova dei limiti tanto a livello soggettivo quanto a livello oggettivo. Primo presupposto essenziale affinché trovino configurazione i diritti in questione è che il beneficiario, all'apertura della successione, sia legato al *de cuius*, da un valido vincolo coniugale; pertanto, anche in considerazione di quanto già detto, non potrà godere dei diritti di abitazione e di uso chi sia stato privato dello *status* di coniuge per effetto di una pronuncia di nullità del matrimonio o per intervenuto divorzio, oltre che il coniuge cui sia stata addebitata la separazione. Un discorso a parte, come intuibile, va fatto circa il coniuge separato senza addebito, atteso che la sua posizione successoria, per esplicito richiamo dell'art. 548 cod. civ., è equiparata a quella del coniuge non separato, il che, per una dottrina, farebbe propendere anche per il riconoscimento *de plano* del diritto di uso e

¹³²Ciò serve a escludere che il diritto di godimento possa configurarsi su di un bene, adibito a residenza familiare, abitato dal *de cuius* in qualità di comodatario, usufruttuario (nel qual caso il diritto si estingue alla morte del beneficiario) o titolare della semplice nuda proprietà (se il defunto non fosse titolare del godimento dell'immobile, non potrebbe trasmettere *mortis causa* tale facoltà al superstite). Cfr. C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso spettanti ex lege*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p.128.

abitazione della casa adibita a residenza familiare¹³³. D'altra parte una interpretazione esclude l'attribuzione di tali diritti al coniuge separato ancorché senza addebito, argomentando sul fatto che la separazione coniugale, pur non comportando lo scioglimento del vincolo, conduce all'impossibilità di individuare una unitaria residenza familiare, venendo meno così il presupposto oggettivo da cui si origina il riconoscimento dei diritti in parola¹³⁴. Ciò sarebbe oltremodo acuito nell'ipotesi di abbandono della dimora familiare da parte di un coniuge a seguito della separazione, il che costituirebbe rottura della comunione spirituale e materiale cui improntata la vita coniugale, dacché sarebbe sentito come un tradimento della *ratio legis* della disciplina riconoscere ciononostante il godimento dell'immobile ad un soggetto oramai estraneo all'ambito familiare¹³⁵. Invero qualcuno, distaccandosi da questa impostazione, ha autorevolmente sostenuto che solo nella particolare ipotesi di abbandono da parte di entrambi i coniugi verrebbe meno la qualifica di casa familiare, atteso che l'immobile manterrebbe la sua destinazione ove uno di loro continuasse ad abitarvi¹³⁶. Preso atto di questo, la dottrina oggi prevalente¹³⁷ ritiene necessario attribuire la titolarità di questi diritti al coniuge separato senza addebito allorché egli avesse continuato a «vivere nella casa già adibita a residenza familiare, in forza di accordo con l'altro coniuge o per disposizione del giudice» con cui abbia ottenuto l'assegnazione dell'immobile *ex art. 337-sexies* cod. civ. Da un punto di vista

¹³³Di questo avviso L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p. 57; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p.469.

¹³⁴In tal senso Cfr. A. MASCHERONI, *Il nuovo trattamento successorio del coniuge superstite*, in *Il diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p.635; nonché M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, p.127 ss.

¹³⁵ Cfr. A. TULLIO, *La successione necessaria*, cit., p. 23.

¹³⁶ In questo senso Cfr. L. MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 176;

¹³⁷Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 165; C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso*, cit., p.68.

oggettivo, va detto che l'attribuzione di cui all'art. 540, comma 2 cod. civ. ha ad oggetto la sola casa adibita a residenza familiare, per tale intendendosi «quell'immobile attrezzato per assicurare l'esistenza domestica della comunità familiare»¹³⁸, dunque non ricomprende le seconde case abitate dai coniugi solo in via occasionale, in quanto carenti «di un rapporto di fatto permanente e corrispondente alle fondamentali esigenze primarie di abitazione»¹³⁹. Circa l'oggetto del diritto d'uso, ci si riferisce ai beni mobili che corredano la casa coniugale, in particolare a quelli volti a soddisfare le esigenze della vita familiare, al momento dell'apertura della successione¹⁴⁰. Nel tentativo di enucleare una natura giuridica di queste particolari attribuzioni, la dottrina prevalente (nonché quella maggiormente condivisibile)¹⁴¹, ha inteso i diritti di uso e abitazione ad oggetto di una vocazione a titolo particolare, rappresentativi di due autonomi legati *ex lege*, da conseguirsi pertanto da parte del coniuge già solo per l'apertura della successione, senza alcuna esigenza di procedere ad accettazione, ferma per lui la possibilità di rinunciarvi. A ciò il coniuge, in un solo tempo erede e legatario, ben potrebbe decidere di rinunciare all'eredità, laddove questa fosse *damnosa*¹⁴², senza per ciò perdere quanto ricevuto a titolo di legato, ed inoltre, anche nel caso in cui abbia accettato l'eredità, egli sarà tenuto a rispondere dei debiti ereditari solo entro i limiti della propria quota, non già mediante i diritti di uso e abitazione¹⁴³. Ciò detto, va chiarito che questi legati non si sostituiscono mai alla quota di riserva, piuttosto vi si aggiungono, producendo sempre

¹³⁸La definizione è in Cass., sez.II, 22 maggio 1993, n. 5793, in *Pluris-cedam*.

¹³⁹V. Cass., sez. i, 23 giugno, 1980, n. 3934.

¹⁴⁰Cfr. C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso*, cit., p.125.

¹⁴¹In questo senso Cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p.167; A. MASCHERONI, *sub art 548*, in *Commentario al codice civile*, cit., p.540,565.

¹⁴²Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., pp. 165 ss.

¹⁴³Cfr. A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1978, p.25

un incremento di tipo quantitativo dei diritti successori spettanti al coniuge superstite, però, si badi, la matrice di queste attribuzioni non è legata alla necessità di accordarvi una tutela patrimoniale, quanto piuttosto quella di rispondere a esigenze di carattere etico e morale, di modo da garantire al coniuge la conservazione dei suoi rapporti affettivi e di consuetudine con la casa familiare¹⁴⁴. Di qui discende che i diritti di abitazione e di uso implementino anche in senso qualitativo la quota di legittima del coniuge superstite, finendo così per rendere ancor più privilegiato il trattamento lui destinato rispetto agli altri legittimari¹⁴⁵. Se qualche dibattito è sorto in dottrina in ordine alla possibilità di classificare i diritti *de quo* quali legati *ex lege* o prelegati¹⁴⁶, non vi è motivo di dubitare che queste attribuzioni siano ricondotte alla categoria dei diritti reali di godimento di cui agli artt. 1021-1026 cod. civ., la cui disciplina, però, non può trovare piena applicazione, dovendosi necessariamente adeguare e coordinare con le finalità esistenzialistiche proprie dei legati in parola. A ciò l'art 540, comma 2 cod. civ. – contrariamente al disposto di cui ad artt.1021-1022 secondo il quale i diritti di uso e abitazione vanno commisurati ai bisogni dell'avente diritto- attribuisce al coniuge superstite il diritto di abitazione sul medesimo immobile ove si svolgeva la vita familiare, ancorché sproporzionato, per spazio od ampiezza, alle sue esigenze

¹⁴⁴ Cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 172; inoltre A. TULLIO, *La successione necessaria*, cit., p. 21; nonché G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p.164, ove stabilito che: “L’attribuzione risponde a esigenze etiche e sentimentali: impedire dolorosi mutamenti dell’ambiente di vita”.

¹⁴⁵ Cfr. L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p. 55; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p.446.

¹⁴⁶ Per una dottrina i diritti di uso e abitazione verrebbero, preliminarmente alla divisione, dedotti dell’asse sicché il coniuge, in ipotesi di concorso, si vedrebbe attribuire questi diritti oltre la partecipazione in quota sul residuo. Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile 2*, cit., p. 672; A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, cit., p. 233.

abitative¹⁴⁷. Va poi rilevato che, in ordine alla determinazione del valore dei legati in questione, non vi è concordia in dottrina, anche se sembra corretto fare uso del metodo di calcolo per la capitalizzazione dei diritti reali minori¹⁴⁸. L'art. 540, comma 2, ult. cpv. prevede inoltre un criterio di imputazione progressivo, tale per cui i diritti di uso e abitazione «gravano sulla porzione disponibile e, qualora non sia sufficiente, gravano, per il rimanente, sulla quota di riserva del coniuge e, eventualmente, su quella riservata ai figli», il che rinvia al calcolo di cui ad art. 556 cod. civ. e, per opinione preferibile, il valore dei legati deve essere compreso nel calcolo del *relictum*¹⁴⁹. Come si può comprendere, il riconoscimento di siffatti legati *ex lege* riservati esclusivamente al coniuge e gravanti sulla quota disponibile, comporta un serio limite alla disponibilità del testatore, permettendo al beneficiario, ove privato del godimento dei diritti di abitazione e di uso per l'effetto di una diversa disposizione testamentaria del *de cuius*, di esperire una particolare azione di riduzione volta al reintegro dei propri diritti di riserva¹⁵⁰. L'azione in questione presenta delle peculiarità di non poco momento, anzitutto non potrà essere esperita che nei confronti del soggetto che beneficia, per effetto della disposizione testamentaria, del godimento della casa familiare o dei mobili a suo corredo, ferma la facoltà dell'erede o del legatario leso di poter agire in regresso avverso

¹⁴⁷Cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p.174; R. CALVO, *I diritti di abitazione e uso del coniuge superstite*, cit., p. 25;

¹⁴⁸il metodo è indicato dal D.P.R. 26 aprile 1986, n.131, richiamato da T.U. delle successioni e donazioni. Altra dottrina protende per l'utilizzazione di criteri usati dalle assicurazioni per la stipula dei contratti di assicurazione sulla vita. In questo senso cfr. C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso*, cit., p.147.

¹⁴⁹V. Cass., 19 aprile 2013, n.9651.

¹⁵⁰In questo senso G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., pp.421 ss.; R. CALVO, *I diritti di abitazione e uso del coniuge superstite*, cit., pp.36 ss.

gli altri eredi o legatari¹⁵¹; inoltre si tratta di una azione rivolta alla reintegrazione non meramente quantitativa della quota, ferma la natura propria dei legati¹⁵², e al cui esito il beneficiario della casa sarà privato del godimento dell'immobile, pur conservandone la nuda proprietà; merita poi rilevare che, per l'assenza dell'indefettibile presupposto della titolarità dei beni oggetti di legato in capo al defunto all'apertura della successione, non sarà possibile per il coniuge superstite leso agire in riduzione per il reintegro dei propri diritti di abitazione e di uso avverso eventuali donatari, nei cui confronti il *de cuius* abbia donato la casa coniugale¹⁵³. Quanto fin qui riportato vale nell'ambito della sola successione necessaria, atteso che i legati in parola sembrerebbero sfuggire, in assenza di un esplicito richiamo normativo, alla successione legittima¹⁵⁴. Invero l'art. 584 cod. civ., nel delineare la disciplina successoria del coniuge putativo, finisce per riconoscerli i diritti di abitazione e di uso, il che, per taluno, sarebbe privo di contenuto se non si provvedesse alla medesima attribuzione in capo al coniuge legittimo¹⁵⁵. In realtà l'assenza di una norma che, nell'ambito della successione intestata, rinvii all'art. 540 cod. civ., risulta essere la precisa intenzione del legislatore di «escludere che i diritti in argomento competano al coniuge autonomamente e cioè si cumulino con la quota riconosciuta dagli artt. 581 ss. cod. civ.»¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cfr. G. GABRIELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. dir. it. della famiglia*, cit., Padova, 1992, p.62.

¹⁵² Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 450.

¹⁵³ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto delle successioni e donazioni*, cit., p. 166; C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso*, cit., p.114.

¹⁵⁴ Cfr. L. OLIVA, *I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite nelle successioni legittime*, in *Vita not.*, 2006, pp.427 ss.

¹⁵⁵ Cfr. A. GARGANO, *Il coniuge superstite, un erede scomodo? I diritti di uso e abitazione*, in *Riv. not.*, 1980, p.1632.

¹⁵⁶ Così Corte Cost., 5 maggio 1988, n.527. Conforme Cass., sez. II, 6 aprile 2000, n.4329. Sul punto anche L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p.180; e C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso*, cit., p.120, i quali sostengono che il valore dei

6.6 La vocazione “anomala” del coniuge.

Per completare il discorso in ordine alla disciplina successoria del coniuge superstite, merita farsi riferimento alle ipotesi di successione anomala, definita da autorevole dottrina come il subentro in determinati diritti, o categorie di diritti, regolato per lo più da norme speciali e che prevede, in deroga al principio di unità della successione, l'applicazione di criteri diversi rispetto a quelli ordinari, posti dal Libro secondo del codice civile¹⁵⁷. In sostanza l'applicazione di questa disciplina derogatoria si atteggia in modo non sempre uguale, e ciò potrebbe consistere tanto in una alterazione dell'ordine dei successori, quanto nell'attribuzione di diritti a soggetti diversi dai successibili *ex art. 565 cod. civ.* Va poi aggiunto che le successioni anomale trovano motivo di differenziazione in ordine al particolare oggetto cui si riferiscono, così che si discorrerà di successione «separata», ove il bene da trasmettersi sia, appunto, separato dalla massa ereditaria, e di successione «speciale», allorquando il bene appartenga alla massa ereditaria. Figura particolarmente rilevante nel seno delle successioni anomale è quella risultante dagli artt. 2118 e 2120 cod. civ., che permette al coniuge (o alla parte superstite dell'unione civile), ai figli e, se viventi a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo, il subentro, in caso di morte del prestatore di lavoro, nelle indennità di fine rapporto ed in quella sostitutiva di preavviso, alla cui corresponsione è tenuto il datore di lavoro. Il riconoscimento di tale diritto ha animato dibattiti dottrinali incentrati sulla possibilità che tale attribuzione venga acquistata *ipso iure* o *iure successionis*. Una autorevole interpretazione, anche rifacendosi alla Relazione al Codice

legati di uso e di abitazione è ricompreso nelle quote devolute al coniuge *ex artt. 581 e ss. cod. civ.*

¹⁵⁷ Cfr. G. BONILINI, *Le successioni legittime anomale*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, pp. 967 ss.

civile (la quale parla di “diritto *iure proprio* dei congiunti”), è nel senso di ritenere le indennità in parola come acquisti subordinati alla morte del prestatore di lavoro, comunque estranei alla sua successione, atteso che quelle somme di danaro, accantonate annualmente, costituiscono oggetto di un diritto di credito che sorge alla cessazione del rapporto di lavoro, determinata dalla morte del lavoratore¹⁵⁸. La dottrina prevalente è però intesa a ricomprendere nel patrimonio ereditario le indennità in questione, ciò sulla base di una pronuncia della Corte costituzionale¹⁵⁹, con cui si riconosce natura di retribuzione differita e funzione previdenziale al trattamento di fine rapporto, e, giusta la disposizione di cui ad art. 2122, comma 3 cod. civ. (che rinvia alle disposizioni in ordine alla successione legittima in caso di assenza dei soggetti di cui al comma 1) non potrebbe che attribuirsi natura *iure hereditario* all’acquisto allorquando avvenga da parte di quei soggetti espressamente indicati¹⁶⁰. L’acquisto delle indennità di cui all’art. 2122 cod. civ., pertanto, sarebbe da ricondurre agli acquisti *iure successionis*, e si qualificerebbe quale *legato ex lege* posto in favore di soggetti indicati dalla legge e con ad oggetto «un diritto di credito, ancora una volta determinato secondo i criteri previsti dalla legge e che costituisce un patrimonio separato dalla massa ereditaria»¹⁶¹. Si evidenzia poi che l’art. 2122 cod. civ., oltre ad elencare i soggetti destinatari delle suddette indennità, individua quale criterio primario di distribuzione

¹⁵⁸Cfr. A. CARROZZA, *Attribuzione e ripartizione dell’indennità in caso di morte del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1949, p. 39; inoltre v. anche F. SANTORO- PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, pp. 261 ss.

¹⁵⁹ Corte Cost. 19 gennaio 1972, n.8, che inoltre dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 2122, comma 3 cod. civ. nella parte in cui esclude che il lavoratore subordinato, in mancanza di persone indicate nel primo comma, possa disporre per testamento delle indennità di cui allo stesso articolo.

¹⁶⁰Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., pp.516 ss

¹⁶¹Così A. MORA, *La successione nelle indennità ex art. 2122 cod. civ.*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 1002.

anzitutto «l'accordo fra gli aventi diritto», ed in difetto non si osserverà il criterio di prossimità del vincolo familiare, quanto piuttosto la ripartizione «deve farsi secondo il bisogno di ciascuno». L'articolo prosegue poi statuendo che «in mancanza delle persone indicate nel primo comma, le indennità sono attribuite secondo le norme della successione legittima», pertanto si comprende come le regole del diritto successorio ordinario troveranno applicazione solo in via residuale. Altra figura di successione anomala è ricompresa nell'art. 12-*bis* della l. 1. 10 dicembre 1970, n. 898, il quale prevede in favore del coniuge divorziato il diritto ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge al momento della cessazione del rapporto lavorativo, ove egli non sia passato a nuove nozze e purché titolare di assegno divorzile¹⁶². La percentuale dell'indennità di fine rapporto, dovuta dall'ex-coniuge, è pari al quaranta per cento dell'indennità totale riferibile agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso col matrimonio e va determinata in relazione all'intera durata del periodo matrimoniale, includendo anche la separazione legale¹⁶³. Il diritto a questa corresponsione, pur nel silenzio del legislatore, spetta al coniuge divorziato ancorché il rapporto di lavoro sia cessato per morte del lavoratore, atteso che tale indennità rientra nel novero dei contributi dovuti dall'ex coniuge a sostentamento di quello più debole¹⁶⁴. Ciò detto, coordinando l'attribuzione prevista dall'art. 12-*bis* della legge sul divorzio con la portata del già citato art. 2122 cod. civ., si ravvisa un paradosso evidente, che porta l'ex coniuge, benché estraneo al *de cuius*,

¹⁶²Cfr. M. MORETTI, *La riserva di una quota al coniuge divorziato, dell'indennità di fine rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, op. cit., p. 1017.

¹⁶³ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile 2*, op. cit., P. 265; nonché Corte cost. 17 gennaio 1991, n. 23.

¹⁶⁴ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p.251; L. MENGONI, *Successione legittima*, cit., p.256.

a godere da un lato di una situazione di favore, atteso che egli avrà sempre accesso ad una percentuale fissa sull'indennità, dovendosi poi calcolare sul residuo le singole quote degli altri beneficiari in concorso a seconda del loro stato di bisogno¹⁶⁵; mentre d'altro canto egli sarà sfavorito perché, in assenza di altri successibili, la parte restante dell'indennità andrebbe devoluta allo Stato. Una dottrina, pertanto, ha palesato la necessità di annoverare il coniuge divorziato fra i beneficiari delle indennità di cui ad art. 2118 e 2120 cod. civ., di modo che possano operare anche in questo caso, ed a garanzia della situazione concreta esistente al momento della morte del *de cuius*, gli stessi criteri di ripartizione previsti a norma dell'art. 2122 cod. civ.¹⁶⁶. In conclusione si aggiunge che la Cassazione, nel tentativo di rintracciare una soluzione unitaria al problema, ha suggerito l'applicazione di un particolare principio per cui «in caso di morte del lavoratore dipendente divorziato che abbia contratto un nuovo matrimonio, qualora esistano anche figli aventi diritto all'indennità di buonuscita ex art. 2122 cod. civ., questa si ripartisce in due quote, secondo il bisogno di ciascuno: una prima in favore dei figli, la seconda, a vantaggio del coniuge superstite e dell'ex coniuge, nei rapporti tra i quali la relativa quota va ripartita in ragione della durata dei rispettivi rapporti di coniugio»¹⁶⁷.

¹⁶⁵Cfr. A. MORA, *La successione nelle indennità ex art. 2122 cod. civ.*, cit., p. 1008.

¹⁶⁶Cfr. sul punto G. CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in *Quadrim.*, 1988, p.245.

¹⁶⁷V. Cass., sez. I, 4 febbraio 2000, n. 1222.

CAPITOLO SECONDO

Il regime giuridico delle relazioni non matrimoniali: le unioni civili e la convivenza di fatto nell'ambito della Legge 20 maggio 2016, n.76.

1. Il riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex* e la regolamentazione della convivenza di fatto. Posizione del problema.

Una volta enucleata la disciplina successoria posta in capo al coniuge superstite, è appena il momento di questionare, preliminarmente rispetto alla trattazione dell'argomento oggetto di ricerca, circa l'importanza sociale e giuridica rivestita nel nostro ordinamento dalla Legge 20 maggio 2016, n. 76, istitutiva delle unioni civili e posta a regolazione delle convivenze di fatto. Va anzitutto riportato, in via di prima premessa, che la legge in esame, di là da qualsiasi critica in ordine alla tecnica legislativa adoperata¹, segna, al pari della Novella del 1975², un momento fondamentale di riforma nell'ambito del diritto di famiglia, in quanto attribuisce giuridica rilevanza a nuovi modelli familiari, caratterizzati per la costituzione di unioni affettive non fondate sul matrimonio, pertanto diversi dal modello tradizionale, ma non per questo non meritevoli di tutela. Come già succintamente esplicitato nel corso del capitolo che precede, l'incedere sempre più fervente nel tessuto sociale di un pluralismo di relazioni non

¹ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 446, il quale definisce le nuove norme come «affaticate da sciattezza a ragione dello scarso riguardo ai principi costituzionali e per la scadente qualità lessicale».

² Sul punto v. G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in *Questionegiustizia.it*, 17 maggio 2016, p.1.

matrimoniali costituisce oggi «un dato di fatto indiscutibile e socialmente accettato»³, di cui l'ordinamento deve inevitabilmente prendere coscienza, il che prelude alla necessaria coesistenza fra diversi tipi familiari, nonché ad una declinazione della «famiglia al plurale»⁴; in sintesi, riprendendo una scolastica metafora della dottrina risalente, la famiglia non è più quell'istituto assimilabile ad «un'isola che il mare del diritto può solo lambire»⁵, quanto piuttosto un arcipelago costituito da isole maggiori e minori, tenute assieme e al contempo divise dal mare del diritto⁶.

In questo scenario il legislatore, nella consapevolezza del mutato comune sentire e avvertita come necessaria l'esigenza di «un riconoscimento giuridico delle unioni di fatto, ivi comprese quelle composte da persone del medesimo sesso»⁷, è chiamato a intervenire al fine di allineare la realtà giuridica a quella sociale, in una prospettiva, delineata anche da una sostenuta giurisprudenza sia nazionale che sovranazionale, sempre più proiettata alla «valorizzazione del modello pluralistico»⁸.

È con questo spirito - e con le difficoltà che si segnaleranno di seguito - che si giunge alla Legge c.d. Cirinnà, per il cui tramite si colma un vuoto legislativo ritenuto socialmente insostenibile, così concludendosi un percorso normativo ed etico-sociale proteso da un lato alla riduzione dello scarto di tutela che il nostro ordinamento ha scontato nei confronti

³ Così T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2016, p.372.

⁴ Cfr. M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1248 ss.

⁵ Cfr. A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, II, n.38,1948.

⁶ Cfr. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p.509 ss. Lo stesso autore ha poi parlato, a distanza di tempo e prendendo in considerazione il panorama europeo, di «famiglia in frantumi», v. F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013,pp. 767 ss.

⁷ Così T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., p. 373.

⁸ Così Corte cost., 15 aprile 2010, n.138.

degli altri Paesi europei in ordine ai diritti delle coppie omosessuali, oggi non più indifferenti al diritto⁹, e dall'altro all'attribuzione di una nuova ed innovativa veste giuridica per le coppie omo ed etero sessuali che non intendano sigillare il proprio rapporto entro i lacci formali propri dell'istituto matrimoniale¹⁰. Con ciò si comprende come l'ordinamento, mediante la legge posta in esame, provveda ad offrire alle coppie costituite da persone di sesso diverso un complesso di opzioni intese a regolare la propria relazione sentimentale¹¹, ed al contempo svolga un ruolo di rilievo per quanto concerne la lotta all'abbattimento delle diseguaglianze e delle discriminazioni fondate sul sesso, tracciando una linea nel senso di una maggiore salvaguardia nei confronti della persona omosessuale, nel cui solco si innesta l'attuale d.d.l. Zan, nel meritorio tentativo di riconoscere nell'omosessualità una manifestazione naturale del proprio essere¹², non un motivo di discriminazione o addirittura una condizione patologica dell'individuo¹³.

⁹ Sul punto cfr. R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 9, ove si sostiene che le coppie omosessuali non dovranno più vivere «all'ombra del diritto».

¹⁰ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 40 ss., ove si individua nella «scelta di sfuggire alle limitazioni giuridiche discendenti dal matrimonio o dall'unione civile», una delle ragioni per cui potrebbe costituirsi una convivenza *more uxorio*.

¹¹ In questo senso, in E. CALO, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, 2009, ove si parla anche di un «menu di opzioni regolative».

¹² Cfr. sul punto R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., p. 14, nonché F. BILOTTA, *Diritto e omosessualità*, in P. CENDON (cur.), *I diritti della persona. Tutela civile, penale e amministrativa*, vol. I, Torino, 2005, p. 375 ss., ove si indica che «l'orientamento sessuale è condizione caratterizzante l'individuo».

¹³ Sul punto va segnalata la presenza di talune «teorie riparative» intese alla cura dell'omosessualità. Per fortuna, suddette teorie, come sostenuto dalle maggiori associazioni di psicologia e psichiatria, non trovano riscontro scientifico. Per maggiore intelligenza cfr. P. RIGLIANO - J. CILIBERTO - F. FERRARI (cur.), *Curare i Gay? Oltre l'ideologia riparativa dell'omosessualità*, Milano, 2002, p. 97 ss.

2. Il percorso sociale e normativo che conduce alla Legge sulle unioni civili.

Certo è che il cammino che ha condotto al riconoscimento di queste attribuzioni, tanto per le coppie eterosessuali che, soprattutto, per quelle omosessuali, non è stato, come intuibile, particolarmente agevole – soprattutto in un contesto socio-culturale fortemente fermo e radicato nelle sue tradizioni come quello italiano, intriso di dottrina cattolica e imperniato attorno alla centralità del matrimonio - quanto piuttosto lungo e articolato, segnato dal succedersi nel tempo di provvedimenti giurisprudenziali e da mancati tentativi del legislatore di assicurare pieno valore giuridico alle unioni di fatto.

Va intesa in questo specifico senso tutta una serie di iniziative di matrice parlamentare, che ha dato causa ad una sorta di «proliferazione di progetti di legge»¹⁴, articolatasi via via nel corso degli anni nell'intenzione di assicurare una disciplina organica alle convivenze e più in generale alle unioni non fondate sul matrimonio, siano esse instaurate fra persone di sesso diverso che fra persone dello stesso sesso. Degne di nota in tal senso, soprattutto in quanto aventi il merito di aver posto in apertura la discussione circa le unioni civili in Italia, sono le iniziative, ancorché mai calendarizzate, dell'Interparlamentare delle Donne Comuniste¹⁵, nonché la proposta di legge presentata alla Camera il 12 febbraio 1988, n.2340, recante «Disciplina della famiglia di fatto», alla firma della deputata Agata Alma Cappiello, intesa a

¹⁴L'espressione si trova in A. MASCIA, *La famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Matelica, 2006, p.56.

¹⁵ L'iniziativa sfociò nella presentazione di un disegno di legge sulle unioni civili, mai calendarizzato, da parte della senatrice Ersilia Salvato e delle onorevoli Romana Bianchi e Angela Bottari. Sul punto cfr. V.S. MONACO, *I nuovi alfabeti delle famiglie arcobaleno: tra diritti e rovesci*, in F. CORBISIERO-R. PARISI (cur.), *Famiglia, omosessualità. Genitorialità. Nuovi alfabeti di un rapporto possibile*, Velletri, 2015, pp. 35 ss.

riconoscere formalmente le convivenze *more uxorio*, indipendentemente dal sesso dei *partners*¹⁶.

In conseguenza di ciò, nonostante le sopracitate iniziative non condussero a esito positivo, si animò sempre più intensamente il dibattito politico intorno all'esigenza di assicurare tutela giuridica alle coppie di fatto, anche alla luce delle molteplici sollecitazioni promosse in sede comunitaria dal Parlamento Europeo¹⁷.

È in questo clima che, nell'unitario intento di portare a risoluzione la questione circa la regolamentazione delle unioni affettive paraconiugali, si susseguirono diversi progetti, a iniziare dai disegni di legge sostenuti da esponenti delle diverse forza politiche nel corso della XIII Legislatura¹⁸ – a dire il vero mai entrati a far parte dell'ordine del giorno dei lavori delle Camere, vista la politica ostruzionistica messa in atto dalle anime cattoliche in seno ai partiti¹⁹ – per continuare poi, nell'arco della Legislatura successiva, con una proposta recante «Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto», a

¹⁶ La proposta prevedeva un regime di tutela per i conviventi consistente nella iscrizione anagrafica, nella possibilità di trovare regolamentazione del proprio rapporto sentimentale in via contrattuale, ed ancora di poter adire un giudice in caso di cessazione della convivenza. Sul punto, per maggiore conoscenza v. G. DUPUIS, *La proposta Cappiello per una disciplina della «famiglia di fatto»*, in *Iustitia*, 1989, p.68 ss.

¹⁷In questo senso si legga la Risoluzione del Parlamento Europeo sugli eguali diritti per omosessuali e lesbiche nella CE, 8 febbraio 1994, in G.U.C.E., C 061 del 28 febbraio 1994, p. 40 ss. ove richiama gli stati membri «a porre fine all'iniquo trattamento delle persone con orientamento omosessuale dal punto di vista delle disposizioni legali e amministrative» e richiede alla Commissione di produrre una raccomandazione intesa a garantire «alle coppie omosessuali tutti i diritti del matrimonio». Per maggiori dettagli cfr. P. SCHLESINGER, *Una Risoluzione del Parlamento Europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, p.393 ss.

¹⁸Su tutti cfr. Proposta di legge C. 4657 (XIII Legislatura) del 12 marzo 1998, Disciplina dell'unione affettiva, a firma dei deputati della Sinistra Democratica Antonio Soda, Nilde Iotti, Giovanna Melandri, Pietro Folena e di quelli di Forza Italia Lucio Coletti e Marco Tardash.

¹⁹ Al proposito una dottrina parla di «veto espresso ed esplicito delle gerarchie cattoliche, influenti sulle coalizioni». Così S. MAUCERI, *Omafobia come costruzione sociale. Processi generativi del pregiudizio in età adolescenziale*, Milano, 2015, p. 197.

iniziativa dell'on. Franco Grillini²⁰, con la quale si tentava di aprire la strada nella nostra realtà giuridica al criticato «patto civile di solidarietà» (c.d. PACS), riconosciuto pochi anni prima nell'ordinamento francese, nell'intenzione di attribuire giuridica esistenza alle unioni non matrimoniali, omo ed eterosessuali, mediante un accordo di natura negoziale siglato dinanzi ad un ufficiale dello stato civile o ad un notaio²¹.

Naufragato anche questo tentativo, non si riuscì ad addivenire ad una giusta ed adeguata risoluzione al problema neanche mediante la presentazione del disegno di legge sui «diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi» (c.d. Di. Co.), aspramente criticato dal mondo cattolico²², varato dal Consiglio dei Ministri l'8 febbraio del 2007, che prospettava, in favore di quanti risultassero essere conviventi sulla base di una dichiarazione contestuale, da un lato l'attribuzione di prerogative tanto in ambito sanitario quanto circa quello previdenziale, mentre dall'altro poneva a loro carico l'obbligo di assolvere doveri alimentari, assistenziali e di solidarietà.

Tutto ciò vale a specificare che, nonostante la bontà delle intenzioni alla base delle suddette proposte, l'Italia si dimostra ancora una volta troppo legata alle sue tradizioni, poco incline al cambiamento e non pronta a

²⁰ Proposta di legge C. 3296 (XIV Legislatura), a iniziativa di Franco Grillini, Barbara Pollastrini, Luciano Violante, presentata il 21 ottobre 2002. Per maggiore conoscenza cfr. M. ARAMINI, *PACS, matrimonio e coppie omosessuali: quale futuro per la famiglia*, Milano, 2006, pp.40 ss.

²¹ L'istituto riprende la struttura del *pacte civile de solidarité*, introdotto nel sistema francese in esito all'entrata in vigore della legge 15 novembre 1999, n.99-994. Il progetto è stato fortemente criticato in ordine alla riconduzione dei diritti dei conviventi ad un istituto svolgente funzioni di adempimento anagrafico «finalizzato alla raccolta dell'insieme delle posizioni relative alle persone che hanno fissato in un Comune la propria residenza». Così S. CACACE, *Nella buona e nella cattiva sorte? Riflessioni in materia di convivenza senza matrimonio in Italia e non solo*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, vol. I, pp. 77 ss.

²²Cfr. sul punto M. SIMONE, *Le cosiddette unioni di fatto*, in *Civiltà cattolica*, 2007, pp. 495 ss., ove si attacca il suddetto d.d.l. in quanto volto al «protagonismo onnipotente delle preferenze individuali» ed inoltre teso alla poligamia.

segnare un cambio di passo nel modo di intendere la famiglia, nonché incapace nelle sue componenti politiche di portare a concretezza quanto sentito come necessario nella coscienza sociale.

Questa ferma rigidità esita dunque in una situazione di *impasse* normativo, superata solo con l'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n.76 – peraltro, come si dirà fra breve, sollecitata da pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Strasburgo - il che finisce per acuire ancor di più il ritardo accumulato dal nostro Paese in tema di tutela dei diritti fondamentali della persona rispetto al resto d'Europa, nel cui contesto si è provveduto, da parte di molti Stati, all'introduzione di una normativa in materia di unioni omosessuali registrate già sul finire degli anni ottanta²³.

In un siffatto scenario, come anticipato, svolge un ruolo di rilievo l'attività propria della giurisprudenza, finalizzata a ridurre questo *deficit* avvertito rispetto «ai nostri vicini europei»²⁴, nonché intesa a dare una nuova chiave di lettura al dettato costituzionale in maniera più aderente alle nuove esigenze ed alla luce dell'evoluzione e dei mutamenti occorsi nella società²⁵, col preciso intento di attribuire la giusta dignità alle emergenti unioni di fatto, accanto al pur sempre centrale (ma non più esclusivo) modello di famiglia tradizionale fondata sul matrimonio²⁶.

²³In Danimarca si giunge a questo esito nel 1989 e nel 2012 si apre al matrimonio fra omosessuali. Il primo Paese, invero, a consentire l'accesso al matrimonio gay è stato l'Olanda nel 2001, seguito via via da Belgio, Spagna, Portogallo, ecc... Per maggiore intelligenza cfr. E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011, pp. 48 ss.

²⁴ Cfr. sul punto V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 7 ss.

²⁵In merito va detto che «gli enunciati della Costituzione vanno letti in funzione dell'evoluzione del contesto storico» v. N. LIPARI, *Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali*, in *Foro.it*, 2015, V, pp.19 ss.

²⁶ Sul riconoscimento di nuovi modelli familiari alternativi a quello tradizionale, v. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1043 ss.

Ponendoci in questa prospettiva si può comprendere quale il rilievo di alcuni provvedimenti resi sia dalla Consulta che dalla Corte di Cassazione che hanno avuto il merito di riconoscere nell'unione omoaffettiva non solo una fattispecie giuridica meritevole di tutela, ma altresì «una formazione sociale cui spetta il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia»²⁷ e che necessita di «acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione»²⁸, finendo così per rendere necessaria una estensione dell'applicabilità del regime di salvaguardia previsto dagli artt. 2-3 Cost. anche in favore delle suddette unioni.

A ben vedere il carattere innovativo che connota questo filone intrapreso dalla giurisprudenza interna si pone nel solco già tracciato a livello comunitario da alcuni interventi della Corte Europea di Strasburgo²⁹, pronunciati nell'intenzione di assicurare alle coppie omosessuali una maggiore tutela, riconoscendo nella loro costituzione una unione di tipo familiare tutelata a norma dell'art. 8 CEDU, nonché attribuendo alle persone dello stesso sesso, oltre che il diritto minimo ed essenziale al rispetto della propria vita privata e familiare, anche il diritto alla contrazione del vincolo matrimoniale secondo però le limitazioni e attraverso le modalità discrezionalmente elette internamente a ogni singolo ordinamento.

²⁷Così Corte cost. 15 aprile 2010, n.138, con cui si dichiara la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata circa la possibile violazione degli artt. 3 e 29 Cost. da parte degli articoli del codice civile nella parte in cui precludono alle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

²⁸Così Cass. 9 febbraio 2015, n.2400.

²⁹ V. Corte EDU, *Schalk and Kopf c. Austria*, sent. 24 giugno 2010, ricorso n.30141/04, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 1137 ss.; Cfr. sul punto anche M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2012, II, pp. 451 ss.

Ciò vale a specificare che la strada intrapresa dalla Corte EDU, più che dirigersi verso l'imposizione dell'obbligo di predisporre una normativa uniforme in seno ai diversi Stati in tema di matrimonio fra persone omosessuali - il cui diritto è comunque implicitamente inglobato nella sfera di tutela posta dall'art. 12 CEDU e dall'art. 9 della Carta di Nizza³⁰ - sembra rivolgersi nel senso di una maggiore autonomia lasciata ai diversi ordinamenti nel decidere con quale forma e mediante quale istituto riconoscere siffatte unioni davanti alla legge, purché ciò avvenga nell'ossequiosa osservanza dei dettami della Convenzione. Nel panorama europeo, pertanto, il riconoscimento giuridico dei diritti spettanti alle coppie omosessuali - assieme alla formalizzazione delle rispettive unioni - avviene in maniera fortemente diversificata fra i diversi Paesi, in linea coerente rispetto al sistema giuridico di riferimento ed a seconda del particolare assetto costituzionale di ogni singolo Stato, tenuta inoltre presente la concezione di famiglia radicata nella coscienza sociale all'interno delle singole comunità³¹.

Orbene, già solo alla luce di quanto finora sostenuto, anche unitamente alla concezione di famiglia che risulta illustrata dalla lettera della norma contenuta all'interno dell'art. 29 Cost.³², si può comprendere come non sia di facile praticabilità intraprendere la via del matrimonio per rendere effettivo il riconoscimento di siffatte unioni in seno all'ordinamento giuridico italiano. Nel nostro sistema infatti risulta forte l'idea che

³⁰ In tal senso va riportato che gli articoli in questione si riferiscono sia al Diritto di sposarsi che a quello di costituire una famiglia, i quali vanno garantiti «secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio».

³¹ Alcuni Stati in effetti ammettono le persone di sesso uguale alla contrazione del matrimonio (ad es. Olanda, Belgio, Paesi nordici, Inghilterra, Spagna, Francia), altri seguono il modello delle *partnerships* (Germania e Austria). Per maggiore conoscenza cfr. A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?* A cura di B. PEZZINI- A. LORENZETTI, Napoli, 2011, pp. 255ss.

³² Sul punto e per maggiore intelligenza cfr. A.M. SANDULLI, *Commento all'art 29 cost.*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Padova, 1992, pp.7 ss.

l'istituto matrimoniale, sì come strutturato a norma del codice civile, sia inteso quale prerogativa posta nella disponibilità delle sole coppie eterosessuali, essendo considerata la diversità di sesso dei nubendi un elemento indefettibile, contenuto minimo e paradigmatico per la corretta contrazione del vincolo che scaturisce dal matrimonio³³.

Ciò, si badi, non sta a significare che i diritti delle coppie omosessuali non possano trovare margini di protezione all'interno del nostro ordinamento - come pur autorevolmente sostenuto da taluno che ravvisa finanche profili di illegittimità costituzionale nelle unioni di fatto³⁴ - né tantomeno che questi modelli familiari rappresentino «un attentato alla stabilità e integrità del modello tradizionale di famiglia fondato sul matrimonio»³⁵, quanto piuttosto e più semplicemente va preso atto che l'ambito di tutela entro il quale riconoscere giuridica esistenza alle unioni in parola, dando origine ad una sorta di famiglia di fatto e costituendo *in nuce* un modo attraverso cui l'individuo può esprimere la propria personalità, deve essere rappresentato non già dall'art. 29 Cost., bensì dall'art. 2 Cost.³⁶. Pertanto, pur nell'impossibilità di ricondurre le unioni *same sex* al modello familiare tradizionale e

³³Va riportata in questo senso una pronuncia della Consulta in tema di c.d. "divorzio imposto", con cui si ribadisce l'incorporazione del paradigma eterosessuale del matrimonio e viene dichiarata «l'illegittimità costituzionale degli artt.2 e 4 della l. 164/1982 nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima». Cfr. Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro.it*, 2014, I, pp. 2685 ss.

³⁴ Di questo avviso è A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?* in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, pp. 19 ss.

³⁵ Così T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, cit., pp.367 ss.

³⁶ Per una dottrina ciò non potrebbe sussistere, atteso che l'unica formazione sociale familiare tutelata dall'ordinamento sarebbe quella prevista dall'art. 29 Cost. In questo senso cfr. A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, pp. 329 ss.

costituzionalmente accettato, merita rilevare che le Magistrature Superiori, proiettandosi nel senso di una visione sempre più personalistica della famiglia³⁷, hanno palesato la necessità di attribuire una nuova ed adeguata veste giuridica a siffatte unioni, affidando nelle mani del legislatore ordinario³⁸ il compito di delineare «una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei suoi componenti»³⁹, permettendo inoltre alle coppie omosessuali di avere accesso, in costanza di specifiche situazioni, ad un «trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tal sede, sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni applicabili nelle singole fattispecie»⁴⁰. Sicché si comprende come la «massima sollecitudine»⁴¹ con cui la Corte Costituzionale esorta alla previsione di una forma di riconoscimento istituzionale per le unioni omosessuali, ancorché diversa dal matrimonio, comporti la costituzione di una «obbligazione positiva»⁴² in capo al Parlamento di introdurre una disciplina normativa a tutela dei diritti delle coppie *same sex*.

A ciò va rilevato che siffatto obbligo ha trovato motivo di adempimento con la legge 20 maggio 2016, n.76, la cui entrata in

³⁷ Cfr. sul punto P. ZATTI, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO-M. FORTINO-F. RUSCELLO, Milano, 2011, pp. 3ss.; anche una giurisprudenza è nel senso di ritenere che i diritti individuali non possono essere sacrificati a vantaggio della tutela del gruppo familiare inteso come antagonista dei diritti delle persone, cfr. sul punto Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494.

³⁸ È la Cassazione a individuare nel Parlamento il soggetto avente il compito di adeguare il modello normativo. Sul punto v. Cass. 15 marzo 2012, n. 4184; ed inoltre Cass., 9 febbraio 2015, n.2400.

³⁹ Così Cass. 15 aprile 2010, n. 138.

⁴⁰ V. Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, pp.588 ss; cfr. sul punto P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corriere Giur.*, 2012, pp. 861 ss.

⁴¹ Così Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170.

⁴² L'espressione si trova in G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, cit., p. 1775.

vigore, invero, è stata necessitata da una pronuncia della giurisprudenza comunitaria del 2015, con cui la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione del diritto di una coppia gay alla normale conduzione della propria vita privata e familiare, consacrato, come visto, dall'art. 8 CEDU, punendo l'atteggiamento inerte mantenuto dal Governo italiano, avendo mancato di «assicurare che i ricorrenti potessero disporre di uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali»⁴³.

Or dunque, nella piena consapevolezza che uno dei motivi precipui che ha spinto il nostro Paese al formale riconoscimento delle unioni omosessuali consiste proprio nell'esigenza di adeguarsi alla sanzione comminata a livello comunitario, va comunque rilevato che l'intervento del legislatore del 2016 costituisce il primo atto normativo attraverso il quale il nostro ordinamento attribuisce pieno valore dinanzi alla legge alle coppie *same sex*, ponendosi pertanto in conclusione un dibattito che, come visto, ha animato la comunità politica e la società per oltre un trentennio⁴⁴. Ciononostante la dottrina, pur riconoscendo il valore fondamentale del testo in questione, soprattutto in considerazione dell'impatto avuto a livello sociale, ha trovato il modo di criticarne taluni aspetti, non tanto circa «la scelta politico-ideologica»⁴⁵, quanto piuttosto nell'ordine dello stile e della struttura formale utilizzata⁴⁶.

⁴³Si tratta del caso Oliari e altri c. Italia, Corte EDU, 21 luglio 2015, n. 18766/2011, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, pp. 918 ss.

⁴⁴La legge è considerata infatti «una tappa fondamentale nel percorso verso il riconoscimento delle unioni omosessuali dinanzi alla legge e la rimozione delle disuguaglianze legate al sesso». Così S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2016, pp. 567-570.

⁴⁵Così G. BONLINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 446.

⁴⁶Una dottrina ne parla nel senso di «un attentato all'estetica giuridica», così M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, in *Fam. dir.*, 2016, 10, p. 878.

Le maggiori criticità che presenta il testo normativo ineriscono in prima maniera alla strategia messa in atto dal legislatore circa la tecnica legislativa in uso ed inoltre riflettono il particolare e burrascoso *iter* che ne ha condotto all'approvazione⁴⁷, frutto di un clima di compromesso politico che ha inevitabilmente segnato il corso dei lavori parlamentari.

Ampiamente discussa è stata in effetti la scelta di dare ingresso nel nostro sistema giuridico alle unioni fra persone dello stesso sesso adoperando la via della legislazione speciale, senza con ciò incidere sulla portata degli articoli del codice civile, muovendo di fatto una riforma complessiva e disorganica del diritto di famiglia rivolta nel senso di quel processo di decodificazione della materia avviatosi già con la fondamentale L.898/1970, istitutiva del divorzio, e proseguito poi con l'introduzione della L. 219/2012, che ha varato il principio dell'unicità dello *status* di figlio⁴⁸.

Ciò detto, nonostante il c.d. testo unificato presentato dalla sen. Monica Cirinnà fosse nato con la precisa intenzione di organizzare in maniera chiara e unitaria la disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto, operando un coordinamento fra i plurimi disegni di legge via via seguitisi nel corso della XVII Legislatura sul tema⁴⁹, l'approvazione del

⁴⁷ Per una sintesi cfr. M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci ed ombre*, in *Jus*, 2016, p.1 ss.; nonché per una panoramica sul processo parlamentare A. SCHILLACI, *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in *GenIus*, 2-2016, pp. 18 ss.

⁴⁸Cfr. sul punto G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della L. 20 maggio 2016, n.76, integrata dai d.lgs. 19 gennaio 2017, n.5*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1/2017, pp. 101 ss.; inoltre cfr. nello stesso senso G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili, cit.*, p. 1, ove stabilito che «la collocazione più corretta dell'unione civile così come delle convivenze, non fosse altro che per la loro rilevanza generale, sarebbe stata nel codice civile».

⁴⁹Sul punto si dividono tre gruppi: un primo volto ad estendere alle coppie omosessuali l'istituto matrimoniale (v. ad es. d.d.l. S. 15 di iniziativa di Sergio Lo Giudice), un secondo volto all'introduzione di un nuovo istituto giuridico per le coppie omosessuali (v. ad es. la proposta di legge S.1115 ad iniziativa di Giancarlo

testo definitivo del maxi-emendamento - presentato su iniziativa del Governo e su cui fra l'altro è stata posta la fiducia - finisce per ingenerare confusione e per conferire alla materia una trattazione poco armonica e disomogenea, tenuto conto di alcuni problemi stilistici dati dalla diversità di tecniche redazionali utilizzate⁵⁰, ed atteso che i sessantanove commi che costituiscono l'unico articolo di cui consta l'atto affrontano, in unico contesto e senza linee di continuità, la disciplina di due fattispecie di per sé molto diverse, tanto che il discorso è impostato in modo da poter distinguere, non senza equivoci, due nuclei argomentativi, dei quali il primo (commi 1- 34) si rivolge alla introduzione del nuovo istituto delle unioni civili fra omosessuali, mentre il secondo (commi 35-69) si occupa della regolamentazione della convivenza *more uxorio* sia fra persone dello stesso sesso che fra quelle di sesso diverso⁵¹. Di più può dirsi che ha destato non poche perplessità la scelta del legislatore di non apportare nel contesto della legge in esame le dovute e più adeguate modificazioni ed integrazioni

Galan), un terzo che proponeva la creazione di un istituto giuridico aperto tanto alle coppie etero che a quelle omo sessuali (v. ad es. d.d.l.S. 14 a iniziativa di Luigi Manconi e Paolo Costantini). Per maggiori informazioni cfr. M. GATTUSO, *Principi e carattere generali*, in *Trattato di diritto di famiglia: Le Riforme*, diretto da P. ZATTI, cit., pp. 3 ss.

⁵⁰ La legge è connotata da rinvii espliciti alla disciplina del matrimonio, come nel caso del regime patrimoniale (comma 13), in ordine alla disciplina successoria (comma 21); dall'istituzione di regole *ad hoc*, come nel caso di quelle legate alla costituzione ed alla certificazione dell'unione (commi 11-12) od ancora circa il cognome comune (comma 10); da ricalchi delle disposizioni sul matrimonio, sostituendo al termine «coniuge», quello di «parte dell'unione civile», come in materia di ordini di protezione (comma 14) od anche in tema di amministrazione di sostegno (comma 15). Sul punto cfr. M. GATTUSO, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in M. WINKLER- M. GATTUSO- G. BUFFONE, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, pp. 38 ss.

⁵¹ Per M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali*, in *il Mulino*, 3/2007, 452 ss., spec. 460, si tratta di «situazioni incommensurabili». Nello stesso senso cfr. S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, cit., p. 568, ove si statuisce che la Legge Cirinnà alimenta «un equivoco perché riunisce sotto la medesima rubrica le due situazioni incomparabili, nell'idea che si debbano tutelare «formazioni sociali» ex art. 2 Cost.».

tese ad un migliore coordinamento sia con le disposizioni dell'ordinamento dello stato civile - soprattutto in tema di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni - sia con quelle proprie del diritto internazionale privato che, più in generale, con le altre leggi o fonti secondarie, ma di delegare al Governo il completamento della relativa disciplina mediante l'adozione di alcuni decreti attuativi, entrati in vigore nel febbraio del 2017, secondo la procedura risultante dai commi 28-31⁵².

3. Il “quasi matrimonio” fra persone dello stesso sesso. L'istituto delle unioni civili e quello matrimoniale a confronto.

Nel corso dei paragrafi che precedono si è avuto modo di guardare in filigrana i momenti più salienti del percorso che conduce all'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n.76, cogliendone i profili critici e portando in luce le motivazioni storiche e sociali che hanno spinto il legislatore a riconoscere formalmente l'unione omosessuale come fattispecie giuridicamente rilevante.

Orbene, muovendo un ulteriore passo in avanti nella direzione cui tende il presente lavoro, risulta quanto mai necessario entrare nel merito dell'istituto dell'unione civile, ponendone in attenzione gli aspetti peculiari ed al fine di delinearne il regime di regolazione normativa e lo statuto giuridico, anche passando attraverso un necessario confronto con l'istituto matrimoniale. Come visto, il legislatore italiano del 2016, libero dall'assolvimento di obblighi di forma in ordine alla scelta dell'istituto con cui adeguarsi ai dettami della giurisprudenza della

⁵² V. sul punto D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5-6-7, in vigore dall'11 febbraio 2017. Cfr. sul punto, soprattutto in ordine agli aspetti critici sollevati, V. MAZZOTTA, *Art. 1 commi 28-31. Delega al Governo per l'ulteriore regolamentazione dell'unione civile*, in M.A. LUPOI- C. CECHELLA- V. CIANCIOLO- V. MAZZOTTA (cur.), *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla Legge n. 76/2016*, pp. 162 ss.

Corte EDU, intesi al necessario riconoscimento della piena rilevanza giuridica delle coppie omosessuali, ha optato, nella varietà di modelli che si staglia nel panorama europeo, per il modello «dualistico», incanalandosi nella via intrapresa prima dall'ordinamento tedesco, poi da quello svizzero ed ancora da quello austriaco⁵³, avendo previsto, accanto al matrimonio, l'istituzione dell'unione civile fra persone dello stesso sesso⁵⁴, che si presenta pertanto come un istituto atto a conferire una veste giuridica ad un particolare modo di esprimere la vita familiare, per il cui tramite si consacra «il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile»⁵⁵.

È dunque nell'esclusione della possibilità di aprire al c.d. “matrimonio egualitario”⁵⁶ - inteso quale specifica forma che permette l'accesso all'istituto matrimoniale indipendentemente dal genere dei nubendi - nonché nella predisposizione di un regime di registrazione *ad hoc* per

⁵³ Si segnala sul punto l'entrata in vigore della legge sul «Partenariato di vita» del 16 febbraio 2001 che vara nel sistema tedesco il *Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG)*; v. F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco- quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove Leggi civili comm.*, 2016, pp. 1105 ss.; per l'ordinamento svizzero v. legge “sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali” (LUD) del 18 giugno 2004 che disciplina l'istituto dell'unione domestica registrata; mentre in Austria entra in vigore nel 2010 l' *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*.

⁵⁴ Il concetto stesso di “istituzione” porta una dottrina a ritenere che «piuttosto che di una forma di comunanza di vita che si rinviene nell'esperienza sociale», le unioni civili sarebbero da intendersi come frutto di una «creazione del potere legislativo». Così cfr. M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e concezione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 884 ss.

⁵⁵ Così Consiglio di Stato, sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Parere 21/07/2016 sullo Schema di D.P.C.M. recante “*Disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76*”.

⁵⁶ Questo modello monistico è in vigore nella maggior parte dei Paesi europei e non (vedi ad esempio la legge del 15 luglio 2010, n. 26.618 che vara il *matrimonio egualitario* in Argentina), fra cui vanno riportati i casi di Francia, Olanda e Spagna che, diversamente dall'Italia hanno corretto le disposizioni dei rispettivi codici civili nel senso di una estensione del matrimonio anche agli omosessuali. Sul punto cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso*, cit., pp. 106 ss.; nonché per una panoramica cfr. A. PERRELLI, *La tutela delle unioni omosessuali: il d.d.l. Cirinnà e l'adempimento del legislatore*, in D. FERRARI (cur.), *I diritti delle coppie omosessuali: la parola al Parlamento*, Padova, 2016, pp. 115 ss.

le unioni fra omosessuali, che si ravvisa la volontà del legislatore di connotare l'unione civile in termini di alterità rispetto al matrimonio, il cui assetto permane immutato e la cui struttura, pertanto, continua a conservare nella diversità di sesso un necessario presupposto di validità per la corretta contrazione del vincolo coniugale. In questa logica, letta la norma di cui all'art. 1, comma 1, L. n. 176/2016, viene attribuita all'unione civile la natura di «specifica formazione sociale», la cui espressione, utilizzata in senso «'latissimo e generico'»⁵⁷ ed in recezione delle succitate sentenze 138/2010 e 170/2014 pronunciate dalla Consulta, postula il problema di una possibile riconduzione al concetto di famiglia di queste stabili convivenze instaurate fra persone maggiorenni e dello stesso sesso, giacché non tutelate dalla previsione della norma di cui all'art. 29 Cost., quanto piuttosto riconosciute, per espresso riferimento del comma in esame, nell'ambito di protezione degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

A ciò va ravvisato che l'opinione prevalente da un lato riconosce alle unioni in parola - pur ammettendone l'implicita appartenenza al genere delle formazioni sociali cui tramite si svolge la personalità del singolo⁵⁸ - una natura intrinsecamente familiare, e dall'altro propone un superamento della concezione di famiglia radicata nel dettato costituzionale, in quanto protesa a tutelare esclusivamente le compagini familiari fondate sul matrimonio, palesando così la necessità di una revisione del testo del primo comma dell'art 29 Cost. nel senso di una

⁵⁷Così si pronuncia G. BRUNELLI, *Matrimonio same sex e unioni civili alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Forum Quad. cost.*, *forumcostituzionale.it*, 11 novembre 2015, p. 10.

⁵⁸ In questo senso cfr. S. ROSSI, *La "legge Cirinnà", tra love rights e politica del diritto*, in *Studium Iuris*, 2016, p.985, ove statuito che il richiamo all'art. 2 Cost. «si riduce a mero artificio retorico nella misura in cui ogni formazione sociale è *species* di un *genus*, dotata di proprie peculiarità».

maggior conformità rispetto alla mutata considerazione del fenomeno all'interno della coscienza civile⁵⁹.

V'è inoltre da dire che, in linea con l'obiettivo di «evitare una completa coincidenza col matrimonio»⁶⁰, la legge in esame ha predisposto delle differenze – poche a dire il vero - rispetto all'istituto matrimoniale tanto nell'ordine delle modalità di costituzione dell'unione civile che circa la natura di taluni effetti personali che scaturiscono in capo alle parti dalla instaurazione del rapporto.

In prima maniera rileva che mentre il matrimonio è «celebrato» innanzi all'ufficiale dello stato civile o comunque davanti ad un ministro di culto e secondo le formalità previste dal codice civile, così, alla luce dell'art. 1, comma 2, L. n. 176/2016, l'unione civile è «costituita» in esito ad un procedimento meramente amministrativo che si conclude mediante la registrazione in archivio di una dichiarazione, che assume la veste dell'atto pubblico, con cui le parti manifestano congiuntamente il proprio consenso di fronte all'ufficiale dello stato civile ed alla presenza di due testimoni⁶¹. Questa distinzione apparentemente di carattere solo terminologico, assume in realtà un valore non meramente descrittivo in termini funzionali, atteso che dietro l'assenza dell'elemento solenne circa la particolare procedura di costituzione dell'unione civile si segnala la volontà del legislatore di prendere ancora una volta le distanze dall'istituto matrimoniale, nella cui logica peraltro va intesa l'individuazione dei suoi protagonisti come “parti”, il

⁵⁹Cfr. sul punto T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, pp. 152 ss; nonché G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp.446 ss., ove si dice che «la strada maestra non avrebbe che potuto essere quella della revisione costituzionale della norma racchiusa nel primo comma di detto articolo, a ragione del sicuro mutamento della coscienza civile, che esige di tener conto dei nuovi modi di essere della vita familiare, da affiancare alla famiglia fondata sul matrimonio».

⁶⁰Così S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, cit., p. 569.

⁶¹Cfr. sul punto G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 449 ss.

che, ponendo l'accento sui profili squisitamente patrimoniali del rapporto, ne dimostra una dimensione puramente «contrattualistica»⁶². Anche nell'ordine degli impedimenti alla costituzione del vincolo si appuntano delle sostanziali differenze fra i due istituti, atteso che il legislatore del 2016 non ha optato per la strada del richiamo, per quanto applicabile, alla disciplina sulle «condizioni necessarie per contrarre matrimonio», di cui ad artt. 84-92 cod. civ., quanto piuttosto ha provveduto nel senso di una elencazione tassativa delle singole cause impeditive dell'unione civile, che di fatto riprende le disposizioni del codice⁶³. In questo senso la mancanza della libertà di stato, l'interdizione di una delle parti per infermità di mente, la sussistenza di vincoli di parentela, affinità o adozione, nonché, per ragioni di ordine pubblico, la condanna di un contraente per omicidio, anche solo tentato, nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte, ostano alla corretta contrazione del vincolo e, di più, la costituzione dell'unione civile in violazione di una di queste cause impeditive sarà soggetta a impugnazione proponibile tanto da ciascuna delle parti, dai loro ascendenti, quanto dal pubblico ministero od anche da chiunque ne abbia interesse legittimo ed attuale, secondo le disposizioni degli artt. 64-65 cod. civ. , nonché artt. 119-129 bis cod. civ.⁶⁴

⁶²Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 446-447, ove si definisce l'unione civile come contratto e, di più, che «il carattere patrimoniale riveste importanza centrale, a differenza che per il matrimonio, negozio giuridico costitutivo, anzitutto e soprattutto, della comunione di vita spirituale e materiale dei suoi protagonisti». Ciò risulta anche dalla lettera della norma di cui al comma 16, il quale individua nella violenza «una causa di annullamento del contratto».

⁶³Una dottrina è stata molto critica sul punto. Cfr. G. IORIO, *Costituzione dell'unione civile. Cause di impedimento ed altre cause di nullità*, in M. GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto (L. 20 maggio 2016, n.76)*, Rimini, pp. 69 ss.

⁶⁴Una dottrina parla nel senso di «un incedere disordinato» da parte del legislatore nel delineare il quadro dell'invalidità dell'unione civile. In questo senso cfr. R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, pp. 10 ss.

Come per la diversa modalità di costituzione del rapporto fra uniti civilmente, anche la cessazione della vita in comune segue un percorso parallelo rispetto alla disciplina dello scioglimento del vincolo matrimoniale. In effetti il regime posto dai commi 22-23-24-25 e 26 dell'art.1 della legge in esame, nell'elencare le cause che comportano il venir meno del vincolo instauratosi fra gli uniti civilmente⁶⁵, non solo non prevede un richiamo alla disciplina posta dal codice in tema di scioglimento del rapporto matrimoniale, ma addirittura arriva ad escludere l'applicabilità all'unione civile della separazione, finendo poi per permettere alle parti di sciogliere unilateralmente e senza motivazione il vincolo che le lega mediante una dichiarazione resa dinanzi all'ufficiale dello stato civile ed a seguito di una procedura attivabile «entro tre mesi dalla data di manifestazione di volontà»⁶⁶.

Ciò detto, è guardando alla produzione degli effetti scaturenti dalla costituzione del vincolo fra gli uniti civilmente che si profilano le differenze più importanti ed incisive rispetto al matrimonio, alcune delle quali, muovendo dall'esigenza di una tutela maggiormente paritaria per ognuno dei *partner*, si impongono come «opzioni normative più moderne e avanzate, che ben potrebbero essere utilizzate anche per le coppie eterosessuali»⁶⁷.

⁶⁵ Fra queste, secondo il comma 22, la morte o la dichiarazione di morte presunta di una delle parti. Inoltre, in base al comma 23, è richiamata la disciplina dei casi di divorzio di cui all'art.3 l. n. 898/1970. Il comma 26 prevede lo scioglimento dell'unione ove pronunciata sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso nei confronti di una parte dell'unione civile.

⁶⁶Cfr. sul punto M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in in *Giur. It.*,2016, pp. 1792 ss.; nonché F. ROMEO- V. GIORGIANNI, *Lo scioglimento dell'unione civile*, in *Trattato di diritto di famiglia: Le Riforme*, cit., pp. 65 ss. ove si individua nello scioglimento unilaterale dell'unione civile un modello che «potrebbe avere, in futuro, un effetto trainante sulla disciplina della patologia del matrimonio».

⁶⁷Così N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. PANE (a cura di) *Famiglia e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, pp. 39 ss., p.52.

Va di certo in questa direzione la portata dell'art. 1, comma 10, L. n. 76/2016, con cui si permette alle parti unite civilmente, diversamente rispetto a quanto accade nei rapporti fra coniugi⁶⁸, di eleggere liberamente, «scegliendolo tra i loro», un cognome comune, all'atto di costituzione dell'unione civile od anche in un momento seguente, che si aggiunga affianco a quello originario e che venga mantenuto lungo tutto l'arco di durata del vincolo, senza per ciò comportare l'obbligo di una modificazione anagrafica⁶⁹.

Più perplessità sorgono invece circa la scelta di escludere dal regime dei rapporti personali fra gli uniti civilmente l'obbligo reciproco alla fedeltà ed il dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia, il che per taluno sarebbe da considerarsi come il frutto di una «vis “eliminativa” di ogni traccia di “famiglia” dalla disciplina dell'unione civile»⁷⁰ che anima il legislatore del 2016 e che lo spinge ad attribuire al matrimonio «il monopolio della fedeltà»⁷¹. Invero va specificato che lo stralcio di siffatti obblighi dalla disciplina dell'unione civile non sembra costituire un danno irreparabile, atteso che quello di collaborare nell'interesse della famiglia viene in rilievo quale dovere implicito, che discende cioè dal più generale dovere di assistenza morale e

⁶⁸Sul punto si guardi la portata dell'art. 143bis cod. civ. con cui si dispone che «la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze».

⁶⁹Cfr. per maggiore conoscenza M. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 911 ss.; nonché A. TORRENTE -P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 1292 ss., ove si parla di «cognome d'uso». In giurisprudenza v. Corte cost., 22 novembre 2018, n.212 che afferma la legittimità costituzionale della previsione di cui ad art. 3 D.lgs. n. 5/2017, intesa a prevedere che la scelta del cognome comune non modifica la scheda anagrafica individuale, nella quale rimane il cognome precedente alla costituzione dell'unione.

⁷⁰Così M.C. VENUTI, *Effetti personali, patrimoniali e successori*, in *Trattato di diritto di famiglia: Le Riforme*, cit., pp. 35 ss., p. 42, nota 22.

⁷¹Si esprime in questi termini M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e concezione di un nuovo modello familiare*, cit., p. 886.

materiale⁷², mentre l'obbligo alla reciproca fedeltà, non già identificato solo ed esclusivamente nella sua dimensione sessuale, ma piuttosto inteso al migliore consolidamento della vita in comune, si manifesta quale logico corollario dell'obbligo di lealtà tipico di ogni compagine familiare, nonché quale declinazione della solidarietà e della fiducia reciproca tra *partner*⁷³.

Beninteso, tenute ferme queste premesse e pur volendo valorizzare le differenze funzionali fra i due istituti⁷⁴, va comunque riportato che la disciplina dell'unione civile fra persone dello stesso sesso, così come delineata dalla legge in esame, non può che dirsi mutuata dalle disposizioni del codice civile predisposte a regolare l'istituto matrimoniale, riprendendone e talora ricalcandone pedissequamente i tratti caratteristici, il che, al netto di quanto finora riportato e di talune eccezioni in ordine allo statuto dell'atto e del rapporto, ne permette una sostanziale equiparazione⁷⁵.

A ciò basti pensare alla portata dell'art. 1, comma 20, L. n.76/2016, con cui si stabilisce una estensione dell'applicabilità alle parti dell'unione civile delle «disposizioni riferite al matrimonio e quelle che contengono le parole “coniuge” o “coniugi”, oppure equivalenti, ovunque ricorrano

⁷² Cfr. fra gli altri G. DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso*, cit., p. 124, nonché F. SANTORO-PASSARELLI, *Sub art. 143*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di CIAN-OPPO-TRABUCCHI, Padova, 1992, pp.501 ss.

⁷³Di questo avviso M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, cit., p. 879.

⁷⁴ Sul punto cfr. V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 848 ss.

⁷⁵Sul punto la dottrina è pressoché unanime. Cfr. ad es. R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p.9, ove individua fra gli istituti una disciplina «quasi identica»; od anche v. M.DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, cit., p.879, che parla di una «quasi assimilazione tra unione e matrimonio»; in senso contrario si poneva ad es. G. GIACOBBE, *Famiglia, molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. e fam.*, 2006, pp. 1232 ss.

nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi». Invero, si badi, il suddetto principio non opera in via assoluta ma si arresta, per espresso riferimento testuale, dinanzi «alle norme del codice civile non espressamente richiamate dalla presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla L. n. 184/1983»⁷⁶, salvo poi prevedere in conclusione che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione nelle norme vigenti», il che costituisce una clausola di salvaguardia tramite cui il legislatore dimostra di non voler rinunciare del tutto all'introduzione di una disposizione in tema di c.d. *stepchild adoption*⁷⁷. Il senso di questa identità pressoché totale fra le due discipline - che si spinge fino al punto di riconoscere nell'unione civile null'altro che «un matrimonio con un altro nome»⁷⁸- si può ben cogliere, per effetto dei numerosi richiami alla disciplina del codice, sia con specifico riguardo allo statuto personale delle persone unite civilmente (commi 11 e 12), sia in ordine al regime attraverso cui le parti possono regolare i propri rapporti di natura patrimoniale (comma 13), che, infine, circa la disciplina successoria (comma 21).

⁷⁶Cfr. V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, pp. 381 ss., ove stabilito che questa limitazione ha l'effetto di escludere, per le norme del codice civile e per la l.ad., l'operare automatico del «meccanismo normo-genetico», ossia di creazione per gli uniti civilmente di norme identiche a quelle previste per i coniugi, ma non esclude affatto la possibilità di una applicazione analogica delle stesse norme.

⁷⁷Nel testo originario del d.d.l. si proponeva, senza esito, una modifica dell'art. 44 lett. b) l.ad. con cui si voleva rendere possibile l'adozione non legittimante del figlio di una parte dell'unione civile ad opera dell'altra. Con questo comma «il legislatore, pur avendo dichiarato inapplicabile la normativa in tema di adozione, ha fatto uso, del tutto incoerentemente, di una clausola volta a mantenere fermo quel diritto vivente che non ha potuto o voluto trasfondere in diritto vigente». Così R. CAMPIONE, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., pp.10 ss.

⁷⁸L'espressione si trova in M. GATTUSO, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, cit., p. 71.

È in questa logica che le parti dell'unione civile, fra le quali si costituisce un vincolo analogo a quello coniugale, «acquistano gli stessi diritti ed assumono i medesimi doveri», concordando fra loro l'indirizzo della vita familiare e impegnandosi reciprocamente ad assolvere obblighi di assistenza morale e materiale, a contribuire ai bisogni comuni in ragione delle proprie capacità lavorative ed infine a coabitare nel luogo ove fissata la residenza comune⁷⁹.

In ordine alla regolazione dei rapporti di carattere patrimoniale, l'art. 1, comma 13 L. n. 76/2016 propone ulteriori profili di conformità rispetto all'istituto matrimoniale, discorrendo nel senso di una estensione dell'applicabilità della disciplina del regime patrimoniale della famiglia anche in seno ai rapporti omosessuali registrati. Pertanto, replicando il disposto di cui ad art. 159 cod. civ., la legge individua nella comunione legale dei beni il regime patrimoniale legale dell'unione civile, che troverà applicazione «in mancanza di diversa convenzione patrimoniale», con la quale le parti unite civilmente possono comunque optare per l'adozione del regime di separazione dei beni od anche per la costituzione del fondo patrimoniale⁸⁰.

Per quanto concerne la disciplina successoria della parte superstite dell'unione civile si dirà più diffusamente nelle more del capitolo che segue, per adesso basti rilevare in via di prima anticipazione che l'art. 1, comma 21, L. n. 76/2016, provvede alla piena equiparazione dell'unito civilmente alla posizione del coniuge superstite e propone la piena

⁷⁹Consulta art. 1, commi 11-12, L. n. 76/2016. Per maggiore intelligenza in tema di diritti ed obblighi personali in seno all'unione civile cfr. M. GATTUSO, *Rapporti Personali*, in M. WINKLER- M. GATTUSO- G. BUFFONE, *Unione civile e convivenza*, cit., pp.145 ss.

⁸⁰ Cfr. sul punto G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 466 ss., ove stabilito che «in mancanza di diversa convenzione si instaura la comunione legale dei beni, disciplinata dagli artt. 177 ss. cod. civ.» ed inoltre che all'unione civile si estendono gli artt. 167-230bis cod. civ. «compiendosi una trasposizione dell'intero impianto giuridico del regime patrimoniale secondario della famiglia fondata sul matrimonio».

applicazione delle «disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del libro secondo del codice civile».

4. La regolamentazione delle convivenze di fatto.

Come detto, la legge in esame non si preoccupa solo di dare ingresso nel nostro ordinamento ad un istituto cui tramite riconoscere giuridica esistenza alle unioni costituite fra persone dello stesso sesso, ma si propone altresì l'obiettivo di riorganizzare in modo organico la disciplina delle libere convivenze omo ed etero sessuali, garantendo ai membri della coppia un nucleo minimo di diritti sia internamente ai propri rapporti che rispetto ai terzi, allorché la propria relazione affettiva, improntata alla comunione spirituale e materiale, sia vissuta con i caratteri della stabilità e con un certo grado di serietà, comunque al di fuori del contesto matrimoniale o dell'unione civile.

Il legislatore del 2016 insomma, nel provvedere alla predisposizione di uno «“statuto” delle convivenze»⁸¹ e nel dare finalmente una definizione legale a siffatte unioni, segna quel tanto auspicato «salto di qualità»⁸² in ordine alla necessità di tutela per i conviventi e più in generale per la famiglia di fatto⁸³, ponendo fine al clima di indifferenza pressoché totale che ha caratterizzato per anni la materia⁸⁴.

⁸¹ L'espressione si trova in T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., p.386.

⁸² In questi termini si pone F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 2018, p.7.

⁸³ Sul punto una dottrina palese la necessità di abbandonare il riferimento alla mera fattualità e di discorrere o di convivenza *more uxorio* o di famiglia non fondata sul matrimonio. Cfr. sul punto E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., p.8. Per T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., p.369-370, l'espressione famiglia di fatto è contraddittoria perché «confonde il fatto con il diritto» ed inoltre sostiene che le convivenze «non sarebbero famiglie ma unioni parafamiliari».

⁸⁴ In questo senso cfr. P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 604 ss.

Le disposizioni di cui ai commi 36 ss. dell'art. 1 L. n. 76/2016, pertanto, pur non discorrendo mai delle convivenze in termini di famiglia, collocano al fianco del modello matrimoniale e di quello proposto per le persone omosessuali dall'unione civile, un nuovo modello familiare, connotato rispetto agli altri da un «regime giuridico più agile e su base volontaria»⁸⁵, per il cui tramite «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile»⁸⁶ possono accedere ad un certo livello di tutela tanto personale che patrimoniale, di intensità minore rispetto a quello prospettato per i coniugi e per gli uniti civilmente⁸⁷, decidendo di rendere riconoscibile sul piano sociale la propria relazione mediante una dichiarazione anagrafica con la quale registrare la propria unione⁸⁸.

A ciò rilevano delle attribuzioni di carattere personale ed etico che una certa dottrina ha definito come “diritti sociali”⁸⁹ e che riconoscono in capo al convivente talune prerogative assistenziali dapprima poste nella sola disponibilità del coniuge.

⁸⁵ Così G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 45.

⁸⁶ Così art. 1, comma 36, L. n.76/2016, che riprende la definizione contenuta nel d.d.l. n. 1339 del 20 febbraio 2007 sui c.d. Di. Co. Così rileva V. CIANCIOLO, *Unioni civili e convivenze, Guida commentata alla legge 20 maggio 2016, n.76*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2016, pp. 53 ss.

⁸⁷ Cfr. sul punto A. TORRENTE -P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 1296 ss., nonché L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modelli matrimoniali”*, in *Giur. It.*, 2016, pp. 1785 ss.

⁸⁸ V. art.1, comma 37, L. n.76/2016, che richiama la dichiarazione di cui al comma 1, art. 4, lett. b) del D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 recante “Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente”. Inoltre cfr. Cass. 13 aprile 2018, n. 9178, con cui si statuisce che, ai fini dell'accertamento della convivenza, oltre a siffatta dichiarazione possono prendersi in riferimento, quali elementi idonei alla prova, numerosi indici presuntivi, come ad es. l'esistenza di un comune conto corrente o la prestazione di reciproca assistenza.

⁸⁹ Così e per maggiore conoscenza cfr. S. NADALET, *I diritti sociali del convivente*, in *Trattato di diritto di famiglia: Le Riforme*, cit., pp. 157 ss.

Rientrano in questo scenario i commi 38-39-40, con cui si sancisce per i conviventi il diritto reciproco di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali, oltre che il diritto a essere designato quale amministratore o tutore del proprio *partner* e quello a essere nominato «fiduciario» per le decisioni in tema di salute, in caso di incapacità o per il caso di morte⁹⁰.

Ciò posto, è nell'ordine dei profili squisitamente patrimoniali del rapporto di convivenza che si segnalano le maggiori novità della disciplina. In effetti il legislatore non ha predisposto sul punto l'applicazione per estensione delle disposizioni circa il regime patrimoniale della famiglia, quanto piuttosto, in linea coerente con la volontà di valorizzare al massimo l'autonomia privata, ha permesso ai conviventi di «disciplinare i rapporti patrimoniali della loro vita in comune» (comma 50) mediante la sottoscrizione di uno specifico contratto di convivenza, cui tramite le parti potranno peraltro regolare «le modalità di contribuzione alla necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo», per la cui validità si richiede la forma scritta, più precisamente la redazione in atto pubblico o scrittura privata autenticata da parte di un avvocato o di un notaio, ai quali è demandato il controllo in ordine alla «conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico», nonché, ai fini dell'opponibilità ai terzi, sono tenuti alla trasmissione di una copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe nei dieci giorni dalla ricezione dell'atto (comma 51).

⁹⁰Il convivente può pertanto essere designato a prendere decisioni sia circa la salute in caso di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere, sia per quel che riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni delle esequie. Sul punto cfr. L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modelli matrimoniali"*, il quale stabilisce che «l'introduzione del fiduciario rappresenta un "balzo" in avanti, con riferimento a interessi di natura personalissima»

Il contratto in esame, si badi, nonostante la dottrina prevalente sia nel senso di ritenere la natura meramente patrimoniale dell'accordo, argomentando in ordine al termine utilizzato⁹¹, può presentare un contenuto diverso, anche teso a regolare profili personali (come ad esempio la fissazione della residenza familiare o a imporre il rispetto della fedeltà)⁹², senza che ciò sia «immeritevole di tutela, perché mira a favorire il perseguimento di valori apprezzabili senza introdurre limiti alla libertà di far cessare il rapporto»⁹³.

Di più può dirsi che il comma 57, nel delineare le cause di invalidità del contratto di convivenza, individua nella sussistenza, al momento della sua conclusione, di un precedente vincolo coniugale, di un'unione civile o dalla stipulazione di un ulteriore contratto di convivenza, inoltre nell'assenza di uno dei requisiti di cui al comma 36, nonché nella minore età, nell'interdizione giudiziale e nella condanna per il delitto di omicidio, anche solo tentato sulla persona del coniuge o dell'unito civilmente, motivi di «nullità insanabile», da chiunque deducibili.

Fra gli ulteriori effetti di natura patrimoniale che derivano dalla convivenza di fatto, merita farsi cenno all'art. 230-ter cod. civ., introdotto per l'effetto della portata del comma 46 della presente legge, che si pone l'obiettivo di estendere la disciplina dell'impresa familiare anche al convivente di fatto che «presti la propria opera all'interno dell'impresa familiare dell'altro convivente», consentendogli una tutela meno ampia rispetto a quella predisposta dall'art. 230-bis, atteso che il convivente conserva il diritto alla partecipazione agli utili ed agli incrementi d'azienda, salvo però non poter vantare alcun diritto di

⁹¹Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., pp. 164 ss. argomenta in ordine all'utilizzo del termine "contratto" e non di "patto".

⁹²Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 497 ss., il quale prevede che il contratto di convivenza possa prevedere la regolazione di aspetti personali, nonché l'impegno a fissare una comune residenza familiare od anche un regime patrimoniale secondario.

⁹³Così T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., p. 395.

prelazione in caso di trasferimento della stessa e non poter concorrere alle decisioni.

Vanno peraltro nel senso di una maggiore tutela patrimoniale a vantaggio del convivente di fatto le previsioni di cui ai commi 42-43-44, cui tramite, al fine di preservare le esigenze abitative del convivente, gli si riconosce in caso di morte dell'altro, benché non depositario di una disciplina successoria di favore, il diritto di continuare ad abitare la casa di comune residenza per un periodo di due anni o comunque pari alla durata della convivenza ma mai superiore a cinque anni, oltre che, in linea con una giurisprudenza della Consulta, quello a subentrare nel rapporto di locazione di cui era titolare il *de cuius*⁹⁴.

Fermo quanto detto circa la fattispecie costitutiva del rapporto, ed analizzati nel merito gli aspetti personali e patrimoniali dello stesso, v'è da dire che si segue una particolare disciplina per lo scioglimento del contratto di convivenza e che, inoltre, vi sono ulteriori margini di tutela posti dalla legge in esame a vantaggio del convivente anche nel caso di cessazione della convivenza⁹⁵. In questo senso va riportato che il comma 59 prevede – con una espressione piuttosto infelice – la automatica risoluzione del contratto⁹⁶ al venir meno di uno dei suoi elementi richiesti quale necessario presupposto. A ciò la morte di uno dei conviventi od anche la contrazione del vincolo coniugale o la

⁹⁴ Cfr. sul punto G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 495; nonché T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., p. 392. In giurisprudenza Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. It.*, 1988, pp. 1627 ss., con cui il convivente more uxorio è incluso nel novero dei successibili a causa di morte nel rapporto di locazione d'immobili urbani ad uso abitativo.

⁹⁵ Per maggiore intelligenza sullo scioglimento del rapporto di convivenza v. A. DALIA, *Lo scioglimento negoziale del contratto di convivenza: accordo risolutorio e recesso unilaterale*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2017, 555 ss.

⁹⁶ Per F. RUSCELLO, *Diritto di famiglia*, Pisa, 2017, pp. 208 ss., la ipotizzata “risoluzione” non ha nulla a che vedere con lo “scioglimento” del contratto di convivenza.

costituzione dell'unione civile, tra di loro o tra un convivente ed un terzo, costituisce motivo di scioglimento del rapporto⁹⁷.

Di più l'effetto risolutorio può derivare da cause volontarie, e cioè il contratto di convivenza può risolversi per mutuo consenso, il che, in linea con il principio di cui ad art. 1372 cod. civ., presuppone la possibilità di scioglimento del rapporto per una manifestazione concorde di volontà delle parti, od anche per recesso unilaterale manifestato da un convivente, dovendo nel qual caso la dichiarazione essere ricevuta da notaio o da un avvocato, il quale, adempiuti i controlli di natura formale, dovrà provvedere alla notifica di una copia all'altro contraente⁹⁸.

Dalla cessazione della convivenza, in ultimo, derivano in capo alle parti del rapporto delle importanti conseguenze, in via del tutto indipendente rispetto alla stipulazione o meno di un contratto di convivenza. A ciò va letto il comma 65, il quale prevede la possibilità per il giudice di stabilire, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza, il diritto agli alimenti per il convivente che versi in stato di bisogno e qualora non sia in grado di provvedere al suo mantenimento. Di qui risulta che l'*ex partner* che versa in condizioni di difficoltà avrà accesso solo ad una prestazione di tipo strettamente alimentare, il che rientra in una logica improntata a necessità solidali anche dopo la rottura del rapporto di convivenza⁹⁹.

⁹⁷Venendo meno l'*intuitu personae*, viene meno il rapporto. Cfr. A. FIGONE, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*, cit., 282 ss.

⁹⁸Per F. RUSCELLO, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 209., si tratta di notifiche che realizzano una funzione di conoscenza e non di pubblicità.

⁹⁹In questo senso cfr. G.A. PARINI, *La risoluzione del contratto di convivenza e la cessazione della convivenza*, in *Trattato di diritto di famiglia: Le Riforme*, cit., pp. 241 ss., ove stabilito che «la norma rappresenta comunque un'innovazione, considerando che prima la rottura dell'unione, non imputabile a un fatto illecito del terzo, non consentiva di invocare tale garanzia minima, con la conseguenza che non era riconosciuto spazio alle forme di solidarietà successive alla rottura della

convivenza». Per un confronto con la situazione antecedente v. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali nella famiglia di fatto*, 1991, pp. 36 ss.; nonché A. GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio tipologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp.977 ss.

CAPITOLO TERZO

La tutela successoria della persona unita civilmente e del convivente di fatto.

1. Il duplice regime successorio previsto per le unioni civili e per le convivenze.

Muovendo dalle considerazioni tratte dai capitoli che precedono - la cui redazione è stata animata dall'intenzione di permettere una migliore comprensione dell'argomento oggetto di ricerca, avendone peraltro introdotto gli aspetti essenziali – occorre all'uopo offrire una più compiuta e diffusa trattazione dei profili di carattere squisitamente successorio in rilievo nelle unioni disciplinate dalla Legge 20 maggio 2016, n. 76, al fine di comprendere quali diritti sul patrimonio ereditario competano alla parte superstite dell'unione civile, quale invece la posizione rivestita dal convivente in sede di successione del proprio *partner*, nonché quali le ragioni poste a fondamento della netta divaricazione fra i due regimi successori¹.

A ciò rileva la particolare (e criticabile) scelta del legislatore del 2016 di accordare forme di tutela successoria diversificata alle parti dei due nuovi modelli familiari², riconoscendo loro una posizione più o meno di vantaggio, e di conseguenza la diversa attribuzione di un complesso di prerogative e diritti sul patrimonio ereditario, a seconda della maggiore o minore vincolatività del rapporto che le legava in vita al *de*

¹In questi termini F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. It.*, 2016, pp. 1817 ss.

²Una dottrina, cogliendo i punti di distacco fra le due discipline successorie, ha discorso della Legge Cirinnà come atto istitutivo di «due Riforme, diverse sin dai presupposti che dalla funzione». Così A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, Pisa, 2018, p.35. Cfr. anche P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 845., il quale esclude la dignità di “Riforme” delle novità normative.

*cuius*³. Di qui la portata dell'art.1, comma 21, L. n. 76/2016, che prevede in favore della parte unita civilmente l'operatività per estensione della disciplina successoria posta dal codice civile in capo al coniuge superstite, permettendone così una piena e sostanziale equiparazione, il che, ferma l'indissolubile e imperitura connessione che sussiste fra diritto di famiglia e diritto successorio⁴, comprova che «l'immagine dell'unione civile, più che come mera formazione sociale, è in rilievo come famiglia vera e propria, di poco dissimile da quella fondata sul matrimonio»⁵.

Il comma 21, per via dei numerosi e indiscriminati richiami alle disposizioni del codice, permette allora alla parte superstite dell'unione civile di succedere all'altra nella stessa posizione successoria del coniuge, riconoscendogli pertanto i medesimi diritti in sede di successione, nonché di accedere al vantaggioso e mitigato trattamento fiscale predisposto in favore della parte superstite del matrimonio⁶.

La norma, che rientra in una logica di completa parificazione dell'unione civile all'istituto matrimoniale, non è, a parere di chi scrive,

³ Cfr. sul punto A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*. Milano, 2018, pp. 253 ss.

⁴Cfr. *ex multiis* C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto* dir. da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, p. 411 il quale statuisce che «la famiglia assume valenza di criterio unificante dell'attività negoziale che si svolge al suo interno (oltre che in relazione alla possibilità di individuare una "causa familiare", quale causa negoziale autonoma che valga a caratterizzare e sostenere di per sé parte di quella attività) proprio in quanto luogo tipico ove si proiettano le aspirazioni dell'individuo all'allocatione del suo patrimonio per il tempo in cui la morte l'avrà reso vacante». Inoltre cfr. anche F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili*, cit., il quale statuisce che «tutte le più rilevanti riforme del diritto di famiglia devono toccare anche i trattamenti successori, sì da raggiungere un punto di equilibrio normativo».

⁵G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 982.

⁶Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente"*, ove stabilito che «quel soggetto consegue, altresì, il prosaico, epperò concreto, vantaggio del mitigato carico tributario sui cespiti ereditari acquistati, a ragione del fatto che, sui medesimi cespiti, il coniuge superstite si giova di franchigia e di ridotta percentuale impositiva, e così è a dirsi per la persona unita civilmente».

per nulla trascurabile, anzi, merita di essere accolta con particolare favore, anche al netto delle criticità stilistiche cui tramite opera il rinvio, in quanto «rappresenta un'assoluta e positiva novità nel panorama italiano, perfettamente corrispondente alla prassi sociale»⁷, oltrepassando l'idea fin lì prevalente secondo cui il convivente, omo od etero sessuale, non potesse venire in successione. Considerazione quest'ultima - anche sostenuta da una certa giurisprudenza della Consulta⁸ - fortemente radicata nel nostro ordinamento, e solo in parte temperata, almeno nelle intenzioni, dal già citato d.d.l. governativo n. 1339, presentato in Senato il 20 febbraio 2007, che prospettava l'attribuzione del diritto di succedere in capo ai conviventi solo però in virtù di «una prolungata convivenza, dimostrativa dell'effettività e profondità del vincolo affettivo che lega i due soggetti»⁹; e, ancor di più, da una serie di disegni di legge presentati in Senato nel corso della XVII Legislatura¹⁰, aventi il merito, per una dottrina, di aver provato a

⁷M. WINKLER, *La successione mortis causa*, in M.WINKLER- M. GATTUSO- G. BUFFONE, *Unione civile e convivenza*, cit., p. 340.

⁸Cfr. Corte Cost. 26 maggio 1989, n. 310, con cui la Consulta, chiamata a pronunciarsi sull'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 540 cod. civ., nella parte in cui esclude il diritto del convivente a godere della casa di residenza comune, nonché degli artt. 565 e 582 cod. civ., per violazione degli artt.2-3 Cost, non riconosce alcun diritto successorio *ex lege* al convivente. Cfr. sul punto E. MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali* a cura di F. ROMEO, Torino, 2014, pp.625 ss.

⁹Così la relazione al d.d.l. sui c.d. Di. Co. del 2007, al cui art.11 era prevista la possibilità per il convivente di succedere, in assenza di testamento, solo trascorsi nove anni dall'inizio della convivenza e comunque limitatamente ad un terzo dell'eredità, se in concorso con un figlio, altrimenti ad un quarto. In ipotesi poi di concorso con fratelli o sorelle, al convivente sarebbe spettata una quota pari alla metà della massa, e, in assenza di figli, ascendenti o fratelli/sorelle del *de cuius*, al convivente spettavano i due terzi dell'eredità. Solo in assenza di altri parenti entro il terzo grado in linea collaterale, egli avrebbe avuto diritto alla piena eredità.

¹⁰Cfr. d.d.l. n. 2069, 25 febbraio 2016, su iniziativa dei senatori Malan e Bonfrisco, con cui, nella regolazione delle "unioni registrate", omo ed etero sessuali, si prevedeva all'art. 11 il riconoscimento per la persona unita dei diritti successori spettanti al coniuge, senza però poter succedere quale legittimario, ma essendogli comunque riservati i diritti di uso e abitazione della casa adibita a residenza della coppia, se di proprietà del defunto o comuni. V. anche d.d.l. 2084, di iniziativa di Caliendo, Cardiello, Zizza, con cui si attribuiva, a norma del comma 15, agli uniti civilmente

introdurre nel nostro sistema «strade diverse, innovative rispetto all'assetto successorio tradizionale», spingendosi fino a rompere «il parallelismo fra successioni legittime e successioni necessarie»¹¹.

A rigore va specificato che la portata innovativa della disposizione in esame si riflette anche nel fatto che uniformare il trattamento successorio dell'unito civilmente a quello del coniuge vuol dire oltretutto riconoscere alla persona omosessuale il diritto a vedersi riservata, sin dall'apertura della successione ed in via indipendente rispetto alla natura legale o testamentaria della devoluzione, una quota-parte della massa ereditaria (e quindi di succedere quale legittimario), nonché di rientrare, in caso di assenza o di incompletezza del testamento, «al primo posto nella categoria dei successibili»¹².

Non è dunque nell'ordine del regime successorio predisposto dalla legge in favore della persona unita civilmente che dovrebbero profilarsi punti di criticità, quanto piuttosto va segnalato con negativo stupore come il legislatore abbia deliberatamente deciso di riconoscere al convivente superstite poche e affievolite prerogative per il caso di morte del proprio *partner*, di fatto escludendolo dal novero dei legittimari e dei successibili ed estromettendolo dal godimento dei «diritti successori in senso classico»¹³, a vantaggio dell'attribuzione di taluni e limitati legati *ex lege*, la cui disciplina è posta dai succitati commi 42 e 44 della legge in esame, che individuano «rarefatte figure di nuove vocazioni

soltanto la posizione di legatario, se l'unione si fosse protratta per almeno nove anni, nonché, in ogni caso, i diritti di uso e abitazione previsti dall'art. 540 cod. civ.

¹¹Così si esprime F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili*, cit., p. 1817 ss., ove si segnala la crisi in cui versa il sistema successorio, fermo il «crescente iato tra società civile e assetti familiari postulati dai regimi successori legali».

¹²G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. CASABURI- I. GRIMALDI (cur.), *Unioni civili e convivenze: la nuova legge. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Ospedaletto, 2016, p. 76.

¹³Così G. E. GASSANI, *L'evento morte nella convivenza e nelle unioni civili*, in A. FASANO- G.E. GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle Unioni Civili*, Milano, 2016, p. 249.

anomale legali»¹⁴. Invero, ciò che desta particolare motivo di sospetto è il comportamento inerte mantenuto dal legislatore rispetto alla necessità di accordare una tutela specifica al convivente superstite, il che, volendo valorizzare al massimo l'autonomia testamentaria e (forse) nel tentativo di segnare una netta linea di demarcazione fra la protezione della famiglia di fatto rispetto a quella tradizionale o comunque fondata sulla costituzione di un'unione civile¹⁵, esita nella incomprensibile mancata prospettazione di una disposizione intesa a regolare la sistemazione degli interessi *post mortem* delle persone stabilmente conviventi, quasi come a voler individuare nelle unioni in parola un «casuale aggregato biologico e non, viceversa, una famiglia che si basa su un sistema di regole»¹⁶.

Ciò inteso, in assenza di una vera e propria disciplina successoria prevista dal legislatore in materia, nonché nell'impossibilità di dare sede all'interno del contratto di convivenza ad una eventuale convenzione, cui tramite regolare le sorti dei propri rapporti giuridici trasmissibili in caso di morte¹⁷, pena violazione dell'ancora vigente divieto di patti successori¹⁸, giusta la disposizione di cui ad art. 458 cod.

¹⁴Così F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili*, cit., pp.1817-1818. Inoltre, per maggiore conoscenza, cfr. S. PARDINI, *I diritti post mortem del convivente superstite*, in *Unioni civili e convivenze di fatto*, L. 20 maggio 2016, n. 76, a cura di M. GORGONI, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 247 ss.

¹⁵Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, in *Studium Juris*, 2017, pp. 836 ss. ove la scelta del legislatore è probabilmente «giustificata dalla circostanza che non merita attenzione e prerogative, sul versante della successione, chi non contragga matrimonio o unione civile».

¹⁶Così A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, Pisa, 2018, p.36.

¹⁷Una dottrina parla a ciò di «contenuti mancanti» del contratto di convivenza. Così G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016pp.78-79.

¹⁸Sul punto rileva la presentazione al Senato di un progetto di legge, ad iniziativa dell'on. Franco Panizza, del 21 gennaio 2014, inteso all'integrale abolizione del divieto di patti successori, dunque richiedendo l'abrogazione dell'attuale art. 458, che dispone la nullità per tutte le convenzioni aventi ad oggetto l'obbligo di designazione

civ., residua per il singolo convivente la sola possibilità di testare in favore dell'altro – comunque nel rispetto del divieto di testamento congiuntivo o reciproco di cui ad art. 589 cod. civ - o di stipulare appositi negozi *post mortem*¹⁹.

Di qui si comprende come, con specifico riguardo alla tutela successoria del convivente, poco o nulla risulti essere mutato rispetto alla situazione antecedente all'entrata in vigore della legge in esame, che, a conti fatti, e nonostante le buone premesse da cui intendeva muovere il testo iniziale del d.d.l. Cirinnà²⁰, si dimostra fin troppo severa nei confronti della parte superstite della convivenza, non avendo provveduto in alcun modo ad un mitigamento del divieto di patti successori²¹ ed atteso che alcuna devoluzione ereditaria potrà verificarsi in suo favore, il che si spinge fino al rischio che l'eredità del convivente rimasta intestata venga devoluta in favore dello Stato ex art. 586 cod. civ.²²

Alla luce di ciò, è da condividere l'opinione di quanti ritengono ingiustificato lo scarto di tutela posto dalla legge in esame a discapito del convivente superstite, soprattutto con specifico riguardo al

del proprio successibile od anche quelle cui tramite si dispone preventivamente la costituzione, la trasmissione, la rinuncia o l'estinzione di diritti in successione. Cfr. A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, cit., pp. 312 ss.

¹⁹ G. E. GASSANI, *L'evento morte nella convivenza e nelle unioni civili*, cit., p. 249.

²⁰La prima versione del testo prevedeva all'art. 13, comma 4, che il contratto di convivenza potesse contenere «in deroga al divieto di patti successori e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre sei anni dalla stipula del contratto, l'attribuzione al convivente di una quota di eredità non superiore alla quota disponibile» e che, in mancanza di legittimari, «la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino ad un terzo dell'eredità». Però, il testo licenziato non prevede questa attribuzione e, dunque, in assenza di espressa disposizione normativa in tal senso, sono ammesse solo deroghe ricavate, in via interpretativa a tale divieto, sulla scorta della specificità dell'attribuzione o della meritevolezza degli interessi di cui i conviventi sono portatori. Cfr. D. ACHILLE, *Comma 53, in Le unioni civili e le convivenze, Commento alla legge n. 76/2016 e ai D.lgs. n. 7/2017; D.lgs. n. 6/2017; D.lgs. n.7/2017*, a cura di C.M. BIANCA, Torino, 2017, pp. 656 ss.

²¹Cfr. A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 35.

²²Cfr. A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*, cit., pp. 253 ss.

«generoso regime successorio contemplato in favore delle persone unite civilmente»²³ all'interno dello stesso atto normativo, il che porrebbe degli interrogativi «sul piano della opportunità, se non su quello della ragionevolezza»²⁴.

2. Il trattamento successorio dell'unito civilmente.

Orbene, fermo quanto fin qui si è avuto modo di dire in ordine alle caratteristiche generali del diverso regime successorio previsto per le unioni civili e per la convivenza di fatto, è appena il momento di individuare quali le precipue prerogative che il legislatore del 2016 ha riconosciuto alla parte superstite di un'unione omosessuale registrata, disegnate, come visto, sulla falsariga di quelle poste in favore del coniuge. Nel far ciò risulta inevitabile porre sotto la lente di ingrandimento la portata del già citato art.1, comma 21, L. n. 76/2016, entrando nelle pieghe dei diversi Titoli e delle disposizioni del Libro secondo del codice civile - inteso a disciplinare le successioni in generale – cui la norma, per espresso rinvio, si riferisce²⁵.

Più nello specifico, il comma 21 provvede ad estendere alla parte superstite dell'unione civile l'applicazione delle disposizioni previste all'interno del Titolo I, in tema di indegnità a succedere (capo III), nonché circa la successione dei legittimari (capo X), oltre che, per intero, quelle contenute nel Titolo II in tema di successioni legittime, ed infine quelle di cui al Titolo IV in ordine alla disciplina della collazione (capo II) e del patto di famiglia (capo V-bis).

²³ Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, cit., p. 838.

²⁴ Così F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, cit., pp. 1817 ss.

²⁵ La tecnica utilizzata è quella del rinvio parziale. Cfr. sul punto M. WINKLER, *La successione mortis causa*, cit., p. 339. *conviventi di fatto*, cit., pp. 253 ss.

A ciò, nonostante una certa dottrina abbia mosso delle critiche tanto in ordine alla tecnica formale adoperata dal legislatore per effettuare il richiamo alle diverse parti del codice²⁶, quanto circa l'eventuale carattere superfluo della presente disposizione²⁷, nonché con riferimento alla natura "doppiamente chiusa" del rinvio (che sarebbe così limitato oggettivamente e soggettivamente)²⁸, non può che riconoscersi valore capitale alla norma in parola, dacché suo tramite trova regolamentazione, nell'ambito della legge istitutiva del nuovo istituto delle unioni civili, una materia «di grandissimo rilievo»²⁹ come il diritto successorio, permettendo così, in osservanza del disposto di cui al comma 20, l'applicazione della disciplina delle successioni «in quanto espressamente richiamata»³⁰.

Di più può dirsi che il mancato espresso richiamo a norme di carattere generale regolanti la materia successoria (si pensi alla disciplina della accettazione, della rinuncia all'eredità, della rappresentazione od anche alla petizione di eredità) non pone particolari problemi in ordine alla possibilità che queste trovino applicazione anche nell'ambito della successione dell'unito civilmente. La dottrina, infatti, aiuta a comprendere che il rinvio operato dalla disposizione di cui al comma

²⁶ Una dottrina si pone in maniera critica rispetto alla scelta della tecnica adoperata. Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente"*, cit., p. 982, ove stabilito che «si è prescelta l'abborracciata strada del richiamo» e che «la qualità tecnica non può essere impeccabile».

²⁷ In questo senso V. TAGLIAFERRI, *La successione degli uniti civili*, in *Il familiarista*, 2016, par. 1, ove si argomenta sulla possibile estensione dell'applicabilità del comma 20 anche in materia successoria.

²⁸ Il rinvio sarebbe destinato a far operare solo alcune disposizioni del codice e si riferirebbe solo alle parti dell'unione civile, di modo che allorché le norme richiamate attengano a terze persone, come ascendenti o discendenti, esso non potrebbe operare. Cfr. G. BONILINI, *Comma 21*, in *Le unioni civili e le convivenze, Commento alla legge n. 76/2016*, cit., pp. 326 ss.

²⁹ Così G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 77.

³⁰ Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente"*, cit., p. 982.

21 involge in via esclusiva «le norme che potevano determinare dubbi in relazione all'equiparabilità tra coniuge e parte dell'unione civile»³¹, il che postula la pacifica e sicura applicabilità di «interi blocchi di norme da ritenersi necessari»³², ancorché non oggetto di richiamo.

In questa logica a nulla rileva che il legislatore abbia ommesso di rinviare agli articoli del codice civile tesi a regolare la successione testamentaria, la cui disciplina - ferma l'indispensabile facoltà³³ della persona unita civilmente di regolare i propri interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere mediante testamento, purché lo faccia validamente ed entro i limiti della quota disponibile – opererà, come di regola, in via alternativa o concorrente rispetto alle norme circa la successione legittima³⁴.

A ciò il testatore avrà la possibilità di disporre come crede in favore del proprio *partner*, istituendolo erede, anche nella forma dell'*institutio ex re certa*³⁵, o più semplicemente assicurandogli taluni legati, come quello in sostituzione di legittima di cui ad art. 551 cod. civ.³⁶

Fermo questo, va specificato che fra i diversi richiami operati dal comma 21, il più interessante e di maggiore rilievo è sicuramente quello che comporta l'applicazione anche alla parte superstite dell'unione civile delle disposizioni previste dal codice in materia di c.d.

³¹B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 217.

³²A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*, cit., p. 278.

³³Per una dottrina «è proprio la successione testamentaria che, in questa materia potrà ben assicurare i suoi fruttuosi servizi». Così G. BONILINI, *Comma 21*, cit., p. 329.

³⁴Cfr. G. BONILINI, *La successione testamentaria della parte superstite dell'unione civile*, in *Studium Juris*, 2018, pp. 193 ss.

³⁵Così A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*, cit., pp. 280 ss. Cfr. al riguardo S. D'ANDREA, L'istituzione di erede, in *Tratt. Dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. II., *La successione Testamentaria*, Milano, 2000, pp. 223 ss.

³⁶V. M. FERRARIO HERCOLANI, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Tratt. Dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, vol. III., *La successione legittima*, Milano, 2009.

“successione necessaria” e quelle circa la successione legittima, il che finisce per attribuire all’unito civilmente un complesso di diritti di non poco momento in sede di successione del proprio compagno di vita. Così egli entra a far parte del novero dei legittimari predisposto dall’art. 536 cod. civ., ed avrà, come visto, diritto a vedersi riconosciuta una quota riservata ed intangibile di eredità, di consistenza variabile in considerazione dell’eventuale concorso in successione con i discendenti³⁷ o, in loro assenza, con gli ascendenti del *de cuius*, e, conseguentemente, sarà legittimato ad agire in riduzione a difesa dei propri diritti di riserva per il caso in cui questi siano stati totalmente pretermessi o, più semplicemente, allorché siano stati lesi da disposizioni testamentarie eccedenti la quota disponibile³⁸. Sul punto rileva poi la necessità di estendere all’unito civilmente, in quanto legittimario, la naturale applicazione di tutte le cautele predisposte dal codice civile intese a tutelare i propri diritti di riserva, di modo che possa operare anche in favore della parte superstite dell’unione il divieto di pesi e condizioni stabilito dall’art. 549 cod. civ., oltre che la disciplina della cautela sociniana proposta dall’art. 550 cod. civ., ferma comunque la possibilità di vedere tacitata la quota di legittima lui riservata per l’effetto di un legato che operi in sua sostituzione *ex art.* 551 cod. civ.³⁹

Va poi necessariamente aggiunto che per via del richiamo operato dalla norma in esame alla disciplina della successione dei legittimari discende in capo alla parte superstite dell’unione civile, quale logico corollario, l’attribuzione di quei particolari diritti di abitazione della

³⁷Si badi che «il riferimento al concorso con i figli dovrà essere inteso, allo stato, come effettuato ai figli unilaterali dell’altro *partner*». Così G. VASSALLO, *Unioni civili e convivenze di fatto dopo la legge 20 maggio 2016*, n. 76, Roma, 2016, p.49

³⁸ Per migliore conoscenza cfr. A. TULLIO, *La tutela dei diritti dei legittimari*, in *Tratt. Dir. delle successioni e donazioni*, cit., pp. 373 ss.

³⁹Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente”*, cit., p. 984.

casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili posti a suo corredo, destinati ad integrare la sua quota di legittima ed il cui riconoscimento - già previsto in favore del coniuge *ex art. 540 cod. civ.*, come visto nel corso del primo capitolo del presente lavoro – incrementa il complesso di diritti spettanti all’unito civilmente.

Pertanto, considerata la natura di legati *ex lege* dei diritti in parola, sarà possibile per la parte superstite dell’unione civile acquistarli in via automatica al momento dell’apertura della successione, salva ovviamente la facoltà di rinunziarvi, allorché l’abitazione ed i mobili a suo corredo appartenevano in vita alla proprietà del defunto o alla contitolarità di questi con il superstite.

Si badi, inoltre, che, giusta la scelta del legislatore di non prevedere spazio all’istituto della separazione nell’ambito della disciplina delle unioni civili, non può trovare applicazione la norma contenuta nell’art. 548 cod. civ., attributiva della medesima posizione successoria prevista per il coniuge non separato alla figura del coniuge separato senza addebito, venendo così in rilievo un primo profilo di diversità fra il regime successorio delle unioni civili rispetto a quello previsto dal codice nell’ambito del matrimonio⁴⁰.

Ciò inteso, esattamente come il coniuge, anche l’unito civilmente, oltre ad avere accesso al complesso delle susesposte attribuzioni in qualità di erede necessario, si vede beneficiario, quale successibile legittimo, di una disciplina di maggior favore per il particolare caso in cui il *de cuius* non abbia disposto delle proprie sostanze per testamento. In effetti, per l’espreso rinvio operato dal comma 21 alla disciplina della successione legittima, posta dal codice nel Titolo II del Libro secondo, troveranno

⁴⁰Cfr. B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., pp. 222-223, nonché v. anche A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, cit., pp. 69 ss.

applicazione anche nell'ambito dell'unione civile le norme di cui agli artt. 565 cod. civ. ss. valide per il coniuge superstite⁴¹.

L'estensione dell'applicabilità delle suddette disposizioni non è poca cosa, ma, anzi, assume valore fondamentale perché permette un arricchimento della classe *jure coniugii*⁴², oggi costituita, in via alternativa, dal coniuge e dall'unito civilmente.

Per una più completa parificazione al coniuge superstite, il comma 21, richiamando gli artt. 737 cod. civ. ss., ritiene applicabili anche nell'ambito dell'unione civile le norme in materia di collazione. A ciò, nella presunzione che la persona unita civilmente avrebbe potuto ricevere dal *de cuius* donazioni dirette o indirette nel corso della sua vita, risulta come necessaria la sua introduzione nel novero dei soggetti tenuti alla collazione, e quindi obbligati a conferire quanto ricevuto nell'asse ereditario, al fine di una sua migliore ricostruzione⁴³.

Ai sensi del comma 21, poi, si prevede l'estensione della disciplina posta dal codice in tema di patto di famiglia ai sensi degli artt. 768-*bis*-

⁴¹A ciò spetta all'unito civilmente il diritto ad una quota di eredità pari alla metà del patrimonio, se concorre con un figlio. La quota si riduce a un terzo, in concorso con più figli, mentre è di due terzi in concorso con gli ascendenti e/o i fratelli o le sorelle del *de cuius*. In senso contrario v. V. TAGLIAFERRI, *La successione degli uniti civili*, cit., par. 3, ove sostenuto, a torto, che non può trovare applicazione la disciplina del Titolo II, Libro II del codice civile in favore della persona unita civilmente.

⁴²Così C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2, 2016, pp. 333 ss.

⁴³ Cfr. A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*, cit., pp. 280 ss. V. inoltre G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente"*, cit., p. 985, ove stabilito che la collazione serve «non solo per la ricostruzione dell'asse, al fine, eventuale, dell'esercizio, da parte di un legittimario, che si reputi leso nei propri diritti di riserva, dell'azione di riduzione, ma, altresì, nei rapporti con gli altri successori, ove il *de cuius*, lungi dall'aver espresso la dispensa dalla collazione, abbia così palesato di considerare, codeste donazioni, quali mere anticipazioni, incapaci di alterare la situazione successoria al di là dell'apertura della successione».

768-*octies*, il che, invero, non offre particolari spunti di discussione, atteso che l'istituto non ha trovato molta applicazione pratica⁴⁴.

Per completare il quadro successorio in rilievo nelle unioni registrate fra persone dello stesso sesso, e, più in generale, degli effetti che scaturiscono dalla morte di uno degli uniti civilmente, occorre riferire della portata di ulteriori norme, diverse da quelle contenute nell'art.1, comma 21, L. n. 76/2016, che si occupano di disciplinare aspetti di non poco momento.

In questo senso è importante quanto disposto dall'art.1, comma 17, L. n. 76/2016, che riconosce, così come per il coniuge, alla parte superstite dell'unione civile il diritto a vedersi corrispondere le indennità previste in favore del prestatore di lavoro di cui agli artt. 2118 e 2120 cod. civ., dei quali si è già avuto modo di discutere nell'ambito del primo capitolo⁴⁵.

In ultimo, in ragione del principio generale di equivalenza espresso dall'art.1, comma 20, L. n. 76/2016, alla parte superstite dell'unione civile compete il diritto a prendere le decisioni circa la sepoltura, nonché quello a farsi tumulare nella tomba di famiglia del proprio *partner*⁴⁶; ed inoltre si estendono all'unito civilmente il diritto a ricevere la pensione di reversibilità, allorché sopravviva al beneficiario od anche se, alla sua morte, egli risultava essere titolare dell'assegno periodico ex art. 5 L. n. 898/1970.

⁴⁴Per maggiore conoscenza cfr. G.BONILINI, *Patto di famiglia e unione civile*, in *Studium juris*. 2020, pp. 287 ss.

⁴⁵ Per maggiore intelligenza v. anche G. DI RAGO, *Successioni e pensioni*, in *Convivenze e unioni civili*, in *Italia Oggi*, pp. 41ss. Non merita di essere apprezzata l'opinione di chi fa ricadere l'attribuzione di dette indennità in capo all'unito civilmente in forza del comma 20 cfr. V. TAGLIAFERRI, *La successione degli uniti civili*, cit., par 4.

⁴⁶Cfr. sul punto A. FIGONE, *Convivenza tra persone dello stesso sesso e diritto all'affidamento delle ceneri del partner dopo la cremazione*, in *IFamiliarista.it*, 22 aprile 2015.

3. La tutela del convivente di fatto in sede di successione: fra disposizioni testamentarie e negozi *post mortem*.

Come si è già avuto modo di osservare, a fronte della disciplina di maggior favore, or ora esaminata, posta a vantaggio della parte superstite dell'unione civile - la cui tutela successoria, come visto, si incardina sulla solida equiparazione alla posizione del coniuge - la Legge Cirinnà nulla ha predisposto in ordine al regime successorio proprio delle convivenze di fatto⁴⁷, se non la sola attribuzione in capo al convivente di taluni legati *ex lege*, aventi ad oggetto l'innovativo diritto temporaneo di continuare a vivere nella casa comune (art.1, comma 42, L. n. 76/2016)⁴⁸, e quello di succedere nel contratto di locazione in caso di morte o di recesso del conduttore (dall'art.1, comma 44, L. n. 76/2016)⁴⁹.

Pertanto l'impressione è quella che il legislatore, rifiutandosi di accordare al convivente superstite una posizione di rilievo in sede di successione del proprio *partner* e consegnando praticamente del tutto all'autonomia delle parti la possibilità di sistemare i propri interessi successori, abbia inteso rinvigorire e mantenere ben salda, anche sul

⁴⁷Una dottrina sul punto arriva a definire «sostanzialmente inesistente il regime successorio delle parti di una convivenza». Così G. BONILINI, *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, cit., p. 838.

⁴⁸ L'introduzione di un termine finale, unitamente all'utilizzo del termine casa di «residenza comune», appalesano il carattere diverso del diritto di cui al comma 42 rispetto alla natura del diritto di abitazione e di uso di cui ad art. 540 cod. civ., posto in favore della parte superstite del matrimonio e dell'unione civile. Cfr. sul punto F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 4, 2016, pp.687 ss.

⁴⁹È una «successione legittima anomala nel rapporto locatizio avente ad oggetto l'immobile urbano ad uso abitativo, fino alla scadenza prevista». Così F. VOLPE – T. PERILLO, *Unioni civili, convivenze e riflessi successori*, in *La successione dei legittimari*, cit., p. 242.

Per maggiore conoscenza cfr. A. NATALE, *La successione nei rapporti di locazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. BONILINI, cit., pp. 1035 ss.

piano successorio, l'idea di una profonda e connaturata diversità sussistente fra la precarietà tipica del rapporto di convivenza e la stabilità propria del matrimonio e del nuovo istituto delle unioni civili, da cui discende la sicura e reciproca attribuzione di diritti e l'assunzione di altrettanti doveri in capo alle parti delle rispettive unioni⁵⁰.

Una autorevole dottrina, peraltro, ha ritenuto la mancata previsione di una disposizione *ad hoc* - atta a regolamentare la successione del convivente di fatto nell'ambito della Legge Cirinnà - una logica conseguenza della «libera scelta di “non matrimonializzazione” del rapporto»⁵¹, fulcro e motivo essenziale della convivenza, dacché qualunque «indifferenziata ed asettica attribuzione di diritti successori in via automatica, a prescindere dall'esistenza di dati formali che la ufficializzino»⁵², potrebbe comportare un indebito vantaggio⁵³ in favore del convivente di fatto.

D'altra parte, pur nella consapevolezza della bontà delle suesposte considerazioni dottrinali, sembra a chi scrive maggiormente condivisibile l'opinione di chi, auspicando peraltro una profonda ristrutturazione dell'assetto della successione necessaria⁵⁴, ritenga la soluzione prospettata dal legislatore del 2016 come inadatta a

⁵⁰In senso conforme v. in giurisprudenza Corte cost. 29 maggio 1989, n.310, in Giur. Cost. 1989, 140, oltre che Corte Cost., 3 novembre 2000, n. 461, Giust. Civ. 2001, I, 295, ove si esclude, sulla base del non certo del rapporto, che il convivente possa vedersi riconosciuto il diritto a ricevere, ancorché *pro quota*, la pensione di reversibilità del *de cuius*.

⁵¹Cfr. A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 293.

⁵² Così A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*, cit., p. 256.

⁵³Sempre A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 293, parla al proposito di “eccesso di tutela”.

⁵⁴Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, cit., p. 838, il quale arriva a immaginare «financo il superamento del sistema imperniato sulla riserva, onde sia assicurato ampio, se non pieno, spazio all'autonomia privata». In senso conforme v. anche F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili*, cit., pp. 1817 ss.

soddisfare le esigenze del convivente, il quale, allo stato, si vede destinatario di una tutela successoria che non si confà alla natura propria del rapporto che lo legava in vita al *de cuius*, potendo succedervi praticamente solo in forza dello strumento aleatorio del testamento, od in virtù della posizione in essere di istituti negoziali invalsi per prassi al fine di beneficiare il proprio compagno *post mortem* (come il *trust*, il vincolo di destinazione di cui ad art. 2645-ter cod. civ., la stipulazione di apposite assicurazioni sulla vita)⁵⁵.

A ciò il convivente di fatto superstite ben potrebbe vedersi istituito erede o, in maniera più soddisfacente per lui⁵⁶, beneficiario di taluni legati obbligatori (come il legato di contratto o di alimenti)⁵⁷ o di specie (come il legato di usufrutto od anche quello avente ad oggetto i diritti di uso e di abitazione)⁵⁸, in forza di disposizioni testamentarie predisposte dal proprio compagno. Di qui, si badi, deriva per la parte del rapporto di convivenza rimasta in vita una tutela meramente parziale, che la espone per giunta a dei rischi di non poco momento, giusta, da un lato la natura fortemente aleatoria del testamento – che

⁵⁵ Cfr. G. E. GASSANI, *L'evento morte nella convivenza e nelle unioni civili*, cit., p. 252 ss.

⁵⁶ Questa disposizione esonera il successore a titolo particolare dalla responsabilità per i debiti ereditari. Cfr. sul punto C. COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, cit., pp. 907 ss.

⁵⁷ Cfr. sul punto. A. ALBANESE, *La successione legittima tra passato e futuro*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012

⁵⁸ Il legato di usufrutto può avere ad oggetto l'intera eredità od una quota di essa, ferma l'interpretazione del lascito in termini di istituzione di erede. Così in giurisprudenza Cass. 4435 del 24 febbraio 2009. Per quel che concerne il legato avente ad oggetto il diritto di uso o abitazione, va segnalato che il paventato contrasto fra codesta attribuzione ed il diritto di riserva di cui al comma 2 dell'art. 540 cod. civ. a vantaggio del coniuge separato, non ha motivo di sussistere, giacché «in relazione al coniuge separato, pur rimasto a vivere nell'immobile di cui il testatore abbia disposto in favore del convivente, non potrebbero più ravvisarsi i presupposti di legge per la spettanza del legato di cui ad art. 540 cod. civ.». Così A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*, cit., p. 265; nonché in giurisprudenza v. Cass. 27 gennaio 2016, n. 1588.

risulta revocabile *usque ad supremuum exitum*⁵⁹– e, dall’altro, la possibilità che eventuali riservatari agiscano in riduzione per il reintegro dei propri diritti di riserva, allorché il testatore, nel confezionare la disposizione testamentaria a vantaggio del convivente, abbia ecceduto il limite della quota di cui poteva effettivamente disporre.

Pertanto, nella (voluta) incapacità del legislatore di accordarvi una disciplina successoria adeguata, è stato fatto largo uso di taluni negozi giuridici *inter vivos* intesi ad assicurare una migliore e più completa tutela alla parte superstite della convivenza di fatto.

Fra questi, ampia applicazione ha avuto il contratto di donazione di cui ad artt. 769 cod. civ. ss., cui tramite si permette al convivente, mosso da spirito di liberalità, di disporre l’attribuzione di determinati diritti o di assumere determinati doveri nei confronti del proprio compagno di vita. Beninteso, l’atto donativo, pur di sicura importanza, non svolge ruolo capitale ai fini della predisposizione di una migliore tutela successoria in favore del convivente superstite, atteso che, laddove lesivo dei diritti di riserva propri dei legittimari, potrà costituire oggetto di azione di riduzione; ed inoltre, allorché risulti esplicitamente connesso alla morte del donante, sarà affetto da nullità per violazione del divieto di patti successori di cui ad art. 458 cod. civ.⁶⁰

Utile strumento con cui potrebbero essere lecitamente soddisfatte le esigenze del convivente in sede di successione del proprio *partner*, senza per ciò violare il divieto di patto successorio, è rappresentato dal

⁵⁹ Il testatore potrebbe sempre revocare le disposizioni già effettuate, in “danno” del convivente superstite, il che rende il negozio «assolutamente incapace di dare tranquillità». Così G. BONILINI, *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, cit., pp. 836 ss.

⁶⁰ Il contratto potrebbe essere nullo anche se stipulato in frode alla legge ex art. 1344 cod. civ. V. A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, cit., pp. 321 ss.; nonché C. COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, cit., pp. 936 ss.

contratto a favore di terzo con prestazione da effettuarsi dopo la morte *ex art.* 1412 cod. civ., con specifico riferimento all'assicurazione sulla vita in favore di terzo *ex artt.* 1920 ss. cod. civ. Le figure contrattuali, in effetti, assicurano la realizzazione di un acquisto *inter vivos*, la cui causa cioè non è rappresentata dalla morte del convivente, bensì dal contratto medesimo. Inoltre, il convivente superstite, beneficiario dell'attribuzione, è terzo rispetto al rapporto contrattuale che si instaura fra il convivente stipulante ed il promittente, il che garantisce l'impossibilità che il contratto sia nullo per frode alla legge⁶¹.

Di più può dirsi che le parti del rapporto di convivenza potrebbero stipulare fra loro un contratto di vitalizio alimentare o di mantenimento, ben accetto dalla giurisprudenza, cui tramite una parte si impegna, verso corrispettivo, all'adempimento di talune prestazioni di «assistenza morale e materiale, ovvero prestazioni di cura, accudimento e di compagnia, di natura infungibile, in quanto legate alla persona del debitore»⁶². A ciò rileva la possibilità per il vitalizante di differire il trasferimento di un bene al vitaliziando, al momento della sua morte e purché sopraggiunga una situazione di assoluta necessità, il che, comunque, non comporta violazione del divieto di patto successorio di cui ad art. 458 cod. civ.⁶³

Le parti del rapporto di convivenza ben potrebbero, nel corso della propria vita in comune, decidere di acquistare un bene immobile, nel qual caso, al fine di non veder disperso nel nulla il loro investimento in

⁶¹ Per una maggiore conoscenza cfr. L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 219 e ss., nonché A. ARCERI, *I rapporti successori tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi di fatto*, cit., pp. 269 ss. ove palesata la possibilità che l'impegno a sottoscrivere un'assicurazione sulla vita in favore del convivente potrebbe assumersi nell'ambito del contratto di convivenza.

⁶²V. Cass. 13 giugno 1997, n. 5342.

⁶³Cfr. Cass. 11 novembre, 1988, n. 6083, in Foro.it, 1989, con nota di E. CALO, *Contratto di convivenza e proprietà temporanea*.

sede di successione, hanno l'opportunità di praticare la strada dell'acquisto "incrociato"- più sicura dell'acquisto "en tontine"⁶⁴ – cui tramite i due conviventi acquisiranno la nuda proprietà ed il diritto di usufrutto sul bene in questione, rispettivamente circa la metà del valore, di modo che alla morte di uno dei due, il superstite ne possa acquisire la piena proprietà, mantenendo l'usufrutto sul restante.

Rileva poi che la figura del convivente rientra fra i soggetti nei cui confronti può essere costituito il vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter*, il quale istituto è chiamato a svolgere, laddove utilizzato, un ruolo di non poco momento nell'ambito del rapporto di convivenza, giacché consente la produzione degli effetti tipicamente previsti dalla costituzione di un fondo patrimoniale nel seno delle relazioni patrimoniali in rilievo fra coniugi.

Più di rilievo, rispetto alle figure negoziali fin qui descritte - intese comunque a dare una migliore tutela al convivente in sede di successione - risulta essere l'istituto del *trust*⁶⁵, introdotto nel nostro sistema per l'effetto dell'entrata in vigore della L. 16 ottobre 1989, n. 364, con cui il nostro Paese ha aderito alla Convenzione de l'Aja del 1985.

Per l'operare dell'istituto in questione, si permette ad uno dei conviventi (*c.d. settlor*) di separare dal proprio patrimonio taluni beni e di trasferirne la proprietà ad un amministratore (*c.d. trustee*) affinché ne curi con dovizia la gestione ed alla morte del disponente provveda a

⁶⁴È un patto, di matrice francese, cui tramite, alla stipula del contratto di acquisto dell'immobile, i conviventi predeterminano che la morte di uno di loro costituirà ad un tempo condizione risolutiva per l'acquisto del defunto e condizione sospensiva dell'acquisto dell'altro. il contratto pone problemi circa il reale titolare del diritto nella sua pendenza, nonché circa l'applicabilità della disciplina della comunione. Cfr. in dottrina C.COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, cit., pp. 936 ss. In giurisprudenza v. Cass. 18 agosto 1986, n. 5079.

⁶⁵Per una migliore conoscenza, cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2000, pp. 127 ss.

trasmetterli al convivente beneficiario. Il disponente, pertanto, istituendo il *trust*, spesso per il tramite di un testamento, destina, con effetto di segregazione, i beni e le utilità che ne costituiscono oggetto allo specifico scopo di permettere al proprio *partner* di accedere ad un migliore trattamento successorio rispetto a quello che gli sarebbe altrimenti riconosciuto, ferma, però, l'impossibilità di eccedere la quota disponibile⁶⁶.

⁶⁶In questo senso cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale.*, vol I, Milano, 1999.

Conclusioni

La Legge Cirinnà, nel configurare la disciplina dei due nuovi istituti delle unioni civili fra persone dello stesso sesso e della convivenza di fatto, intesi quali modelli familiari alternativi rispetto a quello tradizionale fondato sul matrimonio, non poteva mancare di predisporre una apposita regolamentazione in ordine al regime successorio in rilievo nei rispettivi rapporti, ferma la diretta connessione sussistente fra il diritto di famiglia e quello delle successioni.

Come visto, però, anche alla luce di tutto quanto si è detto nel corso del presente lavoro, con specifico riguardo alle considerazioni cui si è addivenuti nelle more del capitolo terzo, si comprende come il legislatore del 2016, nel delineare il trattamento successorio dell'unito civilmente e del convivente, abbia inteso assicurare un diverso complesso di diritti e prerogative sul patrimonio ereditario alla parte superstite dell'unione civile e della convivenza di fatto, in ragione del carattere più o meno vincolante del rapporto che li legava in vita al *de cuius*.

La scelta legislativa, già ritenuta "criticabile" da parte dello scrivente, esita dunque in una netta divaricazione fra i due regimi successori, il che si manifesta, da un lato, nella accurata previsione per l'unito civilmente di una disciplina successoria che - per l'effetto dei molteplici richiami operati dalla norma di cui ad art. 1, comma, 21, L. 20 maggio 2016, n. 76 - si vuole costruita ad immagine e somiglianza rispetto a quella posta dal codice civile in favore del coniuge, di modo che siano garantiti alla persona omosessuale gli stessi diritti che competono alla parte superstite del matrimonio; mentre, dall'altro, nulla di rilevante si prevede circa la protezione del convivente di fatto in sede di successione del proprio *partner*, se non l'esclusivo riconoscimento di quei pochi e limitati legati *ex lege* aventi ad oggetto il diritto di

continuare ad abitare la casa comune (art. 1, comma 42, L. 76/2016) e quello di poter proseguire nel rapporto contrattuale di locazione in vece del conduttore, laddove questi sia morto o abbia provveduto a recedere dal contratto (art. 1, comma 44, L. 76/2016), demandando per il resto la possibile sistemazione dei propri interessi *post mortem* alla piena autonomia delle parti.

Questa diversità di tutela accordata all'unito civilmente ed al convivente di fatto in sede di successione del proprio *partner* trova propria ragione nella struttura del sistema successorio italiano, il quale, per sua natura, permette la chiamata in successione solo per quei soggetti che riescano a vantare un valido titolo, fondato sulla certezza e sulla stabilità del rapporto che lega l'interessato al *de cuius*.

Or dunque, come già compiutamente definito nel corso della presente trattazione, l'unito civilmente accede ad una tutela successoria rafforzata, atteso che egli - in forza di un titolo consistente nella sussistenza di un valido ed efficace vincolo scaturente dalla costituzione dell'unione civile, fatto valere al momento dell'apertura della successione del proprio compagno - sarà chiamato a succedere nella medesima posizione successoria del coniuge, e, pertanto, gli si riconosceranno i diritti di riserva, nonché la sicura possibilità di rientrare, in assenza di devoluzione testamentaria, al primo posto fra i successibili legittimi.

D'altro canto si è visto come i conviventi, soffrendo la precarietà del loro rapporto ed avendo optato per quella che una dottrina definisce come una scelta di "non matrimonializzazione", godano di una tutela successoria che, in considerazione dei propri caratteri, si è avuto modo di definire "parziale", giacché il singolo convivente, nell'assoluto silenzio normativo, dovrà provvedere di per sé a beneficiare, se del caso, il proprio compagno mediante atti di autonomia testamentaria, istituendolo erede o legatario, o, come visto, stipulando appositi negozi

inter vivos, intesi però a regolare i propri interessi *post mortem*, il che, se avvenisse in contravvenzione rispetto al divieto di patti successori di cui ad art. 458 cod. civ., esporrebbe il convivente rimasto in vita al rischio di non vedersi riconosciuto alcunché dalla successione del proprio compagno.

Quel che risulta criticabile è pertanto la volontà del legislatore di escludere praticamente del tutto dalla successione - in assenza di una previa disposizione testamentaria - gli interessi di chi, pur non sulla base della valida costituzione di un vincolo matrimoniale o di una unione civile, abbia comunque condiviso con il *de cuius* parte della propria vita in comune, avendo peraltro deciso di consacrare la propria relazione affettiva, improntata alla comunione spirituale e materiale, all'interno di una dichiarazione registrata all'anagrafe.

Stando alla legge posta in esame, in effetti - ed è questo a mio avviso il problema principale - la convivenza di fatto non darebbe vita ad una vera e propria compagine familiare, il che comporterebbe, quale logico corollario, la necessità di considerare, in sede di successione, il convivente di fatto superstite alla stregua di un estraneo rispetto al *de cuius*, come se a nulla rilevasse l'aver condotto una parte cospicua di vita in comune, e, di più, come se le sue esigenze potessero in qualche modo intaccare quella parte intangibile di patrimonio ereditario, destinata per sua natura ad essere divisa entro la ristretta cerchia degli eredi necessari, mediante lo schema della c.d. "successione necessaria". Questo *deficit* di tutela che, come visto, deve scontare il convivente di fatto superstite, muove dalla necessità sentita dal legislatore di voler segnare un limite nella protezione della famiglia di fatto, affinché non vengano riconosciuti ai membri della coppia di conviventi gli stessi diritti e le stesse prerogative spettanti per legge ai coniugi, nella erronea ed ormai arcaica concezione per cui la famiglia legittima è, per il solo

fatto di costituirsi sulle pur solide basi dell'istituto matrimoniale, una entità destinata a durare in eterno, senza possibilità di scioglimento. Servirebbe a ciò una presa d'atto da parte del legislatore circa l'errore commesso nel non aver provveduto ad accordare alla parte superstite del rapporto di convivenza una disciplina maggiormente adeguata e più conforme alla natura propria della relazione, avendo perso l'occasione di intervenire su un sistema successorio che, alla luce delle nuove evoluzioni sociali ed al netto dell'atteggiarsi sempre più in senso pluralistico del fenomeno familiare, si dimostra anacronisticamente troppo fermo e radicato nelle sue regole, fino al punto di limitare oltremodo la libertà testamentaria.

Bibliografia

- A. ALBANESE, *La successione legittima tra passato e futuro*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012
- D. ACHILLE, *Comma 53*, in *Le unioni civili e le convivenze, Commento alla legge n. 76/2016 e ai D.lgs. n. 7/2017; D.lgs. n. 6/2017; D.lgs. n.7/2017*, a cura di C.M. BIANCA, Torino, 2017
- A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia*, Pisa, 2018,
- G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. Not.* 2007
- M. ARAMINI, *PACS, matrimonio e coppie omosessuali: quale futuro per la famiglia?*, Milano, 2006
- T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2016
- T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014
- F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco- quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove Leggi civili comm.*, 2016
- G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli 1990
- AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016
- AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016
- L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Milano, 1941
- V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017
- M.C BIANCA., *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 4a ed., Milano, 2005
- C. M. BIANCA, *sub art 9-bis*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1993
- R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lav. dir.*, 2001

- Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, in *Studium Juris*, 2017
- G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016
- G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Vicenza, 2020
- G. BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016
- G. BOG. BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, Torino, 2016
- G. BONILINI, *Patto di famiglia e unione civile*, in *Studium juris*. 2020
- G. BONILINI, *La successione testamentaria della parte superstite dell'unione civile*, in *Studium Juris*, 2018
- G. BONILINI, *Tratt. Dir. delle successioni e donazioni*, vol. II., *La successione Testamentaria*, Milano, 2000.
- G. BONILINI, *Tratt. Dir. delle successioni e donazioni*, vol. III., *La successione legittima*, Milano, 2009.
- G. BONILINI, *Dei Legati, artt. 649-673*, in *Il codice civile- Commentario* diretto da F.D. Businelli, Milano, 2006
- G. BRUNELLI, *Matrimonio same sex e unioni civili alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Forum Quad. cost.*, forumcostituzionale.it, 11 novembre 2015
- A. BUCELLI, *sub artt. 536-564, Dei legittimari*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2009.
- M. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. dir.*, 2016
- A. BUSANI, *La successione mortis causa*, Milano, 2020
- F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002
- F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013
- S. CACACE, AA. VV, *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008

- E. CALO, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, 2009
- R. CALVO- G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, Napoli, 2013
- G. CAPOZZI, a cura di A. Ferrucci -C. Ferrentino, *Successione mortis causa*, 2015
- V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016
- A. CARROZZA, *Attribuzione e ripartizione dell'indennità in caso di morte del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1949
- G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in *Questionegiustizia.it*, 17 maggio 2016
- G. CASABURI- I. GRIMALDI (cur.), *Unioni civili e convivenze: la nuova legge. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Ospedaletto, 2016
- R. CASULLI, *Successioni (Diritto Civile): Successione necessaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, 1971
- G. CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in *Quadrim.*, 1988
- V.R CASULLI – V.G. CASULLI, voce *Successione necessaria*, in *Nov. Dig. Appendice*, VII, Torino 1987
- P. CENDON (cur.), *I diritti della persona. Tutela civile, penale e amministrativa*, vol. I, Torino, 2005
- V. CIANCIOLO, *Unioni civili e convivenze, Guida commentata alla legge 20 maggio 2016, n.76*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016
- A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1961
- A. CICU- F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015
- M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 2003

- F. CORBISIERO-R. PARISI (cur.), *Famiglia, omosessualità. Genitorialità. Nuovi alfabeti di un rapporto possibile*, Velletri, 2015
- E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011
- M. D'AMELIO-E. FINZI, *Commentario codice civile, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941
- A. DALIA, *Lo scioglimento negoziale del contratto di convivenza: accordo risolutorio e recesso unilaterale*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2017
- G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della L. 20 maggio 2016, n.76, integrata dai d.lgs. 19 gennaio 2017, n.5*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1/2017
- B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016
- G. DI RAGO, *Successioni e pensioni*, in *Convivenze e unioni civili*, in *Italia Oggi*
- M.DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, in *Fam. dir.*, 2016
- M. DOSSETTI, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni* a cura di G. Bonilini, III Successione legittima, Milano 2009
- M. DOSSETTI, *sub art. 536*, in *I codici notarili commentati*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni e delle donazioni*, Torino, 2015
- DONATI GRARILLI MAZZARESE SASSI, *Diritto privato. Studi in onore di A. Palazzo*, 2, Torino, 2009
- G. DUPUIS, *La proposta Capiello per una disciplina della «famiglia di fatto»*, in *Iustitia*, 1989
- M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993
- A. FASANO- G.E. GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle Unioni Civili*, Milano, 2016

- P. FAVA (a cura di), *Successioni e donazioni*, Milano, 2017
- D. FERRARI (cur.), *I diritti delle coppie omosessuali: la parola al Parlamento*, Padova, 2016
- L.FERRI, *Successioni in generale, Art. 456-511*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V.Scialoja e G.Branca, Bologna-Roma, 1980,
- A. FIGONE, *Convivenza tra persone dello stesso sesso e diritto all'affidamento delle ceneri del partner dopo la cremazione*, in *IlFamiliarista.it*, 22 aprile 2015
- M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali*, in *il Mulino*, 3/2007
- G. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito nei novellati artt. 561 e 563)*, in *Giust. Civ.*, 2006
- G. GIACOBBE, *Famiglia, molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. e fam.*, 2006
- A . GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio tipologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017
- M. GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto (L. 20 maggio 2016, n.76)*, Rimini, 2016
- M. GORGONI (cur.) *Unioni civili e convivenze di fatto, L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016,
- G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, Torino, 1977
- GROSSO-BURDESE, *Le Successioni, Parte Generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, XII, t. 1, Torino, 197
- G. IUDICA- P-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000
- A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, II, n.38,1948
- N. LIPARI, *Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali*, in *Foro.it*, 2015
- M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2000

- M.A. LUPOI- C. CECHELLA- V. CIANCIOLO- V. MAZZOTTA (cur.), *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla Legge n. 76/2016*, 2016
- A. MAGNANI, *La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali,ideali. Conseguenze ed applicazioni*, in *Riv. not.*, 1998
- A. MASCHERONI, *sub art 540*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, vol. I (a cura di V.CUFFARO-F. DELFINI), Torino, 2009
- A. MASCHERONI, AA.VV, *Il diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975
- A. MASCIA, *La famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Matelica, 2006
- S. MAUCERI, *Omofobia come costruzione sociale. Processi generativi del pregiudizio in età adolescenziale*, Milano, 2015
- M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2012
- L. MENGONI *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*. 6. ed. aggiornata. Milano, 1999
- L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970
- R. NICOLÒ, voce *Successioni nei diritti*, in *N.mo Dig. it.*, 1956
- L. OLIVA, *I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite nelle successioni legittime*, in *Vita not.*, 2006
- G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale.*, vol I, Milano, 1999
- G. OBERTO, *I regimi patrimoniali nella famiglia di fatto*, 1991
- F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. It.*,2016
- F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990
- S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2016

- A. PALAZZO- A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori, I. Categorie e specie della successione*, Torino, 2012
- R. PANE (a cura di) *Famiglia e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017
- F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 2018
- P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988
- P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto*, Napoli, 1988
- B. PEZZINI- A. LORENZETTI (cur.) *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011
- M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014,
- V. PUTORTÌ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento U.E 650/2012*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, III
- A.RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1978
- P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corriere Giur.*, 2012
- P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita notarile*, 1993
- P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997
- P. RIGLIANO - J. CILIBERTO -F. FERRARI (cur.), *Curare i Gay? Oltre l'ideologia riparativa dell'omosessualità*, Milano, 2002
- C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2, 2016
- F. ROMEO (a cura di) *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014
- F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 4, 2016

- V. ROPPO, *Trattato del contratto*, VI, Interferenze, Milano, 2006
- S. ROSSI, *La "legge Cirinnà", tra love rights e politica del diritto*, in *Studium Iuris*, 2016
- F. RUSCELLO, *Diritto di famiglia*, Pisa, 2017
- U. SALVESTRONI, *Della capacità di succedere. Dell'indegnità*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Businelli
- A.M. SANDULLI, *Commento all'art 29 cost.*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Padova, 1992
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Firenze, 1941
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997
- V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013
- V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013
- A. SCHILLACI, *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in *GenIus*, 2-2016
- P. SCHLESINGER, *Una Risoluzione del Parlamento Europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994
- P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016
- M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e concezione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016
- M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. It.*, 2016
- M. SIMONE, *Le cosiddette unioni di fatto*, in *Civiltà cattolica*, 2007,

- S. SOLIMANO, *'Il letto di Procuste'. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I Progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003
- F. G. STOLFI, *sub art. 536*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, V. Padova, Cedam, 1977
- V. TAGLIAFERRI, *La successione degli uniti civili*, in *Il familiarista*, 2016, par. 1
- TAGLIAFERRI-PREITE-CARBONE (a cura di), *Le successioni, Manuale notarile*, Milano, 2016
- G. TAMBURRINO, voce *Successione legittima*, in *Enc. Dir. XLIII*, Milano, 1990
- G. TAMBURRINO, *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir., XLIII*, Milano, 1990
- A. TORRENTE.- P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Ventiquattresima edizione, a cura di Franco Anelli, Carlo Granelli. Milano
- A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?* in *Riv. dir. civ.*, 1988,
- A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981
- M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci ed ombre*, in *Jus*, 2016
- A. TULLIO, *La successione necessaria*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 2012
- G. VASSALLO, *Unioni civili e convivenze di fatto dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76*, Roma, 2016
- F. VOLPE, *La successione dei legittimari*, Milano, 2017
- M. WINKLER- M. GATTUSO- G. BUFFONE, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017
- P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO-M. FORTINO-F. RUSCELLO, Milano, 2011

