



**Antonio Fucillo**

(associato di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza della  
Seconda Università di Napoli)

### **Riflessioni sparse su "CUS", "DICO", e fenomeno religioso**

**SOMMARIO:** 1. Società multietnica e multireligiosa, libertà fondamentali ed evoluzione della "famiglia" – 2. Unioni di fatto, crisi sociale della famiglia "tradizionale" e pluralismo sociale e religioso. Ipotesi di soluzione giuridica? – 2a. Profili "generalisti" – 2b. Profili "pubblicistici" – 2c. Riflessioni sulle più recenti proposte di legge (XV legislatura) in materia – 3. Libertà individuali e rapporti patrimoniali nell'ambito della famiglia naturale e multiculturale: in particolare gli accordi di convivenza – 4. I possibili profili successori nella famiglia naturale e di fatto e la loro rilevanza nella gestione dei rapporti personali (alcuni cenni) – 5. La "concorrenza tra ordinamenti" in materia di convivenza (alcune riflessioni operative).

#### **1 - Società multietnica e multireligiosa, libertà fondamentali ed evoluzione della "famiglia"<sup>1</sup>**

Dire che la nostra società è in continua evoluzione rappresenta un'affermazione da tutti generalmente condivisa e fin troppo "scontata", così come si registra una certa convergenza di idee sulla circostanza che la società si evolve più in fretta di qualsiasi decisione politica, e di conseguenza di produzione normativa<sup>2</sup>, intesa per lo meno in senso tradizionale.

Anzi, nei tempi che stiamo vivendo, ove le preoccupazioni maggiori vengono raffigurate sempre in termini "macroeconomici"<sup>3</sup>, lo

---

\*Testo (riveduto, anche con l'aggiunta di note in calce) della relazione al Convegno su "La funzione del notaio tra autodeterminazione e norma" (Napoli 15 settembre 2007).

<sup>1</sup> Su tale tematica, cfr. anche quanto da me sostenuto in A. FUCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, in *Diritto e religioni*, 2006, 1-2, p. 264 ss.

<sup>2</sup> Da ultimo, cfr. la ricostruzione di G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000, p. 340 ss..

<sup>3</sup> Basta riferirsi a qualsiasi organismo di informazione di massa, per verificare come concetti quali "competitività", "liberalizzazioni", "concorrenza", "mercato", siano oramai di pubblico dominio, al punto tale da rappresentare il contrario di loro stessi, nel significante attribuito loro dall'interpretazione "popolare". Ovviamente, di tale



spazio riservato alle libertà fondamentali dell'individuo è spesso relegato al margine di proclami demagogici, che non facilitano le necessarie riflessioni giuridiche che potrebbero, invece, effettivamente giovare alla soluzione "tecnica" di problematiche difficili, che coinvolgono alcune delle libertà personali più rilevanti dell'individuo, come le proprie scelte di coscienza, di religione e sessuali.

Tale dibattito è certamente più acceso proprio nel campo del diritto di famiglia, ove l'esplicito richiamo nella Carta fondamentale (art. 29 Cost.) al "diritto naturale"<sup>4</sup>, sembra costruire una chiave interpretativa e metodologicamente qualificata, rispetto alla tradizionale interpretazione dell'istituto matrimoniale.

Si può peraltro affermare che, tra i vari rami del sapere giuridico, il diritto di famiglia è quella certamente tra le discipline civilistiche maggiormente influenzata da un lato dalla "tradizione" culturale di un Paese, dall'altra più soggetta alle sollecitazioni provenienti dalle "nuove culture" che si impongono quale diretta conseguenza della globalizzazione sociale. Così come ad un particolare interesse del legislatore ed alla conseguente produzione normativa, spinta dall'influenza che tali tematiche hanno sia nella comunità politica, che in quella socialmente rilevante delle confessioni religiose.

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

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

La centralità della persona rende ovviamente altamente protetta la sfera dei singoli, anche quando intesi come "comunità" (art. 2 Cost.), con la conseguenza a volte, addirittura paradossale, di fungere quale

---

processo di *banalisation* non poteva non essere "vittima" anche il notariato, ove si concentrano da sempre, una pletora di "luoghi comuni"; in tema, cfr. le recenti e pregevoli considerazioni di G. MARICONDA, *Bersani: le considerazioni e la proposta del notariato*, in *Notariato*, 2007, 4, p. 369 ss..

<sup>4</sup> Cosa rappresenti il "diritto naturale" nell'evoluzione della scienza del diritto, è assai noto.



limite stesso alla loro autoregolamentazione, piuttosto che da “stimolo” alla medesima<sup>5</sup>.

Tuttavia, è attuale ricordare il superamento delle impostazioni sia pubblicistiche che superindividuali<sup>6</sup> del diritto di famiglia, al fine di ricercare una sostenibile esplicazione dell'autonomia privata nell'ambito dei rapporti familiari, pur intesi in senso ampio, e senza dimenticare che si tratta di relazioni sociali fortemente caratterizzate sotto il profilo degli affetti<sup>7</sup>, e quindi non del tutto stereotipabili attraverso una asettica applicazione degli ordinari istituti e decisamente influenzate dal sentimento religioso dei componenti il nucleo familiare<sup>8</sup>.

Gli aspetti patrimoniali, ad esempio, possono rappresentare da un lato un utile veicolo per la realizzazione di interessi personali all'interno di tali rapporti, così come all'inverso costituirne un ostacolo, finendo per condizionare, a scopi patrimoniali, l'esplicazione delle libertà personali all'interno di tali comunità<sup>9</sup>.

La considerazione che aiuta ad unire tutto ciò, sia sotto il profilo ricostruttivo e dogmatico che concretamente operativo, e che forse rappresenta correttamente quell'elemento richiamato in epigrafe, è che si tende ora ad individuare in diritto la “persona umana” sempre più come un valore in sé, anzi il valore su cui fonda l'intero ordinamento giuridico<sup>10</sup>. Tale “valore”, quindi, costituisce il principio, la chiave di lettura unitaria, e la sua trasposizione all'interno degli istituti avviene con la sua veicolizzazione attraverso la utilizzazione di metanorme sostanziali<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> A. FUCCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, cit., p. 265.

<sup>6</sup> In tema G. CICU, *Lo spirito del diritto di famiglia*, Macerata, 1914.

<sup>7</sup> Ad esempio, è utile riferirsi al *decisum* di Cass. pen., 10 ottobre 2001, n. 36576, in *Fam. e dir.*, 2002, 2, p. 135 ss., che ha stabilito, ai fini della configurazione del reato di “maltrattamenti in famiglia” la medesima rilevanza tra coniugio e convivenza a tali fini, giustificata dal presupposto che “il matrimonio non è più un legame indissolubile” a seguito dell'introduzione del divorzio. Tale pronuncia, pur non del tutto condivisibile nelle motivazioni di diritto, è certamente indicativa della circostanza, più volte in testo riferita, della perdita, pur sotto certi profili, del monopolio dell'istituto matrimoniale tradizionale.

<sup>8</sup> A. FUCCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, cit., p. 266.

<sup>9</sup> Su tali profili, cfr. A. FUCCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, cit., p. 264 ss..

<sup>10</sup> G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 346. In tema cfr. A. FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, 2005, p. 84 ss..

<sup>11</sup> Nota S. FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa*, Napoli, 2003, p. 35, che “i diritti soggettivi, ed a maggior ragione i diritti di libertà, presuppongono l'individuo, perché è l'individuo la base su cui essi poggiano”.



Un così elaborato criterio interpretativo, può forse aiutare ad individuare strumenti efficaci di risposta giuridica alle istanze che provengono, in modo assai diversificato dagli originari *standards*, dalla nostra società "multietnica" e "multiculturale"<sup>12</sup>, affrontando con maggiore sicurezza di orientamento questioni come la libertà religiosa<sup>13</sup> e la bioetica<sup>14</sup>, particolarmente interessanti per il diritto di famiglia.

Un ulteriore e rilevante esempio può essere certamente fornito dalla importanza che assumono i diritti dei minori all'interno dei nuclei familiari, tutelati in ogni senso dal diritto patrimoniale (cfr. ad es. art. 320 c.c.), ma forse meno sotto il profilo delle scelte personali, che condizionano certamente i loro indirizzi futuri, soprattutto sotto il profilo della loro libertà nelle scelte personali e religiose<sup>15</sup>.

In ogni caso, è bene sottolineare che non è possibile affrontare le problematiche relative all'eventuale riconoscimento giuridico delle convivenze, sia etero che omosessuali, senza una particolare attenzione e sensibilità verso il fenomeno religioso, in quanto molte delle scelte dei singoli su tali tematiche risentono della loro appartenenza confessionale.

## **2 - Unioni di fatto, crisi sociale della famiglia "tradizionale" e pluralismo sociale e religioso. Ipotesi di soluzione giuridica?**

### **2a - Profili "generali"**

In una recente ricerca<sup>16</sup>, a seguito di un approfondito esame sia della normativa di alcuni stati europei in tema di convivenza, che delle legislazioni regionali che hanno affrontato la difficile questione, si è giunti sostanzialmente a sostenere la piena ammissibilità, anche in assenza di una apposita legislazione in materia<sup>17</sup> e quindi

---

<sup>12</sup> Cfr. AA.VV., *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2005; G. DAMMACCO, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multicultural del mediterraneo*, Bari, 2000.

<sup>13</sup> Cfr. i 3 voll. AA.VV., *La libertà religiosa*, a cura di M. TEDESCHI, Soveria Mannelli, 2002.

<sup>14</sup> Su tale tematica la bibliografia è particolarmente ampia, per gli opportuni riferimenti si rinvia a L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; ID., *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000.

<sup>15</sup> Un iniziale sforzo ricostruttivo è in R. SANTORO, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, 2004.

<sup>16</sup> I cui risultati sono pubblicati nel volume AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, a cura di A. FUCCILLO, Torino, 2007.

<sup>17</sup> Nell'area "euro" ne sono prive soltanto Italia, Austria e Grecia.



prescindendone, di una concreta autoregolamentazione “privatistica” delle convivenze.

Ovviamente, si è perfettamente coscienti delle difficoltà operative che tale fattispecie pone all’interprete, data la premessa dalla quale si è partiti, e cioè la qualificazione che l’art. 29 della Carta costituzionale attribuisce al matrimonio. È opinione diffusa, inoltre, che appartiene alla tradizione culturale italiana classica una configurazione della famiglia basata sull’etica cattolica, e su di un matrimonio civile configurato, per lo meno inizialmente, sull’archetipo matrimoniale canonistico. Tuttavia, è opinione altrettanto diffusa, che le modificazioni avvenute gradualmente nella società italiana abbiano dimostrato la inadeguatezza degli istituti di diritto familiare “tradizionale” inizialmente inseriti nel codice civile<sup>18</sup>.

Tuttavia, i vorticosi cambiamenti della società contemporanea (ai quali si è già fatto riferimento), inducono i giuristi ad uno sforzo costruttivo che riempia i vuoti del sistema normativo, in settori ad alto impatto sociale, ove il rapporto tra società e diritto può sembrare pericolosamente alterato.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, dunque, l’analisi deve necessariamente svolgersi tenendo anche presente che le norme costituzionali coinvolte dalla tematica in esame vanno sempre rapportate alla centralità della persona umana, che rende ovviamente altamente protetta la sfera personale dei singoli, anche quando intesi come “comunità” (art. 2 Cost.). La teorizzazione della libertà “delle” e “nelle” *formazioni sociali*<sup>19</sup> è certamente uno degli elementi su cui fondare la possibile giuridicizzazione dei rapporti di convivenza, proprio in quanto *comunità* nelle quali si “svolge” la personalità dell’individuo; così come all’eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.) ci si deve direttamente riferire per la non discriminazione nella tutela giuridica di convivenze omosessuali<sup>20</sup>.

## 2b -Profili “pubblicistici”

---

<sup>18</sup> Ricordava tuttavia L. DE LUCA, *La famiglia oggi*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 462, che tale settore è quello dove si sono registrati, a partire dagli anni 50, gli interventi più significativi del legislatore.

<sup>19</sup> Interessanti riferimenti in G.M. SALERNO, *I nostri diritti*, Bari, 2002, p. 104 ss..

<sup>20</sup> Come è noto l’art. 3 Cost. si riferisce espressamente anche alla non discriminazione sessuale.



Nella vastità delle fattispecie concrete che la “famiglia attuale” propone all’interprete<sup>21</sup>, tuttavia, la questione di maggiore attualità e rilevanza sociale è certamente riferibile al problema delle “unioni di fatto” o “convivenze” che dir si voglia, che rappresenta peraltro uno dei settori di maggiore frizione tra le confessioni religiose tradizionali (Chiesa cattolica in *primis*) e comunità sociale.

Malgrado il grande interesse per la tematica, tuttavia, non si riescono a raggiungere risultati adeguati sotto il profilo politico<sup>22</sup>; difatti, le numerose proposte di legge presentate da un decennio a questa parte praticamente in ogni legislatura e da molte forze politiche, sistematicamente si arenano, anche per opera del *lobbying* religioso<sup>23</sup>.

La mancanza di una legislazione in tema è inoltre da molti ritenuta una grave lacuna dell’ordinamento, anche considerando che nell’ambito dell’Unione europea, ad esempio, stati come la Danimarca, la Svezia, la Finlandia, il Belgio, la Francia, la Spagna e l’Olanda hanno prodotto una normativa in tema<sup>24</sup>, ed inoltre anche la Norvegia, l’Islanda e la Svizzera (limitandoci all’Europa) hanno leggi in argomento<sup>25</sup>.

Inoltre, in tali legislazioni europee<sup>26</sup>, si è debitamente tenuto conto anche delle convivenze omosessuali, in alcuni casi regolamentate in via esclusiva.

Nella specie:

- l’art. 515-1 *code civil* francese prevede anche il caso della omosessualità per la stipulazione di un PACS;
- l’art. 1475 del codice civile del Belgio non prevede espressamente la “eterosessualità” tra i requisiti per la “coabitazione legale”;
- il capo I, n. 1 del *Registered partnership act* della Finlandia, prevede espressamente la possibilità che i *partners* siano omosessuali;

---

<sup>21</sup> Si vedano le sempre attuali considerazioni di V. SCALISI, *La “famiglia” e “le famiglie”*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Padova, 1985, p. 270 ss..

<sup>22</sup> Cfr. il volume AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988.

<sup>23</sup> La spinta di protezione dei gruppi più forti sotto il profilo religioso è bene evidenziata da V. TOZZI, *Società multi culturale, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, p. 141.

<sup>24</sup> I provvedimenti sono tutti pubblicati in appendice al volume AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, p. 183 ss., con la eccezione della legge olandese.

<sup>25</sup> Anche tali provvedimenti normativi sono pubblicati in appendice al volume AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, p. 155 ss..

<sup>26</sup> Assunte ad esempio in tale lavoro.



- l'art. 1 della legge dell'Islanda n. 87 del 12 giugno 1996, si riferisce esclusivamente alla convivenza omosessuale, peraltro rinviando (art. 2) in gran parte alla disciplina del matrimonio;

- la legge della Svezia n. 54 del 23 giugno 1994, si riferisce esclusivamente (art. 1) alle convivenze omosessuali;

- la legge della Norvegia n. 40 del 30 aprile 1993, prevede (art. 1) che due persone dello stesso sesso possono registrare la loro *partnership*. Identica previsione è contenuta nella legge della Danimarca n. 372 del 7 giugno 1989 (art. 1);

- l'art. 44 del codice civile della Spagna prevede espressamente che il matrimonio può essere contratto quando "*ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*";

- la Svizzera ha promulgato una legge federale (18 giugno 2004) sulla "unione domestica registrata di coppie omosessuali".

È utile, tra l'altro, segnalare come in materia di convivenza si registra un intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>, che ha ritenuto discriminatoria la legislazione di un paese (o la sua interpretazione) basata sulla discriminazione sessuale<sup>28</sup>; il che vuole comunque significare che se di convivenze si tratta, non sarebbe assolutamente esaustivo il riferimento tradizionale alle convivenze *more uxorio* "eterosessuali"<sup>29</sup>.

L'assenza, pertanto, in Italia di una legislazione in tema di "convivenze registrate" viene ritenuta da molti come una palese violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Ciò ha causato tra l'altro che, oltre al sempre più acceso dibattito politico nazionale in tema, alcune Regioni si siano interessate alla problematica, predisponendo strumenti di tutela per le convivenze, anche se negli stretti ambiti nei quali questa è effettivamente approntabile nell'ambito di una legislazione regionale. Difatti, occorre richiamare l'art. 117 della Carta costituzionale che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la normativa in materia di "stato civile" ed "ordinamento civile".

Timidi tentativi si sono inoltre registrati anche in ambito comunale, con l'istituzione di particolari registri a fini amministrativi, per lo più allo scopo di identificare le coppie che richiedono l'assegnazione di alloggi o di buoni casa. Tale criterio è stato però

---

<sup>27</sup> Sent. 24 luglio 2004, pres. Rozakis- contro Austria.

<sup>28</sup> Utili indicazioni in F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003.

<sup>29</sup> In tema M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di "familiare" tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 821 ss..



contestato in dottrina<sup>30</sup> ed in giurisprudenza<sup>31</sup>, per la sua inattendibilità, e per la assoluta irrilevanza civilistica di un consenso così espresso utile, peraltro, solo a creare confusione ed inutili aspettative, senza conferire alcuno *status* giuridico affidabile, né alcuna concreta ipotesi di tutela effettivamente attivabile da parte dei soggetti così coinvolti<sup>32</sup>. Si è quindi fatto ricorso ad un ulteriore *genus* giuridico, identificato come “famiglia anagrafica”, alimentando tale interpretazione le incertezze giuridiche che si registrano in tema.

Anzi, ancora di recente, la giurisprudenza amministrativa ha posto l'accento sulla inaccettabilità di una “confusione giuridica” tra famiglia “classica” ed “anagrafica” (Tar Veneto – n. 2786/07)<sup>33</sup>, e quindi sostanzialmente sulla irrilevanza “civilistica” di tali dichiarazioni.

## 2c - Riflessioni sulle più recenti proposte di legge (XV legislatura) in materia

Il dibattito politico sulla vicenda, dunque, ha di recente ripreso vigore, e l'attenzione delle Camere tende a concentrarsi essenzialmente sui seguenti progetti di legge<sup>34</sup>:

A) La proposta di legge presentata dal Governo al Senato, per iniziativa dei ministri Bindi e Pollastrini (n. 1339) sui “diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi”;

B) La proposta di legge presentata al Senato, per iniziativa del sen. Biondi (n. 589) sulla “disciplina del contratto di unione solidale”.

---

<sup>30</sup> E. PAZÈ, *le ragioni contro un'anagrafe delle famiglie di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, II, p. 192 ss..

<sup>31</sup> TAR Toscana, 9.2.96, n. 49, in *Foro it.*, 1996, III, cc. 524 ss., con nota di ROMBOLI-ROSSI, *I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori*.

<sup>32</sup> È a tutti noto il recente caso del Comune di Padova (delibera del Consiglio comunale, n. 108 del 4 dicembre 2006), che rilascia particolari certificazioni di “convivenza”, circostanza riferita peraltro dai *media* come una sorta di regolamentazione giuridica delle convivenze.

<sup>33</sup> Una sintesi del provvedimento in *Il Sole-24 ore*, del 29 agosto 2007, p. 31.

<sup>34</sup> Tuttavia, risultano presentate al Senato anche le seguenti proposte di legge in materia: n. 62 (sen. Malabarba); n. 472 (sen. Ripamonti); n. 481 (sen. Silvestri); n. 1208 (sen. Boccia); n. 1224 (sen. Manzione); n. 1225 (sen. Russo Spena); n. 1227 (sen. Russo Spena). Alla Camera dei Deputati, risultano le seguenti proposte di legge in materia: n. 33 (on. Grillini); n. 580 (on. Grillini); n. 1060 (on. Moroni); n. 1155 (on. Buemi); n. 1246 (on. Capezzone); n. 1562 (on. De Simone); n. 1563 (on. De Simone); n. 1730 (on. Rivolta); n. 2148 (on. Balducci); n. 2097 (on. Bimbi); n. 2177 (on. Lucà, Lenzi). Tutte riferite alla sola XV legislatura.



C) La proposta di legge presentata al Senato, per iniziativa della sen. Franco (n. 18), su “norme sul riconoscimento giuridico delle unioni civili”<sup>35</sup>.

In realtà, pur spinti dalla medesima esigenza politica, si sviluppano su due piani profondamente diversi.

- Il disegno di legge n. 1339, sostanzialmente sposta la questione delle convivenze in campo prevalentemente pubblicistico, prevedendo un sostanziale riconoscimento *de iure* di una tipologia familiare fondata (solo a fini meramente probatori) sulle “risultanze anagrafiche” generate a seguito della dichiarazione ivi prevista (art. 1, comma 2).

- Il disegno di legge n. 589, invece, mantiene la questione nell’ambito privatistico, delle scelte di autoregolamentazione delle parti coinvolte, le quali trovano la loro tutela nella forza dello strumento privatistico adottato (ricordiamo, ad esempio, che l’art 1372 c.c. recita che “il contratto ha forza di legge tra le parti”). Ciò si realizzerebbe inserendo, all’interno del codice civile (attraverso un “nuovo” art. 230 ter) il “contratto di unione solidale”.

- Il disegno di legge n. 18, nella sua formulazione “emendata”, sottolinea ancora di più la scelta “autodeterministica” delle parti coinvolte, senza rinunciare, tuttavia, ad una base contenutistica “pubblicistica”, che sembra rappresentare una felice sintesi tra le due “anime” coinvolte dal dibattito parlamentare<sup>36</sup>.

Non è ovviamente questa la sede opportuna per entrare nel merito di scelte che sono assolutamente politiche; tuttavia è bene evidenziare ancora una volta come i diritti di libertà e le scelte di libertà possano trovare migliore e più duttile realizzazione attraverso strumenti di autoregolamentazione. Il processo, oramai inarrestabile, di ricorso a profili autonormativi per la realizzazione di scopi e finalità anche iperindividuali, è oramai assodato anche nella nostra società<sup>37</sup>.

La distinzione, quindi, tra le due posizioni, di cui tali “proposte di legge” rappresentano il rispettivo archetipo, è indubbiamente nel riconoscimento della rilevanza pubblicistica della convivenza (art. 1 – dl. 1339) a prescindere da una scelta di tipo regolamentativo, oppure nella libertà di ricorrere, o meno, ad una autoregolamentazione della

---

<sup>35</sup> Tale “progetto” ha attualmente ricevuto una accelerazione a seguito delle modifiche al disegno originario, proposte dal sen. Cesare Salvi in Commissione giustizia (istituzione di un Comitato ristretto di esame, in data 5.6.07) del Senato, con una accentuazione dei profili autonomistici e negoziali.

<sup>36</sup> Un utile scheda sinottica è stata pubblicata da *Il sole – 24 ore*, del 14 luglio 2007, p. 31.

<sup>37</sup> In tema, mi si consenta un ampio riferimento a A.. FUCILLO, *L’attuazione privatistica della libertà religiosa*, cit., p. 155 ss..



medesima (art. 1, comma 1, dl. 589), in totale autonomia, con le garanzie dello strumento “privatistico” adottato in concreto.

L’articolazione, inoltre, prevista nel cd. “progetto Salvi”, di una serie di questioni giuridiche di assoluto rilievo come i profili successori, e quelli generalmente patrimoniali dei conviventi, così come la previsione di un articolato sistema di pubblicità, conforme a quello generale, sottolinea, ancora una volta, la felice articolazione di un *Contratto di Unione Solidale (CUS)*, che bene sintetizza, sia il profilo pubblicistico che quello privatistico, coinvolti nella difficile tematica<sup>38</sup>.

### **3 - Libertà individuali e rapporti patrimoniali nell’ambito della famiglia naturale e multiculturale: in particolare gli accordi di convivenza**

È ancora particolarmente diffusa la convinzione, sia in dottrina che in giurisprudenza, che la convivenza *more uxorio* si “risolve in una situazione caratterizzata da un complesso di rapporti, unificati sotto il profilo personale dalla *affectio coniugalis*, sotto il profilo economico dall’*animus donandi*, e non può quindi essere configurata, nel nostro ordinamento, come fonte di obbligazioni, non potendo considerarsi né un fatto illecito, né un contratto e nemmeno una quasi contratto, e in particolare una promessa di matrimonio”<sup>39</sup>.

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

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

- non vi sarebbero possibilità di tutela successoria a favore del convivente<sup>40</sup>, al di fuori di quelle ordinariamente previste per l’estraneo dal diritto successorio, quindi per lo più riferibili alle consentite disposizioni testamentarie e donazioni, ed ai conseguenti limiti riferibili alla intangibilità della quota di legittima;

---

<sup>38</sup> Molto acute le osservazioni di G. NEGRI, *La convivenza prova il contratto*, in *Il sole – 24 ore*, del 14 luglio 2007, p. 31.

<sup>39</sup> Così un famoso pronunciato di Trib. Roma, 10 ottobre 1985, in *Temì Rom.*, 1985, p. 953.

<sup>40</sup> Utilizzo tale termine in senso ampio, riferito cioè a qualsiasi forma di convivenza *more uxorio*, sia etero che omosessuale.



- al contrario, ai figli naturali spettano tutti i diritti e le forme di tutela predisposte dal nostro sistema indifferentemente a favore sia dei figli legittimi che naturali, la cui equiparazione è oramai assodata, e l'unica distinzione risiede nella terminologia identificativa, e nelle rare eccezioni riferibili a particolari categorie di figli naturali.

La ricerca di forme giuridiche di tutela patrimoniale delle "convivenze" è certamente e conseguentemente uno di quei settori di indagine giuridica più controversi, e che ha molto interessato studiosi di varia provenienza culturale<sup>41</sup>.

Di conseguenza, ed in mancanza di una legislazione speciale, l'attenzione degli studiosi e dei pratici si è sempre rivolta verso le possibilità di autoregolamentazione<sup>42</sup> delle convivenze, sulla base di "accordi" a contenuto autonormativo.

La duttilità dello schema contrattuale generalmente consente, anche in applicazione dei principi autonomistici riconosciuti dal nostro sistema giuridico, che il contenuto dell'accordo si uniformi, pur con i limiti attualmente piuttosto elastici di una sua giustificazione causale, all'autoregolamento degli interessi delle parti che lo pongono in essere. Ne consegue che l'accordo contrattuale si presenta come strumento effettivamente utilizzabile per le più svariate finalità, che partecipano alla identificazione della causa concreta di ogni singola pattuizione<sup>43</sup>, quale elemento soggettivo che contribuisce alla delimitazione di quello più strettamente oggettivo<sup>44</sup>.

Su tale convinzione, ha ricevuto impulso lo studio degli "accordi di convivenza" intendendosi con tale locuzione le autoregolamentazioni (quindi, con atto tra vivi)<sup>45</sup> negoziali tra conviventi<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr., ad esempio, P. LILLO, *Famiglie di fatto e libertà matrimoniale*, in *Dir. fam. per.*, 2002, II, p. 992 ss..

<sup>42</sup> In mancanza di apposite leggi (cfr. ad es. i PACS della Francia), il nostro sistema è in grado di spingere verso condotte autonormative. In tema si veda ampiamente lo studio di G. DE MATTEIS, *La nuova legge francese denominata "PACS" pacte civile de solidarité – patti civili di solidarietà*, in AA.VV., *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, a cura di G. FUCCILLO, Napoli, 2002, p. 171 ss..

<sup>43</sup> Nel senso peraltro già anticipato, ed al quale ci si riferisce ulteriormente.

<sup>44</sup> Sulla critica alla causa del contratto come "funzione" cfr. R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, vol. I, p. 641 ss.. Sulle varie teorie in materia di causa è utile il riferimento a M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960.

<sup>45</sup> La Rivista *Contratti* pubblicò (1995, p. 245 ss.) uno schema contrattuale titolato *Convenzione patrimoniale fra conviventi "more uxorio"*, che ritengo ancora utile ed attuale.

<sup>46</sup> In tema, cfr. da ultimo, A. MAURA, *La validità dei c.d. "contratti di convivenza" e l'applicabilità ai conviventi more uxorio in via analogica delle disposizioni codicistiche*



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

A) La **natura giuridica** – Le prevalenti opinioni sono indirizzate a ritenere tali “accordi” veri e propri contratti; d’altra parte la nota duttilità dello schema del contratto<sup>47</sup>, a causa della sua strutturale duttilità, ben si presta ad essere utilizzato per veicolare<sup>48</sup> all’interno del sistema bisogni, esigenze ed interessi (di varia natura) delle parti che lo pongono in essere, anche se sempre con l’ovvio limite del rispetto della *liceità*.

A base, però, della rilevanza della *stipulazione* di un contratto, l’interesse di chi lo pone in essere deve risultare “meritevole di tutela”, al fine peraltro di evitare che si pongano in essere contratti “senza merito”<sup>49</sup>; il tutto in ottemperanza, peraltro, della necessaria qualificazione causale (vedi *infra*) della pattuizione utilizzata<sup>50</sup>.

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

- la natura contrattuale ne impedisce l’utilizzazione successoria diretta<sup>51</sup>, e si scontra tra l’altro con la rigida previsione dell’art. 458 c.c., ove prevede la nullità di “ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione” (cd. “patti successori istitutivi” sia diretti che obbligatori);

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

---

*concernenti i diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 908 ss..  
Cfr. anche. A. FUCCILLO, *Accordi di convivenza: alcuni aspetti problematici*, in AA.VV., *Famiglia e circolazione giuridica*, cit., p. 67 ss..

<sup>47</sup> Si evidenzia in dottrina, però, che “a prima vista la parola *contratto* riveste una pluralità di significati”. Occorre, quindi, evitare di “definire il contratto in base all’ambito entro cui è chiamato ad operare; così come non è possibile definire il contratto in modo unitario attraverso una enumerazione dei suoi costituenti”, R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, I, pp. 28-29. Inutile, inoltre, sottolineare che i riferimenti al contratto, data peraltro l’ampiezza della materia, saranno limitati nel presente lavoro a ciò che si ritiene indefettibile.

<sup>48</sup> Utilizzo tale termine secondo lo schema proposto ad inizio del lavoro (cfr. Cap. I, §1).

<sup>49</sup> G. DE NOVA, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 693.

<sup>50</sup> Rileva V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, p. 381, che la causa “rileva per la sorte del contratto”, anche se prevalentemente la sua rilevanza è di carattere “negativo”.

<sup>51</sup> È evidente, tra l’altro, il contrasto con l’unipersonalità del negozio testamentario.



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

La dottrina moderna<sup>52</sup>, sulla base anche di notevoli pronunciati della giurisprudenza<sup>53</sup>, è per lo più concorde nel ritenere tali contratti meritevoli di tutela per l’ordinamento giuridico italiano sulla considerazione che essendo in sé meritevole la convivenza (art. 2 Cost.) non potrebbe non esserlo il contratto che la regola. Tuttavia, a volte il procedimento logico proposto non presenta degli elementi di valutazione del tutto oggettivi, riferendosi a singole valutazioni “caso per caso” che sarebbero necessarie al fine della valutazione della fattispecie contrattuale concretamente posta in essere, oppure si propone quale elemento di valutazione la distinzione tra condotte personali (ritenute assolutamente vietate) ed effetti patrimoniali (ritenuti per lo più leciti).

Per cui, si può desumere che:

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

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

- si tratti di una convivenza “more uxorio” cioè caratterizzata dalla stabilità o meglio dalla “non occasionalità”, che testimoni la presenza di una *affectio* non lontana dalla *affectio coniugalis* e comunque soddisfattiva di quella esigenza di protezione giuridica che ne giustifichi la meritevolezza causale.

Di qui, la pregnante esigenza di verificare, in modo oggettivo, e cioè al di fuori di un esame strettamente casistico, quali siano gli

---

<sup>52</sup> M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1997, p. 462 ss..

<sup>53</sup> Tra tutte la notissima sentenza della Corte Cost., 7.4.88, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2515, sulla estensione al convivente more uxorio della successione nel contratto di locazione (art. 6, legge 392/78).



elementi di giudizio per ritenere verificata (in senso ovviamente giuridico) la stabilità di una convivenza, anche in relazione al rapporto con l'ordine pubblico dello Stato, necessario criterio di riferimento per la qualificazione della liceità della causa concreta.

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

Per ovviare a tale incertezza si è proposto di ricorrere ai registri istituiti da alcuni comuni a fini amministrativi, per lo più allo scopo di identificare le coppie che richiedono l'assegnazione di alloggi o di buoni casa. Tale criterio è stato però contestato in dottrina<sup>54</sup> ed in giurisprudenza<sup>55</sup>, per la sua inattendibilità, data la irrilevanza civilistica di un consenso così espresso.

Ho personalmente proposto e difeso la attendibilità di un criterio identificativo basato su di una convivenza qualificata<sup>56</sup> dall'esistenza di un matrimonio religioso, inteso ovviamente in senso ampio e pluriconfessionale.

Tale opzione, può rappresentare una valida alternativa già per gli appartenenti a confessioni religiose che hanno una disciplina dell'istituto matrimoniale sia di diritto confessionale che trascrivibile agli effetti civili<sup>57</sup>. Soprattutto quando i conviventi ritenessero il matrimonio soltanto un fatto di coscienza, evitandosi così l'obbligato (ovviamente ai fini delle conseguenze patrimoniali) ricorso all'istituto civilistico, regolamentando il proprio *menage* in via negoziale<sup>58</sup>, evitando di lasciare i *partners* privi di un'adeguata tutela giuridica.

---

<sup>54</sup> E. PAZÈ, *Le ragioni contro un'anagrafe delle famiglie di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, II, p. 192 ss..

<sup>55</sup> TAR Toscana, 9.2.96, n. 49, in *Foro it.*, 1996, III, cc. 524 ss., con nota di ROMBOLI-ROSSI, *I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori*.

<sup>56</sup> In tema mi si consenta un ampio rinvio ad A. FUCCILLO, *Matrimonio di coscienza, accordi di convivenza e libertà religiosa: alcune considerazioni "ora per allora"*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1113 ss..

<sup>57</sup> Su tali problematiche, oltre alla manualistica fin qui citata, cfr. A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 1996, A. ALBISETTI, *Il matrimonio dei culti acattolici*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 293 ss..

<sup>58</sup> F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 14 ss., ove ritiene non complementare il rapporto tra "negoziabilità" e quindi, disponibilità, e "patrimonialità", in tale delicato settore, a dimostrazione, quindi, della avvenuta frattura tra elemento patrimoniale ed interessi personali nella struttura delle convenzioni.



D'altra parte, il matrimonio sotto il profilo civilistico è stato di recente ricostruito come "manifestazione di libertà", proprio recuperandone gli aspetti di autodeterminazione delle parti<sup>59</sup>. Inoltre, tale schema può rappresentare la sola possibilità di regolamentazione patrimoniale dei matrimoni religiosi degli appartenenti a confessioni che non hanno una categoria matrimoniale istituzionalizzata, e quindi non trascrivibile negli atti dello stato civile.

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

Più incerta appare la verifica della stabilità delle convivenze omosessuali, data la diversità di *immagine*<sup>60</sup> giuridica rispetto al matrimonio tradizionale.

Certamente l'attuale costume sociale legittima tali forme di convivenza, così come il sistema ordinamentale al suo massimo livello (artt. 2 e 3 Cost.), ma il criterio oggettivo di verifica è piuttosto labile, non potendosi peraltro contare su di un decisivo elemento di valutazione, rappresentato dall'esercizio congiunto da parte dei conviventi della potestà sui figli minori (art. 317 bis c.c.).

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

È stato infatti notato che la causa del contratto di convivenza debba essere comunque ricercata nella regolamentazione del *menage* patrimoniale di una possibile "famiglia di fatto", e non già nella relazione in sé, per cui se lo scopo pratico perseguito dai conviventi fosse quello di regolamentare la propria vita sessuale (sia come prestazione che come controprestazione) la conseguenza sarebbe la nullità assoluta ed insanabile del contratto per illiceità della causa per contrarietà al "buon costume"<sup>61</sup>.

Tuttavia, occorre domandarsi se, alla luce dell'evoluzione sociale richiamata in epigrafe, il discorso non possa effettivamente estendersi, seppure con altri presupposti, ad una più ampia solidarietà familiare, che ricomprenda persone conviventi per scopi diversi dal *menage*

---

<sup>59</sup> V. FRANCESCHELLI, *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir.*, vol. VI (agg.), Milano, 2002, p. 378.

<sup>60</sup> Il termine vuole riferirsi alla definizione del matrimonio, quale istituto di diritto naturale, fornita dalla Carta costituzionale (art. 29), e quindi, alla "immagine giuridica" tradizionale di un matrimonio monogamico eterosessuale.

<sup>61</sup> M. FRANZONI, *Op.ult.cit.*, p. 470.



sessuale e di affetto di coppia, ma si basi sulla reciproca assistenza<sup>62</sup>. È, quindi, evidente che l'affermazione sopra riportata, e riferibile sotto un profilo tecnico alla possibile soluzione giuridica dei problemi delle convivenze monogamiche, non è più accettabile in modo assiomatico, ma abbisognerà di una sostanziale verifica operativa<sup>63</sup>.

### C) Il contenuto:

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

Anche circa il contenuto possibile di tali "accordi" la dottrina che si è occupata dell'argomento ha sostanzialmente sostenuto le seguenti idee:

a) la non liceità di pattuizioni aventi ad oggetto comportamenti afferenti alla sfera personale indisponibile<sup>64</sup>;

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

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

- per i negozi a titolo gratuito anche qui il rispetto delle condizioni di legge per i tipi concretamente utilizzati (ad esempio è famoso il caso del "comodato vita natural durante" ritenuto lecito dalla giurisprudenza<sup>65</sup>);

- per le liberalità<sup>66</sup>, il rispetto delle prerogative successorie di eventuali eredi necessari, oltre ai requisiti di forma; di qui la diffusione dell'idea che, nel caso di donazioni, si potessero inquadrare tra quelle cd. "remuneratorie"<sup>67</sup>, quindi escluse dal computo della quota di legittima nel caso di cui al II comma dell'art. 770 c.c., e comunque escluse dalla possibilità di revocazione (art. 805 c.c.).

---

<sup>62</sup> È il problema che pone, ad esempio, la relazione che accompagna il disegno di legge n. 1339, *supra cit.* (leggilo su [www.senato.it](http://www.senato.it)).

<sup>63</sup> Per la quale, ovviamente, sono già iniziate le verifiche della dottrina, soprattutto in relazione ai "contratti di mantenimento ed assistenza".

<sup>64</sup> Ad esempio i comportamenti sessuali.

<sup>65</sup> Cass. 8.6.93, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 339 ss..

<sup>66</sup> Su tale argomento, cfr. L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002; inoltre ID., *La liberalità*, II, Torino, 2005, p. 33 ss..

<sup>67</sup> Tale tesi non sempre, però, risolve il quesito sulla effettiva garanzia per il donatario, che l'attribuzione effettuata sia, di fatto, intangibile, e possa costituire valido titolo ai fini di una successiva circolazione immobiliare.



La recente modifica intervenuta con la legge n. 80/2005, che consente la rinuncia dei legittimari al diritto di opporsi al “consolidamento” ventennale della donazione potenzialmente lesiva, apre qualche spiraglio in più per una migliore circolazione immobiliare, potendosi immaginare una donazione “remuneratoria” compiuta da un convivente a favore dell’altro, che a questo punto sia da un lato non soggetta a revocazione, e dall’altro possa avviarsi (con l’intervento in rogito dei legittimari del disponente) verso un possibile consolidamento ventennale<sup>68</sup> (verso i terzi aventi causa).

#### D) la c.d. “soft law”

La maggiore “riscoperta” del momento negoziale anche nei rapporti tra *partners* può fornire all’interprete la possibilità di ricorrere a soluzioni autoregolamentate, che hanno il pregio peraltro di essere immediatamente conformi alle esigenze della società. D’altra parte, come già evidenziato *supra*, anche per il matrimonio sotto il profilo strettamente civilistico sono stati di recente sottolineati i profili di libertà, proprio recuperandone maggiormente gli aspetti di autodeterminazione delle parti.<sup>69</sup>

Questo tipo di confronto mi sembra che sia quanto mai opportuno proprio in materia di status familiari, e che per le enormi differenze che reca non mi pare possa essere pienamente risolto a livello normativo, attraverso una legge che regolamenti le “convivenze”<sup>70</sup>.

Tali brevi considerazioni<sup>71</sup> non vogliono significare che la potestà legislativa dello Stato debba essere in qualche modo limitata (anche se occorre notare le difficoltà politiche di legiferare su tali tematiche), ma vorrebbero evidenziare la circostanza che oramai è assolutamente riduttivo riferire al solo diritto positivo l’interesse del giurista ma,

---

<sup>68</sup> La novella contenuta nel c.d. “decreto competitività” ha di fatto soltanto consolidato, rispetto al terzo avente causa, le donazioni anteriori al ventennio, purché non vi sia l’opposizione trascritta da parte del potenziale avente diritto a quota di riserva, ed è solo a tale diritto che si può rinunciare, certamente con atto tra vivi, probabilmente anche con testamento, che in quel caso eviterebbe la possibile trascrizione dell’atto di opposizione da parte degli eredi del legittimario defunto.

<sup>69</sup> V. FRANCESCHELLI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 378.

<sup>70</sup> D’altra parte, lo scontro tra il diritto “secolare” ed il diritto “religioso” che ne potrebbe derivare non è per ogni confessione religiosa pienamente accettabile, per cui una regolamentazione capillare di un tale delicato settore potrebbe costituire un ostacolo ad una integrazione tra popoli che si basi sul rispetto delle differenze. In tema cfr. S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna, 2002, p. 238 ss..

<sup>71</sup> Parzialmente anticipate in A. FUCILLO, *Unioni di fatto, pluralismo religioso e reazione giuridica*, in AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, cit., p. 13 ss..



proprio per risolvere i problemi sollevati dal multiculturalismo sociale e religioso, estendersi verso l'esame e la utilizzazione di fenomeni normativi non tradizionali (ad es. la cd. *soft law*)<sup>72</sup>, a base convenzionale.

Questo può essere l'utile strumento giuridico con il quale tentare di risolvere molte delle tensioni sociali derivanti da tale complessa società<sup>73</sup>, nella quale la globalizzazione economica spinge sempre più verso l'accentuazione di diversità in misura proporzionale e progressiva alla riduzione delle distanze fisiche ed economiche.

A tale strumento si potrebbero aggiungere le "mediazioni culturali"<sup>74</sup>, i codici di "autoregolamentazione"<sup>75</sup>, la "mediazione familiare"<sup>76</sup>.

Si tratta di settori in gran parte "nuovi" per l'esperienza giuridica italiana, ma che possono rappresentare un concreto esempio di strumenti giuridici attivi, con i quali fornire adeguate risposte di tipo "tecnico", che cioè non si limitano all'individuazione dei problemi che le nuove tipologie sociali di *famiglie* propongono all'interprete, ma aiutino anche a risolverli.

La società "globalizzata" ha prodotto uno spostamento dei centri di produzione del diritto verso i confini tra "diritto e le altre sfere sociali globalizzate", spingendo verso la creazione di un nuovo diritto che è "innanzitutto periferico, spontaneo e sociale"<sup>77</sup>.

In tale prospettiva, appare particolarmente utile e proficuo, anche per la complessità del sistema e delle situazioni coinvolte, lasciare all'autonomia delle parti coinvolte la regolamentazione in via "privatistica" delle loro scelte in materia di convivenza, e verso le quali lo strumento "veicolo" dell'atto pubblico, sembra fornire una più che

---

<sup>72</sup> S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, cit., p. 12.

<sup>73</sup> Per iniziali riflessioni in tema, mi si consenta il rinvio a A. FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, cit., p. 155 ss..

<sup>74</sup> G. GIORGI, *Il mediatore culturale*, in AA.VV., *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2005, p. 139 ss..

<sup>75</sup> Ad es. cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in AA.VV., *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., p. 247 ss. In tema cfr. anche M. VENTURA, *Laicità e fattore religioso in bioetica*, *ibidem*, p. 37 ss..

<sup>76</sup> In tema cfr. M. MOSCHELLA, *La mediazione familiare*, in *Dir. eccl.*, 2004, I, p. 350 ss..

<sup>77</sup> G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, 2005, p. 61. Sul pensiero relativo alle "costituzioni civili" di Teubner, cfr. R. PRANDINI, *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'epoca di Gunther Teubner*, *ibidem*, p. 191 ss..



adeguata garanzia, anche nella effettiva esecutività della scelte adottate in totale libertà<sup>78</sup>.

D'altra parte, come non notare che la regolamentazione normativa delle convivenze non ne risolverebbe il problema, in quanto continuerebbero ad esistere convivenze non regolamentabili<sup>79</sup>, o che non accedono allo strumento normativamente predisposto, per libera scelta<sup>80</sup>, con tutto il conseguente contenzioso che ne deriverebbe. Di qui, forse, una ulteriore indicazione verso la predisposizione di un modello al quale fare ricorso solo per libera opzione della parti, e che quindi solo in tale caso produrrebbe i suoi effetti nel sistema. In tale prospettiva, e nel rispetto del sistema di pubblicità, sembrano garantiti anche i diritti dei terzi, che comunque rischierebbero di essere coinvolti.

Il principio autodeterministico, peraltro, è quello più conforme alla salvaguardia della autonomia delle confessioni religiose, e di coloro che, autonomamente, vi aderiscono. La circostanza che le scelte in materia personale restino nell'alveo privatistico, sottolinea ancora di più il vincolo della appartenenza ad una comunità, e quindi la netta distinzione tra i "matrimoni religiosi" ed il resto.

#### **4 - I possibili profili successori nella famiglia naturale e di fatto e la loro rilevanza nella gestione dei rapporti personali (alcuni cenni)**

Escluso, quindi, un ricorso ad accordi di convivenza diretti, che abbiano ad oggetto la regolamentazione *post mortem* degli aspetti patrimoniali di un tale rapporto, data la tassativa disposizione di cui all'art. 458 c.c., occorre esaminare, sotto tale profilo, soltanto la possibile utilizzazione in materia del testamento<sup>81</sup>.

In materia di rapporti personali e di sensazioni individuali, il testamento è da sempre il luogo privilegiato di manifestazione dei propri sentimenti, nell'innegabile presupposto che vuole il momento di redazione del negozio testamentario come uno dei più connessi alla intimità dell'individuo<sup>82</sup>. D'altra parte il nostro sistema testamentario,

---

<sup>78</sup> L'intervento del notaio, attraverso il controllo di legalità, sembra garantire appieno il funzionamento di un sistema così ipotizzato.

<sup>79</sup> Un problema, ad esempio, potrebbe essere quello della famiglie poligamiche islamiche; in tema cfr. M. D'ARIENZO, *Matrimonio e famiglia nell'Islam e in Italia. Problemi giuridici*, in AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, cit., p. 115 ss..

<sup>80</sup> Il caso, ad esempio, di coloro che ritengono il matrimonio di stretto appannaggio della propria confessione religiosa di appartenenza.

<sup>81</sup> In tema cfr. P. RINA, *Alcuni profili successori della convivenza e fattore religioso*, in AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, cit., p. 45 ss..

<sup>82</sup> Sul rilievo costituzionale del fenomeno successorio cfr. G. PANZA, in G. PANZA – F. PANZA, *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, in *Trattato di diritto*



conformemente peraltro ad una radicata tradizione, ritiene criterio ermeneutico fondamentale in tema di interpretazione della scheda il principio per cui “si deve avere riguardo alla volontà genuina ed intima del testatore, che è preminente sul significato letterale della disposizione scritta e risale al concetto al quale la manifestazione si deve ritenere ispirata”<sup>83</sup>. La salvaguardia della volontà del testatore è infatti ritenuta bene primario, data anche l'impossibilità di procedere ad una nuova disposizione che sostituisca o chiarisca la precedente<sup>84</sup>. Inoltre è stato scritto che questo richiamo al “concetto” è naturale, perché “importa il richiamo alle vedute personali del disponente”, e quindi una necessaria estensione dei mezzi interpretativi a quei comportamenti da lui tenuti nella sua cerchia sociale, che siano tali da denunciare e rivelare indirettamente il suo modo di vedere in argomento <sup>85</sup>.

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

L'intangibilità della quota di legittima, con le riserve di legge, rappresenta certamente un deterrente alla utilizzazione del testamento per beneficiare il convivente *more uxorio*. Si potrebbe, magari, intervenire su tale normativa<sup>86</sup>, riducendo le quote di riserva, consentendo, così, una maggiore utilizzazione della “disponibile” anche per beneficiare l'eventuale convivente.

## 5 - La “concorrenza tra ordinamenti” in materia di convivenza (alcune riflessioni operative)

---

civile del Consiglio nazionale del notariato, diretto da P. PERLINGIERI, vol. VIII, 2, Napoli, 2004, p. 10 ss..

<sup>83</sup> R. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 336.

<sup>84</sup> In tema d'interpretazione del testamento cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 1996, t. II., p. 622 ss..

<sup>85</sup> R. BETTI, *Op.cit.*, p. 336.

<sup>86</sup> Come, peraltro, varie volte richiesto dallo stesso notariato; in tema cfr., *ex plurimis*, C. CACCAVALE, *Attualità del divieto dei patti successori?*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, cit., p. 137 ss..



È evidente che la presenza in molti ordinamenti vicini al nostro di convivenze regolamentate, pone decisamente un problema operativo all'interno del nostro sistema giuridico<sup>87</sup>.

L'art. 29 della legge 31 maggio 1995, n. 218, è chiaro nell'indicare che "i rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune", oppure, in caso di diversa cittadinanza, dalla legge dello Stato nel quale la "vita matrimoniale è prevalentemente localizzata", ma tali disposizioni si applicano anche alle convivenze registrate?

Soluzioni, tuttavia, possono nascere da una sempre maggiore valorizzazione dell'interesse dei *partners*, ritenuto non secondario rispetto ad un presunto "superiore" interesse della famiglia nucleare, così che in tale guisa si manifesti il passaggio dal tentativo alla effettiva tutela di situazioni familiari esistenti nella realtà sociale<sup>88</sup>, ove l'interpretazione evolutiva e laica delle norme dell'ordinamento, consenta una via autoregolamentata (quindi, con il ricorso al diritto "comune") nella forma più ampia possibile<sup>89</sup>.

Su tali presupposti occorrerà confrontarsi in modo pluridisciplinare, allo scopo di trovare quelle forme di tutela *supra* auspiccate, e che solo una attenta disamina delle problematiche quivi solo accennate, potrà dimostrare<sup>90</sup>.

Anzi, proprio forse la predisposizione di uno schema negoziale condiviso, potrà servire sia a semplificare la gestione di tali rapporti, che ad attenuare sostanziali differenze tra i vari sistemi giuridici presenti soprattutto nell'Europa comunitaria.

D'altra parte è utile evidenziare come, nell'ordinamento più prossimo al nostro (la Francia), il riferimento sia proprio ad uno schema contrattuale (art. 515-1 *code civil*).

Anche sotto il profilo delle scelte religiose dei singoli coinvolti nel sistema, lo schema negoziale ed autoregolamentativo è quello di

---

<sup>87</sup> Chi scrive non è un "comparatista" né un esperto di diritto europeo e comunitario. Ci si limita, quindi, ad alcune riflessioni che sembrano opportune alla definizione della tematica oggetto del lavoro.

<sup>88</sup> In tale senso, acutamente, G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 4, p. 988.

<sup>89</sup> Si riferisce alla utilità del diritto comune, contestando il difetto della legislazione speciale che favorirebbe "la spinta di protezione dei gruppi più forti", V. TOZZI, *Società multi culturale, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, p. 141.

<sup>90</sup> In tale settore dell'ordinamento risulta ancora più evidente la assoluta necessità di cooperazione scientifica di tutti i settori disciplinari che, a diverso titolo, si occupano del diritto di famiglia, che coinvolge certamente i civilisti, ma anche (per i notevoli profili pubblicistici) gli studiosi di diritto pubblico e costituzionale, e per i notevoli risvolti religiosi, gli studiosi di diritto ecclesiastico.



gran lunga preferibile, in quanto non invade lo spazio legittimamente assegnato a ciascuna confessione, né elimina la possibilità che all'interno del sistema giuridico civile vi siano adeguati strumenti di tutela per chi voglia effettuare scelte di libertà<sup>91</sup>.

D'altra parte se, civilisticamente, sono conviventi coloro che non richiedono la trascrizione di un matrimonio religioso, è evidente come la "convivenza" sia anche sotto tale profilo di grande interesse confessionale.

In tale prospettiva, ben vengano proposte che invece di causare radicalismi ed esasperazione delle "politiche di identità", si basino sulla utilizzazione di veicoli giuridici neutri che appaiano sia al "credente" che al "laico" quali manifestazioni della propria libertà di scelta e di appartenenza.

---

<sup>91</sup> Io credo che un contributo potrà derivare dalla sensibilità culturale che il notariato italiano ha sempre dimostrato, ove si possono sviluppare delle ipotesi di soluzione che da un lato proteggano la sfera personale dei soggetti coinvolti, dall'altro impediscano violazioni dei diritti dei terzi, contribuendo alla creazione di un sistema che rispetti le inevitabili regole di protezione.