

Difesa del minore

Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile (*)

di FERRUCCIO TOMMASEO

La partecipazione del minore ai procedimenti civili che coinvolgono i suoi interessi essenziali non è più soltanto un'astratta possibilità ma una positiva necessità: le forme della sua partecipazione non si esauriscono nella sua audizione, ma gli interessi del minore devono essere convenientemente rappresentati e difesi. In questo scritto, si prende in esame la disciplina normativa che regola questi aspetti della presenza del minore nei suoi processi e ciò con particolare riguardo al difensore tecnico e alla nomina di curatori speciali.

1. Il tema oggetto di questo Convegno ruota attorno a una domanda: "chi difende il minore nel processo?". Viene così riproposto un argomento che, specie negli ultimi tempi, è stato al centro del dibattito sulla giustizia minorile. Invero, porsi il problema della difesa del minore significa far riferimento a forme di assistenza del minore nei processi che riguardano i suoi diritti e i suoi interessi, un'assistenza - conviene notarlo - che presuppone, almeno per quanto riguarda i giudizi in materia civile, forme di partecipazione del minore ai suoi processi rimaste, per molti versi, tutt'altro che compiutamente definite.

Conviene quindi non soltanto dare qualche sintetica indicazione sulle forme che attuano la partecipazione del minore ai processi che lo riguardano; occorre anche valutare se queste forme riescano ad attuare, sul versante del processo minorile, le garanzie processuali poste a fondamento del "giusto processo" di cui al nuovo art. 111 Cost.: norma, questa, che coniuga il diritto di difesa con l'attuazione del principio del contraddittorio ed esige che il legislatore predisponga una rete di garanzie ora completata e incrementata anche da significativi apporti del diritto convenzionale.

A questo proposito, ricordo non soltanto la fondamentale Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, legge dello Stato dal 1991, ma ora anche la Convenzione di Strasburgo del 1996 (elaborata in seno al Consiglio d'Europa) sull'esercizio dei diritti dell'infanzia alla quale il nostro legislatore ha dato distratta ratifica ed esecuzione, con la legge 20 marzo 2003, n. 77 e il cui ambito di applicazione è stato poi, come ben noto, ristretto ai minimi termini consentiti dalla disciplina convenzionale.

2. Bisogna subito dire che il tema della difesa del minore è tema di vasto respiro che investe ogni ambito della giurisdizione civile ma che presenta profili di speciale

interesse quando sia riferito alla giustizia minorile, espressione che evoca una nozione individuata da elementi specifici che la distinguono da ogni altra manifestazione dell'attività giurisdizionale comunque riguardante minori.

Non ogni processo in cui sia parte un minore rientra propriamente nella categoria dei processi minorili: appartengono alla giustizia minorile solo quei processi che hanno il proprio comune denominatore in un dato funzionale che li caratterizza e li distingue dalle forme di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi di cui anche il minore ben può essere titolare alla stessa stregua di ogni altra persona fisica.

Bisogna ammettere che non è facile dare una definizione precisa della giustizia minorile. Mentre la nostra Corte costituzionale (n. 451/1997) si è limitata, a precisare che la giustizia minorile abbraccia i procedimenti che riguardano sia questioni di natura personale, sia questioni, anche patrimoniali, che producono effetti, anche mediati e indiretti, sugli interessi dei minori, indicazioni ancora più vaghe si traggono dal diritto convenzionale. Infatti sia la Convenzione ONU di New York (1989), sia la più recente Convenzione europea di Strasburgo (1996), non vanno oltre al generico riferimento ai procedimenti "che riguardano i fanciulli", intendendo per fanciullo, come precisano entrambe le Convenzioni, ogni essere umano "che non ha ancora raggiunto l'età di diciott'anni" salvo quando, come precisa la Convenzione di New York, "abbia raggiunto la maturità a un'età inferiore in virtù della legge applicabile".

Nota:

(*) Queste pagine riproducono e rielaborano il testo della mia relazione presentata al Convegno dell'Unione nazionale della camere civili svoltosi a Nisida nel febbraio 2007 sul tema *Avvocato, curatore, rappresentante: chi difende il minore nel processo?*

Dal canto suo, la Convenzione di Strasburgo si limita a stabilire che “per gli scopi della Convenzione sono procedimenti *familiari* i procedimenti dinanzi alle autorità giudiziarie che riguardano fanciulli, in particolare quelli che prevedono l'esercizio delle responsabilità parentali, come la determinazione della residenza e l'affidamento” (art. 1, comma 3).

La reticenza delle fonti nel definire la nozione di giustizia minorile e il suo ambito di applicazione, non impedisce di cogliere il dato caratterizzante la giustizia minorile nella sua preordinazione ad attuare l'interesse del minore, ossia un interesse essenzialmente non patrimoniale che si specifica, come ha descritto la Corte costituzionale, nell'interesse a conservare o a raggiungere appropriati equilibri affettivi, all'educazione e a un'adeguata collocazione sociale (C. Cost., n. 341/1990).

Si parla dunque propriamente di giustizia minorile con riferimento ai processi preordinati alla tutela degli interessi essenziali del minore, interessi che esigono forme di protezione e di promozione attuate con gli strumenti della giurisdizione. Si tratta di interessi che, pur nella loro articolata varietà, danno sostanza a quell'unitario e paradigmatico interesse del minore, costantemente qualificato come *superiore* ed *esclusivo*, un interesse che riceve preminente considerazione essendo obiettivo da raggiungere, ma anche regola di giudizio e misura della giustizia dei provvedimenti giurisdizionali.

Non è certo azzardato affermare che l'interesse del minore è diventato interesse d'ordine pubblico in quanto l'ordinamento lo ha fatto proprio dandogli quella centralità nella disciplina delle relazioni dei fanciulli con il mondo adulto voluta dal diritto convenzionale ma anche, sia pure in modo più discreto, dalla nostra Costituzione: invero spetta alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (artt. 2 e 3 Cost.) e, in particolare, dare protezione all'infanzia e alla gioventù (art. 31 Cost.). In questa prospettiva, si può affermare che il processo minorile attua, con gli strumenti della giurisdizione, l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla sviluppo della personalità del minore. Questa strumentale correlazione fra giustizia minorile e attuazione degli interessi fondamentali del minore caratterizza in modo manifesto i procedimenti in materia di *status* o di diritti della personalità, ma essa si presenta invero, anche nei procedimenti che riguardano diritti patrimoniali del minore. Si noti, a questo proposito, che la legge disciplina l'amministrazione dei beni del minore sotto il profilo del corretto esercizio della potestà parentale, attento agli interessi del minore: mi riferisco all'autorizzazione “per necessità o utilità evidente” del minore richiesta per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, ma anche alla rimozione dall'amministrazione dei genitori che male amministrano il patrimonio del figlio minore (artt. 320 e 334 c. c.).

3. Queste regole, che si fondano sull'interposizione soggettiva del rappresentante legale dell'incapace, presu-

pongono - lo si è appena detto - l'incapacità d'agire del rappresentato, ma occorre precisare che l'incapacità d'agire non è condizione che accompagna costantemente la minore età.

Mi riferisco non soltanto alle ipotesi nelle quali la legge attribuisce al minore una speciale capacità d'agire a cui fa riscontro una simmetrica capacità processuale (si pensi a quanto dispongono gli artt. 2 c.c. e 108 della legge sui diritti d'autore per le azioni che derivano, rispettivamente, dal contratto di lavoro o dall'opera dell'ingegno), ma anche e soprattutto alle ipotesi in cui viene data rilevanza alla capacità d'intendere e di volere ovvero, per usare una diversa espressione legittimata dal lessico delle Convenzioni internazionali, alle ipotesi in cui il minore abbia maturato una capacità di discernimento.

Tema questo che si ricollega manifestamente all'individuazione degli spazi di autonomia riconoscibili al minore, spazi - occorre sottolinearlo - nel cui ambito il minore può operare anche senza il filtro del potere rappresentativo dei genitori: spazi di autonomia che investono la capacità negoziale attribuita o comunque riconosciuta al minore ma anche, e prevalentemente, l'esercizio dei diritti fondamentali della personalità.

Su questo specifico punto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ci offre indicazioni molto interessanti: in particolare, la Commissione ha in più occasioni riconosciuto anche ai minorenni il potere d'esercitare in modo autonomo l'azione davanti ai giudici di Strasburgo per far valere i propri diritti fondamentali e non di rado anche quando l'accesso alla giurisdizione statale è stato loro impedito o reso difficoltoso dalle scelte dei genitori nell'esercizio della potestà parentale.

Si tratta di un'indicazione assai significativa che conferma come, per il giudice europeo, l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di libertà non può essere compressa dall'inerzia o dall'ostilità dei genitori, una compressione tanto più insidiosa quando il diritto interno non offre rimedi adeguati al conflitto d'interessi del minore con i propri genitori in materia di diritti fondamentali. Così, nel caso “Nielsen”, il minore - cittadino olandese - ha potuto rivendicare il proprio diritto di libertà stando in giudizio personalmente davanti alla Commissione di Strasburgo, diritto compresso dalla decisione dei genitori di internarlo in un reparto di psichiatria infantile, sia pure con il parere favorevole dei servizi sociali competenti.

Si tocca con mano l'interesse che tale giurisprudenza presenta per il diritto italiano che non offre una tutela effettiva ai soggetti d'età minore quando, nel negare loro la legittimazione a promuovere il procedimento di cui all'art. 336 c.c., preclude nel contempo anche la possibilità di chiedere all'autorità giudiziaria provvedimenti ablativi o correttivi della potestà parentale.

Non si può certo dire che l'ottica in cui si è posta la Corte di Strasburgo sia la stessa in cui si collocano la

dottrina e la giurisprudenza italiana. Sono note le discussioni e le perplessità che suscita il tema delicatissimo della tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, dei diritti di libertà dei minori capaci di discernimento (i cosiddetti *grands enfants*): si tratta di un tema che riguarda in generale l'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti da parte del minore, ma che si specifica nella soluzione da dare al conflitto fra tali diritti di libertà e il diritto-dovere dei genitori di istruire e di educare i propri figli, diritto-dovere esso pure di rilevanza costituzionale.

Non è possibile, in questa sede, ricordare le norme di diritto sostanziale che implicitamente o anche espressamente attribuiscono al minore una capacità speciale al compimento di determinati atti (mi limito a ricordare che, ex art. 79 c.p.c. il minore può personalmente chiedere la nomina di un curatore speciale) occorre piuttosto richiamare l'attenzione sulla regola dettata dal codice di rito che, nel disciplinare i presupposti della capacità processuale, attribuisce "la capacità di stare in giudizio alle persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere", una formula che fa dipendere la capacità processuale non già dall'astratta acquisizione della capacità legale ad agire, bensì - e con pregnante concretezza - dalla libertà di esercitare lo specifico diritto di cui è stata chiesta la tutela giurisdizionale.

Questo collegamento, istituito dalla nostra legge processuale, fra capacità d'agire nel processo e libertà di esercizio del diritto azionato, può essere utilizzato al fine di attribuire al minore la capacità processuale speciale anche per quanto riguarda i diritti civili fondamentali che la Convenzione di New York gli dà libertà di esercitare: si pensi, ad esempio, al diritto di associazione e alla conseguente capacità di proporre in sede giudiziale le relative azioni.

Se l'esercizio di una potestà postula invariabilmente un conflitto fra autorità e libertà e, nel caso dei rapporti familiari, un conflitto fra il minore *in potestate* e l'autorità parentale (la quale, nonostante ogni cosmesi puramente verbale - oggi si preferisce parlare di "cura genitoriale" o di "responsabilità parentali" - è pur sempre riferibile all'esercizio di un'autorità privata), il sacrificio della libertà del minore, strumentale alle esigenze di crescita della sua personalità, trova un argine ogni qual volta l'ordinamento riconosca al minore l'esercizio della propria libertà in spazi di autonomia che, per essere tali, sfuggono agli interventi e alle interferenze della potestà parentale; spazi di autonomia in cui si innesta, da parte del minore, il libero esercizio dei diritti soggettivi di cui è titolare.

Se questo è vero, la potestà dei genitori è potestà rappresentativa non già - come ripete ancora l'art. 320 c.c. - per "tutti" gli atti civili del minore: infatti, bisogna escludere che la potestà parentale possa investire quegli spazi di autonomia che circondano i diritti che i figli *in potestate* hanno la libertà di esercitare, chiaro essendo che rimane interamente aperto il grave proble-

ma di individuare "in concreto" quali siano tali diritti e specialmente in quale momento, per ripetere le parole di Michele Giorgianni, «l'equilibrio tra potestà del genitore e libertà del figlio tende a spostarsi a favore del figlio». (1)

4. L'attenzione rivolta alle esigenze di tutela del minore, insomma alle forme che possiamo ricondurre alle tecniche di "assistenza" del minore, si giustifica osservando come la sua posizione all'interno di ogni procedimento giudiziario è e resta assai fragile. Mi limito a notare, come in alcuni procedimenti che pur coinvolgono interessi essenziali del minore, questi - nonostante la significativa evoluzione compiuta dalla legislazione - non ha modo di far sentire la propria voce in condizioni di oggettiva ed effettiva parità con le parti "adulte".

Questo avviene, ad esempio, nei giudizi di separazione e di divorzio, nel cui ambito si discute dell'affidamento dei figli minori. Il nuovo testo dell'art. 155 *sexies* (introdotto dalla legge n. 54 del 2006) esige ora che il giudice prima di pronunciare, anche in via provvisoria, in materia di affidamento, "dispone" l'audizione del figlio minore ultradodicesimo (e anche di età inferiore ove capace di discernimento): norma che segna un significativo progresso rispetto al passato ma che lascia dubbiosi sulla possibilità che le parole e anche i silenzi del minore siano correttamente intesi dal giudicante ai fini della formazione del proprio convincimento.

La disciplina processuale non conosce regole generali che stabiliscano le forme di partecipazione del minore ai giudizi che coinvolgono i suoi interessi. A tale proposito, il legislatore ha costruito regole che si sono stratificate nel tempo senza seguire un disegno unitario e che non rispondono in modo coerente alle esigenze di tutela del minore.

Mentre nei giudizi di stato e in quelli su diritti soggettivi patrimoniali del minore, questi sta in giudizio come parte con il consueto strumento dell'interposizione soggettiva dei propri rappresentanti legali o, se del caso, di un curatore speciale, nei giudizi che investono l'interesse "superiore" del minore non è affatto richiesta la sua presenza nel processo in qualità di parte e, neppure era prevista, almeno fino a un recente passato, la sua partecipazione al processo nelle forme dell'audizione giudiziale.

La stessa Corte costituzionale, in passato (C.Cost. n. 185/1986), aveva giustificato la pretermissione del minore osservando che la tutela giurisdizionale degli interessi del minore è garantita, nei giudizi di crisi coniugale e nella giurisdizione volontaria, sia dagli intensi poteri officiosi attribuiti dalla legge al giudicante, sia dalla necessaria partecipazione del pubblico ministero organo a cui l'ordinamento giudiziario affida espressamente la tutela dei diritti degli incapaci (art. 73 Ord. giud.). Con

Nota:

(1) Giorgianni, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, IV, Padova, 1992, 294.

specifico riguardo ai giudizi di crisi coniugale, la Corte costituzionale aveva a suo tempo affermato che la regola così poco vincolante dell'audizione facoltativa del minore era giustificata dall'opportunità di evitare che il conflitto processuale tra i coniugi si allargasse ai figli: una considerazione largamente condivisa dalla prassi degli uffici che, almeno finora, assai raramente davano ingresso all'audizione dei minori.

Già ho ricordato come il nuovo art. 155 *sexies* disponga ora l'audizione dei minori in tali procedimenti: nulla però è stabilito quanto alla cogenza della regola sull'audizione: è da ritenere che l'ascolto del minore sia considerato dal legislatore un momento essenziale per la formazione del convincimento del giudice, la cui pretermissione, se non adeguatamente motivata facendo riferimento, ad esempio, al contrario interesse del minore, è causa di nullità del procedimento.

Quanto ai procedimenti di giurisdizione volontaria, conviene notare che per non pochi di essi trova ora applicazione cogente la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori: invero, all'atto del deposito dello strumento di ratifica, il Governo italiano ha previsto che la Convenzione si applica ai procedimenti previsti dagli artt. 322 s. c.c. per l'annullamento degli atti di amministrazione dei beni del minore compiuti dai genitori senza le prescritte autorizzazioni; per la verità l'applicazione della Convenzione non è prevista per quanto riguarda i procedimenti autorizzativi previsti dall'art. 320, ma un'interpretazione estensiva della regola non mi sembra troppo audace operazione ermeneutica.

Già ho detto che il minore è presente in qualità di parte - con l'ovvia interposizione del rappresentante legale - nei giudizi di stato come, ad esempio, nel reclamo dello stato di figlio naturale, un giudizio quest'ultimo finalmente privato della sua fase prodromica per effetto di una recente sentenza della Corte costituzionale (10 febbraio 2006, n. 50).

Soltanto recenti riforme hanno consentito ai minori di assumere la qualità di parte nei giudizi *de potestate* e nei procedimenti dichiarativi dello stato di adottabilità (artt. 336, ultimo comma c.c., e art. 8, comma 4, legge adozione), nei quali la legge prevede, rispettivamente, che il minore stia in giudizio assistito da un "difensore" "anche a spese dello Stato" e che "il procedimento di adottabilità deve svolgersi sin dall'inizio con l'assistenza legale" del minore, dei genitori e degli altri parenti indicati dalla legge", un'assistenza garantita da un difensore che, nell'inerzia delle parti, viene nominato d'ufficio (art. 10, comma 2).

Com'è noto, la regola della difesa d'ufficio è subito parsa inapplicabile, in mancanza d'una disciplina organica di questo istituto sul versante della giustizia civile, al punto da richiedere una serie di decreti legge per sospendere l'applicazione delle nuove norme processuali in materia d'adozione "fino all'emanazione d'una specifica disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per

la dichiarazione dello stato d'adottabilità" (2): una vicenda sgradevole e inopportuna, ma non censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale (Corte cost., n. 178/2004) (3).

È interessante notare come in disegni di legge della precedente legislatura fosse previsto che nei giudizi "sostanzialmente attinenti ai diritti e alla condizione personale dei minorenni", il minore "è parte" e che il giudice deve nominare un "curatore speciale" affinché lo rappresenti in giudizio. In questo senso, il progetto Castagnetti (6 maggio 2002, recante *Norme ordinarie e processuali in materia di diritto di famiglia e dei minorenni*) e ivi l'onere della difesa tecnica, attuata con l'assistenza necessaria di un difensore, nominato - nell'inerzia delle parti - anche d'ufficio. Nella presente XV legislatura molte di queste indicazioni sono state recepite dal progetto Palomba (2 agosto 2006) che costruisce la tutela giurisdizionale del minore sulla sequenza parte; curatore speciale; difensore tecnico; audizione. In diversa direzione sembra procedere il disegno di legge presentato alla Camera lo scorso 3 agosto che vorrebbe istituire un "tribunale per la famiglia" (progetto Intrieri e, in senso analogo, il disegno presentato al Senato da Castelli il 24 luglio 2006), dove la partecipazione del minore ai processi che coinvolgono i suoi interessi, è attuata nelle sole forme dell'audizione (art. 18).

5. Come si è detto, la legge sembra stabilire che, in non poche ipotesi, la partecipazione del minore "capace di discernimento" ai processi in cui sono coinvolti i suoi interessi fondamentali abbia nell'audizione un momento caratterizzante, un'audizione che l'evoluzione dell'ordinamento vuole sia necessaria e non più, come in passato, prevalentemente facoltativa e a cui le regole convenzionali si tutela del minore hanno dato ulteriore fondamento.

Bisogna ammettere che il diritto convenzionale ha impresso nuovi contenuti e, specialmente, una nuova funzione all'audizione del minore. L'audizione, in questo nuovo contesto, non è più mero strumento istruttorio, ma efficace attuazione del diritto del minore d'esprimere liberamente, anche nel processo, la propria opinione: si tratta quindi di un diritto processuale che è strumento per consentire al giudice di percepire, mediante un rappresentante *ad hoc* ma eventualmente anche attraverso la viva voce del minore, le esigenze di tutela dei suoi primari interessi.

Nella Convenzione di New York viene riconosciuta al minore, conviene notarlo, soltanto la mera "facoltà" d'essere ascoltato e non anche un vero e proprio "dirit-

Note:

(2) Si tratta d'una sospensione il cui termine, originariamente fissato al 30 giugno 2002, è stato prorogato da una serie di decreti legge in un primo momento al 30 giugno 2003 e ora, con il d.l. n. 147 del 24 giugno scorso, al 30 giugno 2007.

(3) Altrettanto avvenne con i decreti legge di proroga dell'entrata in vigore dei "provvedimenti urgenti" del 1990.

to" all'audizione, cui corrisponda l'obbligo per il giudice di disporla: diritto ed obbligo che sussistono, invece, sempre nel sistema della convenzione di New York, solo quando bisogna accertare che il minore non sia separato dai suoi genitori "contro la sua volontà" (art. 9).

La disciplina dell'audizione del minore trova invece nuovo smalto nelle innovative regole dettate dalla Convenzione di Strasburgo: questa, a ben vedere, modifica nella sostanza la natura giuridica dell'audizione che, da mera facoltà, diventa un vero e proprio diritto processuale del minore cui corrisponde, simmetricamente un "obbligo", un dovere d'ufficio del giudice, e ciò allo scopo di conformare la decisione all'interesse superiore del minore.

L'obiettivo che si intende raggiungere è quello di "permettere al minore (capace di discernimento) di esprimere la propria opinione" nei procedimenti che lo riguardano (art. 6, lett. b). A questo scopo, la Convenzione non soltanto garantisce l'audizione giudiziale del minore ma anche, e più, vuol rendere consapevole il minore di quanto avviene nei processi che coinvolgono i suoi interessi fondamentali: in altri termini, la Convenzione vuol dare spessore non soltanto al diritto di informare ma costruisce anche, in capo al minore, un vero e proprio diritto ad essere informato e di "esprimere il suo parere relativamente al procedimento" (art. 3), un diritto che dev'esser soddisfatto sotto controllo giudiziale, come si evince dalla norma per cui il giudice "prima di prendere una decisione" "deve assicurarsi" che "il fanciullo abbia ricevuto tutte le relative informazioni, consultarlo personalmente e dare il giusto peso al punto di vista da lui espresso" (art. 6, lett. b) (4).

Per la legge italiana è necessaria l'audizione del minore nei procedimenti ex art. 145 e 316 c.c. (il 145 prevede ancora l'audizione facoltativa del minore ultrasedicenne, ma si applica la Convenzione di Strasburgo come stabilito al momento del deposito dello strumento di ratifica); l'audizione è necessaria nei giudizi di separazione e di divorzio, nell'affidamento familiare, nei giudizi sullo stato di adottabilità, nell'affidamento preadottivo e nei procedimenti per il rimpatrio del minore in caso di sottrazione internazionale (5).

Invece, l'audizione non è prevista nei procedimenti *de potestate* anche se la legge prescrive che il minore sia parte necessaria di tali giudizi, come si evince dalla regola per cui egli dev'esser assistito da un difensore. La Corte costituzionale (sentenza n. 1/2002) ha precisato che tale lacuna non incide sulla legittimità costituzionale della disciplina: rileva infatti che il minore è parte e, come tale, convenientemente assistito da un difensore e rappresentato eventualmente da un curatore speciale. Così integrata, la regola non collide con il diritto convenzionale: infatti, l'art. 12 Convenzione di New York, dopo aver stabilito che il fanciullo capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, soggiunge al comma 2 che, a tal fine, "si darà in particolare al fan-

ciullo la possibilità di essere ascoltato (...) sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

Ai fini dell'audizione non è previsto che il minore sia assistito da un difensore o da un curatore speciale: questo si giustifica con un dato formale, dato che il minore di cui è disposta l'audizione non è necessariamente parte del procedimento. La nuova legge sull'affidamento condiviso prevede la necessaria audizione del minore ultradodicesimo, ma non specifica se il minore debba essere assistito. Chi dunque si fa portavoce del reale interesse del minore? È evidente che la risposta si intreccia con la disciplina della potestà parentale, un potere funzionalizzato all'attuazione dell'interesse dei figli minori: la crisi della coppia parentale che si concreta nella cessazione della convivenza crea un conflitto che, in ultima analisi, non differisce dai contrasti che possono sorgere fra i genitori in ordine ad "affari essenziali" della famiglia e dei figli, contrasti che possono essere risolti con gli strumenti di cui agli artt. 145 e 316 c.c.

Un diverso spessore di tutela dipende, ovviamente, dalla possibilità che il figlio assuma nel processo di separazione e negli altri giudizi cui si applicano le norme della legge sull'affidamento condiviso, la qualità di parte. Questo è certo possibile per il figlio maggiore d'età, ma che dire del figlio minore? È sempre attuale quanto stabilito dalla Corte costituzionale (n. 185/1986) che ha dichiarato l'infondatezza delle censure sollevate dall'elaborata ordinanza del Tribunale di Genova?

La nomina di un curatore speciale sorge solo quando vi sia conflitto d'interessi, lo dice la Corte: il conflitto tra i genitori, pur coinvolgendo gli interessi del minore è e resta, nei rapporti con il minore, amministrazione dei suoi interessi da parte dei genitori esercenti la potestà ed il giudice deve "prendere atto degli accordi intervenuti tra i genitori se non sono contrari agli interessi del minore". Ma questo però è il punto: *quid* se vi è questa contrarietà? *Quid* se il giudice non può dar corso agli accordi tra i coniugi in conflitto e si accinge ad inter-

Note:

(4) Così, quanto all'audizione, l'art. 6 della Convenzione detta la regola generale per cui il giudice "nei casi che lo richiedono" deve, quando il minore ha sufficiente capacità di discernimento, "consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore".

(5) Purché il minore sia "capace di discernimento" (art. 5, legge n. 396/1975 di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1970 sul rimpatrio dei minori). Si tratta d'una regola sostanzialmente riprodotta nelle Convenzioni del Lussemburgo e dell'Aja, entrambe del 1980, rispettivamente, sul riconoscimento delle decisioni in materia d'affidamento dei minori e sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori: nella prima, l'art. 16 prevede che l'autorità "deve rendersi edotta del punto di vista del minore a meno che non vi sia impossibilità pratica dovuta, in particolare, all'età e alla sua capacità di discernimento"; nella seconda, l'art. 13 stabilisce che nessun rientro del minore può essere disposto se il giudice accerta che il minore vi si oppone.

pretare lui stesso gli interessi del minore, in un quadro di obiettivo conflitto tra quest'ultimo e i propri genitori? La scelta del legislatore è per l'audizione ma si tratta di una scelta di basso profilo che, tra l'altro, non consente una prospettazione obiettiva degli interessi del minore e specialmente del minore incapace di discernimento. Non escluderei dunque che il minore possa entrare nel processo con la nomina di un curatore speciale (si pensi alle azioni risarcitorie nei confronti del genitore ex art. 709 ter) (6).

6. Questioni complesse e ancora, in parte irrisolte, pone la nomina di curatori speciali che assistano il minore. Il codice di rito detta regole generali per quanto riguarda la nomina di curatori speciali, regole che presuppongono la crisi del rapporto rappresentativo causato da un conflitto d'interessi. Si vedano gli artt. 78 e 79 c.p.c.: quest'ultima norma prevede che la stessa persona incapace possa chiedere al giudice la nomina d'un curatore speciale. In caso di minori, la nomina del curatore speciale spetta al "giudice tutelare" (arg. ex art. 320 c.c. ultimo comma) norma speciale rispetto a quella, generale, di cui all'art. 80 che l'attribuisce al giudice di pace o al capo dell'ufficio giurisdizionale competente.

Bisogna dire che la presenza di un curatore speciale postula la partecipazione del minore al processo in qualità di parte, una parte che sta in giudizio in persona del curatore che assume la veste di rappresentante legale del minore. Chiaramente ciò può avvenire o quando manca, in via temporanea il rappresentante legale, o quando vi è conflitto d'interessi o quando la legge lo disponga, sul presupposto di un imminente conflitto d'interessi tra il minore e i propri rappresentanti legali

Conviene notare che quando la legge attribuisce al minore la qualità di parte in determinati procedimenti, postula che egli è portatore di interessi in conflitto con quelli dei genitori, suoi legali rappresentanti, un conflitto che, nei giudizi *de potestate* innescati dalla *mala gestio* del patrimonio del minore, si apre con certezza almeno nei confronti del genitore che abbia violato i propri doveri parentali: questo significa che se entrambi i genitori sono in conflitto con il minore questi deve stare in giudizio in persona di un rappresentante processuale *ad hoc* e, in particolare, in persona d'un curatore speciale (art. 334, comma 2) al quale spetta nominare un difensore, salvo quando non abbia egli stesso le necessarie qualità professionali.

Sul punto occorre precisare che la prassi tende a concentrare nella figura del difensore le funzioni sia di difensore tecnico sia di curatore del minore: lo sottolinea, nella sua monografia, l'avv. Dosi il quale precisa che in nessun tribunale si nominano curatore speciale e difensore del minore in persone fisiche diverse (7). Osservo che, se questa è la prassi, bisogna sottolineare che diversi sono i due ruoli e le due funzioni e che, ad esempio la legge sull'adozione, prevede in modo esplicito sia la nomina d'un difensore sia quella d'un curatore speciale.

Bisogna ammettere che il legislatore, nel riformare la disciplina dei procedimenti di adottabilità e di ablazione della potestà parentale, si è mostrato evasivo quanto alla nomina dei curatori speciali: la nuova disciplina dei procedimenti *de potestate* nulla prevede sul punto, mentre quanto all'adozione esiste solo la regola per cui la sentenza conclusiva del procedimento sullo stato d'adozione dev'esser notificata ad una serie di soggetti, tra i quali sono espressamente menzionati tutore e curatore speciale (artt. 15 e 16 legge adoz.). Tuttavia, nulla dice la legge sull'adozione quanto alla nomina del curatore e ai suoi presupposti: si può ammettere, non senza qualche difficoltà, che il curatore sia nominato d'ufficio; si ricorderà che nella disciplina previgente il curatore speciale era nominato d'ufficio dal presidente del tribunale solo nell'ambito dell'eventuale giudizio di opposizione allo stato di adottabilità (art. 17, legge adoz. previgente) (8).

Nei procedimenti *de potestate* è previsto che il minore sia assistito da un difensore, mentre la nomina del curatore, fuori dall'ipotesi già considerata di cui all'art. 334, comma 2, non è testualmente prevista: si ritiene che potrà avvenire su impulso dei soggetti legittimati a norma dell'art. 79 c.p.c. (e quindi su richiesta dello stesso minore), ma anche d'ufficio se ed in quanto tale iniziativa possa essere ricondotta nella generale previsione di cui all'art. 336, comma 3, a norma del quale «in caso di urgente necessità, il tribunale può adottare, nell'interesse del figlio, provvedimenti temporanei».

A guardare in questa direzione, si è incoraggiati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Mi riferisco all'autorità d'una recente sentenza della Corte costituzionale che, nel dichiarare manifestamente infondata la questione della illegittimità dell'art. 336 c.c. nella parte in cui non prevedeva (come non prevede tuttora) la nomina d'un curatore speciale, invita l'interprete a guardare al sistema vigente per trarne con gli strumenti interpretativi quella regola che è vano chiedere a una sentenza di accoglimento della stessa Corte. Con la sentenza n. 1 del 2002 la Consulta statuisce non esservi ragione per censurare la previgente disciplina dell'art. 336 nella parte in cui non prevede la necessaria parteci-

Note:

(6) Un'interessante sentenza del Tribunale di Cagliari configura un'ipotesi di partecipazione del curatore speciale del minore nel giudizio di divorzio: si tratta di dar luogo ad accordi tra i coniugi che prevedevano un'attribuzione patrimoniale a favore del figlio in conto mantenimento e ciò mediante un accordo qualificato dal giudicante come contratto a favore del terzo: il curatore era chiamato a fare la dichiarazione di voler profittare della stipulazione a norma dell'art. 1411 c.c.

(7) Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005, 34 ss.

(8) Molto importante: l'art. 8 parla di assistenza legale: il riferimento è a un difensore o a un curatore speciale? Dogliotti ritiene che debba trattarsi di un curatore speciale (il richiamo fatto al 330 ss. c.c. postula anche la nomina di un difensore, ma è palese che il riferimento all'assistenza legale non può che riferirsi a un difensore tecnico).

pazione al processo del minore: invero, secondo la Corte, tale partecipazione è garantita dai principi generali ed è attuabile con la nomina d'un curatore speciale ai sensi, appunto, degli artt. 78 e 79 c.p.c. (9).

È interessante notare come la Corte precisi che nel far luogo alla nomina di curatori speciali, si dia attuazione al diritto delle convenzioni internazionali che, per chiari segni, mostrano come il minore nei suoi processi debba essere convenientemente rappresentato: così, la Convenzione di New York, stabilisce all'art. 12 che il minore ha il "diritto" di esprimere la propria opinione su ogni questione che lo interessa e che, a tal fine, dev'esser data al minore la "possibilità" d'essere ascoltato "in ogni procedura giudiziaria che lo concerne sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato", peraltro "in maniera compatibile" con le norme processuali previste dalla *lex fori*. La Convenzione attribuisce ai singoli Stati contraenti la possibilità e non anche l'obbligo di prevedere la designazione di rappresentanti speciali che assistano i minori nei procedimenti che li riguardano, e rappresentante speciale è, come precisa la definizione datane all'art. 2, "una persona, come un avvocato, o un organo desinato ad agire presso un'autorità giudiziaria a nome del minore".

7. È stato osservato che la legge n. 149/2001 (sulla adozione legittimante) nel prevedere l'assistenza necessaria di un difensore per l'adottabilità e per i procedimenti *de potestate* "ha costituito un evento di straordinaria importanza" (10).

Da un punto di vista generale il "difensore del minore" è un avvocato legalmente esercente: è un difensore tecnico. La legge non prescrive particolari qualità professionali per l'assunzione della difesa di un minore, ma è significativo che la Corte cost. (n. 178/2004) abbia fatto espresso riferimento alla necessità d'avvalersi nei procedimenti riguardanti i minori di professionisti "in possesso di competenze adeguate alla particolarità e alla delicatezza della funzione da assolvere". A questo fine sono state introdotte le speciali regole sulla specializzazione degli avvocati che intendono esercitare la funzione di difensori d'ufficio nei processi penali, regole che ben potranno ispirare la disciplina, tutta da costruire, della difesa d'ufficio nel processo civile e, in particolare, nei procedimenti della giustizia minorile (11).

Il riferimento testuale alla necessità che sia nominato un difensore, fa emergere, da un lato, la scelta legislativa d'attribuire al minore qualità di parte, dall'altro rende evidente che non si può ipotizzare una contumacia, in senso tecnico, del minore. In altri termini, il minore se è parte "deve" essere assistito da un difensore: da ciò le regole sulla difesa d'ufficio, nel senso che il giudice deve attribuire al minore un difensore: la tutela dell'interesse superiore del minore crea dunque un vero e proprio "obbligo" di difesa, sul presupposto che un minore - se è parte - non può restare *indefensus*.

Il legislatore non precisa se il difensore possa esercitare anche le funzioni di curatore speciale del minore: ruoli

e funzioni sono certamente diversi ma nulla esclude che la curatela possa essere affidata ad un avvocato, di modo che possa validamente esercitare non solo le funzioni di rappresentante legale del minore ma anche il ministero di difensore tecnico.

Nei procedimenti di giurisdizione volontaria, nei quali si dubita sia necessaria la difesa tecnica, il minore sta in giudizio con il rappresentante legale o, eventualmente e in caso di conflitto d'interessi, con un curatore speciale. La legge può disporre diversamente: così è per i procedimenti *de potestate* ex art. 336 dov'è prevista l'assistenza d'un difensore, ma ovviamente si prefigura anche un curatore speciale quando entrambi i genitori siano in conflitto d'interessi (12).

Come si vede, il nostro legislatore non è rimasto del tutto inerte sul delicato tema della difesa del minore nei processi che riguardano i soli interessi ma sappiamo anche quale incerto cammino attenda la nuova figura dell'avvocato del minore.

Note:

(9) Già in precedenza la Corte aveva dichiarato nel 2000 (n. 528) inammissibile la questione dovendo il giudice rimettente farsi pregiudizialmente carico di interpretare il diritto vigente per stabilire se e come il minore acceda alla tutela giurisdizionale dei propri diritti e interessi.

(10) Dosi, *op. cit.*, 3.

(11) D.lgs. n. 279/1989 *processo penale a carico di imputati minorenni*: art. 15 *Difensore di ufficio*. 1. Ciascun consiglio dell'ordine forense predisporre e aggiorna almeno ogni tre mesi l'elenco alfabetico degli iscritti nell'albo idonei e disponibili ad assumere le difese di ufficio e lo comunica al presidente del tribunale per i minorenni, il quale ne cura la trasmissione alle autorità giudiziarie minorili del distretto. 2. Agli effetti dell'art. 11 del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, si considera in possesso di specifica preparazione chi abbia svolto non saltuariamente la professione forense davanti alle autorità giudiziarie minorili o abbia frequentato corsi di perfezionamento e aggiornamento per avvocati e procuratori legali nelle materie attinenti il diritto minorile e le problematiche dell'età evolutiva. 3. Il consiglio dell'ordine forense dove ha sede il tribunale per i minorenni provvede alla formazione della tabella a norma dell'art. 29, commi 3, 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica contenente le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, d'intesa con il presidente del tribunale per i minorenni, che ne cura la trasmissione alle autorità giudiziarie minorili del distretto. 4. Il consiglio dell'ordine forense dove ha sede il tribunale per i minorenni, d'intesa con il presidente del tribunale per i minorenni e con il procuratore della Repubblica per i minorenni, organizza annualmente corsi di aggiornamento per avvocati e procuratori legali nelle materie attinenti il diritto minorile e le problematiche dell'età evolutiva.

(12) La disciplina è ambigua: il minore è parte indubbiamente, ma è rappresentato dal genitore che non è con lui in conflitto d'interessi. In questo caso la difesa è quella del genitore. Non c'è dubbio che la difesa tecnica per il minore ha un senso in quanto il minore sia rappresentato da un curatore speciale. Questo avviene, di regola sempre nella dichiarazione dello stato di adottabilità: il conflitto d'interessi è in *re ipsa* e la nomina del curatore speciale riempie un vuoto nella rappresentanza legale, occorre però che il minore sta in giudizio con l'assistenza di un difensore.

Disegno di legge

Famiglia di fatto e DICO: un'analisi del progetto governativo (*)

di MASSIMO DOGLIOTTI e ALBERTO FIGONE

Gli autori esaminano il progetto governativo sui DICO (Diritti dei conviventi) nelle sue linee generali e nelle previsioni specifiche, indicando limiti e contraddizioni, ma pure profili positivi e condivisibili.

Limiti e contraddizioni

Contrasti, scontri accuse reciproche sempre più intense, tra avversari e sostenitori della famiglia di fatto: ed ecco, finalmente, largamente annunciato e già ampiamente contestato... ancor prima di essere conosciuto, il disegno di legge governativo sui diritti e doveri dei conviventi, fin dall'inizio contraddistinto dall'acronimo DICO, forse... per differenziarlo dai Pacs francesi (non si utilizza l'espressione "famiglia di fatto" ormai di uso comune, probabilmente per misurare la distanza rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio e... per non dare ombra ad essa). Questione soltanto nominalistica? Evidentemente no.

Il testo in esame, al di là delle imperfezioni tecniche e delle inadeguatezze che si esamineranno specificamente, presenta varie contraddizioni di fondo, che si manifestano con chiarezza, sulla base di un semplice confronto, con gran parte degli ordinamenti, che ormai da tempo regolano il fenomeno, in esame, in quasi tutti i Paesi europei e dell'America settentrionale. Da un lato, un notevole rigore nell'individuare i requisiti soggettivi dei "conviventi", che non devono essere legati da vincoli di matrimonio non solo fra di loro (si tratterebbe in sostanza di una vuota tautologia) ma (soprattutto) con terzi. Come si vedrà, perfino in una disposizione finale e transitoria, la prova della "stabile convivenza" può darsi solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio. Eppure le "convivenze stabili" si manifestano, in larga parte, con la separazione personale (di fatto o titolata) in attesa di divorzio. Si dimentica che la separazione personale non è più (già ne era ben consapevole il legislatore del 1975 che considerava permanenti tra i coniugi solo obblighi prevalentemente patrimoniali, e faceva decorrere dall'udienza presidenziale il termine per la cessazione degli effetti della presunzione di legittimità di cui all'art. 231 c.c.) un momento di riflessione nell'ambito di un matrimonio indissolubile, ma sempre più spesso la vera e propria anticamera del divorzio. La previsione suindicata finisce così per favorire oggettiva-

mente (si tratta di effetto forse non voluto, ma leggibilissimo) la convivenza omosessuale, una sorta di discriminazione alla rovescia (è evidente che, nella maggior parte dei casi, anche se non necessariamente in tutti, i conviventi omosessuali non saranno legati a terze persone da precedente matrimonio). Un senso avrebbe la previsione se si procedesse ad una riforma dei presupposti del divorzio, magari ammettendo un divorzio consensuale, che prescindesse dalla separazione.

Stupisce la scelta normativa sopra evidenziata (che si spiega, anche se non si giustifica con il timore di "colpire", di far ombra alla famiglia fondata sul matrimonio), anche perché - è un altro profilo che emerge dall'esame del testo normativo - la rilevanza attribuita alla "convivenza stabile" è in realtà molto forte e profonda, e soprattutto - ancora una scelta che in vario modo stupisce - prevalentemente coercitiva. Le conseguenze, gli effetti giuridici sono per gran parte automatici e prescindono dalla volontà magari concorde delle parti (non bisogna dimenticare che talora si sceglie la "convivenza stabile", proprio per evitare consensualmente vincoli troppo rigidi e stretti). Assai facile (molto più che in altri ordinamenti) la prova della convivenza. È sufficiente una dichiarazione congiunta di residenza anagrafica, per attivare la presunzione (che ammette comunque prova contraria) di convivenza stabile, che costituisce la fonte dei diritti ed obblighi previsti dal disegno di legge. E comunque è particolarmente larga la nozione di "convivenza stabile", caratterizzata da non meglio precisati "vincoli affettivi" reciproci (non dunque l'*affectio maritalis*). Basterebbe un rapporto di profonda amicizia? Ma assai numerosi sono i diritti (e in misura minore, ma altrettanto significativa i doveri dei conviventi): di accesso e di assistenza in caso di malattia o ricovero del convivente, al permesso di soggiorno, ove si

Nota:

(*) Si veda in calce il testo del disegno di legge.

tratti di soggetto straniero, (di entrambi i conviventi) all'assegnazione di alloggi di edilizia popolare e residenziale pubblica, alla successione nei contratti di locazione, alla partecipazione agli utili dell'impresa del convivente, in proporzione all'apporto fornito, ad agevolazioni e tutele in materia di lavoro, nonché a trattamenti previdenziali e pensionistici (anche se in tali casi l'affermazione del diritto rimane sostanzialmente lettera morta, rinviando a leggi successive o ai contratti collettivi di lavoro). E - *dulcis in fundo* - ma solo dopo nove anni di convivenza, il diritto alla successione legittima dell'altro convivente in misura assai larga (analoga a quella del coniuge) nonché quello di abitazione nella casa adibita a residenza della convivenza, anche se di proprietà del defunto, nonché agli alimenti ove si dimostri lo stato di bisogno, senza limiti di tempo (la convivenza dovrà durare da almeno tre anni) salvo che l'avente diritto contragga matrimonio o costituisca una nuova convivenza (ma la dichiarazione congiunta spesso non si farà, per non perdere l'assegno alimentare...).

Il ddl intende espressamente discostarsi dal sistema francese dei pacs: essi, infatti, proprio per la loro natura negoziale, presuppongono una manifestazione di volontà formalizzata dai conviventi davanti al cancelliere del tribunale ed annotata in apposito registro. La legge fornisce una definizione di *concubinage*, come unione di fatto, caratterizzata da una vita comune, che presenta stabilità e continuità, tra due persone di sesso diverso o uguale, che conducono vita di coppia. Il patto civile di solidarietà è il contratto con cui due persone fisiche maggiorenni, di sesso diverso od uguale, organizzano la loro vita in comune (dunque l'area operativa dei Pacs sembra assai più ampia rispetto alla definizione di *concubinage*, e potrebbe ricomprendere pure unioni libere, non necessariamente fondate su rapporti affettivi). Il patto è nullo se interviene tra parenti o soggetti già sposati o legati da altro patto di solidarietà; le parti devono rendere dichiarazione congiunta, da iscriversi, come si diceva, in apposito registro, presso la cancelleria del tribunale del luogo ove esse fissano la loro residenza comune. Oggetto del patto sono gli obblighi reciproci di assistenza durante la convivenza o a seguito della cessazione di essa, per mutuo consenso o anche per dichiarazione unilaterale. Solo in caso di conflitto, è previsto l'intervento del giudice «sulle conseguenze patrimoniali dello scioglimento» (senza pregiudizio del danno eventualmente subito). Salvo patto contrario, si presume comune la proprietà dei beni acquistati ed è solidale la responsabilità verso terzi per le obbligazioni assunte; non si prevedono peraltro rapporti successori. Il patto dà luogo a numerosi benefici e agevolazioni (in materia fiscale: dichiarazione congiunta, trattamento più favorevole per gli atti di liberalità o successione, titolo di accesso a prestazioni socio-assistenziali, ecc.). Tornando al ddl in esame, va precisato come le critiche e le osservazioni più aspre abbiano impedito che si ipotizzasse la costituzione di un rappor-

to di convivenza giuridicamente rilevante con una dichiarazione negoziale delle parti: probabilmente, troppo grande sarebbe parso il pericolo di equiparare, dal punto di vista formale, matrimonio e convivenza. Si è pertanto optato per una scelta diversa: è la sola convivenza stabile ed abituale, connotata da vincoli affettivi e solidaristici, in assenza di cause ostative, che legittima l'esercizio dei diritti e delle facoltà contemplate nel disegno di legge. Occorre dunque riferirsi ad un elemento di fatto e non già ad una manifestazione di volontà.

Requisiti soggettivi e oggettivi

Pare opportuno a questo punto esaminare, specificamente, le previsioni più significative del testo. L'art. 1 del ddl, rubricato "ambito e modalità di applicazione" individua i possibili beneficiari della disciplina: si tratta di "due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale". Si richiede innanzi tutto l'acquisto della generale capacità di agire (il ddl non introduce alcuna deroga, come invece prevede l'art. 84 c.c. per il matrimonio del minore); diversamente rispetto al matrimonio, la convivenza può intercorrere anche tra persone del medesimo sesso (uno degli aspetti più controversi e discussi). Le persone maggiorenni, cui fa riferimento la norma, non devono essere peraltro legate da vincolo di matrimonio; solo le persone nubili o celibi, i divorziati, coloro che hanno ottenuto pronuncia di nullità (o annullamento) del matrimonio ed i vedovi potranno dunque beneficiare delle posizioni attive, introdotte dalla disciplina in esame. Ne sono invece esclusi coloro che sono separati tanto di fatto quanto legalmente, (e si tratta di previsione che - a ben vedere, come si diceva, - finisce implicitamente per favorire coloro che non possono contrarre matrimonio, ossia i partners omosessuali). Altri impedimenti riguardano invece rapporti di parentela, affinità e altre relazioni giuridicamente rilevanti tra i contraenti: non potranno così beneficiare dei diritti derivanti dalla normativa in esame coloro che sono legati da parentela o affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno. La disposizione appare assai penalizzante in tutte quelle ipotesi di convivenza in cui uno dei componenti della coppia abbia a divenire successivamente incapace, e quindi ad essere sottoposto ad una misura, più o meno invasiva della capacità di agire. Se gli artt. 406 e 417 c.c. legittimano oggi anche il convivente stabile (non necessariamente *more uxorio*) ad instaurare il procedimento di interdizione, inabilitazione ed amministrazione di sostegno, questi dovrà avere l'accortezza di non assumere alcuna rappresentanza legale dell'incapace, pena - è da ritenere - la sopravvenuta perdita dei futuri benefici legislativi. La soluzione lascia francamente molto perplessi, tanto più che essa si estende pure all'amministrazione di sostegno, in relazione alla quale la nomina dell'amministra-

tore ben può provenire anche dallo stesso beneficiario della misura. Ulteriori esclusioni sono previste all'art. 2 del ddl su cui si tornerà in proseguo.

Va comunque evidenziato che la disciplina ha una portata di gran lunga più ampia rispetto ai progetti iniziali: i c.d. Dico trovano applicazione non solo in relazione a soggetti legati da c.d. *maritalis affectio* (si tratti di persone dello stesso o di diverso sesso), ma anche a convivenze comunque connotate da vincoli affettivi, con prestazione reciproca di assistenza e solidarietà. Può pensarsi così a due persone anziane che si prestano aiuto reciproco ovvero a parenti, affini oltre il secondo grado in linea retta, o in linea collaterale, rimasti a vivere nella casa dove a suo tempo risiedevano altri componenti della famiglia. Dispone al riguardo il secondo comma dell'art. 1 in esame che la convivenza è provata dalle risultanze anagrafiche ai sensi del d.P.R. 223/1989, che definisce la famiglia anagrafica come un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio o anche soltanto affettivi. È fatta salva la prova contraria circa l'insussistenza degli elementi sopra evidenziati (affetto, assistenza e solidarietà) o delle cause ostative di cui al successivo art. 2, come pure può provarsi che la medesima convivenza sia iniziata o terminata in epoca differente rispetto alle risultanze anagrafiche. In altri termini la convivenza anagrafica determina una presunzione *juris tantum* circa la ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento dei diritti e doveri previsti dal ddl. Anche se nulla si dice espressamente in proposito, convivenza giuridicamente rilevante può configurarsi pure in difetto di convivenza anagrafica: starà agli interessati fornire la relativa prova.

La disposizione del secondo comma dell'art. 1 del ddl presuppone che entrambi i conviventi presentino contestualmente al Comune domanda di residenza anagrafica. Può peraltro ben verificarsi che detta contestualità manchi (la convivenza si instaura quando uno dei partners già risiedeva nell'abitazione che poi diventerà comune): occorre allora avere riguardo al terzo comma della norma, che contiene una previsione quantomai ambigua ed oscura. Il convivente che prende la residenza, è tenuto a darne comunicazione all'altro tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento; la mancata comunicazione (nelle forme previste) preclude la possibilità di utilizzare le risultanze anagrafiche ai fini probatori: la convivenza, in caso di contestazione, potrà allora essere dimostrata con ogni altro mezzo di prova. Nulla peraltro dispone la norma in ordine al comportamento, che dovrà tenere il destinatario di quella comunicazione, per il caso in cui intenda contestare l'effettiva convivenza, ovvero comunque, la sussistenza di una convivenza connotata da quegli elementi che legittimerebbero l'applicazione della disciplina in esame. È sufficiente una mera raccomandata di contestazione, ovvero si rende necessaria la proposizione di un procedimento giudiziale di accertamento negativo?

L'art. 2 del ddl introduce tassative esclusioni all'applicazione

della disciplina in ragione delle situazioni soggettive personali dei conviventi. Le previsioni di cui alle lett. a) e b) richiamano le cause di impedimenti alle nozze ex art. 88 c.c. Si fa infatti riferimento a situazioni in cui un soggetto sia stato condannato per omicidio consumato o tentato riguardo al coniuge dell'altro o al suo convivente, ma anche ad "analoga disciplina prevista da altri ordinamenti" (terminologia francamente incomprensibile e tale da lasciare all'interprete un eccessivo margine di discrezionalità, tanto più inaccettabile, avuto riguardo alla natura eccezionale della previsione); ancora ci si riferisce al soggetto che sia stato semplicemente rinviato a giudizio, ovvero sottoposto a misura cautelare per i reati suindicati. Chiara è la *ratio legis*: si disconoscono tutte quelle convivenze che siano instaurate a seguito di un comportamento violento contro la precedente famiglia legittima (o altra convivenza). L'ordinamento introduce così una sorta di "sanzione accessoria" che consegue non solo ad una condanna per omicidio consumato o tentato (come avviene per l'impedimento *ex delicto* in materia matrimoniale), ma ad un semplice rinvio a giudizio o ad una misura cautelare (in un contesto in cui vige la presunzione di non colpevolezza, tale da determinare in materia matrimoniale, solo la sospensione delle nozze, ai sensi dell'art. 88, comma 2, c.c.).

Ulteriore causa di esclusione è la sussistenza di rapporti contrattuali, anche lavorativi, tra i conviventi, che comportino necessariamente l'abitare comune. Pure detta previsione, apparentemente chiara, potrebbe dar luogo a contrastanti interpretazioni. Si pensi innanzi tutto ad un rapporto contrattuale che intercorra tra gli stessi conviventi: tipico è il caso della badante o della domestica che risiede con l'assistito o con il datore di lavoro; viene inoltre in rilievo la locazione o la sublocazione (in forza della quale una persona mette a disposizione di un'altra, parte della propria abitazione di cui è proprietaria o che conduce in locazione), ma pure il comodato. Il rapporto contrattuale potrebbe peraltro intercorrere con terzi: si pensi a due impiegati trasferitisti o a due studenti fuori sede che prendono in locazione un appartamento con un medesimo contratto o con due contratti diversi (ognuno di loro ottiene la disponibilità di una o più stanze determinate con servizi comuni), al fine di contenere le spese. Non è da escludere peraltro che quegli impiegati o quegli studenti con il tempo stabilizzino la loro convivenza, prendendo a manifestare affetto reciproco e prestandosi assistenza e solidarietà. Pare iniquo escludere l'applicazione della disciplina sui DICO in questa ipotesi: potrà allora pensarsi ad una sorta di "interversione" nel godimento della comune abitazione, a fronte di un sopravvenuto mutamento dell'*animus*.

L'art. 3 prevede una sanzione penale, "salvo che il fatto costituisca più grave reato, per colui che chiede l'iscrizione anagrafica in assenza di coabitazione, ovvero dichiarata falsamente di essere convivente", al fine di be-

neficiare delle disposizioni normativa in esame (si tratta dunque di una fattispecie penale con dolo specifico). Dispone il secondo comma che la falsa dichiarazione “produce le nullità degli atti conseguenti ed i pagamenti eseguiti sono ripetibili ai sensi dell’art. 2033 c.c.”. L’accertamento in sede penale della falsità determina dunque effetti di rilievo, la cui individuazione peraltro non è agevole. Se, per atti conseguenti, dovrebbe farsi riferimento all’assegnazione di alloggi di edilizia pubblica, piuttosto che alla successione nel contratto di locazione, ben più complesso è comprendere quali siano i pagamenti ripetibili, in quanto privi di causa legittima. È da escludere che tali pagamenti, ove non giustificati da una propria autonoma causa, indipendente dalla finta convivenza, possano ritenersi comunque adempimento di una obbligazione naturale. Bisognerebbe dunque fare riferimento ai pagamenti effettuati dai terzi, in ottemperanza alle previsioni normative del ddl: d’obbligo il riferimento alla pensione di reversibilità e al trattamento previdenziale, se e in quanto detti benefici dovessero esser estesi al convivente, in sede di riordino della normativa, come prevede l’art. 10 del ddl.

Diritti e doveri dei conviventi

Uno degli argomenti più dibattuti nella lunga discussione che ha preceduto l’approvazione governativa del ddl, ha riguardato la possibilità per il convivente di prestare assistenza e visitare l’altro, in caso di malattia o di ricovero. L’art. 4 del ddl non ha risolto la questione, demandando alle strutture ospedaliere e di assistenza pubbliche o private la disciplina del diritto di accesso del convivente. In realtà il problema dovrebbe essere posto in termini differenti: non pare qui in dubbio la facoltà che spetta in capo al convivente, come ad ogni altra persona legata da parentela, amicizia o conoscenza con il ricoverato di andare a trovarlo e prestargli conforto (l’accesso in senso lato). Rileva invece semmai altra e diversa facoltà in capo al convivente: poter conferire con personale medico o paramedico per assumere informazioni sulla salute del degente, ovvero concorrere, d’intesa con quest’ultimo, a scelte terapeutiche od organizzative (es. il momento delle dimissioni dalla struttura ospedaliera) (accesso in senso stretto). L’art. 5 introduce importanti petizioni di principio, destinate per il momento a rimanere tali. Viene infatti riconosciuto al convivente la possibilità di designare l’altro quale rappresentante per il compimento di rilevanti atti di contenuto non patrimoniale sia durante la vita, sia dopo il decesso. Più specificamente la designazione può avvenire “in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, al fine di concorrere alle decisioni in materia di salute, nei limiti previsti dalle disposizioni vigenti”. Come è evidente, la previsione fa riferimento alla tematica più generale sul testamento biologico, che attualmente nel nostro ordinamento è privo di riconoscimento giuridico, anche se non man-

cano proposte di una regolamentazione. Ci si chiede in altri termini se e a quali condizioni una persona possa disporre ora per allora sulla propria salute, nel caso in cui per malattia o infermità non sarà più in grado di manifestare un valido consenso informativo, che deve - di regola - precedere ogni intervento medico: il problema, tra l’altro, si ricollega alle vicende terminali della vita e di gravi problemi bioetici che talora le caratterizzano: dal c.d. accanimento terapeutico al mantenimento forzato in vita, fino all’eutanasia. Sta di fatto che in oggi “le disposizioni vigenti” cui fa riferimento il citato art. 5 del ddl non esistono, onde il richiamo si dimostra vuoto di contenuto, dovendosi l’intera problematica sviluppare *de jure condendo*. Il convivente può designare l’altro quale rappresentante per quanto attiene la donazione degli organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie, sempre nei limiti della legge. Come è noto, la l. 1° aprile 1999, n. 91 subordina la donazione di organi e di tessuti ad un’espressa manifestazione di volontà dell’interessato, ovvero ad una mancata opposizione a fronte di una formale notifica, sollecitante una manifestazione di volontà. Nel caso della convivenza risulterebbe invece ammissibile una delega ad un terzo (non pretesa invece per il coniuge). Per quanto riguarda la celebrazione funeraria, deve ritenersi principio acquisito che il defunto possa attribuire un mandato *post mortem* ad un terzo perché vi provveda. La designazione del convivente quale rappresentante richiede l’atto scritto ed autografo (quasi un testamento olografo!). In caso di impossibilità di redigerlo “viene formato un processo verbale alla presenza di tre testimoni che lo sottoscrivono”; la previsione è assai oscura: pare infatti necessaria la redazione di un atto pubblico, da parte del notaio o di altro pubblico ufficiale.

L’art. 6 prevede assai opportunamente al primo comma il rilascio del permesso di soggiorno per convivenza in favore del cittadino straniero extracomunitario o apolide che ne sia privo, convivente con uno italiano o comunitario. Del pari il secondo comma disciplina la fattispecie del cittadino della U.E., che non abbia un autonomo diritto di soggiorno. Vi è solo da sperare che, ove la previsione diventi legge, non venga usata strumentalmente per acquisire permesso o diritto di soggiorno, in difetto di un’effettiva convivenza tra le parti. L’art. 7 introduce una disposizione di natura programmatica, facendo obbligo ai competenti enti pubblici di tenere conto della convivenza, connotata dagli elementi di cui all’art. 1, ai fini dell’assegnazione di alloggi di edilizia popolare o residenziale pubblica. Si tratta di una previsione certamente condivisibile, nella prospettiva della valorizzazione della famiglia in un settore tanto delicato e socialmente rilevante.

L’art. 8 riguarda la successione nel contratto di locazione di cui sia parte uno dei conviventi. Sono disciplinate due ipotesi differenti: il decesso del conduttore o la cessazione volontaria della convivenza; in entrambe, il convivente può succedere nel contratto, a condizione

peraltro che la convivenza perduri da almeno tre anni ovvero vi siano figli comuni. Come è noto, l'art. 6 della l. 392/78 era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto di locazione del convivente *more uxorio*, a prescindere dall'esistenza di figli (Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404). La previsione del ddl è quindi più restrittiva di quella vigente, imponendo la presenza di figli (necessariamente conviventi, anche se non obbligatoriamente di età minore), ovvero una durata minima della convivenza; essa pertanto non può che sollevare critiche, comportando una *reformatio in peius* della vigente disciplina.

Il primo comma dell'art. 9 del ddl dispone che la legge ed i contratti collettivi prendano in considerazione la convivenza in caso di trasferimento ed assegnazione di sede dei dipendenti pubblici e privati, al fine di agevolare il mantenimento della comune residenza; ciò peraltro a condizione che la convivenza stessa abbia almeno una durata triennale. Si tratta di previsione condivisibile ed anche la durata minima può essere giustificata avuto riguardo alla necessità di garantire una certa stabilità alla convivenza, in un settore dove si tratta di contemperare esigenze ed aspettative di più soggetti. Il secondo comma introduce una peculiare forma di partecipazione all'impresa familiare per il convivente. Come è noto, l'art. 230 bis c.c. individua un elenco tassativo dei partecipanti all'impresa familiare (coniuge, parenti entro il quarto grado ed affini entro il secondo); parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto di parificare la posizione del convivente *more uxorio* a quella del coniuge (così ad es. Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 428), ma la Corte di Cassazione (Per tutte Cass. 2 maggio 1994, n. 2404, in *Foro it.*, 1995, I, 1936) è andata di contrario avviso. La norma in commento attribuisce al convivente una posizione singolare (e notevolmente discriminata) in seno all'impresa: egli infatti (sempre che non sia configurabile altro e diverso rapporto) partecipa agli utili, in proporzione all'apporto fornito. Il convivente, per contro, è escluso dai diritti di natura partecipativa (concorso alle decisioni di straordinaria amministrazione) come pure da altri diritti di carattere patrimoniale (incrementi, liquidazione della quota alla cessazione dell'impresa e prelazione in caso di vendita).

Il già richiamato art. 10 demanda ad un futuro riordino della normativa previdenziale e pensionistica i trattamenti da attribuire al convivente: il ddl non ha ritenuto di prendere posizione su un argomento che tante discussioni ha sollevato.

L'art. 11 riguarda uno degli aspetti più delicati della disciplina, quello dei diritti successori del convivente. La previsione è per diversi aspetti oscura ed imprecisa. Il convivente partecipa alla successione legittima dell'altro, purché la convivenza duri da almeno nove anni. Si tratta di un termine eccessivamente ampio, che limita di fatto la chiamata successoria. Il convivente peraltro

non è erede legittimario, onde a lui non è riservata alcuna quota ereditaria; dunque, parteciperà alla successione solo se e in quanto il defunto nulla abbia diversamente disposto per testamento, ben potendo essere totalmente diseredato in favore di altri soggetti. Il secondo ed il terzo comma della norma individuano la quota spettante al convivente, a seconda che alla successione concorra un solo figlio del defunto (un terzo dell'eredità), o più figli (un quarto), ovvero ascendenti legittimi, fratelli e sorelle (metà). In mancanza di figli, di ascendenti, fratelli o sorelle, al convivente si devolvono due terzi dell'eredità, e in assenza di altri parenti entro il terzo grado in linea collaterale, l'intera eredità. Come si vede, non sussiste la chiamata successoria del coniuge del convivente; ciò è coerente con la premessa, secondo cui beneficiarie della previsione normativa potrebbero essere soltanto persone non legate da vincolo matrimoniale.

Il quarto comma dell'art. 11 attribuisce al convivente, sempre decorsi nove anni dalla convivenza, il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza comune e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni, "fatti salvi i diritti dei legittimari". I diritti riconosciuti al convivente gravano sulla quota a lui spettante. La previsione è modellata sulla fattispecie dell'art. 540 secondo comma c.c.; non è peraltro chiaro a quali "legittimari" intenda riferirsi la norma, la posizione dei quali potrebbe entrare in conflitto con quella del convivente. Unico soggetto titolare dei diritti sulle cose già comuni sarebbe infatti il coniuge del *de cuius*, che peraltro nella specie non esiste, proprio per le ragioni esposte in precedenza. Va peraltro rilevato che nella previsione di cui all'art. 540 il diritto abitativo del coniuge grava sulla quota disponibile, quello del convivente invece a lui spettante, come già precisato.

Eccessivamente onerosa pare l'aliquota dell'imposta di successione ove la stessa si devolva al convivente (cinque per cento sul valore complessivo netto eccedente 100.000,00 euro).

L'art. 12 del ddl riconosce un diritto agli alimenti al convivente che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, dopo la cessazione della convivenza. Obbligato agli alimenti è il convivente, con precedenza sugli altri obbligati, purché la convivenza sia durata almeno tre anni. Tale obbligo è peraltro limitato "per un periodo determinato in relazione alla durata della convivenza". Al convivente non viene riconosciuto un diritto al mantenimento, come nella separazione e nel divorzio, bensì solo un credito alimentare (a fronte di una situazione di bisogno). Tale credito per di più non è *sine die* come avviene nella disciplina generale in termini di obbligo alimentare. L'obbligo di prestare gli alimenti cessa quando il beneficiario contragga matrimonio o inizi una convivenza ai sensi dell'art. 1 (e dunque sarà sufficiente per l'onere dedurre una sopravvenuta convivenza anagrafica del beneficiario con un terzo per libe-

rarsi dall'obbligo, spettando all'altra parte la prova "negativa" in ordine all'inesistenza dei presupposti di cui allo stesso art. 1).

Disposizioni transitorie

L'art. 13 rubricato "disposizioni transitorie e finali" non pare di agevole interpretazione e comunque contiene previsioni che incidono anche sensibilmente sulla disciplina del divorzio e che mal si conciliano con il contenuto della rubrica. Il primo comma si limita a fare salva l'applicazione delle vigenti disposizioni di legge relative a situazioni di convivenza. Il secondo invece dispone che, entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge, potrà essere fornita la prova di un inizio della convivenza in data antecedente a quella delle risultanze anagrafiche. Non è chiaro da chi e nei confronti di chi debba essere fornita tale prova e soprattutto come debba essere formata: se infatti perdura la convivenza, i conviventi ben potrebbero limitarsi a redigere tra loro un atto di notorietà; in mancanza, dovrà farsi luogo ad un procedimento contenzioso (anche se è da ritenere che in tale situazione verrebbe meno l'attualità della convivenza, con conseguente inapplicabilità della disciplina). Per quanto riguarda i terzi, la necessità di far accertare la durata della convivenza potrebbe sorgere in un momento successivo ai nove mesi cui fa riferimento la previsione normativa (si pensi al decesso del convivente titolare del contratto di locazione, intervenuto diversi mesi dopo la possibile entrata in vigore della legge, in una situazione in cui il superstite intenda, nei confronti del locatore, dimostrare una durata della convivenza superiore a quella anagrafica e tale da soddisfare i presupposti di cui al richiamato art. 8 del ddl). Ad ogni buon conto la previsione non avrebbe effetto ai fini dell'eventuale riconoscimento dei diritti pensionistici e previdenziali in occasione di una futura riforma del settore: è dunque da ritenere che - in questo campo - abbia rilievo solo la convivenza anagrafica, nei termini esposti dalle relative certificazioni.

Il terzo comma esclude espressamente che l'efficacia retroattiva della convivenza possa comprendere i periodi in cui tra le parti sussistevano i legami personali di cui all'art. 1 ovvero le cause di esclusione di cui all'art. 2 (e dunque la previsione ammette espressamente la possibilità del mutamento del titolo della convivenza, come si è anticipato esaminando l'art. 2 del ddl).

Il successivo comma quarto dispone che in caso di separazione personale o di divorzio, entro tre mesi dalla data del passaggio in giudicato della relativa sentenza (ma si dovrebbe anche fare riferimento all'omologa della separazione consensuale), ciascuno dei conviventi (o l'eventuale superstite in caso di morte di uno dei due) possa far accertare l'inizio della convivenza in una data anteriore a quella delle risultanze anagrafiche. È da ritenere che se i conviventi siano d'accordo, sia sufficiente un atto di notorietà, altrimenti si renderà necessario un

procedimento contenzioso dell'uno nei confronti dell'altro o dei suoi eredi.

La durata dell'effettiva convivenza non può comunque retroagire a più di tre anni dall'avvenuta comparizione dei coniugi davanti al presidente del tribunale nel procedimento di separazione personale. Chiara è la *ratio legis*: evitare in tutti i modi che si possa configurare convivenza giuridicamente rilevante quando ancora i partner siano legati da un precedente matrimonio (ed in questo senso il richiamo al triennio di separazione personale salva formalmente il principio, posto che la decorrenza di tale termine legittimerebbe comunque la presentazione di una domanda di divorzio).

Il quinto comma dispone che i diritti patrimoniali, successori o previdenziali e le agevolazioni previste dalla legge a favore dell'ex coniuge cessano quando questi risulti convivente in base al ddl. La previsione ha una portata dirompente: l'instaurazione di una convivenza (nei termini di cui al ddl) viene a privare il coniuge divorziato di tutti quei diritti che l'ordinamento gli riconosce (assegno divorzile, assegno a carico dell'eredità, trattamento pensionistico di reversibilità e quota parte del tfr) e che attualmente si estinguono solo in caso di nuove nozze (salva la quota del tfr). Se dunque in oggi la convivenza del coniuge divorziato con altra persona può legittimare l'altro coniuge, onerato dell'assegno, a chiederne una riduzione, ovvero una sospensione dell'erogazione, in futuro da essa potrebbe conseguire la perdita del diritto (e ciò anche se la convivenza nel frattempo instaurata dal beneficiario non possa qualificarsi *more uxorio*, oppure venga a cessare).

Il sesto comma dell'art. 13 completa il quadro delle disposizioni transitorie e finali, prevedendo che i diritti patrimoniali, successori, previdenziali cessino qualora uno dei conviventi contragga matrimonio; si tratta di previsione coerente con l'impianto generale della nuova disciplina.

Conclusioni

Dopo l'esame analitico del testo, le contraddizioni di fondo di cui si diceva, si evidenziano ancor maggiormente. Ma, a ben vedere, contraddizioni analoghe si riscontravano pure nella legge sul divorzio (e il clima generale che si sta vivendo, sembra proprio quello che si verificò, in tempi ormai lontani, durante la discussione parlamentare di quel progetto): per garantire una sorta di "protrazione" del vincolo, a differenza di molte altre legislazioni al riguardo, non si ammise il divorzio consensuale immediato, ma d'altra parte, dopo il "quinquennio" (fino alla riforma del 1987; poi trasformato in triennio), gli effetti erano sostanzialmente automatici. Sfiducia e diffidenza verso l'autonomia delle parti e prevalenza di un intervento impositivo ed autoritativo dall'alto... allora come oggi.

Disegno di legge - Senato della Repubblica 20 febbraio 2007, n. 1339 "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi"

Art. 1 (Ambito e modalità di applicazione)

1. Due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno, sono titolari dei diritti, dei doveri e delle facoltà stabiliti dalla presente legge.
2. La convivenza di cui al comma 1 è provata dalle risultanze anagrafiche in conformità agli articoli 4, 13 comma 1 lettera b), 21 e 33 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, secondo le modalità stabilite nel medesimo decreto per l'iscrizione, il mutamento o la cancellazione. È fatta salva la prova contraria sulla sussistenza degli elementi di cui al comma 1 e delle cause di esclusione di cui all'articolo 2. Chiunque ne abbia interesse può fornire la prova che la convivenza è iniziata successivamente o è terminata in data diversa rispetto alle risultanze anagrafiche.
3. Relativamente alla convivenza di cui al comma 1, qualora la dichiarazione all'ufficio di anagrafe di cui all'articolo 13, comma 1, lettera b), del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, non sia resa contestualmente da entrambi i conviventi, il convivente che l'ha resa ha l'onere di darne comunicazione mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento all'altro convivente; la mancata comunicazione preclude la possibilità di utilizzare le risultanze anagrafiche a fini probatori ai sensi della presente legge.
4. L'esercizio dei diritti e delle facoltà previsti dalla presente legge presuppone l'attualità della convivenza.
5. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche all'anagrafe degli italiani residenti all'estero.
6. Ai fini della presente legge i soggetti di cui al comma 1 sono definiti "conviventi".
7. Il convivente non può avviare altra procedura anagrafica ai sensi dei commi 2 e 3.

Art. 2 (Esclusioni)

1. Le disposizioni della presente legge non si applicano alle persone: a) delle quali l'una sia stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra o sulla persona con la quale l'altra conviveva ai sensi dell'articolo 1, comma 1, ovvero sulla base di analogia disciplinaria prevista da altri ordinamenti; b) delle quali l'una sia stata rinviata a giudizio, ovvero sottoposta a misura cautelare, per i reati di cui alla lettera a); c) legate da rapporti contrattuali, anche lavorativi, che comportino necessariamente l'abitare in comune.

Art. 3 (Sanzioni)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di beneficiare delle disposizioni della presente legge, chiede l'iscrizione anagrafica in assenza di coabitazione ovvero dichiara falsamente di essere convivente ai sensi della presente legge, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro 3000 a euro 10000.
2. La falsa dichiarazione di cui al comma 1 produce la nullità degli atti conseguenti; i pagamenti eseguiti sono ripetibili ai sensi dell'articolo 2033 del codice civile.

Art. 4 (Assistenza per malattia o ricovero)

1. Le strutture ospedaliere e di assistenza pubbliche e private disciplinano le modalità di esercizio del diritto di accesso del convivente per fini di visita e di assistenza nel caso di malattia o ricovero dell'altro convivente.

Art. 5 (Decisioni in materia di salute e per il caso di morte)

1. Ciascun convivente può designare l'altro quale suo rappresentante: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e volere, nei limiti previsti dalle disposizioni vigenti, per quanto attiene alle decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie, nei limiti previsti dalle disposizioni vigenti.
2. La designazione è effettuata mediante atto scritto e autografo; in caso di impossibilità a redigerlo, viene formato un processo verbale alla presenza di tre testimoni, che lo sottoscrivono.

Art. 6 (Permesso di soggiorno)

1. Il cittadino straniero extracomunitario o apolide, convivente con un cittadino italiano o comunitario, che non ha un autonomo diritto di soggiorno, può chiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per convivenza, secondo le modalità e le condizioni stabilite da apposito regolamento da adottarsi, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro per i di-

ritti e le pari opportunità e con il Ministro delle politiche per la famiglia, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

2. Il cittadino dell'Unione europea, convivente con un cittadino italiano, che non ha un autonomo diritto di soggiorno, ha diritto all'iscrizione anagrafica di cui all'articolo 9 del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2004/38/CE.

Art. 7 (Assegnazione di alloggi di edilizia pubblica)

1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano tengono conto della convivenza di cui all'articolo 1 ai fini dell'assegnazione di alloggi di edilizia popolare o residenziale pubblica.

Art. 8 (Successione nel contratto di locazione)

1. In caso di morte di uno dei conviventi che sia conduttore nel contratto di locazione della comune abitazione, l'altro convivente può succedergli nel contratto, purché la convivenza perduri da almeno tre anni ovvero vi siano figli comuni.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche nel caso di cessazione della convivenza nei confronti del convivente che intenda subentrare nel rapporto di locazione.

Art. 9 (Agevolazioni e tutele in materie di lavoro)

1. La legge e i contratti collettivi disciplinano i trasferimenti e le assegnazioni di sede dei conviventi dipendenti pubblici e privati al fine di agevolare il mantenimento della comune residenza, prevedendo tra i requisiti per l'accesso al beneficio una durata almeno triennale della convivenza.

2. Il convivente che abbia prestato attività lavorativa continuativa nell'impresa di cui sia titolare l'altro convivente può chiedere, salvo che l'attività medesima si basi su di un diverso rapporto, il riconoscimento della partecipazione agli utili dell'impresa, in proporzione dell'apporto fornito.

Art. 10 (Trattamenti previdenziali e pensionistici)

1. In sede di riordino della normativa previdenziale e pensionistica, la legge disciplina i trattamenti da attribuire al convivente, stabilendo un requisito di durata minima della convivenza, commisurando le prestazioni alla durata della medesima e tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali del convivente superstite.

Art. 11 (Diritti successori)

1. Trascorsi nove anni dall'inizio della convivenza, il convivente concorre alla successione legittima dell'altro convivente, secondo le disposizioni dei commi 2 e 3.

2. Il convivente ha diritto a un terzo dell'eredità se alla successione concorre un solo figlio e ad un quarto se concorrono due o più figli. In caso di concorso con ascendenti legittimi o con fratelli e sorelle anche se unilaterali, ovvero con gli uni e con gli altri, al convivente è devoluta la metà dell'eredità.

3. In mancanza di figli, di ascendenti, di fratelli o sorelle, al convivente si devolvono i due terzi dell'eredità, e, in assenza di altri parenti entro il terzo grado in linea collaterale, l'intera eredità.

4. Al convivente, trascorsi almeno nove anni dall'inizio della convivenza, e fatti salvi i diritti dei legittimari, spettano i diritti di abitazione nella casa adibita a residenza della convivenza e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla quota spettante al convivente.

5. Quando i beni ereditari di un convivente sono devoluti all'altro convivente, l'aliquota sul valore complessivo netto dei beni prevista dall'articolo 2, comma 48, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, è stabilita nella misura del cinque per cento sul valore complessivo netto eccedente i 100.000 euro.

Art. 12 (Obbligo alimentare)

1. Nell'ipotesi in cui uno dei conviventi versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, l'altro convivente è tenuto a prestare gli alimenti oltre la cessazione della convivenza, purché durata almeno tre anni, con precedenza sugli altri obbligati, per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza. L'obbligo di prestare gli alimenti cessa qualora l'avente diritto contragga matrimonio o inizi una nuova convivenza ai sensi dell'articolo

Art. 13 (Disposizioni transitorie e finali)

1. I conviventi sono titolari dei diritti e degli obblighi previsti da altre disposizioni vigenti per le situazioni di convivenza, salvi in ogni caso i presupposti e le modalità dalle stesse previste.

2. Entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, può essere fornita la prova di una data di inizio della convivenza anteriore a quella delle risultanze di cui all'articolo 1, comma 2. La disposizione di cui al presente comma non ha effetti relativamente ai diritti di cui all'articolo 10 della presente legge.

3. Il termine di cui al comma 2 viene computato escludendo i periodi in cui per uno o per entrambi i conviventi sussistevano i legami di cui all'articolo 1, comma 1, e le cause di esclusione di cui all'articolo 2.

4. In caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere fornita, entro tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza, da parte di ciascuno dei conviventi o, in caso di morte intervenuta di un convivente, da parte del superstite, la prova di una data di inizio della convivenza anteriore a quella della iscrizione di cui all'articolo 1, comma 2, comunque successiva al triennio di separazione calcolato a far tempo dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale ed alla domanda di divorzio.

5. I diritti patrimoniali, successori o previdenziali e le agevolazioni previsti dalle disposizioni vigenti a favore dell'ex coniuge cessano quando questi risulti convivente ai sensi della presente legge. 6. I diritti patrimoniali, successori o previdenziali e le agevolazioni previsti dalla presente legge cessano qualora uno dei conviventi contraiga matrimonio.

Art. 14 (Copertura finanziaria)

1. All'onere derivante dall'articolo 11, pari ad euro 4 milioni e 600 mila per l'anno 2008 ed euro 5 milioni a decorrere dall'anno 2009 si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 1, comma 20, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, iscritta all'U.P.B. dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2007. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare con propri decreti le occorrenti variazioni di bilancio.

RIVISTE

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

Direzione scientifica: Giorgio Spangher, Paolo Pisa (condirettore)

Comitato scientifico: Paolo Ferrua, Francesco Palazzo, Sergio Seminara, Paolo Tonini

Periodicità: mensile



La Rivista costituisce un attento osservatorio giuridico dei problemi creati dall'evoluzione del diritto penale sostanziale e processuale. Pubblica tutta la normativa di rilevanza penale, corredata da approfonditi commenti. Ampio spazio è dedicato alla giurisprudenza e, accanto agli Osservatori che segnalano in forma sintetica le più recenti pronunce, sono pubblicati i provvedimenti di maggior interesse riportati per esteso con qualificati commenti. Un'apposita sezione tratta gli istituti di diritto penale internazionale riportando fra l'altro le sintesi delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte di giustizia CE, dei Tribunali

penali internazionali e degli organi non giurisdizionali.

Il **servizio online**, riservato esclusivamente agli abbonati e consultabile all'indirizzo **www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso**, permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 190,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**

Patti di famiglia

Patti di famiglia, trasferimento di partecipazioni societarie e legge finanziaria

di GIUSEPPE DE MARZO

L'A. analizza l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in tema di patti di famiglia, con particolare riguardo ai trasferimenti di partecipazioni societarie, alla luce delle novità introdotte dal comma 78 dell'art. 1 della l. 296/2006 (legge finanziaria per il 2007).

Uno degli aspetti problematici del patto di famiglia, introdotto nel nostro ordinamento dalla l. 14 febbraio 2006, n. 55, riguarda l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto (1).

Ai sensi dell'art. 768 *bis* c.c., con il patto di famiglia l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.

Secondo un'opinione (2), la partecipazione societaria oggetto del patto di famiglia potrebbe essere solo quella idonea a consentire all'assegnatario di esercitare quel potere gestionale la cui continuazione si vuole assicurare, mentre sarebbero invece da escludere dall'ambito applicativo della disciplina del patto di famiglia i trasferimenti aventi ad oggetto partecipazioni in società di godimento, piccole partecipazioni in società quotate e, in genere, partecipazioni di minoranza (salvo siano assistite da un diritto particolare di amministrazione come nel caso di s.r.l. ex art. 2468 c.c.).

Altri hanno obiettato che, se non pare dubbio che non siano suscettibili di essere trasferite con un patto di famiglia partecipazioni che rappresentino un mero investimento della persona fisica e non siano quindi ricollegabili all'esercizio da parte della stessa di un'attività di impresa, in via mediata, attraverso una partecipazione in società, tuttavia, non può ritenersi non possano rientrare nella disciplina del patto di famiglia il trasferimento di partecipazioni minoritarie sempre che sia possibile riscontrare il collegamento con l'attività di impresa del disponente (3). In tal senso, del resto, depone anche la lettera dell'art. 768-*bis*, c.c., che consente di trasferire solo una parte delle proprie partecipazioni o della propria azienda. Secondo tale lettura, l'opposta soluzione interpretativa sarebbe foriera di problemi applicativi di difficile soluzione. E ciò senza dire che la

tesi criticata finirebbe per rendere inapplicabile la disciplina del patto di famiglia, al caso del trasferimento di una partecipazione di minoranza che, solo in quanto sommata a quella di cui il discendente sia già titolare, attribuisca al medesimo il controllo della società, in contrasto con la finalità di assicurare continuità gestionale all'impresa (4).

Approfondendo il significato, la portata e la giustificazione della contrapposizione, si rileva che appare generalizzata la preoccupazione degli autori di evitare una strumentalizzazione del nuovo istituto. In particolare, si teme che un'applicazione indiscriminata del patto di famiglia ad ogni trasferimento di partecipazione sociale potrebbe condurre al risultato di legittimare il conferimento in una società appositamente creata di qualunque bene, a prescindere dall'esercizio di qualsiasi attività economica e quindi da ogni esigenza di garantire la stabilità di un'impresa economicamente attiva (5).

Note:

(1) La bibliografia sul punto è improvvisamente divenuta amplissima. Senza pretesa di completezza, e salvi i contributi citati nel prosieguo del presente lavoro, si vedano De Nova, Delfini, Rampolla, Venditti, *Il patto di famiglia*, Milano, 2006; Inzitari, Dagna, Ferrari, Piccinini, *Il patto di famiglia*, Torino, 2006; Tassinari, *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 808; Di Bitonto, *Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni d'impresa*, in *Le società*, 2006, 797; Lupetti, *Le assegnazioni dell'imprenditore o del titolare di partecipazioni sociali nei patti di famiglia*, in *Le società*, 2007, 143.

(2) Petrelli, *Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del "patto di famiglia"*, in *Relazione al convegno «"Patto di famiglia" e altre forme di trasferimento generazionale d'impresa. Disciplina e aspetti controversi»* (Milano, 29 marzo 2006); Balestra, *Il patto di famiglia: l'erosione del divieto dei patti successori istitutivi*, in www.personaedanno.it.

(3) Lombardi - Maisto, *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. giur.*, 2006, 720.

(4) Lombardi - Maisto, *op. cit.*, 720.

(5) Si veda, ad es., l'esposizione del problema in Tassinari, *op. cit.*, 814.

Peraltro, siffatta preoccupazione può essere fronteggiata anche attraverso il riconoscimento che potranno essere oggetto del patto di famiglia solo le partecipazioni in società nelle quali effettivamente ricorra un'attività d'impresa, mentre ne saranno escluse le partecipazioni delle cd. società di mero godimento (6).

In tale prospettiva, il pericolo di elusione della normativa viene risolto attraverso la sanzione di nullità del patto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) e perde la sua portata persuasiva in ordine alla questione di definire l'ambito oggettivo di applicazione della norma che si esamina.

Resta il dato che la soluzione del problema non può che muovere dall'analisi del fondamento dell'istituto.

Si è osservato a tal riguardo che in tanto si giustifica la normativa derogatoria dettata dal legislatore, in quanto il patto di famiglia abbia ad oggetto beni che perderebbero di valore se si applicasse il regime ordinario delle successioni, con la conseguenza che le partecipazioni delle quali si discute, oltre ad essere correlate, come s'è sopra visto, allo svolgimento effettivo di attività d'impresa, devono essere "qualificate", ossia rappresentare un equipollente del trasferimento d'azienda (7).

Approfondendo il tema, s'è osservato che la finalità della disciplina è appunto quella di non riallocare puramente e semplicemente la mera titolarità del bene d'impresa, ma anche dei poteri connessi che consentono l'esercizio di prerogative gestorie (8). Secondo tale ricostruzione (9), potrebbero costituire oggetto del patto: a) tutte le partecipazioni in società di persone (anche di minoranza) implicanti un automatico potere gestorio, con esclusione quindi della sola partecipazione del socio accomandante di s.a.s., salvo che egli sia titolare, ai sensi dell'art. 2320, comma 2, c.c., del potere di dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni; b) le partecipazioni in s.r.l. di tipo personalistico (art. 2475, comma 3, secondo periodo) o di s.r.l. di tipo capitalistico, quanto sia prevista l'attribuzione al disponente di particolari diritti amministrativi (art. 2468, comma 3); c) le partecipazioni di controllo nelle s.p.a. (10) e dell'accomandatario nelle s.a.p.a. Al riguardo, sebbene manchi nella disciplina legislativa un riferimento espresso alle azioni, è comune l'opinione che essa includa nel suo ambito applicativo anche il loro trasferimento (11).

Tuttavia, la ricostruzione ora ricordata a proposito della necessità di individuare nel trasferimento delle partecipazioni la conservazione (o alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'attribuzione del potere gestorio) muove dal presupposto che il patto di famiglia abbia come unico scopo quello di garantire la stabilità dell'impresa a seguito del passaggio generazionale.

La dottrina (12), tuttavia, ha rilevato che la disciplina derogatoria del patto di famiglia può assumere un ruolo utile per le imprese e l'intero mercato nelle ipotesi in cui la pluralità e la scarsa omogeneità dei successibili, il mancato interesse di qualcuno di essi all'attività d'im-

presa ovvero altre ragioni contingenti possano aumentare il rischio di disinvestimento da parte del titolare della partecipazione sociale, con conseguente diminuzione del capitale destinato a fini produttivi. Secondo tale lettura, verrebbero in rilievo nell'istituto anche finalità pubblicistiche legate all'obiettivo di evitare che gli strumenti di tutela dei legittimari e l'incidenza delle operazioni divisionali possano favorire forme di disinvestimento e di disgregazione del complesso produttivo (13). Altri autori hanno aggiunto che la premessa dalla quale muove la tesi secondo la quale il patto di famiglia può avere per oggetto solo partecipazioni rappresentative di un potere gestorio è smentita dal fatto che, in caso di solo parziale trasferimento di tali partecipazioni o di trasferimento ad una pluralità di soggetti, l'obiettivo della conservazione dell'unitarietà del controllo e dell'esclusione della frammentazione dell'azienda non sarebbero raggiunti (14).

In tale contesto, è intervenuto il sopra citato comma 78 dell'art. 1 l. 296/2006 che ha aggiunto all'art. 3 del d.lgs. 346/1990, un comma 4-ter così formulato: «I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli artt. 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a) (15), del testo unico delle imposte sui red-

Note:

(6) Si veda ancora Tassinari, *op. cit.*, 816; Di Bitonto, *op. cit.*, 806; De Nova, *op. cit.*, 3; Lupetti, *op. cit.*, 148.

(7) De Nova, *op. cit.*, 3.

(8) Petrelli, *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, in *Riv. not.*, 2006, 403; si veda anche Canessa, *Family governance. La continuità dell'impresa. Il passaggio generazionale*, Milano, 2006, 209.

(9) Per quale si veda Di Bitonto, *op. cit.*, 805.

(10) Anche se si osserva, in coerenza con la posizione sopra ricordata di Lombardi - Maisto, che la partecipazione trasferita potrebbe essere «marginale», ossia non di controllo, ma tale da far acquisire il controllo al beneficiario: una conferma della applicabilità della disciplina del patto di famiglia a tali ipotesi si ricava oggi dall'art. 1, comma 78, della l. 296/2006, che ha aggiunto un comma 4 ter all'art. 3 del d.lgs. 346/1990, sul quale si tornerà nel prosieguo della trattazione.

(11) Inzitari, *op. cit.*, 146; Tassinari, *op. cit.*, 814, il quale, per le ragioni che si esamineranno, estende l'ambito applicativo anche alle azioni cc. quotate.

(12) Caccavale, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *CCN Notizie*, 22 marzo 2006, 5; Tassinari, *op. cit.*, 815.

(13) Tassinari, *op. cit.*, 816, il quale proprio alla luce di tale ricostruzione della ratio dell'istituto ritiene che il patto di famiglia possa anche riguardare le azioni di società che abbiano fatto ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2325-bis c.c.), per le quali è opportuno che il disinvestimento sia giustificato da esigenze specifiche del titolare e non sostanzialmente imposto dalle vicende successorie.

(14) Inzitari, *op. cit.*, 149.

(15) Ossia le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato.

diti, di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata».

La disciplina fiscale, se, per un verso, può illuminare il significato civilistico di alcune previsioni (16), per altro aspetto, nella selezione dei limiti delle fattispecie incentivate, non può assumere il significato di determinare l'ambito applicativo della normativa in tema di patto di famiglia.

Ad es., non par dubbio che la validità del patto non è messa in discussione dalla successiva cessione dell'azienda da parte del beneficiario prima del decorso del quinquennio.

La norma, peraltro, riguarda i trasferimenti di partecipazioni realizzati "anche" attraverso i patti di famiglia, con la conseguenza che il suo ambito di applicazione, ossia l'identificazione delle operazioni sottratte all'imposizione, può, già sul piano logico, non coincidere con l'ambito di operatività del patto di famiglia.

In definitiva, non sembra che la previsione della legge finanziaria sopra riportata sia idonea, nonostante il suggestivo riferimento al trasferimento di partecipazioni di controllo o "marginali", a incidere sull'ambito oggettivo della disciplina civilistica.

Piuttosto, deve aggiungersi che, sebbene la norma fiscale si occupi solo di trasferimenti di partecipazioni societarie, da un punto di vista sistematico, la collocazione del patto di famiglia all'interno delle donazioni e, in generale dei trasferimenti a titolo gratuito (art. 2, comma 4 d.l. 262/2006, conv. con l. 286/2006), potrebbe forse consentire all'interprete di attrarre in questo ambito impositivo anche gli altri atti dispositivi che affiancano l'attribuzione dell'azienda (o di un suo ramo) o delle partecipazioni (17).

Uno dei problemi aperti dalla nuova disciplina è, infatti, rappresentato dall'individuazione dell'autore delle attribuzioni dirette a tacitare gli altri (potenziali) legittimari. Secondo una condivisibile opinione, non solamente il beneficiario del patto potrebbe provvedere in tal senso, ma lo stesso disponente (18). La normativa, in sostanza, configurerebbe due modelli alternativi di patto di famiglia, secondo che la tacitazione avvenga ad iniziativa del disponente o del beneficiario. Nel primo

caso, tutti i beni oggetto del patto saranno esclusi dall'azione di riduzione o dalla collazione e, in definitiva, le disposizioni in favore dei legittimari non attributari delle partecipazioni o dell'azienda, caratterizzate, a differenza di quest'ultima, da una funzione solutoria e non liberale, servirebbero ad attuare e rendere stabile il trasferimento, per così dire, d'impresa, in tal modo giustificandosi sul piano della legittimità costituzionale.

Note:

(16) Per esempio, laddove presuppone che attraverso il patto di famiglia possano essere trasferite azioni o che attraverso il patto possa essere integrato il controllo.

(17) Si tratta di un'ipotesi formulata nello studio n. 168-2006/T del Consiglio Nazionale del Notariato, in <http://www.notariato.it/>.

(18) Lupetti, *op. cit.*, 144 ss.