

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI E DELLA FAMIGLIA

V

1, 2019



Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto delle successioni e della famiglia, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica di:

- Associazione Civilisti Italiani;
- Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante;
- Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia;
- Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma «La Sapienza»;
- Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi dell'Università del Sannio;
- Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova;
- Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell'Università Statale di Milano;
- Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari «Aldo Moro»;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Parma;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino;
- Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria;
- Dipartimento di Scienze Economiche e Politiche dell'Università della Valle D'Aosta;
- Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento;
- Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*;
- Fondazione Emanuele Casale - Scuola del Notariato della Campania;
- Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino;
- Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile;
- Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato.

Il presente fascicolo è stato pubblicato con il contributo della Fondazione Emanuele Casale – Scuola del Notariato della Campania.

Direzione

Giuseppe Amadio, Vincenzo Barba, Alberto Maria Benedetti, Giovanni Bonilini, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Fabio Padovini, Stefano Pagliantini, Massimo Paradiso, Giovanni Perlingieri, Giuseppe Recinto.

Comitato scientifico internazionale

Roy Alain, Santiago Álvarez González, Ursula Basset, Ana Cañizares Laso, Margarita Castilla Barea, José Ramon de Verda y Beamonte, Anatol Dutta, Antoine Eigenmann, Antonio Estella de Noriega, Augusto Ferrero Costa, María Paz García Rubio, Cecilia Gómez-Salvago Sánchez, Freddy A. Hung Gil, Aida Kemelmajer de Carlucci, Peter Kindler, Simon Laimer, Claudia Lima Marques, Anne Marie Leroyer, Francesca Llodrà Grimalt, Mariel F. Molina de Juan, Juan Antonio Moreno Martínez, Leonardo Pérez Gallardo, Juan Pablo Pérez Velazquez, Pedro Robles Latorre, Nelson Rosenvald, Maria Paz Sánchez Gonzáles, Robert H. Sitkoff, Jeffrey Talpis, Teodora Torres, Antoni Vaquer Aloy, Stephan Wolf, Lihong Zhang.

Comitato scientifico nazionale

Salvatore Aceto di Capriglia, Antonio Albanese, Marco Angelone, Gianni Ballarani, Elena Bellisario, Emanuele Bilotti, Andrea Bucelli, Ciro Caccavale, Francesca Carimini, Cristina Coppola, Alessandra Cordiano, Elisa de Belvis, Francesca Dell'Anna Misurale, Oliviero Diliberto, Andrea Di Porto, Amalia Diurni, Edoardo Ferrante, Gaetano Roberto Filograno, Pietro Franzina, Andrea Fusaro, Marco Galli, Francesco Gerbo, Federica Giardini, Antonio Gorgoni, Michele Graziadei, Mauro Grondona, Sara Landini, Ubaldo La Porta, Francesco Macario, Renato Marini, Andrea Natale, Gianluca Navone, Fabrizio Panza, Sandra Passinhas, Francesco Paolo Patti, André Pereira, Raffaele Picaro, Gian Maria Piccinelli, Maria Porcelli, Massimo Proto, Vincenzo Putortí, Rolando Quadri, Adelaide Quaranta, Ilaria Riva, Giuseppe Werther Romagno, Filippo Romeo, Domenico Giovanni Ruggiero, Domenico Russo, Francesco Sangermano, Stefania Stefanelli, Laura Tafaro, Ignazio Tardia, Marco Tatarano, Maria Francesca Tommasini, Francesco Paolo Traisci, Antonio Tullio, Loredana Tullio, Alessia Valongo, Alberto Venturelli, Camillo Verde, Vincenzo Verdicchio, Fabrizio Volpe, Pietro Virgadamo, Virginia Zambrano.

Comitato editoriale

Emanuela Migliaccio (caporedattore), Marcello D'Ambrosio (responsabile della redazione), Erica Adamo, Giovanni Adezati, Luca Ballerini, Sonia Tullia Barbaro, Francesca Bartolini, Giorgia Biferali, Francesco Bilotta, Barbara Borrillo, Matteo Ceolin, Stefano Deplano, Daniela di Benedetto, Antonio di Fede, Alberto Paolo Di Flumeri, Ettore William Di Mauro, Giovanni Di Lorenzo, Daniela Di Ottavio, Marco Farina, Maurizio Ferrari, Matteo Maria Francisetti Brolin, Luca Ghidoni, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Pasquale Laghi, Giuseppe Liccardo, Carmine Maiorano, Alberto Marchese, Francesco Meglio, Lalage Mormile, Antonio Nappi, Gabriele Salvi, Benedetta Sirgiovanni, Marco Tanzillo, Anna Chiara Zanuzzi, Mariacristina Zarro, Irene Zecchino.

Osservatorio

Davide Achille, Luca Bardaro, Emanuele Calò, Paolo De Martinis, Nicola Di Mauro, Paola D'Ovidio, Rosario Franco, Francesco Gerbo, Vincenzo Miri, Gabriele Perano, Gaetano Petrelli, Carmine Romano, Stefano Sajevo, Claudio Santamaria.

I lavori pubblicati in questo numero sono di: Gianni BALDINI, dott.; Gianni BALLARANI, straord. Pontificia univ. Lateranense; Giovanni BONILINI, ord. univ. di Parma; Maddalena CINQUE, ass. univ. di Padova; Nicola CIPRIANI, ord. univ. di Bari LUM «Jean Monnet»; Chiara GHIONNI, dott. di ricerca; Stefania GIOVA, ord. univ. del Molise; Isabella MARTONE, dott. ricerca; Massimo PARADISO, ord. univ. di Catania; Giovanni PERLINGIERI, ord. univ. della Campania «Luigi Vanvitelli»; Marco RIZZUTI, dott.; Irma SASSO, dott. di ricerca; Marco TATARANO, ass. univ. di Bari; Aquila VILLELLA, ord. univ. di Catanzaro; Petro VIRGADAMO, ass. univ. Libera Università «Maria SS. Assunta».

Criteria di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

I contributi pubblicati sulla Rivista *Diritto delle successioni e della famiglia* sono tutti sottoposti a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del *Comitato esterno di valutazione* e/o ad altri *referee* esterni scelti tra studiosi (italiani e stranieri) affiliati ad Università ed enti o istituti di ricerca ovvero tra Alti Esperti provenienti da istituzioni di comprovata qualificazione e prestigio, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista. L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove integralmente o parzialmente, in altra rivista o in banche dati, senza il consenso scritto della Direzione e dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni* della Rivista.

Comitato esterno di valutazione

Roberto Amagliani, Franco Anelli, Luca Barchiesi, Giovanni Francesco Basini, Mirzia Bianca, Roberto Bocchini, Enrico Camilleri, Gabriele Carapezza Figlia, Roberto Carleo, Valeria Caredda, Achille Antonio Carrabba, Donato Carusi, Michela Cavallaro, Giovanna Chiappetta, Giovanni Chiodi, Cristiano Cicero, Vincenzo Cuffaro, Giovanni D'Amico, Enrico Damiani, Andrea D'Angelo, Maria Vita De Giorgi, Francesco Delfini, Stefano Delle Monache, Enrico del Prato, Francesco Di Ciommo, Maria Gigliola di Renzo Villata, Andrea Federico, Gilda Ferrando, Giampaolo Frezza, Emanuela Giacobbe, Fulvio Gigliotti, Stefania Giova, Patrizia Giunti, Attilio Gorassini, Gioacchino La Rocca, Elena La Rosa, Raffaele Lenzi, Marcello Maggiolo, Manuela Mantovani, Antonio Masi, Marisaria Maureri, Andrea Mora, Enrico Moscati, Mauro Orlandi, Rosanna Pane, Antonio Palazzo, Ferdinando Parente, Concetta Parrinello, Mauro Pennasilico, Dianora Poletti, Stefano Polidori, Francesco Prospero, Francesco Ruscello, Tommaso Vito Russo, Andrea Sassi, Roberto Siclari, Pietro Sirena, Antonella Tartaglia Polcini, Andrea Zoppini.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 2 del 10 febbraio 2015.
Responsabile: Fabrizio Volpe

INDICE

Editoriale

GIOVANNI PERLINGIERI, Discriminazione di coppie eterosessuali?	1
--	---

SAGGI

GIANNI BALDINI, L. 219/17: minori, incapaci e autodeterminazione terapeutica tra luci e ombre	7
GIANNI BALLARANI, Verso la piena autonomia privata in ambito familiare?	27
MADDALENA CINQUE, La famiglia si allarga ai «nonni sociali»	49
NICOLA CIPRIANI, Le unioni civili nel sistema delle fonti italo-europee	67
CHIARA GHIONNI, Conto corrente bancario cointestato con il <i>de cuius</i> e accettazione tacita dell'eredità	89
STEFANIA GIOVA, I minori stranieri non accompagnati nella l. n. 47 del 2017: la necessità di un intervento organico per un effettivo esercizio dei loro diritti	109
ISABELLA MARTONE, La «sospensione dalla successione» tra vecchie e nuove questioni del diritto <i>mortis causa</i>	125
MASSIMO PARADISO, Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari	159
IRMA SASSO, La tutela dei dati personali 'digitali' dopo la morte dell'interessato (alla luce del regolamento UE 2016/679)	181
MARCO TATARANO, Il sistema delle tutele dei creditori particolari del legittimario leso	207
PIETRO VIRGADAMO, La <i>kafalah</i> tra ordine pubblico, miglior interesse del minore e tutela integrale della persona	247

DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA

MARCO RIZZUTI, Successioni transnazionali e pubblicità dell'acquisto dei legati [Nota a Corte giust., 12 ottobre 2017, C-218/16]	271
AQUILA VILLELLA, Il diritto dell'adottato a conoscere l'identità dei fratelli biologici [Nota a Cass., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 6963]	289

PARERI

GIOVANNI BONILINI, Collazione e perimento del bene ricevuto in donazione	321
--	-----

GIANNI BALLARANI

VERSO LA PIENA AUTONOMIA PRIVATA IN ÀMBITO FAMILIARE?*

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. La tesi. – 3. La conseguenza: il bivio fra eteronomia ordinamentale e autonomia privata. – 4. Il dato: la sufficienza dell'autonomia privata. – 5. L'analisi: il contesto del diritto matrimoniale. – 6. La mutata dimensione rimediale. – 7. La posizione intermedia delle unioni civili. – 8. La permeabilità bidirezionale tra matrimonio e unioni civili. – 9. La contrattualizzazione delle relazioni affettive. – 10. L'elemento di rottura: il contratto di convivenza. – 11. L'affermata sufficienza dell'autonomia privata. – 12. La sintesi. – 13. La proposta di un modello unitario. – 14. Il pregio dell'ipotesi: oltre i rapporti di coppia. – 15. Il differente profilo rimediale. – 16. Il limite all'autonomia privata: il superiore interesse del minore. – 17. Epilogo.

1. La coerenza degli istituti che compongono un sottosistema normativo si riflette tanto all'esterno, dovendo questi confrontarsi col contesto sociale che giustifica l'assetto dei parametri regolativi posti, quanto all'interno, dovendo i medesimi corrispondere ai principi sostanziali e formali a fondamento, non solo del sottosistema stesso, quanto del piú ampio sistema normativo che lo contiene. Il variare del contesto sociale può ben determinare, per un verso, una ridefinizione delle regole che governano un istituto e, per altro verso, il sorgere di istituti nuovi, dandosi con ciò rilevanza giuridica a situazioni in cui emergono interessi che, siccome ritenuti meritevoli di protezione normativa, vengono per tal via accolti in situazioni giuridiche soggettive al fine di modularne gli effetti.

In questi casi, le nuove regole e i nuovi istituti non possono però sottrarsi al vaglio di coerenza con il sottosistema originario e con il sistema che lo contiene, in quanto ogni intervento modificativo o integrativo, incidendo sull'intera struttura, determina uno sbilanciamento rispetto all'asse portante suo proprio che non può non essere considerato ai fini della stabile tenuta dell'insieme.

In questo senso, la coerenza rappresenta una sorta di (invisibile) linea

* Il saggio riproduce, con l'aggiunta di ampliamenti e integrazioni, la relazione tenuta nella sessione romana del Convegno su Poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca, organizzato da P. Sirena e A. Zoppini (Roma, Università degli Studi Roma Tre, 27 ottobre 2017; Milano, Università Commerciale L. Bocconi, 9 novembre 2017).

di confine, superata la quale il sottosistema vacilla o implode, a seconda del tipo e della qualità di ogni singolo intervento, nonché del numero di interventi che nel tempo si susseguono, il tutto a prescindere dalla rispondenza ai parametri costituzionali ed europei dei singoli interventi che, in ogni caso, ben può essere rispettata o comunque argomentata.

Ebbene, con riguardo al sottosistema del diritto matrimoniale della famiglia, questa linea di confine sembra prossima ad un inesorabile, irreversibile e definitivo superamento, rendendo presumibilmente necessaria in un futuro prossimo una vera e propria nuova codificazione della materia¹, rispetto alla quale queste brevi riflessioni si vorrebbero orientare, non per proporre soluzioni, bensì per porre il problema, nella romantica e utopistica speranza di poterlo scongiurare.

Il lavoro – stimolato da una recente rilettura di un’opera di chi² ha l’indubbio pregio di consegnarci pensieri che superano la contingenza dell’impulso creativo per rimanere nella loro immutata attualità fonte continua di ispirazioni e di riflessioni – muove, pertanto, dal tentativo di fotografare sotto una diversa angolazione il diritto delle «relazioni affettive» come risultante dalla stratificazione degli interventi normativi in materia, proponendone una chiave di lettura differente e una ipotesi ricostruttiva delle possibili ricadute di sistema³.

2. I presupposti per il definitivo superamento della linea di confine cui s’è fatto cenno, ritengo si siano realizzati nel quadro della moltiplicazione dei modelli giuridici familiari operata con la l. 20 maggio 2016, n. 76, a séguito della correlata scelta (assunta nella presumibile inconsapevolezza della conseguente eterogenesi dei fini), di ripartire il piano normativo dei rapporti familiari in due contrapposti sistemi: quello pubblicamente formalizzato (che accomuna matrimonio e unioni civili) e quello privatamente costituito (stabili convivenze affettive etero e omosessuali contrattualizzate e non).

Lo spettro delle relazioni da regolare giuridicamente poteva ritenersi, infatti, esaurito, alternativamente, predisponendo un quadro di regole per

¹ L’esigenza di una rimeditazione dei parametri fondativi del sistema civilistico appare, del resto, di notevole attualità, come dimostrato dal Convegno di Studi «Un *fitness check* per il codice civile italiano. Verso una ricodificazione?», organizzato da Pietro Sirena e svoltosi alla Università Bocconi il 23 gennaio 2018.

² C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

³ Il presente lavoro si propone in continuità con la tesi sostenuta in G. BALLARANI, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Napoli, 2018, alla luce delle prime riflessioni sulla l. 20 maggio 2016, n. 76, svolte in Id., *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 3, p. 623 ss.

i rapporti affettivi omosessuali⁴, ovvero disponendo in ordine alle relazioni affettive fra conviventi a prescindere dal sesso.

Per converso, il legislatore ha deciso di intervenire su entrambi i fronti con quel differente approccio che motiva la proposta riflessione, ad un tempo creando il modello para-coniugale delle unioni civili e trasponendo dal piano del fatto a quello del diritto le libere convivenze etero ed omo sessuali.

La moltiplicazione dei modelli giuridici per la costituzione e la gestione dei rapporti affettivi e, soprattutto, il riparto fra modelli a costituzione pubblica e modelli a costituzione privata, determinando una paradossale dicotomia nell'oscillare tra aperture alla autonomia privata in un'ottica di *Deregulierung*⁵ e contrapposte affermazioni di eteronomia ordinamentale, appare, invero, intrinsecamente insostenibile, non tanto – o non soltanto – per l'economia degli strumenti giuridici, quanto piuttosto per una esigenza di recupero alla coerenza sua propria del sistema, in quanto tutte queste situazioni sono oggi indiscutibilmente accomunate in modo drammaticamente indistinto sul terreno del diritto civile dalla assunta rilevanza della «causa» affettiva estesa oltre la forma coniugale sino a ricomprendere ogni sorta di stabile relazione.

3. La necessità di risolvere questa dicotomica oscillazione credo sarà la vera sfida che la scienza giuridica (non solo italiana ma anche europea) sarà chiamata ad affrontare e risolvere in un futuro prossimo, posta com'è innanzi al bivio fra ritenere indispensabile l'intervento pubblico sia nella fase costitutiva delle relazioni affettive sia in quella estintiva, ovvero il dare pieno ed esclusivo séguito all'aver affermato in punto di formante normativo la sufficienza dell'autonomia privata ai fini della costituzione, della regolamentazione e della estinzione delle relazioni affettive in genere.

Qualora ci si dovesse orientare verso la prima direzione – che, per quanto

⁴ Al riguardo, occorre precisare come, sebbene il binario parallelo creato per le unioni civili rimanga comunque argomentabile in punto di diritto per l'ancoraggio costituzionale agli artt. 2 e 3 cost., che consente di affermare la (astratta) indipendenza costituzionale della famiglia coniugale in forza della esclusività dell'art. 29 cost., deve, del pari, considerarsi come detta norma non possa non estendersi agli uniti civilmente e, conseguentemente, venga meno ogni riserva costituzionale ad esclusivo appannaggio della sola famiglia coniugale; sicché dei due paradossi l'uno: o abbiamo assistito all'abrogazione implicita da parte di una legge ordinaria dello Stato di una norma costituzionale, dovendosi considerare l'art. 29 *sic et simpliciter* lettera morta; o, per converso, abbiamo assistito alla modificazione implicita da parte di una legge ordinaria dello Stato della norma costituzionale: cfr. al riguardo, le argomentazioni in G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 623 ss.; cfr. altresì N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 39 ss., spec. p. 48 s.

⁵ F.D. BUSNELLI e M.C. VITUCCI, *Frantumi europei del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss., spec. p. 771.

auspicabile, pare ormai difficilmente percorribile in ragione della irreversibilità della attribuzione di situazioni giuridiche soggettive – a ciò seguirebbe la conseguente compressione massima dell'autonomia privata, tornando a (dover) ritenere indisponibile la maggior parte delle situazioni giuridiche che sorgono con la certificazione pubblica delle unioni (coniugali e civili) e con un conseguente ritorno all'irrelevanza giuridica delle situazioni di fatto⁶.

Volendosi ritenere imprescindibile, infatti, secondo tradizione, il «crisma» laico della formalizzazione dei rapporti che chiama in causa la «celebrazione»⁷ nello scambio dei consensi innanzi all'ufficiale di stato civile e l'intervento pubblico (ormai parziale e solamente eventuale) nello scioglimento del rapporto, si dovrà, conseguentemente, ritenere (come del resto sarebbe dovuto essere) frutto di libera scelta il convivere senza formalità e il correlato rifiuto di ogni effetto giuridico che, per converso, seguirà il solo innalzamento sul piano della rilevanza giuridica del rapporto, reso attraverso le vie (matrimonio o unione civile) normativamente previste (fin tanto che queste non confluiranno eventualmente in una unica, come, del resto, è accaduto in Germania); sicché ogni ingerenza da parte dello Stato in queste realtà che volutamente rimarrebbero di fatto, dunque non di diritto, non solo non avrebbe senso, bensì (così come oggi già appare) costituirebbe una violazione dell'art. 8, comma 2, della Cedu per una ingiustificata e ingiustificabile ingerenza nella sfera privata⁸ in quanto, *ope legis*, accomunata a quella familiare⁹.

Se, per converso, si volesse scegliere l'opposta e innovativa direzione dell'autonomia privata, a ciò dovrebbe seguire, come debita conseguenza

⁶ Ciò comporterebbe il tornare ad inquadrare quanto spontaneamente prestato dalle parti di questi rapporti entro l'alveo delle obbligazioni naturali e qui il problema della irreversibilità della attribuzione di situazioni giuridiche soggettive: in proposito, cfr. A. SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1092 ss.

⁷ Non può negarsi, infatti, che il termine «costituzione» reso per le unioni civili fosse da intendersi come «celebrazione» sin dalla entrata in vigore della l. n. 76 del 2016 e lo sia in modo non revocabile in dubbio con l'entrata in vigore del d.lg. 19 gennaio 2017, n. 5; al riguardo, cfr. C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenza. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lg. n. 5/2017; d.lg. n. 6/2017; d.lg. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 432 ss. ed *ivi* G. BALLARANI, *Commento all'art. 1, comma 19*, p. 227 ss.

⁸ Cfr. G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 645.

⁹ In argomento, si legga M. ALBINI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi dell'Ordinamento interno*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supp. al vol. XL, 2008, n. 12 di *Giur. mer.*, p. 54 ss., spec. p. 57; G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 495 ss., spec. p. 500 ss.; cfr., inoltre, F. ROMEO, in F. ROMEO e M.C. VENUTI (a cura di), *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 982.

della presa d'atto della non necessità dell'intervento dello Stato nella formalizzazione delle relazioni affettive medesime, la correlata definitiva rinuncia ordinamentale alla formalizzazione solenne della costituzione dei rapporti, ossia ad ogni forma di celebrazione pubblica, pur nel rispetto dell'esigenza di mantenere immutato il dovere ordinamentale di predisporre il quadro entro il quale contenere l'autonomia privata nelle determinazioni di coppia.

Ciò sarebbe, peraltro, in linea – o quantomeno armonizzabile – con quanto disposto all'art. 12 della Cedu, se inteso nel senso di scindere il diritto di sposarsi (che rimarrebbe così fondamentalmente ancorato alla libertà religiosa)¹⁰, dal diritto di formare una famiglia¹¹ (secondo il parametro dell'autonomia privata).

In questa prospettiva non può però omettersi di considerare la stringente necessità di far salvo il debito e imprescindibile intervento pubblico a fronte dell'esigenza di disciplinare le sorti dei figli minori o maggiorenni non autosufficienti, secondo gli autonomi parametri delle regole sul rapporto genitori-figli nelle fasi fisiologiche e patologiche dei rapporti di coppia.

4. Che la seconda ipotesi prospettata non sia poi così distante dal poter trovare concreto accoglimento, trova conforto argomentando in ordine alla già non agevole qualificabilità in termini «personali», non tanto dei negozi costitutivi delle nuove relazioni di coppia (unioni civili e contratti di convivenza)¹², quanto piuttosto del matrimonio medesimo, alla luce di quel percorso normativo e giurisprudenziale che dalla iniziale privatizzazione della materia, sta conducendo ad una vera e propria patrimonializzazione del rapporto coniugale.

È fuori di dubbio, infatti, come il processo di privatizzazione in parola, negli ultimi anni abbia subito una forte accelerazione, così come posto in luce dalla dottrina¹³, conducendo a determinanti risultati, sia sul piano del formante normativo, sia su quello giurisprudenziale.

¹⁰ G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., p. 129 ss.

¹¹ Corte Edu, 21 luglio 2015, nn. 18766/11 e 36030/11, Oliari e altri c. Italia, *ex pluribus* in *Fam. dir.*, 2015, p. 1069 ss., con nota di P. BRUNO, *Oliari contro Italia: la dottrina degli «obblighi positivi impliciti» al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*; Corte Edu, 24 giugno 2010, n. 30141/04, Schalk e Kopf c. Austria, *ex multis* in *Dir. um. dir. int.*, 2010, p. 639. Sulla incidenza del diritto europeo nella formazione dei nuovi paradigmi del diritto di famiglia, cfr., *ex multis*, F. RUSCELLO, *La famiglia fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Famiglia*, 2001, p. 697 ss.; M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 129 ss.

¹² G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 623 ss.

¹³ *Ex multis*, L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. fam.*

Volendo così riepilgarne sommariamente i passaggi cruciali, occorre considerare tre distinti momenti, relativi alla disciplina matrimoniale, alle unioni civili e, da ultimo, alle convivenze contrattualizzate, dovendosi intendere la l. n. 76 del 2016 come implicito epilogo del percorso.

5. Avuto riguardo al diritto matrimoniale, ci si vuol riferire, nello specifico, a quel processo di radicale rimediazione orientato ad accordare spazi sempre maggiori all'autonomia privata nella gestione delle patologie delle relazioni ove, muovendo dall'assunta ammissibilità dello scioglimento dai vincoli, si è giunti a ritenere prescindibile ogni intervento pubblico, con la correlata implicita rinuncia ordinamentale a mantenere inalterato l'interesse pubblico verso la famiglia.

Tutto ciò è lo specchio su cui si riflette il profondo e radicale scostamento delle regole di diritto matrimoniale rispetto alla tradizionale cornice di principi che governavano l'intero sistema del diritto di famiglia, incentrato com'era sul modello unico della famiglia legittima coniugale e i cui diritti corollari erano la legittimità della filiazione e la successione legittima.

Il sistema in parola poggiava, infatti, su due principi di fondo:

– il primo, legato all'inidoneità del diritto a governare i fatti di sentimento¹⁴, che conteneva l'intervento dell'ordinamento entro i limiti dell'oggettiva esigenza di tutela della famiglia nel suo insieme e dei singoli membri nello specifico¹⁵;

– il secondo, strettamente connesso al primo, relativo all'interesse pubblico per la famiglia¹⁶ che, poggiando sul considerare la famiglia fonda-

pers., 2016, II, p. 221 ss.; N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in G. FREZZA (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 17 ss.; A. NICOLUSSI, *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali*, in O. FUMAGALLI CARULLI e A. SAMMASSIMO (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano, 2015, p. 385 ss.

¹⁴ A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, p. 315 ss., ed ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 435 ss. (dal quale si cita).

¹⁵ Sono, del resto, i canoni naturalistici del vivere in comune (l'affetto, la solidarietà, il prendersi cura dell'altro, il condividere lo stesso spazio, il fare e il crescere i figli) a segnare la soglia oltre la quale il mare del diritto non poteva spingersi, cogliendosi in ciò il senso della nota definizione della famiglia offerta da A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 38; in proposito, cfr., altresì, A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 329 ss., spec. p. 338.

¹⁶ La spia dell'interesse pubblico verso di la famiglia è rappresentata dal rilievo dato dall'art. 29, comma 2, cost. alla «unità» di questa, dato il valore etico-sociale della famiglia come società nella società: cfr., al riguardo, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, p. 528; G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 481 ss., poi pubblicato in V. SCALISI (a cura di),

mentale corpo intermedio tra lo Stato e l'individuo¹⁷, imponeva ai coniugi stringenti regole inderogabili, comprimendone l'ambito dell'autonomia privata¹⁸.

In proposito occorre, innanzitutto, precisare, però, come l'interesse pubblico verso la famiglia non abbia importato il ricondurre le regole che la governano al diritto pubblico¹⁹: piuttosto, in armonia con autorevole dottrina²⁰, ciò ha condotto ad affermare la rispondenza dell'interesse familiare ad esigenze ad un tempo superindividuali e statali, intendendosi il diritto di famiglia «un sistema di norme preminentemente “di ordine pubblico”»²¹ e giustificando, per tal via, l'inderogabilità delle regole.

Alla luce del primo principio, si giustifica il senso dell'art. 29 cost., non solo nella parte in cui esprime l'esigenza di tutela ordinamentale verso l'unità della famiglia²², bensì anche nella previsione di apertura, secondo cui la Repubblica «può» riconoscere i comportamenti spontaneamente assunti dai componenti di una relazione affettiva in termini di diritti e di doveri, ossia di situazioni giuridiche soggettive proprie, solo se e quando quella società naturale che è la famiglia decide di formalizzare giuridicamente il rapporto affettivo attraverso la solennità del matrimonio²³: in questa pro-

Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa, Milano, 2007, p. 479 ss. (dal quale si cita), spec. p. 482, ed ora accolto in G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2011, p. 33 ss.; A. TRABUCCHI, *Pas par cete voie*, cit., p. 339.

¹⁷ Del resto, il contesto in cui si affermarono e maturarono questi postulati era quello tradizionale in cui non era in discussione l'intendere la famiglia come «società intermedia tra l'individuo e lo Stato» (A. TRABUCCHI, *Pas par cete voie*, cit., spec. p. 336; in termini analoghi, M.J. ARROBA CONDE e M. RIONDINO, *Introduzione al diritto canonico*, Firenze, 2015, p. 119.); la funzione alla quale la famiglia era preposta, infatti, non era solamente volta a favore dei coniugi, bensì dell'intera collettività, proiettandosi gli effetti della solidarietà coniugale anche all'esterno: v. A. NICOLUSSI, *Che cos'è il matrimonio (Recensione a S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, Che cos'è il matrimonio)*, Milano, 2015), in *Eur. dir. priv.*, 2015, 4, p. 977 ss., spec. p. 980.

¹⁸ Per ogni approfondimento al riguardo, si rinvia a G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., p. 32 ss.

¹⁹ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, Messina-Milano, 1926, p. 472.

²⁰ D. BARBERO, *Sistema*, cit., p. 529.

²¹ D. BARBERO, *o.l.u.c.*; A. CICU, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 371 ss., spec. p. 384; ID., *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim.*, 1955, p. 1 ss., ove rimeditò la posizione precedentemente espressa in ID., *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, *passim*, ma spec. p. 9.

²² Il riflesso dell'impronta personalistica e solidaristica nella sistematica del diritto di famiglia è posto in rilievo da G. GIACOBBE, *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, in *Iustitia*, 1999, p. 242 ss., ed ora in ID., *La famiglia nell'ordinamento*, cit., p. 11; P. PERLINGIERI, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 13 ss., spec. p. 13.

²³ Cfr. G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 625 ss.

spettiva, il matrimonio «era», infatti, il solo strumento giuridico attraverso il quale dare rilevanza alla relazione affettiva rendendola idonea alla produzione degli effetti così come previsti tassativamente dall'ordinamento.

Il secondo principio si riflette, invece, sulla natura stessa del matrimonio che, se in ragione della centralità del volere delle parti nella fase costitutiva del rapporto, si inquadra entro l'alveo del negozio giuridico, in forza dell'interesse pubblico, vuole massimamente compressa la libera determinazione degli assetti fra le parti.

Sicché, il matrimonio come negozio, pur accomunato in ciò con il contratto²⁴, da questo si distingue²⁵, mutuando la propria disciplina dal contratto solo entro limiti di compatibilità²⁶.

La prevalenza ordinamentale delle ragioni personali – tradotta nella correlata prevalenza giuridica degli effetti personali su quelli patrimoniali – determinava, così, ad un tempo, l'ascrivibilità del matrimonio entro il quadro dei negozi giuridici personali a carattere familiare e la specificità del piano rimediabile tradizionale. E non è chi non veda come la modifica dell'uno o dell'altro e, ancor di più, la modifica di entrambi, inevitabilmente si riversi sulla qualificabilità dell'istituto in termini personali, offuscandone i tratti di distinzione rispetto al contratto.

6. La tesi che in questa sede si propone muove dal considerare le conseguenze del sempre più irreversibile abbandono di ogni rilievo pubblicitario della famiglia e della correlata apertura a spazi di sempre maggiore autonomia privata ad opera dei formanti in materia di matrimonio che, nel loro insieme, svelano implicitamente il passaggio dalla privatizzazione alla patrimonializzazione.

La principale spia della crisi dei due principi al fondo dell'istituto matrimoniale è, infatti, rappresentata dalla volontà di ripensamento del sistema rimediabile proprio del diritto coniugale, tanto dal punto di vista del fondamento, quanto sotto il profilo teleologico.

²⁴ La natura negoziale del matrimonio, è attualmente pacificamente ammessa: *ex multis*, G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, in ID., M. FORTINO e F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 123 ss., spec. p. 162, in forza della centralità attribuita alla volontà dei nubendi come elemento costitutivo della fattispecie, dandosi rilievo alla libera determinazione dei privati in tal senso.

²⁵ Cfr. G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, cit., p. 163; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, Milano, 2014, p. 33 ss.; A. FALZEA, *Conclusioni*, in S. BERLINGÒ, S. BORDOLNALI, G. CATALANO, L. DE LUCA, A. FALZEA, F. FINOCCHIARO e P. RESCIGNO, *Il matrimonio concordatario oggi* (Estratto dal volume a cura di S. BORDOLNALI e A. PALAZZO, *Concordato e legge matrimoniale*), Napoli, 1990, p. 131 ss., spec. p. 136.

²⁶ G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, cit., p. 163.

Sotto il primo profilo, al di là delle prime aperture alla privatizzazione operate con la legge sul divorzio²⁷ e con la ridefinizione dei paradigmi della separazione nel 1975, che affermarono un modello matrimoniale di stampo individualistico ove si dava maggior rilievo alla volontà dei singoli²⁸, il dato emerge considerando, per un verso, la drastica riduzione dei tempi della separazione per l'accesso al divorzio ad opera della l. 6 maggio 2015, n. 55 sul c.d. divorzio breve²⁹ che svela la tendenza a ritenere anacronistica la separazione³⁰ e, per altro verso, la rinuncia da parte dell'ordinamento alla propria funzione di garanzia e controllo della conformità delle determinazioni fra le parti nella sospensione e nello scioglimento del vincolo coniugale all'interesse superiore della famiglia (posta in ragione della proiezione costituzionale verso l'unità familiare), resa esplicita con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, poi convertito con modifiche nella l. 10 novembre 2014, n. 162 sulla negoziazione assistita da parte degli avvocati³¹.

Sotto il secondo profilo, emerge la correlata spinta giurisprudenziale al ridimensionamento dei profili di rilevanza personale tipici del rapporto di coniugio (con particolare riguardo alla coabitazione e alla fedeltà ai fini della dichiarazione di addebito della separazione) che rappresentavano, ad un tempo, la ragione della peculiarità delle regole e dei correlati rimedi (data la matrice personalistica, solidaristica e altruistica dei convergenti in-

²⁷ M. SESTA, *La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 567 ss., spec. p. 573 ss.

²⁸ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, in *Jus civile*, 2015, 1, p. 1 ss., spec. p. 3.

²⁹ Cfr., in proposito, da ultimo, C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *La crisi della famiglia*, II, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2015, p. 15 ss.; M. SESTA, *La famiglia*, cit., p. 574 ss.

³⁰ Tendenza poi confermata dalla mancata inclusione del rimedio della separazione per le unioni civili, a cui si affianca l'ulteriore conferma con il d.d.l. in Senato per lo stralcio dell'art. 143 c.c. (Senato della Repubblica, XVII Legislatura, disegno di legge n. 2253 recante «Modifiche all'art. 143 del codice civile, in materia di soppressione dell'obbligo reciproco di fedeltà tra i coniugi»). In proposito, cfr. M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881 ss.; G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.; E. QUADRI, «Unioni civili fra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: il non facile ruolo che la legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, p. 893 ss.

³¹ Questa prevede, infatti, l'intervento dello Stato solo ed esclusivamente nell'ipotesi della presenza di figli minori o non autosufficienti, ritenendo con ciò la sufficienza dell'autonomia privata in ordine alle determinazioni medesime. Al riguardo, v. M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 285 ss.; ID., *La famiglia*, cit., spec. p. 574 ss.; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio*, cit., p. 3.

teressi dei nubendi posti a fondamento del negozio matrimoniale) e il tratto di distinzione principale rispetto ai negozi a carattere patrimoniale³².

Al riguardo, pare giusto il caso di osservare come il ridimensionamento della rilevanza giuridica dei profili personali e lo svilimento della funzione della separazione dimostrino in modo implicito la volontà di affranca-mento del negozio matrimoniale da quei paradigmi che maggiormente ne consentivano il profilo di distinzione rispetto al contratto e che erano rappresentati proprio dalla specificità del rimedio della separazione a garanzia della precipua tutela degli interessi personali e familiari – dunque, non patrimoniali – che maggiormente qualificavano la natura del negozio in termini personali, in ragione della incoercibilità dei doveri in parola.

A ciò non può non aggiungersi il rilievo dato alla patrimonializzazione degli affetti ad opera dell'apertura del piano rimediale all'illecito endofamiliare, proprio in forza della ritenuta insufficienza degli strumenti tradizionali e specifici rispetto alla esigenza di soddisfare l'interesse leso dalla violazione dei doveri di natura personale³³.

Peraltro, la logica al fondo del voler negare l'esigenza della provvisoria sospensione dei diritti e dei doveri coniugali e la rinuncia ordinamentale all'intervento pubblico nella fase patologica del rapporto, sembrano trovare ragione in una visione, derivante dal passaggio dal soggetto in astratto alla persona in concreto³⁴, volta a sostituire alla dignità, l'autodeterminazione: la prima, intesa come principio cardine dell'ordinamento costituzionale e declinata anche in chiave di protezione dell'individuo da sé stesso oltre che nel confronto con altri, vuole il diritto chiamato ad assolvere la propria funzione ordinante i rapporti tra consociati (segnando

³² G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 642 ss.

³³ In proposito, cfr. S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim*; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.; P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1894 ss. Sul fronte giurisprudenziale, cfr., *ex pluribus*, Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, in *Giur. it.*, 1997, p. 843, con nota di A. AMATO, *Giudizio di separazione: l'addebito; il tenore di vita; l'indennità per le opere di miglioramento dell'immobile in cui è stabilita la residenza familiare; il diritto di ritenzione*; Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Studium iuris*, 2001, p. 216, con nota di A. SCALERA, *Danno esistenziale*; Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Danno resp.*, 2006, p. 42, con nota di F. GIAZZI, *Anche i matrimoni in bianco hanno un costo*. In tema si vedano, inoltre, Cass., 15 settembre 2011, n. 18853; Cass., 10 aprile 2012, n. 5652; Cass., 22 novembre 2013, n. 26205; Cass., 1 marzo 2018, n. 4802.

³⁴ G. OPPO, *Diritto positivo, diritto "sociale" e diritto naturale*, in P. SIRENA (a cura di), *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 2011, p. 83 ss.; ID., *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 1 ss.; ID., *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 259 ss.; ID., *Scienza, diritto, vita umana, ivi*, 2002, I, p. 11 ss.

in senso forte il confine fra ciò che può consentirsi e ciò che deve vietarsi, ossia fra il lecito e l'illecito); la seconda, intesa come assoluto, rispetto al quale il diritto dovrebbe chiamarsi indietro, ovvero assecondarlo, sembrerebbe volere l'ordinamento in funzione servente la scelta individuale³⁵.

In questa prospettiva, anche nel matrimonio viene ad assumere rilievo primario la piena e incondizionata realizzazione di sé e della propria libertà personale, sicché la famiglia coniugale appare aver senso fino a quando risponda all'interesse del singolo coniuge, ammettendo il vincolo sino a che questo risponda alla idea uni-soggettiva della realizzazione di sé stessi, sicché, una volta superata la soglia, divenendo il matrimonio di ostacolo alla libertà personale individuale, emerge l'esigenza di accordare a ciascun coniuge strumenti idonei a garantirgli la realizzazione della propria insindacabile facoltà di sciogliersi dal vincolo, rimuovendo l'atto e risolvendo il relativo rapporto, caducandone l'effetto celermente e semplicemente³⁶.

Sicché è agevole riflettere su come questi nuovi rimedi vengano oggi assunti a mo' di strumenti ad azionabilità incondizionata e di insindacabile applicabilità, non contro ragioni obiettive di intollerabile prosecuzione della convivenza a protezione della persona, bensì per motivi soggettivi invocabili in ogni momento, come se fossero parte integrante dell'istituto matrimoniale stesso o, in altri termini, mezzi di recesso unilaterale *ad nutum* dal vincolo³⁷.

7. Se già solamente da queste prime riflessioni si intravede con chiarezza la lenta ma inesorabile deriva neo-patrimonialistica che sta conducendo ad una vera e propria contrattualizzazione dei rapporti affettivi, con il passaggio da «partner» a «parti»³⁸, dimostrando il progressivo distacco dell'insieme delle nuove regole dal sistema codicistico originario, è volgendo lo sguardo al contesto normativo delle unioni civili e delle convi-

³⁵ Con riguardo alla salute, cfr., *ex multis*, Cass., 14 gennaio 1998, n. 208, in *Quadrimestre*, 1988, p. 433, nonché Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss.; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, spec. p. 49.

³⁶ G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., p. 93 ss.

³⁷ G. GIACOBBE, *La famiglia dal codice civile*, cit., p. 242 ss.

³⁸ Tutto ciò, peraltro, in un contesto ove tanto è stato fatto nell'opposto segno della c.d. «depatrimonializzazione»: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 717 ss.; ID., *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; ID., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.; DE CUPIS, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482.

venze che la riflessione meglio si radica trovando ulteriore conforto la proposta tesi.

Con riguardo alle unioni civili, il legislatore del 2016 ha proposto un modello intermedio (pseudo-pubblico o para-privato, a seconda dell'ottica sotto la quale lo si vuole indagare), comunque ibrido, di «quasi-matrimonio» che appare essere palesemente contraddittorio nella sua drammatica veste discriminatoria, già affermata da tempo nel contesto tedesco dal quale si è voluto attingere³⁹ (a questo punto, tardivamente, data l'abrogazione della *Lebenspartnerschaftsgesetz* e la modifica del § 1353 BGB che ora estende il matrimonio a chiunque a prescindere dal sesso)⁴⁰.

Affermare la disponibilità ordinamentale di ammettere la convivenza omosessuale a modello (implicitamente) familiare⁴¹ creando un sistema paraconiugale, appare, infatti, all'occhio del giurista «laico»⁴², nitidamente di-

³⁹ Con riguardo alle unioni civili fra persone dello stesso sesso, il legislatore del 2016 ha, infatti, optato per la costituzione di un modello giuridico proprio, in ossequio al c.d. «doppio binario» seguito con la *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG) in Germania nel 2001, su cui cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 524 ss.; S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 958 ss., spec. p. 959, nonché la ricostruzione offerta da C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, in *Famiglia*, 2016, p. 71 ss.; da ultimo, v. G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 624 ss. La legge in parola è stata peraltro modificata nel 2005 dalla *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts* (LPartRÜG, del 15 dicembre 2004, in *BGBI*, 2004, I, p. 3396, entrata in vigore il 1° gennaio 2005), con la quale si è voluta risolvere la maggior parte dei profili di distinzione delle unioni fra persone dello stesso sesso rispetto al matrimonio, prevedendo per le prime il fidanzamento, l'adozione del figlio del partner, il regime legale della comunione degli incrementi, gli obblighi di contribuzione fra i partner, il divorzio, i diritti successori. Ad essa si è aggiunta una pronuncia della Corte costituzionale (*BVerfG*, 7 luglio 2009, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2010, p. 1439 ss.), in ordine alla pensione di reversibilità.

⁴⁰ La discussione in seno al Parlamento tedesco in ordine al passaggio in Germania dalla *Lebenspartnerschaftsgesetz* al vero e proprio matrimonio omosessuale, si è, infatti, risolta, prima con l'esito favorevole della votazione del 1° luglio 2017 sul disegno di legge di modifica del BGB volto a stabilire che «il matrimonio è stipulato a vita tra due persone di sesso diverso o dello stesso sesso» e poi con la definitiva approvazione della *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* il 20 luglio del medesimo anno (in *Bundesgesetzblatt Jahrgang*, 28 luglio 2017, I, n. 52, p. 2787), entrata in vigore il 1° ottobre 2017, con cui è stato modificato il § 1353 BGB che infatti ora dispone che «Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen».

⁴¹ G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1719 ss.; A. SPADAFORA, *Lo status*, cit., p. 1092 ss.

⁴² Dunque volendo in questa sede prescindere dalla opportunità etica della scelta e del comunque imprescindibile fattore religioso, a non volere considerare i profili di congiunzione fra il matrimonio civile e il matrimonio canonico definiti nella regola concordataria, comunque già posta in crisi dallo scostamento dei parametri normativi al fondo del matrimonio civile rispetto a quelli originari che consentivano la sovrapposibilità dell'istituto laico con quello canonico che,

scriminatoria *in radice*, una volta apoditticamente assunte come omogenee le relazioni al punto di disciplinare la nuova sul modello tradizionale⁴³.

8. In una prospettiva *de iure condendo*, l'affermazione delle unioni civili come modello para-coniugale⁴⁴, siccome costitutivo dello *status* di unito⁴⁵ sovrapponibile a quello coniugale, potrebbe, peraltro, non esaurire il proprio effetto sulle unioni civili, proiettandolo a ritroso – in ragione della sovrapponibilità degli istituti – su quelle coniugali.

In questo contesto, non è difficile prevedere la possibile permeabilità progressiva fra il matrimonio e le unioni civili: mutuata per quest'ultime la disciplina da quella del matrimonio, mantenendo differenze dai tratti più formali che sostanziali, è, infatti, agevole prevedere *de iure condendo* l'estensione ai coniugi delle più leggere e flessibili e privatistiche regole che governano le unioni civili⁴⁶, potendosi a tal fine far leva sulla assunta assimilabilità fra gli *status*, attraverso un percorso argomentativo biunivoco e invocando il principio di non discriminazione, quello di ragionevolezza e quello di proporzionalità⁴⁷ che dominano gli attuali orientamenti della giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale.

ieri come oggi, è rimasto invariato. Per ogni approfondimento sul tema, sia consentito un ulteriore rinvio a G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., *passim*.

⁴³ A supporto dell'affermazione depone, peraltro, il considerare come la materia della filiazione sia, per un verso, ormai autonoma rispetto alla relazione coniugale e, per altro verso, comunque «naturalmente» estranea al rapporto omosessuale. Per contro, l'affermazione medesima, anche al di là della imprescindibile tradizione, si scontra con un dato, sovente poco considerato già con riguardo ad ogni modifica apportata alla disciplina matrimoniale, ma di imprescindibile rilevanza: la congiunzione fra il sistema matrimoniale civile e quello canonico rappresentata dalla disciplina concordataria: cfr. ancora G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., p. 98 ss.

⁴⁴ P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, p. 777 ss.; ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in ID., *Rapporti personali*, cit., p. 44 ss.; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 136 ss.; N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 1028 ss.; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 143 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 19.

⁴⁵ L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, II, p. 221 ss.; M. SESTA, *La disciplina*, cit., 2016, p. 881; ID., *La famiglia*, cit., p. 567 ss.; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, 2016, 2, p. 1 ss.; G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 625 ss.; L. LENTI, *Status*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 2000, p. 29 ss., spec. p. 33.

⁴⁶ I cui segnali già si scorgono con riguardo ai tentativi di soppressione dell'istituto della separazione poi stralciati dal testo sul c.d. divorzio breve e di rimozione della fedeltà dal novero dei doveri coniugali: disegno di legge n. 2253 recante «Modifiche all'art. 143 del codice civile», cit.

⁴⁷ In proposito, si leggano le attente osservazioni di P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, prin-*

9. Accanto a questo profilo, per quanto attiene alla riflessione che in questa sede si propone, rimane al fondo il fatto che le unioni civili si pongono in chiave intermedia tra la rigidità della regola «pubblica» matrimoniale e la flessibilità della regola privatistica delle convivenza, sbilanciando, però, l'asse verso quest'ultima.

Il dato emerge con chiarezza solo a considerare l'ammissione alle unioni civili dei soli maggiorenni⁴⁸; il ridimensionamento di ogni profilo attinente ai doveri di natura personale⁴⁹, specie in ragione del fatto che la violazione di ciò che ne rimane (dovere di coabitazione e solidarietà morale), non abbia conseguenze, dato il rifiuto normativo dell'intero sistema rimediabile proprio della separazione⁵⁰; il rifiuto della disciplina della promessa di matrimonio⁵¹; nonché, da ultimo, il mancato richiamo della norma di cui all'art. 108 c.c. sulla inapponibilità di termini e condizioni.

E non è chi non veda come tutto ciò induca quantomeno a riflettere sulla possibile maggiore riconducibilità dell'unione civile entro l'alveo del contratto.

10. Se già il solo percorso dalla privatizzazione alla patrimonializzazione del diritto di famiglia sino alle unioni civili comprese, può indurre una riflessione dubitativa sulla riconducibilità attuale del negozio costitutivo delle relazioni affettive entro l'alveo tradizionale dei negozi «fami-

cipio di differenziazione e ordine pubblico, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 164 ss., spec. p. 174 ss.; cfr., inoltre, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

⁴⁸ L'emancipazione del sedicenne, ha, infatti, incidenza esclusiva sugli effetti personali del matrimonio, sicché ammettere all'unione solamente i maggiorenni rafforza la rilevanza ai fini dell'effetto della piena capacità di agire patrimoniale e, di conseguenza, la natura eminentemente patrimoniale del rapporto che l'atto determina. Cfr., *ex multis*, G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 641 ss.

⁴⁹ Ci si vuol riferire all'esclusione dell'ambito della fedeltà dal novero dei diritti e doveri che sorgono in capo agli uniti. Cfr., in proposito, G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 641 ss.

⁵⁰ Ancóra, *ex multis*, G. BALLARANI, *o.l.u.c.*

⁵¹ Il dato assume un rilievo particolare, se si considera che nulla vieterebbe agli unendi di formalizzare un vero e proprio preliminare di unione, laddove ai nubendi questo è impedito proprio dall'art. 79 c.c. Del resto, la norma in parola non è applicabile ai primi in forza del disposto dell'art. 1, comma 20 della medesima legge sulle unioni civili che impedisce l'estensione agli uniti delle disposizioni sul matrimonio non espressamente da questa richiamate. Al riguardo, occorre però considerare come gran parte dei problemi di coordinamento, specie in materia di «celebrazione» dell'unione, siano stati affrontati con il d.lg. 19 gennaio 2017, n. 5 di adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, comma 28, lett. a) e c) della medesima legge. Cfr., in proposito, C. GARLATTI, *Commento all'art. 1, comma 28*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili*, cit., p. 432 ss.; G. BALLARANI, *Commento all'art. 1, comma 19*, cit., p. 227 ss.

liari», volgendo lo sguardo alla disciplina delle convivenze (che furono di fatto) trova conforto l'intera riflessione.

La l. n. 76 del 2016, con riguardo alle convivenze, infatti, oltre ad aver esteso agli stabili conviventi i principali diritti che erano ad esclusivo appannaggio dei coniugi⁵², ha definitivamente asserito la sufficienza dell'autonomia privata nelle dinamiche affettive fra adulti.

La tipizzazione del contratto di convivenza è, così, l'elemento che maggiormente rappresenta la rottura dell'armonica costruzione codicistica familiare, ponendo nel nulla ogni pregressa riflessione sulle convivenze *more uxorio* compiuta in dottrina⁵³. Per via privata, qualunque soggetto maggiorenne ha, quindi, facoltà di «governare» ogni dinamica di una relazione affettiva, dalla genesi dell'atto (contratto tipico di convivenza), alla fase fisiologica del rapporto, sino alle dinamiche relative alla patologia di questo.

Ben al di là di ogni riflessione critica sulla opportunità della scelta legislativa⁵⁴, dovendosi prendere atto delle conseguenze endemiche che questa riversa sul sistema del diritto di famiglia, in ultima analisi si staglia all'orizzonte una questione di sistema che merita di essere in primo luogo posta e dunque affrontata: assunta la sufficienza dell'autonomia privata dalla costituzione alla estinzione rapporti affettivi fra adulti; accordati ai conviventi i principali diritti tipici della relazione coniugale; ridimensionata la rilevanza giuridica dei profili personali del rapporto; resa del tutto autonoma la disciplina della filiazione; sulla scorta di tutto ciò, ha ancora

⁵² Ordinamento penitenziario (art. 1, comma 38, l. n. 76 del 2016), malattia, ricovero, scelte terapeutiche, donazione di organi (commi 39, 40 e 41), successione nel contratto di locazione (comma 44), preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi popolari (comma 45), impresa familiare (comma 46), nomina del tutore, curatore o amministratore di sostegno (comma 48) e risarcimento del danno da perdita di congiunto (comma 49), diritto di abitazione del convivente superstite, salvo quanto previsto dall'art. 337-*sexies* c.c. (commi 42 e 43), ancorché il comma 42 nulla dica sull'eventuale conflitto fra l'avente diritto ai sensi dell'art. 337-*sexies* c.c. e l'avente diritto ai sensi del medesimo comma 42, ult. cpv.

⁵³ Senza pretesa di completezza alcuna, F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Camerino-Napoli, 1980, p. 42 ss.; V. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim.*, 1980, p. 758 ss.; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 262 ss.; ID., *Dal concubinato*, cit., *passim*; A. MARINI (a cura di), *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1987, *passim*; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 6 ss.; G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 183 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto*, cit., *passim*; N. LIPARI, *Riflessioni*, cit., p. 17 ss.; G. GIACOBBE, *Il ruolo*, cit., p. 479 ss.; ID., *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, II, p. 305 ss.

⁵⁴ Per il cui approfondimento si rinvia a G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., p. 1 ss.

senso la certificazione pubblica della costituzione delle unioni affettive coniugali e civili?

Ebbene, una volta accordato ai conviventi l'accesso ai residuali effetti originariamente legati al solo matrimonio; riformata la materia della successione *mortis causa*⁵⁵ – ultimo baluardo della rigida e coerente struttura codicistica originaria – con conseguente apertura a una piú ampia disponibilità testamentaria; una volta equiparata la materia fiscale (che oggi comunque incide clamorosamente sulla determinazione in ordine alle nozze e viepiú alla separazione personale); tutto ciò considerato, la debita conseguenza dovrebbe essere la presa d'atto della non necessità dell'intervento dello Stato nella formalizzazione delle relazioni affettive medesime con la conseguente definitiva rinuncia ad ogni forma di celebrazione pubblica⁵⁶.

11. Già in sede di primo commento alla l. n. 76 del 2016 si ebbe modo di affermare con riguardo alla contrattualizzazione dei rapporti fra conviventi come ogni aspetto di questo cosí come disciplinato dalla legge, avrebbe potuto, può e potrà essere oggetto di migliore libera determinazione patiziosa⁵⁷ in ossequio alla regola sulla autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c., potendo le parti (già) accedere ad ogni fattispecie negoziale ancorata, sul piano causale, a ragioni di solidarietà o di liberalità meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico⁵⁸.

Ma, con la tipizzazione del contratto di convivenza non è piú revocabile in dubbio l'idoneità dello stabile rapporto affettivo a fungere da substrato sul quale si innestino ragioni di solidarietà che giustifichino, sul piano causale concreto, le determinazioni patrimoniali e non patrimoniali tra conviventi, argomentando sulla natura degli interessi anche non patri-

⁵⁵ Sulla inadeguatezza della disciplina successoria a governare le dinamiche intergenerazionali proprio in ragione della «stratificazione» familiare, cfr. *ex multis* F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 355 ss. Da ultimo, cfr. V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 513 ss.

⁵⁶ Celebrazione (con la maiuscola) che potrebbe avvenire, certamente, con rito religioso nell'auspicio di recuperare alla sacralità propria il matrimonio (G. BALLARANI, *Il matrimonio* cit., p. 138 ss.) e, dunque, nel rispetto della libertà religiosa; celebrazione (con la minuscola) che potrebbe seguire «riti» laici, secondo le piú fantasiose forme (del tutto irrilevanti giuridicamente, salvo eventuali profili di contrarietà a ciò che residua del buon costume), con conseguente libera adesione sul piano civile alla regolazione privata del rapporto.

⁵⁷ G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 649 ss. In proposito, cfr., da ultimo, V. BARBA, *Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 315 ss.

⁵⁸ S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 946 s., spec. p. 948. Da ultimo di veda A. SPADAFORA, *Contrattare sugli affetti*, Milano, 2018, *passim*, ma spec. p. 37 ss.

moniali al fondo delle prestazioni oggetto di obbligazione *ex art.* 1174 c.c., specie se, come in questa ipotesi, riconducibili al principio solidaristico di cui all'art. 2 cost. Ciò che consente di ritenere «disponibili» i relativi diritti, con il solo limite di quelli di matrice esclusivamente personale (fedeltà, assistenza morale e coabitazione, peraltro, non coercibili, ma risarcibili se lesi)⁵⁹.

12. Il fondamento ultimo della proposta riflessione può ben ancorarsi ad una pluralità di ragioni: l'idoneità del contratto di convivenza a far assumere alle parti la maggior parte dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio nonché le principali prerogative originariamente connesse al solo *status* di coniuge; la disponibilità in capo alle parti di costituire la comunione legale o ricorrere a convenzioni patrimoniali; le regole di diritto prevalentemente patrimoniale poste per il governo delle relazioni affettive; il ridimensionamento della valenza dei profili personali; la rinuncia ordinamentale a preservare l'interesse pubblico nella fase sospensiva ed estintiva dei rapporti (sino allo stralcio della separazione dal modello delle unioni civili); l'apertura alla patrimonializzazione conseguente alla violazione dei doveri di coppia sulla scorta dell'affermata insufficienza del piano rimediale tipico.

Alla luce di queste considerazioni sinteticamente richiamate, non appare arduo né azzardato prevedere che, con la rimodulazione degli ultimi istituti correlati alla originaria struttura matrimoniale ed oggi estesi ai rapporti costituiti per celebrazione pubblica, nessun ostacolo si potrebbe frapporre più verso lo scenario della esclusiva privatizzazione dei rapporti affettivi (a non voler considerare, in questa sede, il capitolo del matrimonio concordatario)⁶⁰.

13. Se si volesse, così, proiettare l'ipotesi verso l'inquadramento preliminare, debitamente sommario e con riserva di approfondimento e rieditazione, di un modello unitario di contratto di convivenza affettiva e di *family governance*, attingendo all'attuale quadro normativo entro i limiti di compatibilità per la specificità della relazione in questione, ma anche oltre il limite normativo attualmente posto per i contratti di convivenza, questo dovrebbe inquadrarsi come negozio tipico a carattere promiscuo

⁵⁹ S. DELLE MONACHE, *o.u.c.*, p. 952 s.; G. OBERTO, *Convivenza (contratti di)*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 369 ss., spec. p. 379; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 929 e p. 936; A. SPADAFORA, *Rapporto*, cit., p. 89; F. GAZZONI, *Dal concubinato*, cit., p. 164.

⁶⁰ G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., *passim*.

(patrimoniale e personale), non associativo (in ragione della non necessaria convergenza degli interessi, al di là dell'intento costitutivo), a causa solidaristica e a forma solenne, il cui oggetto – al di là degli affetti e dei doveri personali (non contrattualizzabili) – potrebbe ravvisarsi, tanto nella *family governance*, quanto nelle determinazioni in vista dello scioglimento del rapporto.

Sotto il primo profilo, rientrerebbero la fissazione della residenza familiare e la determinazione dell'indirizzo della vita di relazione, la scelta del regime patrimoniale (le cui regole rimarrebbero quelle attualmente poste), nonché la scelta del cognome familiare (come per le unioni civili) e da trasmettere alla prole⁶¹.

Sotto il secondo profilo, rientrerebbero gli accordi – anche preliminari – per lo scioglimento e la cessazione del rapporto (salve le questioni relative all'affido della prole) potendosi al riguardo prevedere anche l'ipotesi di una clausola di sospensione del rapporto, ferma l'applicabilità della disciplina divorzile entro limiti di compatibilità ed esigenze di rimodulazione.

In proposito, in ragione della natura contrattuale pura dell'atto, una riflessione a parte che in questa sede può solo proporsi, riguarderebbe l'ammissibilità della clausola penale, mentre potrebbe non dubitarsi dell'ammissibilità del recesso unilaterale (così come previsto per il contratto di convivenza), ferma la discutibilità della predeterminazione del prezzo per il recesso medesimo. Del pari, per la medesima ragione, non si dovrebbero ravvisare impedimenti alla stipulazione di accordi preliminari puri, ben oltre i limiti oggi posti dalla giurisprudenza di legittimità⁶², per quanto già argomentato in materia di unioni civili⁶³.

Per il resto, la disciplina potrebbe mutarsi – come è oggi per i contratti di convivenza e per le unioni civili – da quella del matrimonio, in ordine a parte dei requisiti soggettivi, nonché alle disposizioni in materia di nullità, vizi del consenso e simulazione.

⁶¹ Sulla scorta di quanto previsto nel disegno di legge n. 1628 recante «Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli», attualmente in discussione al Senato, su cui si rinvia al Testo della Audizione informale dell'Autore presso la Commissione Giustizia del Senato, svoltasi in data 21 febbraio 2017, disponibile sul sito *senato.it* e di prossima pubblicazione in *Dir. fam. pers.*

⁶² *Ex multis*, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. dir.*, 2013, p. 843 ss., con nota di A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 94 ss., con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*; Cass., 19 agosto 2015, n. 16909, in *CED on line*.

⁶³ G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 623 ss.

14. Questa ipotesi si potrebbe prestare a risolvere, peraltro, il problema del governo di realtà già presenti nel tessuto sociale oggi non altrimenti governabili, ma che non possono essere ignorate (e il riferimento primo è alle famiglie poligamiche⁶⁴ stabilmente residenti in Italia, o più in generale e in maniera più «laica», ai c.dd. rapporti «poliamorosi»⁶⁵), in forza della liceità della causa solidaristica al fondo del contratto di convivenza⁶⁶ e in ragione della implicita idoneità dello strumento a regolare i rapporti (solo patrimoniali) anche tra più parti, non potendosi ignorare l'esistenza di queste realtà in Italia e potendosi far leva, sul piano giuridico, sulla libertà religiosa a fini non discriminatori, invocando le nuove frontiere dell'ordine pubblico internazionale così come rese nel recente formato giurisprudenziale di legittimità⁶⁷.

15. Sulla scorta delle premesse in ordine al passaggio dalla patrimonializzazione alla contrattualizzazione dei rapporti affettivi, volendosi dar séguito alla prospettata ipotesi, una domanda si impone: superata la specificità dei rimedi tradizionali e affermata l'insufficienza dei medesimi con l'apertura alla risarcibilità del danno da illecito endofamiliare, quale ragione oggettiva induce ancora a ancorarne la disciplina allo schema della responsabilità civile⁶⁸?

Anche a non voler apertamente esprimersi in termini di responsabilità contrattuale, già oggi argomentabile con riguardo al matrimonio⁶⁹ e alle

⁶⁴ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa*, cit., p. 164 ss.

⁶⁵ Al riguardo, si rinvia al testo della interessante relazione tenuta da A. VERCELLONE, *I contratti di convivenza: la famiglia tra status, autonomia e regolazione*, nel Convegno su «Poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca», cit., i cui atti sono raccolti in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri provati e il diritto regolazione*, Roma, 2018, p. 217 ss.; in tema si legga, altresì, la attenta riflessione di G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 821 ss.

⁶⁶ *Ex multis*, G. BALLARANI, *La legge*, cit., p. 647; S. DELLE MONACHE, *Convivenza*, cit., p. 946 s.; A. SPADAFORA, *Rapporto*, cit., p. 111 ss.

⁶⁷ Cfr. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 190, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, secondo cui questo «non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, ma è da intendersi come complesso di principi ricavabili dalla Costituzione e dai Trattati Internazionali cui l'Italia ha aderito e che hanno, ai sensi dell'art. 117 cost., lo stesso rango nel sistema delle fonti della Costituzione». Al riguardo cfr. V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss., nonché G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim* e spec. pp. 93 ss., 155 ss.

⁶⁸ Cfr., *supra*, nt. 33.

⁶⁹ In questi termini, peraltro, già parte della dottrina si è espressa con ragionevole misura: A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 1220 ss., spec. p. 1226 ss.

unioni civili⁷⁰ (al di là dei contratti di convivenza), è quantomeno agevole inquadrare i rapporti di coppia in termini di *contatto sociale affettivamente qualificato*, sicché le eventuali pretese risarcitorie e restitutorie fra le parti potrebbero ben seguire i paradigmi della regola di cui all'art. 1218 c.c., essendosi in ipotesi quantomeno di confine fra contratto e torto⁷¹.

Del resto, abbandonati i rimedi classici volti a dare risposta specifica alla specificità dei doveri personali e contrattualizzate le relazioni affettive, la violazione di un profilo patrimoniale, com'anche la lesione di un sentimento, che già giustifica le pretese risarcitorie appunto per illecito civile endofamiliare, dovrebbe trovare conforto nel criterio predisposto per l'inadempimento del contratto secondo i parametri dell'art. 1218 c.c., non potendosi negare come la relazione affettiva sia ben oltre il rapporto extracontrattuale.

16. In questo contesto, accanto ad ogni riflessione proposta e che verrà, emerge però l'urgenza di interrogarsi sui limiti all'autonomia privata in ambito familiare, individuabili nella esigenza di distinguere il rapporto tra adulti rispetto a quello tra adulti e minori⁷², dovendosi confrontare l'autonomia privata con le esigenze di protezione del superiore interesse del minore ad un sano armonico sviluppo psicofisico, in relazione al quale il principio di sussidiarietà⁷³ non sembra invocabile.

In tal senso, l'elemento chiave è da individuarsi nel concetto di «superiore interesse del minore» come formula che rappresenta una giusta sintesi del complesso di situazioni giuridiche soggettive a lui afferenti e di posizione giuridiche di questo nei confronti dei terzi. Questa vuole, infatti, riflettere, nella specificazione della superiorità dell'interesse del minore, la logica di un ordine gerarchico, costituzionalmente argomentabile, che viene in rilievo ogni volta che questo si venga a confrontare con gli interessi di soggetti terzi⁷⁴, compresi, *in primis*, i genitori.

⁷⁰ G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., p. 98 ss.

⁷¹ A voler mutuare l'espressione di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.

⁷² Per quanto in questa sede rileva, peculiare importanza assume la riconosciuta autonomia della filiazione rispetto ai rapporti fra adulti realizzato con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il correlato decreto attuativo 28 dicembre 2013, n. 154, su cui si rinvia a C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.; ID. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, *passim*.

⁷³ Sul ruolo della sussidiarietà, cfr., da ultimo, M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, *passim* ed *ivi* spec. R. GIAMPETRAGLIA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto di famiglia*, I, p. 329 ss.

⁷⁴ G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, *passim*.

Del resto, se l'ordinamento riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo dando rilievo preminente al valore intrinseco della persona umana (art. 2 cost.), la prospettiva costituzionale di protezione è espressamente rivolta a garantire il pieno sviluppo di questa in ogni luogo e in ogni fase della vita e, in particolare, in quella in cui detto sviluppo si realizza massimamente, ossia la minore età. Non a caso, il concetto di superiore interesse del minore, essendo intimamente connesso al suo sano e armonico sviluppo psicofisico, trova ancoraggio all'art. 32 cost. in ossequio al diritto inviolabile dell'uomo all'integrità fisica e psichica di cui è espressione.

Il dato trova conforto, peraltro, all'art. 3 cost., se inteso come clausola che celebra la differenza come tratto maggiormente qualificante l'individualità umana, ossia l'unicità individuale e, di conseguenza, ne impone il rispetto⁷⁵.

Così, se la privatizzazione tende ad elevare l'autonomia privata a fonte prevalente delle regole che governano tanto la fase fisiologica, quanto quella patologica delle relazioni familiari, questo «scolorimento dell'interesse pubblico»⁷⁶, proiettandosi verso l'emersione dell'individualismo, non può tradursi in un *vulnus* per il minore, dovendosi individuare nel suo superiore interesse il limite rispetto al quale l'autonomia privata deve sottostare⁷⁷.

17. In conclusione, appare ormai evidente come la logica codicistica italiana pre-costituzionale e pre-europea in materia di famiglia non sembri più rispondere a una realtà delle dinamiche affettive così tanto distante da quella che ne determinò gli assetti e difficilmente possa reggere il carico del riassetto degli istituti originari se sommato a quello ben più consistente dei nuovi istituti, facendo emergere la stringente esigenza di rivedere i contenuti dei singoli istituti, ridefinendone gli assetti, valutandone la stabile tenuta o il necessario definitivo superamento.

In questa prospettiva, appare opportuno prendere debita consapevolezza della situazione, contribuendo alla rifondazione dei paradigmi costitutivi, stabili e coerenti, di una nuova struttura normativa, non dimentichi di come, però, alla esigenza della ricodificazione della materia potrebbe dover corrispondere la correlata necessità di garantire un pieno recupero di autonomia del matrimonio religioso alla sua essenza prima e fondante,

⁷⁵ Declina l'art. 3 cost. in termini di «principio di differenziazione», P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa*, cit., p. 164 ss.; in termini di «diritto alla differenza», G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., *passim*.

⁷⁶ G. FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Separazione e divorzio*, I, diretto da G. Ferrando, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2003, p. 560 ss.

⁷⁷ G. BALLARANI, *La mediazione*, cit., p. 495 ss.

come unico atto di consacrazione dell'unione affettiva secondo la fede di appartenenza delle parti⁷⁸.

Abstract

Per una sorta di eterogenesi dei fini, la l. n. 76 del 2016 sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze ha ripartito il piano normativo dei rapporti affettivi fra adulti in due contrapposti sistemi, entrambi volti a governare realtà ormai assunte come omogenee: quello pubblicamente formalizzato (che accomuna matrimonio e unioni civili) e quello privatamente costituito (stabili convivenze affettive etero e omosessuali contrattualizzate e non). Ma la consacrazione della sufficienza dell'autonomia privata familiare induce a riflettere, per un verso, sull'esigenza di risolvere questa dicotomica contrapposizione fra modello pubblico e privato; per altro verso, sul definitivo superamento della logica codicistica matrimoniale che dalla famiglia legittima derivava la legittimità della filiazione e dei passaggi intergenerazionali successori e sulla correlata ipotesi di ricodificazione in materia familiare.

The essay offers a critical point of view of the recent Italian law on same-sex couples relationship and on the *more uxorio* relationship. For heterogenesis of the purposes, the law has divided the normative system of affective relationships in two different models, both aimed at governing affective situations now assumed as homogeneous: the publicly formalized one (marriage and civil unions) and the privately constituted one (same-sex and heterosexual relationship created by a contract).

But the consecration of the sufficiency of private family autonomy leads us to reflect, on the one hand, on the need to resolve this contrast between public and private family models; on the other hand, on the definitive overcoming of the original marriage law and on the correlated hypothesis of re-writing the family rules.

⁷⁸ G. BALLARANI, *Il matrimonio*, cit., p. 123 ss. e 145 ss.