



# Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia<sup>(\*)</sup>

**Lucilla Gatt**

*Professore straordinario di Diritto privato e Diritto civile*

## SINTESI

### a) Il progetto di riforma della successione necessaria

L'attuale silenzio sul progetto di riforma della successione necessaria, presentato nel 2006, non deve portare a distogliere l'attenzione su un problema centrale dell'ordinamento privatistico italiano, coinvolgente aspetti patrimoniali e non patrimoniali della persona. E ciò, soprattutto, ove si tenga conto del fermento esistente oggi a livello europeo nell'ambito del diritto di famiglia.

### b) Nozione di persona/individuo

La ricerca della ragion d'essere dell'istituto della legitti-

ma conduce ad affermare, in conformità ad un complesso di dati normativi vigenti e viventi, una nozione di persona/individuo contestualizzata in relazioni familiari idonee a determinarne l'identità in senso non patrimoniale e patrimoniale.

### c) La rilevanza giuridica della relazione familiare

La rilevanza giuridica qualificante della relazione familiare determina, altresì, il superamento della visione che ne focalizza il fondamento giuridico nella solidarietà, incentrandolo piuttosto sulla responsabilità in ragione della natura giuridica obbligatoria.

## » SOMMARIO

1. Quali prospettive per la successione necessaria?
2. *Segue*: legislatore comunitario e legislatore nazionale: due diversi approcci alla materia successoria
3. Diritto della famiglia, diritto dei beni produttivi e diritto della successione necessaria: coordinamento inevitabile
4. Alla ricerca della *ratio* perduta
5. La responsabilità come tratto qualificante la relazione familiare e scelte conseguenti tra le diverse proposte di riforma della successione necessaria

### 1. Quali prospettive per la successione necessaria?

Il dibattito cui ha dato vita il disegno di legge n. 1043 del 2006 (ad oggi ancora dormiente!)(<sup>1</sup>) sull'a-

brogazione della successione necessaria si incentra su una molteplicità di idee e di proposte con intento revisionista.

(\*) Il testo riprende, con l'aggiunta di alcune note e in un tono discorsivo, la relazione svolta alla Tavola rotonda «Abolizione della successione necessaria. Crepuscolo della famiglia?» Milano - Università Bocconi, 7.5.2007.

(<sup>1</sup>) Più precisamente dalla scheda visualizzabile all'indirizzo <http://www.senato.it> del sito del Senato della Repubblica risulta che il disegno di legge n. 1043, comunicato alla Presidenza il 27.9.2006 dai senatori Saro, Antonione, Mauro, Massidda e San-

ciù, è stato assegnato alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 12.10.2006 ma ad oggi l'esame del testo risulta non ancora iniziato. Lo stato delle cose non deve però indurre a perdere di vista l'importanza della questione, soprattutto considerando recenti «colpi di coda» del Governo su materie altrettanto rilevanti. Appare dunque opportuno tornare, seppure brevemente, sul tema per essere pronti in caso di repentini risvegli d'attenzione!

Ammettendo, per ipotesi, che l'elaborazione del disegno di legge sia sintomo chiaro di un'insoddisfazione piuttosto acuta, pervadente la società italiana ed, in particolare, i rapporti familiari (o parte cospicua di essi) in sede successoria, si potrebbe proporre in via immediata di: a) mantenere le categorie dei legittimari così come indicate dalla legge, nel loro ordine gerarchico, riducendo – eventualmente – l'ammontare delle quote di riserva; b) mantenere le proporzioni tra le quote delle diverse categorie di legittimari, introducendo degli elementi nuovi ed oggettivi per determinare la quota di riserva al momento dell'apertura della successione.

In questa prospettiva andrebbe comunque affrontato il problema relativo all'opportunità dell'eliminazione degli ascendenti quale categoria di legittimari, eliminazione che è avvenuta in Francia con la loi 2006-728 del 23.6.2006 con cui è stato riformato in modo ampio ed incisivo il diritto delle successioni a causa di morte e delle donazioni.

Allo stesso modo bisognerebbe discutere sull'eliminazione della possibilità di fare opposizione all'atto di donazione, vale a dire abrogare la (relativamente recente) riforma dell'ultima parte dell'**art. 563 c.c.**, considerandola norma inadatta a tutelare gli interessi che si proponeva di tutelare<sup>(2)</sup>. Essa innesta, infatti, un meccanismo perverso, capace di rallen-

tare o comunque ammantare di notevoli rischi la circolazione dei beni immobili ottenuti a titolo donativo<sup>(3)</sup>; cosa questa che appare contraria ai principi generali di rango costituzionale sulla solidarietà non solo familiare ma anche sociale nonché sulla circolazione dei beni.

Un ulteriore percorso di revisione delle norme sulla successione necessaria potrebbe riguardare il carattere c.d. reale dell'azione di riduzione. Si potrebbe riflettere sull'eventualità di sostituire la realtà dell'azione con un obbligo di indennizzo a carico del beneficiario della liberalità (*inter vivos* ovvero *mortis causa*) a concorrenza della porzione eccedente (la disponibile) della liberalità medesima<sup>(4)</sup>.

Anche consentire la rinuncia anticipata all'**azione di riduzione**<sup>(5)</sup> ovvero calcolare la disponibile facendo riferimento solo ai riservatari accettanti può essere prospettata come linea di riforma della successione necessaria. Ne conseguirebbe che, se un riservatario rifiutasse, non potrebbe essere anoverato ai fini della determinazione della quota indisponibile a meno che non venga a verificarsi la rappresentazione<sup>(6)</sup>.

Da non trascurare sembra, poi, l'ipotesi di reinserire l'istituto della diseredazione per cause specificamente individuate anche se non tassativamente<sup>(7)</sup>. Il disegno di legge sull'abrogazione della successio-

<sup>(2)</sup> In occasione del convegno di Arce «Rivisitazione della donazione e profili di novità nella continuità», organizzato il 13.3.2009 dai distretti notarili riuniti di Cassino, Frosinone e Latina, il prof. C. Massimo Bianca, nella relazione svolta, ha molto acutamente osservato che il termine di venti anni dalla trascrizione della donazione previsto dal 1° co. dell'art. 563 c.c., anche ove fosse di decadenza e non di prescrizione, sarebbe comunque soggetto alla norma contenuta nell'art. 2935 c.c., che si applica anche ai termini di decadenza in quanto non espressamente esclusa dall'art. 2964 c.c. Secondo l'art. 2935 c.c. la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere e tale condizione è assente, ad esempio, là dove il soggetto legittimario non sia esistente al momento della trascrizione della donazione ovvero sia incapace di agire; si pensi al coniuge di seconde nozze o ai figli sopravvenuti. È evidente che in tal caso il legittimario, divenuto tale dopo la trascrizione della donazione, magari anche molto dopo, potrà calcolare il termine di decorrenza del ventennio in modo diverso e dunque allungare di molto il periodo entro il quale è possibile porre in essere un atto di opposizione stragiudiziale alla donazione con rilevanti conseguenze sul piano della circolazione dei beni immobili di provenienza donativa, che viene, naturalmente, ad essere ampiamente disincentivata.

<sup>(3)</sup> Cfr. sugli effetti della riforma del 2005 che ha appunto interessata gli artt. 561 e 563 c.c. DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, II, 63-65, là dove pone bene in risalto come dalla riforma suddetta, volta ad attenuare l'incidenza del giudicato di riduzione sugli acquisti dell'avente causa dal donatario con la limitazione a vent'anni dalla trascrizione della donazione del termine di proposizione dell'azione di riduzione, abbia, in realtà, ulteriormente rafforzato la posizione del legittimario, conferendogli non solo il diritto di opporsi alla donazione ma, altresì, quello di contrattare con il donante l'eventuale rinuncia a tale diritto e ciò senza alcuna considerazione al tempo della donazione (che al momento dell'apertura della successione potrebbe non risultare lesiva della legittima) nonché al fatto che la qualifica di legittimario possa andare persa durante la vita del donante (coniuge divorziato, figlio premorto ovvero disconosciuto e così via). Dal canto suo il legislatore francese ha cercato di realizzare l'obiettivo con l'art. 921, al. 2, code civil dove si legge che il termine di prescrizione dell'azione di riduzione è fissato in

cinque anni decorrenti dall'apertura della successione ovvero in due anni dal giorno in cui gli eredi hanno avuto conoscenza della lesione della loro legittima, senza giammai poter eccedere i dieci anni dalla morte del donante. Si vede come una norma di tal fatta garantisca alla preoccupazione degli aventi causa dal donatario un termine finale.

<sup>(4)</sup> In questa direzione sembra andare il nuovo testo dell'art. 924 e quello dell'art. 924-1 code civil. Solo in caso di inadempimento del beneficiario della liberalità lesiva si prevede la possibilità per il legittimario di aggredire il bene passato al terzo acquirente (art. 924-4 code civil).

<sup>(5)</sup> Come è accaduto con la novellazione dell'art. 929 code civil. Esso consente la rinuncia con il consenso del *de cuius* a favore di persone determinate e anche la revocabilità della stessa in casi espressamente stabiliti. Il problema che si profila e che è stato segnalato dalla dottrina francese: non essendo previsto un controllo sulla causa immorale della rinuncia sussiste la possibilità di avvantaggiare «la concubina»: questo il prezzo della libertà (così MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 2<sup>a</sup> ed., Paris Cedex, 2006, 316. L'Autore però elimina questo riferimento nella 3<sup>a</sup> ed. a pag. 329).

<sup>(6)</sup> Lo spunto è tratto sempre dalla recente riforma francese e in particolare dal nuovo testo dell'art. 913, al. 2, code civil in cui si esclude la possibilità di un accrescimento della quota rinunciata agli altri riservatari. In Italia la questione è stata affrontata dalla Cassazione a sezioni unite che con due pronunce ha sancito la irrilevanza della rinuncia rispetto al legittimario non rinunciante che dunque conserva il diritto ad alla quota come determinata al momento dell'apertura della successione: sul punto la corretta osservazione di DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, cit., 67, che vede in questa soluzione giurisprudenziale l'unico segnale di controtendenza rispetto alla «deriva verso un rafforzamento della posizione del legittimario» determinato dalle novelle del 2005, sull'opposizione all'atto di donazione, e del 2006, sul patto di famiglia, anche al di là degli obiettivi che queste due riforme intendevano realizzare.

<sup>(7)</sup> Cfr. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, 42, là dove propone di affiancare all'indegnità a succedere la diseredazione per giuste cause prefissate dal codice civile e ciò perché, essendo la *ratio* dell'istituto della

ne necessaria andrebbe, poi, senza dubbio, coordinato con il disegno di legge n. 1339 (anch'esso allo stato dormiente)<sup>(8)</sup> sui Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi (DiCO) nel quale si rileva una pernicioso confusione tra successione necessaria e successione legittima, pur nel quadro complessivo di una conferma della necessità di prevedere una quota di riserva in favore di alcuni soggetti: i legittimari.

## 2. Segue: legislatore comunitario e legislatore nazionale: due diversi approcci alla materia successoria

In questa selva di proposte, tutte più meno condizionali e tutte ispirate da meritevoli intenti di considerazione della diversa configurazione assunta oggi, diffusamente, dai gruppi familiari (v. *infra* n. 4), un primo punto da fissare è di carattere, banalmente comparatistico: le legislazioni degli altri Stati

europei, seppure in vario modo e in diversa misura, prendono sempre in considerazione la posizione di privilegio che deriva dal vincolo di sangue, di **parentela** e di coniugio tra i soggetti coinvolti in un rapporto successorio a causa di morte<sup>(9)</sup> e ciò risulta chiaramente anche dalla lettura di documenti elaborati, con intenti uniformanti delle legislazioni degli Stati europei, in sede comunitaria<sup>(10)</sup> in cui, chiaramente, si giunge a qualificare le regole sulla legittima come norme di ordine pubblico<sup>(11)</sup>.

Non sono dunque da considerare, se non con una certa distanza, i riferimenti comparatistici contenuti nel disegno di legge n. 1043 perché appaiono, senza dubbio, strumentali ad una certa visione dell'istituto della successione necessaria<sup>(12)</sup>.

Vale, inoltre, la pena rilevare che il progetto di uniformazione del diritto privato a livello europeo<sup>(13)</sup> non ha toccato finora in modo consistente il diritto delle successioni a causa di morte, la-

successione necessaria la solidarietà familiare, la tutela che esso offre al legittimario deve venir meno quando il comportamento di questi è contrario alla suddetta solidarietà. Così anche BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 588.

<sup>(8)</sup> Visitando la scheda relativa al d.d.l. n. 1339 sul sito internet del Senato della Repubblica (<http://www.senato.it/leg15/BGT/Schede/Ddliter/27699.htm>) si può constatare come l'esame di tale disegno di legge, di iniziativa governativa (Ministro senza portafoglio per i diritti e le pari opportunità Barbara Pollastrini, Ministro senza portafoglio per le politiche per la famiglia Rosy Bindi - Governo Prodi-II) e presentato in data 20.2.2007, sia stato anch'esso attribuito alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 21.2.2007. Dopo l'acquisizione dei pareri delle Commissioni 1ª (Aff. cost.), 3ª (Aff. esteri), 5ª (Bilancio), 7ª (Pubb. istruz.), 8ª (Lavori pubbl.), 11ª (Lavoro), 12ª (Sanità), 13ª (Ambiente), 14ª (Unione europea), Questioni regionali, esso risulta dal 4.12.2007 in corso di esame nella Commissione di assegnazione ma, di fatto, è stato messo su un binario morto, lo stesso, forse, su cui sembra essere confluito il ddl sulla successione necessaria. Cfr. G. GRASSO, *Tiziano o Duchamp: sul disegno di legge in tema di «diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi»*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 723 ss.

<sup>(9)</sup> In particolare il riferimento è a Francia, Spagna, Germania, Svizzera, Austria vale a dire Paesi di tradizione continentale. Cfr. anche i codici dell'America Latina (Colombia, Brasile, Perù) e il codice civile svedese. Cfr. per tutti l'analisi breve ma dettagliata di COMPORI, *op. cit.*, 30-41.

<sup>(10)</sup> Nel *Libro Verde delle Successioni e dei Testamenti* COM (2005) 65 definitivo, elaborato dalla Commissione Europea il 1.3.2005 (su cui *infra* nt. 14) al Punto 2.5 rubricato, Legittima si legge che: «i sistemi giuridici di tutti gli Stati membri prevedono la tutela dei parenti prossimi di un defunto che avrebbe voluto diseredarli. Spesso questa protezione ha la forma di una riserva ereditaria ma questo meccanismo non è riconosciuto in modo unanime nei paesi dell'Unione europea». E la conseguente Domanda 10 risulta così formulata: «Qualora la norma applicabile in caso di conflitto di norme non riconosca l'istituto della legittima o ne definisca la portata in modo diverso, è necessario preservare l'applicazione della legittima? In caso affermativo, in che modo?». Da tenere presente anche le Domande 31 e 32 che affrontano il problema del rapporto tra trust e quota di legittima. Alle domande poste dal *Libro Verde* il Document de travail des services de la Commission SEC (2005) 270 del 1.3.2005, annesso al suddetto *Libro verde*, risponde rilevando che: «le droit de l'ensemble des Etats membres prévoit en effet des moyens de protection des proches du défunt qui aurait souhaité les déshériter. Mais cette protection peut être apportée comme dans les droits continentaux par le biais de la réserve successorale, qui limite la liberté de disposer, ou comme au Royaume-Uni et en Irlande, par la faculté offerte au juge d'accorder une part du patrimoine successoral à l'épouse survivan-

te, aux enfants et à certains proches du défunt». Una delle principali preoccupazioni che emergono dal *Document de travail* annesso al *Libro Verde* è, infatti, quella di evitare che i criteri di determinazione della legge applicabile alla successione a causa di morte possano tradursi in un'elusione delle regole sulle *réserves successorales* [da notare il plurale n.d.r.]. La proposta espressa a pag. 21 del *Document de travail* contempla la previsione di disposizioni che mantengano l'applicazione delle norme sulla riserva anche se diverse da quelle della legge principale che regola la successione e ciò in conformità a quanto disposto anche dalla Convenzione de L'Aja 1.8.1989 (v. anche *infra* nt. 14).

<sup>(11)</sup> Così fa la Commissione giuridica del Parlamento Europeo nel *Progetto di Relazione sulle successioni e testamenti* 2005/2148(INI) Provvisorio del 6.4.2006 dove al Considerando I si legge che «[...] in materia di successioni testamentarie non si può prescindere dall'osservanza di alcuni principi fondamentali di *ordine pubblico* [corsivo nostro], come quello della previsione di una quota di beni ereditari da destinare necessariamente ai più stretti congiunti e della quale il testatore può pertanto disporre solo entro questi limiti (c.d. legittima)». Cfr. anche *infra* nt. 14.

<sup>(12)</sup> Un'analoga considerazione potrebbe legittimamente svolgersi con riguardo ai riferimenti storici contenuti nella relazione al disegno di legge dove si legge che la configurazione attuale dell'istituto della successione necessaria è da imputarsi ad una sorta di «trasposizione e insieme deformazione operate dalla dottrina pandettistica tedesca del concetto romano di *heres necessarius*». Sulla bontà di tale affermazione è lecito dubitare ove si legga C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni, Diritto civile* II, 4ª ed., Milano, 2005, 667. In ogni caso anche con riferimento alle origini storiche dell'istituto è innegabilmente rilevabile nella Relazione un malcelato tentativo di strumentalizzazione di determinati assunti.

<sup>(13)</sup> Si allude in maniera complessiva al movimento di armonizzazione e uniformazione delle norme di diritto privato a livello europeo. Tale movimento ha varie articolazioni che in sede comunitaria hanno assunto, fino ad oggi, la forma prevalente dell'intervento legislativo mediante direttiva, sebbene negli ultimi tempi si proponga l'adozione o, in alcuni casi, si adotti direttamente un testo regolamentare con valenza uniformante immediata (cfr. le osservazioni critiche di T. WILHELMSSON, *Armonizzazione completa dei contratti del consumatore?*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 605 e di J. W. RUTGERS e R. SEFTON-GREEN, *La revisione dell'«acquis» comunitario dei consumatori*, *ibidem*, 613); in sede accademica si è concretizzato nella costituzione di gruppi di studio che hanno realizzato e stanno realizzando prodotti importanti in cui, tuttavia, è assente la materia successoria (cfr. l'ultima e recentissima edizione del Draft of Common Frame of Reference sui cui lavorano lo Study Group e l'Acquis Group - [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net) - nonché i due volumi dell'Avant-projet del Code Européen des Contrats dell'Accademia dei Giuristi Europei - [www.accademiagiuristi.eu](http://www.accademiagiuristi.eu)).

sciando intatte le legislazioni dei singoli Stati membri e ciò nonostante si faccia sempre più strada la consapevolezza dell'importanza di un'uniformazione disciplinare anche in questa area del diritto privato<sup>(14)</sup> così come in quella che regola i rapporti familiari complessivamente considerati, ambito nel quale, invece, sono da segnalare passi notevoli verso discipline a carattere uniformante<sup>(15)</sup>.

Entro i confini europei l'attenzione alle tematiche familiari è molto alta, come attestano la molteplicità e l'alto valore programmatico dei documenti che le contemplano. Si allude in particolare alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che proclama il diritto al rispetto della vita *privata e familiare* (art. 8) nonché il diritto al matrimonio finalizzato alla costituzione di una famiglia (art. 12), ripercorrendo la via tracciata dall'art. 16, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. Analoghi diritti sono contemplati negli artt. 7 e 9, Carta dei

diritti fondamentali dell'Unione Europea, altrimenti detta Carta di Nizza<sup>(16)</sup>, che garantisce, altresì, la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale con particolare riguardo ai problemi di conciliazione tra vita familiare e vita professionale (art. 33). Da tenere presente anche il (futuro) testo della c.d. Costituzione Europea<sup>(17)</sup>, con particolare riguardo agli artt. II-67, II-69, II-93, incentrati sul valore della famiglia e dei rapporti parentali.

Conta sottolineare che in tutti i documenti menzionati non viene proclamato come diritto fondamentale la libertà di testare mentre, appunto, si sottolinea l'importanza del legame familiare come strumento di realizzazione della persona.

Gli enunciati in materia familiare rinvenibili nelle carte dei diritti si affiancano a riforme dei diritti nazionali che, a ben vedere, potrebbero apparire, almeno in parte, lontane dai principi che ispirano gli enunciati suddetti.

Mediante la già menzionata riforma del diritto suc-

In Europa l'attenzione alle tematiche familiari è molto alta, come attestato dalla molteplicità e dall'alto valore programmatico dei documenti che le contemplano

<sup>(14)</sup> Un ampio movimento con tendenze uniformanti in materia successoria si rileva, infatti, sul fronte delle regole di diritto internazionale privato: cfr. il *Libro verde* della Commissione sulle successioni e i testamenti COM (2005) 65 definitivo del 1.3.2005, e la proposta di Regolamento elaborata dal Consiglio Nazionale del Notariato in risposta alla consultazione lanciata dalla Commissione con il Libro verde (per il testo della proposta del CNN si veda l'indirizzo <http://www.notariato.it>). Tale proposta è stata sostenuta e ampiamente utilizzata dalla Commissione Giuridica del Parlamento Europeo la quale nel già citato *Progetto di Relazione 2005/2148(INI) Provvisorio del 6.4.2006*, aveva chiesto alla Commissione Europea di elaborare e sottoporre all'approvazione del Parlamento, entro il 2007, un Regolamento, contenente norme uniformi di diritto internazionale privato relative alle successioni *ab intestato* e ai testamenti. Tale termine non è stato rispettato e allo stato il progetto di Regolamento non risulta ultimato: ciò a conferma – ci pare – della complessità della materia da trattare. Nelle «Raccomandazioni particolareggiate in ordine al contenuto della proposta richiesta» il Parlamento riprende quasi integralmente il progetto preliminare di Regolamento elaborato dal notariato italiano e composto da 99 artt. e 6 allegati. Ricostruisce le linee principali dei movimenti di uniformazione della disciplina internazionale privatistica in materia successoria TROMBETTA - PANIGADI, *Verso una disciplina comunitaria delle successioni per causa di morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 10 ss., la quale non manca di sottolineare, già dal titolo del suo contributo, l'aspirazione, percepibile in sede europea, ad affiancare all'uniformazione del diritto internazionale privato quella delle norme sostanziali. Impresa questa che presenta, però, un grado ancora maggiore di complessità oltre ad ostacoli di tipo formale (cfr., infatti, *il Considerando G* della sopra citata Proposta di Risoluzione: «l'armonizzazione del diritto sostanziale [corsivo nostro] delle successioni a causa di morte e dei testamenti degli Stati membri esula dalle competenze della Comunità europea, mentre vi rientra, in forza dell'art. 65, lett. b), del Trattato CE, l'adozione di misure volte alla promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale»). L'Autrice segnala, inoltre, un dato che fa riflettere ma che appare sempre coerente con quanto sopra detto sulla difficoltà di uniformare sul piano disciplinare la materia successoria, e cioè che la Convenzione de L'Aja del 1.8.1989 è allo stato lettera morta, pur rappresentando il più importante documento di codificazione su scala multilaterale del diritto internazionale privato delle successioni. Su una linea parallela, volta a prevenire i conflitti di legge, si pone lo strumento del testamento internazionale. Si allude alla l. 29.11.1990, n. 387 di adesione della Repubblica italiana alla Convenzione che istituisce una legge uniforme sulla forma del testamento internazionale, con annesso, adottata a Washington il 26 ottobre 1973, e sua esecuzione. Nel testo della Convenzione si legge che gli Stati firmatari della Convenzione medesima sono mossi dal desiderio di assicurare in mi-

sura maggiore l'osservanza degli atti di ultima volontà grazie all'istituzione di una forma supplementare di testamento – il «testamento internazionale» appunto – l'uso del quale diminuirebbe la necessità di individuare la legge applicabile.

<sup>(15)</sup> Si vedano a tale proposito le osservazioni di PATTI, *Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa: il diritto della famiglia*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa* a cura di Patti e Cubeddu, Milano, 2008, 1-9. L'Autore segnala il ritardo degli studi comparatistici nell'elaborazione di un linguaggio giuridico comune europeo in materia di diritto di famiglia. I tentativi di occuparsi di diritto di famiglia in una prospettiva (seppure lontana) di uniformazione non hanno portato fino ad oggi all'elaborazione di testi paragonabili al Draft of Common Frame of Reference e al Code européen des contrats. In ogni caso l'Autore segnala a ragion veduta i seminari biennali di Regensburg, organizzati dai proff. D. Henrich e D. Schwab, nonché i lavori della *Commission on European Family Law* (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>), con sede ad Utrecht, e di cui lo stesso prof. S. Patti è membro in rappresentanza dell'Italia. La Commission ha lavorato in tre lingue: inglese, francese e tedesco, contribuendo notevolmente all'elaborazione di un linguaggio comune europeo in ambito giusfamiliaristico; ha pubblicato, altresì, molti testi interessanti rinvenibili agli indirizzi: <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/> e <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>. Sul medesimo sito della Commission on European Family Law è rinvenibile un link sulla vigente legislazione comunitaria in materia di diritto di famiglia: <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/> che ci appare utile per un rapido riepilogo e dalla quale risalta *ictu oculi* lo sforzo notevole compiuto nella direzione dell'uniformazione sul piano della circolazione delle decisioni giudiziarie in materia familiare e sul piano del diritto internazionale privato e processuale: cfr. CUBEDDU, *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa* a cura di Patti e Cubeddu, Milano, 2008, 11-21); QUEIROLO e SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2008. Sul tema già ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, 439; si sono interessati alla legislazione comunitaria in materia di diritto di famiglia anche giudici costituzionali come A. FINOCCHIARO, *Dal Regolamento n. 1347/2000 (Bruxelles II) al Progetto di Regolamento 2201/2003 (Bruxelles II bis)*, in *AIFA*, 2004, 26 ss.

<sup>(16)</sup> GUCE 18.12.2000, n. C364. Per una riflessione recente sul testo v. il contributo della CATANOSI, *In attesa di Lisbona: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al vaglio della teoria costituzionalista*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 714, che vede nella Carta dei diritti un passo verso la realizzazione di quel passaggio da un'Europa dei mercanti ad un'Europa politica che muti i presupposti legittimanti dell'ordinamento europeo.

<sup>(17)</sup> GUCE 16.12.2004, n. C310.

cessorio, realizzata con la loi n. 2006-728 del 23.6.2006, il legislatore francese modifica nuovamente l'istituto della réserve successorale. Nel 2001 ha introdotto il coniuge tra i legittimari; nel 2006 l'ascendente scompare dalla rosa dei legittimari; la riserva non è più dovuta «in natura», e l'azione per ottenerla non è più un'azione «reale»; la riserva ha perso i connotati di istituto di ordine pubblico; la disponibile non è più invariabile. Con la novellazione dell'art. 912 code civil, la riserva, pur essendo definita come «part des biens et droits successoraux», vale a dire come *pars hereditatis*, non è una parte dei beni dell'eredità in quanto avendo perso il suo carattere reale si configura piuttosto come un credito verso la successione (*reduction en valeur*)<sup>(18)</sup>.

Si tratta di una riforma che, indubbiamente, ridimensiona il ruolo del legittimario e l'istituto della riserva, ridimensionando, di conseguenza, anche una determinata concezione di famiglia, di rapporti familiari, nonché di patrimonio familiare e ciò per rispondere – si suppone – ad esigenze sopravvenute della società civile, per colmare, cioè, al gap tra diritto vigente e diritto effettivo.

Viene da chiedersi dunque quale sia o possa o debba essere il ruolo del legislatore: deve inseguire gli eventi, i mutamenti, i cambiamenti ovvero guidarli, indicarli, proporli? Se cambiano le forme di aggregazione della persona, non necessariamente devono cambiare i valori che le norme possono conservare e porre ad obiettivo da realizzare<sup>(19)</sup>.

Se questo è vero, è, altresì, opportuno negare l'«ansia della giustificazione» dell'interprete nei confronti del legislatore nazionale: bisogna, cioè, evitare di sentirsi tenuti a giustificare una norma vigen-

te<sup>(20)</sup>. Al fine di scegliere tra diversi approcci e differenti soluzioni al problema dell'eventuale riforma della successione necessaria l'«ansia giustificatrice» andrebbe negata per evitare che eserciti un condizionamento eccessivo nell'analisi interpretativa; andrebbe, piuttosto, assunta una consapevolezza da parte dell'interprete, e in particolare dell'interprete accademico, di essere appunto tale e dunque di poter eventualmente proporre interpretazioni abroganti in un'ottica di reale dialettica con il legislatore<sup>(21)</sup> ovvero di dover ricercare, con categorie e concetti della scienza giuridica, la ragion d'essere di un istituto considerato nella sua dimensione reale in un certo momento storico<sup>(22)</sup>.

### 3. Diritto della famiglia, diritto dei beni produttivi e diritto della successione necessaria: coordinamento inevitabile

Nel tentativo di valutare la divisibilità o meno del disegno di legge n. 1043, vale a dire nel tentativo di valutare in astratto la questione della proposta di riforma della successione necessaria nell'ordinamento italiano non si può prescindere dal porsi almeno una domanda: si tratta di una mera questione politica<sup>(23)</sup> ovvero tecnica? Del pari è necessario fare almeno una chiara ammissione: si tratta di una questione risolvibile in diversi modi sul piano della regolazione<sup>(24)</sup> ma in un modo ovvero in un altro opposto sul piano della previsione (dell'istituto della riserva).

Al fine di rispondere alle domande formulate si potrebbe partire indagando quali siano le ragioni del disegno di legge n. 1043 e quali siano i reali interessi ad esso sottostanti. La Relazione al disegno di legge fa riferimento alle famiglie allargate ma que-

<sup>(18)</sup> Sul punto cfr. le analisi di AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. notariato*, 2007, I, 807-806, 808-810 e DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. notariato*, 2007, I, 824. Entrambi i testi degli autori sono la rielaborazione delle considerazioni espresse nella Tavola rotonda menzionata *supra* nella nota asterisco.

<sup>(19)</sup> La dialettica tra diritto positivo ed effettività è il nucleo che ci appare più fecondo per valutare, in linea generale, l'opportunità di procedere a revisioni normative piuttosto che a interpretazioni evolutive delle norme vigenti. Sulla complessa tematica ricca di spunti è apparsa la lezione magistrale del Prof. Alfonso Catania svolta il 24.3.2009 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, ciclo *Lezioni magistrali - L'effettività*, a.a. 2008-2009, e il cui testo è in corso di pubblicazione nella collana curata da De Sanctis e Fichera per i tipi dell'Editoriale Scientifica.

<sup>(20)</sup> Cfr. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, 19.

<sup>(21)</sup> Cfr. sul punto della dialettica tra legislatore e formanti del diritto DONATI, *Il bicentenario del code civil: tramonto o trasvalutazione?*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 353 s., là dove coglie la scienza giuridica contemporanea di fronte ad un bivio chiaro: essa è chiamata a schierarsi in difesa delle ragioni dell'oligarchia economica ovvero ad assumere come proprio il compito della conservazione e della ulteriore propagazione della cultura del *droit subjectif*, inteso come «droit inhérent à l'homme» (inherent Right).

<sup>(22)</sup> Interessanti a questo proposito gli spunti introduttivi di MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 549,

nel saggio volto ad onorare l'opera scientifica di G.B. Ferri. Scrive l'Autore, riferendosi a quanto sostenuto da G.B. Ferri, che la «consapevolezza delle *rationes* nel sistema consente di cogliere il senso entro il quale si evolve il mondo reale per acquisire rilevanza giuridica. A connotare l'attività interpretativa ci deve essere un inquadramento delle categorie giuridiche entro l'ambito loro proprio, pena un linguaggio normativo fortemente semplificato, proprio dello scientismo tecnocratico».

<sup>(23)</sup> È convinto che si tratti di una mera questione politica BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, cit., 588, là dove pone in risalto come non vi sia alcun contrasto fra la previsione della riserva in favore dei legittimari e la Costituzione, in particolare, l'art. 42, ult. co.: «È sin ovvio rilevare che la riforma della successione necessaria non è tanto un problema di tipo tecnico quanto ideologico, culturale e politico». Cfr. anche AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., 804, che vede nelle norme sulla successione necessaria e sul loro carattere cogente uno strumento effettivo con cui perseguire scelte di politica del diritto in campo successorio.

<sup>(24)</sup> A tale proposito molto ben articolati appaiono i contributi di AMADIO e DELLE MONACHE citati nella precedente nt. 18. Essi condividono l'esigenza di riforma della successione necessaria contemplata nel codice civile italiano così come condividono la scelta relativa alla conservazione dell'istituto sebbene, in quest'ultimo caso, per ragioni diverse. Ciò non appare irrilevante al fine di comporre le linee guida di un'eventuale riforma della successione necessaria e di operare delle scelte tra le varie soluzioni possibili, tutte – apparentemente – ragionevoli: sul punto *infra* nel testo.

sto potrebbe nascondere tendenze a realizzare una sorta di «diritto di corporazione», che favorisce, ad esempio, vantaggi in sede successoria per le compagne conviventi ovvero per il nuovo coniuge a discapito dei figli o dell'ex coniuge<sup>(25)</sup>. Sempre nella Relazione si fa riferimento alla circolazione dei patrimoni familiari cospicui, in particolare alla circolazione dei beni aziendali. A tal proposito, varrebbe, forse, la pena chiedersi se la circolazione privilegiata del bene aziendale sia o non sia di interesse pubblico.

Il legislatore italiano ha mostrato in tempi relativamente recenti di nutrire particolare attenzione per i beni produttivi e per il loro passaggio intergenerazionale. Nel patto di famiglia, però, si pone forte il problema dei legittimari sopravvenuti e della possibilità per costoro di ottenere la stessa quota già avuta dagli altri legittimari, presenti al momento della stipulazione del patto, con – addirittura! – l'aggiunta degli interessi. Ciò significa riconoscere legalmente ai legittimari sopravvenuti un'aspettativa *ante mortem* su tutto il patrimonio o, meglio, su tutta la vita del *de cuius*, cosa che appare effettivamente discutibile<sup>(26)</sup>.

Più ragionevole sarebbe, forse, escludere la possibilità per i legittimari sopravvenuti di «attaccare» il **patto di famiglia**, limitando l'estensione della loro pretesa ai beni presenti nel patrimonio del *de cuius* a partire dal momento di acquisizione da parte loro della posizione di legittimari (e ciò senza distinguere tra coniuge e figli). Ciò equivarrebbe a circoscrivere l'aspettativa dei legittimari sopravvenuti ed il loro potere di incisione sull'autonomia privata del *de cuius*. Se così fosse, cadrebbe una ragione a sostegno dell'abrogazione dell'istituto della successione necessaria perché il patto di famiglia non ne risentirebbe in maniera, per così dire, eccessiva. Non sembra, infatti, erroneo evincere dalla proposta stessa contenuta nel disegno di legge che il patto di famiglia non abbia riscosso molto successo nel mondo imprenditoriale. Probabilmente anche nel mondo giuridico il successo non è stato rimar-

chevole se alcuni ne considerano sostanzialmente impossibile l'adeguamento sistematico<sup>(27)</sup>.

L'insuccesso complessivo del patto di famiglia potrebbe aver indotto a proporre l'abrogazione della successione necessaria in quanto da essa discende, di conseguenza, quella del patto di famiglia nella sua interezza (art. 1, 2° co., d.d.l. n. 1043)<sup>(28)</sup>. Eppure sono senz'altro da tenere presente soluzioni alternative che consentirebbero la convivenza di successione necessaria (riformata) e patto di famiglia (riformato): si pensi alla cessione di azienda con rinuncia anticipata all'azione di riduzione per i legittimari in vita o conosciuti al momento della cessione. O ancora: all'esclusione della legittimazione attiva all'azione di annullamento dell'atto di cessione per i legittimari sopravvenuti all'atto stesso dato che appare ragionevole considerare esclusa l'aspettativa dei legittimari rispetto a parti del patrimonio di cui si è disposto prima che essi stessi legittimari venissero ad esistenza (in quanto tali) ovvero si avesse conoscenza della loro esistenza<sup>(29)</sup>. Sempre con riguardo alla successione nei beni produttivi spazio più ampio potrebbe avere il mandato *post mortem* conferito dal titolare del bene in favore di un terzo (familiare o, meglio, non familiare) affinché provveda, dopo la morte del mandante, alla successione futura dei suoi beni e alla loro gestione per qualche tempo successivo alla morte<sup>(30)</sup>.

È, poi, da segnalare un ulteriore importante problema che il disegno di legge n. 1043 non affronta (anzi – si potrebbe dire che – lo aggrava) e che, in generale, pur essendo esplicitamente menzionato, è comunque lasciato in ombra anche nei contributi di chi, in ambito accademico, ha proposto linee guida per la riforma della successione necessaria. Si tratta del rapporto fra regime successorio e regime patrimoniale della famiglia con particolare riguardo alla posizione del coniuge. La stretta connessione tra regime patrimoniale della famiglia e diritti successori del coniuge superstite rappresenta un nodo chiave da sciogliere ove si intenda attuare la disciplina della successione necessaria. L'assenza di un coordinamento tra queste due sfere

Il legislatore italiano ha mostrato in tempi relativamente recenti di nutrire particolare attenzione per i beni produttivi e per il loro passaggio intergenerazionale

<sup>(25)</sup> Il disegno di legge n. 1043 appare senz'altro molto squilibrato (inducendo a maligni pensieri!) là dove rafforza o comunque mantiene la posizione del coniuge legittimario, penalizzando quella dei figli. Dello stesso avviso anche Bonilini, Amadio e Delle Monache nelle opere citate alle note precedenti.

<sup>(26)</sup> Non manca di rilevare i punti critici della novella sul patto di famiglia in un'ottica che ci appare da condividere pienamente DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela dei legittimari*, cit., 65 s.

<sup>(27)</sup> La vasta bibliografia sul patto di famiglia comprova la difficoltà di inquadramento dell'istituto cui fa da pendant la difficoltà di impiego del medesimo che, infatti, risulta allo stato, decisamente, poco utilizzato.

<sup>(28)</sup> Che questa linea di interpretazione non sia del tutto peregrina è confermato dal fatto che sempre in Francia la riforma delle successioni, più volte menzionata, ha guardato con speciale attenzione ai beni produttivi, introducendo l'art. 1075-2 e in generale l'istituto della donation-partage transgénérationnelle (artt. 1078-4 - 1078-10 code civil). Va tenuto presente anche il

nuovo testo dell'art. 929 code civil, sulla rinuncia anticipata all'azione di riduzione con riguardo al legato d'azienda. La norma infatti prevede la possibilità di rinunciare alla riduzione di una liberalità relativa ad un bene determinato. In altre parole successione necessaria e passaggio intergenerazionale dei beni produttivi rappresentano due importanti componenti di un medesimo tracciato problematico.

<sup>(29)</sup> È, opportuno, tenere conto dei procedimenti in sospenso sullo stato di figlio legittimo o naturale. Sensibile al dato temporale ma con esclusivo riguardo al coniuge è DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 822-823, 825, che propone di escludere la legittimazione del coniuge a far valere proprie pretese su liberalità poste in essere dall'ereditando prima del matrimonio. Riguardo ai figli l'Autore non distingue fra un prima o un dopo, ma fra figli minorenni o bisognosi e figli maggiorenni adulti (cioè economicamente indipendenti). Sulla validità e/o utilità di tali distinzioni si veda *infra* nel testo.

<sup>(30)</sup> Cfr. in tal senso MALAURIE, *Le successions. Les libéralités*, 3<sup>a</sup> ed., Paris Cedex, 2008, 2.

dell'ordinamento privatistico genera un aumento del contenzioso che, tuttavia, è prodotto, in egual misura, dalla mancata previsione della quota di legittima<sup>(31)</sup> (v. *infra* n. 4).

#### 4. Alla ricerca della *ratio perdata*

È stato affermato che «la ricerca del fondamento razionale della legittima conduce a risultati deludenti». Al contempo, però, si è rilevato che «l'argomento, invero, appare trascurato dalla gran parte della nostra dottrina specialistica»<sup>(32)</sup>. Aggiungiamo che più che trascurato esso appare non lucidamente impostato perché, per lo più, ancorato a formule tratlative ovvero evitato perché considerato – come già detto – di carattere politico e non tecnico-giuridico.

Si sostiene, con una certa frequenza, che il sistema successorio italiano e in particolare l'istituto della legittima sia fondato sul valore della solidarietà familiare, considerata in tutti i suoi possibili aspetti. Tale solidarietà giustificerebbe la scelta della devoluzione successoria dei beni soprattutto a favore dei discendenti di sangue: i figli<sup>(33)</sup>.

Questa impostazione si presta ad una serie di critiche, una delle quali ci appare particolarmente incisiva. Deve rilevarsi, infatti, l'attuale crisi della relazione parentale basata sul vincolo di sangue e, in ogni caso, non comprensiva del vincolo di coniugio che, al contrario, ha in ambito successorio – con riguardo alle norme italiane (e non solo)<sup>(34)</sup> vigenti – una posizione decisamente significativa.

Il vincolo di sangue pone oggi un problema di reinquadramento e di rilevanza giuridica sul piano personale (e dunque patrimoniale)<sup>(35)</sup>.

Il vincolo di sangue pone oggi un problema di reinquadramento e di rilevanza giuridica sul piano personale e dunque patrimoniale

Le moderne tecnologie procreative, offrendo ampi spazi all'accordo dei soggetti coinvolti nel procedimento di procreazione di un altro essere umano, hanno dimostrato di poter, almeno in parte, realizzare quella che è stata definita una «visione utopica»<sup>(36)</sup> e di poter consolidare nuovi modelli familiari forgiati sull'autodeterminazione, in quanto nel contratto essi individuano lo strumento di riferimento per la costruzione del legame genitoriale. «L'incontro di procreazione e mercato ha prodotto un effetto redistributivo del potere procreativo, inaugurando la prospettiva di un sistema in grado di recidere definitivamente il cordone che unisce indissolubilmente la procreazione al vincolo di sangue»<sup>(37)</sup>.

Si assiste ad una recisione del legame tra procreazione e vincolo di sangue attraverso l'affermarsi del contratto quale strumento di costituzione del rapporto genitoriale tra soggetti determinati. Il legame genitoriale nasce indipendentemente dalla procreazione, vale a dire: indipendentemente dal vincolo di sangue. Così ragionando, si è indotti a supporre che un sistema costruito sulla volontà con riguardo al rapporto genitoriale possa consolidare l'effettiva uguaglianza dei sessi, superando quelle disparità di trattamento che trovano la loro giustificazione in un'ottica di genere. La volontà procreativa diventa quindi un mezzo per equiparare le coppie dello stesso sesso a quelle di sesso diverso<sup>(38)</sup>. Lasciando da parte la valutazione di tali conclusioni, non c'è dubbio che esse, siano o meno condivise, portino – comunque – ad accantonare l'idea di una successione necessaria fondata sul vincolo di sangue la cui importanza e rilevanza giuridica come presupposto e fondamento del rapporto geni-

<sup>(31)</sup> Pone bene in risalto le tendenze negative sul contenzioso legate al mancato coordinamento tra diritto patrimoniale della famiglia e diritto delle successioni a causa di morte nonché dalla mancata previsione delle quote di legittima ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2002, in particolare i capp. IV e V. Nel cap. IV dedicato alla successione necessaria l'Autore pone in luce come negli USA la filosofia di un sistema che tutela il coniuge ma esclude dalla successione i discendenti deve ravvisarsi nel fatto che «alla successione necessaria si guarda essenzialmente come ad un surrogato funzionale della comunione dei beni e, dunque, come ad uno strumento per compensare l'apporto del coniuge al benessere familiare» (83 ma vedi tutto par. 5 del cap. IV comprese le note). L'Autore fa notare, altresì, come gli ordinamenti scelgano di risolvere in maniera diversa le questioni successorie create: dall'affermarsi della famiglia di fatto, delle famiglie c.d. ricomposte, dall'età sempre più avanzata degli ascendenti e così via dicendo.

<sup>(32)</sup> Così DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 815.

<sup>(33)</sup> Molto chiaramente in tal senso COMPORTI, *op. cit.*, 29-30, 34, là dove ricorda il principio consuetudinario franco-germanico secondo cui «les biens découlent comme le sang», affermando, altresì, che tutti gli ordinamenti di civil law, pur nella diversità delle soluzioni adottate con riguardo alla quota riservata agli stretti congiunti, sono fedeli all'idea centrale della solidarietà familiare, in tutte le sue sfumature, quale fondamento della successione necessaria. Cfr. anche *infra* nel testo e nelle note.

<sup>(34)</sup> Qui si rinvia sempre, principalmente, all'analisi di ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., cap. IV.

<sup>(35)</sup> Si veda la recensione di FERRARA al testo di IACUB, *L'Empire du ventre*, Paris, 2004, tradotto per tipi di Ombre corte, Verona, 2005 con il titolo *L'impero del ventre. Per un'altra storia della maternità*. La recensione della Ferrara reca il titolo significativo di *Volontà, libertà, biologia nella costruzione giuridica della maternità*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2006, 669-680 e ripercorre, sottolineandone i tratti salienti, l'iter della Iacub la quale analizza storicamente le trasformazioni subite in Francia dalla maternità, giungendo così a delineare la possibilità di costruire legami familiari su regole che pongono gli individui (eterosessuali e omosessuali), soprattutto con riguardo alla procreazione, su un piano di effettiva uguaglianza. Secondo la Iacub il 1972 è un anno in cui in Francia si compie una sorta di rivoluzione familiare che consacra l'impero del ventre. Scopo della ricostruzione narrativa della Iacub è – quello di poter credere in un modello familiare che trovi nella *volontà* dei componenti la sua *fonte costitutiva* [corsivo nostro].

<sup>(36)</sup> Il riferimento è sempre alla IACUB, *Maternità biologica, maternità sociale: le molte verità del Code Napoléon*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2006, 53 ss.

<sup>(37)</sup> FERRARA, *Volontà, libertà, biologia nella costruzione giuridica della maternità*, cit., 670.

<sup>(38)</sup> Queste le conclusioni cui giunge IACUB nei testi citati alle note precedenti. Su una posizione simile con riguardo alla valenza dello strumento contrattuale nell'ambito della regolazione dei rapporti tra conviventi si pone SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia 1942-2008*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 568 s., là dove auspica una disciplina *ex professo* della convivenza, fondata esplicitamente sul contratto quale strumento per ampliare gli spazi di libertà sia per le coppie omosessuali sia per quelle eterosessuali.

toriale sembra di fatto destinata ad un declino inarrestabile (v. *infra* nel testo).

Va a questo punto esaminata un'altra affermazione ricorrente nei percorsi di individuazione della *ratio* della successione necessaria. Si chiama spesso in causa il dovere giuridico, ma anche e soprattutto morale e sociale, incombente sull'ereditando di mantenere e assistere i congiunti più stretti (coniuge e figli). Ma tale dovere non è percepito – da chi propone l'abrogazione – come un ostacolo all'eliminazione della successione necessaria. E come contrastare tale posizione là dove si rilevi la crisi che attraversa questa tipologia di dovere nella società a carattere capitalistico-consumista, dominata dalla logica del *do ut des*. Logica che, inevitabilmente, supporta l'idea secondo cui, se non ci sono bisogni materiali, non sussistono doveri di mantenimento né di assistenza e *post mortem* si presume tout court che tali bisogni non vi siano. Questo ci pare sia il substrato di convinzioni sottostante al disegno di legge n. 1043 che, appunto, elimina la riserva senza considerare la sussistenza di tali doveri di mantenimento e di assistenza e senza prevedere alcun correttivo in caso di bisogno dello stretto congiunto<sup>(39)</sup>. La lacuna è grave: almeno in caso di bisogno del congiunto quel dovere di mantenimento e assistenza avrebbe potuto permanere e, invece, *post mortem* scompare senza lasciare traccia.

Se, dunque, non ci appare condivisibile la proposta contenuta nel disegno di legge, altrettanto debole ci sembra l'idea del dovere di mantenimento e assistenza, magari legato allo stato di bisogno del congiunto<sup>(40)</sup>, quale *ratio* fondativa della successione necessaria. La giustificazione formale e sostanziale della riserva deve, piuttosto, prescindere dalla sussistenza dello stato di bisogno del riservatario, ed

affondare la sua legittimazione in radici più profonde e non condizionate né condizionabili da questo genere di variabili la cui determinazione amplierebbe – ci sembra – inopportuno l'intervento del giudice nella materia successoria (v. *infra* nel testo). Del pari non convincente appare la proposta interpretativa secondo cui l'istituto, in ogni caso, va conservato perché, «quali che siano le forme giuridiche attraverso cui concretamente si realizza la protezione dei legittimari nelle varie esperienze ordinamentali, la legittima sempre assolve, in ultima analisi, ad una funzione irrinunciabile: essa serve a contrastare quello che i tedeschi chiamano *Missbrauch der Testierfreiheit*, l'abuso della libertà testamentaria»<sup>(41)</sup>.

La fragilità di questa impostazione deriva, in primo luogo (ma non solo)<sup>(42)</sup>, dal fatto che nel nostro ordinamento l'istituto della legittima non opera solo in caso di successione testamentaria – cioè di liberalità *mortis causa* – ma anche in caso di successione *ex lege* in quanto va a colpire anche le liberalità *inter vivos* che, al momento della morte del beneficiante, si rivelino lesive della riserva<sup>(43)</sup>. Non sembra, quindi, conforme all'ampiezza operativa dell'istituto della legittima nel sistema italiano individuarne la *ratio* in un'esigenza di limitazione dei potenziali abusi del testatore dato che essa incide sul potere di disposizione dei beni di un soggetto quando egli è ancora in vita.

Continuando, dunque, nella ricerca del fondamento razionale della legittima sembra chiaro che la via percorsa da chi ne propone l'abrogazione sia connotata essenzialmente da una concentrazione sulla figura dell'individuo e del suo patrimonio e sul connesso e conseguente potenziamento della libertà di disposizione del patrimonio in quanto frutto del lavoro individuale<sup>(44)</sup>. Si insiste, del pari, sull'esi-

<sup>(39)</sup> Rileva l'assurdità di una tale impostazione anche sul piano della coerenza sistematica DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 819 s.

<sup>(40)</sup> La condizione di bisogno, di debolezza e di handicap del congiunto, in particolare del figlio, è ampiamente considerata nelle linee guida di riforma della successione necessaria proposte da AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., 811 e DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 821 s.

<sup>(41)</sup> DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 819.

<sup>(42)</sup> Sempre DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 819 s., lascia intravedere la debolezza della tesi proposta, individuando nelle norme sul negozio immorale (art. 2035 c.c.) il rimedio contro testamenti, per così dire, «abusivi», vale a dire gravemente lesivi della condizione degli stretti congiunti (figli minori, coniuge bisognoso diseredati o pretermessi). Così facendo, egli induce a pensare che non sarebbe stato necessario prevedere la legittima visto che già sussistono nel sistema regole idonee a proteggere gli stretti congiunti gravemente lesi. In altre parole, l'abuso della libertà testamentaria è impedito dalle norme sul negozio immorale (sulla cui labilità e insicurezza dei contorni è lecito dubitare avendo riguardo agli eccellenti contributi sul tema scritti dall'Autore medesimo) e non dalla previsione della riserva in favore dei legittimari. Più persuasive appaiono, quindi, le considerazioni che l'Autore svolge di seguito sulle indeclinabili esigenze equitative cui as-

solve l'istituto della legittima e, soprattutto, sulle esigenze di coerenza sistematica che esso soddisfa, rilevando opportunamente come sarebbe inaccettabile sul piano logico-giuridico consentire all'ereditando di privare coniuge e figli di tutto il patrimonio ereditario nello stesso momento in cui incombono su di lui doveri di mantenimento e assistenza dei medesimi soggetti: v. *infra* nel testo.

<sup>(43)</sup> In altre parole il patrimonio su cui calcolare la quota di riserva prevede l'addizione al *relictum* del *donatum* mentre la quota spettante in forza di successione *ex lege* prevede un calcolo delle quote spettanti solo sul *relictum*. Se in base alla riunione fittizia e alla conseguente quantificazione della legittima risultasse una lesione poiché la quota spettante all'erede come erede legittimo risulta inferiore a quella che gli sarebbe spettata come legittimario, egli può comunque proporre azione di riduzione contro la/le donazione/i lesiva/e, sia/no essa/e diretta/e ovvero indiretta/e (art. 809 c.c.), e ciò pur non sussistendo alcun testamento, vale a dire essendosi aperta esclusivamente la successione *ex lege*. Quanto detto vale anche in caso di concorrenza tra successione testamentaria e successione legittima: cfr. art. 553 c.c. Cfr. sul punto C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 668 s.

<sup>(44)</sup> Più di altre parti del diritto privato quella delle successioni a causa di morte segna la distanza tra proprietari e non proprietari, tra chi ha lavorato ed accumulato beni da lasciare e chi, pur avendo lavorato duramente, non ha alcun bene da lasciare. La morte segna l'effettivo spartiacque tra abbienti e



genza di circolazione dei beni (prevalentemente immobili e mobili registrati ma anche mobili) e sulla tutela del terzo acquirente a titolo oneroso da colui che potrebbe essere aggredito, anche a distanza di molto tempo, dal legittimario mediante l'azione di riduzione. Adottando tale prospettiva, la riserva, al pari di altri istituti privatistici come, ad esempio, la comunione legale, rappresenta un limite anacronistico, incomprensibile e quindi inaccettabile a tutta una serie di libertà individuali (accumulazione, destinazione e disposizione del proprio patrimonio) e di esigenze di mercato (circolazione dei beni, sicurezza degli acquisti), lasciando aperto il problema della giustificazione razionale non solo della sua permanenza ma della sua stessa esistenza nel sistema.

Il ragionamento che si è espresso appare, tuttavia, intriso dell'applicazione alla materia delle successioni a causa di morte della c.d. filosofia delle quantità la quale, «suffragando la correlazione tra processo di quantificazione scientifica e processo di quantificazione sociale, riduce tendenzialmente anche (tutti) i rapporti di diritto privato a relazioni corrispondentemente quantificabili»<sup>(45)</sup>.

Viene da chiedersi se è accettabile una visione delle relazioni di diritto privato in termini puramente quantitativi. Indubbiamente una relazione di diritto privato presenta – di solito – una stretta connessione tra aspetti quantitativi (patrimoniali) e qualitativi (attinenti alla persona). Se, dunque, si considera la persona, l'individuo e la famiglia o, meglio, se si considerano l'individuo e le relazioni familiari<sup>(46)</sup> in cui l'individuo è coinvolto, queste relazioni presentano – come molte relazioni, molti rapporti di diritto privato – aspetti sia quantitativi sia qualitativi, inscindibilmente connessi. Ma tale connessione (comune – come già detto – a molti rapporti di diritto privato) nel caso dello specifico rapporto di diritto privato che può denominarsi relazione (rapporto) familiare assume dei connotati decisamente peculiari come sembra emergere dalla lettura dei dati normativi attualmente vigenti nel nostro ordinamento, e che dunque non possono essere ignorati a meno che non si proceda ad una revisione complessiva dei medesimi e dunque

non abbienti. È al momento della morte che questa differenza diventa tangibile in tutta la sua portata (negativamente) classificante: sul punto, non irrilevante a fini di configurazione della disciplina della legittima, v. *infra* nel testo.

<sup>(45)</sup> Così DONATI, *Il bicentenario del code civil: tramonto o trasvalutazione?*, cit., 354. Cfr. P. PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.; DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1 ss. Spunti recenti anche in v. BARBA, *Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 9 ss.

<sup>(46)</sup> Salvo poi stabilire cosa può o deve intendersi per relazioni familiari: v. *infra* nel testo e nota 73.

<sup>(47)</sup> La domanda viene posta lasciando in ombra una chiarificazione sulla nozione di famiglia che è attualmente in fase di ampia revisione. Si pensi al già menzionato disegno di legge n. 1339 sui c.d. DiCo e in generale ai numerosi studi sul tema delle

del sistema in cui sono collocati e dei principi che lo governano.

La questione da affrontare, consistente nella ricerca della ragion d'essere attuale dell'istituto della legittima, appare di tenore squisitamente tecnico-giuridico, e quindi risolvibile mediante gli strumenti tipici del giurista, come, ad esempio, l'interpretazione sistematico-evolutiva dei dati normativi vigenti. Assunto quest'angolo prospettico è opportuno domandarsi quale sia la connessione esistente sul piano strettamente giuridico tra persona (nel senso di individuo) e famiglia (nel senso di gruppo-società di più persone-individui)<sup>(47)</sup>.

Sembra chiaro che non possa trattarsi di un rapporto di affiancamento, giustapposizione o addirittura contrapposizione esprimibile nelle formule: l'individuo e la famiglia; l'individuo per, con ovvero contro la famiglia. Tali visioni non appaiono conformi al dato normativo e, in particolare, alla compagine del Libro I del codice civile dove si transita, senza soluzioni di continuità, dalla disciplina della persona (della sua vita, della sua morte, assenza, scomparsa), alla disciplina dei suoi vincoli parentali e di affinità e di coniugio, alla disciplina della filiazione, del matrimonio.

In altre parole la successione dei gruppi di regole del Libro I del codice civile italiano appare altamente significativa ai fini della qualificazione della relazione possibile tra persona e famiglia nel nostro ordinamento.

Persona e famiglia appaiono come categorie giuridiche omogenee: la **famiglia** è uno dei modi di essere della persona o, meglio, l'unico modo di essere della persona che riceve un riconoscimento molto ampio da parte del legislatore il quale esclusivamente per questo specifico modo di essere, per questa determinata forma della persona appronta una disciplina vasta, organica e complessa che si estende fin dopo morte della persona stessa come attestano non solo le norme presenti nel Libro I del codice civile ma anche quelle del Libro II e ancora quelle contenute in altri Libri del codice e in numerose leggi speciali<sup>(48)</sup>.

Negare che persona o – si dica pure – individuo<sup>(49)</sup> e famiglia siano categorie contigue, continue ed

diverse configurazioni: solo a titolo esemplificativo citiamo i contributi di cfr. BOCCHINI (a cura di), *Le convivenze familiari*, Torino, 2006; SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., 559.

<sup>(48)</sup> Si allude alla molteplicità di leggi speciali sugli atti di disposizione del proprio corpo ma anche come vedremo alla legge sul diritto d'autore, alla legge sull'adozione, sul divorzio, sull'interruzione di gravidanza, sulla procreazione artificiale: v. *infra* nel testo e nelle note seguenti.

<sup>(49)</sup> Sul valore pregnante dei termini individuo, uomo e umanità rispetto a quelli astratti e metafisici di soggetto e di persona si vedano le acute osservazioni di MAZZONI, *Il corpo nascosto dei giuristi*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 339ss. e in part. 346 che conclude, tuttavia, scetticamente sulla effettiva valenza di un tale cambiamento di terminologia, rilevabile nella Carta di Nizza del 2000. Il discorso sarebbe molto ampio e non affrontabile

È accettabile una visione delle relazioni di diritto privato in termini puramente quantitativi

omogenee sul piano giuridico significherebbe affermare che «gli individui sono spazi chiusi» dove la relazione familiare (cioè: con altri individui della famiglia) «non ha valore per se stessa». Solo negando il valore (giuridico) della relazione (familiare) per se stessa, si può procedere a «definire lo spazio attorno al singolo (nella famiglia) in modo che egli non sia definito dalla relazione se non nella forma che egli accetta e che può sempre interrompere»<sup>(50)</sup>.

Ma una tale affermazione, oltre a negare un dato di esperienza prima ancora che giuridico quale è quello della valenza relazionale della persona, sarebbe decisamente in contrasto con le norme in vigore in base alle quali l'individuo singolo è definito – in senso giuridico – dalla relazione familiare (di coniugio, di filiazione, di ascendenza) in modo definitivo e indipendentemente dalla sua volontà nel senso che l'eventuale volontà contraria a riconoscere la definizione di sé che deriva dalla relazione familiare di cui è parte, può essere manifestata dalla persona solo nei modi prestabiliti dalla legge, essendo quella familiare una relazione di diritto privato così rilevante sul piano, in primo luogo, personale, vale a dire non-patrimoniale, da essere sottoposta, in Italia come negli altri Stati europei, ad una rigida riserva di legge<sup>(51)</sup> ed a una regolamentazione di carattere imperativo la cui violazione produce gravi sanzioni a carico dei soggetti coinvolti<sup>(52)</sup>.

L'individuo nella famiglia non è più tale nel senso che la sua individualità o, meglio, la sua stessa

identità è definita (e si potrebbe dire espansa e comunque qualificata) dalle relazioni familiari (e ciò indipendentemente dal fatto che tali relazioni – che si traducono nell'acquisizione dello *status* di padre, madre, coniuge, fratello, ascendente, parente o affine) siano frutto di libera scelta ovvero di imposizione<sup>(53)</sup>.

Si pensi, solo a titolo esemplificativo<sup>(54)</sup>, all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale. L'esistenza di tale azione attesta come nel nostro sistema la relazione familiare (genitoriale) – potendo essere imposta – non può costituire una limitazione o, meglio, non può essere intesa – in un'ottica di diritto civile – come una limitazione dell'individuo, dovendosi, piuttosto, qualificarsi come un accrescimento o un'espansione del medesimo.

Tra i presupposti di esperibilità dell'azione suddetta non è contemplato lo stato di bisogno del minore o dell'altro genitore; essa può essere proposta soltanto ed esclusivamente al fine di accertare la relazione familiare tra un soggetto e colui che l'ha procreato. L'irrilevanza totale dello stato di bisogno è attestata anche dal fatto che la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione è estesa al figlio maggiorenne e, dunque, eventualmente, autosufficiente sul piano economico.

Altrettanto poco persuasiva, da un punto di vista logico-giuridico, appare l'idea secondo cui la possibilità di imporre la relazione familiare (di paternità o maternità naturale) sia prevista nell'interesse pubblico all'accertamento del rapporto di maternità

L'individuo nella famiglia non è più tale nel senso che la sua individualità o, meglio, la sua stessa identità è definita dalle relazioni familiari

in questa sede. Basti qui segnalare il nascente dibattito sul rapporto possibile tra realtà fisica, natura, da una parte, e realtà giuridica, dall'altra, e dei riflessi che la configurazione di tale rapporto ha sul linguaggio giuridico.

<sup>(50)</sup> Le espressioni tra virgolette sono tratte dall'articolo di BAGET BOZZO, *Quell'individualismo violento dietro l'attacco alla famiglia*, pubblicato su *Il giornale* del 6.3.2007, e reperibile all'indirizzo <http://www.ilgiornale.it>. Di tali espressioni si è valutata particolarmente felice la formulazione letterale in quanto ritenuta idonea ad esprimere l'idea di rapporto in senso giuridico tra individuo e famiglia che si va affermando nel testo. Esse dunque sono state decontestualizzate; riferendole non si intende necessariamente riferire o condividere il pensiero di chi le ha formulate.

<sup>(51)</sup> Cfr. sul punto la forza significativa dell'art. 77 c.c. che esclude la rilevanza giuridica della parentela oltre il sesto grado, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati.

<sup>(52)</sup> Si pensi alle norme sulla nullità e annullabilità del matrimonio (art. 117 c.c.) ma anche a quelle sulla filiazione incestuosa ad oggi ancora irrisolvibile (art. 251 c.c.). Si tratta di norme che impediscono ad un soggetto di contrarre matrimonio con i propri discendenti o ascendenti ovvero con i propri fratelli e sorelle senza possibilità di dispensa alcuna e a pena di nullità del matrimonio e irrisolvibilità dei figli incestuosi nati in costanza di matrimonio (cfr. sul punto l'ampio disegno di legge Delega al Governo per la revisione della normativa in materia di filiazione n. 2514 del 12.4.2007 di iniziativa governativa – Ministri Bindi, Mastella e Pollastrini – che attualmente giace in 2ª Commissione permanente (Giustizia) che mira appunto ad attenuare queste discriminazioni: <http://www.senato.it>. Sulla stessa materia va segnalato, altresì, il progetto di riforma elaborato dalla Commissione sul diritto di famiglia, presieduta dal Prof. C.M. Bianca, ed istituita presso il Ministero Bindi. Tale progetto, ampio e articolato, incide massicciamente sulla legislazione in materia di filiazione, cercando di aggiornare

il tessuto normativo alla moderna sensibilità comune). Molto significative anche le norme sull'opposizione al matrimonio (art. 102 c.c.) che prevedono una legittimazione in favore sempre di genitori, in mancanza altri ascendenti, collaterali entro il terzo grado, coniuge e altri specificamente individuati.

<sup>(53)</sup> Non convincenti appaiono le impostazioni che negano l'incidenza della relazione familiare sull'identità dei soggetti fra i quali essa intercorre ovvero che contrappongono l'una all'altra, identificando la prima con lo *status* (cfr. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, 3; MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 137 ss.; RAMACCIONI, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2006, 196 s.). A ben vedere lo *status* familiare va ad identificare il soggetto cui attiene e dunque, ben lungi dal contrapporsi all'identità di costui, ne costituisce un elemento essenziale, non sussistendo alcuna scissione o una contrapposizione – sul piano giuridico – fra identità individuale e *status* familiare.

<sup>(54)</sup> Il discorso che si qui si va esplicitando vale per le altre azioni di stato e per la stessa presunzione di paternità prevista con riguardo al marito della madre. Analoghe riflessioni potrebbero svolgersi per il matrimonio simulato: l'art. 123, 2º co., c.c. contiene, infatti, una norma che, al verificarsi di certe condizioni, impedisce di rimuovere lo *status* di coniuge contro la volontà dei soggetti coinvolti nel rapporto di coniugio. In questo caso i soggetti coinvolti nel rapporto matrimoniale rimangono coniugi a tutti gli effetti, incompendo su di essi i reciproci obblighi di assistenza e solidarietà materiale e morale. Il rapporto coniugale rileva, poi, anche oltre il matrimonio: cfr. Cass. 21.10.1981, n. 5509, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2846, secondo cui in regime di separazione *ex art.* 146 c.c. ovvero autorizzata *ex art.* 708 c.p.c. l'infedeltà del coniuge che si manifesta in modo tale da offendere il decoro e la dignità dell'altro coniuge, è ingiuria grave e costituisce giusta causa di addebito della separazione.

tà o paternità biologica tra un essere e l'altro in quanto per i dati normativi oggi in vigore in Italia e, ancora di più nel resto d'Europa, non è il vincolo di sangue, in sé considerato, che giustifica la rilevanza giuridica del rapporto di filiazione anche contro la volontà del genitore<sup>(55)</sup>.

Inverosimile è, altresì, sostenere che l'azione di dichiarazione giudiziale di maternità e paternità naturale sia prevista nell'interesse del procreato ed a svantaggio del genitore. A parte la banale considerazione secondo cui non si vede come possa essere realmente soddisfatto un interesse del procreato alla propria identità di figlio di un certo genitore mediante l'imposizione di tale qualifica a chi la rifiuta, è lecito dubitare fortemente – come già detto – sulla possibilità per le norme civilistiche di imporre relazioni che si traducano per la persona in limitazioni intrinseche. Appare, piuttosto, maggiormente coerente sul piano sistematico ritenere che dall'accoglimento di tale azione derivino relazioni che qualificano in senso positivo (cioè nel senso dell'espansione) l'individuo, non limitandolo in alcun modo.

Ove si condivida quanto fin qui detto, può sostenersi, di conseguenza, che la relazione familiare, in quanto definisce in un modo specifico l'individuo, va ad incidere inevitabilmente sugli aspetti patrimoniali e non-patrimoniali della sua sfera giuridica la quale non è (più) uno «spazio singolo». L'individuo che si trova al centro di relazioni familiari non esiste giuridicamente in quanto tale, cioè come individuo ma in quanto padre, madre, figlio, coniuge, (e ancora: suocero, suocera, genero, nuora, cugino, nipote, zio, ecc.). Ogni essere umano esiste, generalmente, così qualificato e non diversamente.

La relazione familiare, in quanto definisce in modo specifico l'individuo, incide inevitabilmente sugli aspetti patrimoniali e non-patrimoniali della sua sfera giuridica la quale non è più uno «spazio singolo»

<sup>(55)</sup> Per l'Italia si allude in particolare alla norma contenuta nella legge sulla procreazione artificiale che vieta il disconoscimento di paternità in caso di fecondazione eterologa svoltasi con il consenso, ricavabile da atti concludenti, del coniuge o del convivente (art. 9, 1° co., l. n. 40/2004). Del pari significativo ci appare il divieto di anonimato della madre che ha fatto ricorso alle tecniche di procreazione assistita in deroga all'art. 30, 1° co., d.p.r. 3.11.2000, n. 396 (art. 9, 2° co., l. n. 40/2004). Viceversa, in assenza di un'esplicita previsione normativa non rileva giuridicamente il rapporto di parentela anche se ciò appare in contrasto con il comune sentire: si pensi ai rapporti tra figli naturali riconosciuti e parenti dei genitori. Cfr. sul punto SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia 1942-2008*, cit., 565, nt. 13.

<sup>(56)</sup> Vale la pena riportare per intero il testo dell'art. 10 c.c.: «Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni».

<sup>(57)</sup> Così invece DE CUPIS, *Immagine*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 3; BAVETTA, *Immagine (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 153).

<sup>(58)</sup> Di contrario avviso la dottrina dominante riportata da NUSNER, sub art. 10, in *Commentario ipertestuale al Codice civile* a cura di Bonilini, Confortini, Granelli, Torino, 2000, 28. La posizione probabilmente è fondata sull'art. 96, 1° co., l. 22.4.1941, n. 633, che prevede il consenso della persona ritratta

L'attendibilità di questo ragionamento ci pare suffragata da norme presenti nel libro I del codice civile come, ad esempio, l'art. 10 c.c. rubricato «Abuso dell'immagine altrui» in cui sono previste due distinte azioni: una volta a far cessare l'abuso della propria immagine; un'altra volta a far cessare l'uso dell'immagine del coniuge, dei figli o dei genitori non solo quando la pubblicazione o l'esposizione dell'immagine sia avvenuta fuori dai casi consentiti dalla legge (sia, cioè, abusiva, in senso stretto) ma anche quando la pubblicazione o l'esposizione siano tali da arrecare pregiudizio al decoro o alla reputazione (abuso in senso ampio) non solo della persona rappresentata ma anche ed indipendentemente (come sottolineato dalla congiunzione o, più volte ripetuta nel testo della norma) dei suoi stretti congiunti.

Nella sua formulazione letterale<sup>(56)</sup> la norma delinea una fattispecie in cui la legittimazione attiva all'azione di cessazione dell'(ab)uso dell'immagine è estesa ai congiunti (genitori, coniuge, figli) di colui la cui immagine è pubblicata o esposta non in veste di sostituti processuali<sup>(57)</sup>. Essi, infatti, non agiscono per tutelare un diritto altrui bensì un diritto proprio alla propria reputazione e al proprio decoro leso ovvero per tutelare l'interesse al rispetto del decoro e della reputazione familiari (per ciò stesso equiparati al decoro e alla reputazione strettamente personali).

Sempre il tenore letterale della norma non autorizza ad affermare *sic et simpliciter* che in nessun caso gli stretti congiunti possono agire per chiedere che venga vietato l'utilizzo dell'immagine cui abbia acconsentito il diretto interessato<sup>(58)</sup>. Il consenso del rappresentato può – ragionevolmente – non essere

come presupposto sufficiente per la diffusione del ritratto della medesima. Ma deve sottolinearsi che tale consenso è richiesto qualora la persona sia in vita. Se, infatti, la persona della cui immagine si tratta muore, il consenso alla pubblicazione della sua immagine deve essere dato dai soggetti indicati nell'art. 93, 2° co., dove si richiede ai fini della pubblicazione di determinati scritti particolarmente riservati (epistolari, corrispondenze o memorie personali o familiari), dopo la morte dell'autore degli stessi, il consenso di coniuge e figli o, in loro mancanza, dei genitori; mancando coniuge, figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti diretti fino al quarto grado. Rilevante, altresì, l'art. 94 della stessa legge in cui la necessità del consenso indicato nell'art. 93 non è richiesto ove la conoscenza degli scritti soddisfi esigenze di «difesa dell'onore o della reputazione personale o familiare» e ciò anche contro la volontà espressa per iscritto dal defunto (art. 93, ult. co.). In queste norme contenute nella legge sul diritto d'autore è confermata l'esistenza di una stretta connessione giuridicamente rilevante tra sfera personale e sfera familiare, dato che l'onore e la reputazione personali sono esplicitamente equiparati a quelli familiari e dato che il consenso di un soggetto alla diffusione della propria immagine ovvero della propria corrispondenza epistolare e di altri scritti della medesima natura può essere dato, dopo la sua morte e in assenza di una volontà scritta del defunto (art. 93, ult. co.), solo dai congiunti specificamente individuati dalla legge e che, non a caso, sono determinati secondo una graduatoria di importanza. Al primo posto sono collocati gli stessi soggetti indicati nell'art. 10 c.c.: coniuge e figli e, in mancanza, genitori. Cfr. anche le norme sul diritto morale

sufficiente ad escludere la legittimazione attiva dei congiunti indicati nell'art. 10 c.c. all'azione di cessazione o, quantomeno, all'azione risarcitoria, ogniquale volta la diffusione dell'immagine sia in concreto lesiva del decoro o della reputazione personale di costoro ovvero della reputazione familiare complessivamente considerata, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto<sup>(59)</sup>.

Avendo riguardo all'art. 10 c.c. può affermarsi che l'individuo definito dalla relazione familiare è titolare di un diritto a non vedere abusata non solo la propria immagine ma anche quella dei suoi familiari (fin dopo la morte dei medesimi)<sup>(60)</sup> in quanto l'abuso dell'immagine dei familiari si traduce in una lesione del proprio onore, della propria reputazione, cioè a dire della propria stessa «immagine». Il campo di indagine prospettato con l'analisi testuale dell'art. 10 c.c. esula dai confini del presente lavoro, ma la collocazione dell'art. 10 ad apertura del Libro I, Titolo I Delle persone fisiche del codice civile attesta – ci pare – la presenza nel nostro ordinamento del principio secondo cui dall'instaurarsi di una relazione familiare o, quantomeno, di alcune specifiche relazioni familiari<sup>(61)</sup> deriva un ampliamento – in linea di massima irreversibile o co-

munque reversibile in base a percorsi rigidamente stabiliti dalla legge – della propria sfera individuale, della propria identità a tal punto che l'abuso dell'immagine di sé può ledere la sfera giuridica di un altro sé qualora tra i due sussista una (determinata) relazione familiare. Ciò significa che il sé di un individuo privo di relazioni familiari non è assimilabile al sé di un individuo posto al centro di relazioni familiari che, generalmente, sono specifiche e identificabili nel rapporto coniugale, genitoriale e di filiazione ma che, in alcuni casi previsti dalla legge, possono assumere un'estensione anche più ampia come accade, ad esempio, per la tutela del **diritto al nome**<sup>(62)</sup>.

In sintesi la persona definita dalla relazione familiare è individuo connotato da questa relazione la quale ne amplia la sfera individuale nel senso di ricomprendervi i membri della famiglia come parti integranti del sé individuale (della propria identità). L'individuo titolare del diritto al non **abuso della propria immagine** quando viene definito da una relazione familiare espande questo diritto al non abuso dell'immagine dei familiari che dunque costituiscono, giuridicamente parlando, una parte integrante della propria persona. E ciò si verifica a tal

d'autore contenute nella medesima legge e le disposizioni contenute, invece, nella legge sulla proprietà industriale così come novellata dal d.lg. 10.2.2005, n. 30, con riguardo al diritto di essere riconosciuto autore di un'invenzione. Si tratta di regole di attribuzione di diritti extrapatrimoniali che pongono molto bene in luce, al pari delle norme sulla successione legittima (v. *infra* nel testo), la concezione di soggetto come individuo contestualizzato in relazioni familiari: cfr. PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio* a cura di Delle Monache, Padova, 2007, 100 s.

<sup>(59)</sup> Si può ipotizzare l'esistenza, in un piccolo centro dell'Italia meridionale, di una famiglia molto cattolica con due figli: il figlio maschio si avvia lungo un percorso spirituale che culmina con l'entrata in seminario e con le tappe conseguenti; la figlia femmina, dopo anni di matrimonio, improvvisamente e inespugnabilmente si dedica ad attività di recitazione in film pornografici a diffusione nazionale ed internazionale. Da qui derivano: una costante esposizione dei genitori e del coniuge della donna a situazioni di scherno da parte dei compaesani nonché difficoltà del coniuge a conservare la propria credibilità in ambito lavorativo. Di fronte a tale situazione sembra ragionevole domandarsi se la legge, con la formulazione dell'art. 10 c.c., abbia voluto escludere a priori la possibilità per i familiari (coniuge e genitori) di agire contro la figlia/moglie al fine di ottenere la cessazione dell'uso dell'immagine da essi ritenuta lesiva del proprio onore e della propria reputazione o, quantomeno, il risarcimento dei danni subiti (patrimoniali e non patrimoniali) e ciò, eventualmente, anche dopo la morte di colei della cui immagine si tratta: la morte del soggetto non cancellerebbe, infatti, le ragioni di tutela qui abbozzate (cfr. nt. precedente). L'esigenza di temperamento di diversi interessi che anima ogni regola giuridica suggerisce di evitare posizioni di eccessiva sicurezza là dove si approci l'interpretazione di una norma, invitando ad una riflessione più approfondita anche in assenza di dati giurisprudenziali rilevanti.

<sup>(60)</sup> Cfr. *supra* nt. 58 e 59.

<sup>(61)</sup> Non tutte le relazioni familiari sono contemplate dalla norma in esame ma solo quelle che intercorrono con i genitori, il coniuge e i figli. Ciò non appare casuale in quanto proprio costoro sono i legittimari identificati dall'art. 536 c.c. In altre norme, invece, come l'art. 8 c.c. la relazione familiare contemplata è senz'altro più ampia: v. nt. seguente.

<sup>(62)</sup> Oltre a quanto detto nella precedente nt. 53 cfr. l'art. 8

c.c. rubricato «Tutela del nome per ragioni familiari» che estende la legittimazione attiva all'azione contemplata nel precedente art. 7 c.c., vale a dire alla cessazione del fatto lesivo (contestazione del proprio nome o uso indebito del proprio nome da parte di altri) «a coloro che, pur *non portando* [corsivo nostro] il nome contestato o indebitamente usato, abbiano, però, alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne di essere protette». Si vede, dunque, come le idee di famiglia e di relazione familiare che fanno da sfondo a questa norma siano molto ampie e vadano oltre i rapporti di coniugio, genitoriale e di filiazione, arrivando a coinvolgere anche la parentela collaterale e gli affini. Un ulteriore esempio di rilevanza giuridica della relazione familiare nella sfera della persona/individuo e, specificamente, in quella della disposizione del proprio corpo, emerge ove si abbia riguardo allo *ius sepulchri* che viene generalmente suddiviso in *ius eligendi sepulchrum* ed *ius inferendi in sepulchrum*. Interessante riportare sul punto quanto si legge nei commenti all'art. 5 c.c. In particolare la NUSINER, sub art. 5, in *Commentario ipertestuale al Codice civile*, cit., 20, scrive che lo «*ius eligendi sepulchrum* consiste nel potere di determinare luogo e modo di sepoltura, esso spetta innanzitutto alla stessa persona e, solo in mancanza di sue disposizioni, ai congiunti più prossimi per vincolo di sangue ed in particolare a quelli facenti parte del medesimo nucleo familiare (in tal senso cfr. **Cass. n. 2034 del 1990**); al coniuge spetta anche il diritto di trasferire il luogo di sepoltura (**Cass. n. 9168 del 1987**)». Lo *ius inferendi in sepulchrum* è, invece, un «diritto reale avente ad oggetto il potere di collocare salme in un determinato sepolcro ed in caso di sepolcro familiare la titolarità di tale diritto è riconosciuta a tutti coloro che sono legati al defunto da vincoli di sangue, determinandosi tra gli stessi una comunione indivisibile con conseguente divieto di disporre del diritto a proprio piacimento (cfr. **Cass. n. 519 del 1986**). Sotto quest'ultimo profilo la giurisprudenza distingue tra sepolcro ereditario il cui diritto si trasmette nei modi ordinari per atto *inter vivos* o *mortis causa* anche a persone estranee alla cerchia familiare, e sepolcro familiare o gentilizio che il soggetto acquista *iure proprio* sin dal momento della nascita, per il fatto stesso di trovarsi con il fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o per essere a costui legato *iure sanguinis*; trattasi di un diritto intrasmissibile per atto tra vivi o a causa di morte, irrinunciabile ed imprescrittibile, che si trasforma da familiare in ereditario con la morte dell'ultimo superstita della famiglia (cfr. **Cass. n. 5015 del 1990** e **Cass. n. 3311 del 1984**)».

punto che, ove un familiare dia il proprio consenso alla pubblicazione dell'immagine lesiva del proprio onore, non sembra da escludersi in base alla lettera della norma – come già detto – la legittimazione ad agire dell'altro familiare che si senta comunque lesa dalla pubblicazione dell'immagine suddetta nella propria reputazione ovvero nella reputazione familiare.

Accogliere questa impostazione significa ammettere che le scelte sulla disposizione della propria immagine – parte essenziale della propria sfera personale – da parte del titolare possono essere limitate ove questi abbia instaurato delle relazioni familiari. Ma l'idea stessa di limite viene meno ove si tenga presente che il proprio sé non è isolato e decontestualizzato ma, al contrario, qualificato da un gruppo di relazioni di tipo personale altamente rilevanti sul piano giuridico: quelle familiari, appunto, le quali più che limitare il sé lo allargano, diventando per ciò stesso l'immagine del sé individuale rilevante per altri individui.

Seguendo questa linea interpretativa, il passaggio dalla considerazione degli aspetti non-patrimoniali (nome, immagine ma anche capacità matrimoniale e di procreazione)<sup>(63)</sup> alla considerazione di quelli patrimoniali facenti capo alla sfera individuale definita/ampliata dalla relazione familiare appare lecito, ragionevole, forse addirittura ovvio avendo riguardo ai dati normativi vigenti i quali, per condurre ad una conclusione diversa, dovrebbero essere modificati complessivamente.

Ammettere che la sfera giuridica di un individuo (la sua identità) sia definita/ampliata dalla relazione familiare instaurata con altri individui, significa dire che l'ambito patrimoniale di questa sfera, cioè il patrimonio facente capo all'individuo qualificato dalla relazione familiare con altri individui, è un patrimonio su cui questi altri individui (a seconda del ruolo, della posizione e delle scelte consentite dalla legge) non possono non avere diritti, poteri di gestione, aspettative ecc. Inevitabilmente l'instaurarsi della relazione familiare incide sul potere di disposizione del patrimonio di un individuo qualificato dalla relazione familiare medesima.

Il codice civile e, in particolare, il Libro I pullula di norme che evidenziano i reciproci «condizionamenti» della sfera patrimoniale dei soggetti definiti/ampliati dalle relazioni familiari: doveri di contribuzione ai bisogni della famiglia, doveri di man-

tenimento e assistenza materiale incombenti sia sui genitori sia sui figli conviventi (artt. 143-147 e 315 c.c.); obblighi alimentari (art. 433 ss. c.c.); comunione legale e norme di amministrazione ad essa relative (art. 177 ss.); usufrutto legale (art. 324 ss. c.c.) ecc. Si tratta di «condizionamenti» che sussistono durante tutta la vita del soggetto qualificato dalle relazioni familiari con riguardo alla disponibilità del suo patrimonio.

Questi condizionamenti non vengono (e non possono venire) meno con la morte del soggetto qualificato dalla relazione familiare in quanto la morte, cioè la non-vita, non muta (e non può mutare) la sfera individuale del soggetto defunto: essa rimane connotata dalle relazioni familiari instaurate in vita. Esattamente come accade per gli aspetti non-patrimoniali della sfera individuale anche per gli aspetti patrimoniali della medesima la morte segna il subingresso dei congiunti nella titolarità dei diritti facenti capo al defunto: essi subentrano nella titolarità del diritto all'immagine del defunto<sup>(64)</sup> così come subentrano nel diritto di proprietà dei suoi beni.

L'attendibilità di queste conclusioni è supportata dalla presenza nel sistema, in primo luogo, dell'istituto della successione legittima<sup>(65)</sup>. Le norme sulla successione *ab intestato* sono collocate – non a caso – nel Libro II del codice civile, cioè subito dopo i gruppi normativi del Libro I, che regolano la sfera personale e patrimoniale dell'individuo definito dalle sue relazioni familiari mentre egli è in vita<sup>(66)</sup>. Esse attestano il riconoscimento sul piano della rilevanza giuridica del permanere anche dopo la morte della connotazione dell'individuo e degli aspetti patrimoniali della sua sfera individuale ad opera delle proprie relazioni familiari.

Chi muore con coniuge, figli, ascendenti, fratelli, cugini ecc. non è assimilabile a chi muore senza. Si tratta di individui diversi: l'uno con relazioni familiari; l'altro senza. L'eredità dell'uno andrà ai suoi congiunti, ordinati secondo un grado d'importanza prestabilito dalla legge e riflesso di una determinata scala di valori (v. *infra*); l'eredità dell'altro andrà allo Stato (art. 565 c.c.).

Se la relazione familiare quale elemento di connotazione dell'individuo vivente non fosse giuridicamente rilevante anche dopo la sua morte, non dovrebbe esistere nel sistema non solo la successione

<sup>(63)</sup> Cfr. *supra* nt. 55.

<sup>(64)</sup> Cfr. *supra* le nt. 58 e 59 in cui si fa rilevare come nella legge sul diritto d'autore siano chiaramente indicati, in assenza di una manifestazione scritta della volontà del defunto, determinati congiunti quali soggetti autorizzati a disporre dell'immagine del defunto medesimo (art. 93).

<sup>(65)</sup> E di tutte le altre previsioni ad essa ascrivibili e che vengono, generalmente, denominate «vocazioni legali anomale»: cfr. PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato*,

cit., 98-100, là dove elenca tutte le ipotesi codicistiche e non di vocazione legale anomala e precisamente: art. 2122 c.c., legge sulle locazioni (l. 27.7.1978, n. 392); legge sulle cooperative edilizie (l. 17.2.1992, n. 179); legge sui fondi rustici (l. 3.5.1982, n. 203).

<sup>(66)</sup> Vale a dire di un gruppo di norme che al pari di altri già menzionati nel testo individua nei congiunti, ordinati gerarchicamente, i chiamati all'eredità del defunto. Cfr. anche nota seguente.

Chi muore con  
coniuge, figli,  
ascendenti, fratelli,  
cugini ecc. non è  
assimilabile a chi  
muore senza

necessaria ma, prima ancora, la **successione legittima**<sup>(67)</sup>.

Al contrario i dati normativi inducono ad affermare che nel sistema privatistico italiano<sup>(68)</sup> la **relazione familiare** oltre ad essere un valore in se stessa ha, altresì, una forza qualificante l'individuo cui fa capo. Essa è indisponibile e riconosciuta ampiamente in molte parti del codice civile e delle leggi speciali<sup>(69)</sup> con riguardo all'individuo vivente ovvero defunto.

L'indiscutibile rilevanza giuridica a livello sistematico della relazione familiare giustifica non solo la successione legittima ma anche la successione necessaria che ne rappresenta una sorta di specificazione<sup>(70)</sup> sostenuta dall'esigenza di sottolineare determinati valori o – per un usare un termine meno «scottante» – di determinati principi presenti nell'ordinamento: la contestualizzazione irreversibile dell'individuo in determinate relazioni familiari; il condizionamento immediato (vale a dire anteriore alla morte)<sup>(71)</sup> del potere di disposizione del proprio patrimonio da parte dell'individuo inserito in un contesto di specifiche relazioni familiari; la reciprocità e l'eguaglianza di aspettative e di diritti in capo a ciascun familiare dello stesso grado sul patrimonio dell'altro.

La riserva in favore di determinati familiari rappresenta, semplicemente, un'affermazione della supremazia, della superiorità (in termini di valore non patrimoniale) di specifiche relazioni familiari rispetto a qualsiasi altra relazione<sup>(72)</sup> che possa essere stata instaurata in vita dal soggetto e ciò indipendentemente dallo stato di bisogno del familiare con il quale intercorre questa relazione privilegiata. Per-

ché non è lo stato di bisogno che conta ma quella determinata qualità di familiare considerata in se stessa.

La devoluzione imperativa di quote parte del patrimonio di un individuo al suo coniuge, ai suoi figli ovvero ai suoi ascendenti altro non è se non la conseguenza logica prima ancora che giuridica del fatto che tali soggetti sono considerati, in diritto, estensioni dell'individualità del soggetto in quanto parti integranti della sua sfera personale – irreversibilmente ampliata – e, di conseguenza, destinatari necessari di parti del suo patrimonio.

Come già rilevato, l'individuo qualificato da relazioni familiari (coniugale e di filiazione, in particolare) è – sul piano giuridico – una tipologia di individuo, più precisamente, una certa forma di individuo non assimilabile alla forma-individuo privo di relazioni familiari.

La scelta legislativa di selezionare le relazioni familiari, ordinandole gerarchicamente, e di attribuire ad una determinata relazione familiare<sup>(73)</sup> un ruolo preminente rispetto ad altre relazioni (anche parentali o di affinità e, dunque, *lato sensu* familiari, ovvero amicali, affettive ecc.) che non possono prevaricarla a discapito della stessa volontà del defunto, è una scelta, in primo luogo, coerente con altre presenti nel sistema<sup>(74)</sup> e che appare ragionevole mantenere anche «solo per quello che afferma e non per quello che nega».

Tale scelta afferma, in primo luogo, una certa idea di persona, di individuo quale soggetto non isolato né decontestualizzato in tutti i suoi aspetti e in tutte le sue manifestazioni (patrimoniali e non patrimoniali).

<sup>(67)</sup> Nel corso della Tavola Rotonda, citata nella nota di apertura e che ha dato spunto a questo scritto, Zoppini, in qualità di relatore, interveniva dicendo che le scelte del legislatore potevano essere diverse; non contemplare la relazione familiare e prevedere in caso di morte di un individuo, in assenza di testamento, la devoluzione dei suoi beni direttamente allo Stato (cioè anche, eventualmente, allo scopo di realizzare esigenze redistributive della ricchezza). È indubbio che l'affermazione (provocatoria) di Zoppini sia chiarificante in quanto pone bene in risalto come la strada della successione legittima non sia obbligata ma frutto di una precisa visione dell'individuo proiettato in una dimensione non monadica ma sociale e, in particolare, familiare. E qui si potrebbe citare il suggestivo art. 29 Cost. contenente la definizione di famiglia come società naturale. Lo si fa solo perché esso è comunque al passo con i tempi, cioè con le carte internazionali che includono l'esigenza di crearsi una famiglia tra i diritti fondamentali della persona e della personalità. L'essere umano come essere sociale è innanzitutto destinato alla società familiare. Per un cambio di prospettiva relativo all'inattualità della previsione normativa sulla devoluzione in favore dello Stato cfr. PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato*, cit., 113 s.

<sup>(68)</sup> E non solo italiano: v. *supra* par. 2.

<sup>(69)</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 2122 c.c. secondo cui, in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli artt. 2118 e 2120 c.c. devono corrispondersi al coniuge, a figli, e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo. In mancanza delle persone indicate, le indennità sono attribuite secondo le norme sulla successione legittima. È nullo ogni patto anteriore alla morte del prestatore di lavoro circa l'attribuzione e la riparti-

zione delle indennità. Riguardo alle leggi speciali abbiamo già citato la legge sul diritto d'autore; aggiungiamo la legge sull'adozione, sul divorzio.

<sup>(70)</sup> Per questa idea del rapporto tra successione legittima e successione necessaria come rapporto di genere e specie cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, 6ª ed., Milano, 1999, 10.

<sup>(71)</sup> In questa prospettiva ben si colloca la possibilità per il legittimario di agire in riduzione verso il donatario, sia questi familiare o non familiare (cfr. artt. 559-562 c.c.).

<sup>(72)</sup> Assumendo questo punto di vista si comprende la struttura c.d. reale dell'azione di riduzione cioè la possibilità di recuperare il bene anche verso il terzo acquirente dal beneficiario della disposizione lesiva (cfr. art. 563 c.c.).

<sup>(73)</sup> E – come già detto – qui si aprono vasti scenari sulla determinazione della nozione di relazione familiare che, comunque, deve essere precisata dal legislatore anche calibrandone le sfumature. Familiare può essere anche il convivente ovvero il compagno omosessuale o il padre e la madre anziani conviventi o non conviventi o ancora altri soggetti. In altre parole i protagonisti della relazione familiare ed, in particolare, di alcune relazioni familiari più qualificanti di altre, possono mutare in ragione dei tempi e attraverso un diritto che sappia «misurare l'etica con la storia» (SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, cit., 570; G. COLLURA, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2006, 627 ss.).

<sup>(74)</sup> In cui appunto si distingue tra diverse tipologie di familiari, secondo una gerarchia che non può non essere fondata su scelte di valore: cfr. quanto detto *supra* alla nt. 51.

Il tratto dominante della relazione familiare che, sul piano giuridico, risulta incentrata, più propriamente sulla responsabilità

Da questa concezione di individuo deriva, quale logico corollario, una certa concezione di famiglia e l'autonomia della medesima rispetto non solo a «tendenze pubblicizzanti» ma anche rispetto a «tendenze privatizzanti» che mirano a ridurre, in senso deterioro, la logica familiare a quella mercantile<sup>(75)</sup>. Un accostamento tra le due logiche appare, infatti, decisamente poco auspicabile a meno che non venga condotto secondo determinati parametri (v. *infra* n. 5).

##### 5. La responsabilità come tratto qualificante la relazione familiare e scelte conseguenti tra le diverse proposte di riforma della successione necessaria

Con il matrimonio (o con altre tipologie di unioni – che verranno – legalmente riconosciute) come atto di libertà<sup>(76)</sup> due soggetti decidono di ridurre/ampliare per il futuro la propria sfera individuale patrimoniale e non patrimoniale; con la procreazione

(naturale o medicalmente assistita) di un altro essere umano come atto di libertà due soggetti decidono di ridurre/ampliare per il futuro la propria sfera patrimoniale e non patrimoniale, vale a dire la loro individualità/identità complessivamente considerata.

Quale logica ispira le relazioni (familiari) generate da questi due (fondamentali) atti di autonomia privata?

La relazione familiare appare governata dalla logica della indisponibilità e della irreversibilità. Il richiamo frequente alla solidarietà<sup>(77)</sup>, fondata ontologicamente sull'assoluta spontaneità<sup>(78)</sup>, non focalizza il tratto dominante della relazione familiare che, sul piano giuridico, risulta incentrata, più propriamente ed in conformità con i dati normativi, sulla responsabilità<sup>(79)</sup>.

A ben vedere l'accostamento tra le due branche del diritto privato, vale a dire tra il diritto di famiglia e il diritto dei contratti, potrebbe farsi proprio conside-

<sup>(75)</sup> Cfr. ancora SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, cit., 568.

<sup>(76)</sup> Il riferimento qui è sempre a SALVI, *op. ult. cit.*, e alla sua impostazione secondo cui il riconoscimento legislativo di unioni diverse dal matrimonio avrebbe come effetto immediato il rafforzamento del matrimonio medesimo come atto di libertà perché coloro che lo scelgono fanno una scelta tra le tante possibili e dunque una scelta in senso proprio, ampiamente libera e consapevole.

<sup>(77)</sup> In tal senso la dottrina dominante: C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 669; COMPORI, *op. cit.*, 34 s., là dove afferma «la necessità della tutela dei legittimari per il valore della solidarietà familiare»; FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 536-564, Bologna-Roma, 2<sup>a</sup> ed., 1981, 2; su una posizione parzialmente diversa G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., 806, 810 e BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, cit., 588. Entrambi collocano il dovere di solidarietà tra familiari in un contesto più ampio, condizionato da una serie di variabili e insistono sul carattere politico della scelta legislativa in favore della riserva.

<sup>(78)</sup> Cfr. COMPORI, *op. cit.*, 30, quando scrive con riguardo alla solidarietà familiare come fondamento della successione necessaria nei sistemi continentali che essa «si fonda sul dovere morale e sociale del defunto di assicurare ai suoi più stretti congiunti il mantenimento e la necessaria successione almeno in una buona parte dei suoi beni». Si veda, però, RESCIGNO, *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006, 16, 19, 23, il quale analizza il significato e l'impiego del termine «solidarietà» nei testi normativi nazionali ed internazionali, ponendone in luce l'ambivalenza semantica e il ruolo omnicomprensivo assunto, idoneo ad abbracciare una congerie indiscriminata di istituti e fenomeni nati e sviluppati, sul piano storico e positivo, non da esigenze solidaristiche bensì da situazioni di conflitto e di scontro anche aspro. In particolare l'Autore distingue tra solidarietà e liberalità, affermando che, sebbene nel codice civile non si parli espressamente di spirito di solidarietà, gli interpreti hanno usato questa formula per qualificare le azioni e i motivi che portano il soggetto ad attribuzioni di ricchezza del tutto disinteressate a beneficio non già di determinate persone ma di generiche categorie di persone. Al contrario nel caso della liberalità l'*animus* è qualcosa che ha nel passato, anche remoto, o nelle aspettative del soggetto, senza scendere su un terreno di corresponsività di sacrifici, le sue vere motivazioni. L'Autore conclude la sua indagine richiamando l'art. 1900, ult. co., c.c. quale unica norma tra tutte quelle menzionate, di diverso genere e grado, in cui la solidarietà si trova «associata ad un aggettivo tanto arioso, forse il più rassicurante di tutti»: solidarietà non nell'ambito di una classe, di un gruppo e nemmeno in funzione di una parziale rimozione delle disuguaglianze ma «nascente – semplicemente – dalla comune condizione di uomini: solidarietà uma-

na». Alle considerazioni dell'Autore può aggiungersi che in ambito privatistico è da tempo in atto una riflessione sulla possibilità di denominare solidale ovvero familiare la causa giustificativa di spostamenti patrimoniali tra privati soprattutto ove tra questi intercorra un rapporto parentale: per un'analisi (critica) di questo dibattito sia consentito rinviare al nostro *La liberalità*, I, Torino, 2002, 324-325 nt. 28, 386 nt. 153, 387 ss., 417-448.

<sup>(79)</sup> Con riguardo alla relazione familiare genitori/figli ben focalizza questo punto la Relazione illustrativa al già citato disegno di legge n. 2514 di delega al Governo per una revisione delle norme sulla filiazione del 12.4.2007 (attualmente abbandonato), dove si legge che la prospettiva assunta nella proposta di riforma «tende al riconoscimento di un unico *status filiationis*, fondato sui due aspetti della verità biologica e dell'assunzione della *responsabilità* [corsivo nostro] rispetto al figlio, aspetti entrambi necessariamente presenti a fondare la *ratio della disciplina*». Il principio espresso per il rapporto di filiazione vale senz'altro anche per quello di coniugio e di ascendenza (e – aggiungiamo – in ragione del comune sentire, per quello collaterale entro il secondo grado). La tendenza in sede legislativa a qualificare in termini di responsabilità il rapporto intercorrente tra familiari e dunque ad individuare nel risarcimento del danno il rimedio per il soggetto leso è confermata dalla recente introduzione di norme sulla violenza nelle relazioni familiari e sull'affidamento condiviso. Ciò che convince meno è l'inquadramento in termini di responsabilità civile proposta dalla giurisprudenza e dalla dottrina: cfr. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Pers. fam. succ.*, 2007, 590 ss. Il tema esula dai contorni del presente lavoro ma quanto detto nel testo sulla natura della relazione familiare, derivante da atto di autonomia, e comunque dalla volontà del soggetto (ovvero, eccezionalmente, dalla legge) porterebbe ad ipotizzare diverse qualificazioni di questa *responsabilità*: cfr. sul punto l'ottima nota critica a Cass. 10.5.2005, n. 9801 di MORACE PINELLI, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2006, 98-108; RAMACCIONI, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., in part. 192-201. Il termine *responsabilità*, in varie accezioni, ricorre in molti recenti contributi. A titolo esemplificativo cfr.: CUBEDDU, *La «responsabilità genitoriale» e i trasferimenti di residenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 677 ss. e della stessa autrice, *Solidarietà e autoreponsabilità nel diritto di famiglia*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di Patti e Cubeddu, Milano, 2008, 153-191; ANELLI, *Il matrimonio tra autonomia e responsabilità*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, a cura di Auletta, Milano, 2007, 87-107; SEVERI, *L'art. 156, 6° co., c.c. e l'inesatto o tardivo adempimento da parte dell'obbligato*, nota a *Cass.*, 6.11.2006, n. 23668, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 682 ss. Cfr. anche C. RIMINI, *La responsabilità genitoriale nel Reg. CE n. 2201/2003*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 542 ss.

rando entrambe le relazioni, familiare e contrattuale, come impennate sulla responsabilità, salvo specificarne i tratti distintivi. Che ciò vada fatto risulta anche dalla già rilevata configurazione contrattuale che sta assumendo la gran parte dei rapporti di filiazione (v. *supra*), per non parlare dei rapporti tra soggetti conviventi, la cui contrattualizzazione è ampiamente e da tempo riconosciuta negli altri ordinamenti europei ed extraeuropei<sup>(80)</sup>.

Il compimento dell'atto di autonomia idoneo a generare relazioni familiari va ad incidere in modo sostanziale sulla sfera di un individuo e di colui con il quale la relazione familiare si instaura. Entrambi i soggetti coinvolti risultano aver assunto obblighi reciproci di assistenza materiale e morale. Ciò accade tra coniugi ma anche tra genitori e figli: reciprocamente<sup>(81)</sup>.

Solo attribuendo la giusta rilevanza alla natura giuridica dei rapporti familiari, cioè al loro essere obbligazioni<sup>(82)</sup>, può avanzarsi una proposta di riforma della successione necessaria che non sia volta a sancire la decontestualizzazione dell'individuo e del suo patrimonio<sup>(83)</sup>, bensì ad accentuare i profili di reciprocità obbligatoria dei rapporti familiari in cui l'individuo medesimo si trova (ontologicamente) collocato.

Tale accentuazione consentirebbe di ipotizzare l'introduzione (o meglio, la reintroduzione)<sup>(84)</sup> nel diritto italiano delle successioni a causa di morte<sup>(85)</sup> dell'istituto della **diseredazione** che dovrebbe esse-

re il più possibile circostanziata sulla base di riferimenti previsti dalla legge anche se non tassativamente. La relazione familiare è basata sulla responsabilità reciproca e dunque se il coniuge o il figlio venissero meno all'adempimento dei propri obblighi di assistenza materiale e/o morale, allora potrà giustificarsi la loro esplicita diseredazione.

È indubbio che la possibilità di diseredare, oltre a valorizzare la reciprocità obbligatoria della relazione familiare, sarebbe, altresì, un incentivo a curare (in modo sostanziale) rapporti familiari che, altrimenti, verrebbero lasciati andare alla deriva sul presupposto dell'irrelevanza giuridica del comportamento irresponsabile del familiare.

La proposta formulata ne implica, comunque, un'altra e cioè quella di incentivare il ricorso al testamento (meglio se **pubblico** e comunque depositato presso un notaio) e, soprattutto, alla nomina dell'esecutore testamentario (diverso da un familiare).

Non appaiono, infatti, condivisibili i rilievi di chi sostiene che il testamento sia uno strumento cui ricorrere in casi eccezionali e, in ogni caso, in mancanza di affetto e solidarietà tra familiari<sup>(86)</sup>. Al contrario, il sorgere di dissapori familiari conseguenti ad una morte senza testamento oltre ad essere un dato esperienziale di elementare evidenza induce a riflettere sull'opportunità di diffondere la «cultura del testamento» non solo come strumento principale<sup>(87)</sup> di disposizione dei propri beni *post mortem*

La relazione familiare è basata sulla responsabilità reciproca e quindi se il coniuge o il figlio venissero meno all'adempimento dei propri obblighi di assistenza materiale e/o morale, allora potrà giustificarsi la loro esplicita diseredazione

<sup>(80)</sup> Le categorie tradizionali che vedono contrapposti famiglia e mercato – *status* e contratto sono in via di superamento: cfr. le acute osservazioni di RAMACCIONI, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 198 e nt. 82 dove cita MARELLA, *Il diritto di famiglia tra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, Torino, 2004, 71.

<sup>(81)</sup> Cfr. art. 315 c.c.: l'importanza della norma è ben sottolineata da RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 315-319, Milano, 1996, 110 e dello stesso Autore cfr. anche il contributo pubblicato in *Studium iuris*, 1997, 896, là dove fa notare come il legislatore, attribuendo rilevanza giuridica a certe situazioni, in particolare ai doveri del figlio verso i genitori, mostra di non voler abbandonare il rapporto tra figli e genitori «ad un non meglio precisato codice morale ma di assumerlo al suo interno per tutelarlo secondo l'ordine gerarchico dei valori prescelti». Aggiungiamo che accogliere una tale impostazione non significa optare per uno Stato c.d. etico ma semplicemente riconoscere, con la serenità necessaria e senza «precomprensioni» pregiudizievole, che ogni norma è il risultato di scelte per contemperare interessi/valori divergenti e, quindi, di scelte tra interessi/valori diversi al fine di affermarne un terzo che sia idoneo a comprenderli.

<sup>(82)</sup> Che si tratti di obbligazioni cioè di rapporti reciprocamente vincolanti sul piano giuridico, è evidente dalla complessa rete di sanzioni previste in caso di inadempimento come, ad esempio, la distrazione dei redditi del coniuge e/o del genitore che non adempie gli obblighi di mantenimento e assistenza materiale. Cfr. sulla distinzione tra obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia il lavoro di SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, attualmente in corso di pubblicazione nella Collana *Studi di diritto privato* a cura di Busnelli, Patti, Scalisi, Zatti, e di cui si dispone per gentile concessione dell'Autrice.

<sup>(83)</sup> Direzione questa che, una volta presa, porta inevitabilmente all'abrogazione della successione necessaria.

<sup>(84)</sup> Sul perché si tratta di una re-introduzione cfr. COMPORI,

*op. cit.*, 41-43, che vede nella diseredazione anche un modo per contemperare il principio di autonomia testamentaria con quello solidaristico familiare. Da parte nostra, non condividendo l'idea della solidarietà come fondamento della relazione familiare, vediamo nella diseredazione uno strumento attraverso cui è possibile porre in luce gli inadempimenti dei familiari al dovere giuridico di cura e assistenza nei confronti del *de cuius* (sulla scia di quanto prevede oggi il codice civile svizzero, art. 477: «mediante disposizione a causa morte l'erede può essere privato della legittima: [...] quando abbia gravemente contravenuto ai suoi obblighi di famiglia verso il disponente o verso una persona appartenente alla famiglia del medesimo»). Naturalmente resterebbe possibile un'impugnazione della diseredazione da parte dell'erede diseredato ma, in tal caso, riteniamo che su quest'ultimo, e non sugli eredi del *de cuius*, incomba l'onere di provare fatti che contraddicono quanto affermato dal defunto nel testamento. Solo ripartendo in questo modo l'onere probatorio, oltre a salvaguardare la volontà espressa del defunto, si disincentiverebbe il contenzioso.

<sup>(85)</sup> Ma il passo verso il diritto di famiglia è ovviamente molto breve: si allude ai contratti prematrimoniali; ai contratti tra conviventi ecc.: cfr. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005.

<sup>(86)</sup> Così BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, cit., 586, 588-589. Animati, forse, da un minore ottimismo, crediamo che la felicità familiare sia sempre legata ad una buona applicazione di norme giuridiche, consistente nel porre in essere atti con funzione preventiva che evitano di lasciare all'arbitrio degli eredi la divisione dell'eredità.

<sup>(87)</sup> Cfr. MALAURIE, *Le successions. Les libéralités*, cit., 3: «Les guerres de successions sont plus visible, plus durables et plus inexorables que la paix dans les familles qui ne fait pas parler d'elle». Auspicare il ricorso al trust ovvero acclamare a gran voce una legge speciale che lo riguardi (sul presupposto – che ci pare discutibile – della necessità della medesima ai fini della sua operatività), non pare un'idea condivisibile se non dopo aver potenziato il ricorso allo strumento «indigeno», il testa-



– in cui è possibile manifestare le proprie volontà e assicurarne ragionevolmente l'esecuzione con l'ausilio di un soggetto appositamente incaricato – ma anche e soprattutto come strumento di prevenzione dei conflitti e dunque di diminuzione del carico giudiziario in materia ereditaria che, allo stato, rappresenta uno dei più difficili da smaltire in ragione della durata abnorme dei processi e – ahimè – della scarsa competenza dei giudici nella materia successoria<sup>(88)</sup> che, come è stato a ragione rilevato<sup>(89)</sup>, presenta un grado di complessità decisamente notevole.

L'eventuale abrogazione della successione necessaria non farebbe che aumentare il ricorso al giudice da parte degli stretti congiunti pretermessi, con conseguente collasso del sistema<sup>(90)</sup>. Né è da auspicare una riforma che lasci al giudice la decisione sul *quantum* delle quote di riserva da determinarsi in base a variabili più o meno attendibili perché anche una tale scelta produrrebbe un incremento dei conflitti tra familiari e, soprattutto, presupporrebbe scelte più radicali sulla struttura dell'apparato giudiziario e sulle modalità di formazione e reclutamento dei giudici nonché sui principi generali che regolano la successione a causa di morte nel nostro ordinamento: unità del patrimonio ereditario e continuità personale tra defunto ed eredi quali elementi idonei ad escludere la logica dello scambio, vale a dire della determinazione della quota di riserva sulla base delle necessità economiche del richiedente e della «sufficienza o meno delle disposizioni testamentarie del *de cuius* a garantire il mantenimento dell'istante»<sup>(91)</sup>.

mento, appunto, il quale presenta, a parere di chi scrive, considerevoli potenzialità ad oggi non correttamente utilizzate. Valida, invece, la proposta di ampliarne il contenuto, consentendo, ad esempio, l'adozione per testamento: così BONILINI, *op. ult. cit.*, 587.

<sup>(88)</sup> Sia consentito riferire qui il caso affrontato da Trib. Napoli, 9.5.2005, in *Dir. giur.*, 2007, 133 ss. e la nostra nota *Ricostruzione dell'asse ereditario e liberalità*.

<sup>(89)</sup> DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, cit., 68.

<sup>(90)</sup> ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 74-89, là dove scrive che, se manca la successione necessaria, si dà maggiore spazio al giudice e comunque aumenta il ricorso al giudice. Aggiungiamo che ciò nei sistemi anglosassoni può trovare un argine nella struttura stessa del sistema giudiziario mentre in Italia sarebbe causa di gravi disfunzioni. Più interessante ci appare, allora, il modello scozzese che prevede l'automatica tripartizione del patrimonio ereditario alla morte del titolare: COMPORZI, *op. ult. cit.*, 33, ne pone in luce la funzionalità in ragione dell'attribuzione immediata dei diritti a coniuge e figli i quali, dunque, non devono esperire rimedi assimilabili alla nostra azione di riduzione. L'eventuale mancata realizzazione di tali diritti prevede l'esperimento di strumenti di tutela entro un termine determinato sotto pena di decadenza. Il sistema scozzese appare dunque ancora più rigoroso di quello italiano. L'adozione di un tale sistema potrebbe forse ridurre il contenzioso in materia ereditaria ma più di ogni altra cosa potrebbe essere opportuno fissare dei termini di decadenza e di decorso dei medesimi con riguardo all'azione di riduzione e ciò soprattutto nel caso dell'acquisto del bene da parte di un terzo: v. *infra* nt. 93.

<sup>(91)</sup> COMPORZI, *op. ult. cit.*, 35. L'ampiezza del ruolo del giudice si giustifica in common law sulla base del principio

L'ammontare della riserva non può, dunque, essere ancorata a variabili nel caso in cui si tratta di figli. Il rapporto di filiazione è generalmente volontario ma – come già detto – può anche scaturire da azioni giudiziali. Le conseguenze sul piano giuridico dell'insorgenza di un rapporto di filiazione sono da identificarsi nella responsabilità di assistenza reciproca morale e materiale a prescindere dal bisogno. La famiglia è comunità che va ad integrare l'individualità, condizionandone lo sviluppo in un senso piuttosto che in un altro. La filiazione in senso giuridico è un evento che condiziona la sfera dell'individuo e si traduce in una definitiva trasformazione della sua individualità, non più riferita esclusivamente a se stesso ma anche a coloro che sono i suoi figli. Si tratta di un'espansione dell'individualità non più revocabile. Il figlio non è altro da sé e dunque non rileva se si trovi o meno in uno stato di bisogno in quanto il rapporto di filiazione ha come unico tratto caratterizzante la responsabilità. Al bisogno e ad altre condizioni sarà possibile dare rilevanza specifica con il testamento, attribuendo la disponibile ovvero prevedendo degli oneri a carico degli altri eredi in favore del figlio minore, bisogno, disabile ecc.

Il ragionamento condotto sul rapporto di filiazione può applicarsi anche al rapporto di ascendenza che dunque non può essere influenzato dallo stato di bisogno. L'ascendente entra in gioco se mancano i figli proprio perché ne costituisce un equivalente e può concorrere con il coniuge, al pari dei figli appunto. L'eliminazione degli ascendenti determinerebbe una *famille sans passe*<sup>(92)</sup>, alterando i con-

generale che regola la materia successoria, quello della scissione che esclude l'idea di una continuità tra defunto ed eredi, prevede la nomina – testamentaria o giudiziale – di un soggetto terzo che procede ad amministrare l'eredità ed, inoltre, concepisce la sottoposizione della successione a leggi diverse con riguardo all'aspetto che viene in considerazione (testamento, beni mobili, beni immobili ecc.). Diversamente gli ordinamenti di civil law sono governati dal principio dell'unità e della continuità e tendono a sottoporre tutta la successione ad una legge unica, individuata sulla base della legge nazionale del defunto o del suo domicilio al momento della morte: cfr. TROMBETTA - PANIGADI, *Verso una disciplina comunitaria delle successioni a causa di morte*, cit., 14 nt. 16; cfr. anche GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti di tutela dei loro diritti*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio ecc.*, cit., 116 s. Da parte sua COMPORZI, *op. ult. cit.*, 30-33, oltre ad esaminare i singoli ordinamenti di common law, ponendone in luce le differenze, fonda la scelta di affidare al giudice la determinazione della quota da attribuire a determinati soggetti non sul *dovere morale* [corsivo nostro che sosteniamo invece la giuridicità di tale dovere] di tutela della famiglia, quanto sulla necessità di assicurare la continuità dei rapporti affettivi esistenti in vita e di soccorrere esigenze alimentari dei sopravvissuti che possono, quindi, identificarsi anche in soggetti diversi dai parenti in senso stretto, come il convivente o la persona mantenuta dal defunto. Per una recente analisi della law of succession in England e Wales cfr. BORKOWSKI, *Succession*, London, 2004, in part. Chapter 6 *Family provision*.

<sup>(92)</sup> MALAURIE, *Le successions. Les libéralités*, cit., 315, là dove commenta l'abrogazione dell'art. 914 code civil vecchio testo, in cui si prevedeva la riserva in favore degli ascendenti, con queste parole: «Cette liberté traduit la cruauté de la société

torni reali della sfera individuale (nel senso sopra individuato) della persona (defunta).

Riguardo al coniuge deve rilevarsi che pure la relazione familiare coniugale deriva da atto di volontà di espansione della propria individualità posta in essere dal soggetto che dunque condiziona, altresì, il proprio potere dispositivo patrimoniale. La scelta di diventare coniuge e di instaurare la relazione familiare di coniugio ha, tuttavia, un «grado» di reversibilità decisamente più ampio di quello attinente al rapporto di filiazione e dunque non appare in contrasto con quanto fin qui affermato dalla proposta di indicare alcune situazioni-tipo sulle quali modulare l'ammontare della quota di riserva in favore del coniuge ovvero di limitare alle donazioni fatte dopo il matrimonio la riunione fittizia e dunque l'ammontare della riserva in suo favore<sup>(93)</sup>. Ma più di ogni altra cosa è necessario tenere conto del regime patrimoniale della famiglia e procedere ad una ragionevole diminuzione della quota di riserva se tra i coniugi vige il regime della **comunione legale**. Andrebbero, altresì, riformate le disposizioni vigenti che prevedono in favore del coniuge superstiti diritti di godimento vitalizio sulla casa destinata a residenza familiare e sui mobili che la compongono (art. 540, 2° co., c.c.) ma ciò senza alterare le effettive condizioni di vita del coniuge – convivente – prima della morte dell'altro coniuge. Anche qui bisognerebbe lasciare spazio alla volontà del *de*

*cuius* che potrebbe escludere tali diritti, espressamente nel testamento per ragioni indicate dal legislatore anche se non tassativamente.

In merito alla questione relativa alla natura e all'oggetto del diritto alla riserva – diritto su una quota dei beni ereditari (assistito da una tutela a carattere reale) ovvero diritto ad una quota di valore a carico dell'eredità, assistito da una tutela a carattere personale<sup>(94)</sup> – può dirsi che si tratta di una scelta solo apparentemente di tipo tecnico ma in realtà incidente in modo sostanziale sulla visione della relazione familiare e della sua rilevanza giuridica.

Ciò che conta non è solo l'attribuzione di un *quantum* qualsiasi agli eredi necessari perché questo significa considerarli dei creditori come tanti, da soddisfare in qualche modo, in base a certe variabili e – in fondo – non si capisce bene per quale ragione. Al contrario, seguendo il percorso fin qui svolto, quello che conta è l'attribuzione di una parte effettiva del patrimonio del defunto perché è su quel patrimonio (e non su un *quantum* generico) che certi familiari (i legittimari) possono avere giustificate aspettative e tutelati diritti. La sfera individuale del defunto, comprendendo in se stessa determinati familiari, li ha resi *ab origine* (sebbene con un termine iniziale identificato nel giorno della morte) titolari (potenziali) dei diritti sui beni a lui facenti capo<sup>(95)</sup> che vanno dunque recuperati anche nei confronti dei terzi acquirenti<sup>(96)</sup>. ■

È necessario procedere ad una ragionevole diminuzione della quota di riserva se tra i coniugi vige il regime della comunione legale

contemporaine. La famille n'est plus accrochée à son passé; elle n'existe que pour l'avenir et peut oublier son origine».

<sup>(93)</sup> Così DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 823, il quale, tuttavia, non manca di segnalare le difficoltà che potrebbero derivare a carico del coniuge da una tale scelta nel caso di concorso con i figli che propongano riduzione verso la donazione più recente, ove questa fosse l'unica successiva al matrimonio. Per ovviare a tale inconveniente basterebbe – ci pare – prevedere che, in tal caso, il coniuge possa, eccezionalmente, agire in riduzione verso le donazioni anteriori al matrimonio.

<sup>(94)</sup> Così COMPORI, *op. ult. cit.*, 30. È vero, infatti, come è stato scritto (cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 666) che il diritto di legittima non è una legittima qualitativa su determinati beni del defunto ma un diritto ad una quota di valore sul patrimonio ereditario e sui beni donati dal defunto fino a realizzare il valore della legittima ma è pur vero che tale valore deve essere realizzato con beni – di qualunque natura – purché compresi nell'asse ereditario ovvero donati. L'unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi del terzo acquirente che può liberarsi dall'obbligo di restituire le cose donate, pagando l'equivalente in denaro (art. 563, 3° co., c.c.). Sul punto cfr. anche DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 823 e *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, cit., 61, là dove analizza il sistema tedesco e la configurazione della legittima come *Pflichtteilsrecht* (§ 2303 BGB), proponendo una riforma del sistema italiano fortemente ispirata alla disciplina germanica.

<sup>(95)</sup> Ciò appare coerente con il principio di continuità che regola la successione a causa di morte in Italia nonché con altre norme codicistiche ed extracodicistiche. Non a caso la formula, in senso lato, dell'«indennità di riserva» è prevista nel nostro ordinamento dall'art. 9 *bis*, l. 1.12.1970, n. 898, in favore del

coniuge divorziato che versi in stato di bisogno e non sia passato a nuove nozze. Egli non ha più con l'ereditando quella specifica relazione familiare che fonda il diritto alla riserva vera e propria (e, infatti, rileva lo stato di bisogno) ma una posizione diversa che giustifica solo il diritto ad un assegno a carico dell'eredità. Eccezionale e di ambito settoriale è il caso del compendio unico in agricoltura (d.lg. 29.3.2004, n. 99: cfr. sul punto AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., 810). Avendo, poi, riguardo all'art. 768 *quater* c.c. non sembra che le previsioni in esso contenute abbiano dato ingresso nel nostro sistema «alla normalizzazione del principio della *reduction en valeur*» (cfr. ancora sul punto AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., 810). In primo luogo può rilevarsi che il dato letterale della norma prevede la liquidazione dei legittimari a carico dei soggetti che hanno ricevuto l'azienda o le partecipazioni, e non a carico del disponente. Inoltre, il fatto che tale possibilità sia concepita in via interpretativa anche a carico del disponente, titolare dell'azienda o delle partecipazioni, non cambia i termini del problema. Essendo, infatti, viventi tutti i soggetti coinvolti nella fattispecie negoziale, non ha ragion d'essere l'idea di continuità tra disponente e legittimari con riguardo al patrimonio del primo, giustificandosi così la possibilità di liquidare la legittima con beni diversi da quelli (che sarebbero) ereditari (in senso proprio) ma che appunto, non essendoci un *de cuius*, ereditari non sono.

<sup>(96)</sup> Ciò su cui si può riflettere è dunque non l'eliminazione della tutela recuperatoria – perché essa risponde appunto ad una logica complessiva governante le norme sulla successione necessaria – ma il tempo e il modo della sua attuazione. La fissazione di un termine di decadenza con l'indicazione precisa del *dies a quo* appare la soluzione più efficiente e ciò anche con riguardo all'opposizione all'atto di donazione (art. 563 c.c.).