



QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
2/2024

Comitato scientifico dei Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza

Barbati Stefano, Cavanna Maurizio, Ciani Sciolla Jacopo, Consito Manuela, Consulich Federico, D'Alessandro Elena, de Caria Riccardo, Fenoglio Anna, Gigliotti Valerio, Losana Matteo, Mantovani Giulia, Mola Lorenza, Montaldo Stefano, Olivero Luciano, Pallante Francesco, Pennini Andrea, Praduroux Sabrina, Riva Ilaria, Sciandrello Enrico (coordinatore), Tosi Dario Elia, Zara Georgia, Zuanazzi Ilaria.

Fenomeni migratori, famiglie *cross border* e questioni di diritto successorio

Una prospettiva di genere

Atti del Convegno inaugurale PRIN 2022
ESODI (*Engaging with Settlement Obstacles:
legal Diversity and socio-economic
Inclusion of migrant families*)
tenutosi a Torino l'11 aprile 2024

a cura di

ILARIA RIVA



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Edizioni
Scientifiche
Italiane

Opera finanziata PNRR M4C2 investimento 1.1 Avviso 104/2022
CUP del progetto D53D23006960006.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (*double blind peer review*). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

RIVA, Ilaria (*a cura di*)

Fenomeni migratori, famiglie *cross border* e questioni di diritto successorio.

Una prospettiva di genere

Atti del Convegno inaugurale PRIN 2022 - ESODI (*Engaging with Settlement Obstacles: legal Diversity and socio-economic Inclusion of migrant families*) tenutosi a Torino l'11 aprile 2024

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 2/2024

Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2024 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

www.edizioniiesi.it

info@edizioniiesi.it

© 2024 Università degli Studi di Torino

10124 Torino, Via Verdi 8

www.collane.unito.it/oa/

openaccess@unito.it

pp. VIII+336; 22,5 cm

ISBN: 978-88-495-5725-1

ISBN: 9788875903268

Prima edizione: ottobre 2024

un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale

Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Sommario

ILARIA RIVA

Introduzione

VII

PRIMA SEZIONE

*Famiglie, migrazioni e ricongiungimenti:
il fattore "genere"*

ROBERTA PACE

*Le donne migranti che formano unioni miste in Italia:
uno sguardo sull'ultimo decennio*

3

ALESSANDRA VENTURINI

Caratteristiche della migrazione femminile in Italia

29

MANUELA CONSITO

*Spunti per una tutela di genere nella disciplina dei ri-
congiungimenti familiari*

47

FEDERICO GRAVINO

*Libertà matrimoniale e tutela di genere: il caso dei ma-
trimoni forzati*

63

SECONDA SEZIONE

Uno sguardo ad alcune esperienze straniere

ROBERTA ALUFFI

*"Al maschio la parte di due femmine": regole e pratiche
successorie nell'Islam*

97

MIRIAM ABU SALEM

*Minoranze religiose e diritto successorio nei Paesi a mag-
gioranza musulmana. Un'introduzione al tema*

109

DENIZ ALI ASGHARI KIVAGE

Riflessioni sul diritto successorio e di famiglia in Iran in una prospettiva di genere 125

LUCIA DI COSTANZO

Il matrimonio nell'ordinamento cinese 143

ELENA NAPOLITANO

La famiglia nel nuovo Codice Civile cinese del 2021 159

STEFANO PORCELLI

Successioni cross-border Italia-Cina. Riflessioni preliminari ispirate da alcuni casi decisi dai tribunali cinesi 177

TERZA SEZIONE

*Successioni transfrontaliere
e coesione socio-giuridica*

ANTONIO FUCCILLO

Le successioni interculturali digitali tra diritto civile e ordinamenti religiosi 193

MAURO TESCARO

Il problema delle eredità non reclamate 207

ILARIA RIVA

Regimi patrimoniali e successori delle famiglie internazionali 227

MARIA CRISTINA GRUPPUSO

Ordine pubblico e diritto delle successioni. Spunti in tema di divieto di discriminazione basata sul sesso 247

MATTEO MARIA FRANCISSETTI BROLIN

Divieto di discriminazione, autonomia testamentaria e vicende mortis causa. Riflessioni preliminari 263

Le Autrici e gli Autori 327

ILARIA RIVA

Introduzione

L'opera raccoglie i testi delle relazioni svolte nel corso del Convegno, da cui il volume stesso prende il nome, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino l'11 aprile 2024, e che ha visto confrontarsi numerosi studiosi e studiose, appartenenti a diversi settori scientifico-disciplinari, su un tema di grande attualità, quale è la rilevanza giuridica dei fenomeni migratori negli ordinamenti nazionali.

Il Convegno ha rappresentato l'evento inaugurale di un Progetto di rilevante interesse nazionale finanziato dal Mur, denominato ESODI, *Engaging with Settlement Obstacles: legal Diversity and socio-economic Inclusion of migrant families*, che ha visto coinvolte tre unità di ricerca (l'Università di Bari Aldo Moro, l'Università della Campania Luigi Vanvitelli e l'unità capofila, l'Università di Torino), e il cui obiettivo è indagare il fenomeno delle famiglie caratterizzate da elementi di internazionalità aventi collegamenti significativi con Paesi terzi. Si è scelta la prospettiva del raffronto con aree geografiche culturalmente molto distanti dal modello occidentale, in cui maggiore è la probabilità di frizioni tra modelli normativi, specialmente in ambiti fortemente legati alle tradizioni socioculturali locali, quali il diritto di famiglia e il diritto delle successioni. Si è scelto, ancora, di indagare il tema, ove possibile, in una prospettiva di genere, per evidenziare le peculiarità del comportamento migratorio femminile e il trattamento giuridico della donna in determinati contesti familiari e successori.

Analogamente al Convegno, anche il volume si compone di tre sezioni.

Una prima sezione indaga il fenomeno delle famiglie straniere e miste in Italia, con particolare attenzione ai comportamenti migratori e alla condizione delle donne migranti, avvalendosi dell'apporto degli studi economici e demografici, e ancora dell'analisi delle forme di tutela dell'unità familiare mediante l'i-

stituto del ricongiungimento familiare. La sezione si chiude con un approfondimento su una pratica in crescita, ovvero il caso dei matrimoni forzati e delle migrazioni costrette da tale privazione della libertà personale, al fine di indagare le possibili reazioni dell'ordinamento italiano a tutela della vittima.

La seconda sezione propone un focus su alcuni ordinamenti giuridici particolarmente complessi, lontani dalle nostre tradizioni culturali, ma molto rilevanti per il numero di persone migranti provenienti da quelle aree: i contributi hanno l'obiettivo di esplorare la disciplina del diritto matrimoniale e successorio, mettendo in evidenza eventuali trattamenti discriminatori subiti in ragioni del genere o della confessione religiosa, in Cina e in alcuni paesi islamici.

La terza sezione è dedicata alle successioni c.d. internazionali, e intende riflettere sulle interazioni e frizioni tra l'ordinamento dello Stato ospite (nello specifico, l'Italia) e la normativa dello Stato di provenienza: saranno indagati profili di diritto interculturale e internazional-privatistico, con particolare attenzione al principio dell'ordine pubblico internazionale quale limite all'ingresso di istituti (e forse, di espressioni di autonomia negoziale) incompatibili con i valori fondamentali dell'ordinamento. La sezione chiude con un approfondimento sulla crescente rilevanza della curatela dell'eredità giacente anche nell'ambito delle famiglie *cross border*, quale possibile risposta a eredità non reclamate per assenza o irreperibilità dei chiamati a succedere.

PRIMA SEZIONE

Famiglie, migrazioni e ricongiungimenti:
il fattore “genere”

ROBERTA PACE

Le donne migranti che formano unioni miste in Italia: uno sguardo sull'ultimo decennio

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Migrazione e formazione dei nuclei familiari. – 3. Migrazione e mercato matrimoniale. – 4. Flussi migratori, presenza straniera in Italia nell'ultimo ventennio e dinamiche di genere. – 5. Le unioni miste in Italia: un approfondimento sulle spose straniere. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente studio esamina la formazione di unioni miste in Italia nell'ultimo decennio, con un focus sulle donne migranti e sui fattori che influenzano la formazione di queste coppie. La migrazione, infatti, genera spesso incertezza e ritardi nel raggiungimento di una stabilità economica e sociale, che si riflettono sui tempi di formazione delle unioni. Durante le prime fasi del processo migratorio, si manifestano due tendenze opposte: da un lato, gli squilibri di genere tra i migranti incentivano le unioni miste; dall'altro, la segregazione geografica e spaziale limita le opportunità di contatto tra diversi gruppi, riducendo le possibilità di formazione di nuove coppie.

Uno dei fattori chiave nell'analisi delle unioni miste è il meccanismo di abbinamento nel cosiddetto 'mercato matrimoniale', in cui si tende a favorire i partner con livelli di istruzione simili e un alto potenziale di guadagno, dando spesso luogo a coppie endogame (etnicamente simili). Tuttavia, l'aumento dei flussi migratori ha portato anche a un incremento delle unioni miste tra partner provenienti da contesti culturali differenti.

Tra il 2012 e il 2021, per le donne straniere il matrimonio è stata la modalità predominante per ottenere la cittadinanza italiana, mentre per gli uomini permane predominante la modalità legata alla residenza stabile e prolungata sul territorio italiano (*ex art.9 l. 91/1992*). Nel 2020, in corrispondenza della pande-

mia, si osserva un notevole calo dei matrimoni che interessa anche le coppie miste.

La percentuale di seconde nozze è più alta nelle unioni tra uomini italiani e spose straniere, rispetto alle altre tipologie di unione; mentre quasi l'80% delle unioni che coinvolgono due stranieri risultano essere prime nozze.

A livello educativo, si osserva che uomini italiani e spose straniere tendono ad avere titoli di studio simili fino al diploma di scuola superiore, ma a partire dal livello universitario emerge spesso un disallineamento, con le donne straniere che tendono ad avere un'istruzione superiore rispetto ai loro partner italiani.

In sintesi, lo studio mette in luce l'interazione complessa tra migrazione, stabilità economica e fattori sociali nella formazione delle unioni miste in Italia, evidenziando l'influenza di questi fattori sia sulle dinamiche delle relazioni che sui percorsi di integrazione.

2. Migrazione e formazione dei nuclei familiari

La letteratura scientifica ha ampiamente esplorato la relazione tra migrazione e fecondità, trascurando in parte il legame tra migrazione e formazione delle unioni. Tuttavia, diversi studi hanno cominciato a delineare alcune dinamiche chiave che spieghino come la migrazione influenzi il processo di costituzione di unioni matrimoniali o di convivenza¹. Queste dinamiche sono state classificate in tre principali categorie: effetti dirompenti, aumento delle possibilità di sposarsi dopo il ritorno nel paese di origine, e sincronizzazione tra i tempi della migrazione e della formazione delle unioni.

Un aspetto centrale del legame tra migrazione e unioni è rappresentato dai cosiddetti 'disruptive effects'² (effetti dirompenti), che descrivono l'impatto che la migrazione ha sulla rottura del legame tra i migranti e il 'mercato matrimoniale' del loro paese.

¹ D. MAFFIOLI, A. PATERNO, G. GABRIELLI, *International married and unmarried unions in Italy: Criteria of mate selection*, in *International Migration* 52.3, 2014, 160-176.

² G. ANDERSSON, *Family behaviour of migrants*, in *Research Handbook on the Sociology of the Family*, Edward Elgar Publishing 2021, 263-276; D.P. LINDSTROM, A. HERNANDEZ-JABALERA, G. SAUCEDO, *Migration, family formation and fertility in the Americas*, in *International Migration Review* 55.1, 2021, 280-314.

se di origine. In quanto i migranti, in particolar modo coloro che si trasferiscono da soli, escono di fatto dal contesto sociale e dalle reti di relazioni del loro luogo natale.

Questo distacco riduce significativamente il numero di potenziali partner disponibili nelle nuove reti sociali del paese di destinazione, rendendo più difficile l'incontro con un partner compatibile per matrimonio o convivenza. Ne consegue un posticipo dell'età del matrimonio per cui i migranti spesso tendono a formare un'unione più tardi rispetto ai loro coetanei rimasti nel paese di origine³. La migrazione, pertanto, in alcuni casi determinerebbe una 'interruzione' temporanea nei processi di formazione delle unioni in quanto nelle reti sociali che si formano nei paesi di destinazione, il numero di partner potenzialmente disponibili per il matrimonio o per la formazione di un'unione risulta significativamente inferiore rispetto a quello del contesto di origine⁴.

Un altro elemento cruciale che deriva dalla migrazione è l'incertezza economica e sociale che spesso accompagna i primi anni di vita nel nuovo paese contribuendo a ritardare l'ingresso in una relazione stabile. La migrazione, infatti, genera spesso incertezza economica e sociale, contribuendo a ritardare l'ingresso in una relazione stabile. Secondo Oppenheimer (1988)⁵, il ritardo nella formazione di un'unione o matrimonio è fortemente collegato alle difficoltà economiche iniziali che molti migranti affrontano nei nuovi paesi. Questi ultimi, non avendo subito accesso a una posizione lavorativa stabile, vivono una condizione di temporanea insicurezza economica che influisce sulle loro prospettive di formare una famiglia.

La stabilità economica rappresenta un fattore cruciale per la transizione verso la vita di coppia e il ritardo nell'ottenere un'occupazione sicura, e garantita, può avere un impatto negativo sui tempi della realizzazione di un'unione. L'effetto dirompente – prima richiamato – viene quindi misurato attraverso il tempo trascorso tra la migrazione e la formazione dell'unione: se questo periodo è particolarmente lungo, si parla di effetto 'interruzione'.

³ A. ADSERÀ, A. FERRER, *Immigrants and demography: Marriage, divorce, and fertility, Handbook of the Economics of International Migration*, vol. 1. North-Holland, 2015, 315-374.

⁴ E.A. PARRADO, *International migration and men's marriage in Western Mexico*, in *Journal of Comparative Family Studies*, 2004, 51-71.

⁵ V.K. OPPENHEIMER, *A theory of marriage timing*, in *American journal of sociology* 94.3, 1988, 563-591.

Un'altra dimensione del legame tra migrazione e unioni riguarda il 'ritorno al paese di origine'. Alcuni studi suggeriscono che, dopo aver vissuto un periodo all'estero, i migranti possono ritrovare condizioni più favorevoli per contrarre matrimonio o formare un'unione stabile una volta rientrati nel loro paese di provenienza⁶. Di fatto, dopo un periodo di permanenza all'estero, il rientro nel paese d'origine offrirebbe nuove opportunità per formare legami familiari e questo può essere spiegato da diversi fattori, tra cui il recupero delle reti sociali tradizionali, la ritrovata familiarità con il contesto culturale e il reinserimento nel mercato matrimoniale locale⁷. Questo fenomeno è particolarmente evidente nelle comunità dove il matrimonio è ancora fortemente regolato da norme e tradizioni culturali, e il distacco temporaneo per motivi migratori non comprometterebbe la capacità di formare un'unione al rientro in patria.

Infine, un'altra dinamica importante è la 'sincronizzazione' tra i tempi della migrazione e quelli della formazione di un'unione. Alcuni migranti pianificano il loro percorso migratorio in modo tale che la formazione di un'unione avvenga in un momento strategico della loro vita, in parallelo al trasferimento in un nuovo paese e, quindi, rappresenti una parte integrante del loro progetto migratorio⁸. In questi casi, migrazione e formazione dell'unione non sono processi disgiunti, ma risultano allineati e sincronizzati con le fasi della vita del migrante, influenzando in maniera determinante i tempi e le modalità di costituzione di un legame matrimoniale o di convivenza nel paese di accoglienza. Questo allineamento temporale è spesso strategico e riflette una pianificazione consapevole del percorso di vita, dove la migrazione rappresenta una tappa verso il raggiungimento di una maggiore sicurezza personale e familiare.

I tempi del matrimonio e della migrazione tendono a sovrapporsi, e quindi sono sincronizzati, soprattutto quando la migrazione è motivata da opportunità lavorative⁹. Alcuni autori sosten-

⁶ E.A. PARRADO, *International migration and men's marriage in Western Mexico*, in *Journal of Comparative Family Studies*, 2004, 51-71.

⁷ T. SOBOTKA, L. TOULEMON, *Overview Chapter 4: Changing family and partnership behaviour: Common trends and persistent diversity across Europe*, in *Demographic Research* 19, 2008, 85-138.

⁸ H. KULU, N. MILEWSKI, *Family change and migration in the life course: An introduction*, *Demographic Research* 17, 2007, 567-590.

⁹ C.H. MULDER, M. WAGNER, *Migration and marriage in the life course: a method for studying synchronized events*, in *European Journal of Population*, 1993, 55-76.

gono che la creazione di un nuovo nucleo familiare e la migrazione per lavoro tendono a verificarsi nello stesso periodo della vita di un individuo. Secondo questa prospettiva l'idea che la migrazione favorisca la formazione di un'unione non dipende necessariamente dall'aumento delle possibilità di incontrare un partner, quanto piuttosto dal fatto che la migrazione e la formazione di una famiglia sono eventi sincronizzati all'interno del corso della vita¹⁰.

È stato dimostrato come la migrazione e la creazione di una coppia siano eventi strettamente interconnessi e hanno implicazioni che riguardano la struttura sociale e la dinamica familiare, specialmente in contesti migratori. E, pertanto, il timing della migrazione non solo influisce sulle opportunità economiche, ma gioca un ruolo fondamentale anche nella transizione verso la formazione di un nuovo nucleo familiare¹¹.

3. Migrazione e mercato matrimoniale

La migrazione esercita un'influenza significativa sul mercato matrimoniale, modificando le dinamiche di formazione delle coppie e le caratteristiche dei partner disponibili. Coloro che emigrano si confrontano, di sovente, nel Paese di accoglienza, con una carenza di partner che abbiano le caratteristiche desiderate. Questo fenomeno è noto con il termine di *partnering* o *mating squeeze* che è un'estensione del concetto di *marriage squeeze* che si verifica quando vi è un numero ridotto di uomini rispetto alle donne o di donne rispetto agli uomini all'interno di un'area geografica e, pertanto, aumentano i costi di ricerca e si riducono le opportunità di incontro¹². La mancanza di partner qualificati, ovvero con caratteristiche compatibili, si riflette nel mercato matrimoniale dei migranti, influenzando il matching con il partner disponibile¹³. Dall'altro lato, la distribuzione geografica e la segregazione spaziale di tali gruppi migranti possono limitare le

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ J.M. HOEM, L. NEDOLUZHKO, *Marriage formation as a process intermediary between migration and childbearing*, in *Demographic Research* 18, 2008, 611-628; J.B. JANG, J.B. CASTERLINE, A. SNYDER, *Migration and marriage: Modeling the joint process*, in *Demographic Research* 30, 2014, 1339.

¹² R. SCHOEN, *Measuring the tightness of a marriage squeeze*, in *Demography* 20, 1983, 61-78.

¹³ K.H. CHOI, M. TIENDA, *Marriage-market constraints and mate-selection behavior: Racial, ethnic, and gender differences in intermarriage*, in *Journal of Marriage and Family* 79.2, 2017, 301-317.

opportunità di stabilire contatti con partner provenienti da altri gruppi etnici o nazionali¹⁴. In questi contesti, il grado di segregazione spaziale, che riduce le interazioni tra gruppi, diventa un fattore determinante nel mercato matrimoniale dei migranti.

Un altro aspetto centrale nello studio del mercato matrimoniale è rappresentato dal processo di *matching* tra i partner. Nelle società contemporanee, sia gli uomini che le donne tendono a preferire partner con caratteristiche simili alle proprie, specialmente per quanto riguarda l'istruzione e la capacità di guadagno. La preferenza per partner con un elevato potenziale economico riflette una logica di investimento in un'unione capace di garantire stabilità economica e sicurezza nel lungo termine¹⁵.

Inoltre, emerge una tendenza significativa verso la formazione di coppie endogame, cioè coppie in cui entrambi i partner condividono la stessa origine etnica o nazionale¹⁶. Tuttavia, in un contesto migratorio, la possibilità di formare coppie endogame potrebbe, in alcuni contesti, essere limitata in quanto le comunità migranti sono ridotte o geograficamente disperse.

Il processo di *matching* genera non solo coppie con caratteristiche simili, ma favorisce anche la formazione di abbinamenti secondari, in cui le scelte iniziali influenzano quelle successive. Quando vi è una limitata disponibilità di partner con determinate caratteristiche, la migrazione può spingere gli individui a cercarli fuori dal proprio gruppo di origine, generando dinamiche di unioni miste o esogame, sebbene molto di frequente la preferenza per partner endogami rimanga prevalente.

Un ulteriore effetto della migrazione riguarda la possibilità di scioglimento delle unioni preesistenti. Il processo migratorio, infatti, potrebbe essere associato alla rottura dei legami sociali e familiari, che consegue all'integrazione nel nuovo contesto socio-economico e ad una generale incertezza sia economica che sociale¹⁷. Le difficoltà incontrate nella transizione verso un nuo-

¹⁴ D.R. HARRIS, H. ONO, *How many interracial marriages would there be if all groups were of equal size in all places? A new look at national estimates of interracial marriage*, in *Social Science Research* 34.1, 2005, 236-251.

¹⁵ A. GROW, C. SCHNOR, J. VAN BAVEL, *The reversal of the gender gap in education and relative divorce risks: A matter of alternatives in partner choice?*, in *Population Studies* 71.sup1, 2017, 15-34.

¹⁶ E.H. WITTE, A. STANCIU, K. BOEHNKE, *A new empirical approach to intercultural comparisons of value preferences based on Schwartz's theory*, in *Frontiers in Psychology* 11, 2020, 1723.

¹⁷ J.E. GLICK, *Connecting complex processes: A decade of research on immigrant families*, in *Journal of Marriage and Family* 72.3, 2010, 498-515; V. MAZZU-

vo paese, inclusi i problemi di adattamento culturale e linguistico, possono indebolire le relazioni preesistenti.

In particolare, quando sono le donne ad avviare il processo migratorio e, quindi, il trasferimento della famiglia sperimentando una maggiore libertà, si innescano conflitti all'interno delle relazioni, inducendo maggiore instabilità.

Di fatto la migrazione può comportare separazioni prolungate o ripetute tra i partner, che possono compromettere la stabilità delle unioni e periodi di lontananza forzata possono, infatti, favorire il deterioramento del legame affettivo e aumentare il rischio di separazione o divorzio¹⁸. Tuttavia, in alcuni casi, la migrazione può anche rappresentare una risposta a una crisi matrimoniale già in corso nel paese di origine, con individui divorziati che scelgono di emigrare dopo un divorzio o una separazione¹⁹. In questo senso, la migrazione può essere vista sia come una causa di instabilità coniugale che come una conseguenza di un matrimonio già in crisi.

Quindi, la migrazione non solo influenza le dinamiche di coppia e di formazione del matrimonio, ma incide anche sulla stabilità delle relazioni preesistenti. Il mercato matrimoniale migratorio si configura come uno spazio complesso, in cui le opportunità e le sfide legate alla ricerca di un partner si combinano con i costi di adattamento al nuovo contesto socio-culturale. Le disuguaglianze di genere, l'origine etnica, il livello di istruzione e la capacità economica diventano fattori determinanti nel processo di *matching*, con implicazioni importanti per la stabilità e la durata delle relazioni di coppia e generano nuove dinamiche matrimoniali all'interno delle comunità migranti.

4. *Flussi migratori, presenza straniera in Italia nell'ultimo ventennio e dinamiche di genere*

L'andamento dell'immigrazione in Italia tra il 1990 e il 2019 mostra una crescita significativa – in valore assoluto (Fig. 1) – a partire dai primi anni 2000, con un picco massimo registrato nel

CATO, D. SCHANS, K. CAARLS, C. BEAUCHEMIN, *Transnational Families Between Africa and Europe*, in *International Migration Review* 49.1, 2015, 142-172.

¹⁸ L. VAN DEN BERG, D. MORTELMANS, *Endogamy and relationship dissolution*, in *Demographic Research* 47, 2022, 489-528.

¹⁹ T.J. COOKE, C.H. MULDER, M. THOMAS, *Union dissolution and migration*, in *Demographic research* 34, 2016, 741-760.

2007 (515 mila iscrizioni anagrafiche) e nel 2008 (con 497 mila nuovi immigrati). Incrementi che potrebbero essere spiegati a seguito delle sanatorie che si sono succedute negli anni e hanno consentito la regolarizzazione di un numero elevato di migranti nel periodo considerato²⁰.

Un altro picco importante si osserva nel 2010, con 424 mila iscrizioni dall'estero di stranieri, riflettendo probabilmente l'onda lunga delle migrazioni originate dalla crisi economica globale del 2008 e dalla Primavera Araba. Tuttavia, dopo il 2011, si nota un progressivo calo nei flussi migratori in ingresso, stabilizzandosi tra le 260 e le 286 mila unità annue a partire dal 2014, in coincidenza con il rafforzamento delle misure di controllo alle frontiere e con la riduzione delle opportunità economiche in Italia²¹.

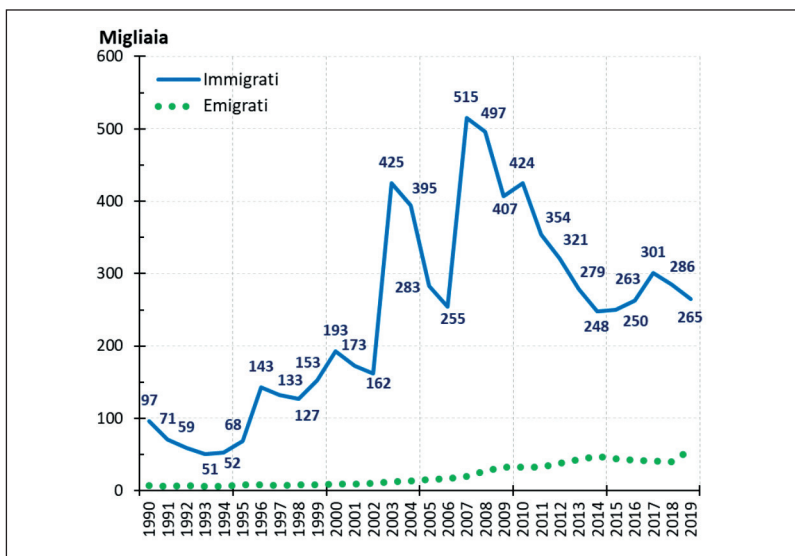


Fig. 1: Immigrazione (iscrizioni anagrafiche dall'estero di stranieri) ed emigrazione in Italia, periodo 1990-2019 (valori in migliaia).

Fonte: SALVATORE STROZZA *et al.* 2021.

²⁰ M. AMBROSINI, *Richiesti e respinti: l'immigrazione in Italia: come e perché*, in *Il saggiatore* 687, 2010; A. PAPARUSSO, *L'immigrazione e l'integrazione in Italia: il cammino delle politiche*, in *Migrazioni e integrazioni nell'Italia di oggi*. CNR-IRPPS e-Publishing, 2017, 295-306.

²¹ M. AMBROSINI, *From illegality to tolerance and beyond: Irregular immigration as a selective and dynamic process*, in *International Migration* 54.2, 2016, 144-159.

Dall'altro lato, l'emigrazione – rappresentata dalla linea tratteggiata – si mantiene su livelli decisamente più bassi e stabili nel corso di tutto il periodo osservato, variando tra 50 e 80 mila unità annue. Questo *trend* evidenzia un saldo migratorio netto costantemente positivo, che ha contribuito significativamente ad un incremento demografico in termini assoluti parzialmente bilanciando la forte contrazione nelle nascite che si è osservata negli ultimi anni²². Il contrasto tra i due flussi (immigrati vs emigrati) suggerisce che l'Italia sia rimasta una destinazione primaria per l'immigrazione nell'Unione europea, nonostante le difficoltà economiche e le politiche migratorie più restrittive applicate negli ultimi anni²³.

Entrando più nello specifico e distinguendo per motivi delle richieste dei permessi di soggiorno possiamo delineare profili più chiari di questa popolazione che entra nel territorio italiano.

Osservando la figura relativa ai nuovi permessi di soggiorno per anno e motivo di rilascio nel periodo 2011-2021 si osserva una contrazione marcata dei flussi migratori per motivi di lavoro, che ha subito un calo costante dal 2013 in poi, per riprendere a crescere nel periodo post pandemico.

In parallelo, i permessi rilasciati per motivi familiari hanno mostrato una stabilità notevole durante tutto il periodo, evidenziando che, nonostante i cambiamenti normativi e le crisi migratorie, il ricongiungimento familiare resta una delle principali ragioni di ingresso dei migranti extra-UE in Italia. Questo elemento è significativo poiché evidenzia l'importanza delle reti familiari come elemento fondamentale dell'immigrazione.

L'andamento dei permessi per motivi di asilo o umanitari presenta una dinamica più variabile e collegata agli eventi globali. L'improvvisa crescita degli arrivi di persone in cerca di protezione internazionale tra il 2016 e il 2017 coincide con la crisi dei rifugiati nel Mediterraneo, che ha messo sotto pressione i sistemi di accoglienza italiani ed europei. Durante questo periodo, i permessi di soggiorno per asilo hanno raggiunto i picchi più alti, a dimostrazione dell'importanza del fenomeno.

²² Istat, Report Statistiche, vari anni.

²³ A. TRIANDAFYLLOIDOU, *Irregular migration and migration control policies*, in *Research Handbook on Irregular Migration*, Edward Elgar Publishing, 2023, 14-24.

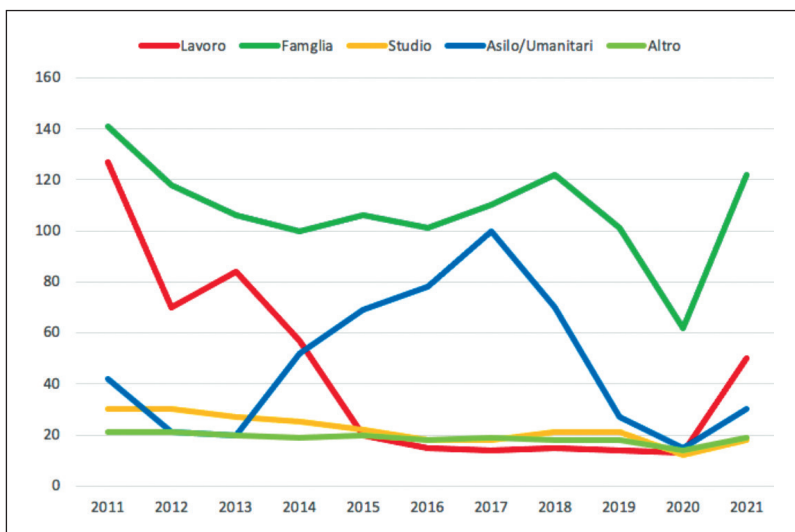


Fig. 2: Nuovi permessi di soggiorno per anno e motivo di rilascio 2011-2021 (valori assoluti in migliaia).

Fonte: elaborazione personale su dati Istat.

Tuttavia, l'introduzione del Decreto Sicurezza (DL 113/2018) ha avuto un impatto negativo, riducendo drasticamente il numero di permessi concessi. Tale normativa ha inasprito le condizioni per ottenere permessi di soggiorno, riducendo drasticamente quelli legati a ragioni umanitarie.

Un ulteriore evento che ha avuto un impatto sull'immigrazione è la pandemia di COVID-19, che nel 2020 ha contribuito a un ulteriore crollo dei nuovi permessi di soggiorno, soprattutto per lavoro e asilo. Tuttavia, nel 2021 si nota una parziale ripresa, in particolare nei permessi legati al lavoro e alla protezione umanitaria, segno di una parziale ripresa dei flussi migratori dopo il picco della pandemia.

In sintesi, si evidenzia chiaramente una contrazione senza precedenti dei flussi per motivi di lavoro, una stabilità nei permessi per ricongiungimento familiare e un andamento variabile nei permessi per motivi di asilo, strettamente legato agli eventi internazionali e alle politiche nazionali.

Quanto alla struttura di genere della popolazione straniera in Italia, al 2021, appare complessivamente equilibrata, ma con differenze significative all'interno delle diverse collettività. Alcune nazionalità, in particolare quelle provenienti dall'Europa dell'Est, risultano fortemente squilibrate a favore della componente femminile. Tra queste, le cittadinanze ucraina e russa vedono una pre-

dominanza di donne che supera il 75% del totale. La collettività romena, sebbene anch'essa caratterizzata da una prevalenza femminile, presenta un equilibrio maggiore, con il 58% di donne tra i residenti di queste nazionalità. Lo squilibrio di genere si collega a una migrazione prevalentemente orientata verso il lavoro di cura e assistenza familiare, dove le donne sono maggiormente impiegate²⁴.

Al contrario, altre comunità, come quelle provenienti dal Bangladesh, dall'Egitto e dal Pakistan, risultano fortemente sbilanciate a favore degli uomini. In questi casi, il fenomeno migratorio tende a coinvolgere prevalentemente uomini, spesso impegnati in settori lavorativi tradizionalmente maschili come l'edilizia o la logistica²⁵.

Tuttavia, in alcuni gruppi, il bilanciamento di genere è stato raggiunto grazie a un modello migratorio di tipo familiare. Le comunità marocchine e filippine ne sono esempi rilevanti. La comunità filippina, in particolare, che storicamente era caratterizzata da una predominanza femminile, ha visto negli anni un progressivo riequilibrio tra i generi, favorito dal ricongiungimento familiare e dalla stabilizzazione della presenza migratoria²⁶. Similmente, la collettività cinese ha sin dall'inizio visto una migrazione equilibrata tra uomini e donne, grazie a un progetto migratorio orientato verso l'inserimento familiare²⁷.

In questi casi il bilanciamento di genere ha importanti ripercussioni anche sul mercato del lavoro. Nelle collettività con una prevalenza femminile, è particolarmente diffuso l'inserimento lavorativo nei servizi alle famiglie, sia nel settore domestico sia nell'assistenza alla persona. Tale dato riflette una specializzazione settoriale della migrazione femminile, che risponde alla domanda crescente di lavoro di cura in Italia, specialmente in un contesto di invecchiamento della popolazione²⁸. Pertanto, lo squilibrio o l'equilibrio di genere

²⁴ M. AMBROSINI, *Immigrant Care Workers and the Invisible Welfare: Why the Social Order Depends on Alien Labour*. Biblioteca della libertà, 55(229), 2020, 101-109.

²⁵ C. BONIFAZI, *Migrazioni internazionali e nuove dinamiche della presenza straniera in Italia*, Carocci, Roma, 2021.

²⁶ C. COMINELLI, *Immigrati filippini e lavoro domestico tra opportunità e limiti*, in *Studi di sociologia*, 2002, 431-447.

²⁷ P. BATTILANI, F. FAURI, *Chinese migration to Italy: features and issues*, in *Labour Migration in Europe*, vol. I, *Integration and Entrepreneurship among Migrant Workers - A Long-Term View*, 2018, 11-42.

²⁸ C. CHIATTI, M. DI ROSA, F. BARBABELLA, C. GRECO, M.G. MELCHIORRE, A. PRINCIPI, S. SANTINI, G. LAMURA, *Migrant care work for elderly households in Italy*, in *Ageing in the Mediterranean*, Policy Press, 2013, 235-256.

all'interno delle collettività straniere è influenzato sia dalle diverse motivazioni e modalità di migrazione sia dalle condizioni socioeconomiche e lavorative che caratterizzano il contesto italiano.

5. *Le unioni miste in Italia: un approfondimento sulle spose straniere*

La crescente diversità culturale e l'aumento dei flussi migratori in Italia, a partire dagli anni '70, hanno portato ad un incremento significativo delle unioni miste, ovvero matrimoni tra partner appartenenti a diverse nazionalità o *background* culturali. Tuttavia, nonostante questa crescita, i livelli di omogamia sociale e culturale rimangono ancora elevati, con una forte tendenza dei partner a condividere *background* simili in termini di etnia, status sociale e culturale. Questo fenomeno è ampiamente trattato in letteratura, evidenziando come, nonostante la globalizzazione e la maggiore mobilità internazionale, i matrimoni misti non siano ancora la norma prevalente²⁹.

Nelle coppie miste, si osservano modelli di selezione del partner che differiscono notevolmente rispetto alle coppie composte da soli italiani. Le donne straniere, in particolare, tendono a essere più giovani rispetto ai partner italiani, seguendo un pattern che si ripete spesso nelle unioni dove l'uomo è autoctono e la donna straniera. Al contrario, quando è l'uomo ad essere straniero, la partner italiana è spesso più giovane. Inoltre, un altro aspetto che caratterizza le coppie miste è il ruolo delle donne straniere, le quali, in molti casi, sono casalinghe, accentuando uno squilibrio nel mercato del lavoro tra i due partner. Le donne straniere che lavorano incontrano maggiori difficoltà nel trovare occupazione rispetto alle italiane, sottolineando la discriminazione e la difficoltà di integrazione nel mercato lavorativo italiano³⁰.

Secondo la teoria dello scambio – un concetto chiave nella spiegazione delle unioni miste – il partner italiano, in particolare l'uomo, spesso controbilancia il proprio “status di nativo”, che offre vantaggi tangibili come un accesso più facile alle risorse

²⁹ D. MAFFIOLI, A. PATERNO, G. GABRIELLI, *Transnational couples in Italy: Characteristics of partners and fertility behavior*, in *Marriage: Global trends and diversity*, Seoul: IUSSP-Statistics Korea, Korea Institute for Health and Social Affairs, 2012, 279-319; M. KALMIJN, *Intermarriage and homogamy: Causes, patterns, trends*, in *Annual review of sociology* 24.1, 1998, 395-421.

³⁰ G. GABRIELLI, L. TERZERA, A. PATERNO, S. STROZZA, *Histories of couple formation and migration: The case of foreigners in Lombardy, Italy*, in *Journal of Family Issues* 40.9, 2019, 1126-1153.

locali, con una migliore occupabilità o con un livello di sicurezza economica più stabile. Al contrario, il partner straniero tende a compensare con altre caratteristiche, spesso non economiche, come la giovinezza o un livello di istruzione (presumibilmente) superiore della donna. Questo scambio di “beni simbolici” è particolarmente evidente nelle coppie miste, dove il partner straniero può godere di un accesso facilitato alla cittadinanza o a migliori opportunità economiche, mentre il partner italiano può godere di vantaggi sociali, legati alla più giovane età del partner³¹.

La pandemia ha avuto un forte impatto anche sul mercato matrimoniale in Italia, con una contrazione evidente nelle curve delle unioni e dei matrimoni, riflettendo una diminuzione complessiva delle interazioni sociali e delle celebrazioni dovuta alle restrizioni imposte per contenere il virus. Tuttavia, con l’allentamento delle misure e la graduale ripresa della normalità, si è assistito a una rapida ripresa nel numero di matrimoni e unioni, che ha iniziato a crescere subito dopo la fine delle principali fasi emergenziali. Questa dinamica è visibile in diverse tipologie di unioni, comprese quelle miste, segnando un ritorno delle attività sociali e dei rapporti interpersonali che erano stati temporaneamente sospesi durante il periodo di isolamento (Fig. 3).

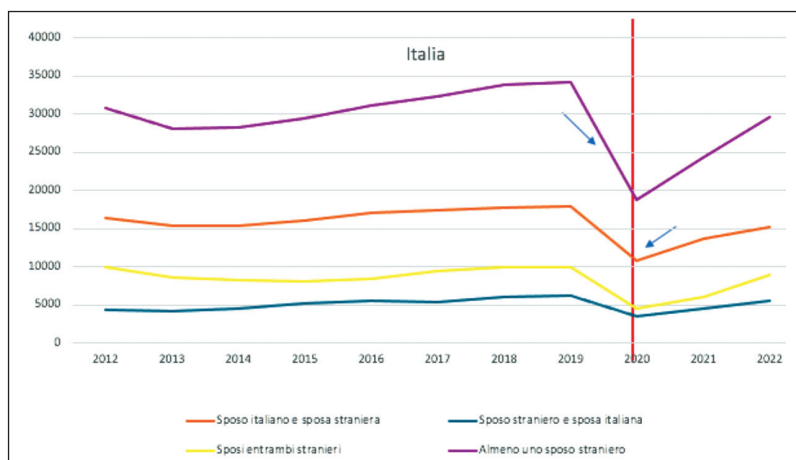


Fig. 3: Matrimoni con almeno un coniuge straniero per tipo di coppia dal 2012 al 2022 (valori assoluti in migliaia).

Fonte: elaborazione propria su dati Istat.

³¹ D. MAFFIOLI, A. PATERNO, G. GABRIELLI, *International married and unmarried unions in Italy: Criteria of mate selection*, *International Migration* 52.3, 2014, 160-176.

Nello specifico l'andamento dei matrimoni in Italia con almeno un coniuge straniero, tra il 2001 e il 2020, suddivisi per tipo di coppia evidenzia chiaramente (Fig. 4) come la crisi economica del 2008 abbia avuto un impatto considerevole sul mercato matrimoniale. A partire da quell'anno, si osserva una marcata riduzione del numero di matrimoni misti, in coincidenza con l'inizio della grande recessione, che ha colpito vari settori della società italiana. La crisi ha influenzato non solo l'economia, ma anche le scelte familiari e matrimoniali, riflettendosi in una contrazione delle unioni tra cittadini italiani e stranieri.

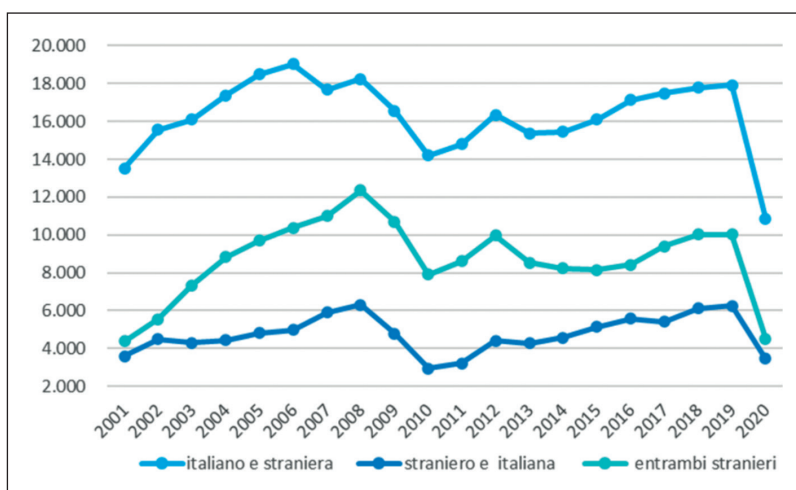


Fig. 4: Matrimoni con almeno un coniuge straniero per tipo di coppia dal 2001 al 2020 (valori assoluti in migliaia).

Fonte: elaborazioni proprie su dati Istat.

Questa riduzione è attribuibile alla maggiore incertezza economica che ha portato molte persone a posticipare scelte importanti di vita, come il matrimonio, specialmente in contesti che coinvolgono coniugi provenienti da Paesi stranieri, spesso più vulnerabili agli effetti della crisi. Gli effetti della recessione si riflettono in una flessione che si protrae per alcuni anni dopo il 2008. Tuttavia, dopo un periodo di contrazione, il grafico evidenzia una graduale ripresa a partire dal 2011, segno che, con il miglioramento delle condizioni economiche, le persone hanno ricominciato a formalizzare unioni matrimoniali. Questo trend positivo culmina in un picco significativo intorno al 2019, circa un decennio dopo l'inizio della crisi finanziaria globale, quando l'economia ha iniziato a riprendersi in modo più stabile e le incertezze economiche si

sono in parte attenuate. Dopo questa fase di ripresa, tuttavia, si nota una nuova battuta d'arresto coincidente con la pandemia da COVID-19, che, a partire dal 2020, ha nuovamente influenzato negativamente il mercato matrimoniale. Le restrizioni imposte e l'incertezza sanitaria ed economica hanno contribuito a un calo delle celebrazioni di matrimoni, inclusi quelli misti.

Andando ad osservare la provenienza delle spose straniere con partner italiano per grandi aree geografiche tra il 2012 e il 2022 (Fig. 5) emergono alcune tendenze interessanti nella distribuzione delle nazionalità tra le donne che si sposano in Italia. Un dato significativo è l'incidenza delle spose provenienti dall'America centro-meridionale. In particolare, il Brasile emerge come il principale Paese di origine in quest'area, con un numero di spose che oscilla tra 817 e 1.170 annue durante il periodo considerato. Altri Paesi latino-americani di rilievo includono Perù, Ecuador e Cuba, con un range compreso tra 250 e 450 spose per anno, seguiti dalla Repubblica Dominicana e Colombia, il cui numero varia tra 200 e 300 spose.

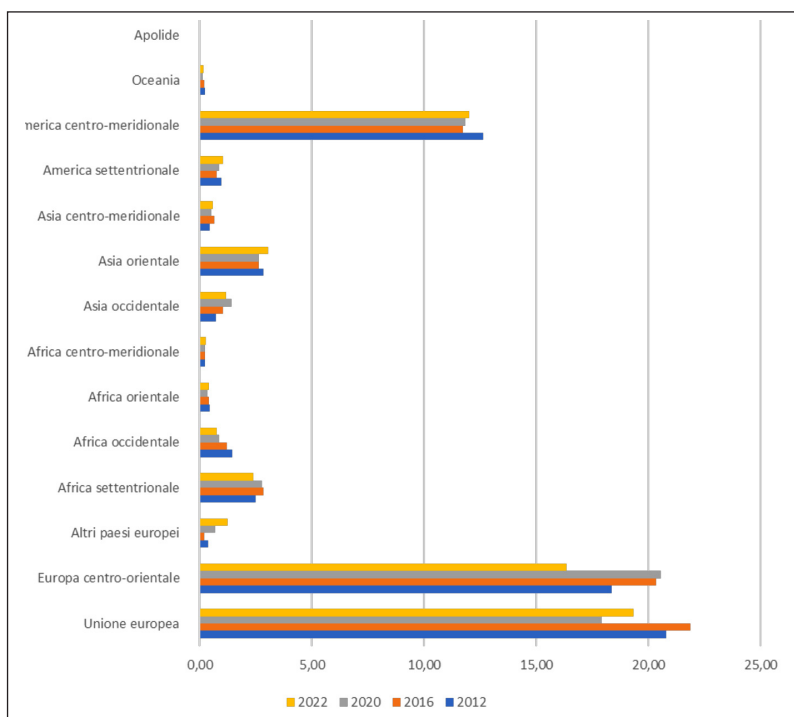


Fig. 5: Percentuale di matrimoni con spose straniere per grandi aree di provenienza sul totale, anni 2012-2016-2020-2022.

Fonte: elaborazione propria su Istat.

L'Asia orientale ha registrato un incremento significativo di spose, con la Cina che guida il gruppo (200-300 spose), seguita dalle Filippine, dove il numero di spose varia tra 90 e 190. Questi valori indicano una crescita costante delle unioni miste con donne provenienti da questa area, segnando una chiara inversione di tendenza rispetto al passato, quando era meno frequente l'esogamia per queste nazionalità. Tale fenomeno indica un maggiore radicamento di queste comunità sul territorio italiano e riflette la crescente rilevanza dei flussi migratori, sia di natura economica che familiare, provenienti dall'Asia orientale.

Per quanto riguarda l'Africa settentrionale, il Marocco si distingue come principale Paese di provenienza, con una presenza di spose che va da 400 a 700 per anno. Questa tendenza riflette il forte legame migratorio tra il Marocco e l'Italia, consolidato da decenni di emigrazione marocchina verso il nostro Paese.

In relazione all'Europa centro-orientale, l'Ucraina e la Russia rappresentano i principali Paesi di origine, con un numero di spose che varia da 1.000 a 2.000. Anche Albania e Moldavia giocano un ruolo importante, con un range compreso tra 400 e 900 spose. Bielorussia e Georgia seguono con numeri più contenuti (rispettivamente 200 circa per la Bielorussia e da 74 a 143 per la Georgia) rispetto al numero totale e all'incremento che, soprattutto le georgiane, hanno registrato nel decennio considerato. Questo fenomeno può essere spiegato dalla tipologia di lavoro svolto da molte di queste donne, spesso impiegate come badanti dedite alla cura delle persone anziane, con le quali convivono, lasciando il partner e la famiglia nel paese di origine. Per questa ragione, raramente cercano un nuovo partner in Italia, poiché il loro progetto migratorio ha spesso un carattere temporaneo, finalizzato ad accumulare risparmi per tornare nel proprio paese una volta raggiunta l'età pensionabile.

Infine, per le immigrate provenienti dall'Unione Europea, la Romania domina nettamente il quadro con un numero di spose che varia da 2.000 a 3.500 per anno. Di fatto le intense e antiche dinamiche migratorie tra Romania e Italia spiegano il numero elevato di matrimoni di uomini italiani con donne romene, particolarmente nelle regioni italiane caratterizzate da una forte immigrazione est-europea. Seguono, poi, a distanza la Polonia con un range, nel decennio, compreso tra le 500 e 800 unità.

Quanto agli altri Paesi dell'Unione europea come Germania, Regno Unito, Spagna e Francia presentano invece un numero più stabile di spose, oscillando tra 150 e 300. Tuttavia, è importante ricordare che le dinamiche migratorie di questi Paesi diffe-

riscono significativamente da quelle di altre aree geografiche, sia per tipologia che per evoluzione nel tempo.

Passando ad analizzare la modalità di acquisizione della cittadinanza per le donne in Italia – nel periodo compreso tra il 2012 e il 2022 (Figg. 6a e 6b) – essa ha subito notevoli variazioni, riflettendo cambiamenti sia normativi che sociali. All’inizio del decennio, nel 2012, la via prevalente attraverso la quale le donne acquisivano la cittadinanza era il matrimonio. In quell’anno, infatti, 17.000 donne hanno ottenuto la cittadinanza italiana mediante il matrimonio, rispetto ai 3.500 uomini che hanno ottenuto la cittadinanza mediante la medesima modalità. Questo dato sottolinea una disparità significativa tra i generi nelle prime fasi del periodo considerato, evidenziando la centralità del matrimonio come via privilegiata per l’acquisizione della cittadinanza da parte delle donne. Tuttavia, per queste ultime, nel corso degli anni si è verificato un cambiamento significativo nelle modalità di acquisizione della cittadinanza. A partire dal 2016, si osserva un aumento considerevole del numero di donne che ottengono la cittadinanza per residenza, raggiungendo quota 43.000. Questa cifra si avvicina sensibilmente al numero di uomini che nello stesso anno hanno acquisito la cittadinanza con la stessa modalità, pari a 58.000. Tale evoluzione riflette una crescente stabilizzazione delle donne straniere nel Paese, segnalando una loro maggiore permanenza sul territorio italiano e, di conseguenza, una più elevata idoneità all’ottenimento della cittadinanza per residenza³².

Un altro cambiamento rilevante si verifica a partire dal 2017, anno in cui compare una nuova categoria denominata «altro», che include modalità di acquisizione della cittadinanza per discendenza, nota anche come *ius sanguinis* (ossia acquisizione della cittadinanza con almeno un genitore italiano), per elezione e tramite lo *ius soli* (limitato a casi di apolidia dei genitori)³³. In aggiunta, vi è la possibilità di acquisizione della cittadinanza per elezione, una forma concessa a coloro che sono nati in Italia da genitori stranieri e che hanno vissuto ininterrottamente nel Paese fino al compimento della maggiore età. Queste modalità, classificate come “altro”, hanno cominciato ad avere un’incidenza crescente, soprattutto tra le fasce d’età dai 20 ai 29 anni e dai 30 ai 39 anni, sia per le donne che per gli uomini.

³² Istat, Statistiche sulla cittadinanza in Italia (2022).

³³ Ministero dell’Interno, Rapporto annuale sull’immigrazione (2018).



Fig. 6a: Modalità di acquisizione della cittadinanza distinta per uomini e donne (v%), 2012 e 2016

Fonte: elaborazioni proprie su dati Istat.

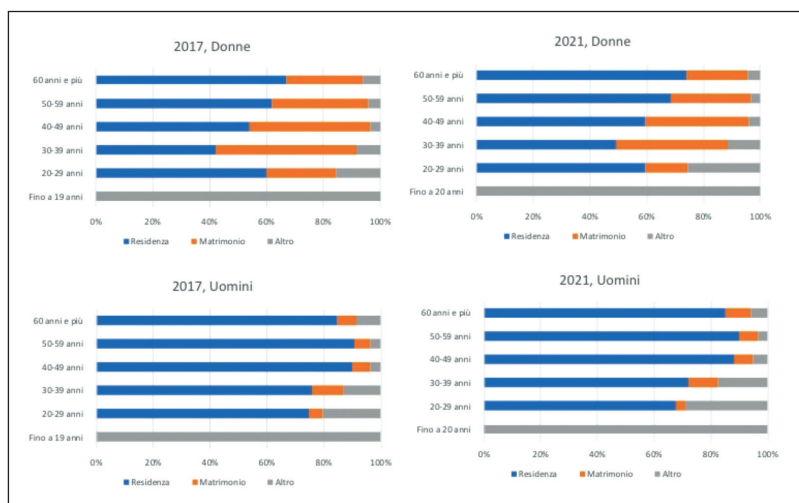


Fig. 6b: Modalità di acquisizione della cittadinanza distinta per uomini e donne (v%), 2017 e 2021.

Fonte: elaborazioni proprie su dati Istat.

Negli anni successivi, la modalità di acquisizione della cittadinanza per matrimonio ha registrato un progressivo declino in termini percentuali, pur continuando a rappresentare una via

più frequente per le donne rispetto agli uomini. Questa tendenza potrebbe riflettere un contesto in cui, se da un lato molte donne straniere continuano a vedere nel matrimonio una via di integrazione formale nella realtà italiana, dall'altro si assiste a un crescente predominanza di altre modalità, come la residenza e l'elezione. Tali evidenze testimoniano una dinamica di lungo termine in cui la presenza femminile straniera si stabilizza e assume nuove forme di riconoscimento legale nel contesto italiano³⁴.

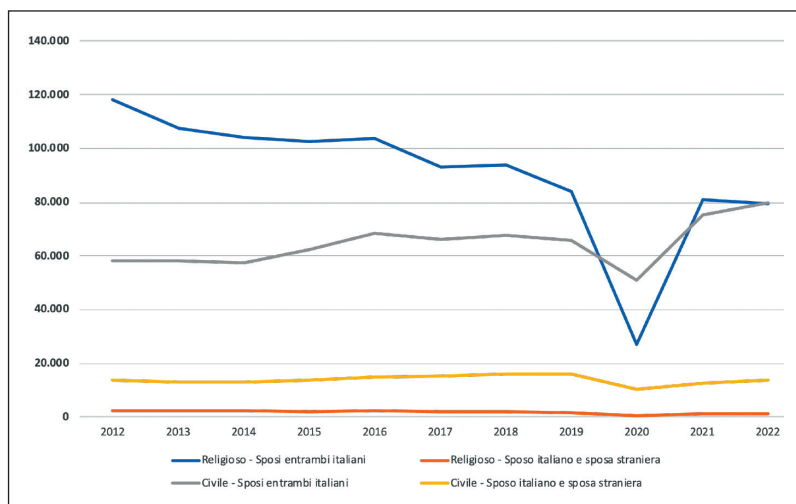


Fig. 7 Serie storica dei riti matrimoniali tra italiani e matrimoni misti (valori assoluti in migliaia), dal 2012 al 2022.

Fonte: elaborazioni proprie su dati Istat.

Nel 2020 (Fig. 7), i matrimoni religiosi tra italiani hanno subito un calo drastico, un fenomeno chiaramente influenzato dalle restrizioni imposte dalla pandemia di COVID-19. Le misure di distanziamento sociale e la sospensione delle celebrazioni pubbliche, infatti, hanno limitato notevolmente le cerimonie religiose, portando molti a optare per il rito civile o a posticipare del tutto il matrimonio. Questo ha contribuito ad aumentare ulteriormente il divario tra il rito religioso e il rito civile, una tendenza che si era già manifestata negli anni precedenti, ma che

³⁴ M. CARELLA, T. GARCÍA-PEREIRO, R. PACE, *Subjective well-being, transnational families and social integration of married immigrants in Italy*, in *Social Indicators Research* 161.2, 2022, 785-816.

la pandemia ha reso ancora più evidente. Tuttavia, a partire dal 2021, si nota un lieve recupero nei matrimoni religiosi, indicando un possibile riequilibrio delle preferenze, anche se lo scarto rispetto ai matrimoni civili rimane significativo.

Per quanto riguarda i matrimoni misti, ossia quelli tra un italiano e una straniera e tra una italiana e uno straniero, il quadro appare piuttosto stabile nel corso del decennio considerato. A differenza delle unioni tra cittadini italiani, i matrimoni misti sono caratterizzati da una netta predominanza del rito civile rispetto a quello religioso. Questa tendenza è rimasta costante nel tempo e non sembra aver subito particolari variazioni, nemmeno durante il periodo della pandemia. La preferenza per il rito civile nei matrimoni misti potrebbe essere spiegata da diversi fattori. In primo luogo, le coppie spesso appartengono a religioni diverse, e scegliere un rito religioso potrebbe comportare difficoltà logistiche e culturali. Il rito civile rappresenta quindi una soluzione “neutra”, che consente di evitare potenziali conflitti e garantisce un’unione riconosciuta da entrambe le parti senza entrare nel merito delle differenze religiose.

Inoltre, il rito civile è spesso visto come più accessibile e pratico, soprattutto per coppie che vivono in contesti multiculturali, dove il legame legale assume maggiore rilevanza rispetto a quello religioso. L’andamento dei matrimoni misti con prevalenza di rito civile potrebbe essere visto come un indicatore di una cultura italiana sempre più diversificata e aperta all’integrazione, dove le unioni tra persone di culture diverse non solo sono accettate, ma trovano un loro spazio normativo e sociale attraverso il rito civile. Questo elemento contribuisce a rafforzare l’idea che il matrimonio, pur restando un’istituzione fondamentale, si stia evolvendo per rispondere alle nuove realtà demografiche e culturali del Paese.

La distribuzione dei matrimoni con almeno un coniuge straniero nel 2020 evidenzia interessanti differenze a seconda della tipologia di coppia e dell’ordine del matrimonio (Fig. 8). I dati mostrano che, tra le unioni in cui entrambi i coniugi sono italiani, il 74,5% corrisponde a primi matrimoni, mentre l’8,8% riguarda seconde nozze per gli uomini e il 16,7% per le donne. Questo scenario cambia sensibilmente nelle coppie miste, dove spicca una maggiore frequenza di seconde nozze. Di fatto tra le unioni in cui lo sposo è italiano e la sposa straniera, il 50,5% rappresenta primi matrimoni, mentre il 19,2% e il 30,3% sono, rispettivamente, seconde nozze per gli uomini italiani e per le donne straniere.

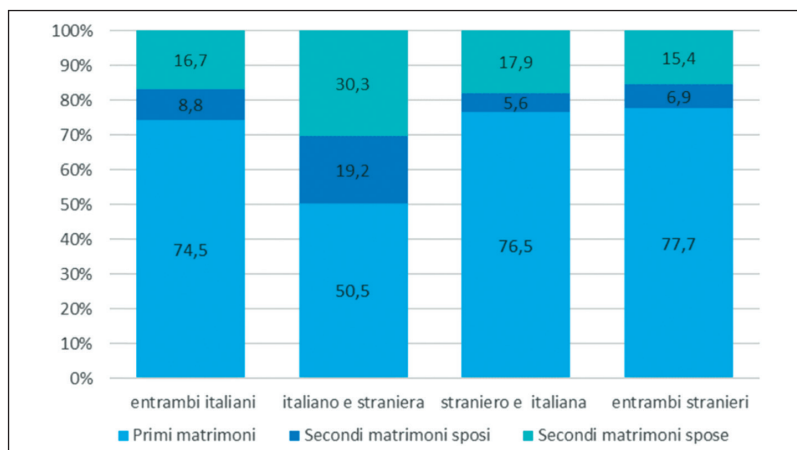


Fig. 8: Matrimoni con almeno un coniuge straniero per tipologia di coppia e ordine di matrimonio nel 2020 (v%).

Fonte: elaborazioni proprie su dati Istat.

La situazione cambia quando si invertono e cioè nelle coppie con lo sposo straniero e la sposa italiana, la percentuale di primi matrimoni raggiunge il 76,5%, con il 5,6% di seconde nozze per gli uomini stranieri e il 17,9% di seconde nozze per le donne italiane. Infine, le coppie composte da entrambi coniugi stranieri mostrano una prevalenza di prime nozze pari al 77,7%, mentre le seconde nozze riguardano il 6,9% degli sposi e il 15,4% delle spose e risulta molto simile alla distribuzione percentuale osservata per la modalità 'entrambi italiani'.

Si osserva una chiara distinzione nell'ordine dei matrimoni: le unioni tra italiani e spose straniere registrano la quota più elevata di seconde nozze, sia per gli uomini italiani che per le donne straniere, rispetto ad altre tipologie di coppie. Al contrario, quasi l'80% dei matrimoni tra due coniugi stranieri riguarda prime nozze, segnalando una maggiore propensione di questa categoria verso l'unione coniugale alla prima esperienza.

I dati riportati offrono uno spaccato significativo delle dinamiche matrimoniali in Italia, evidenziando una chiara differenziazione nei percorsi di vita e nelle scelte matrimoniali tra le varie categorie di coniugi, con o senza *background* migratorio. Queste differenze si manifestano non solo nella proporzione di primi e secondi matrimoni, ma anche nella composizione delle coppie e nelle modalità con cui esse decidono di formalizzare le loro unioni. La distribuzione dei matrimoni in base al tipo di coppia e all'ordine del matrimonio può essere letta come una conseguenza delle di-

namiche socio-culturali che caratterizzano il contesto italiano, influenzate da vari fattori, tra cui l'immigrazione, la mobilità sociale, e i mutamenti nei valori legati alla famiglia e all'unione coniugale.

Le coppie composte da entrambi coniugi stranieri, ad esempio, tendono a contrarre più frequentemente prime nozze, con una percentuale che sfiora, come osservato, l'80%. Questo potrebbe riflettere la presenza di migranti relativamente giovani o di prima generazione, che vedono nel matrimonio un passo importante verso la costruzione di una vita stabile nel Paese ospitante, privilegiando l'endogamia come forma di vita. Al contrario, nelle coppie miste, specialmente quelle in cui lo sposo è italiano e la sposa straniera, si osserva una percentuale significativamente più alta di seconde nozze, sia per gli uomini italiani che per le donne straniere. Questo dato potrebbe essere interpretato come indicativo di un percorso di vita differente, dove l'esperienza matrimoniale è vissuta più tardi, magari dopo un primo fallimento matrimoniale, o come un mezzo per consolidare una relazione già esistente con una persona proveniente da un altro contesto culturale.

Le dinamiche osservate suggeriscono che il matrimonio, per molte coppie miste, rappresenta non solo un passo emotivo, ma anche una strategia di integrazione formale e sociale, soprattutto per le donne straniere. Queste unioni, infatti, possono costituire un mezzo per ottenere la cittadinanza italiana o per consolidare la propria posizione legale e sociale nel Paese. Il matrimonio, in questo senso, diventa non solo un vincolo affettivo, ma anche uno strumento attraverso cui molti stranieri riescono a stabilizzarsi giuridicamente e socialmente, garantendosi un'integrazione più solida e duratura nella realtà italiana. Allo stesso tempo, il progressivo aumento delle seconde nozze riflette una società in cui il divorzio è sempre più accettato e comune, e in cui anche gli stranieri possono trovare nuove opportunità di formare una famiglia all'interno di una cornice legislativa e sociale più flessibile rispetto al passato.

Infine, la diversificazione delle esperienze matrimoniali tra coppie italiane, miste e straniere sottolinea quanto la struttura familiare italiana stia cambiando sotto l'influenza dei flussi migratori e delle nuove norme sociali. Studi recenti sulle trasformazioni delle famiglie migranti in Italia³⁵ evidenziano come queste

³⁵ R.T. DI ROSA, E. ALLEGRI, *Migrant families, social policies and community relations: Towards what (kind of) integration?*, in *Italian Sociological Review*, 12.6S, 2022, 369-369; V. CHELL-ROBINSON, *Female migrants in Italy: Coping in a country of new immigration*, in *Gender and Migration in Southern Europe*, Routledge, 2020, 103-123.

tendenze siano strettamente connesse con il processo di integrazione e con l'evoluzione dei ruoli di genere, nonché con le dinamiche economiche e legislative che influenzano le scelte di vita dei migranti in Italia.

In ultimo, dal confronto tra i titoli di studio delle spose straniere e degli sposi italiani emergono significativi cambiamenti avvenuti tra il 2012 e il 2022³⁶. Nel 2012, i titoli di studio dei coniugi non sempre risultavano allineati: in particolare, emerge una predominanza di donne straniere con titoli di studio più elevati rispetto ai loro partner italiani, specialmente a partire dal diploma universitario in poi. Questo indica una certa disparità culturale tra le coppie, con le donne straniere spesso più qualificate rispetto ai loro mariti italiani³⁷.

Nel 2019, la situazione comincia a normalizzarsi, con una maggiore corrispondenza tra i livelli di istruzione dei partner. Tuttavia, nel 2022 si osserva un cambiamento rilevante: per la prima volta, il *mismatching* nei titoli di studio è a favore delle donne, che si uniscono in matrimonio anche con uomini con un livello di istruzione superiore al loro.

Questo cambiamento può essere attribuito a diversi fattori. Da un lato, si è assistito ad una maggiore integrazione delle donne straniere nel contesto sociale e lavorativo italiano, con un aumento del loro accesso all'istruzione e alle opportunità professionali. Dall'altro, si sono verificate modifiche nei flussi migratori verso l'Italia, con un cambiamento nelle nazionalità dei nuovi arrivati. Queste variazioni hanno contribuito a modificare la composizione delle diverse comunità e, di conseguenza, hanno influito sulla dinamica dei matrimoni misti³⁸. L'aumento della qualificazione delle donne straniere e le nuove tendenze migratorie hanno quindi portato a una situazione in cui le donne con titoli di studio più elevati si uniscono a uomini con livelli di istruzione variabili, riflettendo una trasformazione nella struttura sociale e culturale del Paese³⁹.

³⁶ Istat, vari anni.

³⁷ Y. DE HAuw, A. GROW, J. VAN BAVEL, *The reversed gender gap in education and assortative mating in Europe*, in *European Journal of Population* 33, 2017, 445-474; J. VAN BAVEL, C.R. SCHWARTZ, A. ESTEVE, *The reversal of the gender gap in education and its consequences for family life*, in *Annual review of sociology* 44.1, 2018, 341-360.

³⁸ G. GIUSEPPE, P. GIANNANTONI, R. IMPICCIATORE, S. LOI, S. STROZZA, *I comportamenti demografici, in Rapporto sulla popolazione. Le molte facce della presenza straniera in Italia*, Bologna, 2017, 61-98.

³⁹ S. MAIORINO, L. TERZERA, *Overeducation of migrants in Lombardy: A trend analysis 2008-2021*, in *International Migration*, 2024.

7. Conclusioni

Le unioni miste, sempre più diffuse in Italia, rappresentano un indicatore rilevante delle dinamiche sociali e delle trasformazioni culturali in atto, sebbene continuino a essere caratterizzate da complessità e variabilità.

Uno degli aspetti centrali emersi è il ritardo nella formazione di unioni, sia endogame che esogame, spesso legato alle difficoltà economiche e lavorative affrontate dai migranti nei primi anni di permanenza in Italia. Tali difficoltà riducono le opportunità di incontro con potenziali partner, come teorizzato dal ‘disruptive effect’, contribuendo a un ritardo rispetto ai connazionali non migranti. L’incertezza lavorativa e la separazione dai network sociali del paese d’origine sono fattori chiave che incidono sul timing e sulla stabilità delle unioni, confermando quanto già rilevato in studi precedenti.

L’analisi condotta ha, inoltre, evidenziato un cambiamento nelle dinamiche di coppia, in particolare in termini di disallineamento nei livelli di istruzione, con le donne migranti spesso più istruite rispetto ai partner italiani, un fenomeno che si riscontra soprattutto tra coloro che hanno conseguito un titolo universitario. Questo rappresenta un segnale di cambiamento sociale e culturale, con implicazioni significative per il mercato matrimoniale e l’integrazione delle migranti.

Le donne migranti provenienti dall’America Latina, dall’Europa dell’Est e dall’Asia orientale sono tra le principali protagonisti delle unioni miste in Italia, con tendenze che si sono modificate nel corso del decennio. In particolare, la presenza di donne provenienti dall’Europa centro-orientale, come l’Ucraina e la Russia, ha mostrato una crescita significativa, riflettendo le dinamiche socio-economiche e lavorative che hanno favorito l’immigrazione femminile verso l’Italia. Tale crescita è particolarmente evidente nei matrimoni misti, dove le donne migranti trovano spesso un partner italiano in una fase avanzata del percorso migratorio.

Nonostante l’aumento delle unioni miste, l’Italia rimane caratterizzata da alti livelli di omogamia culturale e sociale. Le unioni endogame continuano a essere prevalenti, soprattutto tra gruppi etnici che condividono valori e culture comuni. Tuttavia, le unioni miste dimostrano la crescente diversità del panorama matrimoniale italiano e il lento ma progressivo processo di integrazione dei migranti nel contesto italiano.

Abstract: Il presente studio esamina la formazione di unioni miste in Italia nell'ultimo decennio, con una particolare attenzione alle donne migranti. Il processo migratorio comporta spesso incertezza e ritardi nel raggiungimento della stabilità economica, che possono influire sui tempi di formazione delle unioni. Le fasi iniziali della migrazione rivelano, spesso, due situazioni contrastanti: gli squilibri di genere all'interno dei gruppi di migranti possono promuovere le unioni miste, mentre la distribuzione geografica e la segregazione spaziale possono limitare le opportunità di contatto tra i gruppi.

Un fattore chiave è il meccanismo di abbinamento nel 'mercato matrimoniale', in cui le società moderne tendono a favorire i partner con livelli di istruzione simili e un alto potenziale di guadagno, dando spesso luogo a coppie endogame (eticamente simili). La fine degli anni '70 ha segnato un aumento dei flussi migratori che ha portato a un incremento delle unioni miste, caratterizzate da varie combinazioni di nazionalità, compresi partner culturalmente lontani. Nonostante ciò, in Italia persistono alti livelli di omogamia sociale e culturale tra i partner. L'analisi per nazionalità mostra una maggiore incidenza di spose straniere provenienti dall'America centrale e meridionale, una tendenza all'aumento da parte dell'Asia orientale e una crescente attenzione per coloro che provengono dall'Europa centro-orientale. Tra il 2012 e il 2021, per le donne straniere il matrimonio è stata la modalità predominante per ottenere la cittadinanza italiana, mentre per gli uomini permane predominante la modalità legata alla residenza stabile e prolungata sul territorio italiano (*ex art.* 9 l. 91/1992). Nel 2020, in corrispondenza della pandemia, si osserva un notevole calo dei matrimoni che interessa anche le coppie miste. La percentuale di seconde nozze è più alta nelle unioni tra uomini italiani e spose straniere, rispetto alle altre tipologie di unione; quasi l'80% delle unioni che coinvolgono due stranieri risultano essere prime nozze. In ultimo, nell'osservare il matching nel titolo di studio, emerge che le spose straniere e gli sposi italiani tendono ad allinearsi fino al livello di diploma di scuola superiore. Mentre è a partire dal titolo di studio corrispondente ad una laurea triennale che si osserva, spesso, un disallineamento tra i livelli di istruzione degli uomini italiani e delle donne straniere, laddove quest'ultime sembrano avere un livello di istruzione superiore a quello dei loro partner. Questo studio, in estrema sintesi, evidenzia la complessa interazione tra migrazione, stabilità economica e fattori sociali nella formazione delle unioni miste in Italia.

This study examines the formation of mixed marriages in Italy over the last decade, with a particular focus on migrant women. The migration process often entails uncertainty and delays in achieving economic stability, which may affect the timing of union formation. The initial stages of migration often reveal two contrasting situations: gender imbalances within migrant groups may promote mixed unions, while geo-

graphical distribution and spatial segregation may limit opportunities for contact between groups.

A key factor is the matching mechanism in the 'marriage market', where modern societies tend to favour partners with similar levels of education and high earning potential, often resulting in endogamous (ethnically similar) couples. The late 1970s marked an increase in migration flows that led to a rise in mixed marriages, characterised by various combinations of nationalities, including culturally distant partners. Despite this, high levels of social and cultural homogamy between partners persist in Italy. The analysis by nationality shows a higher incidence of foreign brides from Central and South America, an increasing trend from East Asia and a growing focus on those from Central and Eastern Europe. Between 2012 and 2021, for foreign women, marriage was the predominant modality for obtaining Italian citizenship, while for men the modality linked to stable and prolonged residence on Italian territory (ex art. 9 l. 91/1992) remained predominant. In 2020, in correspondence with the pandemic, a significant drop in marriages is observed, which also affects mixed couples. The percentage of second marriages is higher in unions between Italian men and foreign brides than in other types of union; almost 80% of unions involving two foreigners turn out to be first marriages. Lastly, when looking at the matching in educational qualifications, it emerges that foreign brides and Italian brides tend to match up to high school diploma level. While it is from the qualification corresponding to a three-year degree that a mismatch is often observed between the education levels of Italian men and foreign women, where the latter seem to have a higher level of education than their partners. This study, in a nutshell, highlights the complex interaction between migration, economic stability and social factors in the formation of mixed marriages in Italy.

ALESSANDRA VENTURINI

Caratteristiche della migrazione femminile in Italia

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Paesi di origine. – 3. Canali di entrata. – 4. Capitale umano, età ed istruzione. – 5. Tasso di occupazione ed integrazione nel mercato del lavoro. – 6. Tasso di occupazione dei familiari ricongiunti. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Questa ricerca cerca di individuare un quadro delle dinamiche e dell'evoluzione dei flussi in entrata di donne migranti e delle loro caratteristiche e di evidenziarne l'effetto sulla loro inclusione nel mercato del lavoro e nella società del paese di destinazione.

Anche in Italia, come nella maggior parte dei paesi Europei, la migrazione è stata inizialmente maschile ed è iniziata alla fine degli anni '90, trasformando un paese di tradizionale emigrazione in un paese di immigrazione, senza consapevolezza e senza che ciò fosse parte di una scelta politica ed economica precisa.

Il primo convegno sull'Immigrazione in Italia è stato organizzato a Roma il 4 giugno del 1990 dal Ministro Martelli, vice presidente del Consiglio dei Ministri, con delega agli Italiani all'estero. La prima norma, il decreto Martelli, è appunto del 1990; fino ad allora non vi era normativa specifica e non erano necessari visti di entrata in Italia. I primi immigrati in Italia, provenienti dai paesi del vicino Mediterraneo, sono entrati in modo spontaneo senza alcuna richiesta di visto. Questo spiega le numerose regolarizzazioni e la difficoltà del sistema istituzionale ad adeguarsi ad un nuovo ruolo nel Mediterraneo ed in Europa.

Questa evoluzione è stata comune agli altri nuovi paesi europei del Mediterraneo e cioè: Spagna, Portogallo e Grecia, che si sono allo stesso modo trasformati in paesi di destinazione ed hanno anche loro adottato politiche di regolarizzazione *ex-post*¹.

¹ Vedi A. VENTURINI, *Post-War Migration in South Europe, 1950-2000*,

Tavola 1: Quota di donne immigrate sul totale di stranieri, nel tempo.

Country	2005	2010	2015	2019
Austria	53.2	52.9	53.0	52.2
Belgium	52.7	52.4	52.7	51.5
Cyprus	57.1	58.0	59.8	54.8
Czech Republic	51.8	51.1	51.3	51.5
Denmark	53.8	54.7	52.3	51.7
Estonia	60.2	62.0	59.2	61.3
Finland	55.2	51.1	48.5	50.1
France	51.6	51.9	52.3	51.4
Germany	47.8	50.6	48.3	47.3
Greece	51.5	50.4	53.4	54.5
Hungary	56.1	56.7	54.4	52.7
Iceland	57.2	52.8	49.1	51.9
Ireland	48.7	50.8	51.0	51.2
Italy	53.6	54.4	54.5	55.0
Latvia	60.5	60.6	62.8	63.9
Lithuania	56.0	58.5	59.2	57.6
Luxembourg	51.0	50.0	49.4	49.4
Netherlands	51.6	52.5	54.1	52.3
Norway	51.9	49.5	48.1	48.8
Poland	59.4	62.8	59.0	52.1
Portugal	52.3	54.2	55.5	55.0
Romania	42.0	40.1	38.5	37.7
Slovak Republic	55.8	57.4	56.2	50.9
Slovenia	49.5	47.9	48.5	47.0
Spain	50.7	50.6	53.0	53.6
Sweden	51.9	52.7	52.4	49.6
Switzerland	52.1	52.2	50.6	50.8
EU14	50.8	51.9	52.0	51.4
All	51.2	52.2	52.1	51.4

Fonte: Eurostat

I primi flussi di immigrati, infatti, venivano dai paesi che tradizionalmente inviavano immigrati in Nord Europa e che, alla fine degli anni '70 con la recessione, si erano visti chiudere le porte di accesso verso i loro mercati del lavoro tradizionali, vale a dire Germania, Belgio, Olanda e Francia che trovarono negli ex-paesi di emigrazione del Sud Europa, ormai cresciuti economicamente, una nuova possibile destinazione. Inizialmente erano immigrati dal Maghreb, prevalentemente uomini e successivamente qualche donna originaria delle Filippine, il cui arrivo era canalizzato dalle istituzioni della Chiesa Cattolica.

Ben presto l'emigrazione femminile ha raggiunto come ammontare quella maschile anche per le comunità di tradizione

An Economic Analyses, Cambridge University Press, 2004; D. DEL BOCA, A. VENTURINI, *Italian Migration*, in ZIMMERMANN K. (ed), *European Migration*, Oxford University Press, 2005, 303-336; Centro Studi e Ricerche IDOS, 2023, *Dossier Statistico delle Migrazioni*, Roma; Centro Studi e Ricerche IDOS, 2023, *Oltre gli sbarchi, Governance delle migrazioni economiche in Italia e nuove proposte di policy*, Roma; Fondazione ISMU, 2024, *Ventinovesimo Rapporto sulle Migrazioni 2023*, Milano.

maschile ed ha toccato picchi più elevati per alcune comunità di tradizionale migrazione femminile come inizialmente nel caso degli immigrati dalle Filippine, seguite dalle migrazioni prevalentemente femminili provenienti dai paesi dell'Est Europa, in particolare dall'Ucraina.

Attualmente in Europa la media della migrazione femminile è pari al 52%; in Italia, Spagna, Portogallo e Grecia circa 54% (vedi tavola 1). Solo nei nuovi paesi membri, come la Romania, la quota di immigrazione femminile è inferiore (37%), ma in futuro, probabilmente, anch'essa seguirà l'andamento europeo.

2. Paesi di origine

L'Italia – essendo stato un recente paese di immigrazione e non avendo importanti tradizioni coloniali, a differenza di Francia ed Inghilterra – ha avuto piccolissime comunità straniere precedenti ai flussi degli anni '90, dove la vicinanza con la destinazione è stato il driver principale del flusso migratorio. I primi flussi sono stati originati dai cittadini dei paesi del Mediterraneo meridionale, principalmente Marocco e Tunisia. Successivamente l'emigrazione si è estesa ai paesi limitrofi, tra cui un ruolo importante è stato quello dell'Albania e poi nel 2000 si sono verificati consistenti flussi in entrata da paesi del confine orientale, come Polonia e Romania, che successivamente sono diventati paesi comunitari.

In Italia (vedi Tav 2) le comunità più importanti sono quella Europea comunitaria e non comunitaria e successivamente quelle Africane e del Mediterraneo. In Francia quest'ultima domina lo stock degli stranieri, mentre in Spagna gli stranieri originari dell'America Latina sono i più numerosi, mentre gli Asiatici sono più importanti nei paesi Nordici, Danimarca e Norvegia. Lo stock di immigrati in Europa è eterogeneo per cultura e lingua per cui è sempre molto complesso discutere di politiche migratorie perché esse si riferiscono a gruppi etnici ed a contesti diversi. Con la migrazione intra-Europea si è sfatato il mito della migrazione inizialmente maschile. Nel caso delle comunità rumene, Polacche e soprattutto Ucraine le donne sono state le prime a trasferirsi perché il mercato del lavoro domestico con domanda di servizi domestici e di cura degli anziani ha attivato una domanda intensa in questo settore, ed esse erano particolarmente qualificate in quanto con abitudini familiari e sociali simili a quelle dei paesi di destinazione.

Tavola 2: Distribuzione per area di origine delle donne immigrate.

Country	% from EU	% from Europe non-EU	% from Africa and the Middle East	% from Americas and Oceania	% from Asia
Austria	49	35	2	2	12
Belgium	47	12	26	5	10
Croatia	14	86	0	0	0
Cyprus	48	17	3	1	31
Czech Republic	60	30	1	1	8
Denmark	36	15	6	6	37
Estonia	9	87	0	0	4
Finland	33	31	14	2	20
France	26	8	52	5	10
Germany	43	29	4	3	20
Greece	20	59	2	4	16
Hungary	71	22	1	2	4
Iceland	63	5	3	10	19
Ireland	67	4	7	9	13
Italy	37	23	14	13	13
Latvia	13	81	0	0	5
Lithuania	14	80	0	0	6
Luxembourg	78	7	5	5	5
Netherlands	28	13	15	22	22
Norway	39	9	13	7	32
Poland	27	73	0	0	0
Portugal	23	6	40	30	1
Romania	52	32	0	1	15
Slovak Republic	74	22	0	2	1
Slovenia	27	73	0	0	0
Spain	29	4	16	44	7
Sweden	30	15	37	4	14
Switzerland	60	17	6	9	8
EU14	36	17	20	13	13
All	37	19	18	12	13

Fonte: Eurostat.

3. Canali di entrata

Le ragioni della scelta migratoria, o meglio le motivazioni della scelta migratoria, sono multiple, ma le normative nazionali definiscono dei canali di accesso che spesso sono utilizzati per la semplicità o per la maggior facilità di accesso.

In Europa i canali di entrata legale sono quattro: lavoro, istruzione, ricongiungimento familiare (o affini) ed asilo.

I primi tre sono di competenza nazionale mentre la protezione internazionale è condizionata dalla politica Europea di asilo. Ogni paese può, quindi, variare la concessione dell'uso dei primi tre canali di accesso secondo le proprie necessità e scelte, mentre deve allinearsi alla norma Europea sull'altro tema.

Contrariamente a quello che si pensa e che emerge dai dibattiti politici e giornalistici sulla migrazione, il ricongiungimento familiare è il più consistente canale di entrata. Esso rappresenta nel 2022 il 35% dello stock dei permessi di soggiorno, contro il 20% di lavoro ed il 15% per asilo e solo il 4% per istruzione (vedi Fig. 1). Nel caso delle donne l'entrata attraverso il canale dei ricongiungimenti familiari è ancora più importante e rappresenta un valore vicino al 60%, con variazioni per nazionalità.

L'uso improprio del canale dei ricongiungimenti è presente in paesi con un'ampia definizione del nucleo familiare che oltre ai coniugi e ai minori ed ai genitori non autosufficienti e privi di

mezzi di sussistenza si estende anche ai fratelli del richiedente. Negli Stati Uniti per molto tempo ha rappresentato un canale facilitato di accesso al mercato del lavoro.

In Europa non solo la quota maggiore dello stock degli stranieri ha utilizzato tale canale, ma anche per quanto riguarda i flussi di entrata annuali i ricongiungimenti familiari rappresentano il canale di accesso principale con eccezione per il 2015 che a seguito della guerra in Siria ed in altre aree del mondo ha visto una crescita elevata di richiedenti protezione internazionale.

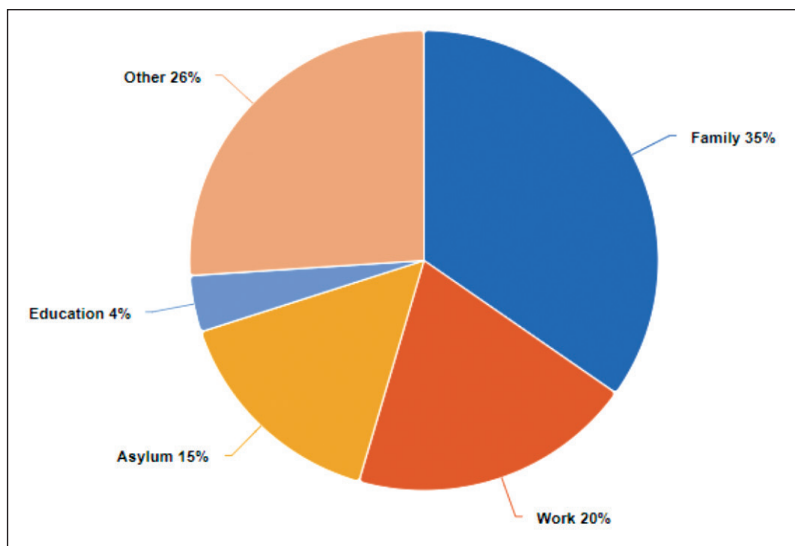


Fig. 1: Motivi del soggiorno in Europa. Permessi di soggiorno per motivo alla fine del 2022.

Fonte: Eurostat: “altro” comprende i permessi rilasciati unicamente per motivi di soggiorno, i permessi rilasciati alle vittime della tratta di esseri umani e ai minori non accompagnati, nonché quelli rilasciati per tutti gli altri motivi per i quali può essere rilasciato un permesso di soggiorno e che non rientrano nelle altre categorie.

Se osserviamo i flussi in entrata più recenti (2022 Fig. 2), essi mostrano che il modello di prevalenza dei ricongiungimenti familiari come canale di accesso si ripete per i grandi e più antichi paesi di destinazione (per esempio Germania, Belgio) che costituiscono l'ammontare maggiore dei flussi. I ricongiungimenti, invece, sono inferiori agli ingressi per lavoro nei paesi piccoli di nuova accessione alla sfera comunitaria, da Lituania a Lettonia, Fig. 2 (Eurostat), che ammontano tuttavia ad un numero totale

inferiore, per cui la loro maggior incidenza non emerge sul totale dei dati di stock.

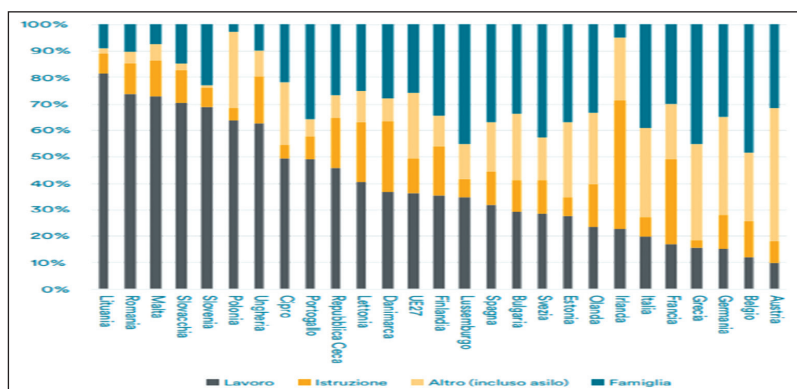


Fig. 2: Primi permessi di soggiorno per motivo di ingresso, percentuali per Paese, anno 2022.

Fonte: elaborazioni ISMU su dati Eurostat migr_resfirst, ultimo aggiornamento 17/10/2023.

Se guardassimo un confronto tra nazionalità di origine ed entrata per ricongiungimenti familiari troveremo ugualmente molte eterogeneità tra le nazionalità ma una conformità nel modello applicato. Nel caso italiano illustrato in Tavola 3 (ISTAT) i flussi di entrata per ricongiungimenti familiari dominano nel caso di nazionalità di antica immigrazione, in cui un membro è ormai stabilizzato e può richiedere il ricongiungimento dei familiari. In Europa per esempio Marocchini e Turchi entrano prevalentemente per ricongiungimenti familiari, in Italia può dirsi lo stesso per Albanesi e Marocchini, mentre gli stranieri di nuova immigrazione accedono al paese con visto per lavoro; i cinesi prevalentemente per motivo di studio, ed i Siriani e recentemente anche gli Ucraini come richiedenti protezione internazionale.

Pochi studi empirici approfondiscono le dinamiche dei flussi migratori per canale di entrata: uno dei più recenti e con un approccio Europeo è un lavoro del Joint Research Center KCMD (Migali² et al. 2018) che analizza i fattori causali della migrazione

² S. MIGALI, F. NATALE, G. TINTORI, S. KALANTARYAN, S. GRUBANOV-BOSKOVIC, M. SCIPIONI, F. FARINOSI, C. CATTANEO, B. BENANDI, M. FOLLADOR, G. BIDOGLIO, T. BARBAS, S. MCMAHON, *International Migration Drivers*, EUR 29333 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, ISBN 978-92-79-92960-1 (main report online), 978-92-79-92961-8 (main

Tavola 3: Flussi in Italia nel 2022 per motivo di soggiorno, ISTAT

PRIME 10 COLLETTIVITÀ DI CITTADINI NON COMUNITARI ENTRATI IN ITALIA, PER MOTIVO DEL PERMESSO. Anno 2022, variazioni percentuali sul 2021, valori assoluti e percentuali							
PAESI DI CITTADINANZA	Totale		MOTIVO DEL PERMESSO				
	var% 2021	v.a.	Lavoro	Famiglia	Studio	Asilo e altre forme di protezione	Altro
			%	%	%	%	%
Ucraina	1566,6	167.106	3,4	3,0	0,1	91,8	1,6
Albania	17,2	34.594	17,7	60,9	1,2	1,8	18,4
Bangladesh	53,6	24.530	18,5	35,9	0,8	39,2	5,5
Marocco	3,4	24.259	24,2	65,9	2,1	4,5	3,3
Pakistan	36,1	20.094	27,2	23,7	3,8	41,9	3,3
Egitto	47,0	16.976	13,0	40,4	2,1	29,4	15,0
India	14,2	14.479	36,8	44,1	12,4	2,1	4,7
Perù	77,4	10.611	38,8	33,4	1,6	17,5	8,6
Cina	20,9	10.503	31,9	26,5	38,8	1,2	1,5
Nigeria	16,2	9.062	10,7	40,5	1,6	39,5	7,6
Altri Paesi	15,6	116.904	20,3	40,5	14,1	15,8	9,3
Totale	85,9	449.118	15,0	28,1	5,6	45,1	6,2

Fonte: Istat.

per motivo di ingresso. Esso mostra che i ricongiungimenti familiari variano poco al variare del ciclo economico del paese di destinazione, non diminuiscono al crescere del reddito pro capite nel paese di origine e non si riducono al crescere del tasso di disoccupazione nel paese di destinazione, come invece succede per l’emigrazione per motivi di lavoro e di istruzione. Ugualmente la distanza fisica tra paese di origine e di destinazione, che approssima il costo economico del trasferimento ed anche la distanza culturale, non ha un effetto negativo sull’ammontare di flussi per ricongiungimento mentre lo ha per le migrazioni da lavoro e di studio. La distanza linguistica e la presenza di legami coloniali hanno un effetto positivo ma molto minore rispetto al caso delle migrazioni da lavoro e per studio. I flussi di ricongiungimento non sono quindi prevedibili con i tradizionali modelli economici di scelta migratoria.

Per attivare il permesso per ricongiungimento familiare il membro della famiglia che risiede all’estero deve fare domanda, dimostrare che è in grado di mantenere la famiglia con un reddito ed un’abitazione adeguati e gli uffici preposti, dopo controlli accurati, rilasciano il visto di accesso. Le condizioni richieste nei

report print), 978-92-79-92962-5 (exec summary online),978-92-79-92963-2 (exec summary print), doi:10.2760/63833 (main report online), 10.2760/56068 (exec summary online), 10.2760/565135 (main report), 10.2760/933233 (exec summary print), JRC112622.
https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112622/imd_report_final_online.pdf.

paesi di destinazione non sono uniformi ma definite dalla normativa nazionale. In Francia e Grecia, per esempio, ci vogliono almeno 18 mesi di residenza prima di poter presentare la domanda; in Germania è richiesta una conoscenza minima della lingua del paese di destinazione da parte dei familiari da ricongiungere e molte altre sono le differenze tra i vari paesi³.

Se da un lato questo tipo di entrata nel paese di destinazione segue meno il ciclo economico ed è motivata, almeno in linea di principio, dalla volontà di mantenere l'unità del nucleo familiare, dall'altro crea un trascinamento dei flussi diretti ma, essendo meno sensibile alle variabili economiche, diventa meno prevedibile.

La migrazione da ricongiungimento sembra un percorso più protetto almeno nel breve periodo, e, dato che è composta in prevalenza da donne e minori (80% dei familiari ricongiunti), sembra preferibile; tuttavia, essa spesso non garantisce un'autonomia nel paese di destinazione e l'accesso alle politiche di integrazione culturale necessarie per crearla. La minor «povertà» iniziale dovuta alla presenza di un partner che mantiene la famiglia spesso si trasforma in un isolamento che deve essere scalfito da politiche attive di inclusione. Ricerche empiriche non sistematiche mostrano che la conoscenza della lingua del paese di destinazione è inferiore tra le donne entrate per ricongiungimento familiare e che hanno avuto meno necessità di inserirsi nel paese di destinazione, ma questo fenomeno produce un maggior isolamento ed una maggior difficoltà ad avvicinarsi ad una autonomia integrativa.

4. *Capitale umano, età ed istruzione*

Si emigra da giovani, a volte da giovanissimi, per cui l'età media degli immigrati in Italia, che è un paese di recente immigrazione, è inferiore alla media europea. La seconda generazione rappresenta in Italia solo il 2,2% della popolazione, contro una media europea del 4,3% e valori più elevati si riscontrano per gli antichi paesi di immigrazione [Germania (6,7%) e Francia (5,3%)].

L'Italia, come in generale anche i paesi del Sud Europa, è caratterizzata da immigrati con basso capitale umano e basso livello di istruzione sia per gli uomini che per le donne. Il 40% ha un

³ Vedi intervento Giuseppe Gabrielli e Salvatore Sforza seminario DREU-FARE Chair Jean Monnet in European Migration Studies, riferimento ai dati ISTAT, 2018, Vita e percorsi di integrazione degli immigrati in Italia.

<https://www.europeanmigrationstudiescm.unito.it/content/seminar-drivers-eu-family-reunification-drenfare>.

titolo di educazione primaria mentre solo il 17% un'educazione terziaria (vedi tavola 4), molto inferiore alla media Europea che raggiunge il 30% di educazione terziaria. L'Italia è proprio il fannullone di coda tra i paesi europei tra i quali anche la Spagna, che ha avuto un modello migratorio simile, ha il 30% di immigrati con educazione terziaria (vedi tavola 4).

Questa selezione non è tanto condizionata dal capitale umano del paese di origine quanto è dovuta al mercato del lavoro del paese di destinazione, dove gli stranieri sono concentrati in occupazioni poco qualificate: nel settore edilizio e nell'agricoltura per gli uomini e soprattutto servizi alla persona o domestici per le donne. Ossia occupazioni poco retribuite, spesso con grande stagionalità.

Tavola 4: Quota di immigrate con istruzione terziaria e primaria nel tempo.

Country	TERTIARY EDUCATION				PRIMARY EDUCATION			
	2005	2010	2015	2019	2005	2010	2015	2019
Austria	16	19	31	35	40	35	29	27
Belgium	27	31	33	36	45	41	38	35
Croatia		18	20	19		37	30	27
Cyprus	38	38	36	44	32	28	25	19
Czech Republic	14	19	29	35	27	20	16	13
Denmark	39	24	36	38	25	23	22	21
Estonia	40	43	46	54	8	5	6	4
Finland	31	37	38	39	25	24	31	19
France	23	25	29	33	51	48	43	38
Germany	16	20	22	25	51	44	42	38
Greece	21	19	20	19	34	41	37	34
Hungary	26	31	30	37	20	19	14	15
Iceland	45	45	40	52	28	27	25	24
Ireland	40	47	52	55	20	17	8	9
Italy	14	15	17	17	43	41	41	43
Latvia	23	28	35	33	9	6	5	3
Lithuania	25	34	39	38	9	3	4	4
Luxembourg	31	37	43	52	40	25	26	22
Netherlands	21	27	26	39	35	37	28	26
Norway	37	39	44	40	20	26	26	22
Poland	20	33	53	56	30	8	4	2
Portugal	25	25	36	37	49	43	34	28
Romania	38	69	35	53	17	17	7	13
Slovak Republic	15	17	24	39	20	24	14	3
Slovenia	12	13	15	19	44	42	36	34
Spain	30	25	30	30	39	40	38	37
Sweden	30	36	43	45	21	31	29	27
Switzerland	25	30	40	44	36	32	25	22
EU14	22	23	27	30	44	41	38	36
All	22	24	28	31	42	39	36	34

Fonte: Eurostat.

L'Italia è un paese a basso livello di istruzione, che soffre di emigrazione dei lavoratori a più alto titolo di studio perchè offre pochi posti di lavoro e salari inferiori. Come mostra la Figura 3, i paesi che hanno un livello medio più basso di istruzione attirano lavoratori stranieri con un inferiore titolo di studio. L'Italia si posiziona al livello più basso per i nazionali e per gli stranieri. Tuttavia, la disponibilità degli stranieri e soprattutto delle donne straniere ad accettare salari inferiori rende queste ultime più occupabili e più occupate delle donne nazionali. Nel 2022 il tasso

di partecipazione al mercato del lavoro delle donne straniere era 82% mentre per le nazionali era il 73,7%; il tasso di occupazione è ugualmente più elevato per le straniere – 74,6% – contro il 68,6% delle nazionali. Resta più elevato il tasso di disoccupazione delle donne straniere 9,6% contro il 7% delle nazionali dovuto alla maggior ricerca di lavoro da parte delle donne straniere⁴.

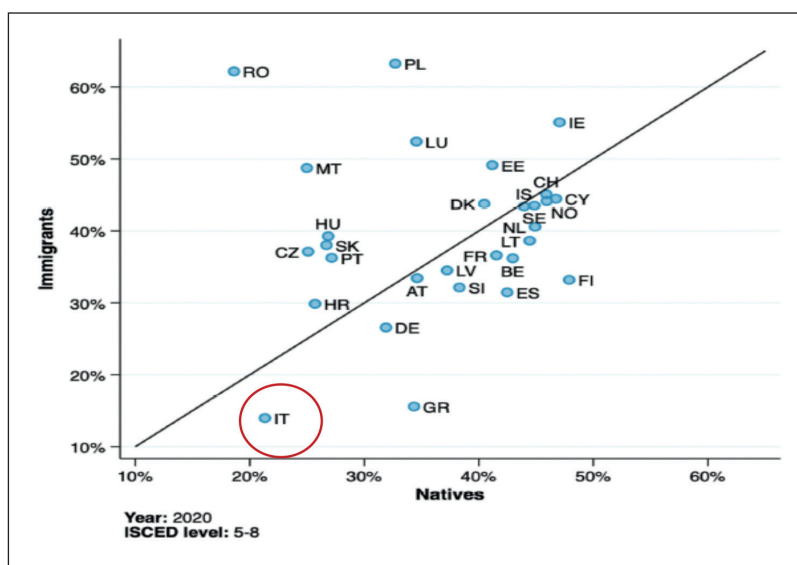


Fig. 3: I paesi con nativi più istruiti attraggono immigrati più istruiti. Quota di immigrati e nativi con istruzione terziaria, per paese (2020)

Fonte: Tratto da 7° Migration Observatory Report: Immigration Integration in Europe, Frattini Tommaso and Salmone Irene, 2022 Centro Studi Luca D'Agliano

5. Tasso di occupazione ed integrazione nel mercato del lavoro

Gli stranieri si inseriscono in un mercato del lavoro italiano che presenta una minor probabilità per le donne di essere occupate ossia più elevato *gender gap* della probabilità di occupazione tra i lavoratori nazionali. La fig. 4 mostra che a fronte di un andamento simile in Europa ed in Italia di maggior probabilità di occupazione degli uomini che delle donne e di una maggior

⁴ Vedi L. ZANFRINI, *Il Lavoro*, nel Fondazione ISMU, 2024, *Ventinovicesimo Rapporto sulle Migrazioni 2023*, Franco Angeli, Milano, 71-74.

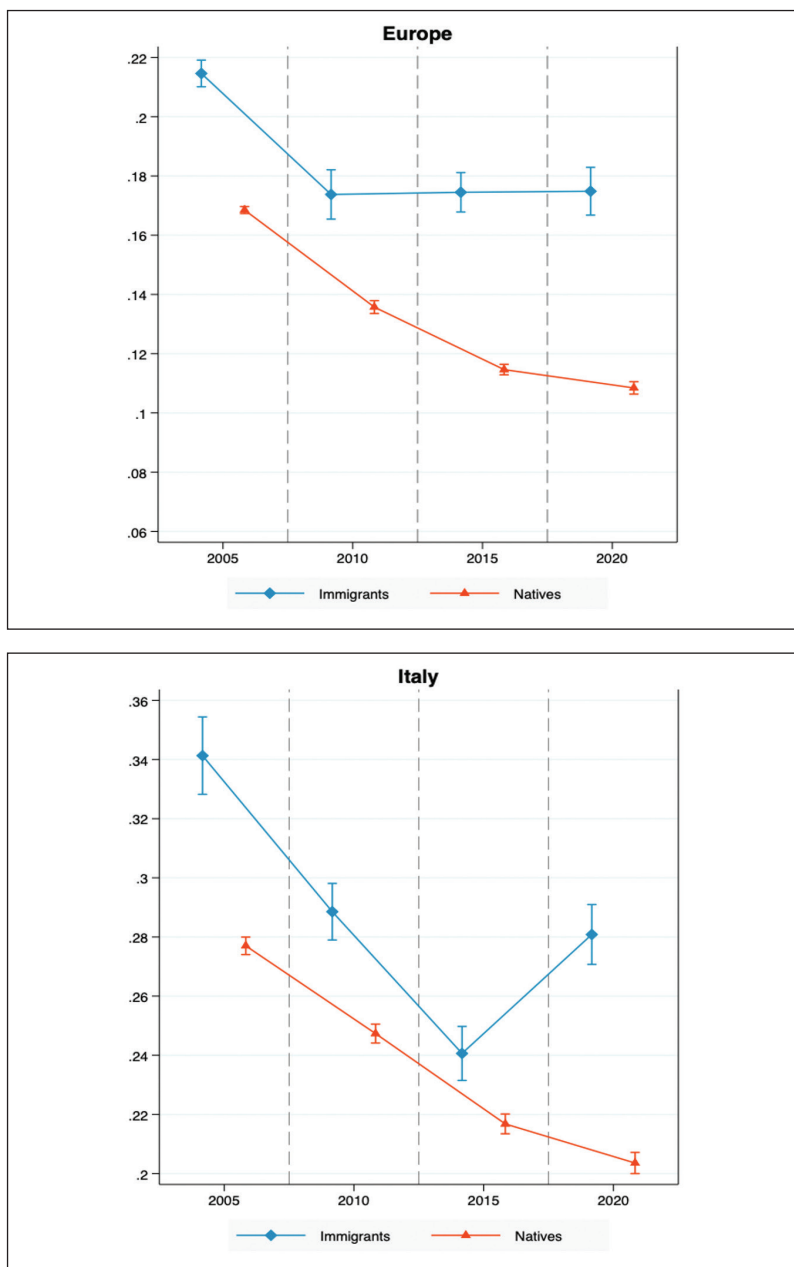


Fig. 4: Differenziale uomini-donne nella probabilità di occupazione, per origine in Europa ed in Italia.

Fonte: Migration Observatory Report 7°: Immigration Integration in Europe, Frattini Tommaso Salmone Irene, 2022.

divario di occupazione dei nazionali rispetto agli stranieri, questo divario è molto più elevato sia per i nazionali che per gli stranieri in Italia che in Europa.

In Europa il differenziale di probabilità di occupazione uomini e donne tra lavoratori nazionali è 0,10 (linea blu) e 0,18 (linea rossa) tra gli stranieri, in Italia 0,20 tra i nazionali e 0,28 tra gli stranieri.

Gli stranieri sono concentrati in lavori manuali ed elementari molto più dei lavoratori uomini e donne nazionali, ed alcuni lavori – come i lavori di cura e di cura della casa – sono ormai esclusivamente coperti da donne straniere. Secondo la Figura 5, circa il 45% delle donne straniere lavora in tali settori. La possibilità di uscire da tali settori dipende dal livello di istruzione e dalla conoscenza della lingua del paese di destinazione.

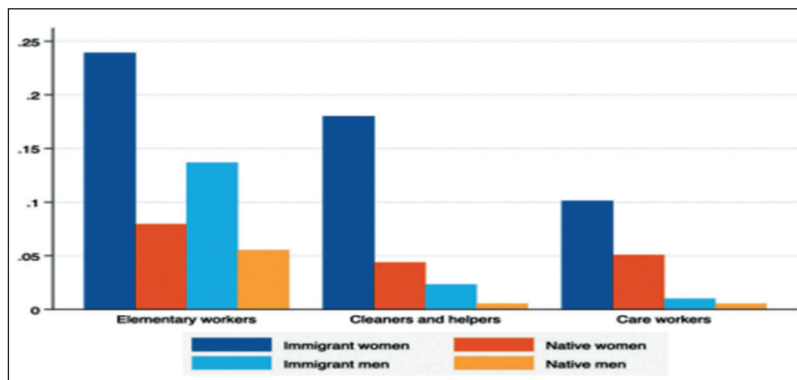


Fig. 5: Quota di lavoratori in occupazioni poco qualificate, addetti alla pulizia ed aiuti domestici e badanti rispetto alla popolazione occupata (2020).

Le analisi empiriche sul caso italiano⁵ mostrano che la conoscenza della lingua e la distanza culturale giocano un ruolo molto importante. Venturini Villosio⁶ mostrano che il differenziale

⁵ S. STROM, D. PIAZZALUNGA, A. VENTURINI, C. VILLOSIO, *Wage assimilation of immigrants and internal migrants: the role of linguistic distance*, in *Regional Studies*, 2018, 1423-1434, <http://dx.doi.org/10.1080/00343404.2017.1395003>; published volume 52.

⁶ A. VENTURINI, C. VILLOSIO, *Are migrants an asset in recession? Insights from Italy*, in *JEMS*, 2017, 1-18, *Integration in times of crisis. Migrant inclusion in Southern European societies: trends and theoretical implications* <http://dx.doi.org/10.1080/1369183X.2017.1345992>.

salariale tra stranieri e nazionali si riduce molto lentamente nel tempo ma che, selezionando i settori dove sono concentrati gli stranieri in Italia che rappresentano produzioni con poco valore aggiunto, i profili salariali dei lavoratori stranieri e nazionali non si differenziano di molto. È, quindi, la concentrazione in settori a bassi salari che spiega la loro poco integrazione economica. Tuttavia, la probabilità di uscita da tali settori cresce al crescere della vicinanza linguistica e culturale. Per cui la limitata istruzione e conoscenza della lingua del paese di destinazione e della sua cultura, che formano sia gli *hard* che i *soft skills*, sono alla base della poca integrazione economica degli stranieri in Italia e necessitano di politiche specifiche.

Tra la seconda generazione delle donne immigrate cresce l'istruzione terziaria; in particolare dal 15% nella prima generazione passa al 26,2% nella seconda generazione superando anche la media tra le donne italiane 24,5%. L'*employment gap* decresce per le donne nelle seconde generazioni e la probabilità di avere un'occupazione elementare per le seconde generazioni diminuisce e sempre per le seconde generazioni *highly educated* la probabilità di avere un'occupazione qualificata non mostra segni di differenza con le nazionali⁷.

Se da un lato non sorprende come la permanenza nel paese di destinazione e la scolarità nel paese di destinazione migliorino l'inserimento lavorativo, resta sorprendente che dopo circa 30 anni di permanenza nel paese, la probabilità di essere occupate in occupazioni elementari non decresca significativamente in Europa ma che in Italia resti sempre molto più elevata. Come è noto questi risultati hanno molte cause, (il livello di istruzione iniziale delle persone, le opportunità lavorative disponibili nel mercato del lavoro, le politiche di formazione linguistica e culturale disponibili a livello locale) ma importante è anche il ruolo della comunità etnica nel paese di destinazione. In alcuni casi essa, invece, di svolgere un ruolo di integrazione nel lungo periodo crea una barriera attorno alla comunità. Questo ruolo è molto rilevante per i familiari ricongiunti che, non conoscendo la lingua e non avendo opportunità lavorative che li portino fuori della comunità, possono essere intrappolati all'interno. I casi di Little Italy e China Town a New York negli anni '40 e '50 sono stati ben descritti in moltissimi film e mostrano come la comuni-

⁷ Vedi 2024, 8° *Migration Observatory Report: Immigration Integration in Europe*, Tommaso Frattini with Angela Dalmonte, Fondazione Luca D'Agliano.

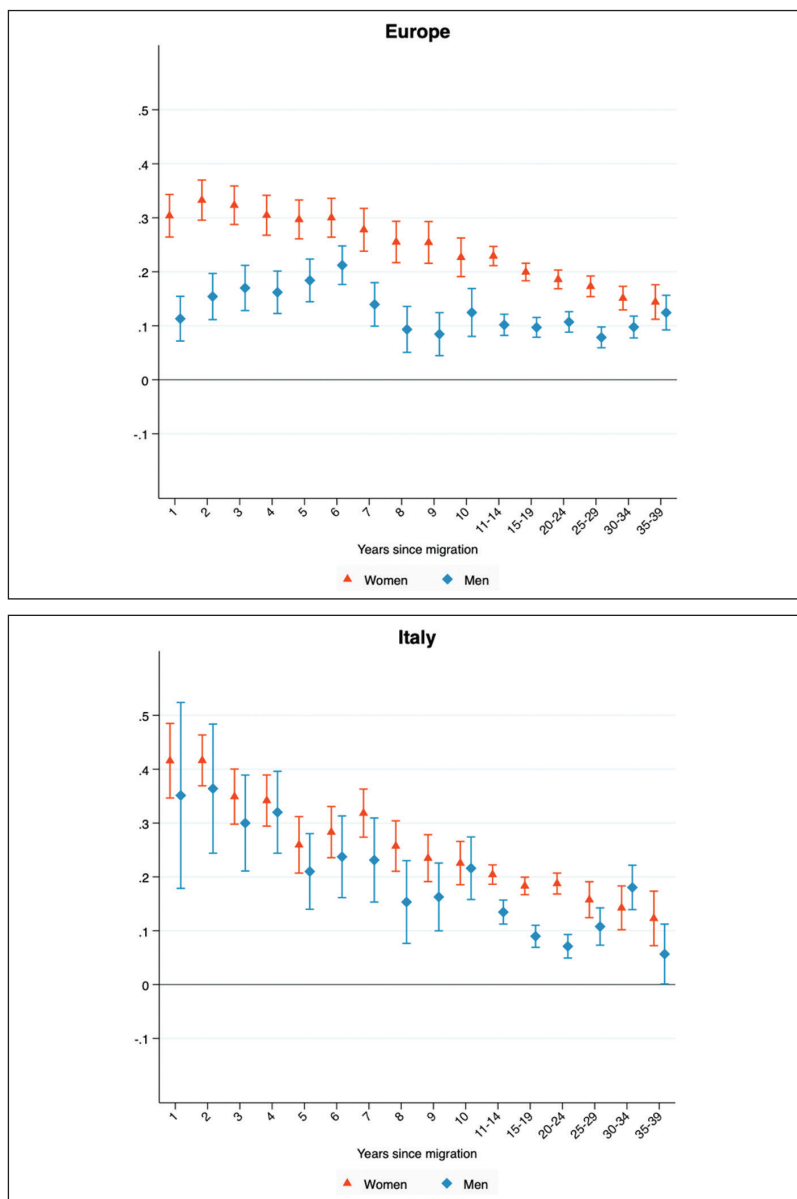


Fig. 6: Anche dopo 30 anni di permanenza nel paese, le donne immigrate sono prevalentemente occupate in posizioni elementari. Differenza tra Immigrati-Nativi nella probabilità di occupazione in lavori elementari, per sesso ed anno di arrivo nel paese (2020).

Fonte: Migration Observatory Report: Immigration Integration in Europe, Frattini Tommaso Salomone Irene 2022, Centro Studi Luca D'Agliano.

tà e la famiglia possono bloccare qualsiasi forma in integrazione individuale. Vi sono comunità – come il Bangladesh e il Pakistan dove il tasso di inattività femminile è rispettivamente del 93% e dell'89,9%; a seguire le donne egiziane 85% e successivamente le Indiane 76,6%, Tunisine e Marocchine 70%⁸. Il lavoro empirico di Acceturo ed Infante (2013) cerca di capire come mai per alcune nazionalità vi siano valori così bassi, se ciò è da ricondurre al un valore culturale o ad un salario di riserva troppo alto. I risultati mostrano che la bassa partecipazione non è dovuta ad una aspettativa salariale troppo alta ma probabilmente ad una limitata domanda dei loro skills che senza una adeguata politica di integrazione non sono stati resi più interessanti per il mercato.

6. *Tasso di occupazione dei familiari ricongiunti*

L'entrata come familiare ricongiunto, che da un lato rappresenta una protezione dello straniero, si rileva, invece, soprattutto per le donne che la usano di più (in media il 60% dei familiari ricongiunti sono donne, con variazioni secondo gli anni e per nazionalità), e mostra anche dopo 15 anni di presenza sul territorio il gap immigrati e nazionali non si chiude, mentre nel caso degli uomini la chiusura è quasi immediata (Figura 7).

L'esperienza di lavoro, i corsi di formazione, l'uscita dalla comunità – necessaria per chi cerca lavoro – diventano più difficili per donne che sono immigrate per ricongiungimenti familiari. Sono in questi casi particolarmente rilevanti i progetti generalizzati di formazione linguistica-culturale anche attraverso il coinvolgimento dei figli o delle strutture scolastiche dove i figli studiano.

L'integrazione nel paese di destinazione dei familiari ricongiunti che son in prevalenza donne – di cui si parla poco perchè al loro arrivo nel paese si trovano in condizioni di minor fragilità – si ripercuote in modo ancor più negativo su queste donne nel caso il nucleo familiare per qualsiasi motivo si sfaldi o il partner perda il posto di lavoro o soffra di problemi di salute. Il ruolo della comunità di origine e la sensibilità della comunità di accoglienza ad una integrazione generalizzata diventa cruciale.

⁸ L. ZANFRINI, *Il Lavoro*, nel Fondazione ISMU, 2024, *Ventinovesimo Rapporto sulle Migrazioni 2023*, Franco Angeli, Milano, 71-74.

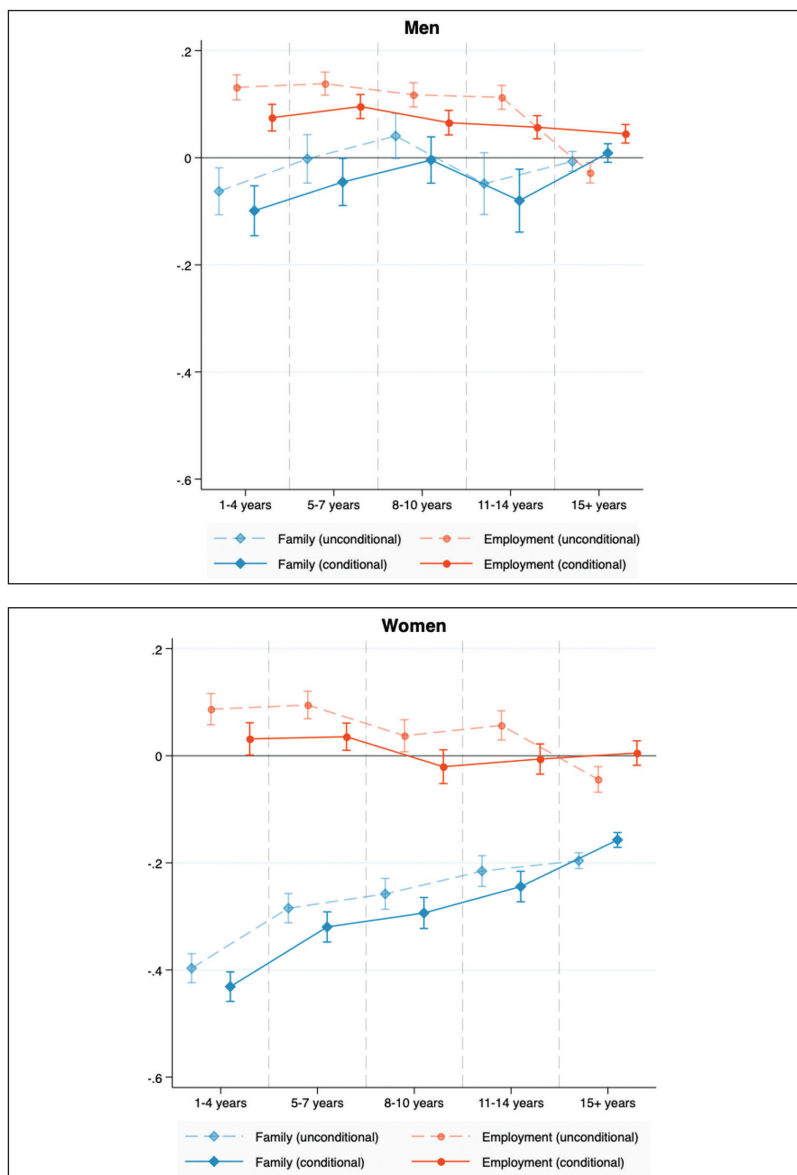


Fig. 7: Differenziale tra Immigrati e nazionali nella probabilità di occupazione per sesso e ragione di migrazione (2008-2014).

La figura mostra che anche dopo 15 anni di migrazione le donne entrate come ricongiungimenti familiari sono più svantaggiate nel mercato del lavoro.

Fonte: Migration Observatory Report: Immigration Integration in Europe, Frattini Tommaso Salomone Irene 2022, Centro Studi Luca D'Agliano.

7. Conclusioni

Cercando di tirare le fila di questa carrellata sull'andamento e sull'integrazione economica dei familiari ricongiunti può dirsi che emerge un quadro complesso e poco studiato.

I ricongiungimenti familiari rappresentano il più importante canale di accesso specialmente per le donne, ma non esiste tuttavia un'attenzione specifica per questo gruppo, che sembra a prima vista «protetto» ma che ha una più bassa partecipazione al mercato del lavoro ed alle attività della società.

Esse mostrano dipendenza dai legami familiari ed una difficoltà di accesso indipendente al mercato del lavoro che è la porta di accesso ad una integrazione sia economica che sociale, ed è fondamentale per un'integrazione sociale della famiglia ed in particolare dei figli.

Non esiste una politica universale che possa affrontare le problematiche di bassa integrazione, minor partecipazione al mercato del lavoro e maggior fragilità di questo gruppo che è molto eterogeneo. Esistono solo politiche specifiche per ogni gruppo culturale ed ogni contesto socioeconomico. La presenza dei figli permette di raggiungere alcune famiglie e di proporre corsi di lingua alle madri, che tuttavia devono essere svolti in luoghi per loro facilmente accessibili, ad esempio vicini alle scuole dei figli o ai supermercati o ai centri sociali. L'efficacia di tali politiche dipende dalla loro capacità di permeare un gruppo spesso chiuso, dove l'atteggiamento dei capi famiglia, che vuole essere protettivo, spesso frena la partecipazione ad attività di integrazione. Un ruolo molto importante può essere svolto dai mediatori culturali con cui è indispensabile interfacciarsi prima di disegnare qualsiasi politica di integrazione economica e sociale ma che non sempre basta o è risolutivo. In alcuni casi la presenza di un contributo economico, che viene elargito solo in presenza della partecipazione effettiva ad un corso, si è rilevato fondamentale per agevolare la partecipazione ma non per influenzare la partecipazione al lavoro.

Abstract: Questo lavoro intende presentare l'evoluzione dell'immigrazione femminile in Italia confrontandola con l'andamento degli altri paesi europei ed evidenziarne i diversi canali di entrata: lavoro, studio, ricongiungimento familiare e protezione internazionale. Esso analizza le dinamiche dei vari canali di accesso e le diverse probabilità di inserimento economico. La scelta migratoria per ricongiungimenti familiari risponde a variabili diverse da quelle per altri motivi e quindi ha anda-

menti diversi. L'inserimento del familiare ricongiunto nel mercato del lavoro è molto eterogeneo, varia secondo le nazionalità e le vere ragioni della migrazione che oscillano dalla sola ricomposizione del nucleo familiare fino alla ricerca di un lavoro. L'analisi delle differenze esistenti tra lavoratori entrati per motivo di lavoro e familiari ricongiunti è elevata ed è necessario distinguere le loro diverse dinamiche accuratamente per suggerire appropriate politiche per il loro inserimento sia economico e sociale nel paese di destinazione.

This research briefly presents the evolution of female migration in Italy comparing its trend with the European ones and points out the different dimension of the legal channel of entrance: work, study, family reunification and asylum. Family reunification is the main channel of entrance and its dynamics are independent from labour market trends. Its composition is very heterogeneous, it varies by national groups. If on the one hand reunified family members at first glance seem more protected, in the long run they are less integrated in the labour market and show a lower integration in the country of destination which produce a weaker social inclusion. Specific policies should be adopted to break this vicious cycle which starts from the rights and the cultural inclusion.

MANUELA CONSITO

Spunti per una tutela di genere nella disciplina dei ricongiungimenti familiari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ricongiungimento familiare o ricongiungimenti familiari? La tutela dello straniero tra diritto alla vita familiare e diritto all'unità familiare. – 3. L'unità familiare tra relazioni orizzontali e verticali. – 4. La tutela contro la violenza nelle migrazioni femminili: il caso della violenza domestica nel quadro della protezione internazionale.

1. Premessa

L'istituto del ricongiungimento familiare è posto nel quadro più ampio della disciplina della condizione giuridica dello straniero, che, a mente del dettato costituzionale italiano, è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali¹.

Pare anzitutto utile, dunque, ricordare come la definizione di persona straniera si ponga in un rapporto di *genus a species* rispetto a singole categorie che della medesima costituiscono una più dettagliata declinazione, secondo una modulazione che riflette l'alternarsi, nel nostro sistema giuridico, di quella dicotomia tra tutela della persona umana e garanzia dell'ordine e della sicurezza pubblici che impingono sulla condizione giuridica di ciascun non cittadino.

È perciò straniero, nella definizione più lata, chiunque sia privo della cittadinanza italiana², ove si assuma lo Stato italiano

¹ Art. 10, co. 2, Cost.

² Institut de Droit International, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit International et adoptées par lui à Genève*, 9 septembre 1892, Chapitre Premier : *Sont étrangers (...)* tous ceux qui n'ont pas un droit actuel de nationalité dans l'Etat, sans distinguer, ni s'ils sont simplement de passage ou s'ils sont résidents au domiciliés, ni s'ils sont des réfugiés ou s'ils ont entrées dans le pays de leur plein gré; CEDU, DH/Esp./Misc./(62) 11,9 March, 505: *Aliens are all those who have no actual right to nationality in a State, whether they are merely passing through a country or reside or are domiciled in it, whether they are refugees or entered the country on*

come quello sul cui territorio egli si trovi a titolo temporaneo o per soggiorno e sia in ogni caso diverso da quello di origine o di provenienza.

È definizione di ampia portata, riconducendovisi quanti siano, in via generale, privi del diritto di ingresso sullo Stato italiano, ove l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento trovano definizione nei limiti di derivazione dall'ordinamento giuridico che li pone. È dunque straniero colui la cui condizione giuridica sia definita in ragione dell'ordinamento sovrano dello Stato c.d. ospite, in specie, per quanto ora d'interesse, l'Italia.

Straniero è, in sintesi, il non cittadino, secondo un'accezione negativa cui può affiancarsi una parallela accezione positiva, data dall'essere cittadino di altro Stato estero.

Così sono stranieri i cittadini europei non italiani³, i cittadini c.d. extracomunitari, i rifugiati o profughi o sfollati e comunque i richiedenti asilo, in ogni caso e più in generale coloro i quali godono di una protezione internazionale o comunque di un'altra forma di protezione speciale⁴.

È inoltre straniero l'apolide, cioè l'individuo che nessuno Stato considera come cittadino secondo il proprio ordinamento⁵.

their own initiative, or whether they are stateless or possess another nationality; Acquis di Schengen - Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, 14 giugno 1985, art. 1: *Ai sensi della presente convenzione, si intende per (...) Straniero: chi non è cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee;* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, art. 1, co. 1: *Il presente testo unico, in attuazione dell'articolo 10, secondo comma, della Costituzione, si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri.*

³ Ma vedi: A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Riv. ass. it. cost.*, n. 2/2011, 3-4: è improprio «l'uso del termine "straniero" con riguardo ai cittadini di altri Stati dell'Unione stessa, per la medesima ragione per cui il diritto da quest'ultima prodotto non può considerarsi diritto "altro" rispetto a quello interno».

⁴ Art. 10, co. 3 Cost.; *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, artt. 18, 19; TFUE, artt. 78 §§ 1 e 2, 79 §§ 1 e 2.

⁵ Convenzione delle Nazioni Unite *relativa allo status degli apolidi*, New York, 28 settembre 1954, ratificata con l. 1 febbraio 1962, n. 306; Convenzione delle Nazioni Unite *sulla riduzione dell'apolidia*, 30 agosto 1961, ratificata con l. 29 settembre 2015, n. 162; Convenzione europea *sulla nazionalità*, 6 novembre 1997; Convenzione del Consiglio d'Europa *sulla prevenzione della condizione di apolide in relazione alla successione di Stati*, 19 maggio 2006.

Non sono stranieri gli «italiani non appartenenti alla Repubblica», coloro cioè che, pur non facendo più parte del popolo italiano, a cagione della perdita – generalmente obbligata – della cittadinanza, si vorrebbero come parte della nazione italiana. Il richiamo è agli «italiani non regnicoli⁶», con riferimento agli italiani residenti nei territori ceduti dall'Italia alla Francia e alla ex-Jugoslavia dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, ove un'accezione più ampia vedrebbe inclusi anche tutti coloro che, poiché emigrati, abbiano dovuto abbandonare la cittadinanza italiana a vantaggio della cittadinanza del paese di immigrazione. Ancora i «cittadini delle altre regioni italiane, quando anche manchino della naturalità⁷», più in generale a quanti si ritenevano appartenere alla comunità italiana per condivisione di lingua, cultura, tradizioni, cui il Costituente, con il pensiero volto «agli italiani emigrati all'estero e ai loro discendenti⁸», volle attribuire uno *status* di particolare vantaggio con l'assimilazione ai cittadini italiani per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive⁹.

Tra tutte deve distinguersi la categoria dell'asilante o, ancor prima, del richiedente asilo, cui ci si vuole qui riferire col richiamo al solo straniero che vanta un diritto all'ingresso nello Stato italiano poiché colui cui sia impedito nello Stato di origine o di provenienza «l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana¹⁰», per il quale «la tutela del diritto di asilo come prevista in Costituzione impone che la legge richiamata per disciplinarlo non possa porre limitazioni al diritto, ma solo condizioni alla permanenza dello straniero nella Repubblica¹¹». Vi fa riferimento una pluralità di *status*, che comprende, accanto ad apolidi e richiedenti asilo, quanti vantano una precisa qualità riconosciuta dallo Stato ospite: quella di rifugiato¹², di

⁶ R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960, *Norme sulla disciplina degli impiegati civili dell'amministrazione dello Stato*, art. 1, co. 2°; Cons. St., ad. plen., 15 settembre 1956, n. 12, in *Foro amm.*, 1, 1957, 12.

⁷ R.d. 22 novembre 1908, n. 693, *Testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili*, art. 3, co. 1, n. 1.

⁸ S. CRESTA, S. RUSCICA, *La tutela dello straniero extracomunitario sul mercato del lavoro: accesso agli impieghi presso le amministrazioni pubbliche e possibili forme di discriminazione*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, 2009, 140.

⁹ Art. 51, co. 2, Cost.

¹⁰ Art. 10, co. 3, Cost.

¹¹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 34.

¹² *Convenzione sullo Statuto dei rifugiati*, 28 luglio 1951, Ginevra, ratificata con l. 24 luglio 1954, n. 722.

protetto in via sussidiaria¹³ e di protetto per motivi che potremmo dire ancor oggi *latu sensu* umanitari¹⁴.

Tratto unificante di questi *status* è l'asilo¹⁵, prodromo di ogni

¹³ Per la disciplina dell'Unione europea: v. Direttiva 2001/55/CE *sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea e che non possono fare rientro nel Paese d'origine*, per l'ordinamento italiano: il d.lgs. 7 aprile 2003, n. 85; per i richiedenti asilo e protezione internazionale v. all'origine: Direttiva 2003/09/CE *sulle condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati*, per l'ordinamento italiano: d.lgs. n. 30 maggio 2005, n. 140; Direttiva 2004/83/CE *sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale*, c.d. "direttiva qualifiche", per l'ordinamento italiano: d.lgs. 9 novembre 2007, n. 251, la quale non solo statuisce una nozione comune di rifugiato, ma vi affianca la protezione sussidiaria, definendo in tal modo il concetto di protezione internazionale, anche nei suoi contenuti minimi; Direttiva 2005/85/CE *sulle norme minime applicate nei vari Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, c.d. "direttiva procedure", per l'ordinamento italiano: d.lgs. 25 gennaio 2008, n. 25. Tutte ora rifuse in nuove discipline: Direttiva 2011/95/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*; Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*. Da ultimo v. il nuovo Patto UE sulla migrazione e l'asilo, 2024.

¹⁴ Il riferimento è ora ampio, ricomprendendo i casi di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, artt. 19, co. 1 e 1.1: protezione speciale; art. 19, co. 2, lettera d-bis): cure mediche; art. 18: protezione sociale; art. 18 bis: violenza domestica; art. 20-bis: calamità; art. 20: adozione delle misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali; art. 18-ter: particolare sfruttamento lavorativo; art. 42-bis: atti di particolare valore civile.

¹⁵ Per un richiamo a una letteratura classica sul tema: C. ESPOSITO, voce *Asilo (diritto di)* (*dir. cost.*), in *Enc. dir.*, III, 1958, 226; R. D'ALESSIO, *Art. 10, co.2-4*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 67; M. BENVENUTI, voce *Asilo (diritto di)* (*dir. cost.*), in *Enc. giur.*, Roma, 2007, 1; ID., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, XVIII-306. S. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1975, 538 s.; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, 583; B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, 125; P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1158; P. PASSAGLIA, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, in *Foro it.*, 2006, I, 2851. «Sebbene le due categorie considerate –

forma di protezione poiché declinato nel diritto a ottenere un permesso di soggiorno temporaneo – permesso per richiesta di asilo – finalizzato a consentire lo svolgimento del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e dell'eventuale successivo giudizio contro il diniego di riconoscimento di una delle forme di protezione assicurate a tutela dello straniero migrante c.d. forzato o involontario¹⁶.

2. *Ricongiungimento familiare o ricongiungimenti familiari? La tutela dello straniero tra diritto alla vita familiare e diritto all'unità familiare*

Sono principi posti a fondamento del ricongiungimento familiare il diritto alla vita familiare e il diritto all'unità familiare della persona, che trovano di riflesso tutela quali diritti immanenti nell'ordinamento italiano anche alla luce della riserva di legge che la Costituzione pone quale garanzia, ma anche potenziale limite, della condizione giuridica dello straniero.

asilo e *status* di rifugiato – siano ontologicamente distinte nella nozione, nel contenuto, nell'onere della prova, non richiedendosi per l'asilante la prova del presupposto della persecuzione, la relativa disciplina stabilisce pur sempre un iter procedimentale che le accomuna in questa sola chiave, in ragione delle esigenze di ordine e sicurezza pubblici, che pur sono valori presidiati costituzionalmente»: Cass., 25 agosto 2006, n. 18549, in *Foro it.*, 2007, I, 1869; Cass., SU, 26 maggio 1997, n. 4674, in *Riv. dir. internaz.*, 1997, 843: «il precetto costituzionale e la normativa sui rifugiati politici, infatti, non coincidono dal punto di vista soggettivo, perché la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo, in quanto la citata Convenzione di Ginevra prevede quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, terzo comma, Cost.»; distingue tra diritto all'ingresso sul territorio nazionale e diritto all'accesso al medesimo affermando che, nell'assenza di una specifica disciplina attuativa del dettato costituzionale, «il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto, e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico. Il diritto di asilo non ha, cioè, contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente il riconoscimento dello status di rifugiato»: Cass., 25 novembre 2005, n. 25028, in *Foro it.*, 2006, I, 2851.

¹⁶ Per un inquadramento di questa categoria di straniero quale migrante involontario si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario: Richiedenti asilo, asilanti, apolidi*, Napoli, 2016.

In particolare, il diritto alla vita familiare è sancito all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁷, come diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 7), ma anche come garanzia della protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale (art. 33) e come diritto a sposarsi e a costituire una famiglia (art. 9), di cui certo sono espressione, nel dettaglio del diritto dell'immigrazione, le norme che sono riferite principalmente alla disciplina dell'ingresso e del soggiorno in generale, anche quale limite agli stessi¹⁸, e agli aspetti procedurali dell'ingresso e del soggiorno per il ricongiungimento familiare¹⁹ – ove lo straniero si trovi al di fuori dei confini nazionali – e per la coesione familiare – ove per contro lo straniero sia già regolarmente soggiornante sul territorio italiano.

Se la Costituzione riconosce una tutela specifica per la famiglia (artt. 29 e 30 Cost.) e per la maternità e l'infanzia (art. 31 Cost.), che va assicurata anche nei confronti dei cittadini stranieri, indipendentemente dalla loro posizione sul territorio nazionale, ne sono ulteriore rafforzamento le norme di cui alla Dichiarazione universale diritti dell'uomo²⁰ e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²¹, che, nel riconoscere protezione all'unità e alla vita familiare, pongono, per converso, anche un

¹⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 9: Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

¹⁸ D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 4, co. 3, ove costituisce un limite all'ingresso per motivi di ricongiungimento familiare il fatto che lo straniero costituisca una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone.

¹⁹ D.lgs. n. 286 del 1998, cit., artt. 29 e s.

²⁰ *Dichiarazione universale dei diritti umani*, art. 16: 1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.

²¹ *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, art. 8: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

limite, che va inteso in termini di proporzionalità rispetto all'obiettivo prefissato, alle opposte esigenze statuali di protezione della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico a fronte del dovere agli Stati di dare attuazione al diritto alla vita e all'unità familiare attraverso un accesso flessibile, rapido ed efficace al ricongiungimento familiare.

È consolidato poi, pur solo potendovi qui accennare e dovendosi rinviare per approfondimenti alla ricca e nota giurisprudenza in merito²², che il principio della libera circolazione nell'Unione europea fonda un diritto di soggiorno a favore di cittadini di Stati terzi, familiari di un cittadino dell'UE, quale diritto alla salvaguardia della vita familiare instauratasi o consolidatasi tra il cittadino di uno Stato membro dell'UE²³, diverso da quello nel quale il rapporto è nato o si è fortificato, e il cittadino di uno Stato terzo. Sono queste le basi della Direttiva 2003/86²⁴, relativa al diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri, così come della Direttiva 2004/38²⁵, di disciplina dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che assicura la coesione familiare del cittadino extraeuropeo familiare di cittadino europeo e che, ove più favorevole, può trovare applicazione anche nei confronti dei familiari extraeuropei di cittadini italiani che abbiano esercitato il diritto di libera circolazione in ambito europeo²⁶.

Il ricongiungimento familiare, nella sua forma più comune, tutela il diritto dello straniero al riacquisto dell'unità familiare sul territorio nazionale, poiché funzionale a permettere allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale di

²² Solo un cenno come richiamo generale deve essere fatto a: CGUE, 19 ottobre 2004, C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen/Secretary of State for the Home Department*; CGCE, 8 marzo 2011, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi*.

²³ Art. 21 TFUE.

²⁴ Recepita con il D.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5, *Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare*.

²⁵ Recepita con il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, *Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*.

²⁶ D.lgs. n. 30 del 2007, cit., art. 23, co. 1; G. SAVIO, V. FERRARIS, *Da straniero a cittadino*, in G. NEPPI MODONA, V. FERRARIS (a cura di), *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, Torino, 2019, 111. Da ultimo circa la differenza tra familiare di cittadino italiano "statico" e "dinamico": d.lgs. n. 30 del 2007, cit., art. 23, co. 1-bis.

ottenere l'ingresso e la conseguente autorizzazione al soggiorno di uno dei suoi familiari all'estero – siccome individuati secondo i limiti della disciplina sull'immigrazione²⁷.

Con il fine del mantenimento dell'unità familiare sin dall'inizio della vicenda migratoria si declinano le forme di ricongiungimento familiare *sur place*²⁸ o dell'ingresso al seguito in Italia del soggetto straniero che esercita tale diritto²⁹.

L'appartenenza a una categoria vulnerabile apre poi a ulteriori forme di tutela, quali il ricongiungimento del genitore naturale al figlio minore già regolarmente soggiornante con l'altro genitore³⁰ e il ricongiungimento c.d. invertito o «a rovescio», con l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare extraeuropeo del minore che si trovi già sul territorio italiano, ove gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico, l'età e le condizioni di salute del minore possano, a giudizio del Tribunale per i minorenni, consentirlo³¹. Similmente norme di maggior favore sul piano procedurale tutelano l'unità familiare dei rifugiati³².

Si ricorda come occorra, in tale quadro, distinguere tra famiglia «nucleare» e famiglia «allargata», ove è la prima a ricevere la più ampia tutela quali ricongiungimenti dello straniero con il coniuge e con i figli minorenni³³. Al di fuori del nucleo familiare in senso stretto, il diritto all'unità familiare è bilanciato dal legislatore con altri interessi di pari rilievo³⁴.

²⁷ D.lgs. 286 del 1998, cit., art. 29, co.1, co. 5, 30; su cui: M. PASTORE, E. VILARDI, *Diritto all'unità familiare*, in G. NEPPI MODONA, V. FERRARIS (a cura di), *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, cit., 2019, 76 s.

²⁸ D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 30, co.1, lett. b) e c).

²⁹ D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 29, co. 4.

³⁰ D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 29, co. 5.

³¹ D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 31, co. 3.

³² D.lgs. n. 286 del 1998, cit., art. 29 bis.

³³ M. PASTORE, E. VILARDI, *Diritto all'unità familiare*, in G. NEPPI MODONA, V. FERRARIS (a cura di), *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, cit., 2019, 75; M. PASTORE, *Artt. 36-40*, in M. RESTA (a. cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, 5611 s.

³⁴ Così già Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 28: l'esercizio del diritto al ricongiungimento può essere sottoposto dalla legge a condizioni volte ad assicurare «un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale»; in particolare «alla condizione che sussista la possibilità di assicurare al familiare, con cui si opera il ricongiungimento, condizioni di vita che consentano un'esistenza libera e dignitosa»: Corte cost. 17 giugno 1997, n. 203; in termini Corte cost. 6 giugno 2005, n. 224.

3. L'unità familiare tra relazioni verticali e orizzontali

Poiché il dato normativo non distingue in ragione del genere, risultando in ciò del tutto neutro, è il dato fattuale da cui occorre partire per valutare se vi sia e, se sì, quale portata possa avere, una prospettiva di lettura del diritto dell'immigrazione a tutela dell'unità familiare dal quale dedurre spunti in ordine a una più diretta tutela di genere.

L'analisi della giurisprudenza non offre indicazioni univoche, potendosi in generale rilevare che le questioni trattate investono anzitutto i rapporti di parentela in senso verticale (genitori – figli). Non può certo derivarsi la conseguenza di un'irrelevanza di altre questioni, potendo desumersi, piuttosto, una scarsa propensione all'emersione di quest'ultime.

In particolare, ponendosi nella prospettiva di chi sia il ricorrente, si nota come preponderi il genere maschile, ove i familiari da ricongiungere spesso sono le madri, le mogli o i figli³⁵. Il dato non dice nulla sulle dimensioni del fenomeno, dando solo conto del fatto che il contenzioso in tema di ricongiungimento non pare interessare in via principale la domanda di coniugi straniera verso i propri consorti.

Ponendosi sul piano delle relazioni orizzontali la giurisprudenza pare privilegiare una prospettiva bottom-up riconoscendo, per esempio, il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari anche in caso di convivenza di fatto – nel caso *de quo* di donna straniera con cittadino italiano – basata su una relazione stabile svincolata dall'univoco indicatore della coabitazione³⁶,

³⁵ Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, ord. 30 settembre 2020, per la richiesta di ricongiungimento familiare del padre (non biologico) della figlia minore, da questi legalmente riconosciuta fin dalla nascita, ma di cui egli è risultato non essere genitore biologico in esito al test del DNA.

³⁶ Certo può dirsi come assunta l'esistenza di realtà in cui le famiglie, non importa se italiane o straniere, siano esse di fatto o fondate sul matrimonio, si formano senza avere neppure, per un periodo di tempo più o meno lungo, una casa comune, intesa come casa dove si svolge la vita della famiglia, in quanto ognuno dei due partner è tenuto per i propri impegni professionali o per particolari esigenze personali, a vivere o a trascorrere la gran parte della settimana o del mese in un luogo diverso dall'altro. Si vedano in questo volume alcuni esempi riferiti in particolare alle famiglie composte da stranieri: I. RIVA, *Regimi patrimoniali e successori delle famiglie internazionali*, *infra*; Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5378, sulla richiesta di permesso di soggiorno per motivi familiari conseguente al rilascio del visto di ingresso per ricongiungimento familiare della moglie, dove si conferma come solo l'accertamento della natura fraudolenta o fittizia del matrimonio osti al rilascio o al rinnovo del permesso

privilegiandone un'attestazione con documentazione ufficiale, secondo un'interpretazione analogica dell'art. 3, co. 2 Cost. offerta dalla giurisprudenza amministrativa³⁷.

Identica *ratio* – potendo provocare, altrimenti, un sacrificio sproporzionato al diritto all'unità familiare³⁸ – impedisce l'adozione da parte di uno Stato di una misura di allontanamento dello straniero a fronte di esigenze di protezione della condizione di coppia, intesa come vita familiare fondata su rapporti affettivi di natura eterosessuale od omosessuale, a fronte ancora della neutralità della nozione di «coniuge» rispetto al genere³⁹.

Non dissimili evidenze possono trarsi ove i ricorrenti siano titolari di protezione internazionale, qualità che pare prevalere nella rassegna più recente delle pronunce, potendo ciò trovare giustificazione nella maggiore difficoltà nell'ottenere dai Paesi di origine la documentazione utile a fornire evidenza circa la sussistenza di vincoli di parentela⁴⁰.

di soggiorno allo straniero coniuge di cittadino italiano che ha fatto ingresso nel territorio dello Stato per ricongiungimento familiare. Ne consegue che non è richiesto, per ottenere il rilascio o il rinnovo di detto permesso, che sia soddisfatto il requisito della convivenza effettiva.

³⁷ Cons. St., sez. III, 30 ottobre 2017, n. 5040, ma già la direttiva 2003/86/CE, art. 4, co. 3 consente a discrezione degli Stati membri il rilascio del permesso di soggiorno a titolo di ricongiungimento familiare allo straniero che offra debita comprova di una relazione stabile duratura con il soggiornante, o che sia legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata. Per una prima analisi del diverso declinarsi della nozione di famiglia e di familiare nel diritto civile, del lavoro, tributario e dell'immigrazione: M. AIMO, M. CONSITO, S. GIANONCELLI, J. LONG, *Essere famiglia per il diritto*, in *Lavoro e Diritto*, 4, 2018, 699 s.

³⁸ Corte EDU, 4 dicembre 2012, *Hamidovic c. Italia*; Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Pajic c. Croazia*: M. AIMO, M. CONSITO, S. GIANONCELLI, J. LONG, *Essere famiglia per il diritto*, cit., 711 s.

³⁹ CGUE 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, sulla relazione omosessuale tra un cittadino UE e un cittadino extraeuropeo con successivo matrimonio in Belgio, ove la Corte giunge a incidere sulla scelta di alcuni Stati membri di vietare il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, che non possono essere private del proprio status di soggetto coniugato acquisito in un altro Stato membro, ove un altro Stato in cui si rechina nell'esercizio della propria libertà di circolazione nel proprio ordinamento non preveda il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

⁴⁰ CGUE, 18 aprile 2023, C-1/23, *Afrin*: «Le norme derivate in materia di presentazione della domanda di ricongiungimento familiare (art. 5, par. 1, direttiva 2003/86/CE) da leggersi assieme al diritto fondamentale alla vita privata e familiare e al superiore interesse del minore protetti dalla Carta dei diritti fondamentali (artt. 7 e 24, par. 2 e 3) ostano a una normativa nazionale che richiede ai familiari del soggiornante, che sia stato in particolare riconosciuto come rifugiato, di presentarsi personalmente per la presentazione della doman-

Fermo restando che non possono ricongiungersi i familiari che sarebbero esclusi dalla possibilità di ottenere protezione per crimini contro la pace, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e in ogni caso crimini particolarmente gravi individuati dalla disciplina dedicata⁴¹, in un report recente⁴² il genere maschile risulta indicato come il più ricorrente, con percentuali tra il 75% e 100%, dove le origini prevalenti sono state individuate nella Nigeria, Afghanistan, Pakistan, Somalia, Eritrea. Il genere femminile è risultato meno rilevante, ricorrendo nelle sole nazionalità nigeriana, ucraina, camerunense, ivoriana e pakistana. A seguire, in ordine decrescente, risultano poi individuate la Costa d'Avorio, il Mali, l'Ucraina, la Siria, il Sudan, l'Egitto, il Camerun, l'Iraq, l'El Salvador, la Sierra Leone, la Turchia, il Togo.

Qui parrebbe assistersi a un'inversione della rilevanza nei rapporti, ove paiono essere i rapporti orizzontali⁴³ a prevalere (il coniuge o il partner unito da unione civile risulta il familiare più interessato⁴⁴), seguiti dai rapporti verticali, nelle figure dei figli minorenni⁴⁵, dei genitori nel caso di minori stranieri non

da di ricongiungimento presso la sede diplomatica o consolare di uno Stato membro competente per il loro luogo di residenza o di soggiorno all'estero, anche qualora per loro sia impossibile o eccessivamente difficile recarvisi».

⁴¹ D.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, *Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, oggi modificato ai sensi della Direttiva 2011/95/UE, art. 22.

⁴² ARCI, Caritas, Italian Red Cross, Italian Refugee Council, Save the Children, International Organisation for Migration (IOM), *Ricongiungimento familiare: la Community of practice*, 22 settembre 2023, <https://www.savethechildren.it/blog-notizie/ricongiungimento-familiare-la-community-practice>.

⁴³ Cass., sez. civ., 11 novembre 2020, n. 25310, per un caso di ricongiungimento del fratello minore di un cittadino straniero residente in Italia, cui la madre l'aveva affidato con atto notarile privato.

⁴⁴ Cass., sez. civ., 24 gennaio 2023, n. 2168, su una domanda di ricongiungimento familiare presentata a favore della madre da una cittadina somala, titolare di permesso di soggiorno per motivi familiari, poiché a propria volta ricongiunta con il marito beneficiario di protezione sussidiaria; Cass., sez. civ., 10 settembre 2021, n. 24488, per una richiesta di ricongiungimento formulata da cittadino somalo titolare di status di rifugiato a favore della madre; Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, 6 novembre 2023, RG 18929/23, sul ricongiungimento familiare di un cittadino tunisino con la moglie e sul divieto per gli Stati membri di stabilire un reddito minimo al di sotto del quale la domanda di ricongiungimento venga automaticamente rigettata, essendo necessaria una valutazione caso per caso.

⁴⁵ Cass., sez. civ., 2 marzo 2022, n. 6909, sulla domanda di ricongiungimento presentata dai genitori (stranieri) del minore adottato in conformità alle

accompagnati, ancora dei genitori in caso di figli adulti⁴⁶, e infine dei figli maggiorenni a carico.

4. *La tutela contro la violenza nelle migrazioni femminili: il caso della violenza domestica nel quadro della protezione internazionale*

Non volendosi ora qui soffermare sugli specifici profili di genere che investono la protezione internazionale e la protezione speciale, in particolare legati alla tratta degli esseri umani e all'induzione e allo sfruttamento della prostituzione, di interesse secondo la più peculiare prospettiva familiare nel suo raccordo con la protezione internazionale è ora una pronuncia della Corte di giustizia UE che si sofferma sulla violenza domestica, perpetrata dal coniuge⁴⁷.

leggi del paese di origine. Nel caso concreto, una cittadina ghanese residente in Italia aveva adottato, insieme al marito, la figlia della sorella premorta, alla luce del rifiuto del padre di occuparsene, mediante l'istituto vigente in Ghana dell'adozione consuetudinaria nella specie ratificata dal Tribunale locale sulla scorta di una valutazione di idoneità della coppia, in conformità alla legislazione locale. I giudici di legittimità osservano che «la domanda di ricongiungimento è meritevole di accoglimento anche a norma del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 29, co. 2, che a tal fine equipara «i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela»; Cass., sez. VI, 19 settembre 2019, n. 23412, per il caso di una richiesta di ricongiungimento di figlia di cittadino pakistano, titolare di protezione sussidiaria, residente in Italia e sul risarcimento del danno derivante dalla lesione del diritto all'unità familiare in caso di diniego dell'istanza di ricongiungimento.

⁴⁶ Cass., sez. civ., 3 maggio 2023, n. 11599, per il caso di un ricongiungimento familiare chiesto da una cittadina nigeriana a favore della propria madre; Cass., sez. civ., 14 luglio 2021, n. 20127, per la richiesta di ricongiungimento familiare della madre sessantunenne del titolare di status di rifugiato, convivente con un altro figlio, studente ed economicamente non autonomo. La Corte ha ritenuto che la presenza del figlio economicamente inattivo non è di ostacolo al ricongiungimento, dal momento che solo la presenza di figli in grado di provvedere al sostentamento del genitore è idonea a far venire meno il diritto al ricongiungimento del genitore che risulti a carico del figlio avente lo status di rifugiato in Italia; Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, 16 giugno 2023, n. 437/438, per un ricorso di un padre avverso il diniego di ricongiungimento con il proprio figlio opposto in ragione dell'esito dell'esame auxologico disposto dall'Ambasciata, che ne determinava la maggiore età, pur essendo stati regolarmente presentati documenti d'identità e certificato di nascita che ne attestavano la minore età; Tribunale di Roma, sez. diritti della persona e immigrazione civile, ord. 14 dicembre 2020, R.G. 37094/20, sul ricongiungimento del padre ultra-sessantacinquenne di un cittadino somalo, titolare di status di protezione sussidiaria.

⁴⁷ CGUE (Grande Sezione), 16 gennaio 2024, C-621/21, *WS. c. Bulgaria*, su cui: S. DE VIDO, *La Convenzione di Istanbul quale strumento interpreta-*

La questione individua per la prima volta le donne vittime di violenza domestica quale particolare gruppo sociale la cui appartenenza può divenire fondamento di una possibile persecuzione e, quindi, motivo di protezione.

La vicenda riguarda una cittadina turca, appartenente al gruppo etnico curdo, di religione musulmana, giunta legalmente in Bulgaria dopo aver lasciato la Turchia poiché vittima di violenza da parte del marito, dal quale aveva divorziato contro il parere dell'uomo e delle rispettive famiglie.

La donna riceve un primo diniego a fronte della domanda di protezione internazionale presentata, pur manifestando, a supporto dell'istanza, il precipuo fondato timore di essere uccisa dai propri famigliari in caso di ritorno nel paese di origine.

A fondamento del rigetto della domanda l'Agenzia bulgara per i rifugiati sottolinea la non pertinenza rispetto agli elementi fondanti la persecuzione, necessaria al riconoscimento dello *status* di rifugiata, degli atti di violenza domestica e delle minacce di morte ricevuti da parte del coniuge e della famiglia biologica, sottolineando come non risultassero precise dichiarazioni della donna nel senso di ritenersi «vittima di persecuzione a causa del proprio sesso».

Così è negata anche la protezione sussidiaria, poiché «né le autorità ufficiali né determinati gruppi avrebbero intrapreso contro la richiedente azioni che lo Stato non è in grado di controllare» e nei limiti in cui essa «sarebbe stata oggetto di aggressioni criminali di cui non aveva neppure informato la polizia e per le quali non aveva sporto denuncia» anche considerato che «avrebbe lasciato legalmente la Turchia⁴⁸».

A seguito della successiva condanna dell'ex marito per il reato di minacce perpetrato nei suoi confronti, la donna presenta nuova istanza di protezione, figurando come precipua propria condizione l'appartenenza al gruppo sociale delle «donne vittime di violenza domestica e, potenzialmente, di delitti d'onore» offrendo occasione per il rinvio pregiudiziale presso la Corte UE.

Nel caso di specie la Corte conclude espressamente nel sen-

tivo del diritto derivato dell'UE in situazioni di violenza contro le donne: la sentenza C-621/21 della CGUE, in Sidiblog - www.sidiblog.com, 24 febbraio 2024; M. F. ANGORI, Migrazioni femminili: la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosce lo status di rifugiato alle donne vittime di violenza di genere, in AdimBlog, Febbraio 2024; S. STEININGER, The CJEU's Feminist Turn?, in VerfassungBlog, 20 febbraio 2024.

⁴⁸ CGUE, C-621/21, cit., cfr. punto 23.

so che la violenza di genere⁴⁹ nei confronti delle donne possa fondare il riconoscimento della protezione internazionale, anche nella forma massima del rifugio, qualora venga riscontrato, sulla base di dati e informazioni relativi alla condizione femminile nel paese d'origine, che esse sono esposte, a causa del loro sesso, a violenze fisiche o mentali, incluse le violenze sessuali e domestiche⁵⁰, costituendo in tali ipotesi il genere femminile un'«identità distinta» del gruppo nel paese d'origine, potendo le donne essere percepite in modo diverso dalla società circostante in ragione delle norme sociali, morali o giuridiche vigenti in un dato contesto sociale⁵¹.

Abstract: Il contributo intende partire dalla distinzione tra il diritto alla vita familiare e il diritto all'unità familiare, ove il primo è diritto fondamentale che trova espresso richiamo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il secondo è normalmente riferito al fine e agli aspetti procedurali che governano l'ingresso e il soggiorno dello straniero per i motivi di ricongiungimento familiare, la cui tutela è declinata secondo la disciplina posta dall'ordinamento di riferimento dello Stato ospite. Si cerca poi di comprendere se e in quale misura, nella distinzione tra relazioni familiari di tipo orizzontale e di tipo verticale che connota i ricongiungimenti, possa trovare spazio un'attenzione alle questioni di genere.

⁴⁹ «La violenza contro le donne basata sul genere deve essere riconosciuta come una forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1, sezione A, punto 2, della Convenzione di Ginevra. Dall'altro lato, tale articolo 60, paragrafo 2, impone alle parti di accertarsi che un'interpretazione sensibile al genere sia applicata a ciascuno dei motivi di persecuzione previsti dalla Convenzione di Ginevra, e che nei casi in cui sia stabilito che il timore di persecuzione è basato su uno o più di tali motivi, sia riconosciuto ai richiedenti asilo lo status di rifugiato»: CGUE, C-621/21, cit., cfr. punto 48; *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, Istanbul, 11 maggio 2011, art. 60, par. 1.

⁵⁰ CGUE, C-621/21, cit., cfr. punti 57-61.

⁵¹ «La caratteristica del sesso può essere correttamente collocata nella categoria di gruppo sociale, con le donne che costituiscono un chiaro esempio di sottoinsieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili e che sono di frequente trattate in maniera differente rispetto agli uomini. Le loro caratteristiche, inoltre, le identificano come gruppo in una società, rendendole soggette, in alcuni paesi, a trattamenti e standard differenti. Allo stesso modo tale definizione ricomprenderebbe persone omosessuali, transessuali o travestite»: UNCHR, *Linee Guida sulla protezione internazionale no.1, relative alle persecuzioni legate al genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002, punto 30.

The paper will begin by distinguishing between the right to family life and the right to family unity, the former being a fundamental right expressly referred to in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and the latter usually referring to the purpose and procedural aspects that govern the entry and stay of foreigners for the purpose of family reunification, the protection of which is denied according to the discipline imposed by the reference system of the host state. It then attempts to understand whether, and to what extent, the distinction between horizontal and vertical family relationships, as it applies to reunification, can accommodate a focus on gender issues.

FEDERICO GRAVINO

Libertà matrimoniale e tutela di genere: il caso dei matrimoni forzati

SOMMARIO: 1. Famiglie migranti e opzioni matrimoniali. – 2. I matrimoni forzati: origine e cause. – 3. La tutela del libero consenso matrimoniale nell'ordinamento giuridico italiano. – 4. Gli interventi della giurisprudenza tra *status* di rifugiato e reato di induzione e costrizione al matrimonio (art. 558 *bis* c.p.). – 5. Diritti religiosi e tutela di genere.

1. *Famiglie migranti e opzioni matrimoniali*

La mobilità umana coinvolge l'individuo sia come singolo che nella sua dimensione familiare¹. Le trasformazioni che ne derivano sono così profonde da causare, in taluni casi, la disgregazione dei membri del nucleo di origine e la nascita di nuovi legami all'interno del territorio di accoglienza². Infatti, la famiglia è un «soggetto relazionale dinamico»³ capace di adattarsi al contesto di partenza, di transito e di arrivo e di riorganizzarsi a seconda degli *habitat* in cui si insedia⁴.

¹ Sulla storia e le tipologie delle migrazioni familiari si rinvia diffusamente a M. AMBROSINI, *Famiglie nonostante. Come gli affetti sfidano i confini*, Bologna, 2019; F. CRIVELLARO, *Così lontane, così vicine. Famiglie migranti, ruoli familiari e nuove configurazioni di genitorialità*, in *Archivio antropologico mediterraneo*, 2, 2021, 1 ss.; M. CVAJNER, *Sociologia delle migrazioni femminili*, in *Etnografica e ricerca qualitativa*, 3, 2019, 469 ss.; E. KOFMAN, *Family-related migration: A critical review of European studies*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2, 2004, 243 ss.

² P. BONIZZONI, *Famiglie globali, le frontiere della maternità*, Torino, 2011, 21 ss.; M. TOGNETTI, B. BERTOLANI, M. RINALDINI, *Famiglie del Marocco, India, Pakistan: ridefinizione della tradizione in un sistema di stratificazione civica*, in *Quad. sociol.* 61, 2013, 144 ss.

³ Sul punto si rinvia ampiamente a S. GRILLI, *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Roma, 2019.

⁴ C. SANTONI, *Migrazione familiare e mutamenti di genere. Confini, legami e soggettività*, in *Educazione Interculturale - Teorie, Ricerche, Pratiche* 2, 2022, 13 ss.; sulla modalità di costruzione dei legami familiari all'interno dei

I tratti caratterizzanti questi flussi migratori, pur originati da una varietà di cause (belliche, ambientali, economiche)⁵ sono la ricerca di una modalità di sopravvivenza, la difesa di una identità e la necessità di una integrazione nel luogo di arrivo⁶. Tre elementi che si sviluppano secondo il codice culturale che governa il nucleo familiare⁷ il quale è più incline ad osservare le proprie 'norme' che quelle del Paese ospitante⁸. In tal modo si genera un conflitto tra sistemi giuridici⁹ all'interno del quale il territorio di accoglienza utilizza il limite dell'ordine pubblico «come strumento di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale»¹⁰, ostacolando così l'esercizio dei diritti del singolo individuo nella sfera personale e familiare¹¹.

Questa dinamica incide particolarmente sullo *ius nubendi*. La volontà di contrarre matrimonio può essere condizionata dalle regole culturali e religiose della famiglia, che impone determinati comportamenti e scelte a sostegno della propria identità¹² gene-

processi di trasformazione sociale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, Milano, 2017, 6 ss.

⁵ H. CAROLI CASAVOLA, *Framing Migration, Population and Legal Orders: The Integration Puzzle in Italy*, in *Italian Journal of Public Law* 2, 2023, 200 ss.

⁶ L. ZANFRINI, *Migration and Families in European Society*, in A.M. CASTRÉN (a cura di), *The Palgrave Handbook of Family Sociology in Europe*, Palgrave Macmillan, 2021, 455 ss.

⁷ Sulla idoneità dei modelli culturali ad ampliare il concetto di relazioni familiari, si rinvia a L. ROSSI CARLEO, *Una riflessione introduttiva*, in B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, famiglie, società*, Torino, 2021, 2 ss.

⁸ A. FUCCILLO, *Relazioni familiari e migrazioni tra diritto, religioni e culture*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 4, 2024, 35, evidenzia che i modelli religiosi sono socialmente assorbiti in maniera più semplice nel campo familiare e non possono essere ignorati dal diritto positivo. In tale ambito, l'eterogeneità degli interessi coinvolti innescava un rapporto tra libertà matrimoniale e libertà religiosa nel quale la prima, pur conservando la propria autonomia, diventa una proiezione della seconda.

⁹ L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflicts de cultures*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 357, 2013, 9 ss., parla di *conflicts de cultures*.

¹⁰ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Immigrazione e circolazione degli status personali e familiari: la problematica dei c.d. Conflicts de civilisations*, in G. CANAVESI (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, 2019, 186.

¹¹ A. BONFANTI, *Il contrasto ai matrimoni infantili e precoci, tra universalismo e relativismo dei diritti umani: sull'incostituzionalità del Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*, in *Dir. umani dir. intern.* 2, 2023, 469 ss.

¹² I. SAMORÈ, *Un fenomeno attuale e globale: i matrimoni forzati e precoci. Scorsi su Africa, Asia ed Europa*, in G. BONI, A. ZANOTTI (a cura di), *Matrimonio e famiglia tra diritti religiosi e diritti secolari*, Bologna, 2024, 245 ss.

rando, soprattutto nei figli, uno scontro tra il dovere di osservare la norma familiare, il diritto alla titolarità di interessi personali e il sistema giuridico di accoglienza che proclama sempre il libero consenso matrimoniale¹³.

Se in alcuni casi la difesa dell'identità culturale o religiosa induce a scegliere il partner all'interno del contesto comunitario di appartenenza¹⁴ (si pensi al sistema delle caste nel diritto indù per cui il matrimonio è finalizzato a garantire la sussistenza economica della donna nel rispetto del principio endogamico ed anche, in via eccezionale, in caso di relazioni coniugali ipergamiche)¹⁵, in altri la scelta è completamente coartata da prassi e consuetudini che obbligano a contrarre il vincolo matrimoniale con una specifica persona per ragioni di ordine economico, di affermazione sociale o di potere.

La plurima provenienza geografica dei migranti ha importato numerose forme di matrimoni forzati. A titolo di esempio, dal continente africano proviene la pratica della *kuzvarira*, molto diffusa nello Zimbabwe, secondo la quale i genitori vendono le proprie figlie per il matrimonio al fine di guadagnare cibo, bestiame e altri oggetti di valore¹⁶. Diffusa nella provincia sudafricana di Capo Orientale è la *ukuthwala*, usanza per la quale un corteggiatore, in presenza di ostacoli ad una proposta matrimoniale ordinaria, rapisce una giovane donna e la porta a casa con l'intento di 'costringere' i genitori della ragazza a impegnarsi in trattative nuziali. In genere questa prassi è utilizzata come strumento di sostentamento economico per la famiglia della ragazza, che dall'unione riceve capi di bestiame. Questa consuetudine genera un vincolo giuridico indissolubile tra l'uomo rapitore e la donna rapita e legittima abusi e violenza sessuale a danno della donna¹⁷. In Congo, nell'etnia degli Yanzi, è consuetudinario il matrimonio *kintuidi*, cioè il matrimonio consanguineo. È usanza di questo popolo che il nonno materno percepisca la dote della

¹³ E. RUDE-ANTOINE, *Mariage forcé, violence physique, violence morale..., une réflexion à partir de jugements de nullité de mariage*, in *Clinique méditerranéennes* 2, 2013, 45 ss.

¹⁴ Sulla religione come marcatore culturale, si rinvia diffusamente a M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008.

¹⁵ D. FRANCAVILLA, *Le caste hindu nella prospettiva dell'indologia giuridica*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, fasc. spec., 2017, 195 ss.

¹⁶ L. SITHOLE, D. COWEN, *Eliminating Harmful Practices against Women in Zimbabwe. Implementing Article 5 of the African Women's Protocol*, in *African Human Rights Law Journal*, 2019, 572 ss.

¹⁷ L. MWAMBENE, H. KRUUSE, *The Thin Edge of the Wedge: Ukuthwala, Alienation and Consent*, in *South African Journal on Human Rights* 1, 2017, 25 ss.

figlia maggiorenne della sua prima figlia. Ciò comporta che la nipote sposi il nonno materno o, se troppo vecchio, lo zio. La tradizione può essere elusa attraverso il pagamento di una doppia dote, situazione tuttavia estremamente rara date le condizioni di povertà in cui vive questo popolo. In Malawi è invece diffusa la pratica della *kupimbira*, per cui la famiglia debitrice dà in sposa la propria figlia per estinguere il proprio debito¹⁸.

Di origini cinesi è il *minghun* (matrimonio fantasma o di spirito). La famiglia dà in sposa la propria figlia, grande e il cui *status* nubile è causa di disonore e di vergogna, non avendo una prole che possa prendersi cura di lei. Inducendo la figlia al matrimonio con un uomo già deceduto si garantisce l'appartenenza della donna ad una linea di discendenza maschile e si ristabilisce l'onore familiare violato dallo stato civile della donna¹⁹. Una variante a questa usanza è quella degli *yinhun* (matrimoni tra fantasmi). In tal caso la costrizione al matrimonio avviene dopo la morte della ragazza, le cui ceneri sono vendute e date in sposa a uomini già deceduti per evitare che entrambi siano sepolti da soli. Questa pratica potrebbe integrare i presupposti di un reato culturalmente orientato quando la donna viene indotta al suicidio per consentire alla propria famiglia di ottenere un guadagno economico dalla vendita del corpo e ristabilire il disonore arrecato dal suo stato nubile²⁰.

La tradizione europea e italiana non è lontana da forme matrimoniali in cui la libertà di una delle parti (principalmente della donna) è coartata²¹. Basti pensare che la disciplina civilistica nazionale dell'istituto in esame si struttura sull'archetipo del vincolo coniugale canonico²² le cui proprietà essenziali, la forma, gli impedimenti e i vizi del consenso²³ sostanziano anche le nor-

¹⁸ CENTER FOR CHILD WELL-BEING & DEVELOPMENT, *Survey Report. Traditional Practices in Malawi*, Unicef, march 2019 (www.unicef.org), 43 ss.

¹⁹ G. DUDBRIDGE, *Religious Experience and Lay Society in T'ang China. A reading of Tai Fu's Kuang-i chi*, Cambridge, 2002, 166 ss.

²⁰ P. YAO, *Women, Gender, and Sexuality in China: A Brief History*, London-New York, 2022, 31 ss.

²¹ M.B. CAMPAJÓ, *Forced Marriages in Europe: A Form of Gender-Based Violence and Violations of Human Rights*, in *The Age of Human Rights Journal* 14, 2020, 1 ss.; I. SAMORÉ, *Quando Cupido non scocca più i suoi dardi. Un quadro su matrimoni forzati e precoci in Africa, Asia ed Europa*, in *Quad. dir. pol. eccl.* 2, 2023, 508 ss.

²² P. CONSORTI, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, vol. II, Roma-Bari, 2020, 2 ss.

²³ Un approfondimento della disciplina matrimoniale canonica è offerto da L. SABBARESE, *Il matrimonio canonico*, Bologna, 2019.

me del Codice Civile in materia²⁴, evidenziando la relazione tra norme sociali, precetti religiosi e legge civile. Questa prospettiva coinvolge ampiamente la generazione della prole che, fino alla seconda metà del XX secolo²⁵, era ritenuta una legittima conseguenza della valida conclusione del contratto nuziale²⁶. Una eventuale gravidanza extramatrimoniale non incontrava (non incontra?) certamente i favori della comunità, tanto da ricorrere al c.d. matrimonio riparatore quale unico strumento giuridico²⁷ idoneo a ripristinare il buon nome, l'onore della donna e della sua famiglia e a legittimare la nascita del figlio e i futuri rapporti carnali tra coniugi dinanzi a Dio, i cui precetti scandivano (scandiscono?) la vita dei fedeli più della legge civile²⁸. L'eventuale rifiuto da parte della donna di non adempiere all'obbligo nuziale avrebbe causato notevoli danni al suo *status* sociale e giuridico.

La trasformazione multiculturale e multireligiosa della società ha favorito l'introduzione di nuove modalità di coartazione del consenso matrimoniale. Le maglie culturali e religiose che strutturano il fenomeno dei matrimoni forzati sembrano imper-

²⁴ Per un confronto tra le norme del Codice Civile e i canoni del *Codex Iuris Canonici*, si rinvia ad A. FUCCILLO, *Relazioni familiari e migrazioni tra diritto, religioni e culture*, cit., 37 ss.

²⁵ Con la legge 5 agosto 1981, n. 442, recante *Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore* è stato abrogato l'istituto del matrimonio riparatore (art. 544 c.p.).

²⁶ Il Codice Civile italiano distingueva tra figli legittimi, cioè nati in costanza di matrimonio, e figli naturali, se nati da una coppia non sposata. La differenza non era solo nominale ma anche giuridica (cognome, diritti successori). Questa distinzione è stata abrogata dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, che ha affermato il principio dell'unicità dello *status* giuridico di figlio. Infatti, il vigente art. 315 c.c., in materia di stato giuridico della filiazione, sancisce che «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». Per un approfondimento, si rinvia diffusamente a P. LOVAT, R. RIGON, *La coppia e la famiglia di fatto dopo la riforma della filiazione*, Torino, 2014; G. CAROBENE, *Modelli familiari e filiazione: prospettiva interculturale dei principi costituzionali*, in P. PALUMBO (a cura di), *Libertà religiosa e nuovi equilibri nelle relazioni tra Stato e confessioni religiose*, Napoli, 2019, 250 ss.

²⁷ L'abrogato Codice Penale italiano disciplinava il matrimonio riparatore (art. 544) quale causa speciale di estinzione dei reati in materia sessuale. Sul punto si rinvia a B. BOZZO, *I diritti delle donne tra diritto privato e diritto pubblico*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, 2023, 94 ss.

²⁸ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio tra secolarizzazione e dimensione religiosa (con riferimento ai rapporti tra corporeità, sessualità e matrimonio)*, in P. PALUMBO (a cura di), *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo. Il m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus di Papa Francesco*, Torino, 2016, 11 ss.

meabili ai divieti legislativi. Questi, subentrati solo dinanzi a picchi emergenziali delle unioni registrate (certamente in numero inferiore rispetto a quelle realmente concluse), non ottengono la deterrenza sperata. Anzi il contesto sociale e culturale di sviluppo favorisce la prevalenza della consuetudine sulla norma, incrementando la realizzazione di pratiche che integrano vere e proprie forme di violenza.

2. I matrimoni forzati: origini e cause

Il fenomeno dei matrimoni forzati è multiforme. Esso è fortemente diffuso in contesti patriarcali che si sviluppano sulla disparità di genere uomo-donna²⁹. Questa rappresenta un bene di proprietà³⁰, sottoposta al controllo e alla protezione da parte dell'uomo³¹. La donna può beneficiare di una tutela solo se accetta di appartenere a quella comunità e di osservarne le regole. Il suo rifiuto la priva di qualsivoglia protezione. In tal modo, essa accetta anche la visione che il gruppo ha del suo genere, «legittimando *'habitus'* di dominio da parte dell'uomo»³². I codici culturali diventano dunque codici giuridici e disciplinano le relazioni tra i membri all'interno della famiglia e tra le famiglie all'interno della comunità.

Leggi, giurisprudenza e dottrina collocano il fenomeno dei matrimoni misti tra le disuguaglianze di genere. Questa prospettiva si sostanzia sui dati statistici i quali rilevano che la pratica riguarda in misura prevalente le donne³³.

Queste unioni sono espressione di una radicata discriminazione nei confronti della donna³⁴, resa schiava dal contesto sociale e culturale in cui vive soprattutto per ragioni di ordine sessua-

²⁹ S. ANGIOI, *Le radici etniche e culturali della violenza di genere: un approccio di diritto internazionale*, in A. DI STASI, R. CADIN, A. IERMANO, V. ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, 2023, 33 ss.

³⁰ C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Parigi, 1949, 8 ss.

³¹ C. VOLPATO, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, 2021, 8 ss.

³² P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Parigi, 1998, 64 ss.

³³ UNICEF, *115 million boys and men around the world married as children*, 6 giugno 2019 (www.unicef.org).

³⁴ M. TAGLIANI, *Matrimoni precoci e forzati. Un fenomeno di portata globale*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (www.juragentium.it), 2017.

le³⁵. Considerata la gravità degli effetti causati, l'Organizzazione Mondiale della Salute ha annoverato tali unioni tra le violenze di genere, intese come «qualsiasi atto di violenza che provochi, o possa provocare, danni e sofferenze fisici, sessuali o mentali alle donne, inclusi la minaccia di compiere tali atti, la coercizione e ogni privazione arbitraria della libertà, sia che avvenga in pubblico che nella vita privata»³⁶. Si è dimostrato infatti che una donna che accetta la sua posizione non subirà maltrattamenti da parte del gruppo di appartenenza, a differenza della donna che si ribella al suo *status*, la quale incontrerà maggiori probabilità di violenza³⁷.

Parimenti, la dottrina ha inquadrato i matrimoni forzati come una modalità di discriminazione di genere e violazione dei diritti umani inalienabili³⁸. Da un lato, si ritiene configurabile una discriminazione di genere considerando questa unione la manifestazione di una disparità tra uomo e donna³⁹; dall'altro, si afferma che la pratica integra sempre una violazione dei diritti umani e, in particolare, del diritto alla libertà personale, all'integrità fisica, alla salute e alla vita⁴⁰.

L'origine, lo sviluppo e la diffusione dei matrimoni forzati sono imputabili ad una varietà di cause⁴¹. Tra queste vi è anzitutto quella economica. In alcuni contesti culturali le donne rappresentano mera merce di scambio e sono vendute a uomini facoltosi al fine di sopperire alle necessità economiche e garantire l'onore della famiglia e della comunità di appartenenza⁴². La

³⁵ M. TAGLIANI, *Nuove forme di schiavitù: i matrimoni precoci e forzati*, in *Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica* (www.cosmopolisonline.it) 2, 2016.

³⁶ A. SANNELLA, *La violenza tra tradizione e digital society. Una riflessione sociologica*, Milano, 2017, 39 ss.

³⁷ D. DANNA, *I confini dell'azione pubblica: matrimoni forzati e combinati*, in *Athenea Digital*, 2, 2013, 65 ss.

³⁸ G. SPANÒ, *Dall'illiceità (della condotta) all'illegalità (della tradizione)? Alcune riflessioni sui matrimoni forzati, con particolare riferimento al caso del Regno Unito*, in *Comparazione e diritto civile* (www.comparazionedirittocivile.it), agosto 2017, 2 ss.

³⁹ S. RESTUCCIA, *Il matrimonio forzato*, in *Lo Stato Civile Italiano*, 2, 2023, 32 ss.

⁴⁰ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Babies brides e wedding busters. A proposito di matrimoni forzati*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Matrimoni forzati e diritti negati. Le spose bambine*, Torino, 2015, 8 ss.

⁴¹ A. AMATO MANGIAMELI, M.N. CAMPAGNOLI, *Donne, Diritti, Culture. Ripensare la condizione femminile*, Torino, 2022, 75 ss.

⁴² G. CAROBENE, *Matrimoni forzati. Implicazioni interculturali e connessioni giuridiche*, in *Calumet - Intercultural Law and Humanities Review*, Rivista telematica (www.calumet-review.com), 11, 2020, 50 ss.

dote e il c.d. ‘prezzo della sposa’ contribuiscono al mantenimento della famiglia: il valore economico di una donna è tanto più alto quanto più giovane è la sua età, poiché ha più opportunità di generare figli e di essere educata al corretto svolgimento dei lavori domestici⁴³.

Alla causa economica segue quella culturale. Infatti, la pratica è particolarmente diffusa nelle società patriarcali, nelle quali il padre è custode di un interesse superiore del nucleo familiare, in quanto «normatore, esecutore e giudice delle regole familiari da lui stesso create»⁴⁴. In tale prospettiva emerge la funzione protettiva di un matrimonio forzato: l'unione offre agli sposi una tutela dai pericoli esterni alla famiglia, indirizzandoli verso i valori condivisi con il gruppo di riferimento⁴⁵.

Tra questi occupa un posto primario la protezione della sfera sessuale della donna, che rappresenta un'ulteriore causa di coartazione dello *ius matrimoniale*. La perdita della verginità all'interno del vincolo matrimoniale protegge l'onore (principalmente) della donna e quello dell'intera famiglia⁴⁶. In questa prospettiva la pratica è incentivata fin dalla nascita dei futuri sposi: l'accordo nuziale è un elemento determinante perché le famiglie dei nubendi affermino uno specifico *status* sociale, raggiungano una posizione economica soddisfacente e ottengano l'ambito prestigio sociale all'interno della comunità di appartenenza⁴⁷.

Le migrazioni costituiscono un rilevante *push factor* dell'incremento dei matrimoni forzati. Unioni del genere rappresentano infatti il mascherato punto di arrivo dei flussi migratori. Spesso la decisione di spostarsi dalla terra di origine è indotta dalla falsa promessa di ottenere un lavoro o una condizione di vita migliore nel paese di accoglienza. Tuttavia, sulle coste di approdo è già pronto un finto altare che, nel migliore dei casi, accoglierà le forzate promesse nuziali dei nubendi⁴⁸ oppure sarà

⁴³ J. PARSONS *et al.*, *Economic Impacts of Child Marriage*, in *Review of Faith and International Affairs*, 3, 2015, 12 ss.

⁴⁴ G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 34, 2001, 939.

⁴⁵ D. FRANCAVILLA, *Le caste hindu nella prospettiva dell'indologia giuridica*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, fasc. spec., 2017, 191 ss.

⁴⁶ B.G. BELLO, *Il contrasto dei matrimoni forzati nelle società multiculturali: riflessioni a partire dalla Convenzione di Istanbul*, in *Notizie di Politeia* 1, 2016, 97 ss.

⁴⁷ H.U. REHMAN, A. KAVESH, *On exchange marriage: «wata sata» marriages in southern Punjab, Pakistan*, in *Indian Anthropologist*, 2, 2012, 35 ss.

⁴⁸ C. RIGONI, *I matrimoni forzati: una prospettiva europea*, in *Foro it.*, 2023, 136 ss.

solo strumentale alla costrizione della donna alla prostituzione o al lavoro forzato⁴⁹.

La diffusione della pandemia da Covid-19 ha inciso notevolmente sull'esercizio dei diritti fondamentali dell'uomo⁵⁰, causando un aumento delle disuguaglianze già esistenti, in termini di *deficit* culturali, *gap* economici, assenza di risorse e discriminazioni di genere⁵¹. In quest'ultimo ambito si è registrato, infatti, un aumento dei casi di violenza domestica nei confronti delle donne⁵². Gli ordinamenti giuridici sono sembrati impreparati a

⁴⁹ DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, *Forced marriage from a gender perspective. Study for the Femm Committee*, Bruxelles, 2016, 45.

⁵⁰ V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, Rivista telematica (www.dirittifondamentali.it), 1, 2020, 661 ss.; B. RAGANELLI, *Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Dir. econ.* 3, 2020, 35 ss.; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Oss. AIC*, 3, 2020, 253 ss.; A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet - Intercultural Law and Humanities Review*, Rivista telematica (www.calumet-review.com) 10, 2020, 109 ss.; R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, Napoli, 2020, 97 ss.; I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Riv. AIC* 1, 2021, 98 ss.; C. INGRATOCI, A. MADERA, F. PELLEGRINO (a cura di), *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2021; G. MAZZONI, A. NEGRI (a cura di), *Libertà religiosa e Covid-19: tra diritto alla salute e salus animarum. I Focus del dossier OLIR "Emergenza Coronavirus"*, Milano, 2022; A. FUCCILLO, *La libertà di culto e le limitazioni nel periodo di emergenza pandemica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, tomo 2, Milano, 2021, 229 ss.; G. BATTAGLIA, G. FAMIGLIETTI, L. MADAU (a cura di), *I diritti fondamentali in epoca di pandemia: esperienze a confronto*, Pisa, 2022; M. ADDIS, *Covid-19 e diritti fondamentali: una comparazione tra cittadini dell'UE ed extracomunitari nel panorama del multilevel Constitutionalism*, in *DPCE on line* (www.dpceonline.it), num. spec., 2022, 567 ss.; A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *federalismi.it* (www.federalismi.it), 6, 2022, 159 ss.; P. INTURRI, *Pandemia e compressione dei diritti fondamentali: l'eccezione del referendum*, in *federalismi.it* (www.federalismi.it), 3, 2023, 227 ss.

⁵¹ S. DE VIDO, *Gender inequalities and violence against women's health during the CoViD-19 pandemic: an international law perspective*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 77 ss.

⁵² UNWOMEN, *Measuring the shadow pandemic: Violence against women during COVID-19*, 1 July 2021 (www.data.unwomen.org). Sul punto si rinvia a N. FOLLA, *La violenza contro le donne e i/le minori in situazioni di crisi: uno sguardo all'epidemia da Covid-19*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, 2023, 145 ss.

gestire le conseguenze della crisi sanitaria, tanto che si è dubitato della tenuta delle disposizioni costituzionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo⁵³.

In particolare, le donne sono state tra le categorie maggiormente coinvolte dall'emergenza sanitaria, che ne ha fortemente compresso i diritti e le libertà fondamentali⁵⁴. Esse sono state confinate alla propria dimensione domestica, caratterizzata da codici culturali, sociali e religiosi endofamiliari o del gruppo sociale di appartenenza⁵⁵ che, talvolta, possono tradursi, come di fatto è stato, in 'norme' capaci di incidere negativamente sullo sviluppo psicosofico della persona⁵⁶.

3. *La tutela del consenso matrimoniale nell'ordinamento giuridico italiano*

Le difficoltà nel contrastare una pratica che i codici culturali sviluppano con intensità sempre maggiore⁵⁷ hanno indotto continuamente i legislatori nazionali e sovranazionali ad introdurre specifiche misure a tutela delle donne, specie se minorenni⁵⁸.

Anzitutto, il sistema giuridico internazionale pone un gene-

⁵³ N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Dir. eccl.*, 1, 2020, 95 ss.; A. FUCCILLO, *La religione "contagiata" dal virus? La libertà religiosa nella collaborazione Stato-Chiesa nell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio per Libertà e le Istituzioni Religiose* (www.olir.it), 21 aprile 2020, 1 ss.; F. ALCINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 19, 2020, 18 ss., ritiene che la normativa emergenziale è indispensabile poiché consente a un sistema democratico di reagire alle emergenze mantenendo l'esercizio del potere nell'ambito dei limiti stabiliti dalla Costituzione.

⁵⁴ M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 325 ss.; A. CIANCIO, *Pandemia e uguaglianza di genere: le iniziative della UE*, in *dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 3, 2020, 290 ss.

⁵⁵ E. CECCHERINI, *La Sacra Trimurti: relazioni familiari, ortodossia religiosa e patriarcato*, in L. EFRÉN RÍOS VEGA, I. RUGGIU, I. SPIGNO (a cura di), *Justice and Culture. Theory and practice concerning the use of culture in courtrrooms*, Napoli, 2020, 195 ss.

⁵⁶ M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, 2012, 377 ss.

⁵⁷ L. DE GREGORIO, *Matrimoni, codici culturali, linguaggi religiosi: prime note*, in *Dir. relig.*, 1, 2022, 267-292.

⁵⁸ M. ARTHUR et al., *Child Marriage Laws around the World: Minimum Marriage Age, Legal Exceptions, and Gender Disparities*, in *Journal of Women, Politics & Policy*, 1, 2018, 51 ss.

rale divieto ai matrimoni forzati, nel cui ambito sono annoverati anche i matrimoni precoci, in quanto sono causa di discriminazioni di genere⁵⁹. In tal senso, il principio della libera manifestazione del consenso matrimoniale è elemento comune alle principali dichiarazioni ed interventi normativi. L'art. 16.2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, primo tra numerosi atti e provvedimenti internazionali ed europei⁶⁰, sancisce che «il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi», al fine di tutelare la maturità necessaria dei nubendi e la capacità di autodeterminazione in una scelta di vita così importante⁶¹. In materia l'art. 37 della Conven-

⁵⁹ Sul punto L. MANCA, *Il riconoscimento della protezione internazionale alle vittime di matrimonio forzato*, in A. DI STASI, R. CADIN, A. IERMANO, V. ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, 2023, 197 ss., si sofferma in particolare sulle Linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite, evidenziando che i matrimoni forzati rientrano tra le forme di persecuzione.

⁶⁰ Convenzione Europea sui diritti umani del 1950 (art. 12); Convenzione aggiuntiva delle Nazioni Unite sull'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle pratiche analoghe alla schiavitù del 1956; Convenzione sul consenso al matrimonio, l'età minima per il matrimonio e la registrazione dei matrimoni del 1964; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 10); Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979 (art. 16); Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989; Raccomandazione del Consiglio d'Europa in materia di protezione della donna del 2000; Risoluzione del Parlamento europeo sulle donne e il fondamentalismo del 2002; Raccomandazione del Consiglio dei Ministri sulla protezione delle donne contro la violenza del 2002; Direttiva del Consiglio sul ricongiungimento familiare n. 86 del 2003; Risoluzione del Parlamento europeo sui matrimoni forzati e sui matrimoni precoci n. 1468 del 2005; Risoluzione del Parlamento europeo sullo sfruttamento dei bambini nei paesi in via di sviluppo del 2005; Risoluzione del Parlamento europeo sull'immigrazione femminile contro la violenza nei confronti delle donne n. 2010 del 2006; Direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo n. 36 del 2011; Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011 (artt. 32-27); Risoluzione del Parlamento Europeo 2233 del 2018 verso una strategia esterna dell'UE contro i matrimoni precoci e forzati; Risoluzione del Parlamento europeo del 2021 sui diritti dei minori alla luce della strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori. Per un approfondimento della legislazione internazionale in materia, S. DE VIVO, *Il contrasto alla violenza di genere nei confronti delle donne nel diritto internazionale ed europeo: normativa, evoluzione e prassi*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, 2023, 9 ss.

⁶¹ Per una rassegna dei documenti in materia, L. RE, *Contrastare la violenza nei confronti delle donne: una sfida politica e culturale*, in P. FELICIONI, A. SANNA (a cura di), *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, Milano, 2019, 5 ss.

zione del Consiglio d'Europa *sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica* (Convenzione di Istanbul) rappresenta una pietra miliare. La norma impone agli Stati membri di punire le condotte volte intenzionalmente a costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio e ad attirare con l'inganno un adulto o un bambino sul territorio di uno Stato membro o di uno Stato diverso da quello in cui risiede allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio.

A sostegno dell'orientamento che qualifica le unioni matrimoniali forzate come causa di discriminazione di genere, la Risoluzione del Parlamento Europeo 2233 del 4 luglio 2018 *verso una strategia esterna dell'UE contro i matrimoni precoci e forzati* raccomanda l'abolizione della differenza di genere in termini di età minima per contrarre matrimonio, la previsione di meccanismi per verificare l'esistenza del consenso da parte di entrambi i coniugi, la registrazione dei matrimoni e l'adozione di strumenti di protezione per i figli nati nell'ambito di matrimoni forzati non registrati, la denuncia-invalidità-annullamento-scioglimento dei matrimoni forzati e la protezione delle vittime, degli informatori e dei testimoni. Con la Risoluzione dell'11 marzo 2021 *sui diritti dei minori alla luce della strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori*, il Parlamento europeo ha altresì considerato che «il matrimonio infantile è ancora un problema in alcuni Stati membri e ha un impatto devastante sui diritti e sulla salute delle ragazze e delle donne... occorre pertanto adottare un approccio equilibrato sotto il profilo del genere e che miri al benessere e all'emancipazione delle ragazze». Sulla stessa linea si pone la Direttiva UE 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 *sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, il cui art. 4 impone agli Stati membri di punire come reato la costrizione di un adulto o un minore a contrarre matrimonio e l'attirare un adulto o un minore nel territorio di un paese diverso da quello in cui risiede allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio⁶².

Su queste premesse si è reso necessario anche l'intervento dei legislatori nazionali⁶³. In particolare, l'ordinamento italiano sancisce che «nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti... riceve da ciascu-

⁶² Il testo completo della Risoluzione è consultabile sul sito *www.eur-lex.europa.com*.

⁶³ C. CAMPIGLIO, *Il matrimonio in età precoce nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 4, 2020, 768 ss.

na delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e moglie» (art. 107, co. 1, c.c.). In tal modo è affermato chiaramente il principio per cui il matrimonio è un atto strettamente personale e richiede che il consenso sia prestato direttamente dalle parti⁶⁴. Benché astrattamente idonea ad arginare la pratica dei matrimoni forzati, nella sostanza la norma è elusa dinanzi all'applicazione dei codici cultural-giuridici che favoriscono la conclusione delle unioni in esame. Pertanto, un ulteriore strumento di tutela predisposto è offerto dall'art. 122 c.c. ai sensi del quale il matrimonio può essere impugnato dal coniuge il cui consenso sia stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo scopo (art. 122, co. 1, c.c.). Tuttavia, l'azione di annullamento non può essere proposta se i coniugi hanno coabitato per un anno dopo la cessazione della violenza o delle cause che hanno determinato il timore (art. 122, co. 4, c.c.).

Il rimedio processuale previsto dall'art. 122, co. 1, c.c. è passato al vaglio dei giudici del Tribunale di Modena, che hanno accolto la domanda di annullamento del matrimonio per violenza ed errore, proposta da una donna che aveva subito minacce e violenze tese prima a farle contrarre, e poi accettare, il matrimonio combinato dalle famiglie di origine dei due sposi. Inoltre, la tutela è stata ampliata grazie ad una lettura estensiva del requisito temporale sancito dall'ultimo comma della disposizione in esame, perché secondo i giudici «il requisito della coabitazione previsto dalla norma non va inteso in senso meramente letterale, ma alla stregua della complessiva vita coniugale, dunque caratterizzata anche da rapporti intimi successivi al cessare della violenza»⁶⁵.

In dottrina si registrano posizioni divergenti circa la corretta applicazione dell'art. 122, co. 1, c.c. Se da una parte si sostiene che la violenza di cui alla norma considerata appartenga allo stesso gruppo dei casi di annullamento del contratto (artt. 1434-1438 c.c.) nel caso in cui la minaccia sia idonea a far temere un male ingiusto e notevole⁶⁶, dall'altra non si riscontra tale analogia, in quanto la violenza perpetrata in ambito matrimoniale costituirebbe una fattispecie più ampia di quella che si realizza in materia contrattuale⁶⁷, purché si tratti di un timore di eccezionale

⁶⁴ M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2024, 674 ss.

⁶⁵ Trib. Modena, sent. 9 novembre 2022, n. 1363, in *DeJure*.

⁶⁶ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2019, 56 ss.

⁶⁷ E. PEREGO, *La libertà del consenso nel matrimonio civile*, Milano, 1983, 50 ss.

gravità e la causa provenga *ab extrinseco*. Da questa ipotesi si distingue il timore reverenziale, che non è causa di annullamento del matrimonio e che si realizza in presenza di sentimenti di rispetto e riverenza di uno degli sposi nei confronti dei propri familiari al punto da sentirsi costretto al matrimonio pur senza pressioni esterne ma per la sola paura di causare un dispiacere⁶⁸. Parimenti, il timore spontaneo non è originato da alcun elemento esterno ma si forma unicamente nella rappresentazione mentale di una delle parti⁶⁹.

Rileva come causa di annullamento del matrimonio soltanto il timore di eccezionale gravità che deriva da circostanze esterne alla persona, ossia l'impulso psicologico che la percezione del pericolo esercita sulla persona⁷⁰. Questo tipo di timore si differenzia dalla volontà, perché in tale ipotesi la minaccia non è diretta ad estorcere il consenso matrimoniale, ma il matrimonio rappresenta per uno o entrambi gli sposi il male minore, ossia l'unico modo per evitare la situazione oggettiva esterna⁷¹.

Anche sul versante penalistico sono stati introdotti importanti strumenti di tutela contro il fenomeno dei matrimoni forzati. Il Codice Penale italiano è stato modificato attraverso l'approvazione del c.d. Codice Rosso. L'art. 7 della legge 19 luglio 2019, n. 69 ha introdotto l'art. 558 *bis* c.p., che disciplina il reato di «*Costrizione o induzione al matrimonio*». La disposizione punisce con la reclusione da uno a cinque anni «chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile» (co. 1). La pena è aumentata, se i fatti sono commessi «in danno di un minore di anni diciotto» (co. 3) o «in danno di un minore di anni quattordici» (co. 4). Inoltre, in deroga al principio di territorialità della legge penale, le disposizioni dell'articolo in esame si applicano anche «quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia» (co. 5)⁷². La pena è aumentata se i fatti sono commessi ai

⁶⁸ R. TOMMASINI, *Art. 122 - Violenza ed errore*, in G. DE ROSA (a cura di), *Commentario del Codice Civile. Della famiglia*, vol. 1, Torino, 2018, 387 ss.

⁶⁹ L. ROSSI CARLEO, E. BELLISARIO, V. CUFFARO, *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Torino, 2016, 216 ss.

⁷⁰ E.E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Torino, 2017, 256 ss.

⁷¹ V. ZAMBRANO, *Diritto al consenso nuziale e invalidità del matrimonio forzato*, in *Fam. dir.*, 2023, 772 ss.

⁷² M. CERATO, *Matrimoni forzati, matrimoni precoci e libertà matrimoniale del minore. Nota sul nuovo art. 558 bis c.p.*, in *Dir. eccl.*, 3-4, 2018, 626 ss.; P. DI NICOLA TRAVAGLINI, F. MENDITTO, *Il contrasto alla violenza di genere*:

danni di soggetti minori di diciotto anni e, in misura ulteriore, se infraquattordicenni⁷³. L'impianto normativo è stato criticato da chi ritiene che oggetto del reato sia soltanto la fattispecie del matrimonio forzato, che sussiste anche quando uno dei minori non abbia la minore età. Tale requisito rappresenterebbe piuttosto soltanto una circostanza aggravante dell'ipotesi criminosa. È dunque chiaro che dall'applicazione dell'art. 558 *bis* c.p. sono esclusi i casi di matrimoni precoci in cui non si ravvisi alcuna coercizione di uno dei nubendi nella manifestazione del consenso matrimoniale⁷⁴.

Alla luce della stretta relazione tra migrazioni e diffusione della pratica in esame, una maggiore tutela è stata configurata grazie alla legge 5 maggio 2023, n. 50 che ha modificato l'art. 18 *bis* del d.lgs. n. 286/1998 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) in materia di rilascio di permesso di soggiorno. La legge c.d. Saman (dal nome della protagonista del caso di Novellara in Emilia Romagna, uccisa per aver rifiutato di sposare il cugino) ha annoverato tra i reati per cui è possibile concedere il rilascio del permesso di soggiorno anche quello di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558 *bis* c.p.)⁷⁵. Infatti, prima della novella introdotta dalla legge 50/2023, Saman aveva seguito l'iter burocratico per chiedere protezione ma le era stata negata la concessione del permesso per mancanza della documentazione necessaria, visto che l'art. 18 *bis* non includeva tra i reati per cui la misura è prevista l'art. 558 *bis* c.p.

L'azione legislativa nazionale e sovranazionale sembra contrastare con fermezza la realizzazione della pratica dei matrimoni forzati. Tuttavia, i casi riportati sono piuttosto diffusi, tanto

dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi *Commento alla legge 19 luglio 2019 n. 69*, Milano, 2019, 101 ss.; I.V. MOTTA, *Il rapporto tra reati di cui agli artt. 558-bis e 600 c.p. e l'irrelevanza del movente culturale nel delitto di riduzione in schiavitù*, *Cass. pen.*, 1, 2022, 204 ss.; A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *Leg. Pen.*, 1, 2022, 198-235.

⁷³ A. BONFANTI, *Matrimoni forati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, in *GenIUS*, 2, 2020, 8 ss.

⁷⁴ G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558 bis c.p.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 6, 2019, 1316 ss.

⁷⁵ Per un commento si rinvia a A.D. ZORZINI, *La protezione internazionale. Aspetti sostanziali e procedurali*, Milano, 2024, 171 ss.

che una tutela più concreta può essere definita solo attraverso un monitoraggio reale della situazione. A tal riguardo il *Report sulla costrizione o induzione al matrimonio in Italia*, pubblicato dal Servizio Analisi Criminale della Direzione Centrale della Polizia Criminale del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, ha rilevato che nell'arco temporale compreso tra l'entrata in vigore della legge n. 69/2019 (luglio 2019), e dunque del reato di cui all'art. 558 bis c.p., e il 31 dicembre 2022 i casi di costrizione o induzione al matrimonio sono stati 52, commessi nell'86% a danno di vittime di genere femminile. Ciò dimostra quanto la pratica sia causa di discriminazione di genere. In un terzo di tali casi le vittime sono minorenni (5% infraquattordicenni e 26% tra i 14 e i 17 anni). La metà delle vittime è compresa tra i 18 e i 24 anni. Le vittime, nel 59% dei casi, sono straniere, in maggioranza pakistane, seguite dalle albanesi, indiane e rumene. Il restante 41% è italiano. Nel 68% dei casi gli autori del reato sono uomini tra i 35 e i 44 anni di età (pur essendo presente un 32% di donne), anche in questo caso di nazionalità prevalentemente pakistana (38%), seguita da albanesi (6%), serbi (5%) e bangladesi (4%). Il 21% dei rei è italiano⁷⁶.

Il Report, nato con l'obiettivo di migliorare le strategie di contrasto al fenomeno, fotografa una situazione sottodimensionata rispetto a quella reale: l'emersione di questo reato, infatti, non è facile perché spesso si consuma tra le mura domestiche e le vittime sono quasi sempre ragazze giovani, costrette ad abbandonare la scuola, talvolta obbligate a rimanere chiuse in casa nell'impossibilità di denunciare, anche per paura di ritorsioni.

4. *Gli interventi della giurisprudenza tra status di rifugiato e reato di induzione e costrizione al matrimonio (art. 558 bis c.p.)*

Un superamento dei limiti e delle lacune legislative evidenziate potrebbe essere offerto dalla giurisprudenza⁷⁷, i cui interventi

⁷⁶ SERVIZIO ANALISI CRIMINALE, DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA, *Costrizione o induzione al matrimonio*, Roma, marzo 2023 (www.interno.gov.it).

⁷⁷ Per un approfondimento della giurisprudenza internazionale si rinvia a A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, cit., 5 ss.

In materia di matrimoni precoci e forzati rilevano i pronunciamenti del Tribunale Speciale per la Sierra Leone, delle Camere Straordinarie delle Corti della Cambogia e dell'*International Criminal Court*. Il primo si è espresso nel

sembrano porsi a vantaggio di una tutela piena della donna, specie quando questa è esposta a persecuzioni per l'inosservanza di codici culturali e religiosi. Ciò è dimostrato anche dalla concezione che nelle aule di giustizia ha la religione, intesa non solo come credenza ma anche come stile di vita che coinvolge la sfera privata e pubblica del soggetto⁷⁸.

In questa direzione è altresì definita una tutela giurisprudenziale contro le discriminazioni di genere. Infatti, con la sentenza 24 novembre 2017, n. 28152, la Corte di Cassazione si è pronunciata circa il riconoscimento della protezione ad una donna nigeriana vedova che avrebbe dovuto sposare il fratello del marito in forza delle consuetudini locali. Il rifiuto della donna aveva causato la perdita dell'abitazione, della potestà genitoriale, delle sue proprietà e la perpetrazione di reiterati atti di persecuzione da parte del cognato, che la pretendeva in sposa. Dinanzi al rigetto da parte della Corte di Appello di Bologna, che aveva reputato come volontario l'allontanamento della donna dal proprio Paese avendo essa avuto la possibilità di adire le autorità locali che le avevano consentito di sottrarsi al matrimonio forzato purché si allontanasse dal villaggio, abbandonando figli e beni, i giudici di

caso *Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu* del 2008 avente ad oggetto il fenomeno delle *'bush wives'*, donne costrette a diventare spose di soldati contro la propria volontà, nell'ambito del conflitto in Sierra Leone. Le Camere Straordinarie delle Corti della Cambogia sono intervenute nel 2018 in un caso relativo alla responsabilità di due comandanti dei Khmer rossi per i trattamenti inumani e degradanti ravvisati nei matrimoni forzati e nelle pratiche di violenza sessuale avvenute nel contesto della politica sociale di crescita demografica, che costringeva le coppie a sposarsi e a riprodursi sotto il controllo e la coercizione delle autorità locali. Con sent. 23 marzo 2016 l'*International Criminal Court* ha qualificato i matrimoni forzati come crimine contro l'umanità, in quanto «atti umani diretti a provocare intenzionalmente nelle vittime grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale». La pronuncia pone fine al caso di un ex comandante della milizia irregolare ugandese, che aveva costretto le donne sfollate dal territorio occupato a sposare alcuni militari. Tale orientamento si colloca sulla stessa scia del caso *M. and Others v. Italy and Bulgaria* (40020/03), in cui una donna bulgara era stata costretta a sposare un uomo serbo per un riscatto economico della famiglia d'origine e, dopo la celebrazione del matrimonio, era stata obbligata a lavorare per il marito e maltrattata. Con sent. del 31 luglio 2012 la Corte Europea dei Diritti Umani ha sanzionato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, non avendo tutelato la ricorrente dal trattamento degradante che subiva dal coniuge.

⁷⁸ F. PÉREZ-MADRID, *Asylum in Cases of Religious Persecution*, in M. LUGATO (a cura di), *La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori*, Torino, 2015, 80 ss.

legittimità hanno affermato invece che gli atti di persecuzione si configurano quando realizzano una violazione grave dei diritti umani fondamentali ai sensi dell'art. 7 del d.lgs n. 251 del 2007. La protezione deve essere riconosciuta in presenza del timore fondato del richiedente di subire persecuzioni e danni gravi al suo rientro nel Paese di origine, salvo che si individuino elementi o motivi per ritenere che le persecuzioni o i danni gravi non si ripeteranno. Nel caso di specie, la ricorrente non si era uniformata ai codici comportamentali dettati dal contesto culturale di provenienza e tale rifiuto era il presupposto del fondato timore di subire persecuzioni e privazioni dei diritti umani fondamentali, come di fatto era già accaduto. Pertanto, la Suprema Corte considera la donna come vittima di una persecuzione personale e diretta in relazione alla sua appartenenza (in quanto donna) a un gruppo sociale, nella forma di atti specificamente diretti contro un genere sessuale⁷⁹. La protezione è riconosciuta in presenza di forme di persecuzione a danno di donne accusate di non conformarsi a regole culturali-religioso-consuetudinarie in contesti ove ruoli, responsabilità, aspettative, modalità di interazione sono costruiti sulla base del genere.

Inoltre, l'orientamento dei giudici di merito, che riconoscono lo *status* di protezione internazionale a chi è costretto a scappare dal Paese di origine per sottrarsi alla pratica dei matrimoni forzati perpetrati nei confronti delle donne solo per una questione di genere⁸⁰, si innesta su quello della giurisprudenza di legittimità secondo la quale «la coercizione esercitata mediante minaccia su una persona (donna o uomo) finalizzata a contrarre un matrimonio forzato in base a norme consuetudinarie del Paese d'origine, può essere qualificata come una grave violazione della dignità della persona, idonea a configurare una condizione di vulnerabilità, rilevante ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria» (Cass., sent. 4 novembre 2021, n. 31801). Le condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale ricorrono in presenza di «pressioni ed induzioni che hanno raggiunto il livello della vera e propria imposizione, sì da esporre una persona a trattamenti le-

⁷⁹ A. MADERA, *Quando la religione si interseca con la tutela di genere: quale impatto sulle dinamiche dell'accoglienza? (prime osservazioni a margine di Cass., sez. I, 24 novembre 2017, n. 28152)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 14, 2018, 5 ss.

⁸⁰ Sul riconoscimento dello *status* di rifugiato e di protezione internazionale, Trib. Lecce, sentenza 30 marzo 2020; Trib. Monza, sent. 9 novembre 2022; Trib. Salerno, decr. 29 dicembre 2022; Trib. Messina, decr. 9 febbraio 2023, in *DeJure*.

sivi della dignità personale e che abbiano inciso sulla sua facoltà di autodeterminazione» (Cass., sent. 25 marzo 2021, n. 6228)⁸¹.

Il presunto inquadramento della fattispecie tra i reati culturalmente orientati⁸² è stato escluso con fermezza dalla Corte di Cassazione con la sentenza 13 maggio 2021, n. 30538. Il caso riguardava la cessione in matrimonio di una ragazza rom minore di sedici anni in cambio del c.d. prezzo della sposa⁸³. La storia processuale del padre della vittima si articolava in una condanna in primo grado per riduzione in schiavitù (art. 600, co. 1, prima parte, c.p.) e l'applicazione di circostanze attenuanti generiche in grado di appello «per la particolare condizione subculturale in cui versava il soggetto». La debolezza di tale motivazione, a parere dell'accusa, derivava dalla presenza stabile e duratura in Italia dell'indagato, il quale conosceva certamente la normativa esistente. L'aspetto culturale è emerso quando l'uomo ha dichiarato di aver agito secondo un vero e proprio ordinamento giuridico, per cui la cessione della sposa in cambio di un prezzo aveva soltanto una funzione di risarcimento per la famiglia che da quel momento avrebbe perso un suo membro. Secondo la Corte, invece, la somma di denaro ricevuta costituiva un vantaggio patrimoniale, che rendeva colpevole il padre oltre ogni ragionevole dubbio. L'orientamento costante dei giudici di Cas-

⁸¹ In senso conforme, Cass., sent. 18 novembre 2013, n. 25873; Cass., ord. 5 novembre 2014, n. 15466; Cass., ord. 12 dicembre 2016, n. 25463; Cass., sent. 24 novembre 2017, n. 28152; Cass., ord. 18 gennaio 2021, n. 721: «In tema di riconoscimento dello status di rifugiato, costituiscono atti di persecuzione diffusa sul genere rientranti nel concetto di violenza domestica di cui all'art. 3 della Convenzione di Istanbul, le relazioni al godimento dei propri diritti umani fondamentali attuate ai danni di una donna, di una donna cristiana, a causa del suo rifiuto di attenersi alla consuetudine religiosa locale – secondo la quale la stessa, rimasta vedova, era obbligata a sposare il fratello del marito – anche se le autorità tribali del luogo alle quali si era rivolta, nella perdurante persecuzione da parte del cognato, che continuava a reclamarla in moglie, le avevano consentito di sottrarsi al matrimonio forzato, ma a condizione che si allontanasse dal villaggio, abbandonando i propri figli ed i suoi beni. Tali atti... integrano i presupposti della persecuzione ex art. 7 del d.lgs. n. 251 del 2007 anche se posti in essere da autorità non statali, se, come nella specie, le autorità statali non le contrastano o non forniscono protezione, in quanto frutto di regole consuetudinarie locali».

⁸² A. VALLINI, *I reati culturalmente motivati e l'ambito paradigmatico dei delitti sessuali*, in P. FELICIONI, A. SANNA (a cura di), *Contrasto a violenza e discriminazione di genere. Tutela della vittima e repressione dei reati*, Milano, 2019, 97 ss.

⁸³ A. PAMPOROV, *Sold like a donkey? Bride-price among the Bulgarian Roma*, in *The Journal of the Royal Anthropological Institute* 2, 2007, 471 ss.

sazione esclude l'applicazione di scriminanti culturali nei casi in cui «l'esercizio del diritto dell'agente a rimanere fedele alle regole sociali del proprio gruppo identitario di riferimento si traduce nella negazione dei beni e dei diritti fondamentali configurati dall'ordinamento costituzionale». Nel caso concreto, le regole e le consuetudini della cultura rom non consentono di invocare alcuna giustificazione, perché l'azione dell'imputato ha leso un bene giuridico tutelato dalla Costituzione, la libertà individuale. La sentenza è innovativa, perché per la prima volta la Corte di Cassazione considera il reato di cui all'art. 558 *bis* c.p. Due sono le condotte poste a sostegno: l'induzione della ragazza al matrimonio senza il suo consenso, e il pagamento di un 'prezzo della sposa' a vantaggio del padre. In tal modo la Corte ha ribadito che nessuna tradizione culturale può trovare applicazione quando l'essere umano è trattato come un oggetto di scambio⁸⁴.

Il riconoscimento della protezione sussidiaria emerge da altri provvedimenti dei giudici di legittimità.

Con ordinanza del 6 ottobre 2020, n. 21437 (come già affermato nella sentenza 18 novembre 2013, n. 25873), la Corte di Cassazione ha ritenuto che «... il giudice di merito non ha esaminato la circostanza che costringere una donna al matrimonio forzato vuol dire calpestarne la dignità e sottoporla ad un trattamento degradante». Pertanto, «... ove vi sia un fondato timore in ordine a tale profilo, è configurabile la fattispecie di cui all'art. 14, lett. b) (del d.lgs. 251 del 2007) che dà diritto alla protezione sussidiaria» (par. 5)⁸⁵.

Le radici sociali, culturali e religiose dei matrimoni forzati rilevano la debole effettività della tutela predisposta dalle istituzioni nazionali e sovranazionali e dai legislatori civili. Tuttavia, le autorità sono chiamate ad un'opera di bilanciamento tra categorie culturali. Infatti è stato evidenziato che «sanzionare penalmente alcune pratiche non è sempre nell'interesse delle donne... perché possono provocare arroccamenti identitari che rivitalizzano quelle stesse pratiche che si vorrebbero sradicare»⁸⁶. Il fondamento culturale e religioso di tali unioni richiede pertanto

⁸⁴ G. PEPÈ, *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa": la Cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e cultura lesive della libertà individuale*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 15 febbraio 2022.

⁸⁵ In senso conforme, Cass., ord. 11 gennaio 2023, n. 60; Cass., I civ., sent. 5 marzo 2024 n. 5867; Cass., I civ., sent. 12 marzo 2024 n. 6447.

⁸⁶ P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *Dir. pen. quest. pubbl.*, 3, 2014, 883.

l'intervento di altri attori sociali, come le istituzioni religiose, i quali attraverso un dialogo costruttivo con i referenti politici potrebbero individuare strategie comuni per arrestare la diffusione di questa pratica.

In tale direzione si è mossa la Tavola Valdese, che ha finanziato con i propri fondi dell'8 per mille il Report «*Non ho l'età. I matrimoni precoci nelle baraccopoli della città di Roma*», realizzato dall'Associazione 21luglio Onlus nel 2017. Il matrimonio rom si caratterizza quale vessillo di un patto tra famiglie⁸⁷ e consente alle ragazze di integrarsi degnamente nella comunità di appartenenza⁸⁸. Infatti, la difesa della verginità è il primo fattore che incentiva il fenomeno, in quanto il matrimonio è ritenuto lo spazio opportuno per la deflorazione di una ragazza, il contesto legittimo in cui le donne dovrebbero vivere la prima esperienza sessuale. Tuttavia, i matrimoni rom sono generalmente celebrati su base volontaria. Dalle giovani rom intervistate è emerso che «la verginità è un bene, una dote, qualcosa che ti fa sentire più pulita», assumendo una connotazione specifica sia da una prospettiva esterna-sociale, sia interna-personale-culturale. Il matrimonio è dunque «lo spazio in cui la relazione fisica tra uomo e donna è consentita e in cui l'esperienza sessuale non è associata a sentimenti di vergogna o a condanna sociale. La scelta del matrimonio precoce sembrerebbe quindi essere una strategia funzionale al desiderio di vivere in modo legittimo i propri moti sentimentali e sessuali, in linea con i meccanismi di forte condizionamento esterno riscontrati». La forte rilevanza della tutela della verginità rafforza altresì la prospettiva genitoriale, per cui «il matrimonio forzato costituisce, tra le altre cose, una strategia per sincerarsi che la verginità delle proprie figlie venga persa in uno spazio considerato sicuro e socialmente accettabile. Per lo stesso motivo, si verificano casi di genitori che preferiscono che i propri figli, una volta entrati nella pubertà, non frequentino più le scuole, per timore che nel contesto scolastico, percepito come spazio poco controllabile, vivano esperienze sessuali pre-matrimoniali»⁸⁹.

La prospettiva rom del matrimonio evidenzia il radicamento culturale del fenomeno dei matrimoni forzati. Una importante

⁸⁷ L. NEPI, *Matrimonio, tutela dei minori e libertà sessuale nella tradizione giuridica occidentale: alcuni spunti di riflessione*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Matrimoni forzati e diritti negati. Le spose bambine*, Torino, 2015, 106 ss.

⁸⁸ A. SIMONI, *I matrimoni degli «zingari»*. Considerazioni a partire dal recente dibattito sulla «gypsy law», in *Daimon*, 2, 2002, 115 ss.

⁸⁹ Il testo completo del Report è consultabile sul sito www.21luglio.org.

conseguenza è l'impossibilità di tracciare in modo completo la celebrazione di tali unioni, che spesso non sono seguite da una coabitazione o da forme di registrazione allo stato civile⁹⁰, rendendo difficile al legislatore la predisposizione di una tutela adeguata.

L'astrattezza delle disposizioni normative e gli interventi giurisprudenziali 'emergenziali' dimostrano che la pratica dei matrimoni forzati incentiva le discriminazioni di genere all'interno di gruppi sociali strutturati sulla disparità tra uomo e donna⁹¹. La materia mette in crisi la portata universale dei diritti umani⁹², che sono indeboliti dall'applicazione di regole culturali, sociali e religiose connaturate alla storia di ogni individuo⁹³. Pertanto, occorre chiedersi se la tutela fino ad oggi predisposta sia capace di preservare le donne da questa forma di schiavitù o se, invece, occorra osservare i contesti locali e predisporre modalità di protezione adeguate ai singoli casi attraverso l'intervento di comunità, associazioni, movimenti sociali e organizzazioni private.

5. Diritti religiosi e tutela di genere

I diritti religiosi rappresentano importanti 'attori sociali'⁹⁴. Essi esercitano una notevole influenza sulla vita dei propri fedeli⁹⁵ e orientano il loro agire attraverso il rispetto di precetti che hanno valore giuridico per la comunità. Pertanto, le religioni possono rivelarsi ottime interlocutrici nell'azione repressiva di fenomeni, come quello dei matrimoni forzati, in cui i legislatori nazionali incontrano importanti limiti a causa delle radici culturali e talvolta religiose di cui tali matrimoni si nutrono.

In particolare, la visione della donna che esse propongono può avere effetti emancipatori⁹⁶ e contribuire ad una più efficace po-

⁹⁰ F. PESCE, *I child marriages tra tutela dei diritti e portabilità degli status*, in *Dir. umani dir. intern.*, 1, 2021, 38 ss.

⁹¹ L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *federalismi.it* (www.federalismi.it), 7, 2021, 39 ss.

⁹² A. FACCHI, *I diritti delle donne nel mondo: una visione conflittualista*, in *Jura Gentium*, 1, 2021, 214 ss.

⁹³ M. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, 2001, 87 ss.

⁹⁴ P. NASO, *Le religioni nell'età post-secolare*, in *Coscienza e libertà*, 55, 2018, 78 ss.

⁹⁵ P.H. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, 23 ss.

⁹⁶ S. MANCINI, *Eguaglianza di genere, laicità e libertà religiosa nell'era della deprivatizzazione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2020, 412 ss.

litica di contrasto alle discriminazioni di genere⁹⁷. Le tre religioni monoteiste affermano una posizione di privilegio della donna all'interno della struttura familiare⁹⁸. Il principio della libera manifestazione del consenso matrimoniale e il coinvolgimento della volontà della moglie in caso di separazione e divorzio trovano applicazione in ciascuno dei tre ambiti normativi confessionali.

Nel diritto ebraico la Sacra Scrittura⁹⁹ attribuisce alla donna la responsabilità della famiglia attraverso la conservazione del cibo come elemento di purezza. Essa ricopre un ruolo fondamentale nell'ambito privato e, di conseguenza, nella società, poiché la famiglia è la struttura centrale della comunità¹⁰⁰. La considerazione della donna relegata alla sfera domestica è superata dal valore dei compiti che è chiamata ad assolvere: essa completa l'uomo, custodisce la ricchezza, assume il ruolo di guida spirituale della famiglia ed è titolare di una serie di diritti finalizzati a preservare l'armonia familiare (mantenimento, cura, spese mediche)¹⁰¹. Per questi motivi, la valida celebrazione del matrimonio richiede il consenso della donna. Questa può prestarlo solo se capace di intendere e di volere e tale capacità è acquisita al raggiungimento dei dodici anni e mezzo e un giorno, quando diventa adulta e matura. Tuttavia, le fonti sacre ebraiche prescrivono in 18-20 anni l'età per contrarre un valido matrimonio e in linea di continuità si pone anche l'orientamento dei rabbini: «È proibito a un uomo di Israele consacrare per sé una donna che sia inferiore ad anni sedici e un giorno, dato che più piccolo di quest'età può mettersi in complicazioni con la gravidanza, con pericolo di morte per lei e per il feto...». Il diritto ebraico sembra dunque attento alle conseguenze che i matrimoni forzati possono causare soprattutto allo stato di salute fisico di una donna e in tal

⁹⁷ S. ATTOLLINO, *La violenza di genere per appartenenza: donne, religioni, simboli*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, 2023, 311 ss.

⁹⁸ G. DAMMACCO, *La condizione della donna nel diritto delle religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2007, 5 ss.

⁹⁹ Per una rassegna dei principali riferimenti al testo sacro, si rinvia a G. PALUMBO, *Alle origini della diversità. Annotazioni sull'immagine della donna ebraica*, in C.E. HONESS, V.R. JONES (a cura di), *Le donne delle minoranze*, Torino, 1999, 126 ss.

¹⁰⁰ G. TEDESCHI, *La condizione giuridica della donna nel diritto ebraico: un'introduzione*, in I. ZUANAZZI, M.C. RUSCAZIO (a cura di), *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, Tricase (LE), 159 ss.

¹⁰¹ D. SINCLAIR, *Lo statuto giuridico delle persone nel diritto ebraico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, fasc. spec. 2013, 57 ss.

modo può configurarsi una forma di tutela della donna nell'esercizio del suo diritto al matrimonio.

Obiezioni sono state sollevate rispetto alle regole che disciplinano la procedura di divorzio. Il matrimonio può essere sciolto quando il marito consegna alla moglie il *ghet*, un documento che stabilisce le condizioni di divorzio¹⁰². Tuttavia, in caso di disaccordo la moglie può rifiutarsi di accettarlo e in tal caso è avviata la procedura di divorzio congiunto. L'assenza del *ghet* si ripercuote sulle future scelte di entrambi i coniugi: la donna non può liberarsi dal marito e non può contrarre un nuovo matrimonio religioso. In questa situazione la donna è *agunah*, legata¹⁰³. L'incidenza del fattore religioso sul vincolo matrimoniale è dimostrata dalla competenza attribuita dal diritto ebraico alle corti rabbiniche: queste godono di giurisdizione esclusiva in materia di validità dell'atto, di sussistenza delle condizioni personali per la conclusione dello stesso e di soluzione in caso di scioglimento¹⁰⁴.

Anche il diritto islamico predispone una tutela a favore della donna nelle relazioni familiari. Ciò si pone in contrasto con la visione che il mondo occidentale ha dell'Islam, che è negativa per due ordini di ragioni: la prima è l'interpretazione del testo sacro che nel corso del tempo ha assunto una connotazione maschilista¹⁰⁵; la seconda è data dalla diffusione di notizie di cronaca che mostrano soprattutto gli estremismi di un gruppo religioso, soprattutto in ambito familiare (un esempio è offerto dal caso di Saman Abbas). In tal senso si parla di discriminazione di genere tra i sessi, formalmente giustificata dall'analisi di alcuni istituti giuridici tipici del diritto islamico: l'uso del velo, la poligamia e il ripudio¹⁰⁶.

Riguardo al primo punto, negli Stati islamici la donna, fin dalle origini¹⁰⁷, viveva una condizione di disprezzo, oppressione

¹⁰² L. SAPORITO, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 9, 2018, 4 ss.

¹⁰³ A. MORDECHAI RABELLO, *Il diritto ebraico*, in S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Bologna, 2008, 168 ss.

¹⁰⁴ S. DAZZETTI, *Forme e pratiche del pluralismo religioso nello Stato di Israele. L'eredità ottomana e la tutela dei rapporti familiari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 19, 2020, 74 ss.

¹⁰⁵ L. AHMED, *Women and Gender in Islam*, New Haven, 1992, 41 ss.

¹⁰⁶ F. OLIOSI, *Appartenenza religiosa e appartenenza di genere nell'Islam, tra interpretazioni classiche e istanze moderne*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, fasc. spec., 2018, 187 ss.

¹⁰⁷ M. ARAFA, *I diritti della donna in Islam*, Al.Maktab al-Islami, 1980, 149 ss.

e negazione dei propri diritti¹⁰⁸. L'affermazione di una società di tipo patriarcale generava dunque una disuguaglianza di genere tra uomo e donna, nel rispetto di un presunto ordine naturale delle cose secondo i testi classici del *fiqh*. Questa visione non rispecchia l'essenza della volontà divina come rivelata nei sacri testi dell'Islam¹⁰⁹. Infatti, i precetti coranici configurano uno statuto giuridico della donna, riconoscendole una serie di diritti che le consentono di definire la propria posizione all'interno della società: diritto alla vita, alla cura, all'educazione fisica, intellettuale e morale, all'istruzione e alla parità di genere. Tale prospettiva investe anche il diritto matrimoniale: la donna ha diritto di scegliere il proprio marito, perché solo in presenza di una libera manifestazione del consenso il matrimonio è valido¹¹⁰.

Il diritto islamico prescrive che il matrimonio è un contratto, con clausole ben definite, concluso con il consenso delle parti contraenti. L'istituto è il luogo dell'esercizio retto della sessualità, della fecondità e dell'accrescimento della comunità islamica, finalizzato alla compagnia fra i due sessi, all'amore fra di loro, alla procreazione di figli e ad una vita in pace e tranquillità secondo i precetti di Allah. Tuttavia, il principio di libera manifestazione del consenso matrimoniale presuppone che se una o entrambe le parti, a causa dell'età immatura, non siano in grado di decidere e di concludere il matrimonio, interviene il *wali*¹¹¹, un tutore che, di norma, è il padre, o in sua assenza un giudice religioso (*gàdi*)¹¹², e che può esercitare il potere di costrizione matrimoniale (*igbàr*) fino al raggiungimento della pubertà¹¹³. Ciò legittimerebbe nei confronti della donna una posizione di sfavore, che investe anche il corretto esercizio dei diritti in presenza di eventi patologici della vita matrimoniale. Infatti, in caso

¹⁰⁸ D. SCOLART, *Alle radici della disuguaglianza di genere nella prospettiva giuridico-religiosa islamica*, in I. ZUANAZZI, M.C. RUSCAZIO (a cura di), *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, Roma, 2018, 209 ss.

¹⁰⁹ Z. MIR-HOSSEINI, *The Construction of Gender in Islamic Legal Thought: Strategies for Reform*, in *Hawwa. Journal of Women in the Middle East and the Islamic World*, 1, 2003, 1 ss.

¹¹⁰ M. ABU SALEM, *La condizione della donna nel diritto islamico*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, 2023, 331 ss.

¹¹¹ R. SHAHAM, *Family and the courts in modern Egypt. A study based on decision by the shari'a courts, 1900-1955*, Leiden-New York-Köln, 1997, 43 ss.

¹¹² R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Dossier mondo islamico 4. Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord Africa*, Torino, 1997, 3 ss.

¹¹³ G. PIOMELLI, *Il matrimonio tra cattolici e musulmani: fra multiculturalismo, ecumenismo e normativa canonica*, in *Dir. eccl.*, 2, 2002, 763 ss.

di scioglimento del matrimonio sussiste una sostanziale disparità di condizioni tra le parti: la permanenza del vincolo coniugale dipende essenzialmente dalla volontà del marito, il quale può esercitare il diritto di sciogliere il vincolo pronunciando la formula del ripudio (*talaq*), che è un atto di volontà unilaterale. Questo istituto rappresenta un efficace strumento di coazione e di pressione psicologica, poiché al ripudio si accompagnano inevitabilmente gli effetti del disprezzo sociale¹¹⁴. Tuttavia, se la moglie dimostra che il marito è affetto da grave malattia fisica o psichica ovvero di essere soggetta a maltrattamenti o ad abbandono per un certo periodo di tempo, essa può presentare al giudice un'istanza di divorzio¹¹⁵.

Riguardo alla seconda ragione, legata alla diffusione di alcuni estremismi religiosi, l'Islam ha assunto una posizione chiara. L'occasione è stata offerta dall'omicidio di Saman Abbas per aver rifiutato di contrarre un matrimonio forzato. L'Unione delle Comunità Islamiche d'Italia ha emesso una *fatwa* il 3 giugno 2021, affermando che «nessun tipo di imposizione può essere usata in fatto di matrimonio e che i contratti di matrimonio forzati non hanno alcuna validità»¹¹⁶. Con un comunicato del 10 giugno 2021 la Confederazione Islamica Italiana ha ribadito la necessità di «interventi preventivi sul piano culturale, che facilitino una trasformazione più equa delle relazioni di genere rispetto alla cultura d'origine. Occorrono interventi nelle scuole... capaci di condurre verso la condivisione dei valori democratici, di libertà e di giustizia, sanciti nella Costituzione italiana»¹¹⁷. La posizione assunta dalle comunità islamiche dinanzi alla gravità della situazione ha confermato l'orientamento già manifestato dai ministri di culto islamici: nel 2017 le imam indonesiane hanno affermato che i musulmani hanno l'obbligo di impedire i matrimoni tra minori; che la violenza sessuale dentro e fuori il matrimonio è contraria alla legge islamica e che la distruzione della natura in nome dello sviluppo economico è contro la legge islamica. Tali provvedimenti intendono prevenire i matrimoni infantili, che rappresentano non solo una pratica dannosa, ma anche non-isl-

¹¹⁴ S. ANGIOI, *La tutela dei diritti della donna nel mondo islamico*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 3, 1996, 24 ss.

¹¹⁵ F. CASTRO, *Diritto musulmano*, Torino, 2006, 21 ss.

¹¹⁶ UCOIL, *Fatwa sull'illiceità dei matrimoni forzati nell'Islam*, 8 giugno 2021, consultabile sul sito www.ucoil.org.

¹¹⁷ CONFEDERAZIONE ISLAMICA ITALIANA, *Comunicato stampa Violenza sulle donne, ancora!*, 10 giugno 2021, consultabile sul sito www.conf-islamica.it.

mica, e ribadiscono che la responsabilità di prevenire le unioni tra bambini ricade su genitori, comunità e Stato.

L'occidentalizzazione di alcuni Stati islamici ha favorito interventi legislativi volti ad arginare la discriminazione di genere realizzata anche attraverso la celebrazione di matrimoni forzati. Il Marocco costituisce un importante esempio in questa direzione¹¹⁸. Il Piano d'Azione Nazionale per l'Integrazione della Donna allo Sviluppo, elaborato dal governo marocchino nel 1998, ha promosso la parità tra uomo e donna. Per la prima volta l'introduzione di una nozione di 'genere' ha identificato i meccanismi sociali alla base delle discriminazioni nei confronti delle donne¹¹⁹. Un ulteriore motivo di modernizzazione dell'ordinamento giuridico marocchino è stata l'ascesa al trono di Mohammed VI, che ha sottolineato la volontà di intraprendere un cammino verso la tutela e la promozione della dignità della donna all'interno della famiglia e della società civile. Nel 2003 il Re ha annunciato la riforma del Codice della famiglia, affermando la necessità di «adottare una forma moderna di Codice, che sostituisca ciò che mina la dignità delle donne come esseri umani» e di «Unire marito e moglie congiuntamente responsabili per la famiglia, in sintonia con le parole del mio antenato, il Profeta Muhammad, che disse che uomini e donne sono uguali dinanzi alla legge»¹²⁰. La riforma, come è stato evidenziato, è basata sul metodo dell'interpretazione evolutiva dei testi sacri ed è pertanto conforme alla prospettiva islamica attraverso una lettura moderna della *shari'a*¹²¹.

Sembra chiaro dunque che la corretta interpretazione delle fonti islamiche consente di superare la disparità di trattamento uomo-donna e di recuperare un equilibrio tra sessi nello svolgimento della vita matrimoniale. In questa prospettiva è nato in Gran Bretagna un movimento di donne che combattono il feno-

¹¹⁸ E. CAMASSA, *La parità di genere e il ruolo delle donne tra diritto di famiglia e diritti delle religioni*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, Napoli, 2020, 100 ss.

¹¹⁹ M. RACHID ABDERRAZAK, *La Mudawwana en question*, in *Femmes, Culture et Société au Maghreb*, 1, 1998, 53 ss.

¹²⁰ Il nuovo Codice della famiglia fu approvato all'unanimità e pubblicato sul Bollettino Ufficiale, pervenendo così all'emanazione della legge di riforma n. 03/70, promulgata con il *dahir* n. 1-04-22 del 3 febbraio del 2004: esso entrò in vigore l'8 marzo 2004.

¹²¹ Cfr. F. CASTRO, *Sistema sciaraitico, 'siyasa sar 'iyyà e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici del Vicino Oriente*, in A. BAUSANI, B. SCARCIA AMORETTI (a cura di), *Il mondo islamico tra interazione ed acculturazione*, Roma, 1981, 165 ss.

meno dei matrimoni forzati sulla base dell'autentica tradizione islamica¹²².

Gli interventi pastorali e normativi della Chiesa cattolica sanciscono piena parità di genere nella relazione uomo-donna all'interno delle dinamiche familiari¹²³. La prospettiva teologica fonda l'uguaglianza tra uomo e donna nell'essere figli di Dio¹²⁴ e hanno ricevuto il sacramento del battesimo. Pertanto, la condizione di fedele non consente di operare discriminazioni di genere¹²⁵. La sessualità esprime soltanto una modalità di esistenza del battezzato, ma non incide sull'esercizio dei diritti e sui doveri essenziali del fedele¹²⁶.

La complessa disciplina in materia di matrimonio canonico non solo conferma questa impostazione ma offre diversi riferimenti normativi come argini alla diffusione dei matrimoni forzati. In particolare, il can. 1057 § 1 del Codice di Diritto Canonico (CIC) disciplina che «l'atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti legittimamente manifestato tra persone giuridicamente abili; esso non può essere supplito da nessuna potestà umana». Un matrimonio canonico è celebrato validamente, se le parti sono giuridicamente abili e manifestano in modo legittimo il proprio consenso. Questo costituisce la causa efficiente del matrimonio e, per essere valido, deve essere interno, libero, deliberato, mutuo, manifestato con segni sensibili, tra persone abili e deve riguardare una determinata persona¹²⁷. In assenza di uno di questi requisiti, il consenso prestato è viziato e ciò è causa di nullità del matrimonio canonico¹²⁸.

La disciplina dei vizi del consenso offre ulteriori strumenti di contrasto alla pratica dei matrimoni forzati. Ai sensi del can.

¹²² N. YUVAL-DAVIS, *Religion and Gender in Contemporary Political Projects of Belonging*, in N. REILLY, S. SCRIVER (eds.), *Religion, gender, and the public sphere*, New York, 2018, 36 ss.

¹²³ M. GALLUCCIO, *La tutela di genere nel diritto matrimoniale canonico: forme e casi*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, fasc. spec., 2018, 67 ss.

¹²⁴ C.D. PATULEA, *Uguaglianza di genere, i diritti delle donne e la religione*, in *Rivista Teologica di Lugano*, 1, 2017, 213 ss.

¹²⁵ CONCILIO VATICANO II, Cost. ap. *Gaudium et spes*, 7 dicembre 1965, in AAS, 58, 1966, 1025 ss.

¹²⁶ I. ZUANAZZI, *La donna soggetto e protagonista nel diritto della Chiesa*, in *Itinerari ed esperienze di cristiani nel mondo operaio*, 3, 2014, 85 ss.

¹²⁷ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Roma, 2019, 121 ss.

¹²⁸ R. SANTORO, C. MARRAS (a cura di), *I vizi del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2012.

1103 CIC il matrimonio celebrato per violenza o timore grave¹²⁹ incusso dall'esterno, anche non intenzionalmente, per liberarsi dal quale uno sia costretto a scegliere il matrimonio, è invalido. La norma protegge il libero consenso matrimoniale che, se violato nel momento di formazione o di manifestazione della volontà, è da solo sufficiente ad invalidare il matrimonio. In caso di *vis physica* (azione posta in essere da qualcuno dall'esterno) il consenso matrimoniale viziato è nullo per diritto naturale; in caso di *metus* (la conseguenza nel soggetto, in seguito ad un atto operato da terzo, per cui si conclude un'azione che altrimenti non si porrebbe) l'atto giuridico posto in essere è valido a meno che non si provi che la parte ha concluso l'atto per liberarsi da quel timore¹³⁰. L'intenzione del legislatore sottesa alla norma in esame è proteggere la libertà dei coniugi nel dare il consenso nuziale, perché solo essi «possono decidere su se stessi e devono poterlo fare con la libertà che richiede la scelta dello stato di vita che realizzano»¹³¹. Pertanto, il can. 1103 CIC prevede una clausola di salvezza in caso di costrizione al matrimonio per violenza o timore grave. Sebbene la norma non tuteli espressamente la donna, tuttavia l'interpretazione che se ne può offrire deve orientarsi in questo senso alla luce del contesto sociale nel quale, ancora oggi, il numero di abusi di potere è registrato a carico di uomini su vittime di sesso femminile. Pertanto, il canone ben si presta ad una concreta tutela per le donne battezzate cattoliche che siano costrette a contrarre matrimonio (come nel caso delle unioni forzate) non trovando altra via di fuga dalla presenza di questa minaccia esterna ed irreparabile.

Anche in materia di impedimenti al matrimonio canonico emergono fattispecie idonee ad arginare il fenomeno oggetto di indagine. In particolare, l'impedimento di ratto (can. 1089 CIC)¹³² rende nullo il matrimonio tra «l'uomo e la donna rapita

¹²⁹ Sulla differenza tra le due fattispecie si rinvia a P. PELLEGRINO, *La vis et metus (can 1103) nel Codex Iuris Canonici*, in *Ius can.*, 37, 1997, 529 ss.; A. D'AURIA, *Il timore grave nell'attuale legislazione canonica*, Città del Vaticano, 2003, 48 ss.; M.A. ORTIZ, *Il timore che invalida il matrimonio e la sua prova*, in *Ius eccl.*, 1, 2003, 107 ss.; C. MARRAS, *La violenza e il timore grave*, in R. SANTORO, C. MARRAS (a cura di), *I vizi del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2012, 173 ss.

¹³⁰ L. SABBARESE, *Manuale di diritto canonico*, Molfetta, 2022, 459 ss.

¹³¹ M.A. ORTIZ, *Il timore reverenziale*, in AA.Vv., *La vis vel metus nel consenso matrimoniale canonico (can. 1103)*, Città del Vaticano, 2006, 131.

¹³² Circa l'origine, la storia e lo sviluppo di quest'impedimento, P. PELLEGRINO, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*

o almeno trattenuta allo scopo di contrarre matrimonio con essa, se non dopo che la donna, separata dal rapitore e posta in un luogo sicuro e libero, scelga spontaneamente il matrimonio». A differenza di altri impedimenti, quello in esame tutela esclusivamente la donna, non l'uomo, in quanto l'attuale contesto sociale dimostra che casi simili sono perpetrati sempre a danno del sesso femminile¹³³. Anche in questo caso lo stato di libertà della donna è alterato, inducendola nel contempo a formare un consenso che è viziato dal potere dell'uomo rapitore¹³⁴. Infatti, una situazione del genere fa presumere la presenza di una grave ed ingiusta violenza morale sul consenso di chi subisce il rapimento.

La linea pastorale della Chiesa cattolica procede in parallelo a quella giuridica. Anzitutto, l'attenzione dei Pontefici è sempre costante. In particolare, Francesco invita a considerare la condizione delle donne e delle bambine, sottoposte a molteplici forme di sfruttamento, anche attraverso matrimoni forzati, che rilevano l'esistenza di modelli relazionali fondati sulla discriminazione e la sottomissione¹³⁵. Su questi cardini occorre incontrare le esigenze dei popoli in cui la Chiesa esercita la sua azione missionaria e predisporre concreti strumenti di protezione.

In tal senso, nel 1947 è stata costituita la fondazione pontificia Aiuto alla Chiesa che Soffre, che persegue l'obiettivo di sostenere i cristiani perseguitati. Tra i progetti sostenuti e finanziati vi è il sostegno alle donne vittime di matrimoni forzati. Nel gennaio del 2021 la fondazione, cooperando con la Commissione Cattolica per la Giustizia e la Pace del Pakistan, ha formalizzato un pacchetto di progetti per proteggere minorenni e giovani donne appartenenti alle minoranze religiose, anzitutto quella cristiana. L'iniziativa ha previsto la creazione di uno sportello i cui servizi sono l'assistenza legale alle vittime, il confronto con i responsabili politico-istituzionali a vari livelli, nonché una campagna per sensibilizzare la pubblica opinione sul dramma delle spose bam-

co, Torino, 2000, 40 ss.

¹³³ L. SABBARESE, *Manuale di diritto canonico*, cit., 445, precisa che il Codice dei Canonici delle Chiese Orientali si discosta dal Codice latino, prevedendo che anche la donna può essere *raptrix*. Infatti, il Sinodo di Gerusalemme del 1849 aveva esteso l'impedimento di rapimento anche all'uomo come soggetto passivo di esso.

¹³⁴ A. D'AURIA, *Gli impedimenti matrimoniali*, Città del Vaticano, 2007, 158 ss.

¹³⁵ FRANCESCO, *Videomessaggio per la Giornata internazionale di preghiera e riflessione contro la tratta di persone*, 8 febbraio 2022, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.vatican.va.

bine. Il Direttore della Commissione ha spiegato che «l'indagine documenta e monitora i casi di sequestro, matrimoni e conversioni forzate che si sono verificati ai danni di ragazze minorenni, cristiane e hindu, e ai danni di donne adulte. La pressione dei gruppi estremisti sui tribunali, l'atteggiamento fazioso della polizia, il timore di rappresaglie da parte del rapitore, il conseguente stigma costringono spesso le vittime a fare dichiarazioni a favore dei propri sequestratori. La Commissione Cattolica per la Giustizia e la Pace del Pakistan ritiene che per avviare e dare efficacia al cambiamento sia necessario impegnarsi a livello nazionale e internazionale per far sentire la propria voce, per domandare che lo Stato compia azioni adeguate e nel contempo per lanciare un pubblico appello affinché si legiferi»¹³⁶.

Arginare la diffusione di talune tradizioni culturali, spesso ancorate a precetti culturali e religiosi, è di difficile attuazione. La prospettiva normativa e sanzionatoria necessita di sinergie che richiedono l'intervento anche di altri operatori. Difatti, come i dati dimostrano, il sistema scolastico e di istruzione possono contribuire alla formazione personale soprattutto dei soggetti più deboli¹³⁷. A sostegno di questa posizione è stato ribadito che «l'istruzione è un fattore protettivo contro il matrimonio precoce. Pertanto, le chiusure scolastiche, come quelle innescate da Covid-19, possono, in effetti, spingere le ragazze verso il matrimonio poiché la scuola non è più un'opzione»¹³⁸.

Oltre alla formazione di una identità giuridica chi governa è chiamato ad operare affinché ogni individuo sia consapevole di questa identità. Gli sforzi non possono essere profusi solo sul piano istituzionale ma è necessaria l'interazione tra soggetti che, benché con modalità e strumenti differenti, guardano tutti alla tutela della dignità dell'uomo come unico obiettivo da perseguire.

¹³⁶ Il testo completo dell'intervista e i progetti della Fondazione pontificia sono consultabili sul sito www.acs-italia.org.

¹³⁷ Un esempio è offerto dal Progetto ABC, un programma educativo pensato per le scuole secondarie, sviluppato da *Terre de Femmes*, organizzazione no profit per la tutela dei diritti delle donne. Sul convincimento che l'istruzione possa rappresentare una possibile diga alla violazione dei diritti dei bambini, la proposta si struttura su diversi argomenti principali: libera scelta del partner; il matrimonio forzato come pratica dannosa; autostima e progetti sul futuro personale; autodeterminazione. Per ciascuno di questi argomenti è somministrata agli studenti una scheda contenente un'attività. Tutte le informazioni e i progetti in corso sono reperibili sul sito www.progettoabc.it.

¹³⁸ UNICEF, Comunicato stampa *Basta con i matrimoni precoci*, 2021, il cui testo integrale è consultabile sul sito www.unicef.it.

Abstract: Le migrazioni coinvolgono anche la dimensione familiare. Le relazioni che essa sviluppa sono fortemente condizionate dalle regole culturali del gruppo di appartenenza, nonché dai precetti religiosi che spesso impongono comportamenti e orientano verso specifiche scelte per difendere l'identità comunitaria. In tale prospettiva la prassi dei matrimoni forzati rappresenta terreno di scontro tra i codici endofamiliari e i sistemi giuridici di accoglienza che proclamano il libero consenso matrimoniale. Questo principio è sancito da dichiarazioni universali, interventi normativi internazionali e nazionali. Inoltre, la giurisprudenza ha approntato specifiche tutela a difesa di quanti sono costretti a migrare dal proprio Paese di origine perché costretti al matrimonio. Tuttavia, la pratica registra un aumento dei casi che interessano principalmente le donne, aumentando la differenza di genere che già domina alcuni contesti sociali e culturali. I diritti religiosi potrebbero rappresentare ottimi interlocutori delle istituzioni civili nell'azione repressiva del fenomeno, poiché esercitano un'importante influenza sulla vita e sull'agire giuridico dei propri fedeli. La prospettiva antropocentrica da essi sostenuta potrebbe favorire l'abbattimento di forme di discriminazione di genere, che nella sfera matrimoniale violano la libertà individuale ed occupano uno spazio sempre più grande.

Migration also involves the family dimension. The relations it develops are strongly conditioned by the cultural rules of the group to which it belongs, as well as by religious precepts that often impose behaviours and steer towards specific choices to defend community identity. In this perspective, the practice of forced marriages represents a battleground between intra-family codes and host legal systems that proclaim free marriage consent. This principle is enshrined in universal declarations, international and national normative interventions. Moreover, jurisprudence has provided specific protections to defend those who are forced to migrate from their country of origin because they are forced into marriage. However, the practice registers an increase in cases mainly involving women, increasing the gender gap that already dominates some social and cultural contexts. Religious rights could represent excellent interlocutors of civil institutions in the repressive action of the phenomenon, since they exert an important influence on the life and legal actions of their believers. The anthropocentric perspective they advocate could favour the eradication of forms of gender discrimination, which in the sphere of marriage violate individual freedom and occupy an increasingly large space.

SECONDA SEZIONE

Uno sguardo ad alcune esperienze straniere

ROBERTA ALUFFI

“Al maschio la parte di due femmine”: regole e pratiche successorie nell'Islam

SOMMARIO: 1. Il diritto successorio tra tradizione giuridica islamica e diritto degli Stati. – 2. La preferenza per il maschio e la volontà del *de cuius*. – 3. La successione legittima islamica: un avanzamento dei diritti successori delle eredi femmine rispetto all'età preislamica. – 4. La successione legittima islamica e la perdurante preferenza per l'erede maschio. – 5. Critiche e progetti di riforma del diritto islamico delle successioni. – 6. Le pratiche come possibili vie verso l'eguaglianza. – 7. Acclimatamento del diritto successorio islamico in Europa.

1. *Il diritto successorio tra tradizione giuridica islamica e diritto degli Stati*

Il fenomeno delle migrazioni porta i giuristi europei in contatto con diritti stranieri e concezioni della famiglia talvolta profondamente differenti da quelli con cui hanno consuetudine. È questo il caso dei diritti dei paesi arabi che si radicano nella tradizione giuridica dell'islam.

I giuristi europei, memori della tradizione canonica, tendono a considerare “ovvio” che il matrimonio, e in particolare la sua conclusione, possa essere retto da regole di ispirazione religiosa. Tutt'altro che “ovvia” è invece, nella loro prospettiva, la rilevanza religiosa delle successioni: il diritto canonico se ne è infatti sempre disinteressato, riuscendo brillantemente a convivere con sistemi successori “civili” estremamente vari.

Per la tradizione giuridica dell'islam (*fiqh*), al contrario, il diritto delle successioni non solo fa parte integrante dell'ordine giuridico religioso, ma rappresenta il nucleo più sacro e intangibile della *šari'a*, la legge sacra. I versetti del Corano che ne sono alla base sono incomparabili, per numero e dettaglio, a quelli di ogni altro istituto giuridico. I giuristi musulmani consacrano l'importanza del diritto successorio definendolo come la metà dell'intero edificio del *fiqh*.

Tenere conto della particolare posizione che le regole sulla successione ereditaria occupano nella tradizione giuridica islamica è opportuno dal punto di vista culturale. Ma è anche utile per spiegare l'alto grado di omogeneità che il giurista europeo constata nella regolamentazione delle successioni attraverso i diversi codici nazionali nel mondo arabo. Il diritto nazionale dei migranti non è rappresentato infatti dal *fiqh*, il diritto dottrinale della tradizione, ma dalla versione che di questo danno i codici dei diversi paesi: codici della famiglia o dello statuto personale, distinti dai codici civili per sottolineare la dipendenza del loro contenuto dalla tradizione giuridica religiosa.

I codici della famiglia o dello statuto personale regolano il matrimonio, la filiazione e le successioni ereditarie. Nel codificare le regole religiose, i diversi legislatori statali le hanno modificate, talvolta in modo radicale. Le riforme tuttavia hanno raramente toccato le regole successorie e, quando l'hanno fatto, sono state estremamente caute. Ciò conferma l'intangibilità di questo nucleo sacro dell'ordine islamico e, nello stesso tempo, facilita il compito di chi voglia darne una immagine allo stesso tempo sintetica e complessiva, attraverso l'intero mondo arabo.

2. *La preferenza per il maschio e la volontà del de cuius*

In una prospettiva di genere, il diritto successorio islamico si caratterizza per il rilievo del sesso dell'erede, che determina l'estensione e la natura del suo diritto: il maschio è favorito sulla femmina.

Il principio di favore per l'erede maschio non può essere modificato dal *de cuius*. La successione islamica è infatti principalmente una successione legittima, che riflette la volontà di Dio nella scelta degli eredi e nella definizione dei diritti di ciascuno di loro.

Alla volontà del *de cuius* è lasciato un assai limitato ambito di esercizio attraverso lo strumento dell'atto di ultima volontà (*wasīya*). Questo può essere rivolto solo a beneficio di una persona estranea, che non sia ricompresa cioè tra gli eredi legittimi, così garantendo che l'equilibrio stabilito tra loro da Dio non sia perturbato. L'atto di ultima volontà è inoltre soggetto a un limite quantitativo, pari alla terza parte del patrimonio attivo esistente al momento della morte del disponente. Anche questa previsione mira a proteggere i diritti degli eredi legittimi stabiliti da Dio. Questi ultimi peraltro possono acconsentire all'esecuzione di un

atto di ultima volontà che ecceda i limiti soggettivi e quantitativi summenzionati, purché all'unanimità.

Tanto gli uomini che le donne possono essere beneficiari di un atto di ultima volontà. Esso è anzi spesso usato per porre rimedio a uno svantaggio che colpisce specificamente una categoria di donne: le mogli non musulmane di uomini musulmani. Se è vero che il matrimonio è una delle basi della successione ereditaria, la differenza di religione ne rappresenta un impedimento insormontabile. L'uomo che voglia lasciare dei beni alla propria moglie non musulmana, provvederà in suo favore tramite atto di ultima volontà. La moglie non musulmana non può essere erede, ma beneficiaria di un atto di ultima volontà sì.

3. *La successione legittima islamica: un avanzamento dei diritti successori delle eredi femmine rispetto all'età preislamica*

Tornando alla successione legittima, essa è presentata dai giuristi musulmani come un addolcimento delle regole preislamiche. Il Corano corregge, senza sostituirlo completamente, il sistema precedente. Le maggiori beneficiarie della riforma coranica sono le donne.

Questa stratificazione storica è chiaramente riconoscibile nel *fiqh*, che distingue due categorie principali di eredi: gli agnati e gli eredi a quota fissa. La prima categoria risale al cosiddetto diritto preislamico, il quale riconosceva soltanto la successione agnatizia. Eredi dell'individuo, maschio o femmina, erano solo gli agnati, i parenti maschi del defunto per via maschile. Gli agnati avevano diritto a succedere all'individuo che, da vivo, avevano avuto il dovere di difendere con le armi. Le donne risultavano perciò completamente escluse dalla successione agnatizia.

La categoria degli eredi a quota fissa comprende invece coloro che sono specificamente individuati dal Corano e sono perciò detti anche eredi coranici. Il libro sacro indica anche la misura del diritto di ciascuno degli eredi di tale categoria sul patrimonio del *de cuius*: un mezzo, un quarto, un ottavo, due terzi, un terzo o un sesto. Normalmente sono riconosciute come eredi a quota fissa persone che non potevano vantare alcun diritto nel sistema agnatizio preislamico e che sono per la maggior parte femmine. Sono infatti eredi coranici i coniugi, marito e mogli/e, le figlie, la madre, le ascendenti, le sorelle e i fratelli uterini. Questi ultimi sono sì parenti maschi del *de cuius*, ma per via femminile, il che li esclude dal novero degli agnati. Il padre e il nonno paterno go-

dono inoltre del trattamento di eredi a quota fissa, senza perdere la qualità di agnati: succederanno secondo il regime a loro più favorevole, avuto riguardo alle circostanze della successione.

Nel suo complesso, la successione islamica si svolge in fasi successive. Dopo il pagamento dei debiti, i beni ereditari sono destinati prioritariamente a soddisfare i diritti degli eredi coranici. Se, dopo questa operazione, residua ancora qualche cosa nell'asse, allora vengono chiamati all'eredità anche gli agnati, che, come nel diritto preislamico, divideranno tra loro tutto il residuo. La successione agnatizia assume perciò il ruolo di diritto residuale rispetto a quella coranica.

4. *La successione legittima e la perdurante preferenza per l'erede maschio*

La preferenza per l'erede maschio si rinviene tanto nella successione coranica quanto nella successione agnatizia.

La successione coranica, in alcuni casi, osserva la parità di trattamento di eredi che si trovano nella stessa posizione rispetto al *de cuius* ma hanno sesso diverso. Così sia il nonno paterno che la nonna paterna hanno diritto al 1/6 dell'eredità. Fratelli e sorelle uterini hanno diritto tutti insieme a 1/3 dell'eredità, da dividersi in parti uguali tra loro, senza riguardo al sesso.

Ma per altri eredi coranici, più prossimi al *de cuius*, è previsto invece un trattamento differenziato per sesso.

Vanno considerati innanzi tutto i coniugi. Prima dell'islam, il matrimonio non era causa di successione. Il Corano riconosce i diritti ereditari dei coniugi come eredi a quota fissa, ma i diritti del marito che sopravvive alla moglie sono superiori a quelli della moglie che sopravvive al marito: in presenza di figli, il vedovo ha diritto a 1/4 dei beni della moglie, mentre, se non vi sono figli, a 1/2 di essi. La vedova ha invece diritto, se vi sono figli, a 1/8 dell'eredità, mentre, in assenza di figli, a 1/4 dell'eredità; se poi le mogli sono più d'una, la quota di 1/4 o quella di 1/8 vengono divise in parti uguali tra di loro.

Anche la figlia, come si è visto, è riconosciuta come erede solo con la rivelazione coranica, mentre in epoca preislamica non godeva di alcun diritto alla successione dei genitori. Il miglioramento della sua condizione non è tale tuttavia da equipararla al figlio maschio.

Immaginiamo, per semplificare, che il genitore muoia lasciando solo figli, tutti dello stesso sesso, e non coniugi né

ascendenti¹. A seconda del loro sesso, il percorso successorio è molto diverso.

Se il sesso è femminile, la figlia è erede a quota fissa e succede al genitore in ragione di metà del patrimonio; se le figlie sono più di una, ricevono i 2/3 dei beni, da dividere in parti uguali tra loro. Il residuo di un terzo, o addirittura di metà del patrimonio, andrà a parenti anche molto lontani: agnati, legati al *de cuius* per via maschile, o, in mancanza di agnati, a parenti per via femminile (*dhawi al-arhām*). Le figlie non avranno diritto in alcun caso all'intera eredità del padre o della madre.

Se il sesso è maschile, il figlio o i figli succedono come agnati nell'intero patrimonio, che dividono in parti uguali tra di loro, senza lasciare alcun residuo per altri.

La diversità di trattamento in base al sesso è evidente e spesso risulta sgradita non solo alle figlie, ma anche al padre e alla madre che preferirebbero che tutto restasse alle loro discendenti dirette.

Occorre peraltro precisare che questa discriminazione è caratteristica del diritto successorio sunnita. Il *fiqh* sciita, dopo avere attribuito la quota fissa alle figlie, riconosce loro anche il resto del patrimonio a titolo di residuo (*radd*). Avviene così che, in un paese come il Libano, dove convivono musulmani sciiti e sunniti sottoposti ai rispettivi diritti successori, genitori sunniti si convertano allo sciismo a fini successori, per garantire alle figlie femmine un trattamento più favorevole.

La stessa soluzione è introdotta in altri paesi arabi dalla legge. Così, ad esempio, in Tunisia il Codice dello statuto personale (art. 143 *bis*) dispone che alle figlie è attribuito il residuo anche in presenza di agnati, purché non si tratti di discendenti del defunto. Il diritto delle figlie prevale anche su quello del Tesoro, a cui normalmente vanno i beni ereditari non assegnati in successione.

Un trattamento differenziato tra maschi e femmine è previsto anche quando il *de cuius* lascia insieme figlie femmine e figli maschi. In tal caso, le figlie femmine perdono la loro qualità di eredi coraniche e la conseguente precedenza sugli agnati. Esse sono “agnatizzate”, succedono cioè come agnati in concorso con i fratelli. Il concorso è tuttavia regolato dal versetto coranico secondo cui al figlio maschio andrà due volte quanto spetta alla figlia femmina (“*Riguardo ai vostri figli Iddio vi raccomanda di lasciare al maschio la parte di due femmine*”, Corano, IV, 11).

¹ La semplificazione consiste nel fatto di ipotizzare che non esistano eredi coranici, salvo, eventualmente, la/e figlia/e femmina/e. Le sorelle e i fratelli uterini sono eredi coranici, ma vengono esclusi dalla presenza di figli, maschi o femmine.

Il principio “*al maschio la parte di due femmine*” caratterizza la successione agnatizia in generale, e non solo tra figli e figlie: fra agnati dello stesso grado l’eredità si divide attribuendo ai maschi il doppio rispetto alle femmine agnatizzate. Ciò vale, ad esempio, per le sorelle germane o consanguinee agnatizzate dai fratelli del loro stesso tipo. Il fratello riceve due volte quanto va alla sorella.

A riprova dello stretto legame tra tale principio e la parentela agnatiza, si può notare *a contrario* che, nel caso, improbabile, in cui, per mancanza di eredi coranici o agnati, vengano chiamati a succedere lontani parenti per via femminile (*dhawī al-arḥām*), la divisione tra loro avviene senza riguardo al criterio del sesso.

Un altro problema della successione agnatizia che si scontra con una sensibilità crescente per i diritti individuali è quello della mancanza di rappresentazione. Gli agnati succedono per classi, tra le quali ha la precedenza quella dei discendenti. All’interno della singola classe, ogni generazione esclude le successive. I figli del *de cuius* escludono quindi i nipoti *ex filio* nati da un fratello o una sorella premorti al genitore comune. A tale esclusione, molti legislatori hanno posto rimedio attraverso il cosiddetto atto di ultima volontà obbligatorio (*wasīya wāgiba*): la legge presume che il *de cuius* avesse disposto per atto di ultima volontà a favore dei nipoti, attribuendo loro quanto sarebbe andato al loro genitore, nel rispetto ovviamente del limite del terzo del patrimonio disponibile². In casi simili, una discriminazione tra eredi in base al sesso può emergere nella fase di interpretazione e applicazione delle nuove disposizioni legislative, là dove si discuta se l’atto di ultima volontà obbligatorio sia rivolto solo ai nipoti *ex filio* maschi, o ancora se soltanto ai figli del figlio premorto, ad esclusione di quelli della figlia premorta³.

5. Critiche e riforma del diritto islamico delle successioni

Il carattere discriminatorio del diritto successorio è criticato da più parti, e se ne chiede il superamento e la riforma. Molto diversi possono essere i presupposti delle critiche.

Le critiche possono essere ispirate innanzi tutto al principio di uguaglianza tra uomo e donna, così come consacrato espressamente da molte costituzioni degli stati arabi e dalle convenzioni internazionali in materia di diritti umani a cui essi aderiscono.

² Cfr. ad esempio artt. 191-192 del Codice dello statuto personale tunisino.

³ Interpretazioni confliggenti sono sorte ad esempio in relazione all’art. 170 del Codice della famiglia dell’Algeria.

Questa posizione può ben essere rappresentata dal Rapporto della Commissione per le libertà individuali e l'uguaglianza (COLIBE), istituita nel 2017 dal Presidente della Repubblica Tunisina, Béji Caïd Essebsi, con la missione di contribuire all'adeguamento della legislazione del paese al testo costituzionale e ai suoi obblighi internazionali.

La Commissione valuta che il diritto delle successioni sia, tra tutti i settori del diritto, il più lontano dall'uguaglianza dei sessi. Esso è cristallizzato nella forma ricevuta nel codice degli anni '50 del secolo scorso, e non è mai stato modificato, nonostante i grandi cambiamenti conosciuti dalla società tunisina. Nel paese, chi si oppone alla modificazione delle disposizioni sulla successione lo fa invocando l'argomento del loro carattere religioso e imm modificabile. Ma esse non hanno nulla di sacro, per la Commissione COLIBE. Sono disposizioni di diritto positivo, regole civili che per loro natura possono essere modificate e rese conformi ai principi costituzionali e internazionali. Il Rapporto afferma che lo stato tunisino è uno stato civile, indipendente e sovrano, che promulga le proprie leggi in tutta libertà e nell'interesse dei cittadini, senza che esista un potere religioso superiore che prevalga sul potere legislativo. Se nel 1956 lo Stato aveva scelto di trarre ispirazione dalla tradizione giuridica islamica per regolare il diritto delle successioni, fu perché giudicava tali soluzioni adatte alle condizioni della società tunisina dell'epoca. La Commissione giudica che sia giunto il momento di modificarle adattandole alla situazione attuale.

Il progetto di legge elaborato sulla base del Rapporto stabilisce la uguaglianza nella successione tra eredi maschi e femmine, inderogabile nella successione tra coniugi, derogabile per testamento tra figli e figlie, potendo il genitore optare per l'applicazione della soluzione islamica tradizionale.

Il progetto si trascina però stancamente in parlamento, fino a che il nuovo Presidente della Repubblica, Kaïs Saïed, subito dopo essere stato eletto nel 2019, risolve la questione dichiarando che il testo coranico è sufficientemente chiaro in tema di successioni e seppellisce così ogni velleità di riforma.

Le critiche mosse al diritto successorio dalla Commissione COLIBE in Tunisia muovono da una concezione laica dello Stato, la cui legislazione è al riparo da ogni determinazione di carattere religioso. Ma critiche provengono anche da Autori che le formulano sulla base di presupposti teologico-giuridici.

Il *fiqh* è elaborato a partire da pericopi del testo coranico o della sunna profetica selezionate per servire da fondamento di interi settori del diritto. La legittimazione delle regole deriva dal testo, cioè,

innanzi tutto, dalla volontà divina come rivelata testualmente nel Corano. È inutile chiedersi la ragione di una certa regola. La regola esiste perché corrisponde alla volontà di Dio. Il Presidente Kaïs Saïed sembra aderire incondizionatamente a questa posizione.

Questo volontarismo divino, che corrisponde alle posizioni teologiche ash'arite, convive però nei giuristi con una certa tendenza didascalica a spiegare la singola regola mettendola in rapporto con altre. Così ad esempio, la preferenza per l'erede maschio è spiegata, e dunque giustificata, con riferimento ad altre regole, che disciplinano i rapporti patrimoniali tra coniugi e membri della famiglia. Innanzi tutto, l'uomo per concludere il matrimonio, ha l'obbligo di pagare alla donna il *mahr*. Durante il matrimonio, il marito ha l'obbligo di mantenere la moglie. Il padre, ad esclusione della madre, ha l'obbligo di mantenere i figli. L'uomo, ad esclusione della donna, ha l'obbligo di mantenere i propri parenti in stato di bisogno. I maggiori diritti successori dell'uomo corrispondono dunque ai suoi maggiori obblighi patrimoniali nell'ambito della famiglia.

Ci sono poi i sostenitori di quella che alcuni definiscono una lettura olistica⁴ del Corano. La volontà di Dio si riconosce solo andando oltre le pericopi considerate in modo selettivo e discreto, e leggendo l'intero testo della rivelazione per riconoscere il disegno complessivo voluto da Dio per l'umanità, un disegno di giustizia ed equità.

La femminista islamica marocchina Asma Lmrabet ha espresso un'articolata posizione in favore della riforma del diritto successorio⁵, in conseguenza della quale è stata costretta a lasciare la direzione del Centro degli studi femminili nell'islam, dipendente dalla Lega degli Ulama' del Marocco.

Asma Lmrabet, riconoscendo nella realizzazione dell'equità lo scopo delle regole successorie islamiche, lo denuncia come ormai irrealizzabile in paesi quali la Tunisia o il Marocco, a causa del mutato contesto sociale ed economico: le donne, inserite nel mercato del lavoro, sono retribuite e partecipano con gli uomini alle spese del *ménage* coniugale e al mantenimento dei figli e dei genitori. Se poi gli uomini non sono in grado di farlo, provvedono da sole alle necessità della famiglia, e financo del marito, se necessario. La famiglia allargata per cui il sistema successorio musulmano era concepito è scomparsa, sostituita dalla famiglia nucleare.

⁴ A. WADUD, *Qur'an and Woman. Rereading the Sacred Text from a Woman's Perspective*, New York, 1999.

⁵ www.asma-lmrabet.com/articles/l-heritage-relcture-des-versets.

Simili considerazioni sono espresse, con riguardo specifico ai musulmani che vivono in Europa, anche dall'*imām* di Bordeaux, Tareq Oubrou⁶: i sistemi previdenziali e gli ammortizzatori sociali che esistono nei paesi europei sollevano i familiari maschi dai loro tradizionali obblighi verso le parenti femmine. Ciò rende inattuali e inique le regole successorie islamiche, di cui i musulmani non devono pretendere l'applicazione.

Ma Asma Lmrabet si spinge oltre la semplice constatazione dell'inadeguatezza delle regole tradizionali alle mutate condizioni sociali e propone una rilettura in senso egaltario di certi versetti coranici, per dare un fondamento anche testuale alle proprie argomentazioni. Con riferimento al versetto IV, 7, che recita: «Agli uomini spetta una parte (*nasīb*) di ciò che han lasciato i genitori e i parenti; ma anche alle donne spetta una parte (*nasīb*) di ciò che han lasciato i genitori e i parenti, che si tratti di una successione piccola o grande, questa parte è un'obbligazione», Asma Lmrabet mette in risalto l'identità parola usata nel Corano per indicare la parte o porzione che spetta al maschio e alla femmina e conclude per l'identità anche quantitativa e senza differenziazioni dei rispettivi diritti.

La riforma delle regole successorie islamiche si rivela difficile, se non impossibile. Ciò è vero soprattutto nell'epoca attuale. In passato, ci sono stati paesi musulmani che hanno abbracciato un sistema di successioni ereditarie pienamente egaltario. Si possono citare la Turchia, con il Codice civile del 1926, e la Somalia, con il Codice della famiglia del 1974. In entrambi i casi, una forte ideologia, la laicità in Turchia e il socialismo in Somalia, ha sospinto e sorretto l'abbandono delle regole islamiche.

L'abbandono formale delle regole sciaraitiche, non garantisce tuttavia l'eradicazione di pratiche informate al diritto islamico, o a quanto viene considerato tale.

In Turchia può accadere che la donna, a cui il Codice assegna una quota pari a quella del fratello, accetti l'eredità per poi girarne una parte al fratello, o che persino rinunci all'eredità, a vantaggio del fratello, convinta di adempiere così a un obbligo religioso⁷. Pur in assenza di studi specifici, si può supporre che uguali, se non maggiori, resistenze abbia incontrato la riforma in Somalia, dove la donna era in precedenza completamente esclusa dalla successione più importante, quella in ambito fondiario.

⁶ T. OUBROU, *Ce que vous ne savez pas sur l'Islam*, Paris, 2016.

⁷ S. TOKTAS, *Turkey, A case study on women's property and inheritance practices*, in *Women's Studies International Forum*, 48 (Jan-Feb 2015), 29-38.

6. La pratica come possibile via verso l'eguaglianza

Nei paesi in cui le leggi in materia successoria recepiscono il sistema islamico, lo squilibrio sancito dalla legge tra eredi maschi e femmine può essere in tutto o in parte corretto attraverso strumenti offerti alla volontà dell'interessato, che danno vita a pratiche sempre più diffuse.

Il rapporto e la distanza che si vengono così a creare tra la legge e pratica sono solo apparentemente analoghi, sebbene rovesciati, a quelli che si sono discussi per un paese come la Turchia, dove pratica e legge formale si ispirano a due sistemi di valori diversi. Nei paesi dove la legge si ispira all'islam, anche le pratiche rivolte a realizzare una maggiore uguaglianza di diritti tra parenti maschi e femmine sono ricondotte a un generale quadro di compatibilità con la legge sacra. L'unica eccezione è forse rappresentata dall'assicurazione sulla vita, la cui natura di contratto aleatorio non è compatibile con i principi del diritto islamico dei contratti.

Per il resto, tutti gli strumenti di autonomia negoziale usati in vita dal *de cuius* per regolare la distribuzione del patrimonio all'interno della famiglia sono leciti (*halāl*) dal punto di vista sciaraitico.

Il diritto successorio islamico, così severo e imm modificabile, è infatti sottoposto a un limite rigido: si applica esclusivamente al *relictum*, i beni di cui il *de cuius* è titolare al momento della morte. In vita il titolare può disporre come meglio crede e senza vincoli dei propri beni.

Questo spiega perché il *fiqh* focalizzi tanta attenzione sul tema della malattia mortale, un periodo che viene considerato per così dire l'anticipazione della morte, durante il quale la persona non può più validamente compiere atti suscettibili di modificare i diritti degli eredi stabiliti dalla legge: non solo donazioni, ma anche ad esempio ripudi o nuovi matrimoni. Prima della malattia mortale invece al soggetto è lasciata la più ampia libertà di disporre dei propri beni per atto fra vivi, senza rispettare alcuno dei limiti cui è sottoposto l'atto di ultima volontà: l'atto tra vivi può essere rivolto anche a favore di persone che avrebbero la qualità di eredi nella successione legittima, e può riguardare anche l'intero patrimonio, e non soltanto la sua terza parte.

Il diritto islamico non conosce nulla di simile alla riduzione delle donazioni lesive della quota di legittima. In questo quadro, i genitori che sono preoccupati di garantire al meglio il futuro delle figlie femmine, sempre più di frequente ricorrono allo strumento della donazione.

Un'altra soluzione è il *waqf*, una fondazione pia di diritto islamico, spesso impiegata nei paesi del Golfo per sottrarre il patrimonio aziendale alle regole successorie e garantire la sopravvivenza nel tempo delle imprese.

È chiaro che lo strumento negoziale può essere usato tanto a vantaggio delle eredi femmine, quanto a loro detrimento. Questo rischio si può presumere più elevato per il *waqf* di impresa, che tra l'altro si presta a favorire la concentrazione della ricchezza familiare, effetto che il diritto islamico delle successioni al contrario scongiura.

In ogni caso, l'uso delle donazioni a favore dei discendenti per garantire il loro futuro indipendentemente dal sesso, sembra in crescita, talvolta sostenuto da trattamenti fiscali di favore. La pratica della donazione fa tuttavia emergere altri profili di discriminazione basata sul sesso. Ad esempio, in alcuni paesi, in caso di donazione da parte della madre alle figlie o ai figli minori, i beni vengono gestiti in via esclusiva dal padre, quale unico titolare del potere sul patrimonio dei figli. In Marocco sembra che la questione sia molto discussa, anche nella prospettiva di una possibile riforma del Codice della famiglia del 2004 attualmente in vigore.

7. *Acclimatamento del diritto successorio islamico in Europa*

Tralasciando le questioni di diritto internazionale, relative all'applicazione di un diritto straniero che codifica il sistema successorio islamico o al riconoscimento ed esecuzione di una decisione adottata all'estero sulla base di un diritto di ispirazione islamica, è interessante considerare in che misura nell'esercizio dell'autonomia negoziale un cittadino musulmano possa dare alla propria successione un assetto conforme al risultato dell'applicazione delle regole successorie islamiche.

Alcuni principi del diritto successorio islamico consacrano discriminazioni sulla base dell'appartenenza religiosa o della nascita che non possono trovare applicazione in Europa. Non è ovviamente possibile escludere una persona dalla successione perché non musulmana, o perché figlio non concepito all'interno del matrimonio.

Diverso è il caso del principio islamico che si traduce in un trattamento differenziato degli eredi dello stesso grado, ad esempio i figli. I diritti europei ammettono la preferenza del testatore per un figlio rispetto a un altro, senza indagarne i motivi. Questo ovviamente a condizione che non vi sia lesione della legittima,

ove prevista dalla legge. Si pone tuttavia la questione di come trattare il testamento nel caso in cui la ragione della preferenza accordata ai figli maschi sulle figlie femmine sia espressamente indicata con il rinvio alla *šarī'a*, sistema che incorpora come valore la non uguaglianza di maschi e femmine.

Da un'indagine di alcuni anni fa, risulta che in Germania alcuni notai rifiutino in questo caso la loro opera, non obbligatoria per legge, per ragioni deontologiche.

Una questione della stessa natura è stata evocata in Inghilterra da quei *solicitor* che contestavano la pubblicazione sul sito istituzionale della Law Society di *guidelines* per la redazione di testamenti (*will*) "di impronta islamica". A loro giudizio, la categoria non avrebbe dovuto adoperarsi per attività che sono sì legali, ma suscettibili di porre in crisi i valori tradizionali del diritto interno, quali il principio di uguaglianza di genere e di non discriminazione religiosa. Le *guidelines* sono state di conseguenza ritirate dal sito, ma è verosimile che vengano utilizzate.

Il giurista pratico europeo dovrà confrontarsi sempre più spesso in futuro con le richieste di cittadini musulmani ed è tempo di cominciare a elaborare qualche risposta, anche e soprattutto sul piano della tecnica giuridica.

Abstract: Il sesso dell'erede determina l'estensione del suo diritto e il maschio è favorito sulla femmina. Queste regole caratterizzano la successione ereditaria, il nucleo più sacro e formalmente intangibile della *šarī'a*. Lo speciale rango formale del sistema successorio non ha tuttavia mai impedito la diffusione di pratiche che, a seconda dei casi, comprimevano ulteriormente i diritti delle donne, o miravano a stabilire un diverso equilibrio tra i loro interessi e quelli dei maschi. Né impedisce oggi di proporre una riforma per via legislativa. Il contributo considererà questi temi nella prospettiva degli adattamenti prevedibili in contesto europeo.

The sex of the heir determines the extent of their right and the male is favoured over the female. These rules characterise inheritance, the most sacred and formally intangible core of the šarī'a. The special formal status of the inheritance system, however, has never prevented the spread of practices that, depending on the case, further compressed women's rights or aimed to establish a different balance between their interests and those of males. Nor does it prevent Arabs today from proposing their reform through legislation. This contribution will consider these issues from the perspective of foreseeable adaptations in the European context.

MIRIAM ABU SALEM

Minoranze religiose e diritto successorio nei Paesi a maggioranza musulmana. Un'introduzione al tema

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto successorio islamico e minoranze religiose in Egitto e Giordania. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'Islam dedica particolare attenzione al diritto successorio. Numerosi sono, infatti, i versetti e gli *hadith* che stabiliscono i principi e i limiti di tale settore, e determinano il valore dell'asse ereditario, le categorie di eredi successibili e le quote spettanti a ciascuno¹.

Gli eredi posso essere suddivisi in legittimari (o eredi coranici), ovvero coloro i quali sono destinatari di una quota fissa stabilita dal Corano – rientrano in tale categoria i coniugi, i genitori, l'avo/a, la figlia, la figlia del figlio, la sorella e il fratello uterino – e agnati, che subentrano nella successione qualora, dopo l'assegnazione delle quote fisse, sia ancora disponibile una parte di attivo patrimoniale. Questi ultimi si suddividono a loro volta in agnati *iure proprio*, vale a dire i parenti in linea maschile uniti da legami di agnazione; gli agnati per causa di altri, ossia le eredi femmine che vengono trasformate in agnati in caso di concorso con eredi di sesso maschile uniti al *de cuius* dallo stesso grado di parentela (es. la figlia femmina in presenza del figlio maschio); gli agnati per altri (sorelle germane o consanguinee)². Nella successione tra

¹ Per un approfondimento sul diritto ereditario islamico si rimanda a A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita, safi'ita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zabirita e ibadita*, Istituto per l'Oriente, Roma-Napoli, 1994; R. ALUFFI, "Al maschio la parte di due femmine": regole e pratiche successorie nell'Islam, in questo volume.

² D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, 515; A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita,*

agnati, l'agnato più prossimo esclude il più remoto e l'uomo riceve due volte la parte della femmina (Cor 4, 11).

L'assegnazione di una quota inferiore alle donne si ritrova anche nella successione coranica posto che, ad esempio, al marito spetta la metà dei beni della moglie defunta, o un quarto, se essa ha lasciato dei figli, mentre la vedova ha diritto a un quarto o ad un ottavo in presenza di figli (Cor 4, 12).

Nel diritto ereditario islamico, la differenza di fede – insieme all'omicidio e alla schiavitù – costituisce un impedimento a succedere. Il divieto trova il suo fondamento nel versetto, piuttosto generico, «Dio non darà modo agli infedeli di prevalere sui credenti» (Cor 4, 141) e nel più esplicito hadith «I musulmani non ereditano dagli infedeli e gli infedeli non ereditano dai musulmani» (al Bukhari). Da tali disposizioni si sono sviluppate due principali linee interpretative: la prima per cui la successione tra musulmano e non musulmano è sempre preclusa e la seconda per cui solo i musulmani potrebbero ereditare dai non musulmani sulla base della supposta superiorità dell'Islam³. L'impedimento a succedere per *disparitas cultus* può incidere in maniera significativa sullo status dei soggetti più deboli e, in particolare, su donne e minori. Si pensi, ad esempio, al marito musulmano che muore lasciando una vedova (ebrea o cristiana) e ai figli musulmani di tale coppia che finirebbero per non poter succedere alla madre (e viceversa).

Tali problematiche possono essere parzialmente risolte attraverso l'atto di ultima volontà⁴. Attraverso tale istituto, ciascun individuo può disporre di una parte del suo patrimonio (un terzo dell'attivo netto) in favore di un beneficiario che non sia erede (salvo l'espresso e necessario consenso di tutti gli altri eredi)⁵.

Come è facilmente intuibile, le regole successorie islamiche sono complesse al punto tale da essere state considerate metà

safi'ita e hanbalita) e delle scuole giuridiche *zaydita, zahirita e ibadita*, cit., 42; R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, Edizione Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2004, 9; S.A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Introduzione al diritto arabo*, Centre de droit arabe et musulman, 2012, 97.

³ A.H. BELLO, *Islamic Law of Inheritance: Ultimate Solution to Social Inequality against Women*, in *Arab Law Quarterly*, 2015, 268.

⁴ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, cit., 10.

⁵ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, cit., 10; V.M. DONINI, *Il Maghreb*, in V.M. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Carocci, Roma, 2016, 83.

della scienza⁶ e aver favorito la nascita di figure specializzate in grado di risolvere casi ereditari molto complessi⁷.

Inoltre, la disciplina dettagliata e assai corposa del diritto ereditario all'interno del Corano ha impedito (o reso molto difficile) ai Paesi a maggioranza musulmana di superare compiutamente il sistema delle quote. Ancora oggi, infatti, in quasi tutti gli ordinamenti le regole successorie sono definite ispirandosi o rinviando espressamente alle fonti religiose⁸. Per tale ragione, il diritto successorio, forse ancor di più che il diritto di famiglia, è l'ambito in cui si manifesta con particolare evidenza la tensione tra principi religiosi ed esigenze di modernizzazione. Mentre, infatti, con riferimento al diritto di famiglia, alcuni Paesi, pur richiamandosi formalmente all'Islam, hanno avviato un processo di storicizzazione dei testi sacri per recuperare il messaggio religioso originario e liberarlo dai condizionamenti sociali, facendo attenzione a distinguere ciò che è fisso e immutabile da quanto invece è contingente e riformabile⁹, nessun risultato simile è stato sinora raggiunto in materia successoria, nonostante a livello dottrinale sia stata da più parti suggerita una rilettura dei versetti che si occupano di tale tema¹⁰.

2. *Diritto successorio islamico e minoranze religiose in Egitto e Giordania*

«Il concetto di cittadinanza si basa sull'eguaglianza dei diritti e dei doveri sotto la cui ombra tutti godono della giustizia. Per questo è necessario impegnarsi per stabilire nelle nostre società il

⁶ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita, safi'ita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., 33; R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Famiglie transnazionali, islam e diritto*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2016, 274.

⁷ Per alcuni esempi si veda diffusamente A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita, safi'ita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit.

⁸ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita, safi'ita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., 5; V.M. DONINI, *Il Maghreb*, cit., 84.

⁹ Si veda, ad esempio, il caso tunisino. Sul punto sia consentito rinviare a M. ABU SALEM, *Il principio di uguaglianza di genere. Tra diritti religiosi e diritto dello Stato. Il caso tunisino*, in E. CECCHERINI, L. DE GREGORIO, *Pluralismo religioso, forma di Stato e autonomia privata*, Libellula edizioni, Tricase, 2018, 147-167.

¹⁰ V.M. DONINI, *Il Maghreb*, cit., 85.

concetto della piena cittadinanza e rinunciare all'uso discriminatorio del termine minoranze, che porta con sé i semi del sentirsi isolati e dell'inferiorità; esso prepara il terreno alle ostilità e alla discordia e sottrae le conquiste e i diritti religiosi e civili di alcuni cittadini discriminandoli»¹¹. Nei Paesi a maggioranza musulmana la mancata elaborazione giuridica di una cittadinanza laica¹², effettivamente inclusiva, ha comportato un riconoscimento (parzialmente) diversificato dei diritti (e dei doveri) di ciascun individuo, sulla base dell'appartenenza confessionale. Le Costituzioni di tali Stati sono caratterizzate da una evidente tensione dovuta all'enunciazione del principio di uguaglianza tra tutti i cittadini e alla contestuale riaffermazione dell'Islam come religione di Stato¹³. Mentre in alcuni casi il riferimento all'Islam ha un mero valore sociologico¹⁴, in altri contesti tale richiamo serve a qualificare la legge religiosa come fonte del diritto statale. Da ciò deriva che, in determinate circostanze, le norme islamiche si applicano anche ai non musulmani, come nel caso, ad esempio, di dispute tra soggetti appartenenti a confessioni diverse.

La materia successoria rappresenta un chiaro esempio delle ambiguità appena accennate. Nelle pagine che seguono il tema sarà analizzato comparando due ordinamenti, egiziano e giordano, i quali pur muovendo da premesse simili sono giunti a conclusioni parzialmente differenti.

La Costituzione egiziana stabilisce chiaramente che l'Islam «is the religion of the State [...] The principles of Islamic Sharia are the main source of legislation» (art. 2), afferma che «all citizens are equal before the Law. They are equal in rights, freedoms and general duties, without discrimination based on religion, belief, sex [...] or any other reason» (art. 53) e impegna lo Stato ad

¹¹ *Documento sulla fratellanza umana per la pace mondiale e la convivenza comune*. Tale tema rappresenta ormai una costante delle Dichiarazioni elaborate all'interno del mondo musulmano. Si vedano a tal proposito la Dichiarazione di Marrakech e la Carta della Nuova Alleanza delle Virtù. Per un approfondimento si rimanda ad A. FUCCILLO (a cura di), *The Marrakech declaration. A bridge to religious freedom in Muslim countries?*, Napoli, 2016, ID., *Through the barricades. The Charter of New Alliance of Virtue*, Napoli, 2020.

¹² Cfr. F. ALICINO (A CURA DI), *Cittadinanza e religione e Mediterraneo*, Napoli, 2017.

¹³ FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LES DROITS HUMAINS, *Les barrières juridiques à l'égalité dans l'héritage dans la région Maghreb (Algérie, Maroc et Tunisie)*, 2021, 47-48, disponibile online su <https://shorturl.at/GGhDh>.

¹⁴ M. ABU SALEM, *Il principio di uguaglianza di genere. Tra diritti religiosi e diritto dello Stato. Il caso tunisino*, cit., 162.

adottare le misure necessarie al perseguimento dell'uguaglianza tra donne e uomini in materia di diritti civili, politici, economici, sociali e culturali (art. 11).

Il Costituente egiziano ha altresì espressamente riconosciuto il diritto di libertà religiosa, distinguendo tra libertà di credere (assoluta) ed esercizio effettivo di tale libertà (art. 64 Cost.).

Anche la Costituzione giordana stabilisce che l'Islam è la religione dello Stato (art. 2), senza però precisare la portata di tale affermazione. Il suo significato è chiarito dall'art. 4 della Carta Nazionale secondo cui «Islamic law is the principal source of legislation». Nello stesso senso depone l'art. 2 del Codice Civile secondo cui «If the Court shall find no provision in this Code it shall decide by the rules of Moslem jurisprudence which are more adaptable to the provision of this Code, if there is none then by the principles of the Moslem Shari'a. And if there is none then by customs, and if there is none then by equity».

L'art. 6 Cost. sancisce il principio di uguaglianza tra tutti i cittadini senza distinzione di razza, lingua o religione (c. 1) e impone allo Stato di «guarantee the empowerment and support of women to play an active role in building society, in a way that guarantees equal opportunities on the basis of justice and equity, and protects them from all forms of violence and discrimination» (c. 2)¹⁵.

In Giordania è altresì assicurato il diritto di professare qualsiasi culto e praticarne i riti secondo gli usi vigenti nel Paese, purché non siano in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume (art. 14 Cost.).

In entrambi i Paesi, la regolamentazione delle questioni familiari è demandata ai Codici di statuto personale, i quali trovano applicazione in base alla religione di appartenenza, come chiarito sia dall'art. 3 della Costituzione egiziana in base al quale i precetti confessionali ebraici e cristiani sono la principale fonte legislativa in materia di statuto personale¹⁶, sia dalla Costituzione giordana che dispone che le comunità religiose che hanno ottenuto il riconoscimento da parte dello Stato hanno il diritto di

¹⁵ Per alcune riflessioni sul rapporto tra Costituzione e religione in Giordania, sia consentito rinviare a M. ABU SALEM, *Giordania. Tutela della libertà religiosa tra Costituzione e norme confessionali*, in A.G. CHIZZONITI, A. GIANFREDI (a cura di), *Religioni e società. Modelli di relazioni tra stati e confessioni religiose*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2024, 173 ss.

¹⁶ Tuttavia, nei casi in cui i soggetti appartengano a denominazioni cristiane differenti, ad un gruppo religioso non riconosciuto oppure uno dei convenuti sia musulmano, i tribunali statali applicheranno la sharia.

istituire tribunali propri (art. 108) ai quali è riservata la giurisdizione in materia di statuto personale e fondazioni pie (art. 109)¹⁷.

Coerentemente con tale impostazione, la materia successoria dovrebbe essere regolata su base confessionale. In realtà, in entrambi i Paesi, le norme del codice civile e le leggi che disciplinano eredità e testamento si applicano a tutti i cittadini, indipendentemente dal credo professato¹⁸. Dal momento però che, come evidenziato poc'anzi, le norme successorie statali si limitano generalmente a riprodurre i precetti coranici, le norme islamiche finiscono per trovare applicazione anche nei confronti dei cittadini non musulmani.

In Egitto, gli art. 875 (determinazione degli eredi) e 915 (disciplina del testamento) del codice civile rinviano espressamente alla sharia e ad essa si ispirano anche le leggi n. 77 del 1943 sulle successioni legali e n. 71 del 1946 sul testamento, che sono applicabili, per l'appunto, a tutti i cittadini. Persino la Corte di Cassazione egiziana ha chiarito che le regole successorie sono «connected to the legal and social order and has become firmly embedded in the conscience of society so that it would damage the general feelings [of society] if it were not applied»¹⁹.

La determinazione delle quote di ciascun erede non si discosta dal dettato coranico, salvo qualche lieve modifica. Ad esempio, in assenza di altri eredi, la quota spettante al coniuge può essere accresciuta²⁰.

L'art. 6 della l. n. 77 del 1943 stabilisce che non vi può essere successione tra musulmani e non musulmani.

Il testamento è limitato ad 1/3 del patrimonio ed è valido indipendentemente dalla religione (art. 9 della l. n. 71 del 1946). La legge egiziana ammette che tale lascito possa essere effettuato anche nei confronti di un erede, senza necessità di autorizzazione da parte degli altri eredi, discostandosi in tal modo dal diritto islamico classico²¹.

¹⁷ M. ABU SALEM, *Giordania. Tutela della libertà religiosa tra Costituzione e norme confessionali*, cit.; B.F.M. SHAHATIT, *I diritti e i doveri dei christofides nello Statuto personale dei Paesi Arabi specialmente in Giordania*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2017.

¹⁸ Sul punto si veda J.N.D. ANDERSON, *Recent reforms in the Islamic Law of Inheritance*, cit., 349-365.

¹⁹ R.M. SCOTT, *Recasting Islamic Law: Religion and the Nation State in Egyptian Constitution Making*, Cornell University Press, 2021, 189.

²⁰ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, cit., 17.

²¹ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, cit., 17.

Tra i correttivi introdotti dall'ordinamento egiziano merita di essere annoverato anche il testamento obbligatorio²². Si tratta di un lascito per tutelare i nipoti orfani attraverso cui si supera di fatto la regola islamica che esclude tali soggetti dall'eredità del nonno, nel caso in cui sia presente uno zio paterno. In base all'art. 76 della legge n. 71 del 1946: «If an heir (al-mayyit) does not make a will for the offspring of a child who died before him (the heir), or died together with him, as much as the part that should have been obtained by the child from the inheritance, then the offspring will receive that share through a will (mandatory) within the limit of 1/3 of the property, provided that (a) the offspring does not inherit, (b) the deceased person (the heir) has never given the property in other ways as big as his share. If it has been given or has been given but it is less than the share that should have been received, then the deficiency is considered a mandatory will. This will becomes the right of first-degree descent from boys and girls and subsequent descendants according to the male line. Each degree veils its own offspring, but cannot veil the offspring of others. Each degree divides the will as if it were inherited from their parents».

Il testamento obbligatorio si applica a tutti i nipoti, maschi e femmine, indipendentemente dal sesso dei genitori premorti e deve essere eseguito in maniera prioritaria rispetto ad altri testamenti (art. 78)²³.

In Giordania, l'art. 1086 del codice civile stabilisce che in materia ereditaria, i tribunali religiosi – ivi compresi quelli delle confessioni diverse dalla musulmana – devono seguire i precetti della *sharia*.

Le regole previste dall'ordinamento giordano sono simili a quelle egiziane dal momento che il sistema delle quote ricalca a grandi linee le disposizioni coraniche. Inoltre, non vi può essere successione tra soggetti che appartengono a religioni differenti anche se l'art. 281 CSP stabilisce chiaramente che un non musulmano non eredita da un musulmano senza espressamente prevedere anche il contrario. Per tale ragione, si potrebbe ipotizzare

²² Tra i giuristi non esiste una posizione unanime sull'obbligo di redigere tale tipo di testamento. Sul punto si veda M. ALAZZEH, *Women's Right to Inheritance in Jordanian Law: Requirements and Prospects of Change*, in *Arab Center for Research and Policy Studies*, agosto 2017, 17.

²³ ALL-MU'IZZ ABAS, N.L.M. SAID, M.Z. MUDA, *A Comparative Study on Legislative Provisions for Obligatory Bequest in Egypt and Malaysia*, in *International Journal of Academic Research in Business and Social Science*, 2023, vol. 13, n. 5, 1961-1974; S. ARTHOS, M. IQBAL, SUKRI, *Analytical Study on Egyptian Inheritance Law Reform (Faraidh)*, in *Journal Akta*, 2021, vol. 8, n. 4, 210 ss.

che un musulmano possa ereditare da una persona di fede diversa, anche in ragione della posizione assunta da alcuni esponenti della scuola hanafita, cui l'ordinamento giordano si ispira. Sinora però è prevalsa un'interpretazione restrittiva. L'*Iftaa' Department*, infatti, ha più volte ribadito che *de cuius* ed eredi devono professare la stessa fede²⁴.

L'atto di ultima volontà è limitato ad 1/3 del patrimonio attivo e il beneficiario può essere anche un non musulmano (art. 274 CSP)²⁵. Diversamente dal caso egiziano, il testamento obbligatorio (art. 279 CSP) è una prerogativa riconosciuta solo ai figli maschi del figlio premorto²⁶.

Quanto sinora detto non impedisce agli eredi di accordarsi per una distribuzione equa dell'eredità²⁷, anche se tale ipotesi si concretizza assai di rado.

Oltre alle differenziazioni religiosamente iscritte e civilmente trascritte, in società ancora profondamente patriarcali gli uomini, cristiani e musulmani, hanno escogitato strategie simili per accentrare il patrimonio nelle mani dei maschi ed escludere o limitare ulteriormente l'accesso delle donne all'eredità. Tra le tecniche più usate può essere annoverata la vendita ai parenti maschi prima della morte²⁸. Tale stratagemma è utilizzato soprattutto quando il morente ha solo figlie femmine e trasferisce l'intero patrimonio ai fratelli. Inoltre gli uomini tendono a ritardare, anche di decenni, le divisioni del patrimonio (in particolar modo delle proprietà agrarie), impedendo alle donne di utilizzare la loro parte e/o spingendole a rinunciare in cambio di un indennizzo, di solito di valore molto inferiore a quello delle proprietà ereditate²⁹.

²⁴ Si veda la fatwa n. 3774 intitolata *Difference in Religion is an Obstacle to Inheritance* del 28 novembre 2022.

²⁵ La fatwa n. 962, del 28 novembre 2010, intitolata "*A Bequest to a Non-Muslim is Allowable*" chiaramente afferma: "*there is no sin on you (Asker) to make a bequest to your Christian wife because she isn't allowed to inherit you as she follows a different faith, however, this is provided that the bequest is no more than one third of your estate*".

²⁶ M. ALAZZEH, *Women's Right to Inheritance in Jordanian Law: Requirements and Prospects of Change*, cit., 18-19.

²⁷ S.A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Introduzione al diritto arabo*, cit., 98.

²⁸ Per un approfondimento si rimanda a M. ABABSA, *Exclusion and Norms: Enforcing Women's Rights to Property in Jordan*, in E. AL-DAHDAH, C. CORDUNEANU-HUCI, G. RABALLAND, E. SERGENTI, M. ABABSA (eds), *Rules on Paper, Rules on practice*, 106 ss.

²⁹ M. ABABSA, *Exclusion and Norms: Enforcing Women's Rights to Property in Jordan*, cit., 93 ss.

A ciò si aggiunga che, ancora oggi la pressione sociale esercitata sulle donne affinché rinuncino all'eredità è molto forte. Le donne che rivendicano i propri diritti sono soggette a forme di ostracismo, violenza fisica e verbale e abbandono da parte dei familiari, con il rischio di perdere la tutela del parente maschio più prossimo, ancora necessaria per poter accedere a determinati istituti³⁰.

Tali pratiche sono state fortemente condannate e contrastate dalle autorità civili e religiose. In Egitto il nuovo art. 49 della l. 77/1943³¹ punisce chiunque deliberatamente impedisca agli eredi di ottenere la propria quota con la detenzione fino a sei mesi e una multa fino a 2000 euro. Lo stesso articolo punisce chiunque trattiene un documento che attesta il diritto di una persona all'eredità con la reclusione fino a 3 mesi e una multa (200-1000 euro).

In Giordania è stato introdotto il divieto di vendita ad un erede, a meno che non vi sia il consenso di tutti gli altri (art. 544 Codice civile). Inoltre, per poter rinunciare all'eredità devono essere trascorsi tre mesi dalla morte del *de cuius*; tutti gli eredi devono essere informati dell'esatto valore dell'asse ereditario e il giudice è tenuto a spiegare le conseguenze giuridiche della rinuncia. Tali riforme sono state adottate su indicazione della Corte suprema

³⁰ Solo a titolo esemplificativo basti pensare che nell'Alto Egitto, ben il 95,5% delle donne intervistate (non soltanto musulmane) ha dichiarato di non aver ricevuto quanto stabilito dalla legge e di non rivendicare i propri diritti a causa della pressione sociale. In Giordania, tra il 2011 e il 2015, quasi 22000 donne sono state costrette a rinunciare all'eredità. Nel governatorato di Irbid, solo il 26% delle donne ha ottenuto la propria quota, mentre ben il 74% non l'ha ricevuta per intero (e ciò nonostante il 91% delle intervistate sia consapevole dei propri diritti), il 34% non ha ricevuto l'eredità in ragione della mancata divisione delle proprietà terriere mentre il 2% vi ha rinunciato a causa della pressione sociale. Per approfondimenti sulla situazione egiziana si rimanda a Egyptian Initiative for Personal Rights (EIPR), *Female Share - The Inheritance of Egyptian Christian Women between the Constitutional Text and Court Doctrine*, 2022; R.M. SCOTT, *Recasting Islamic Law: Religion and the Nation State in Egyptian Constitution Making*, cit., 192-193. Sulla Giordania si vedano: M. ABASSA, *Exclusion and Norms: Enforcing Women's Rights to Property in Jordan*, cit., 110 ss.; ID., *The Exclusion of Women from Property in Jordan: Inheritance Rights and Practices*, in *Journal of Women of Middle East and the Islamic World*, 2017, n. 17, 1 ss.; M. ALAZZEH, *Women's Right to Inheritance in Jordanian Law: Requirements and Prospects of Change*, cit., 21; M. AL RAGGAG, *Activists make progress in fight against abuses of women's inheritance rights*, in *The Jordan Times*, 29 ottobre 2016.

³¹ Introdotto con legge n. 219 del 30 dicembre 2017. Sugli effetti di tale legge si veda A. HASSAN, E. ALI, *Empowering Women to Claim their Inheritance Rights "WIN" Post-Project Impact Analysis*, 2021, disponibile online su <https://shorturl.at/aMJqz>.

sharaitica³² e mirano a rendere le donne più consapevoli dei propri diritti. Anche l'*Iftaa' Department* è intervenuto sul tema per precisare che «it is not permissible for any heir to deny other heirs their legitimate share in an inheritance, and this applies to females in particular, so it isn't permissible to deny them any of their rights nor talk them into relinquishing their right in an inheritance while not fully content with doing so»³³.

Come si è già avuto modo di osservare, le norme ereditarie si applicano anche ai non musulmani, con gravi conseguenze sull'effettiva tutela del diritto di libertà religiosa e dell'uguaglianza di genere. In sistemi basati sull'appartenenza confessionale, un primo correttivo³⁴ potrebbe essere incarnato dall'applicazione delle regole successorie dettate dalla confessione di appartenenza. In taluni ordinamenti, infatti, le donne potrebbero non essere discriminate rispetto agli uomini.

In Giordania, nel 2023, il *Councils of Christian Denominations* ha approvato all'unanimità la *Law of Wills and Inheritances for Christians*, al fine di assicurare anche in tale settore piena eguaglianza, senza distinzione di sesso. Per poter dispiegare i suoi effetti la norma dovrà ottenere l'approvazione da parte dello Stato. Anche in Egitto, lo Statuto copto-ortodosso del 1938 prescrive l'assoluta uguaglianza tra i sessi: marito e moglie ereditano l'uno dall'altro in parti uguali e i discendenti maschi e femmine di pari grado succedono al *de cuius* allo stesso modo³⁵. Qui merita di essere valutato positivamente l'operato di alcuni tribunali i quali, seppur a macchia di leopardo, hanno stabilito che l'applicazione del diritto successorio islamico ai non musulmani viola l'art. 3 Cost. e, in ragione di ciò, hanno riconosciuto il diritto a suddividere l'eredità sulla base dei precetti della confessione di appartenenza³⁶.

³² M. ABABSA, *Exclusion and Norms: Enforcing Women's Rights to Property in Jordan*, cit., 114-115.

³³ Fatwa n. 3370 *Denying Females Share in Inheritance is Consuming their Wealth Unjustly* del 15 marzo 2018.

³⁴ Ad oggi uno dei rimedi più utilizzati per tutelare la donna, anche non musulmana, è l'atto di ultima volontà. Cfr. J.N.D. ANDERSON, *Recent reforms in the Islamic Law of Inheritance*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, n. 2, 1965, 355; A.H. BELLO, *Islamic Law of Inheritance: Ultimate Solution to Social Inequality against Women*, cit., 266.

³⁵ R.M. SCOTT, *Recasting Islamic Law: Religion and the Nation State in Egyptian Constitution Making*, cit., 187-188.

³⁶ R.M. SCOTT, *Recasting Islamic Law: Religion and the Nation State in Egyptian Constitution Making*, cit., 196.

Ad esempio, nel novembre 2016, la Corte d'appello del Cairo proprio sulla base dell'art. 3 della Costituzione e dell'art. 247 dello Statuto copto-ortodosso del 1938 ha riconosciuto alla ricorrente il diritto di succedere al padre nella stessa misura del fratello, ribaltando così la decisione del tribunale di prima istanza che aveva conferito a quest'ultimo una quota doppia. Per le stesse ragioni, è stata assegnata alla moglie del defunto la metà del patrimonio del marito³⁷, diversamente da quanto stabilito dal tribunale di primo grado che aveva attribuito un quarto alla moglie e due terzi alle sorelle del defunto. Nel 2019, anche la Corte di Appello di Helwan ha ritenuto del tutto legittime le doglianze di Huda Nasrallah, avvocatessa egiziana di religione copta, che dopo la morte del padre e in accordo con i suoi fratelli, aveva richiesto al tribunale di prima istanza l'applicazione dei principi copti in materia ereditaria.

Il caso forse più interessante riguarda Magda Youssef al-Bendary, cristiano-ortodossa, che aveva chiesto la spartizione dell'eredità della sorella defunta sulla base delle regole ortodosse che prevedono che al coniuge sia assegnata la metà e il resto sia equamente suddiviso tra i fratelli e le sorelle. Il tribunale del Cairo ha correttamente applicato tali disposizioni ma i fratelli della defunta hanno fatto ricorso chiedendo l'applicazione della legge islamica, a loro più favorevole. La Corte di Appello del Cairo ha rigettato il ricorso e ordinato la distribuzione dell'eredità in accordo alla normativa ortodossa. La pronuncia appare di particolare interesse perché per la prima volta è stata riconosciuto il diritto ad una eguale distribuzione dell'eredità anche di fronte al dissenso manifestato dagli altri eredi³⁸, realizzandosi in tal modo una tutela diretta della libertà religiosa e indirettamente anche dell'uguaglianza di genere.

3. Conclusioni

L'applicazione delle norme islamiche ai cittadini non musulmani incarna una duplice discriminazione, religiosa e di genere, posto che assegnano alle donne una quota diversa, generalmente inferiore. Inoltre, la disparità di accesso all'eredità «constitue un frein à l'autonomisation économique des femmes et un

³⁷ Art. 241 dello Statuto copto ortodosso.

³⁸ AL-MASRY AL-YOUM, *Cairo Court applies Christian religious law in inheritance case*, in *Egypt Independent*, 14 luglio 2020.

manque à gagner pour les pays dans la mesure où elle grève leur développement social et économique»³⁹. Come si è avuto modo di notare, tale sperequazione è avallata non soltanto da norme di ispirazioni religiose ma soprattutto da norme consuetudinarie e culturali di chiaro stampo patriarcale. Emerge dunque un paradosso: in tali ordinamenti l'effettiva applicazione delle regole successorie sharaitiche finisce per trasformarsi nell'unico strumento di tutela, seppur parziale, delle donne musulmane e non. In assenza di altre misure, la posizione delle donne potrebbe essere ulteriormente migliorata grazie ad una rilettura in chiave moderna dei precetti successori islamici. Per quanto complessa, tale operazione non è del tutto irrealizzabile. Basterebbe ricordare che l'Islam ha prodotto una vera e propria rivoluzione (anche) in materia successoria, dal momento che ha gettato le basi per la modifica di un sistema di successione puramente agnaticizio assicurando alle donne il diritto ad ereditare⁴⁰. Il Corano ha espressamente abrogato la consuetudine preislamica in base alla quale le mogli venivano ereditate dal parente maschio più prossimo del marito defunto (Cor 4, 19) e ha precisato che «agli uomini spetta una parte di ciò che hanno lasciato in eredità i genitori e i parenti, ma anche alle donne spetta una parte di ciò che hanno lasciato in eredità i genitori e i parenti» (Cor 4, 7). In tal modo, le donne cessano di essere oggetto dell'asse ereditario e vengono qualificate come soggetto di diritto che può ereditare, in qualità di madre, figlia o sposa⁴¹ ancorché, in taluni casi⁴², in misura inferiore rispetto agli uomini⁴³.

Nell'ottica di una possibile rilettura di tali disposizioni, è altresì utile ricordare che l'Islam ha gettato «le basi per la costru-

³⁹ FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LES DROITS HUMAINS, *Les barrières juridiques à l'égalité dans l'héritage dans la région Maghreb (Algérie, Maroc et Tunisie)*, cit., 12 e 19 ss.

⁴⁰ J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, 179-180; A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita, safi'ita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., 37 ss.; S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Introduzione al diritto arabo*, cit., 97-98.

⁴¹ IQBAL AL GHARBI, *Islam: donne e cittadinanza al cuore di un riformismo possibile*, in *Reset*, 9 aprile 2013.

⁴² M. ALAZZEH, *Women's Right to Inheritance in Jordanian Law: Requirements and Prospects of Change*, cit., 5 ss.; A.H. BELLO, *Islamic Law of Inheritance: Ultimate Solution to Social Inequality against Women*, cit., 270-271.

⁴³ D. SCOLART, *Diritti e doveri della donna nel diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Bologna, 2022, 280.

zione di relazioni umane fondate su di un *minimum* di giustizia tra i generi⁴³ e avviato un processo di riforma ‘graduale’, caratterizzato cioè dall’introduzione di quelle riforme che potevano essere facilmente accettate in quel momento storico e dall’indicazione dei principi da seguire in futuro. Anche in tale settore, sarebbe dunque auspicabile il superamento del dato testuale per proseguire il cammino avviato da Maometto e interrotto dopo la sua morte, ispirato ai principi di giustizia, equità ed uguaglianza⁴⁴. Seguendo tale ragionamento le regole fissate dal Corano in materia successoria rappresenterebbero l’unico compromesso realizzabile tra tradizione e nuovo ordine portato dall’Islam⁴⁵ e, pertanto, dovrebbero essere interpretate alla luce dei cambiamenti sociali ormai consolidati⁴⁶. D’altronde, come ben sottolineato da Wadud, il Corano indica solo alcune delle possibili soluzioni per la suddivisione del patrimonio, tutte comunque tese ad una sua equa distribuzione. Da tali versetti bisognerebbe pertanto estrapolare due principi: le donne non possono essere diseredate e partecipano alla distribuzione del patrimonio; la divisione dell’eredità deve seguire criteri di equità, che tengano necessariamente in considerazione le circostanze concrete⁴⁷.

Tali considerazioni sono state anche alla base del progetto di legge in materia ereditaria elaborato in Tunisia, nel 2017. Va preliminarmente precisato che nel Paese, sebbene le norme successorie siano state elaborate traendo ispirazione dalle rego-

⁴⁴ A. WADUD, *Il Corano e la donna*, Cantalupa, 2011, 145-146. Z. MIR-HOSSEINI, *Verso l’uguaglianza di genere: la donna nel diritto islamico*, in DAIMON, 2009, n. 9, 128 e 143.

⁴⁵ J.N.D. ANDERSON, *Recent reforms in the Islamic Law of Inheritance*, cit., 350; V.M. DONINI, *Il Maghreb*, cit., 84.

⁴⁶ Tale questione è stata bene evidenziata, già nel 1936, da TAHAR HADDAD nel volume *Notre Femme dans la Charia et la Société*, Nirvana, 2018. Secondo l’autore “*Certes l’Islam avait ordonné dans des versets la discrimination entre l’homme et la femme, dans des cas précis. Néanmoins cela ne peut l’empêcher d’accepter le principe de l’égalité sociale entre les deux lorsque les conditions sont réunies, en fonction de l’évolution du temps, étant donné qu’il tend par son essence vers l’égalité et la justice suprême et puisqu’il s’agit d’une religion qui procède selon le principe de la gradation dans la législation de ses lois, chaque fois qu’il est possible. Rien n’indique ou signifie que les étapes franchies par la législation du vivant du prophète [...] marquent la fin de toute évolution souhaitée, du moment que le processus de la gradation est lié à la complexité des questions traitées qui peuvent être résolues plus tard ou à une difficulté qui nécessite une évolution des mœurs et des dispositions en rapport avec l’évolution du temps. Il existe dans l’Islam, plusieurs exemples, semblables et évidents*” (44).

⁴⁷ A. WADUD, *Il Corano e la donna*, cit., 152-153.

le islamiche, la donna gode di maggiori prerogative rispetto ai Paesi sinora esaminati. Ad esempio, in caso di sole discendenti esse hanno il diritto di beneficiare dell'intero patrimonio, il testamento obbligatorio è destinato anche alle figlie femmine del figlio o della figlia premorti (art. 191 CSP) e la disparità di culto non costituisce un impedimento a succedere⁴⁸.

Il disegno di legge su menzionato lasciava a ciascun individuo la libertà di decidere se agire nel rispetto delle regole confessionali o secondo la legge civile. In questa seconda ipotesi, il *de cuius* avrebbe potuto scegliere di lasciare in eredità i propri beni in parti uguali ai figli, senza discriminazioni in ragione del sesso. La legge civile avrebbe trovato applicazione anche nel caso di mancata scelta da parte del defunto. Non poche sono state le critiche mosse dalle autorità religiose. Gli ulema dell'università Az-Zaytuna hanno immediatamente precisato che le norme sull'eredità rientrano tra i precetti immutabili dell'Islam e, per tale ragione, hanno bocciato la riforma. Tale orientamento è stato condiviso anche da Al-Azhar secondo cui «Tra i testi legali alcuni possono essere soggetti a interpretazione (*ijtihad*) da parte di chi abbia particolari qualifiche nelle scienze della shari'a; altri non lo sono. I testi dotati di evidente stabilità e chiarezza non ammettono *ijtihad*: è il caso dei versetti sull'eredità e di alcuni testi che disciplinano le norme relative alla famiglia»⁴⁹.

Il progetto di legge si è arenato dopo la morte del presidente Essebsi, suo principale promotore e il tema non pare al momento oggetto di interesse, soprattutto alla luce delle affermazioni del Presidente Saied, secondo cui «Il dibattito sull'eredità è falso e fuorviante. Il Corano è chiaro sul punto e non c'è spazio per l'interpretazione».

⁴⁸ Sul punto si veda FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LES DROITS HUMAINS, *Les barrières juridiques à l'égalité dans l'héritage dans la région Maghreb* (Algérie, Maroc et Tunisie), cit.

⁴⁹ Già nel 2010 anche l'*Iftaa'* Department aveva assunto posizioni simili. Nella fatwa n. 722 si legge: "In principle, there is no room for Ijtihad as regards Sharia matters that are stated whether in the Holy Quran or in the Prophetic Sunnah; accordingly, changing any of which is impermissible. In this regard, Allah, The Exalted Stated in details the distribution of inheritance in the Holy Quran due to its significance as well clarified in the prophetic Sunnah proven that it is unchangeable at all. Yet, Ijtihad is applicable only pertaining the method of applying the religious ordainment in this regard according to the given issue before Sharia Judge". Tale orientamento è stato poi ribadito nella risoluzione n. 268 del 2018 a cura del Board dell'organismo, dal titolo "Ruling on Giving Males and Females Equal Portions of Inheritance".

Abstract: In alcuni Paesi a maggioranza musulmana, le norme del codice civile e le leggi che disciplinano eredità e testamento ricalcano i precetti religiosi islamici e valgono per tutti i cittadini, indipendentemente dal credo professato. L'applicazione delle norme sciaraitiche ai fedeli non musulmani incarna una duplice discriminazione, religiosa e di genere, posto che assegnano alle donne una quota diversa, generalmente inferiore. Il saggio intende analizzare le principali problematiche connesse all'applicazione del diritto successorio islamico alle minoranze religiose in Egitto e Giordania e individuare possibili alternative.

In some Muslim-majority countries, inheritance and will laws are modeled on Islamic precepts and apply to all citizens, regardless of their faith. The application of Shariatic laws to non-Muslim believers constitutes religious and gender discrimination, since they assign women a lower share. The essay aims to analyze the main problems related to the application of Islamic inheritance law to religious minorities in Egypt and Jordan to identify possible alternatives.

DENIZ ALI ASGHARI KIVAGE

Riflessioni sul diritto successorio e di famiglia in Iran in una prospettiva di genere

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Qanun-e asasi-e Iran*: una costituzione non secolare. – 3. Il diritto di famiglia in Iran. Tra autonomia privata e aspettative dello Stato. – 4. Canoni islamici e cenni all'istituto del matrimonio in Iran. – 5. Il matrimonio temporaneo: strumento immorale o di elusione di un sistema dominato da restrizioni nei rapporti affettivi? – 6. Le successioni in Iran. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'Iran, ufficialmente noto come Repubblica Islamica dell'Iran, è un Paese con un sistema giuridico complesso e unico. Il sistema giuridico iraniano si basa sui principi della legge islamica, in particolare della *Šari'a* o legge islamica, che esercita una grande influenza su tutti gli aspetti del diritto e della vita nel Paese.

Nello "Stato islamico" la religione designata come "religione di stato" diviene elemento fondativo dello Stato stesso, stabilendo i confini dell'identità collettiva, così come la natura dei diritti.

Sebbene in parte gli istituti del Codice civile, penale e le procedure siano ispirati al modello romano-germanico dei diritti 'europei', a partire dalla stessa Costituzione, le norme del diritto iraniano – in particolare del diritto di famiglia e successorio – prendendo le mosse dallo "status" della donna all'interno della confessione di riferimento, riflettono i principi di una teocrazia anti-egualitaria.

In Iran, Paese ricco di storia e cultura, il sistema giuridico dominante si basa sui principi religiosi islamici, che includono le norme giuridiche sul matrimonio e sull'eredità.

Le leggi sul matrimonio e sulle successioni ereditarie definiscono istituti giudici che hanno un impatto significativo nel regolare la vita sociale ed economica della società e giocano un ruolo fondamentale nel plasmare le strutture familiari, le relazioni tra gli individui e la distribuzione della ricchezza.

Il diritto successorio iraniano si basa sul principio dell'appartenenza religiosa, così differenziando tra iraniani musulmani e iraniani non-musulmani, mentre i principali istituti presentano discipline differenziate in base all'appartenenza di genere, a svantaggio della donna.

Anche il diritto di famiglia, in maniera similare, è fortemente connotato dalla centralità attribuita dall'ordinamento al matrimonio come momento essenziale e fondativo di una società islamizzata e così i singoli istituti che regolano i rapporti tra i coniugi sono disciplinati applicando distinzioni tra i generi, che si traducono in forti sperequazioni in danno alla donna.

Per comprendere in modo più approfondito tali istituti, è necessario esplorare il sistema giuridico iraniano partendo dalla sua struttura costituzionale e dai suoi principi fondamentali. Le riflessioni che seguono – prendendo le mosse dall'impianto costituzionale iraniano – s'incentreranno esclusivamente sulla disciplina delle famiglie fondate sul matrimonio, nella duplice prospettiva del regime patrimoniale e della successione a causa di morte.

2. *Qānun-e asāsi-e Iran*¹: una costituzione non secolare

L'impianto su cui è stata costruita la costituzione della Repubblica Islamica dell'Iran proviene dal fondamentale assunto, promosso dall'ayatollah Khomeini, da che l'Islam è una religione organica che racchiude in sé le regole adatte per tutte le questioni concernenti la vita sia spirituale, sia materiale dell'uomo². Perciò come indirizza gli atti di culto e di fede, dispone pure rispetto alle questioni sociali e politiche, rispondendo a tutte le necessità del genere umano grazie al fatto che «tutte le leggi e le regole di cui avete bisogno sono presenti nell'Islam, sia quelle che si riferiscono all'amministrazione dello Stato, alle tasse, ai diritti, alle pene, sia quelle che si riferiscono ad altri problemi. Non avete bisogno di alcuna nuova legislazione»³.

¹ *Qānun-e asāsi-e Iran* significa letteralmente “legge fondamentale dell'Iran” e si riferisce alla costituzione della Repubblica islamica dell'Iran.

² ABDOLMOHAMMADI, *Il repubblicanesimo islamico dell'ayatollah Khomeini*, in *Oriente Moderno*, vol. 89, n. 1, Roma, 2009, 87-100.

³ KHOMEINI, *Hokumat-e Eslami (Il Governo islamico)*, Roma, 1983, 170. La citazione è tratta dall'opera che ripropone un ciclo di lezioni impartite da Khomeini fra il 1969 e il 1970 nella scuola religiosa sciita di Nagaf.

Khomeini creò un vero e proprio pensiero politico e cioè la *Veldyat-e Faqih*⁴, «il governo del giurisperito», secondo cui il diritto di governare è stato concesso da Dio ai suoi vicari sulla terra.

Khomeini *costituzionalizza* la dottrina sciita duodecimana, secondo cui in attesa che si riveli il dodicesimo e ultimo Imam (*Mahdi*, c.d. «Imam occulto», «Imam atteso») la guida della comunità islamica è stata trasmessa dall'ultimo *nabi Mohammad* (Maometto) ai suoi rappresentanti (*wakil*) e questa guida – temporale e spirituale – viene appunto denominata *veldyat*. E così nell'attesa dell'epifania dell'Ultimo Imam (*Mahdi*), nessun potere politico è pienamente legittimo. Questo precetto ha condotto, prima della teorizzazione del «governo del giurisperito» da parte di Khomeini, al proliferare di diverse teorie dirette a stabilire (e vestire di legittimità) la figura a cui avrebbe dovuto essere affidato il potere secolare e spirituale in attesa dell'arrivo dell'Imam Occulto.

Con la dottrina della c.d. *Veldyat-e Faqih* l'ayatollah Khomeini ha in parte modificato questo precetto, stabilendo la legittimità del potere del giurisperito (*Velāyat-e Faqih*) che, pur non esente da difetti ed errori, è l'unica in possesso delle qualifiche per creare e gestire una società islamica quanto più giusta possibile e preparare le condizioni per il ritorno dell'Ultimo Imam.

Khomeini ricongiunge così la frattura tra politica e religione e supera la tradizione sciita fedele all'idea dell'Imam «occulto»; si conclude la «comunità dell'Attesa» e si afferma il governo del «giuresconsulto», il giusto, il sapiente. Fu il vero ideatore del «*repubblicanesimo islamico*» che combina principi religiosi e concetti laici nella nuova forma statuale che si può definire: *teocrazia rappresentativa*. Ne emerge un quadro legislativo in cui religione e politica sono inseparabili e alla luce del quale uno Stato secolarizzato non può che essere, per definizione, illegittimo in quanto anti-sciaritaico.

La Costituzione del 1979 vincola quindi il potere legislativo alla *Šari'a* che diviene il fondamento su cui si basa la legislazione e definisce al contempo i confini oltre i quali non è possibile procedere. Le risoluzioni approvate dal Parlamento (*majles*) non devono contraddire la *Šari'a*, ma c'è di più, in quanto il testo co-

⁴ La figura del *faqih* è quella del vicario legittimo con specifici requisiti. Egli rappresenta il giusto, il *leader* al contempo politico e religioso, figura che pur non avendo la stessa autorità dell'Imam ne esercita la funzione in quanto dotato della perfetta conoscenza e capacità di interpretare la legge islamica e, dunque, di senso della giustizia.

stituzionale⁵ afferma non solo che qualsiasi norma in contrasto con la *Šari'a* dovrà essere eliminata, ma che questo assunto vale anche per la stessa Costituzione, che deve quindi essere considerata quale atto subordinato alla regola islamica: la Costituzione iraniana non si limita a definire l'Islam quale religione di Stato ma la pone quale fondamento di tutte le fonti e quindi superiore allo stesso potere iraniano costituente che ad essa deve conformarsi.

Nasce così una forma di Stato che alcuni autori⁶ hanno riportato ad una categoria autonoma e definito "*teocrazia costituzionale*"⁷, caratterizzata dal bilanciamento tra la sovranità popolare (espressa dalla forma di stato repubblicana e dalla conseguente supremazia della legge) e il rispetto della dottrina *sciita* (fonte primaria del diritto) che si pone come un limite alla stessa volontà democratica. L'attuale Costituzione del 1979, modificata nel 1989, al suo articolo 4 prevede che «*tutte le leggi dello Stato debbano essere in conformità con i precetti dell'Islam*».

L'art. 4, sottolineando la derivazione divina dell'intero ordinamento giuridico e della autorità politica, qualifica la *Šari'a* come legge suprema, superiore alla costituzione stessa, ma al contempo affida l'amministrazione dello Stato ai suoi cittadini che eleggono il Presidente e i seggi parlamentari. Si stabilisce così un nuovo modello, caratterizzato dal ritorno della religione nella sfera pubblica.

Nella teocrazia costituzionale iraniana il potere politico è conservato dal clero *sciita* attraverso il principio della *Velayat-e Faqih*, per cui nessuna distinzione deve esistere tra Stato e religione in uno Stato islamico, e la religione designata come religione di stato diviene elemento fondativo dello Stato stesso, stabilendo i confini dell'identità collettiva, così come la natura dei diritti. Solo il clero è legittimato a governare e tale potere deriva

⁵ La Costituzione della Repubblica islamica è stata varata all'indomani della Rivoluzione del 1979. Il 2 aprile 1979, il popolo iraniano, con una maggioranza del 98,2% si esprime a favore della creazione della Repubblica Islamica in Iran. Questo nuovo Stato, così fortemente voluto dal popolo iraniano, necessitava di una nuova Carta costituzionale e a tal fine il 3 agosto del 1979 veniva eletta dal popolo un'Assemblea costituente composta da 72 rappresentanti e il 24 ottobre 1979 veniva emanata la carta costituzionale che entrava in vigore il 3 dicembre 1979.

⁶ Olivier Roy, Ran Hirschl e Larry Catà Back.

⁷ VESPAZIANI, *La Teocrazia Costituzionale: una Nuova Forma di Stato?*, in Università degli Studi del Molise, Dipartimento Giuridico, *Scritti per la Costituzione del Dipartimento Giuridico dell'Università del Molise*, AGR editrice, Campobasso, 2012, 971-994.

dal Profeta tramite gli insegnamenti degli Imam che svolgono funzioni sia religiose che secolari.

La validità delle leggi viene, dunque, condizionata ad un giudizio di conformità riservato ad esperti religiosi e la *Šarī'a* rappresenta un limite nei confronti del governo e della legislazione.

Ne consegue che la legge islamica in Iran copre vari aspetti della vita, tra cui il diritto matrimoniale, le successioni, il sistema penale e molto altro ancora.

I principi islamici incarnati nella legge iraniana diventano anche il sistema di valori che regola la vita nella società.

Il punto di vista della legislazione islamica si riflette nella moralità individuale, nell'etica e nei valori sociali. Nel diritto matrimoniale, ad esempio, è la legge islamica a regolare le condizioni del matrimonio, i diritti e i doveri di marito e moglie e le procedure di divorzio.

È sempre la legge islamica a regolare anche altri aspetti della vita quotidiana, come la finanza, l'abbigliamento, l'alimentazione.

Sebbene l'Iran abbia un sistema giuridico basato sui principi islamici, il Paese ha subito notevoli cambiamenti sociali e culturali negli ultimi decenni. Questi cambiamenti hanno creato tensioni tra i valori tradizionali e le esigenze della società moderna. Ad esempio, le questioni relative ai diritti delle donne in famiglia e nella società, ai matrimoni precoci e alle libertà individuali sono sempre più al centro del dibattito pubblico.

Avvicinandoci quindi più direttamente al tema oggetto del nostro contributo, dobbiamo osservare che le norme strutturali del diritto di famiglia, del diritto delle successioni e del diritto penale, avendo una fondamentale matrice «islamica», contrastano con i principi di fondo dell'ordinamento italiano, il che comporta l'insorgenza di ostacoli anche per eventuali intese tra i due Stati o riconoscimenti di provvedimenti espressi da giudici dei due stati. Si pensi, ad esempio, alla inconciliabile distanza fra un sistema giuridico occidentale e la poligamia, o alla possibile esistenza di matrimoni senza effetti civili, o ancora al sistema bancario occidentale basato sul prestito ad interesse, vietato dalla morale islamica.

Non meno problemi pone l'applicazione del diritto delle successioni, anche quest'ultimo caratterizzato da distinzioni basate sull'appartenenza religiosa e sulla appartenenza di genere.

Sullo sfondo di tutte queste considerazioni, si pone la difficoltà per lo Stato islamico di pacificare la tensione, sempre più inconciliabile, tra la visione della famiglia nucleare disegnata dalla propaganda dell'élite al potere e le legittime aspirazioni della popolazione civile che progressivamente, e in maniera incremen-

tale, si sta distanziando dal modello tradizionale e patriarcale proposto (e imposto) Legislatore nazionale.

3. *Il diritto di famiglia in Iran. Tra autonomia privata e aspettative dello Stato*

La famiglia nucleare è stata sempre oggetto di grande attenzione da parte del nuovo stato teocratico che, fin dall'epoca della sua formazione nel 1979, la ha concepita secondo un modello tradizionale etero-normativo di relazioni tra i sessi. I conseguenti modelli normativi di matrice islamica sono stati costruiti sulla premessa che relazioni sessuali e coniugali siano appropriate solo tra persone di sesso opposto e debbano essere suggellate da accordi ufficialmente riconosciuti dalla dottrina islamica, con esclusione di qualsiasi forma di unione di fatto, sanzionata

La traduzione delle norme della *Šari'a* in leggi statali ha convertito queste norme da modelli di comportamento, mobili e adottabili in base a scelte culturali, etiche e religiose personali, in rigide sanzioni da applicare sotto sorveglianza, garantendo l'applicazione dell'etica islamica della famiglia tramite un rigido apparato poliziesco, la cui legittimità religiosa è comunque spesso materia di dibattito⁸.

Questa visione della famiglia e, quindi, della società si pone inevitabilmente in contrasto con le costituzioni e le carte dei diritti adottate della c.d. *democrazie occidentali*⁹. Se non bastasse, in tempi più recenti le tradizioni sciite si sono inevitabilmente combinate con le nozioni e le immagini c.d. *occidentali* della famiglia, tanto che – in contrasto con la disciplina legale e nonostante gli sforzi dello Stato – la famiglia «modello» nell'Iran contemporaneo si è trasformata recependo, con inevitabili adattamenti culturali, i canoni delle famiglie nucleari di classe media ormai parte dell'immaginario collettivo e diffusi ovunque nel mondo.

⁸ MANOUKIAN, *Famiglia, legge e desiderio in Iran*, in *Il Mulino. Rivista di cultura e politica*, Bologna, 2023 (<https://www.rivistailmulino.it/a/famiglia-legge-e-desiderio-nell-iran-contemporaneo>).

⁹ Si fa riferimento, a titolo di esempio, alla *Dichiarazione universale dei diritti umani* approvata nel 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e che al suo articolo 16, comma 1, recita «Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento» (https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf).

In questo contesto di tensione perenne tra il diritto *vivente* e società contemporanea in Iran, l'istituto del matrimonio è uno dei terreni principali di questo scontro tra visioni. Lo Stato islamico considera, infatti, il matrimonio quale momento fondativo del nucleo sociale primario e pertanto da modellare secondo i canoni della legge islamica.

Il matrimonio in Iran è rigidamente regolato dalla legge islamica rispetto ai termini e condizioni per contrarre matrimonio, ai diritti e i doveri dei coniugi, alle procedure di divorzio e così, in ultima istanza, islamizzando la vita personalissima dei cittadini e delle cittadine iraniani.

Per decenni molte famiglie in Iran si sono identificate con lo Stato che distribuiva loro risorse e simboli¹⁰ e tra gli aspetti su cui ciò si riflette va citato, ad esempio il ruolo della famiglia nella vita delle giovani donne iraniane. Le relazioni di parentela, che sono fondamentali in Iran, intersecano pubblico e privato, modelli legali e sociali e aspirazioni personali.

Lo stesso uso del “genere” come canone legislativo per applicare distinzioni di ruoli, di diritti e di doveri permette al Legislatore iraniano di definire anticipatamente le strutture sociali, le gerarchie famigliari, la distribuzione di potere nella sfera privata dei cittadini e quindi influire in maniera pervasiva sull'organizzazione della politica e della vita sociale.¹¹

La famiglia iraniana deve quindi rispondere alle aspettative iscritte nelle norme statali che, a partire dal 1979, investono ancora di più nella famiglia come strumento principale per rimodellare un nuovo concetto di sovranità.

4. *Canoni islamici e cenni all'istituto del matrimonio in Iran*

Non si rinviene nella legislazione iraniana definizione dell'istituto del matrimonio¹².

Sebbene l'istituto sia stato ampiamente codificato dagli articoli del codice civile iraniano, non si rinviene una definizione e dunque occorre fare riferimento all'articolo 10 del della Costitu-

¹⁰ MANOUKIAN, *op. cit.*

¹¹ NAJMABADI, *Women with Mustaches and Men without Beards. Gender and Sexual Anxieties of Iranian Modernity*, University of California Press, Berkeley, 2005.

¹² ZAR ROKH, *Marriage and Divorce Under Iranian Family Law*, Tehran, 2011, 2 (in SSRN <https://ssrn.com/abstract=1886349>).

zione della Repubblica Islamica dell'Iran che parla direttamente della famiglia e la riconosce come elemento fondativo di una società islamizzata: «Siccome la famiglia è la cellula essenziale della società islamica, tutte le leggi e le legislazioni e le programazioni rilevanti devono essere a favore della formazione della famiglia; la tutela della dignità della famiglia la stabilità dei rapporti famigliari è basata sul Diritto islamico»¹³.

La matrice religiosa islamica dell'istituto è testimoniata, ad esempio, dall'articolo 1059 del codice civile iraniano che stabilisce che il matrimonio tra una donna musulmana e un non-musulmano è vietato.

Tale disciplina a tutt'oggi forza numerose coppie miste a scegliere che il nubendo non musulmano si converta all'Islam all'atto del matrimonio al fine di preservare la qualifica di famiglia islamica. Va detto che, nella stragrande maggioranza dei casi, si tratta perlopiù di conversioni fittizie, spesso celebrate dalle coppie di nazionalità mista presso le ambasciate e i consolati iraniani all'estero, al solo fine di consentire il riconoscimento del matrimonio nell'ordinamento iraniano e garantire la legittimità dei figli in quanto il diritto iraniano non riconosce il matrimonio tra non musulmani e considera illegittimi i figli nati fuori dal matrimonio con l'effetto a questi non viene riconosciuta la cittadinanza iraniana per *ius sanguinis*.

Rispetto ai profili formali dell'atto, in assenza di una definizione nel codice civile iraniano, parte della dottrina¹⁴ definisce il matrimonio come un contratto tra due persone finalizzato a provvedere ai bisogni sessuali e, nel caso del matrimonio permanente, formare famiglia unendosi legalmente e religiosamente. E siccome viene qualificato come un contratto «tipico» normato dal codice civile iraniano, a differenza di altri contratti «atipici» i coniugi non possono fissare gli effetti, le condizioni, le modalità di scioglimento del contratto di matrimonio liberamente.

La legge islamica prevede condizioni specifiche che sono state recepite dalla legge iraniana limitando fortemente l'autonomia

¹³ Nota dell'autrice: la traduzione di parti del Codice Civile iraniano non è ufficiale e potrebbe contenere inesattezze o ambiguità, oppure, potrebbero sopravvivere aggiornamenti normativi non inclusi in questo documento. In tali ipotesi prevale il testo normativo in lingua farsi.

¹⁴ KHALIL-ZADEH, KARIMI, FORUGHI, *A Comparative Study of the Position of the Contractualization in Iranian and French Family Law*, in *Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, n. 12, University of Mozandaran, 2023, 27-45 (https://lps.journals.umz.ac.ir/article_4215_61c84f2e5c3a926204c87898100d1f1f.pdf?lang=en).

privata, in particolare, con connotati fortemente discriminatori nei confronti della donna.

Un primo aspetto riguarda il consenso della nubenda. Una donna mai stata sposata, sebbene maggiorenne¹⁵, necessita del consenso del padre (o in assenza di questi del nonno paterno). In assenza del consenso degli ascendenti di genere maschile, la donna che intenda comunque contrarre matrimonio deve rivolgersi ad una Corte ed ottenere un provvedimento favorevole in un procedimento giurisdizionale¹⁶. Se una donna ha precedenti matrimoni, non è necessario il consenso del padre o del nonno per contrarre matrimonio¹⁷.

Un cenno va fatto altresì al matrimonio precoce. Sebbene l'età legale per contrarre matrimonio sia di tredici anni per le ragazze e quindici per i ragazzi¹⁸, gli iraniani si sposano in genere più tardi: nel 2019 l'età media del matrimonio era di ventitré anni per le donne e ventisette per gli uomini. Tuttavia, negli ultimi anni si è registrato un allarmante aumento dei matrimoni tra le ragazze al di sotto dei quindici anni, e anche il matrimonio di bambine di età compresa tra i nove e i dodici anni può essere legale, se consentito dalla decisione assunta da un tribunale e su richiesta del padre. Secondo il Centro statistico dell'Iran (ISNA)¹⁹, nell'anno solare iraniano iniziato a marzo 2020, 31.379 ragazze tra i dieci e i quattordici anni sono state sposate, con un aumento del 10,5% rispetto all'anno precedente.

¹⁵ La questione dell'età per contrarre matrimonio meriterebbe una trattazione a sé. Sia consentito un cenno rispetto all'allarmante aumento dei matrimoni infantili registrato negli ultimi anni (<https://www.girlsnotbrides.org/learning-resources/child-marriage-atlas/regions-and-countries/iran/#:~:text=Under%20the%20Civil%20Code%202007,15%20lunar%20years%20for%20boys>). Il matrimonio precoce rafforza le concezioni della società con ruoli di genere tradizionali e aumenta il diffondersi di stereotipi di genere che influiscono su una iniqua allocazione delle risorse economiche.

¹⁶ ZAR ROKH, *op. cit.*, 12 ss.

¹⁷ La condizione del consenso è richiesta solo per il primo matrimonio della donna (e non per successivi) per la funzione di preservarne la pretesa integrità da matrimoni non autorizzati dalla famiglia che potrebbero compromettere tale status di vergine della donna.

¹⁸ ASGHARI, *Early Marriage in Iran: A Pragmatic Approach*, in *Journal of Human Rights Practice*, 11, 2019, 578.

¹⁹ MITTELHAMMER, SEPEHRI FAR, TAHMASEBI, *Rethinking the EU's Approach to Women's Rights in Iran*, pubblicato dalla Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 2023, 9 (<https://carnegieendowment.org/research/2023/04/rethinking-the-eus-approach-to-womens-rights-in-iran?lang=en¢er=europe>).

Questa tendenza, spesso attribuita allo stato di povertà, in Iran viene incoraggiata anche dall'attuazione di politiche statali che promuovono il ruolo delle donne come mogli e madri, determinando così sia l'abbassamento dell'età del matrimonio sia l'aumento del numero di figli. Il rafforzamento di una concezione della società con ruoli di genere tradizionali e aumenta il diffondersi di stereotipi di genere che influiscono su una iniqua allocazione delle risorse economiche, circostanze che a lungo termine, incentivate da una legislazione discriminatoria, contribuiscono ad aggravare il divario tra la partecipazione degli uomini e delle donne al mercato del lavoro.

Venendo poi agli equilibri tra diritti e doveri dei due coniugi in costanza di matrimonio, emerge che la legislazione iraniana prevede una ripartizione dei ruoli che incoraggia un modello a preminenza maschile.

Secondo la legge iraniana, infatti, il marito è il titolare esclusivo della posizione di «capofamiglia» (art. 1105 del codice civile iraniano)²⁰. In quanto tale, il marito provvede al mantenimento della moglie (art. 1106), che comprende «l'abitazione, il vestiario, il cibo, i mobili e la messa a disposizione di un domestico se la moglie è abituata ad avere un domestico o se ne ha bisogno a causa di una malattia» (art. 1107).

I diritti-doveri di capo-famiglia attribuiti al marito non sono controbilanciati da altrettanti diritti alla moglie, delineando un quadro normativo con forti connotati patriarcali e discriminatori nei confronti della donna tanto che sempre più frequentemente l'espressione *apartheid di genere* viene adottata per descrivere lo status della donna nella legislazione iraniana.

In particolare, l'articolo 1108 impone alle donne il dovere di soddisfare in ogni momento i bisogni sessuali del marito. Questo è il requisito di *tamkin* (sottomissione) della *Šarī'a*. Se una moglie si rifiuta di adempiere ai suoi doveri, le può essere impedito di ricevere gli alimenti.

Il marito determina poi unilateralmente il luogo di residenza della moglie e quindi ne controlla la libertà di movimento (art. 1114). Laddove la convivenza della moglie e del marito nella stessa casa comporti il rischio di danni fisici, economici o alla dignità della moglie, quest'ultima sarà autorizzata a spostarsi in

²⁰ «In relations between husband and wife the position of the head of the family is the exclusive right of the husband». Nota dell'autrice: sezione redatta sulla base di traduzione di parti del Codice Civile iraniano non ufficiali. In tali ipotesi prevale il testo normativo in lingua farsi.

un'abitazione separata. Questa possibilità presuppone però che il presunto rischio sia provato e solo ove la prova venga raggiunta il tribunale autorizzerà la moglie a lasciare la casa coniugale (articolo 1115). L'abbandono del tetto coniugale è dunque sottoposto ad un gravoso onere probatorio a carico della donna che deve essere in grado di dimostrare rischi per la propria incolumità o dignità che, tuttavia, sono ricollegati a situazioni che si verificano comunemente nell'intimità delle mura domestiche e in presenza dei soli coniugi. La necessità di ricorrere all'autorità giurisdizionale e il gravoso onere probatorio sono poi di per sé un disincentivo, anche perché rendono pubblica ed extra-familiare una questione che si vorrebbe restasse privata. Questo limita fortemente la possibilità per la donna di autodeterminarsi anche per paura dell'onta sociale che può derivarne.

L'autonomia economica della donna è poi limitata dal diritto attribuito al marito di impedire alla moglie di esercitare una determinata professione ove da questi ritenuta «incompatibile con gli interessi familiari o con la dignità propria o della moglie» (art. 1117).

L'insieme di queste norme contribuisce a fare del matrimonio un costrutto legale e sociale assai rigido, orientato a limitare in maniera severa l'autonomia dei coniugi e, con riferimento al ruolo della donna, legalmente e socialmente discriminatorio e orientato a consolidare una visione della società fortemente patriarcale²¹.

²¹ Vale la pena segnalare che il parlamento iraniano non ha ratificato la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (CEDAW) adottata 18 dicembre 1979 dall'Assemblea generale dell'ONU. La Convenzione costituisce, infatti, il principale strumento internazionale che mira a garantire l'uguaglianza di genere, non solo proibendo qualsiasi discriminazione delle donne, ma anche obbligando gli Stati parti ad adottare misure attive a garanzia della parità effettiva tra donne e uomini. L'Iran ha, tuttavia, ratificato altri strumenti per i diritti umani che, *inter alia*, includono il rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione tra i generi. L'Iran è, infatti, parte del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (ICCPR) e del *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali* (ICCSCR) entrambi adottati dalle Nazioni Unite nel 1966. Il primo (ICCPR) al suo articolo 23, comma 4, stabilisce specificatamente rispetto all'istituto del matrimonio che «Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento» e al suo articolo 26, più in generale, sancisce che «Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione,

Rigide sono per entrambi i coniugi – se non estreme per le donne in particolare – le condizioni per lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Il Codice civile iraniano riflette, infatti, profonde disuguaglianze di genere anche nella legge sul divorzio (artt. 1120-1157). Con poche eccezioni, il marito può divorziare dalla moglie «ogni volta che lo desidera» (art. 1133). Alla donna, invece, è consentito promuovere una istanza di divorzio in un numero tipizzato e limitato di circostanze collegate alla sussistenza di «condizioni difficili e indesiderabili» nel matrimonio determinate da condotte attribuibili al marito (art. 1130). Il riferimento è comunque a casistiche estreme tra cui atti di violenza domestica, dipendenza del marito da sostanze (o dall'alcol il cui consumo è vietato dalla legge islamica), condanna a reati di una certa indole, problemi legati alla salute mentale e altre circostanze che comunque devono soddisfare il canone della «intollerabilità», la cui valutazione è rimessa alla insindacabile discrezionalità della corte adita. Solo ove questi criteri siano soddisfatti, la donna può ottenere una pronuncia di divorzio.

Inoltre, la legge islamica in Iran ha introdotto strumenti extragiudiziari di mediazione e di riconciliazione per i mariti e le mogli che affrontano problemi nel loro matrimonio prima di decidere di divorziare. Ciò riflette il tentativo di preservare il più possibile l'unità familiare.

Nel costrutto del Legislatore nazionale, il diritto di famiglia dovrebbe offrire tramite le pratiche matrimoniali una base per armonizzare i valori religiosi e le norme sociali.

Eppure, sebbene il sistema giuridico iraniano sia basato sui principi islamici, i cambiamenti sociali e culturali hanno dato origine a vari dibattiti e sfide nella regolamentazione del matrimonio. Ad esempio, le questioni relative al matrimonio dei giovani, ai diritti delle donne e al ruolo della religione nel matrimonio hanno ricevuto un'attenzione crescente in una società iraniana sempre più moderna. In particolare, il riconoscimento

l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione».

Sebbene la ratifica di entrambi gli strumenti da parte dell'Iran sia intervenuta il 24 giugno 1975, con efficacia dal 23 marzo 1976, e dunque prima della rivoluzione che nel 1979 ha dato vita all'attuale assetto istituzionale e costituzionale, gli Stati firmatari sono in ogni caso obbligati a garantire uguali diritti degli uomini e delle donne rispetto ai diritti civili, politici, economici, sociali e culturali sanciti dai due Patti.

del matrimonio come l'unica sede accettabile per relazioni sessuali ha condotto ad una rivisitazione dell'istituto del matrimonio temporaneo in Iran.

5. *Il matrimonio temporaneo: strumento immorale o di elusione di un sistema dominato da restrizioni nei rapporti affettivi?*

I matrimoni temporanei sono stati diffusi dallo Stato islamico iraniano come risposta alla disapprovazione degli incontri occasionali o del sesso prematrimoniale.

L'art. 1075 del codice civile iraniano stabilisce che «Il matrimonio è breve è tale solo quando sia contratto per un tempo determinato» e l'art. 1076 che «la durata deve essere certa e il termine finale determinato», peraltro i termini non sono stati codificati ma secondo un diritto consuetudinario la durata può essere stabilita anche solo in pochi giorni o settimane o solo alcuni mesi²².

Questa forma di matrimonio esiste solo in Iran.

Nel nostro ordinamento l'art. 108 c.c. pone, invece, un rigoroso e assoluto divieto di apporre termini e condizioni al matrimonio e recita «La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio. Se ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti». Ne consegue che nell'ordinamento italiano tale forma il matrimonio temporaneo non potrebbe trovare riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico.

Oggi questo tipo di unione viene contratta in Iran nel tentativo non solo di aggirare la legislazione restrittiva in materia ma anche di sottrarsi all'ossessivo controllo sociale esercitato dalla comunità. È sempre più frequente, per esempio, che coppie non sposate desiderose di andare insieme in vacanza o provare a convivere, stipulino un *sigheh* per aggirare i divieti delle leggi islamiche sui rapporti tra ragazzi e ragazze.

Certo non è solo questo, perché nell'Iran contemporaneo il sentimento condiviso, soprattutto dai giovani, è di sconfessione

²² AHMADY, Pathological Analysis of Mut'ah or Temporary Marriage in Iran, in Tajdid, Vol. 30, n. 1, 2023, 90 ss. (<https://riset-iaid.net/index.php/tajdid/article/view/1324/854>).

di questa pratica, assai più diffusa in passato e, oggi, praticata solo lontano dalle grandi e più moderne metropoli.

Esistono ancora, infatti, coppie molto povere che adottano questo tipo di «espediente» perché non sono in grado di organizzare un vero matrimonio, o donne che avendo difficoltà a trovare un lavoro, non vedono altra soluzione che farsi pagare in cambio di un'unione temporanea. Inoltre il matrimonio temporaneo garantisce maggiori libertà alla donna che può vivere dove vuole, uscire senza chiedere il permesso, non essere sottoposta a condizioni stringenti quali quelle previste per lo scioglimento del matrimonio «tradizionale».

Per gli uomini già impegnati, invece, fatte le dovute eccezioni, è facilmente immaginabile che cosa possa significare questo tipo di matrimonio, soprattutto se si considera che agli uomini è consentito contrarre il *sigheh* anche se già sposati e in aggiunta alle (sino a quattro) mogli permanenti.

Il *sigheh*, che venne abolito durante la dinastia dei Pahlavi, vide una rilegittimazione con la Rivoluzione del 1979 e con la nascita della Repubblica islamica, che deliberò il ritorno a questo tipo contratto, che più o meno indirettamente contribuisce a favorire la poligamia maschile.

Ma va detto che esiste in merito un dibattito anche tra giurisperiti di diritto islamico²³. Negli altri paesi arabi, di religione sunnita, gli studiosi sunniti affermano che tale matrimonio è stato vietato dal secondo califfo Omar succeduto al Profeta, quindi è considerato a tutt'oggi vietato, ma gli studiosi sciiti e tutti gli Ayatollah affermano che i Califfi non avevano potere legislativo e perciò non avrebbero potuto vietare tale matrimonio: ciò che è stato permesso dal Profeta è ammesso e legale, anche oggi.

Il dibattito esiste peraltro anche all'interno della stessa dottrina iraniana, ove consta chi afferma che queste unioni siano una forma di legalizzazione e normalizzazione della prostituzione. La tesi a favore, invece, sostiene che si tratti di una forma di sostentamento per coloro che – vedovi o mai sposati – abbiano bisogno di avere qualcuno che badi alla loro salute ed essendo assolutamente vietata e sanzionata la convivenza *more uxorio*, questo istituto avrebbe la funzione e la finalità di assicurare a donne sole i beni necessari e a uomini soli un sostentamento

²³ RAHBARI, *Marriage in Iran: Women Caught Between Shi'i and State Law*, in Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law (EJIMEL), vol. 7, Zurich, 2019, 41 ss. (https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/174603/1/Marriage_in_Iran_Women_Caught_Between_Shi_i_and_State_Law.pdf).

umano. La prima tesi trova però riscontro nei fatti, in quanto questa pratica è molto diffusa proprio al fine di permettere rapporti per lo più clandestini e poiché frequentemente la donna che si presta al matrimonio temporaneo viene remunerata.

Oltre alla remunerazione, altro fattore che segna una forte discriminazione tra i sessi in questa pratica è la già citata circostanza che la donna che contrae il matrimonio breve non può essere già sposata (matrimonio permanente o breve che sia), mentre l'uomo sì e che, non a caso, nella prassi di tali accordi il pagamento non avviene mai in favore dell'uomo.

In un paese assoggettato ad un ordine islamico che, auspicabilmente, andrà sempre più modernizzandosi, il matrimonio temporaneo fa sempre più fatica a trovare la sua collocazione originaria. I costumi «moderni» lo rendono, via via, sempre più un espediente per «vestire» di legittimità pratiche socialmente diffuse ma rigettate dal rigido sistema legislativo dello Stato islamico. L'Ayatollah Khomeini che, in tempo di guerra tra l'Iran e l'Iraq aveva avallato il *sigheh*, difficilmente avrebbe potuto prevederne la singolare applicazione tra i giovani, né, tantomeno, avrebbe potuto immaginare che col tempo il rischio sarebbe stato quello di legittimare in qualche modo tutte le relazioni temporanee comprese le relazioni extraconiugali e di legalizzare indirettamente la prostituzione.

La diffusione del matrimonio temporaneo come forma legittimazione di relazioni extra coniugali è, inoltre, agevolata dal fatto che la moglie «temporanea» non matura diritti successori in base al contratto di *sigheh*, a differenza della moglie «permanente», segnando così un ulteriore piano di discriminazione tra le donne stesse.

Questo aspetto ci permette di osservare, quindi, che l'interconnessione che esiste tra diritto, religione e morale islamica – diffusa in ogni aspetto della vita privata e sociale del Paese – fa da traccia anche per i principi che guidano il sistema successorio in Iran, secondo gli stessi canoni osservati sino a questo punto. Di tutte le regole islamiche, le regole sulla successione sono quelle che rappresentano in maniera più radicale la legittimazione di un trattamento differenziato sulla base del genere, non occorre ribadirlo, a sfavore della donna.

La società a matrice islamica, pone l'uomo nel ruolo di «capo-famiglia» e, dunque, di soggetto responsabile del mantenimento della moglie e della prole, e coerentemente con questa visione patriarcale nella successione attribuisce agli eredi di sesso maschile (che siano mariti o figli) una quota maggiore rispetto alle eredi.

6. *Le successioni in Iran*

La legge iraniana sull'eredità segue rigorosamente la *šari'a* e, in particolare, la visione "sciita" degli studiosi e degli interpreti del Corano. Queste regole basate sulla *šari'a* si rispecchiano nel codice civile iraniano, dove l'eredità è ampiamente trattata. In questo sistema, le quote fisse sono il fattore principale per determinare cosa e quanto spetta a ciascun erede.

Queste quote fisse si basano su due fattori, le relazioni di sangue (figli e genitori nella prima classe, fratelli e sorelle nella seconda, zii e zie nella terza e ultima classe) e il matrimonio. All'apertura della successione ereditaria, i soggetti di una data classe escludono quelli degli ordini successivi, pertanto, l'ordine delle classi dei successibili assume un rilievo in quanto il concorso sull'eredità è possibile unicamente tra appartenenti alla stessa classe.

Con riferimento alla ripartizione delle quote dell'eredità, in Iran vige ancora una ampia distinzione tra uomini e donne e queste quote fisse sono discusse in dettaglio nel codice civile iraniano. Caratteristica significativa del sistema di successione iraniano è rappresentata dal fatto che nella maggior parte delle situazioni agli uomini viene concessa una quota doppia rispetto alle donne.

Ai sensi dell'articolo 907 del codice civile iraniano, che come abbiamo visto si basa sulla legge islamica, infatti, quando un genitore muore e vi è un concorso tra figli maschi e figlie femmine e i primi ereditano il doppio delle seconde. Se invece vi sono solo figlie femmine, esse ereditano tutte in quote uguali.

In base all'articolo 913, il marito superstite eredita metà dei beni della moglie defunta se questa non ha lasciato figli e un quarto se ha lasciato figli. La moglie del defunto, invece, eredita un quarto della proprietà del marito se egli non ha lasciato figli e un ottavo se ha lasciato figli.

Anche rispetto alla libertà di testare sono previste talune limitazioni. Nel codice civile iraniano, al testatore non è concessa la libertà di disporre di tutti i propri beni nel proprio testamento ma entro il 33,3% del patrimonio attivo. Soprattutto, la limitazione della libertà di testare si estende anche nel senso che non è consentito estromettere i legittimari tramite testamento.

Queste rigide regole successorie possono però essere, in talune circostanze, derogate.

Il diritto successorio iraniano si basa, infatti, sul principio dell'appartenenza religiosa, sancito dall'articolo 12 della Costi-

tuzione: in base ad esso, gli iraniani sciiti succedono secondo le disposizioni del diritto sciita previste nel codice civile, mentre i non-musulmani ereditano conformemente alle norme successorie stabilite dall'ordinamento religioso di affiliazione, premesso che le religioni riconosciute in Iran oltre all'Islam sono il cristianesimo, lo zoroastrismo e l'ebraismo.

Per quanto riguarda i cittadini stranieri, invece, la legge prevede che essi ereditino in base alle proprie leggi nazionali.

Il codice civile iraniano riconosce, infatti, la legge della nazionalità del defunto straniero come legge applicabile per la successione e per l'esecuzione del testamento se il *de cuius* muore all'interno dei confini giurisdizionali iraniani o se è residente in Iran o se possiede beni mobili (come auto, contanti o merci) in Iran.

Anche altre minoranze religiose costituzionalmente riconosciute (ebrei, cristiani, zoroastriani e alcune sette islamiche diverse dalla maggioranza «sciita») possono far sì che il loro canone religioso sia la legge che governa le questioni di stato personale come l'eredità e il matrimonio, ma bisogna tenere presente che possono essere applicate delle esenzioni.

La particolare rigidità delle regole successorie iraniana di matrice shariatica deriva dunque dal loro radicamento nel Corano ritenuto essere la stessa parola di Dio in senso stretto e non semplicemente un testo divinamente ispirato. Considerato che il Corano rappresenta la prima fonte di conoscenza della *Šari'a*. Dio, nel Corano, ha stabilito con precisione l'equilibrio tra gli eredi, che l'uomo non può in alcun modo modificare.

7. Conclusioni

Il movimento *Zan Zendeghi Azadi* è dimostrazione della difficoltà che sta attraversando lo Stato teocratico nel conciliare lo spirito dell'Islam con il cammino dei diritti. I diritti delle donne sono diritti umani e in quanto tali universali, e i diritti delle donne iraniane necessitano innanzitutto di una profonda laicizzazione (o perlomeno, di una reinterpretazione dei testi sacri) per allontanarsi dalle pratiche patriarcali, leggi antistoriche inique e fortemente discriminatorie.

La grande partecipazione degli uomini iraniani al movimento, che avrebbe potuto rimanere circoscritto alle donne e rubricato come un'insurrezione legata all'abbigliamento, dimostra la portata dirompente di questo richiamo al rispetto dei diritti univer-

sali che nemmeno l'attuale Guida suprema potrà continuare ad ignorare. Se è pur vero che allo stato attuale non è possibile dire dove condurrà questo contesto di tensione perenne tra cittadini e istituzioni al potere, è certamente significativo il fatto che questa nuova stagione sia stata iniziata e appaia guidata dalle donne, tese ad affermare un vero e proprio movimento umanitario che ha coinvolto l'intera popolazione e che potrebbe condurre, in tempi incerti ma non così distanti, a una rivisitazione, auspicchiamo radicale, del sistema legale e sociale in Iran.

Abstract: La Costituzione della Repubblica Islamica dell'Iran, 'qān-un-e asāsi', muovendo dal fondamentale assunto secondo cui l'Islam è una religione organica che racchiude in sé le regole adatte per tutte le questioni concernenti la vita sia spirituale sia materiale, riconosce la legge islamica, la Šarī'a, come fonte del diritto e la considera la base e il fondamento ultimo di tutte le altre fonti. Il contributo esamina gli istituti giuridici attuali del diritto di famiglia e delle successioni su cui maggiormente insiste l'interpretazione dei testi sacri e dei quali, ormai, la società contemporanea iraniana sente necessità di una revisione nella direzione di superare i retaggi patriarcali del diritto di famiglia tradizionale e di tutelare maggiormente i diritti delle donne che sono diritti umani e in quanto tali universali.

The Constitution of the Islamic Republic of Iran, 'qān-un-e asāsi', starting from the fundamental assumption that Islam is an organic religion that contains rules suitable for all matters, concerning both the spiritual and material life, recognises Islamic law, the šarī'a, as the source of law and considers it the basis and ultimate foundation of all other sources. This paper examines the current legal institutions of family and inheritance law, on which the interpretation of the sacred texts is most insistent and which contemporary Iranian society now feels compelled to revise in order to overcome the patriarchal legacies of traditional family law and to better protect women's rights, which are human rights and as such universal.

LUCIA DI COSTANZO

Il matrimonio nell'ordinamento cinese

SOMMARIO: 1. La comunità cinese in Italia. – 2. Rapporto coniugale cinese e ingerenza politica. – 3. L'evoluzione del diritto di famiglia in Cina. – 4. Matrimonio e famiglia quale cellula fondamentale per l'equilibrio della società cinese. – 5. Conclusioni.

1. *La comunità cinese in Italia*

La popolazione cinese, in Italia, si colloca in terza posizione per numerosità tra le principali comunità di cittadinanza non comunitaria, dopo quella marocchina e albanese¹. Ciò nonostante, nella giurisprudenza italiana non emergono controversie dalle quali evincere distanze normative nell'ambito del diritto di famiglia e delle successioni, nonché sulle questioni di incontro/scontro tra le due culture giuridiche.

Dalle poche sentenze rinvenute² non è dato scorgere eventuali ipotesi di conflitto e composizione tra la nostra normativa e quella cinese, neanche riguardo ai matrimoni misti di cui uno dei due coniugi è cinese, dai quali poi desumere differenti valori sociali, etici e religiosi della comunità della quale si indaga. Tra l'altro, da una visione d'insieme, le differenze tra la disciplina italiana e quella cinese nell'ambito del diritto di famiglia, così come si evincono dal recente codice civile cinese del 2021³, non sembrano effettivamente significative.

¹ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La comunità cinese in Italia. Rapporto annuale sulla presenza dei migranti*, 2021, reperibile in: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/studi-e-statistiche/Documenti/Rapporti%20annuali%20sulle%20comunit%C3%A0%20migranti%20in%20Italia%20-%20anno%202021/Cina-rapporto-2021.pdf>.

² Trib. Parma, 31 ottobre 2018, n. 1597; Trib. Vercelli, 24 marzo 2022, n. 318; Trib. Roma, 5 ottobre 2022, n. 14483.

³ In argomento, v.: S. SACCOCCIO, S. PORCELLI, *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Modena, 2021; D. DURSI, A. MASI, O. DILIBERTO, M. HUANG, D. XU, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, 2021.

Piuttosto, osservando la comunità cinese risalta una forte tendenza all'autoreferenzialità culturale e comunitaria, sia perché i legami intra-etnici assicurano mobilità sociale, sia perché la famiglia è l'istituzione portante della collettività.

Pertanto, uno studio circa la portata del nuovo codice civile cinese, e le differenze della disciplina del diritto di famiglia rispetto al diritto italiano, non può prescindere da uno studio relativo alla concezione del matrimonio nella cultura autoctona.

Il matrimonio in Cina è stato tradizionalmente concepito per essere diretto non al raggiungimento della felicità coniugale attraverso l'amore interpersonale, ma piuttosto al mantenimento della linea discendente e sostanzialmente allo scopo di praticare il culto degli antenati e di generare eredi⁴, oltre che garantire l'assistenza agli anziani⁵.

Una concezione completamente diversa da come si è sviluppata l'idea della famiglia dal Medioevo ad oggi in Europa e nella realtà occidentale, basata sul legame affettivo tra i coniugi, là dove l'amore è anche un fattore equalizzante, che porta a una relazione di reciproca interdipendenza e di contribuzione.

2. Rapporto coniugale cinese e ingerenza politica

Caratteristica delle tradizionali relazioni familiari cinesi è una dinamica di dominio e di autorità: il matrimonio doveva rappresentare un equilibrato "reciproco scambio di obblighi rituali e di ricchezza materiale" tra due famiglie⁶, cioè tra due parti di pari *status* sociale, che a sua volta serviva a rafforzare le gerarchie sociali preesistenti⁷. Pertanto, il matrimonio non poteva essere basato sull'amore che ha meno probabilità di successo, poiché è sempre possibile che l'amore possa svanire o che il coniuge possa distrarsi in altro modo. Quindi, presenta incidentalmente la prospettiva del fallimento e del divorzio⁸.

⁴ Y. ZENG, *Studies of divorce, in the 1980s in China*, Beijing, 1995.

⁵ X. ZANG, L.X. ZHAO, *State of the field: the family and the marriage in China*, in ID. (eds.), *Handbook on the Family and Marriage in China*, Cheltenham, 2017, 1-17.

⁶ S. MANN, *Gender and sexuality in modern Chinese history*, Cambridge, 2011, 57.

⁷ Il matrimonio tra famiglie è considerato un principio tradizionale nella selezione del coniuge, v. X. XU, M.K. WHYTE, *Love matches and arranged marriages: A Chinese replication*, in *Journal of Marriage and the Family*, 52(3), 1990, 709-722.

⁸ Cfr.: G.S. BECKER, *A theory of marriage: Part I*, in *The Journal of Politi-*

A seguito della deistituzionalizzazione del matrimonio e della sua privatizzazione – come vedremo in seguito –, la percezione tradizionale cinese di cosa significhi un buon matrimonio (*men-dangbudui* o *marital sorting*), più stabile e più duraturo, si è concentrata, piuttosto che sullo *status* delle rispettive famiglie, sulle caratteristiche proprie della coppia, marito e moglie, ossia sulla loro istruzione, sul reddito, sulle reciproche ambizioni, sulle traiettorie di crescita salariale associate ai programmi educativi⁹.

Con la fondazione della Repubblica Popolare Cinese (RPC) nel 1949, il regime socialista abolì con forza i privilegi feudali e imperiali associati al contesto familiare¹⁰ e con la prima Legge sul Matrimonio del 1950, fu introdotto un concetto di matrimonio ispirato a due principi fondamentali: la libertà dell'uomo e della donna; e la loro reciproca parità.

Con tale riforma comincia anche l'indebolimento delle tradizionali oppressioni subite dalle donne cinesi, e a essere riconosciuto il diritto di decidere in piena autonomia se contrarre matrimonio o divorziare. Dalla fine degli anni Cinquanta le donne sono state incoraggiate a partecipare alla vita pubblica: nei centri urbani, con l'opportunità di lavorare a tempo pieno in unità di lavoro statali o collettive; nelle zone rurali, quale forza lavoro importante nelle *collective farms*. Ciò nonostante, esse rimangono le principali responsabili della cura dei figli e dei lavori domestici¹¹.

Tuttavia, nonostante le scienze sociali hanno sempre ricono-

cal Economy, 81(4), 1973, 813-846; R. FERNANDEZ, R. ROGERSON, *Sorting and long-run inequality*, in *Quarterly Journal of Economics*, 116(4), 2001, 1305-1341; Y. LU, *Is 'marriage' of matching doors more stable? An empirical analysis of marital sorting and risk of divorce in China*, (originale in lingua Chinese: 门当户对的婚 姻更稳定吗? 婚姻匹配和离婚风险分析), in *Population Research* (人口研究), 33(2), 2009, 81-91.

⁹ M. KALMIJN, *Status homogamy in the United States*, in *American Journal of Sociology*, 97(2), 1991, 496-523; X. XU, J. JI, Y.Y. TUNG, *Social and political assortative mating in urban China*, in *Journal of Family Issues*, 21(1), 2000, 47-77; H. HAN, *Trends in educational assortative marriage in China from 1970 to 2000*, in *Demographic Research*, 22(24), 2010, 733-770; Y. QIAN, Z. QIAN, *The gender divide in urban China: Singlehood and assortative mating by age and education*, *ivi*, 31(45), 2014, 1337-1364; Y. HU, *Marriage of matching doors: Marital sorting on parental background in China*, *ivi*, 35(20), 2016, 557-580.

¹⁰ X. WU, D.J. TREIMAN, *Inequality and equality under Chinese socialism: The hukou system and intergenerational occupational mobility*, in *American Journal of Sociology*, 113(2), 2007, 415-445; X. XU, M.K. WHYTE, *Love matches and arranged marriages: A Chinese replication*, in *Journal of Marriage and the Family*, 52(3), 1990, 709-722.

¹¹ S.L. FRIEDMAN, *Intimate politics: marriage, the market, and State power in the Southeastern China*, Cambridge, 2006.

sciuto che il progresso economico delle donne sia stato un fattore importante nel crescente tasso di divorzio e la partecipazione delle donne alla forza lavoro comporti una maggiore indipendenza dagli uomini, creando maggiori opportunità di lasciare un matrimonio insoddisfacente¹², il tasso di divorzio salì di poco, sia a causa delle farraginose revisioni legislative, sia a causa della stigmatizzazione sociale dei divorziati¹³.

Infatti, a seguito delle riforme economiche della Cina tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80, il Partito Comunista Cinese non applicò più l'ideale socialista dell'egualitarismo, ma si concentrò invece sulla costruzione di un'economia orientata al mercato che ha portato, nel mercato matrimoniale, a una rinnovata enfasi sullo *status* socio-economico dei coniugi, incidendo nuovamente sui valori relativi al matrimonio e alle relazioni intergenerazionali. La pianificazione familiare veniva considerata come uno dei fattori decisivi per lo sviluppo economico della Cina e il matrimonio andava incoraggiato quando i coniugi condividevano "interessi reciproci nel lavoro e nelle prospettive politiche" (ideologia comunista, in particolare), e le famiglie degli sposi avessero uno *status* sociale ed economico simile¹⁴.

La legge del 1950 non prevedeva più i matrimoni *de facto*, sottolineando l'importanza dell'obbligo della registrazione del matrimonio presso un ufficio statale: non registrando la propria unione si esprimeva una sorta di mancanza di sostegno alla causa comunista e al Partito. Così, con il pretesto di «correggere» comportamenti inappropriati o devianti, la stessa vita di coppia assumeva una connotazione politica¹⁵. L'ingerenza pubblica nella relazione matrimoniale, sul fondamento della necessità di mantenere la stabilità sociale attraverso l'armonia familiare, si manifestava anche attraverso l'obbligo giuridico della mediazione nella causa di divorzio, che di fatto costituiva un sostanziale impedimento alla interruzione del matrimonio¹⁶.

¹² A.J. CHERLIN, *Marriage, divorce, remarriage*, Cambridge, 1981; S. RUGLES, *The rise of divorce and separation in the United States 1880-1990*, in *Demography*, 34(4), 1997, 455-466.

¹³ E. PLATTE, *Divorce, trends and patterns in China: past and present*, in *Pacific affairs*, 61, 1988, 428-445; N.J. DIAMANT, *Revolutionizing the family: politics, love and divorce in urban and rural China, 1949-1968*, Berkeley, 2000.

¹⁴ H. EVANS, *Women and sexuality in China*, Cambridge, 2007, 115.

¹⁵ N.J. DIAMANT, *Revolutionizing the family: politics, love and divorce in urban and rural China, 1949-1968*, cit., 217.

¹⁶ E. PLATTE, *Divorce, trends and patterns in China: past and present*, cit., 430 ss.

In tale contesto, l'aspetto privato era destinato a soccombere anche sotto la sfera intima e personale, tanto che persino le nascite sono sempre state oggetto di pianificazione. Infatti, al concetto di procreazione veniva affiancato quello di educazione, sottolineando che il dovere dei genitori non soltanto è quello di mantenere la prole in vita (con il divieto di infanticidio¹⁷), ma anche di provvedere alla sua elevazione sociale e culturale in modo da consentirne il pieno inserimento nel tessuto della collettività nazionale (obbligo, attualmente sancito dall'art. 1043, cod. civ. 2021). Per questa ragione, si scoraggiava la procreazione di più di un figlio. L'intimità sessuale, infatti, non era una questione privata, ma soggetta a norme di autoregolamentazione, disciplina e autoeducazione¹⁸.

Il controllo delle nascite e la pianificazione familiare per far fronte alla crescita esponenziale della popolazione è obiettivo della politica cinese fin dagli anni '50 dello scorso secolo: durante l'epoca maoista, con l'obiettivo di favorire la crescita economica del paese, là dove si incoraggiava la procreazione; dalla Costituzione del 1978, confermata in quella del 1982, agli artt. 25 e 49, con una inversione di tendenza, volta al raggiungimento dell'obiettivo "crescita zero nel 2000", attraverso la politica del figlio unico del 1979, con conferme nella normativa sulla famiglia del 1980 e in alcuni regolamenti locali.

Il sistema di pianificazione familiare è stato formalmente legiferato con la *Law on Population and Family Planning* del 2001, entrata in vigore nel settembre del 2002¹⁹. Tale legge – introdotta sia per il perseguimento della sostenibilità da un punto di vista economico, ossia per bilanciare la crescita demografica con lo

¹⁷ In realtà, tradizionalmente, i valori patriarcali sui quali la famiglia fondava le proprie relazioni reputavano le violenze una componente non estranea al normale svolgimento dei rapporti tra persone appartenenti alla stessa famiglia, sui figli, ma in particolare nei confronti delle donne. La considerazione sociale della violenza domestica come elemento di destabilizzazione del nucleo familiare è piuttosto recente. Sradicare la concezione che questa violenza appartenga esclusivamente alla sfera privata dei coniugi e che rappresenti, invece, un serio problema sociale è ciò cui hanno lavorato diversi soggetti (giuristi, associazioni di donne, accademici), nel presentare al legislatore delle proposte di bozze di legge. Cfr. S. D'ATTOMA, *Famiglie interrotte. Violenza domestica e divorzio nella recente legislazione della Repubblica Popolare Cinese*, Venezia, 2022, 4.

¹⁸ X. QI, *Remaking Families in Contemporary China*, Oxford, 2021, 122 s.

¹⁹ Population and Family Planning Law of the People's Republic of China, Order of the President No.63, disponibile on line http://www.gov.cn/english/laws/2005-10/11/content_75954.htm.

sviluppo sociale, economico e le risorse ambientali, sia allo scopo di contribuire alla ricchezza della famiglia, alla prosperità e al progresso sociale della nazione –, favorisce la politica del figlio unico, stabilendo premi e sanzioni per coloro che rispettano o meno il regolamento.

Siffatta politica, sebbene si sia rivelata efficace rispetto all'obiettivo del contenimento delle nascite, ha per contro comportato numerose violazioni dei diritti umani²⁰, primo fra tutti il diritto alla procreazione, e ha provocato squilibri demografici e sociali. Innanzitutto, una forte disparità tra i sessi a totale vantaggio dei maschi: una società con poche donne comporta, da un lato, un aumento delle tensioni sociali; dall'altro, una larga percentuale di impossibilità di trovare moglie. In secondo luogo, v'è il progressivo invecchiamento della popolazione cinese, con conseguenze importanti anche sul mercato del lavoro e sul sistema pensionistico²¹.

A causa dell'andamento demografico preoccupante, la politica del figlio unico è stata via via allentata. Dal 2016, consentendo alle coppie di avere anche un secondo figlio. Dal 2021, il testo normativo è stato modificato e permette alle coppie di poter avere fino a tre figli²².

²⁰ Esemplificativo è il caso di Feng Jianmei, donna di 23 anni, madre di un figlio ed al settimo mese della seconda gravidanza. La donna, essendo evidentemente in contrasto con i precetti della politica del figlio unico poiché aspettava un secondo figlio e non aveva la disponibilità economica per pagare la salatissima multa che spetta ai pochi che decidono di avere più di un figlio, venne arrestata, picchiata da tre funzionari e costretta ad abortire tramite un'iniezione letale. Il caso fece immediatamente scalpore sia nell'opinione pubblica cinese e sia, soprattutto, nelle opinioni pubbliche occidentali, provocando una reazione delle autorità cinesi che intervennero porgendo le scuse alla giovane donna per il trattamento subito e licenziando i funzionari. Secondo quanto previsto dalla politica del figlio unico, ciascuna donna per potere concepire ha bisogno di un permesso speciale rilasciato dalle autorità locali, mentre coloro le quali sono in attesa di un/una secondogenito/a sono costrette a pagare una multa salata o subire un aborto forzato. Molti bambini, comunque, sono venuti al mondo illegalmente e pertanto non sono potuti essere registrati regolarmente alle anagrafi e ad oggi non godono dei diritti politici o sociali basilari, come il diritto alla salute con accesso agli ospedali. Cfr. I. BOGGIO, *La politica del figlio unico in Cina*, 25 giugno 2021, in <https://mondointernazionale.org/post/la-politica-del-figlio-unico-in-cina#:~:text=Nel%201979%20i%20pianificatori%20familiari,negli%20articoli%2025%20e%2049>.

²¹ N. FERRO, *Cina, l'insostenibile figlio unico*, 9 novembre 2007, in <https://lavoce.info/archives/24574/cina-linsostenibile-figlio-unico/>.

²² R. FATIGUSO, *La Cina completa la svolta: ok a nuova legge sui tre figli per coppia*, 20 agosto 2021, in https://www.ilsole24ore.com/art/la-cina-completa-svolta-ok-nuova-legge-tre-figli-coppia-AEPjtd?refresh_ce=1.

3. L'evoluzione del diritto di famiglia in Cina

Le trasformazioni sociali ed economiche e il riconoscimento del ruolo della famiglia, quale unità di produzione e consumo economica, poneva la necessità che nell'ambito della vita familiare venissero disciplinati diritti e obblighi che conferissero pari dignità ai suoi membri. Così, una più ampia normativa del 1980 ha disciplinato nell'ambito del matrimonio e del diritto di famiglia, la tutela delle donne, dei bambini e degli anziani, soprattutto sotto il profilo patrimoniale, nel senso che i genitori devono occuparsi dei loro figli, mentre sui figli adulti grava l'obbligo legale di fornire sostegno finanziario e di altro tipo ai loro genitori anziani²³.

Con una ulteriore apertura legislativa verso il divorzio, venne stabilito che esso poteva essere richiesto sulla base della completa rottura dell'affetto tra marito e moglie, diventando questa giuridicamente una causa di scioglimento del matrimonio, e si è cominciato a riconoscere che tale scioglimento poteva essere richiesto soltanto da uno dei coniugi, anche quando la ricorrente fosse una donna. In quest'ultimo caso, però, non erano infrequenti trattamenti discriminatori da parte dei tribunali²⁴.

²³ Con la legge sul matrimonio del 1980 il legislatore intendeva consolidare i rapporti e la struttura familiare socialista allo scopo di rafforzare le quattro modernizzazioni (industria, agricoltura, scienza e tecnologia, difesa) attraverso la costituzione di una maggiore stabilità sociale e tutela dei diritti del nucleo, disciplinando con maggiore chiarezza di dettaglio alcune questioni relative ai diritti e doveri dei coniugi e all'istituto del divorzio. Nei rapporti tra i familiari vigevano gli obblighi di solidarietà dettati nel terzo capitolo all'art. 15 e all'art. 22. Essi rafforzavano quella concezione di *pietas* filiale cara alla dottrina confuciana. Ai doveri nascenti dal legame genitori-figli (art. 15) venne aggiunto l'obbligo, in capo ai nonni, di mantenimento dei nipoti minorenni nel caso di prematura scomparsa dei genitori e, reciprocamente, nel caso di nipoti maggiorenni verso i nonni se necessario (art. 22). I rapporti famigliari, i doveri di mantenimento, la tutela di donne, anziani e bambini furono ulteriormente enunciati anche dalla Costituzione del 1982, all'art. 49: «Il matrimonio, la famiglia, la madre e la prole sono protetti dallo stato. Entrambi i coniugi hanno il dovere di praticare la pianificazione familiare. I genitori hanno il dovere di allevare ed educare i propri figli minorenni, e i figli maggiorenni hanno il dovere di sostenere e assistere i propri genitori. La violazione della libertà di matrimonio è proibita. I maltrattamenti di persone anziane, donne e bambini sono proibiti». Così, S. D'ATTOMA, *Famiglie interrotte. Violenza domestica e divorzio nella recente legislazione della Repubblica Popolare Cinese*, cit., 14.

²⁴ Allo scopo di garantire una maggiore protezione delle donne, la Corte Suprema del Popolo introdusse delle interpretazioni su alcune questioni relative alle decisioni dei tribunali popolari sul mantenimento dei figli nei casi di

La graduale trasformazione della economia cinese a economia di mercato, gli effetti della globalizzazione, anche giuridica, incidono nuovamente sul diritto di famiglia e un'altra riforma del 2001, riduce sempre più gli ostacoli al divorzio unilaterale e apre a una maggiore accettazione sociale dello scioglimento del matrimonio. Si introducono nuove ipotesi di invalidità e revocabilità del negozio matrimoniale, tra le quali la violenza domestica e le relazioni extraconiugali²⁵.

L'interferenza dello Stato nella vita privata e l'intimità dei coniugi, si manifesta ancora una volta, con una disposizione che enuncia una serie di principi e di doveri morali da rispettare nel matrimonio, enfatizzando il dovere di fedeltà reciproca, con possibilità di richiedere un risarcimento danni al coniuge che abbia commesso bigamia, coabitazione illegale, violenza familiare o abbandono ai danni dei membri della famiglia. È sancito, inoltre, il divieto delle convivenze *more uxorio*. La definizione che di tali convivenze dà la Corte Suprema del Popolo, quale circostanza di fatto per cui una «persona sposata vive stabilmente e continuativamente, non come marito e moglie, con un'altra persona del sesso opposto diversa dal proprio coniuge»²⁶, è attualmente ripresa dal nuovo codice civile del 2021 nel Libro V «Del Matrimonio e della Famiglia», art. 1042.

Vengono integrate le norme concernenti il regime patrimoniale della famiglia, valorizzando la capacità di lavoro casalingo della donna, dimodoché anch'essa beneficiasse delle acquisizioni realizzate dal marito. La legge del 2001 introduce anche sanzioni per la parte che, durante il divorzio, tenta di nascondere qualche fetta di beni che cadono in comunione²⁷.

Con una successiva normativa sul matrimonio del 2011, si specificano ulteriori diritti e doveri reciproci, inerenti al benessere della famiglia. L'obbligo di osservare le nuove modalità di appartenenza dei beni tra i coniugi, con l'introduzione di una norma che elenca quali di essi costituiscano beni comuni e qua-

divorzio in materia di custodia dei figli, di accordi concernenti la divisione dei beni e di mantenimento, v. M. PALMER, *Protecting the Health of Mothers and Their Children: Developments in the Family Law of the People's Republic of China*, 1995, in *The International Survey of Family Law*, 1995, 107 ss.

²⁵ M. PALMER, *Transforming Family Law in post Deng China: marriage, divorce and reproduction*, in *The China Quarterly*, 2007, 675 ss.

²⁶ S. D'ATTOMA, *Famiglie interrotte. Violenza domestica e divorzio nella recente legislazione della Repubblica Popolare Cinese*, cit., 16 s.

²⁷ W. FENG, *A Review of the Development of Marriage Law in the People's Republic of China*, in *University of Detroit mercy law review*, 2002, 331 ss.

li, invece, debbano considerarsi oggetto di proprietà del singolo coniuge, con il riconoscimento in capo alla donna della titolarità di ulteriori rapporti giuridici rispetto al passato, riflettono il processo di riforme che hanno condotto al riconoscimento della proprietà privata e alle trasformazioni sociali ed economiche che hanno investito tutti gli ambiti del diritto cinese.

L'articolo 39, legge 2011, prevede che marito e moglie cerchino un accordo per disporre dei loro beni in comunione legale al momento del divorzio. Diversamente, il Tribunale del Popolo emetterà una sentenza basata sui diritti e sugli interessi dei figli e della moglie. Ma, poiché i procedimenti giudiziari possono richiedere tempi eccessivamente lunghi e sono quindi costosi e stressanti, le coppie divorziate hanno di solito preferito negoziare privatamente la divisione del patrimonio familiare in comunione legale²⁸.

In questi casi, quando la coppia concorda le condizioni del divorzio – compresa la divisione dei beni, la custodia e il mantenimento dei figli –, può rivolgersi direttamente al Dipartimento di registrazione del matrimonio per registrare il divorzio, con procedura stragiudiziale (attualmente disciplinata dagli artt. 1076 e 1078, codice civile del 2021).

Tuttavia, in mancanza di un obbligo di rendere esplicita la consistenza dell'intero patrimonio, le divisioni patrimoniali in sede di divorzio erano spesso sbilanciate a danno della parte più debole (di solito le donne), tanto che con Legge della Repubblica Popolare Cinese sulla protezione dei diritti e degli interessi delle donne del 2022, è stato sancito che durante la procedura di divorzio entrambe le parti abbiano l'obbligo di dichiarare tutti i loro beni comuni. Qualora una parte nasconda, trasferisca, venda, distrugga o dilapidi tali beni, in caso di divorzio, può ricevere una quota ridotta del patrimonio coniugale o addirittura nessuna²⁹.

La necessità della suddetta normativa è data dalla definizione piuttosto ampia di «beni comuni» contenuta nel codice civile del 2021, che comprende stipendi, premi e altre remunerazioni per

²⁸ K. LI, S.L. FRIEDMAN, *Wedding marriage to the Nation State in modern China: legal consequences for divorce, property and women's rights*, in K. CELLELO, H. KHOLOUSSY, *Domestic tensions, National anxieties: global perspectives on marriage, crises and nation*, New York, 2016, 147-169.

²⁹ J.D. MORLEY, *Chinese divorce law: a major development*, Aug 09, 2023, in <https://www.international-divorce.com/chinese-divorce-law-a-major-development>.

i servizi resi; proventi della produzione, delle operazioni commerciali e degli investimenti; proventi dei diritti di proprietà intellettuale; beni ereditati e donazioni (art. 1062, cod. civ. 2021).

Così, se in passato la negoziazione privata era preferibile per evitare le lungaggini e i costi processuali, oggi è in presenza di patrimoni particolarmente consistenti che si ricorre agli accordi pre e post matrimoniali, per i quali non sono prescritti requisiti formali o procedurali, se non l'obbligo che essi siano stipulati per iscritto. In merito, l'articolo 1065 del codice civile cinese recita: «Un uomo e una donna possono convenire che i loro beni prematrimoniali e i beni che acquisiranno durante il matrimonio possano essere di loro proprietà separatamente o in comunione, o in parte posseduti separatamente e in parte in comune. L'accordo deve essere redatto per iscritto. In mancanza di accordo o in caso di mancanza di chiarezza, si applicano gli articoli 1062 e 1063 del presente codice. L'accordo sui beni prematrimoniali e sui beni acquisiti durante il matrimonio è legalmente vincolante per entrambe le parti del matrimonio. Se i coniugi convengono che i beni acquistati durante il matrimonio siano posseduti separatamente, il debito contratto da uno dei coniugi deve essere estinto con i suoi beni personali, nella misura in cui il terzo interessato sia a conoscenza di tale accordo».

Dalla norma si evince che gli accordi pre o post matrimoniali possano disciplinare soltanto la proprietà dei beni economici e non questioni immateriali. Ciò nonostante, nella pratica, l'oggetto di tali convenzioni viene ampliato fino a autotutelarsi da una ipotesi di infedeltà, a regolamentare un eventuale divorzio, compresa la custodia, l'educazione e il mantenimento dei figli, con la prescrizione di elevati risarcimenti.

Sebbene la giurisprudenza cinese sembra essere divisa in merito alla validità di alcune di tali clausole, in particolare, la clausola di infedeltà o di adulterio, il diritto contrattuale disciplinato dal codice civile del 2021, potrebbe condurre al totale accoglimento delle stesse. Infatti, l'articolo 464, afferma che i contratti di matrimonio, adozione, tutela e altri rapporti personali devono essere regolati dalle leggi speciali che disciplinano tali rapporti e, in mancanza, possono essere applicate le disposizioni del diritto contrattuale generale. Inoltre, l'articolo 1091, amplia i tradizionali motivi di colpa (bigamia, convivenza con altri, violenza domestica e maltrattamenti o emarginazione di un membro della famiglia) che consentono al coniuge leso di richiedere all'altro in sede di divorzio un risarcimento danni, aggiungendo una clausola generale che dà ingresso a «eventuali altre colpe gravi».

La portata del nuovo codice sembra, dunque, avallare e garantire l'uso dell'autonomia privata. L'unico vero limite resterebbe il riscontro di un grosso squilibrio, disuguaglianza o ingiustizia, tra i due coniugi, creata da tali clausole. In tal caso, la giurisprudenza consolidata si pronuncia per la invalidità di esse e il giudice può intervenire per ristabilire l'equità³⁰.

4. *Matrimonio e famiglia quale cellula fondamentale per l'equilibrio della società cinese*

Come si può notare, nonostante le successive riforme del diritto di famiglia siano sempre dirette ad allocare e a riconoscere nuovi diritti e doveri per il benessere della famiglia e dei coniugi, ciò non cambia la connotazione fortemente pubblicistica della istituzione famiglia, quale cellula della società cinese e nucleo anche economico della stessa, la quale integra un sistema di *welfare* sottosviluppato, là dove gli uomini e le donne anziani, non adatti al lavoro, fanno affidamento sul sostegno finanziario dei membri della famiglia.

Interessante, l'art. 21 della legge del 2011, il quale stabilisce: «I genitori hanno il dovere di crescere ed educare i figli; I figli hanno il dovere di mantenere e assistere i genitori. Se i figli non adempiono al loro dovere, i genitori che non sono in grado di lavorare o hanno difficoltà a provvedere a se stessi hanno il diritto di esigere dai figli un sussidio». Analoghe disposizioni sono contenute nella legge sulla protezione dei diritti e degli interessi degli anziani del 2012. Infine, codificate all'articolo 1067, cod. civ. 2021, che sancisce gli obblighi di mantenimento reciproco tra genitori e figli.

Le obbligazioni legali cui sono tenuti i familiari hanno perpetuato l'importanza dei legami e degli obblighi di assistenza intergenerazionali nella Cina odierna³¹. È dato osservare, infatti, che il divorzio, in tutti gli ordinamenti del mondo, ha sempre effetti patrimoniali, i quali in ogni caso afferiscono essenzialmente ai coniugi. Nel contesto socio-politico cinese, invece, i sociologi hanno condotto studi dai quali si evince che le responsabilità dei coniugi che si separano non si esauriscono con il divorzio, prima

³⁰ J. TIAN, *Spouse Infidelity Clause under Chinese Laws*, Jan 30, 2023, in <https://www.sinoblwg.com/spouse-infidelity-clause-under-chinese-laws/>.

³¹ X. QI, *Family bond and family obligation: continuity and transformation*, in *Journal of sociology*, 52(1), 2016, 39-52.

fra tutte, le esigenze educative del figlio³². Inoltre, le decisioni sul se e quando divorziare non sono determinate esclusivamente dalla coppia in questione, ma sono piuttosto una questione in cui la famiglia più ampia, compresi figli, nonni e altri parenti, può svolgere un ruolo significativo riguardo ai beni familiari e al modo in cui vengono divisi alla fine del matrimonio³³.

È interessante notare come l'obbligo legale, gravante sui figli adulti, di fornire sostegno finanziario e di altro tipo ai loro genitori anziani, si colori di ulteriori preoccupazioni che investono le scelte di vita dei genitori stessi. Se un genitore vedovo desidera risposarsi, il suo futuro coniuge ha diritto a tutti i beni che può possedere, con effetti sulla successione *mortis causa*. Infatti, i beni acquisiti dopo il matrimonio da uno dei coniugi sono, salvo prova contraria, considerati beni comuni di proprietà di entrambi i coniugi. In particolare, sono soggette al regime della comunione patrimoniale le eredità e le donazioni ricevute da uno dei coniugi dopo il matrimonio, a meno che non sia dimostrato che sono destinate a un solo coniuge (art. 1062 c.c. 2021).

Si assiste, così, a un inverso fenomeno sociale. Per esempio, è stato già accennato come il matrimonio in Cina è tradizionalmente considerato non quale risultato di una scelta individuale, bensì un accordo di tra due famiglie, con il necessario coinvolgimento dei genitori delle coppie. Questi ultimi hanno svolto un ruolo attivo nella selezione del coniuge e nella decisione del matrimonio dei loro figli adulti, selezionando un coniuge la cui famiglia corrispondesse al loro *status* sociale. Ciò, perché il background genitoriale di un individuo si riteneva potesse incidere negativamente o positivamente sulle esperienze educative, lavorative e di socializzazione della coppia. Esso, quindi, costituiva una manifestazione dell'ambiente sociale in cui il matrimonio sarebbe stato benedetto e riconosciuto da parenti e conoscenti³⁴.

La rivoluzione culturale cinese post-Mao ha decisamente ridotto, se non eliminato, l'interferenza dei genitori nella scelta del matrimonio, ma il timore di perdere i diritti ereditari ha comportato il fenomeno opposto dell'ostruzionismo dei figli

³² X. QI, *Filial obligation in contemporary China: evolution of the culture-system*, in *Journal for the theory of social behaviour*, 45(1), 2015, 141-161.

³³ X. QI, *Remaking Families in Contemporary China*, cit., 116 ss.

³⁴ E.J. CROLL, *The politics of marriage in contemporary China*, Cambridge, 1981.

verso un nuovo matrimonio del genitore³⁵. Quando tale matrimonio comporta diritti patrimoniali per il nuovo partner, sul fondamento del riconoscimento sociale e politico della famiglia come unità di cura e assistenza per gli anziani, i figli maggiori possono intervenire adducendo che il potenziale coniuge è spinto da motivi finanziari e approfitta del genitore anziano³⁶. In altri casi, le stesse persone anziane si dissuadevano dal risposarsi per la preoccupazione che l'opposizione dei loro figli adulti avesse conseguenze per il loro sostegno nelle ipotesi di futuro bisogno³⁷.

Il rilievo di questa situazione emerge dalla legge sul matrimonio del 2011, che inserisce una nuova disposizione, la quale vieta ai figli di bloccare il nuovo matrimonio di un genitore. L'articolo 30 recita: «I figli rispettano il diritto dei genitori di risposarsi. Non sono autorizzati a interferire nel nuovo matrimonio dei loro genitori o nella loro vita dopo il nuovo matrimonio. Il dovere dei figli di mantenere i genitori non si esaurisce con il cambiamento del contratto di matrimonio dei genitori». Al tempo stesso, l'articolo 21 della legge sulle persone anziane del 2012 riconosce espressamente agli anziani il diritto di risposarsi e di dividere e distribuire i propri beni come meglio credono, liberi da qualunque impedimento da parte dei figli o di altri parenti, ovvero dai tentativi di ottenere tali beni con la forza. Norme codificate all'articolo 1069 del cod. civ. del 2021 rubricato «Dovere dei figli di rispettare il diritto di matrimonio dei genitori e il loro dovere di mantenimento».

Quanto brevemente esposto dimostra come la famiglia in Cina sia influenzata e segue le trasformazioni socio-economiche e politiche del Paese e come i suoi istituti divorzio, filiazione e regime patrimoniale, siano stati utilizzati dalla legge come strumenti di potere e di controllo sociale. Infatti, ove in passato la famiglia tradizionale, intesa nel senso esteso di clan, si autodisciplinava attraverso una serie di regole che erano riconosciute anche al di fuori senza l'interferenza dell'autorità, con l'avvento del socialismo, del comunismo e della Repubblica Popolare Cinese, sono le norme di produzione politica a imporsi sul sistema

³⁵ M. PALMER, *Transforming Family Law in post Deng China: marriage, divorce and reproduction*, cit., 679 ss.

³⁶ H. SHA, *Care and ageing in North-West China*, Berlino, 2017, 258.

³⁷ SUN-SONG, *Obstacles and opportunities regarding remarriage of rural elderly: a study based on surveys of villages in Hubei and Jiangxi Provinces*, in *Scientific research on aging*, 2(9), 2014, 20-27 (lingua originale cinese).

normativo interno alla famiglia (talvolta con resistenze) per modificarne i rapporti³⁸.

5. Conclusioni

Non avrebbe grosso significato studiare le differenze normative del nuovo codice civile cinese in tema di famiglia, se non si riconosce che l'istituzione familiare e il divorzio in Cina, coinvolgono fattori vari e complessi che per molti versi indicano le caratteristiche di una società in fase di cambiamento sociale ed economico, soggetta anche a un particolare tipo di gestione politica, che attinge a tradizioni culturali distinte da quelle di altre nazioni. Tanto si evince dallo stesso Codice Civile del 2021 che, all'art. 1041, enuncia il principio generale in tema di matrimonio e di famiglia: «Il matrimonio e la famiglia sono tutelati dallo Stato. Si adotta un ordinamento matrimoniale basato sulla libertà di matrimonio sul sistema monogamico e sull'uguaglianza tra uomini e donne. Sono tutelati i diritti e gli interessi legittimi di donne, minori, anziani e persone con disabilità».

Il legame ininterrotto con la tradizione è testimoniato anche dal fatto che l'eterosessualità continua a essere fondamento assoluto del matrimonio e né il principio di uguaglianza, né quello di autodeterminazione possono legittimare lo stravolgimento di siffatto contenuto³⁹. Uno strappo, invece, è dato dalla circostanza che la legge cinese non riconosce diritti e obblighi coniugali o matrimoniali ai conviventi, indipendentemente dalla durata del rapporto di convivenza. Il riconoscimento giuridico di tale relazione, come matrimoniale, può avvenire soltanto con la formale registrazione presso gli uffici locali competenti. Ciò, ha creato una indubbia cesura con i tradizionali usi familiari, là dove il matrimonio combinato dalle famiglie era valido in virtù della sola unione di fatto. Appare, così, evidente come la registrazione del matrimonio, più che un atto meramente amministrativo, è concepita quale sorta di responsabilità civile dell'individuo.

³⁸ V. FERRARI, *Diritto e società: elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2008, 115 ss.; V. POCAR-P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2003, 9 ss.

³⁹ P. LO IACONO, *La sorprendente 'sinfonia' tra chiesa cattolica e Repubblica Popolare Cinese (a proposito del diritto naturale e dell'eterosessualità del matrimonio)*, in S. SACCOCCIO, S. PORCELLI, *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, cit., 293 ss.

Dalle ricerche dei sociologi, infatti, emerge che famiglia cinese continua ad essere fonte dell'identità di una persona e che le relazioni con i membri della famiglia rimangono significative per ciascuno di essi, durante l'intero arco della vita. Le relazioni familiari hanno un valore per gli individui come punto di riferimento duraturo nel fornire che nel ricevere il sostegno, materiale ed emotivo. Ciò anche in vista delle giovani famiglie in cui entrambi i genitori lavorano e hanno bisogno di assistenza all'infanzia e di aiuto nelle faccende domestiche. In questi casi, i mezzi più affidabili, anche economici, per ottenere tale aiuto sono i nonni e i loro figli stessi. La famiglia, pertanto, ha un valore a sé stante, da preservare attraverso la procreazione e le rivendicazioni di discendenza e parentela⁴⁰.

In ultima analisi, nonostante sia ampiamente riconosciuto il diritto alla piena autonomia degli individui nella scelta del proprio coniuge (espressamente codificato all'art. 1042 che vieta sia i matrimoni combinati, i matrimoni per compera e altri atti che interferiscono con la libertà di matrimonio; sia la richiesta di denaro o di altri beni in ragione del matrimonio), sembra che i giovani continuino a essere vincolati dalle preferenze e dalle opportunità conferite dalla propria posizione sociale e dalla tradizionale percezione cinese di cosa significhi un buon matrimonio.

Da questo quadro generale emerge una possibile spiegazione per cui è molto difficile trovare sentenze di divorzio di tribunali stranieri, i quali emettano ordinanze su questioni strettamente familiari, inerenti a coniugi cinesi. Ed è anche significativo che mentre le sentenze di divorzio straniere sono generalmente riconosciute in Cina, le decisioni dei tribunali stranieri sulla divisione della proprietà e sulla custodia e mantenimento dei figli non sono riconosciute dai tribunali cinesi a meno che i trattati bilaterali di assistenza giudiziaria non dispongano diversamente⁴¹.

Abstract: Il matrimonio in Cina e le relazioni familiari costituiscono unico punto di riferimento per il sostegno materiale ed emotivo. Tale valore è preservato attraverso la procreazione e la parentela. Per questa ragione, sebbene il tasso di divorzio è più o meno proporzionale agli ordinamenti occidentali, le percentuali di matrimonio sono più elevate, anche in ragione di un sistema di welfare e di servizi sociali meno sviluppati. Pertanto, l'assistenza all'infanzia e agli anziani non più adatti

⁴⁰ X. QI, *Remaking Families in Contemporary China*, cit., 185 ss.

⁴¹ Un maggiore approfondimento è in E. NAPOLITANO, *La famiglia nel nuovo codice civile cinese del 2021*, *infra*.

al lavoro viene offerta dalla famiglia. La famiglia, dunque, appare come l'istituzione portante della società cinese, caratterizzata da una forte autoreferenzialità culturale e da una assoluta preferenza per i legami intra-etnici, anche in ambito di relazioni e dinamiche internazionali.

Marriage and family relationships are China's only reference points for material and emotional support. This value is preserved through procreation and kinship. For this reason, although the divorce rate is more or less proportional to Western systems, marriage rates are higher, also due to a less developed welfare system and social services. Therefore, the family offers care for children and to the elderly are no longer fit for work. The family, therefore, appears as the backbone of Chinese society, characterized by a solid cultural self-referentiality and an absolute preference for intra-ethnic ties, even in the context of international relations and dynamics.

ELENA NAPOLITANO

La famiglia nel nuovo Codice Civile cinese del 2021

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il nuovo codice civile cinese. – 3. L'unità familiare. – 4. Il divorzio *per saltum*. – 5. Il rapporto patrimoniale tra nubendi. – 6. Il Regolamento UE 2016/1103. – 7. Il regime patrimoniale delle unioni registrate.

1. Premessa

L'esperienza giuridica cinese rappresenta la perfetta sintesi di un processo culturale multiforme, ove i vari strati delle innovazioni giuridiche intervenute si sono sovrapposti a quelli del pensiero cinese antico, generando una diagenesi di modelli appartenenti a età diverse. L'esigenza di adeguare il quadro normativo alle continue modificazioni della realtà socio-economica o, più genericamente, al multilateralismo¹ ha dato vita ad un sistema della fonti articolato, con origini variegata, creando frammentazione e flessibilità giuridica, così come il «pluralismo giuridico». È in questo scenario che lo Stato ammantava la normativa di una funzione politica delineando così negli ultimi decenni un modello giuridico cinese molto più unificato.

In tale contesto, hanno svolto un ruolo decisivo la costruzione di uno stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi; l'evoluzione qualitativa del diritto cinese, in linea con i principi del diritto internazionale e, da ultimo, l'entrata in vigore, il primo gennaio 2021, di un organico codice civile.

Se da un lato il nuovo Codice Civile cinese è espressione di una elaborazione tesa a colmare il 'vuoto' che si era creato con l'abrogazione del primo codice civile cinese (1931) voluta da Mao nel 1949 poco dopo la nascita della Repubblica Popolare Cinese, dall'altro, palesa un divario tra il reale e il simbolico².

¹ A. CAFFARENA, *I cruciali anni Venti. Competizione a somma zero, Cina e multilateralismo*, in *OrizzonteCina*, 12, 2021, n. 2, 1-20.

² M.F. STAIANO, *La Comunità di destino condiviso per l'umanità come*

2. Il 'nuovo' codice civile cinese

Nella Cina continentale l'adozione del Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese è stata valutata come l'evento giuridico del ventunesimo secolo paragonabile, per significato e rilevanza, all'emanazione del codice civile francese e del BGB, rispettivamente nel 1804 e nel 1900.

Non a caso, la stampa internazionale e quella interna hanno più volte accostato l'immagine del Presidente della Repubblica Popolare, Xi Jinping, alla forte personalità di Napoleone Bonaparte.

Così come il Code civil è insieme «un simbolo», «un'idea», «un mito», la fine di un itinerario, dal *droit* alla *loi*³, allo stesso modo il Codice Civile cinese rappresenta un atto di rottura col passato e una proiezione verso il futuro. Già nel 2016, infatti, Chen Zhimin scriveva che il mondo stava cambiando e con questo l'ordine internazionale⁴.

Dopo un secolo costellato di tentativi (se ne contano almeno cinque), poi abortiti, di redigere un codice civile, il 28 maggio del 2020 l'Assemblea Nazionale del Popolo ha definitivamente approvato il testo del nuovo codice civile cinese, la cui portata innovativa non può essere colta appieno senza tenere in considerazione le peculiarità dell'antica cultura cinese e il pragmatismo che da sempre caratterizza quel popolo.

Con 2879 voti favorevoli, 2 contrari e 5 astenuti, il codice si presenta quale rappresentazione plastica di un lungo periodo di elaborazione che ha costituito un'ottima palestra, sia per i giuristi cinesi che per le classi dirigenti, per acquisire gradualmente maggiore dimestichezza con il sistema romanistico nonché un passo importante per la modernizzazione e il perfezionamento dello stato di diritto⁵.

espressione di un nuovo umanesimo giuridico cinese: elementi interni e dimensioni internazionali, in Tigor: rivista di scienze della comunicazione e argomentazione giuridica, 2021, n. 2, 185-192.

³ V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 6^a ed., 2018, 125.

⁴ Z. CHEN, *China, the European Union and the Fragile World Order*, in *Journal of Common Market Studies*, 54, 2016, 4, 775-792.

⁵ Cfr. l'articolo su Quishi, scritto da XI JINPING, pubblicato il 15 giugno 2020. “充分认识颁布实施民法典重大意义——依法更好保障人民合法权益” (trad. ingl.: *Fully understand the significance of the promulgation and implementation of the Civil Code to better protect the people's legitimate rights and interests*). Consultabile al link: <http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020->

Il Presidente Xi Jinping, in quello stesso giorno di maggio, ha provveduto così a promulgare il testo del nuovo Codice che è entrato in vigore il 1° gennaio 2021.

Si tratta certamente di un avvenimento epocale che ha determinato il definitivo tramonto della età delle decodificazioni e la nascita di una nuova era che pone in primo piano l'idea della certezza del diritto, peraltro già annunciata dal nuovo codice brasiliano del 2002 e dal nuovo codice argentino del 2014⁶.

3. *L'unità familiare*

È indubbio che il nuovo testo codiciale⁷, costituito da 1260 articoli divisi in VII libri e che non ha alcuna pretesa di esaustività, è viva espressione del legame intercorrente tra l'ordinamento cinese e la tradizione romanistica⁸, senza però tralasciare tradizioni diverse, rispettandone le particolarità di ciascuna di esse. Si pensi al diritto tradizionale cinese, affidato per lungo tempo in ambito privatistico alla consuetudine; il diritto occidentale del XX secolo, i c.dd. modelli borghesi, comprensivo sia del civil law che del common law; il diritto dei Paesi del c.d. socialismo reale, che, seppur temperato e adattato, ha influenzato le norme del nuovo codice civile concernenti la proprietà e gli altri diritti reali⁹.

La presenza di apporti così eterogenei e i riflessi delle numerose trasformazioni sociali ed economiche che hanno investito nell'ultimo ventennio tutti gli ambiti del diritto cinese hanno

06/15/c_1126112148.htm. Per una panoramica sulle linee essenziali che hanno caratterizzato l'evoluzione del diritto civile in Cina si rimanda a S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2009, 527-536.

⁶ D. DURSÌ, *Il Codice Civile Cinese: tra tradizione romanistica e socialismo con caratteristiche cinesi*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2021, n. 2 177-184.

⁷ I. CARDILLO, *La legislazione cinese e il ruolo della Suprema corte del popolo*, in *Mondo Cinese*, 1, 2019, 55 ss.

⁸ Così anche R. CARDILLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC*, in *Mondo Cinese. Rivista di Studi sulla Cina Contemporanea*, 167, 2020, 28; si veda anche ID., *Diritto cinese*, cit., in R. CARDILLI, S. PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, Torino, 2020, 70 ss.

⁹ Cfr. S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *BIDR*, 110, 2016, 253 ss.; ID., *Il nuovo codice civile della Repubblica popolare cinese. Osservazioni dalla prospettiva del dialogo con la tradizione romanistica*, in *Studium Iuris*, 2020, 814; M. TIMOTEO, *Il Codice civile in Cina: oltre i 'legal transplants'?*, in *Mondo Cinese*, 167, 2019, 13 ss.

inevitabilmente interessato, direttamente o indirettamente, il modello di famiglia presente nella società, le modalità di esercizio della chiusura del vincolo coniugale, nonché la regolazione dei rapporti patrimoniali.

In un mondo in cui il riconoscimento dei diritti umani e il “costituzionalismo globale”¹⁰ tendono a svilupparsi sempre più, la Repubblica popolare cinese rappresenta la più importante eccezione e area di ritrosia, per i suoi radicati valori confuciani della salvaguardia dell’interesse collettivo come anti-individualista¹¹.

La stessa Costituzione della Repubblica Popolare Cinese¹² ha sancito il riconoscimento della piena protezione del matrimonio¹³, e quindi della famiglia¹⁴, da parte dello Stato (art.

¹⁰ D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *California Law Review*, vol. 99, 2011, 1162 ss.

¹¹ F. RUIPING, *Reconstructionist Confucianism: Rethinking Morality After the West*. Dao. 9. 10.1007/s11712-010-9178-x.

¹² Cfr. F. SPAGNOLI, *La riforma della Costituzione cinese: un’analisi della revisione costituzionale del 2018 e dei suoi caratteri principali*, in *DPCE online*, 1, 2019, 129-163.

¹³ Contrariamente all’ordinamento canonico, il nuovo codice della Repubblica Popolare Cinese non contempla una chiara definizione dell’istituto matrimoniale sotto il profilo strutturale e finalistico che è rinvenibile solo indirettamente, mediante l’analisi di alcune norme particolarmente significative. L’ordinamento canonico definisce il *foedus* nuziale al can. 1055 del *Codex Iuris Canonici* latino (ove il *matrimonium in fieri* è definito come «Il patto matrimoniale con cui l’uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione della prole») e al can. 776 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (secondo cui «il patto matrimoniale fondato dal Creatore e strutturato di sue leggi, mediante il quale l’uomo e la donna stabiliscono tra loro con irrevocabile consenso personale la comunità di tutta la vita, per sua indole naturale è ordinato al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione dei figli»). È importante evidenziare che il diritto canonico appartiene alla «famiglia» dei diritti religiosi; l’ordinamento della Repubblica Popolare Cinese, invece, alla «famiglia» dei diritti secolari. Su questo aspetto, più approfonditamente, v. P. LO IACONO, *La sorprendente ‘sinfonia’ tra Chiesa Cattolica e Repubblica popolare cinese (a proposito del diritto naturale e dell’eterosessualità del matrimonio)*, in S. SACCOCCIO, S. PORCELLI, *Codice Civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Modena, 2021, 293 ss.

¹⁴ Cfr. L. DI COSTANZO, *Il matrimonio nell’ordinamento cinese, supra*, ove viene approfondito come l’evoluzione del diritto di famiglia moderno e contemporaneo cinese, caratterizzata da una normativa dai forti connotati politici, si compone di più fasi: la prima si individua nella legislazione sia repubblicana che comunista antecedente il 1949; la seconda può farsi risalire a quella comunista della Repubblica Popolare Cinese del 1950; la terza si identifica in quella delle riforme post-maoiste del 1980; poi vi sono le modifiche intervenute all’inizio del 2001 e nel 2011 e, infine, la più recente che si determina con la pro-

49)¹⁵, quale nucleo fondamentale della società, nonché bene giuridico primario che, però, non deve nuocere all'ordine sociale e quindi contrastare con l'interesse pubblico (art. 51)¹⁶.

L'ordinamento appresta tutela a quell'unità familiare che sia frutto dell'uguaglianza dei coniugi, riconoscendo loro il potere di autoregolamentare l'esercizio dei diritti personali per la realizzazione dell'unità. Sarebbe, però, un errore correlare il problema della dissolubilità del matrimonio esclusivamente al principio di conservazione¹⁷ e quindi di stabilità, perché le libertà individuali sono contemperate da doveri di solidarietà economica, politica e sociale, tale da responsabilizzare le persone. Ne deriva che la separazione e il divorzio, in seguito ad accertamento del disfacimento della comunione legale e spirituale, sono entrambi rimedi a tutela dei membri della famiglia¹⁸.

Nei procedimenti di scioglimento del vincolo matrimoniale, l'interprete può esercitare poteri di controllo delle statuizioni patrimoniali ed esistenziali a favore delle persone «vulnerabili», ma non di sindacato della libertà di divorzio che, analogamente alla libertà di matrimonio, è espressione di una volontà individuale.

L'istituto del divorzio¹⁹ viene declinato in ogni Paese alla stre-

mulgazione del nuovo codice civile cinese. La periodizzazione indicata coincide con le principali trasformazioni politiche avutesi in Cina e a ciascuna di esse può essere attribuito uno o più testi di riferimento: il Libro della Famiglia nel codice civile del Guomindang e il Regolamento sul matrimonio del PCC, entrambi del 1931; la Legge sul matrimonio del 1950; la Legge sul matrimonio del 1980; la Novella del 2001 e del 2011.

¹⁵ Art. 49 della Costituzione della Repubblica Popolare cinese: «Marriage, the family and mother and child are protected by the state. Both husband and wife have the duty to practice family planning. Parents have the duty to rear and educate their children who are minors, and children who have come of age have the duty to support and assist their parents. Violation of the freedom of marriage is prohibited. Maltreatment of old people, women and children is prohibited».

¹⁶ Art. 51 Costituzione della Repubblica Popolare cinese: «Citizens of the People's Republic of China, in exercising their freedoms and rights, may not infringe upon the interests of the state, of society or of the collective, or upon the lawful freedoms and rights of other citizens».

¹⁷ M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 708 ss.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, Napoli, 2020, 395.

¹⁹ Per un inquadramento sistematico, v., M. GIORGIANNI, P. RESCIGNO, P. UNGARI, G. AMATO, S. RODOTÀ, *Cinque note sul divorzio*, in *Politica del diritto*, 1970, 354 ss.; P. SCHLESINGER, *Alcune osservazioni in tema di divorzio*, in *Studi in onore di Scaduto G.*, III, Padova, 1970, 179 ss.; F. SANTORO PASSARELLI,

gua della propria tradizione culturale, fissando talvolta limiti qualitativi e quantitativi al suo ricorso. Non è mancato chi²⁰ ha sostenuto che l'esistenza stessa di norme che regolano la libertà di divorzio non permette di intendere tale diritto come assoluto; la procedura stessa potrebbe essere ritenuta come una limitazione.

Con riguardo al contesto cinese, viene nuovamente in rilievo il dettato dell'art. 51 della Costituzione della RPC secondo cui i diritti dei cittadini non sono da intendersi in termini assoluti, giacché il loro esercizio è pur sempre subordinato all'ordine sociale²¹.

4. *Il divorzio per saltum*

Le poche sentenze rinvenute nel nostro ordinamento hanno ad oggetto prevalentemente pronunce di divorzio intervenute negli ultimi anni che si caratterizzano, oltre che per la loro stringatezza, per le particolari questioni di merito affrontate.

Con riguardo a tale aspetto, va immediatamente chiarito che per i cittadini cinesi interessati a divorziare in Italia è possibile, previo accordo scritto con il coniuge, escludere l'applicazione della legge italiana e sostituirla con quella cinese (art. 5 Regolamento UE 1259/2010²²), senza dover prima attivare una procedura di separazione coniugale.

In questo modo, i coniugi potranno accedere al cosiddetto istituto del divorzio *per saltum*, ossia chiedere ai Tribunali italiani di far dichiarare direttamente il divorzio, senza attendere la previa pronuncia di una sentenza giudiziale o di separazione consensuale.

In Cina, infatti, a differenza dell'Italia, non esiste un istituto di separazione legale.

Divorzio e separazione personale, in *Scritti in onore di Pugliatti S.*, I, 2, Milano, 1978, 1853 ss.; P. PERLINGIERI, *Aspetti civilistici della separazione e del divorzio*, in *Dir. e giur.*, 1979, 770 ss.; V. SCALISI, *Divorzio persona e comunità familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 755 ss.; A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 125 ss.; A. FALZEA, *Note introduttive generali*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, 59 ss.

²⁰ XIA 夏吟兰, *Lihun ziyou yu xianzhi lun* 离婚自由与限制论 [La libertà di divorzio e i suoi limiti], *Zhongguo Zhengfa Daxue chubanshe*, 2007, 25.

²¹ S. D'ATTOMA, *Il divorzio come espressione di libertà individuale: il caso cinese*, in *Bollettino della Società Letteraria di Verona*, 2018, 37-50.

²² In dottrina, R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. dir.*, 2011, 1053 ss.; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 601 ss.

Di conseguenza, la procedura di divorzio è più rapida. I coniugi che intendono divorziare volontariamente devono concludere, infatti, un accordo di divorzio per iscritto su questioni quali il mantenimento dei figli, la divisione dei beni e il trattamento dei debiti, e chiederne personalmente la registrazione presso l'autorità di registrazione del matrimonio.

Tuttavia, affinché il divorzio abbia effetto, è necessario un "periodo di riflessione" (冷静期) di 30 giorni dalla data della richiesta. Se durante tale periodo non vi sono ritiri della domanda da parte di uno dei coniugi, l'autorità competente cinese rilascerà il certificato di divorzio a condizione che la richiesta venga confermata entro 30 giorni dalla scadenza del «periodo di riflessione». In caso contrario, la domanda di registrazione del divorzio sarà considerata ritirata.

In realtà, oltre al divorzio consensuale, il nuovo codice civile contempla anche l'ipotesi in cui sia uno solo dei coniugi a chiedere il divorzio. In tal caso, un ente competente può esperire un tentativo di conciliazione e in caso di fallimento segue la concessione del divorzio.

Di particolare importanza è il dettato dell'art. 1082 del codice civile cinese, secondo cui il marito non può chiedere il divorzio durante la gravidanza della consorte, nè entro un anno di vita del bambino; tantomeno, entro sei mesi dalla cessazione della gravidanza.

Il medesimo articolo, però, contempla anche due eccezioni: la prima, si ha quando è la moglie a chiedere il divorzio; la seconda, si verifica quando è proprio il Tribunale del popolo a ritenere che la richiesta di divorzio presentata dal marito sia meritevole di essere esaminata.

Naturalmente, ben può verificarsi il caso in cui le due parti intendono volontariamente ricongiungersi; in tal caso, andrà presentata una nuova istanza di registrazione del matrimonio presso l'autorità competente.

Nel caso di divorzio dei genitori, il rapporto genitori-figli di certo non si estingue.

A differenza dell'Italia, però, in Cina non esiste l'affidamento condiviso.

L'art. 1084 del Codice civile cinese stabilisce che in caso di scioglimento del matrimonio i figli di età inferiore ai due anni devono essere affidati alla madre. Per i figli che hanno compiuto i due anni di età, in mancanza di accordo tra i coniugi, il Tribunale del Popolo affiderà il figlio al genitore ritenuto più idoneo, nel rispetto del criterio del migliore interesse del minore.

Nell'ipotesi in cui il figlio abbia un'età superiore agli otto anni, andrà rispettata l'effettiva volontà del minore. Tuttavia, qualsiasi accordo tra i coniugi sull'affidamento condiviso non è vietato dalla legge cinese.

La Cina non è un membro attivo delle convenzioni internazionali sul diritto di famiglia.

In generale, le sentenze dei tribunali stranieri sullo scioglimento del matrimonio valido (o sui divorzi stessi) possono essere riconosciute ed eseguite in Cina a condizione che almeno una delle parti sia cittadina cinese (tramite la necessaria autenticazione). Altre sentenze straniere relative alla custodia dei figli e alla divisione dei beni matrimoniali non sono riconosciute ed eseguite in Cina, a meno che le convenzioni internazionali o i trattati bilaterali non stabiliscano diversamente.

Con lo Stato italiano la Repubblica Popolare Cinese ha stipulato una convenzione internazionale di cooperazione giudiziaria nel 1991 che tuttavia non risulta applicabile in quanto la stessa non disciplina le questioni di competenza giurisdizionale.

Ai sensi dell'art. 32 della Legge n. 218 del 1995, il giudice italiano è competente a pronunciarsi sul divorzio solo se il matrimonio è stato celebrato in Italia oppure è stato celebrato in Cina e poi trascritto in Italia. Il tribunale da adire sarà, naturalmente, quello territorialmente competente con riferimento all'ultima residenza in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio.

Le poche pronunce rinvenute in Italia su matrimoni cinesi e matrimoni misti hanno avuto ad oggetto perlopiù domande congiunte di scioglimento del matrimonio per sopravvenuta impossibilità di ricostruire la comunione materiale e spirituale tra i coniugi, ove questi dichiaravano di designare di comune accordo²³ la legge cinese sul divorzio, c.d. *diretto*, quale legge applicabile. La norma richiamata, infatti, prevede che i coniugi possono, di comune accordo, applicare al divorzio e alla separazione personale la legge dello stato in cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo. In aggiunta a ciò, ai sensi dell'art. 31, co.1, della l. n. 218/1995, è previsto che la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune ai coniugi al momento della proposizione della domanda.

Più ardua è l'ipotesi di applicazione di una legge straniera in mancanza di un accordo tra le parti. Una sentenza del Tribuna-

²³ Trib. Vercelli, 24 marzo 2022, n.318.

le di Mantova²⁴ ha esaminato una ipotesi di inapplicabilità della legge cinese, applicando la *lex fori*, cioè il diritto italiano, in quanto uno dei coniugi era rimasto contumace per cui non era stato raggiunto l'accordo sull'applicazione della legge cinese. In assenza di accordo, è lo stesso art. 8 del Regolamento c.d. *Roma III* prevede alcuni criteri per stabilire quale legge si applica alla separazione e al divorzio, con preferenza – di fatto – per la legge della residenza abituale dei coniugi.

Se non è possibile individuare un luogo di residenza abituale, la legge applicabile sarà quindi quella di cui entrambi i coniugi sono cittadini nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; in ultima battuta, se i coniugi hanno diverse cittadinanze si applicherà la legge del Paese in cui è adita l'autorità giurisdizionale (c.d. *lex fori*), ossia la legge italiana se il procedimento di separazione o divorzio viene promosso in Italia.

Emerge chiaramente come la famiglia e i valori a essa collegati sono da sempre alla base della società cinese, tanto da averne esaltato l'importanza dal punto di vista della costruzione di una società stabile (*hexie shehui* 和谐社会) e, allo stesso tempo, armoniosa.

Si comprende, allora, la scelta del legislatore di affiancare ai 'doveri morali' dei coniugi i buoni valori famigliari, promuovendone le virtù e incentivando la costruzione di una civiltà della famiglia.

5. I rapporti patrimoniali tra nubendi

La posizione e il rapporto tra coniugi nella famiglia nella società cinese è un aspetto che incide inevitabilmente anche sul tema dei rapporti patrimoniali tra i nubendi.

La codificazione stessa di un sistema di comunione quale regime legale della famiglia, suggellato col codice del 2021, è derivato dall'obiettivo di realizzare intenti solidaristici all'interno della famiglia a tutela del coniuge debole, tanto che alcuni autori hanno ritenuto che il nuovo testo codiciale è espressione dello stretto legame che intercorre tra la codificazione cinese e la tradizione romanistica.

Anteriormente al nuovo Codice civile del 2021, la disciplina dei regimi patrimoniali tra coniugi era rinvenibile nella Legge sul matrimonio²⁵ della Repubblica popolare cinese e, precisamente,

²⁴ Trib. Mantova, 19 gennaio 2016.

²⁵ Si ricorderà, infatti, che il più volte citato art. 17 della precedente legge matrimoniale già ne parlava.

agli articoli 17, 18 e 19. L'ultimo degli articoli citati individuava i diversi regimi patrimoniali tra coniugi che potevano, previo accordo, essere adottati. In mancanza di accordi diversi, il regime patrimoniale legale prevedeva la comunione di tutti i beni acquistati a far data dal matrimonio, quindi con esclusione dei beni personali prematrimoniali, nonché il pagamento delle cure mediche o comunque dei sussidi in caso in cui uno dei coniugi fosse affetto da invalidità e i beni di consumo e/o altri beni di uso comune.

Il dettaglio, seppur 'aperto', di tali beni acquistati in costanza di matrimonio era rinvenibile all'art. 17 della medesima legge, che includeva salari e bonus e qualsiasi altro reddito, sia esso ereditato o donato, sia esso derivante dalla proprietà intellettuale.

Successivamente la spinta verso la codificazione di un sistema di comunione quale regime legale della famiglia, suggellato col codice del 2021, derivò dall'intento di realizzare – analogamente al sistema romanistico – intenti solidaristici all'interno della famiglia a tutela del coniuge debole.

All'art. 1058 c.c. si può agevolmente cogliere lo stesso spirito che rappresenta il retroterra culturale ed emotivo sotteso alla comunione legale, ove si giustifica la previsione della comunione come regime convenzionale della famiglia, osservando che *"I coniugi hanno pari diritti di mantenere, educare e proteggere i figli minori e assumono congiuntamente gli obblighi derivanti"*.

L'attuale art. 1063 rappresenta la trasposizione dell'art. 18 della precedente legge sul matrimonio, là dove conferma le esclusioni che caratterizzano i beni che cadono in comunione legale. Tra questi, vengono annoverati i beni acquistati prima del matrimonio da uno dei coniugi; il risarcimento o l'indennizzo ricevuto da uno dei coniugi per lesioni personali; i beni attribuiti a uno solo dei coniugi in un testamento o contratto di donazione; i prodotti utilizzati esclusivamente da un coniuge per la vita quotidiana; gli altri beni di proprietà di uno dei coniugi.

Lo stesso inciso *"Marito e moglie hanno gli stessi diritti quando si dispone di beni comuni"*, attualmente contemplato all'art. 1062 c.c., ma già oggetto di interpretazione della Corte Suprema del Popolo²⁶, evidenzia sì la nuova visione familiare dedicata alla

²⁶ Nel 1950, a seguito della nascita della RPC ad opera di Mao Ze Dong e la conseguente abrogazione del codice civile del 1931, venne promulgata la c.d. Legge sul matrimonio che proponeva un tipo di famiglia basato su principi quali la monogamia e la libertà di matrimonio e su un sistema di diritti e doveri dei familiari. Uno dei principi fondamentali del sistema matrimoniale risiedeva

parità di genere, ma dal dettato normativo emerge chiaramente come l'eterosessualità del matrimonio non abbia valore meramente incidentale, ma rappresenti l'essenza stessa dell'istituto, in linea con la tradizione legislativa della Cina.

L'origine della comunanza di posizioni assunta dalla Chiesa Cattolica e la RPC in merito all'eterosessualità del matrimonio potrebbe rinvenirsi, non senza alcune differenze, anche tra gli scopi dell'unione matrimoniale che ambedue annoverano, ovvero la generazione e l'*educatio* della prole, da intendersi non solo in senso ampio come sopravvivenza della prole ma anche come trasmissione alla stessa di valori umani e culturali.

Vincolo matrimoniale che si caratterizza per l'influenza e il ruolo chiave che la prole può svolgere nella decisione di porvi fine. Il ruolo dei figli nel divorzio talvolta può essere determinante nella scelta di addivenire allo scioglimento del vincolo matrimoniale. Studi sociologici consolidati hanno dimostrato, infatti, che con l'aumentare dell'età del bambino, il suo effetto sulla stabilità del matrimonio diminuisce. In particolare, è stato dimostrato che dopo i 12 anni l'importanza del/dei figlio/i per la stabilità coniugale si riduce significativamente. In tale ottica, prendersi cura di un minore in tenera età comporta un costo elevato, richiedendo più tempo, sforzi e spese rispetto a quelli necessari per gli adolescenti. Ne consegue che i costi per lo scioglimento di un matrimonio sono più alti quando i figli sono più piccoli. Assumendo un approccio in termini di costi-benefici, è più probabile che i genitori rinviino la decisione di divorziare, almeno sino a quando il figlio non inizi gli studi universitari.

Questa valutazione squisitamente economica del matrimonio

bella reciproca parità dell'uomo e della donna. In dottrina, cfr. Y. YUAN, *The Origins of the Chinese Communist Party's Early Marriage Law*, New York, 2017, 52-53 e 56-59; T. TCHE-HAO, *Le droit de la famille en Chine Populaire*, in *Revue internationale de droit compare*, 2, 1972, 388 ss. Il riferimento all'uguale status giuridico dell'uomo e della donna era rinvenibile anche nella Legge del 1980, che sostituì quella del 1950, ricalcando così, ancora una volta, la necessità che l'unica coppia legittimata ad accedere al matrimonio fosse quella eterosessuale. Al riguardo, cfr. M. PALMER, *The Reemergence of Family Law in Post-Mao China: Marriage, Divorce and Reproduction*, in *The China Quarterly*, 1995, 118 ss.; G. RUFO CLERICI, *I coniugi cinesi in Italia: rapporti personali e patrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 1211. Un'ulteriore tappa nell'evoluzione dell'ordinamento cinese venne segnata dalle modifiche apportate nel 2001 alla Legge del 1980, con la quale il legislatore intese consolidare i rapporti familiari e la tutela dei diritti della famiglia, cellula fondamentale della società. Cfr. F. XIAOQING, *A Review of the Development of Marriage Law in the People's Republic of China*, in *u. det. Mercy l. rev.*, 2002, 331-368.

ha evidenti ripercussioni quando a venir meno è quell'unione di intenti che aveva dato vita al rapporto di coniugio.

Al momento del dissolvimento del vincolo matrimoniale, i beni in comunione sono destinati ad essere ripartiti sulla base dell'eventuale accordo intervenuto tra le parti; in mancanza di tale accordo, il Tribunale del popolo li ripartisce con l'unico intento di tutelare *in primis* gli interessi e i diritti dei figli, e poi della moglie e/o della parte incolpevole di tale separazione, al netto di eventuali debiti contratti congiuntamente o simulati da uno dei due coniugi.

6. Il Regolamento UE 2016/1103

È palese che il diritto di famiglia è diventato oggetto del diritto privato regolamentare dell'UE, il cui regolamento riflette l'obiettivo di costruire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui la libera circolazione delle persone è assicurata da misure relative alla cooperazione giudiziaria in materia civile con inevitabili implicazioni transfrontaliere e necessarie soprattutto per il corretto funzionamento del mercato interno.

A questo punto è necessario un accenno ai c.dd. 'regolamenti gemelli'²⁷ del 2016 che, applicabili a far data dal 29 gennaio del 2019, rappresentano il frutto di cooperazione rafforzata tra 18 Stati membri, con l'obiettivo di semplificare i problemi delle coppie *cross-border*²⁸. È stato riconosciuto che tali regolamenti costituiscono una tecnica di uniformazione giuridica e ben possono essere applicati anche quando la legge designata non sia quella di uno Stato membro.

Infatti, la *ratio* dei Regolamenti in parola appare essere quella

²⁷ P. LAGARDE, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 Juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés, in Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 676 ss.; N. JOUBERT, *La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, in *Rev. crit. droit inter. privé*, 2017, 2 ss.

²⁸ Per un'analisi del fenomeno delle famiglie *cross-border* v., L. RUGGERI, *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie cross-border*, in S. LANDINI (ed.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border, families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, 2020, 117 ss.; R. GAROTTO, *The impact of multicultural issues on the notion of "family member"*, in *Zbornik Znanstvenih razprav*, 2019, Letnik LXXIX, Ljubljani, 2019, 7 ss.

di garantire la certezza del diritto, evitando procedimenti paralleli e pertanto il c.d. *'forum shopping'*.

Il Regolamento UE 2016/1103 innova, integrandola, la disciplina della legge applicabile al regime patrimoniale della famiglia. Si passa dall'applicazione della legge nazionale comune, all'applicazione della legge della loro prima residenza abituale comune, dopo la conclusione del matrimonio²⁹.

Per quanto il regolamento abbia tra i suoi obiettivi quello di creare una sinergia tra *forum* e *jus*, col fenomeno della migrazione l'interprete potrebbe trovarsi al cospetto di una situazione ben diversa, ove la legge designata come applicabile – con o senza accordo – sia la legge di uno Stato terzo.

Pensiamo a una coppia cinese residente in Italia che al loro patrimonio venga applicata la legge cinese, soprattutto se hanno tra loro sottoscritto un accordo e uno di loro ha la cittadinanza cinese³⁰; oppure il caso in cui un cittadino francese e una cittadina italiana stabiliscono la loro residenza comune a Pechino, immediatamente dopo essere convolati a nozze e poi per esigenze lavorative devono trasferirsi in Italia³¹.

Questi sono due dei casi nei quali si potrebbe palesare la giurisdizione concorrente tra un tribunale cinese e un tribunale straniero.

La regola generale che ha sempre caratterizzato tali contenziosi prevedeva che, nonostante un tribunale straniero esercitasse la giurisdizione, i tribunali cinesi avrebbero potuto esercitare una giurisdizione parallela.

La regolamentazione europea che abbiamo richiamato ha superato le difficoltà di individuazione dei criteri di collegamento operanti e ha reso quanto più possibile oggettivo il criterio che collega le coppie allo Stato membro che esercita la competenza prevedendo, altresì, una speciale procedura per il riconoscimento delle decisioni emesse in uno Stato membro.

²⁹ In mancanza di una espressa *professio iuris*, esercitata dai coniugi ai sensi dell'art. 26, par. 1, la legge applicabile sarà quella: a) della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio; b) della cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio; c) la legge con la quale i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto al momento della conclusione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze.

³⁰ Art. 22 b: *The law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is concluded.*

³¹ Art. 26.a: *The spouses had their last common habitual residence in that other State for a significantly longer period of time than in the State designated pursuant to point (a) of paragraph 1.*

Col Regolamento UE 2016/1103, è alta la probabilità che venga adito il Tribunale del comune di residenza abituale e si applichi la legge italiana.

7. *Il regime patrimoniale delle unioni registrate*

Il regolamento in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, Regolamento UE 2016/1104³², non viene neanche in rilievo dal momento che tali unioni non sono riconosciute in Cina.

Ai sensi dell'art. 3, lett. a), del regolamento in parola, per «unione registrata» si intende il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione.

È nota l'assenza nel diritto positivo italiano di una espressa disciplina in materia di unioni omoaffettive e, in particolare, di matrimonio omosessuale, lacuna alla quale non è stato possibile porre rimedio in via interpretativa³³.

Con una serie di rivendicazioni volte a contestare concezioni e principi consolidati nel tempo e generalmente ritenuti inconfutabili e incontrovertibili, si è palesata anche l'esigenza di superare la visione del vincolo matrimoniale³⁴ necessariamente intercorrente tra persone di sesso diverso, per poi prospettarsi

³² Il Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio del 24 giugno 2016 attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

³³ Sui delicati problemi internazionale-privatistici sollevati dalla lacuna, v. G. ROSSOLILLO, *Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 363 ss.; F. MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 305 ss.; S. TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 997 ss.; ID., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007; N. BOSCHIERO, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Riv. dir. int.*, 2007, 50 ss.; F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 347 ss.; L. MAGI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 396 ss.; S. WINKLER, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, in F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. II, Milanofiori Assago, 2011, 69 ss.

³⁴ P. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 101-130.

la necessità di equiparare, quantomeno parzialmente, la famiglia *same sex* a quella eterosessuale.

La Consulta, infatti, richiamando «una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna» e ammettendo che l'unione *same-sex* andasse annoverata tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. ovvero sostenendo che agli omosessuali spettasse «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone [...] il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», ha parimenti negato che «l'aspirazione a tale riconoscimento [...] possa essere realizzata [...] attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio» rimettendo così al legislatore ordinario il compito di «individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette»³⁵.

Con la l. 76 del 2016, il legislatore è intervenuto in questo settore non prevedendo una equiparazione né con la famiglia fondata sul matrimonio, né con le unioni civili. Nel rispetto della libertà di scelta, si riconoscono singoli diritti, nonché la facoltà di stipulare contratti di convivenza per regolamentare – salvo i diritti e i doveri inderogabili delle persone (artt. 2 e 3 Cost.) – i rapporti personali e patrimoniali.

Tale intervento legislativo ha dato seguito alla dottrina che considera rilevanti giuridicamente una pluralità di modelli di famiglia diversi da quella fondata sul matrimonio, espressione di determinate istanze morali e sociali, la cui rilevanza giuridica esclude che possano essere relegate al ruolo di meri motivi non caratterizzanti il modello.

È noto che i rapporti familiari, e la disciplina che essi esprimono anche quale testimonianza di autoregolamentazione, non si possono sottrarre ad un controllo di meritevolezza, ad un confronto con i valori del sistema vigente, con il suo ordine pubblico, lì ove il controllo sulle vicende personali e familiari si giustifica in funzione della garanzia dei diritti fondamentali.

Appare evidente come nel nostro ordinamento la famiglia non fondata sul matrimonio rappresenta un valore meritevole di tutela quando risponde all'esigenza di sviluppo di persone che vi fanno parte, e/o di educazione dei figli, intendendo tale fenomeno come problema di costume e non soltanto di leggi.

³⁵ Così, Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 979 ss. Cfr. D. DAMASCELLI, *Le nuove famiglie nella dimensione internazionale*, in A. ALBANESE (a cura di), *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostruite*, Pisa, 2018, 85 ss.

Relativamente a quest'ultima scelta, appare significativa l'analisi comparatistica con l'ordinamento della RPC ove la disciplina in parola, ispirata alle unioni civili vigenti in Germania, non ha trovato ingresso, tant'è che dal dettato normativo emerge chiaramente come l'eterosessualità del matrimonio non abbia valore meramente incidentale, ma rappresenti l'essenza stessa dell'istituto, in linea con la tradizione legislativa della Cina.

Anche quando è stata affrontata la tematica dei c.d. matrimoni *de facto*, cioè le convivenze non sancite da alcun vincolo giuridico, le relazioni affettive prese in considerazione intercorrevano sempre tra un uomo e una donna.

Il *fil rouge* che ha attraversato nell'ultimo secolo la legislazione cinese risulta ancora più marcato dalla lettura del dettato degli articoli del libro V, ove viene in rilievo come il primo elemento costitutivo del vincolo nuziale è rappresentato dal consenso, libero e senza condizionamenti esterni, dei nubendi i quali, come esplicitamente previsto in numerose successive disposizioni tra cui l'art. 1046, devono essere di sesso opposto. Statuizione ripresa anche dopo, là dove viene previsto che la titolarità dello ius connubii si caratterizza altresì per un fattore anagrafico minimo: 22 anni per l'uomo e 20 per la donna.

Non mancano, poi, i richiami espliciti alle locuzioni «marito» e «moglie», a conferma che la diversità sessuale è un elemento imprescindibile del matrimonio, anche ai fini della trascrizione.

L'origine della comunanza di posizioni assunta dalla Chiesa Cattolica e la RPC in merito all'eterosessualità del matrimonio potrebbe rinvenirsi, non senza alcune differenze, anche tra gli scopi dell'unione matrimoniale che ambedue annoverano, ovvero la generazione e l'*educatio* della prole, da intendersi non solo in senso ampio come sopravvivenza della prole ma anche come trasmissione alla stessa di valori umani e culturali.

Assodato che in Cina né il principio di uguaglianza, né quello di autodeterminazione, possono legittimare lo stravolgimento dell'intangibile limite della diversità sessuale dei membri della coppia, ciò non esclude che in un futuro prossimo anche il diritto cinese possa decidere di attribuire rilevanza giuridica anche alle coppie *same-sex*, seppur predisponendo una regolamentazione diversa da quella concernente le coppie eterosessuali unite dal vincolo matrimoniale.

Un tentativo, seppur timido, di adeguamento alla nuova realtà socio-familiare è rinvenibile al Libro I del codice civile cinese che all'art. 33 (民法总则 *_minfa zongze*) prevede che «Il maggiore di età con piena capacità di agire può, previo consulto con

i suoi parenti prossimi o altri soggetti o enti disposti a fungere da tutore, scegliere per iscritto il tutore che eserciterà la tutela del maggiore di età per l'ipotesi in cui questo perda in tutto o in parte la capacità di agire», lasciando così aperta la possibilità a un futuro riconoscimento delle unioni registrate eterosessuali od omosessuali³⁶.

In conclusione, si può affermare che la promulgazione di un codice civile cinese, che si caratterizza per aver adottato il nostro linguaggio giuridico, certamente favorirà l'osmosi tra gli ordinamenti e diventerà un essenziale strumento di dialogo tra gli interpreti di diritto comparato, sì da realizzare quel controllo di conformità al diritto europeo e alle convenzioni internazionali. La prospettiva unitaria del sistema è l'unica da perseguire e tale anche da far ripensare ad un sistema rimediale in una prospettiva funzionale.

Abstract: L'osservazione del nuovo Codice Civile cinese rappresenta un utile strumento di confronto e di stimolo per l'interprete di diritto comparato. Il dialogo tra diversi ordinamenti gioca un ruolo di rilevante importanza soprattutto nell'ambito dei diritti umani e familiari, con evidenti riflessi sui regimi patrimoniali tra coniugi.

The view of the new Chinese Civil Code represents a valuable tool for comparison and stimulation for the interpreter of comparative law. Dialogue between different legal systems is of significant importance, especially in the field of human and family rights, with obvious repercussions on patrimonial law between husband and wife.

³⁶ C. MUGELLI, *Chinese Migration and the universal application of family law regulations. Considerations in light of regulations (EU) 2016/1103 and 2016/1104*, in S. LANDINI (ed.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border, families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, 2020, 167 ss.

STEFANO PORCELLI

Successioni *cross-border* Italia-Cina. Riflessioni preliminari ispirate da alcuni casi decisi dai tribunali cinesi

SOMMARIO: 1. Casi relativi a vicende successorie *cross-border* tra Italia e Cina. – 2. Ipotesi relative alla tipologia dei casi emersi: cenni su alcune norme rilevanti di diritto internazionale privato cinese. – 3. Le successioni dalla Cina antica alla Cina attuale. – 4. Le norme applicate dai giudici nei casi analizzati. – 5. Commistione tra soluzioni legate ai modelli radicati nel sistema romano ed elementi derivanti dalla cultura cinese sia nelle norme che nella loro applicazione.

1. *Casi relativi a vicende successorie cross-border tra Italia e Cina*

Per affrontare l'interessante tema dei “fenomeni migratori, famiglie *cross-border* e questioni di diritto successorio» sottoposto alla nostra attenzione dagli Organizzatori del Convegno, si è partiti da una ricerca, svolta sulle principali banche dati giuridiche cinesi, di casi che hanno avuto come oggetto controversie riguardanti il diritto successorio in una dimensione *cross-border* tra Italia e Cina. Sebbene a livello quantitativo il numero di pronunce pertinenti emerso sia stato piuttosto ridotto, queste offrono tuttavia degli interessanti spunti di riflessione.

I casi maggiormente rilevanti rispetto alla ricerca svolta sono casi decisi da tribunali della Provincia Zhejiang relativi a vicende successorie in cui erano coinvolti cittadini cinesi, che vivevano in Italia, e che lasciavano dei cespiti di patrimonio in Cina¹. (Una delle dispute vede in realtà come attore un cittadino cinese residente in Italia e tra i convenuti ve ne è uno residente in Francia)².

¹ I casi di maggior rilievo per il tema affrontato sono stati decisi dal Tribunale di livello intermedio della città di Lishui, nella provincia Zhejiang, il (2012) *Zhe Li Minchu zi di 2 hao*; dal Tribunale del distretto Ou hai della città di Wenzhou, ancora nella provincia Zhejiang, il (2013) *Wen 'Ou Chumin zi di 585 hao*; dal Tribunale del distretto Xiacheng della città di Hangzhou, sempre in Zhejiang, il (2015) *Hang Xia Minchu zi di 02362 hao*.

² Si veda appunto il (2013) *Wen 'Ou Chumin zi di 585 hao*.

Più precisamente, le dispute sono sorte in relazione alla spettanza di diritti reali, in particolare di proprietà, su immobili a seguito, appunto, di vicende successorie³.

2. *I ipotesi relative alla tipologia dei casi emersi: cenni su alcune norme rilevanti di diritto internazionale privato cinese*

Se dunque può rilevarsi una certa scarsità di pronunce da parte di tribunali cinesi rispetto a questioni successorie *cross-border* tra Italia e Cina, può altresì notarsi come i pochi casi emersi abbiano per oggetto questioni relative all'attribuzione di diritti reali rispetto a immobili ubicati in Cina. La ragione di ciò può ipotizzarsi essere legata a delle norme di diritto internazionale privato cinese che spingono verso il ricorso alla legge e alla giurisdizione cinese rispetto a immobili siti sul suolo cinese.

Le basi del c.d. diritto internazionale privato o *conflicts of law* in Cina sono dettate nella 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法 (*Zhonghua Renmin Gongheguo Shewai Minshi Guanxi Falü Shiyong Fa*), la Legge sul diritto da applicare ai rapporti di diritto civile con elementi esteri. Tale Legge è divisa in 8 titoli, i quali, salvo il primo che detta norme di natura generale, riguardano delle materie specifiche e, tra queste, in particolare il IV è dedicato al tema delle successioni *m.c.*

Tra gli articoli dettati in questo titolo IV, l'art. 31 prevede che, nel caso di successioni legittime, si applica la legge del luogo di residenza abituale del *de cuius*, salvo che per gli immobili, rispetto ai quali si applica la legge del luogo in cui sono ubicati⁴.

Il criterio previsto dall'articolo 31 per gli immobili riceve conferma e viene stabilito in via generale dal primo articolo del titolo V della Legge che riguarda la materia dei diritti reali. Infatti, l'art. 36 prevede che nel caso degli immobili si debba applicare la legge del luogo in cui essi si trovano⁵ e dunque, nei casi in cui sono coinvolti immobili ubicati in Cina, si dovrà applicare il diritto della Repubblica popolare cinese.

Occorre infine menzionare le norme relative alla competenza

³ Si vedano ancora in proposito i casi (2012) *Zhe Li Minchu zi di 2 hao*; (2013) *Wen 'Ou Chumin zi di 585 hao*; (2015) *Hang Xia Minchu zi di 02362 hao*.

⁴ L'articolo 31 della menzionata Legge dispone infatti che 法定继承, 适用被继承人死亡时经常居所地法律, 但不动产法定继承, 适用不动产所在地法律.

⁵ L'articolo 36 dispone che 不动产物权, 适用不动产所在地法律.

dei tribunali e, in particolare, è necessario compiere riferimento a quello che ora è l'articolo 34 della Legge di procedura civile (中华人民共和国民事诉讼法, *Zhonghua Renmin Gongheguo Minshi Susong Fa*), il quale, collocato nel primo titolo che detta norme generali e, in particolare nella seconda sezione dedicata alla giurisdizione, dispone, al n. 1, che la giurisdizione appartiene al tribunale del luogo in cui si trovano gli immobili⁶. Infatti, poiché i casi in questione hanno avuto per oggetto immobili siti nella Provincia Zhejiang, si è trattato di decisioni riconducibili ai Tribunali di tale Provincia.

3. Le successioni dalla Cina antica alla Cina attuale

Sebbene si tratti di decisioni basate non ancora sul Codice civile (中华人民共和国民法典, *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfadian*) in vigore dal primo gennaio 2021, ma sulla precedente Legge sulle successioni (中华人民共和国继承法, *Zhonghua Renmin Gongheguo Jicheng Fa*) che ha regolato la materia sin dal 1985 passando poi appunto il testimone al Codice, le stesse avrebbero potuto essere assunte in modo sostanzialmente eguale anche alla base delle norme di quest'ultimo. Al fine di poter meglio comprendere le norme che i giudici hanno impiegato anche alla luce del modo in cui sono state poi utilizzate per fondare le richiamate decisioni, è necessario compiere qualche, seppur rapida, precisazione sul percorso che ha portato alla loro elaborazione senza tralasciare tuttavia gli aspetti relativi al contesto culturale di cui sono il prodotto e nel quale sono calate.

Nel diritto dell'antichità cinese, che in sostanza non ha conosciuto grossi mutamenti nel suo impianto generale sino agli inizi del XX secolo, il primario interesse pubblico meritevole di tutela da parte del diritto delle successioni pare non sia stato tanto quello relativo all'integrità del patrimonio familiare, quanto piuttosto quello connesso all'integrità della famiglia nel suo complesso dato che, anche ad esempio per il confucianesimo, questa rappresentava uno degli elementi di base di un sistema politico stabile. Il modello originario di questo diritto successorio cinese antico privilegiava una successione di natura inderogabile in linea maschile⁷. Analogamente a quanto accadeva a Roma,

⁶ L'articolo 34, n. 1 dispone che 因不动产纠纷提起的诉讼, 由不动产所在地人民法院管辖.

⁷ Si veda sul punto M. TIMOTEO, *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzio-*

specie nelle fasi più risalenti, nella successione, particolare rilievo era assegnato agli aspetti personali⁸, mentre, invece, nei tempi più recenti sembra si sia affermata una tendenza volta quantomeno a privilegiare gli aspetti patrimoniali a discapito di quelli personali⁹, con una normativa che, come già la terminologia impiegata pare suggerire, è costruita guardando ai modelli normativi moderni costruiti sull'eredità del diritto romano, modelli che, come noto, assegnano senz'altro un rilievo primario agli aspetti patrimoniali nelle vicende successorie, sebbene occorra considerare che anche sul punto vi siano delle interessanti disposizioni la cui stesura sembra comunque piuttosto influenzata dalla cultura cinese.

Sul finire del XIX secolo e soprattutto dagli inizi del XX secolo, durante il Qingmo (清末), questo periodo a cavallo tra gli ultimi anni della dinastia Qing, e i primi della Repubblica, con l'avvio di un processo di riforme radicali, è iniziato ad emergere un 'moderno' diritto delle successioni in Cina¹⁰ e, prodromico rispetto all'elaborazione di queste normative 'moderne', a partire sostanzialmente dal Giappone che rispetto alla Cina aveva avviato precedentemente le proprie politiche di riforma e rispetto al quale vi era un buon grado di vicinanza a sia livello linguistico¹¹ che giuridico¹², si è iniziato a registrare in caratteri i termi-

ne storica ed assetto attuale, Milano, 1994, 1 ss.; si veda altresì la sintesi svolta in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina durante l'elaborazione del nuovo Codice civile*, in E. ARROYO AMAYUELAS, C. BALDUS, E. DE CARVALHO GOMES, A-M LEROYER, Q. LU, J-M. RAINER (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni, Volume II Esperienze straniere*, Napoli, 2019, 605 ss.

⁸ Fondamentale per quanto riguarda il diritto romano e utile per un adeguato inquadramento dogmatico di quanto nelle normative attuali R. CARDILLI, *Considerazioni romanistiche sulla resistenza dei termini di 'erede' e 'successione'*, in S. SCOLA, M. TESCARO (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni, Volume I Esperienze italiane*, Napoli, 2019, 29 ss.

⁹ Si veda quanto in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., 615-616.

¹⁰ Si veda quanto in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., 607-608 e quanto ivi richiamato.

¹¹ Si veda quanto in F. MASINI, *The Formation of the Modern Chinese Lexicon and its Evolution Toward a National Language: the Period from 1840 to 1898*, in *Journal of Chinese Linguistics Monograph Series*, n. VI, Berkeley 1993 si veda altresì S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 110/2016, 253 ss.

¹² Si veda ancora S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica*, cit., 253 ss. e quanto ivi richiamato.

ni tecnico-giuridici propri, in particolare per quanto riguarda la sfera del diritto privato, del diritto fondato sull'eredità romana. Al riguardo è interessante notare come dopo tale processo di registrazione terminologica, nel Progetto di codice civile della dinastia Qing (大清民律草案, *Da Qing Minlü Cao'an*)¹³, così come ancora nel cinese giuridico attuale, non pare sia registrata una distinzione tra successione ed eredità, impiegandosi soltanto il termine 继承 (*jicheng*) che tra le due pare richiamare piuttosto la prima.

In ogni caso, dal Qingmo ha preso avvio un percorso sinuoso che, attraversando diverse vicende storiche con impatto significativo anche sul piano giuridico (si pensi al passaggio dai modelli borghesi di cui può dirsi rappresentativo il Codice civile entrato in vigore nella sua interezza nel 1931, ai modelli socialisti che hanno ispirato il diritto della c.d. 'Nuova Cina' a partire dal 1949), ha fatto sì che si sia giunti, in particolare a partire dalla fine degli anni '70 del secolo scorso con l'avvio delle Politiche di apertura e riforma, a un'elaborazione di norme che ha guardato sia ad alcuni aspetti dei modelli borghesi che ad aspetti dei modelli socialisti costruiti sull'eredità romana e 'metabolizzate' alla luce della plurimillenaria cultura cinese e dei valori che essa esprime nel XXI secolo.

Cultura che, occorre sottolineare, proprio da tali vicende cinesi può osservarsi, tra i vari campi del diritto, fa senz'altro sentire una piuttosto marcata influenza in quello delle successioni. Al riguardo, emblematico può già considerarsi il fatto che, durante i lavori per il primo Progetto di codice civile che si è tentato di realizzare in Cina guardando ai modelli del sistema romano, il menzionato Progetto Qing, all'elaborazione del libro sul diritto di famiglia e di quello sul diritto delle successioni furono invitati a partecipare non soltanto esponenti della scuola del *fa* (法之派, *Fazhipai*), ossia coloro che sostenevano la necessità di modernizzare il diritto cinese guardando, in particolare per il diritto privato, sostanzialmente, ai modelli dei codici che venivano alla luce dal secolo precedente e al sistema nella cui eredità affondavano le proprie radici, bensì anche degli esponenti della Scuola del *li* (礼之派, *Lizhipai*) che, invece, in contrasto con essa, riteneva che il moderno diritto privato cinese dovesse elaborarsi a partire dalla rilevazione e successiva sistematizzazione di quanto nel diritto

¹³ In proposito si veda quanto in YU JIANG, *Jicheng lingyu nei chongtu geju de xingcheng. Jindai Zhongguo de fenjia xiguan yu jichengfa yizhi*, in *Zhongguo shehui kexue*, 5/2005, 125.

to consuetudinario cinese che dall'antichità regolava appunto in larga parte la materia del diritto privato¹⁴. Cultura tradizionale che ha giocato un ruolo importante anche nell'elaborazione delle norme in materia successoria sia contenute nella Legge del 1985 sia contenute nel più recente Codice civile della RPC¹⁵ e che lo gioca, come emerge anche dai casi di cui si tratta, anche nella loro interpretazione.

Tra le più recenti tappe del richiamato percorso¹⁶ avviato sul finire dell'età Qing, e a seguito di una stagione in cui si era andati a guardare soprattutto ai modelli borghesi della tradizione fondata sull'eredità romana, se ne è aperta una in cui si è guardato al modello sovietico e poi ancora una in cui si è cercata, pur restando nell'ambito di un diritto di matrice socialista, una maggiore originalità. Dopo di queste ha quindi preso avvio la fase delle politiche di apertura e riforma, fase in cui, per quanto riguarda il tema delle successioni, senz'altro fondamentale può dirsi esser stata la menzionata Legge del 1985, le cui norme sono state, come si diceva, impiegate dai giudici nel fondare le decisioni assunte nei casi richiamati, e sono state altresì quando non direttamente riprese, quantomeno utilizzate come base di partenza per l'elaborazione di quelle del Codice in vigore¹⁷ nel quale sono in larga parte confluite (in alcuni casi a seguito di modifiche che però non avrebbero inciso nella sostanza delle decisioni di cui si discute).

4. Le norme applicate dai giudici nei casi analizzati

Dopo questo inquadramento di massima, dunque, nel tornare a volgere l'attenzione proprio ai casi di successioni *cross-border* precedentemente richiamati, può notarsi come, poiché si tratta di casi in cui sono toccati sia aspetti relativi alle successioni le-

¹⁴ Si veda quanto in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., 608 e quanto ivi richiamato così come quanto si dirà *infra* nelle prossime pagine.

¹⁵ Mi sia concesso, per ragioni di sintesi, rinviare ancora alle osservazioni svolte in Si veda quanto in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., in part. 614 ss.

¹⁶ Su tale percorso si veda la sintesi svolta in S. PORCELLI, *Il nuovo codice civile della Repubblica popolare cinese. Osservazioni dalla prospettiva del diaologo con la tradizione romanistica*, in *Studium Iuris*, nn. 7-8, 2020, 810 ss.

¹⁷ Per ragioni di sintesi, si rinvia ancora in proposito a S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., 611 ss.

gittime che a quelle testamentarie, i giudici a fondamento delle loro decisioni hanno richiamato, oltre a delle norme generali in materia di successione (artt. 3 e 5), sia delle norme che erano previste nel titolo II della Legge riguardante le successioni legittime (artt. 10; 11; 13; 15), sia, ancora, norme dettate nel titolo III della Legge riguardante le successioni testamentarie e i legati (artt. 16; 17) sia, infine, delle norme dettate nel titolo IV sull'amministrazione del patrimonio ereditario (artt. 25 e 26). Norme di cui vale la pena tener conto anche nella versione delle stesse proposta nel Codice civile.

Delle norme con natura generale, dunque, i giudici a fondamento delle proprie decisioni hanno invocato, come si diceva, gli articoli 3 e 5.

L'articolo 3 riportava un elenco, sebbene aperto, dei beni che potevano essere oggetto di successione in quanto patrimonio legittimo. Un elenco più specifico, seppur comunque 'aperto' che era in linea con il quadro giuridico e sociale del tempo della Legge, viene sostituito nell'articolo 1122 del Codice da una formulazione generale compatibile, appunto, con i vari riassetamenti che sono intercorsi negli anni di profonde trasformazioni che separano la Legge dal Codice e con i riassetamenti sistematici legati all'inserimento della materia successoria non in una Legge *ad hoc*, bensì nel Codice stesso¹⁸.

Dell'articolo 5, sono state prese in considerazione le norme che espressamente sancivano la prevalenza di un testamento valido e di un legato sulla successione legittima, salvo nel caso in cui vi fosse un accordo di legato di mantenimento che avrebbe

¹⁸ L'articolo 3, rispecchiando le caratteristiche della legislazione del tempo che veniva utilizzata per avviare le prime fasi delle Politiche di apertura e riforma (sul ruolo del diritto utilizzato per incoraggiare e al contempo tenere sotto controllo la transizione sociale che si intendeva porre in essere con le riforme mi sia concesso di rinviare a S. PORCELLI, *Civilian Tradition and the Chinese Company Law*, in *Transition Studies Review*, 2009, 438 ss.) prevedeva un elenco, seppur comunque aperto (cfr art. 3, n. 7), di quanto potesse essere oggetto di successione.

Il testo dell'articolo 3 della Legge era il seguente:

第三条 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：（一）公民的收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；（三）公民的林木、牲畜和家禽；（四）公民的文物、图书资料；（五）法律允许公民所有的生产资料；（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；（七）公民的其他合法财产。

Il testo dell'articolo 1122 del Codice, invece, è il seguente:

遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。

依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。

prevalso sul resto¹⁹. Norme che sono state, senza modifica alcuna, riprese nell'articolo 1123 del Codice²⁰.

Delle norme in materia di successioni legittime, invece, i giudici a fondamento delle proprie decisioni hanno invocato, gli articoli 10, 11, 13 e 15.

L'articolo 10 riguardava gli ordini di successione nella successione legittima (primo ordine: coniuge, figli, genitori; secondo ordine: fratelli, sorelle, nonni). Il contenuto dello stesso è stato ripreso, per quanto qui rileva nel 1127 del Codice²¹ e, rispetto ad esso, è importante notare il 'rilievo' che viene attribuito agli ascendenti, dato questo riconducibile senz'altro all'influenza della cultura tradizionale cinese, basti pensare ad esempio alla virtù della 孝, *xiao* ("pietà filiale")²² e che viene presa altresì in

¹⁹ Sull'accordo di legato di mantenimento si vedano WANG GEYA, *Lun ji-cheng fa de xiuzheng*, in *Zhongguo faxue*, 6/2013, 96; M. TIMOTEO, *Le successioni nel diritto cinese*, cit., 79 ss.; si veda altresì quanto osservato in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., 627 ss.

²⁰ L'articolo 5 della Legge disponeva che:
继承开始后, 按照法定继承办理; 有遗嘱的, 按照遗嘱继承或者遗赠办理; 有遗赠扶养协议的, 按照协议办理。

L'articolo 1123 del Codice dispone che:
继承开始后, 按照法定继承办理; 有遗嘱的, 按照遗嘱继承或者遗赠办理; 有遗赠扶养协议的, 按照协议办理。

²¹ L'articolo 10 della Legge prevedeva che:
遗产按照下列顺序继承:
第一顺序: 配偶、子女、父母。
第二顺序: 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。
继承开始后, 由第一顺序继承人继承, 第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的, 由第二顺序继承人继承。
本法所说的子女, 包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母, 包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。
本法所说的兄弟姐妹, 包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

L'articolo 1127 del Codice prevede che:
遗产按照下列顺序继承:
(一) 第一顺序: 配偶、子女、父母;
(二) 第二顺序: 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。
继承开始后, 由第一顺序继承人继承, 第二顺序继承人不继承; 没有第一顺序继承人继承的, 由第二顺序继承人继承。
本编所称子女, 包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本编所称父母, 包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。
本编所称兄弟姐妹, 包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

²² Sul ruolo della pietà filiale rispetto all'ordine sociale confuciano, si veda M. TIMOTEO, *Le successioni nel diritto cinese* cit., 16.

considerazione dai giudici nella Cina attuale, come accade, appunto, proprio in uno dei casi di cui si discute, ove è tenuta in conto nella valutazione degli elementi dello stesso volta ad approdare ad una determinata decisione²³.

L'articolo 11 dettava norme sulla premorienza del figlio del *de cuius* e subentro in rappresentazione dei suoi discendenti diretti; articolo ripreso con ulteriore specificazione rispetto alla premorienza di fratelli e sorelle del *de cuius* chiamati a succedere e a cui subentrano per rappresentazione i loro discendenti diretti nell'articolo 1128 del Codice²⁴.

L'articolo 13, invece, riguardava la ripartizione dei beni ereditari prevedendo in generale delle quote eguali nell'ambito dello stesso ordine con dei correttivi, dettati da ragioni di equità e nei quali si avverte l'influenza della cultura cinese ed il menzionato ruolo in essa rivestito dalla famiglia rispetto al mero rilievo degli aspetti patrimoniali, correttivi che prevedono appunto la possibilità di non dividere l'eredità in parti eguali nel caso in cui vi siano dei successori in condizioni di particolari difficoltà economiche e incapaci al lavoro²⁵, accordando ad essi una preferenza così come la possibilità di assegnare una quota maggiore a chi abbia offerto un aiuto per il sostentamento o abbia convissuto con il *de cuius* e, invece, di escluderla o ridurla nel caso in cui un successore avesse potuto prestare assistenza ma non lo abbia fatto, salva ancora la possibilità, infine, dei successori di accordarsi tra di loro per una certa ripartizione dei beni. Anche queste norme, nelle quali riecheggia, come si diceva, oltre che l'equità anche l'influenza della cultura tradizionale cinese (e per certi versi dei modelli socialisti)²⁶, basti pensare ad esempio ancora alla pietà

²³ Si veda quanto nel menzionato (2012) *Zhe Li Minchu zi di 2 hao*.

²⁴ L'articolo 11 della Legge prevedeva che:

被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。

代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。

L'articolo 1128 del Codice prevede che:

被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。

被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。

代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。

²⁵ Era prevista, ad esempio, nell'articolo 535 del Codice Federale Sovietico del 1964 una quota di riserva oltre che per i minori, anche per i successori inabili al lavoro.

²⁶ Si pensi appunto alla testé richiamata soluzione adottata nel Codice Federale dell'URSS del 1964.

filiale, che viene altresì richiamata in uno dei casi in valutazioni relative alla coabitazione ovvero al prestare assistenza a chi in difficoltà²⁷, sono state riprese all'articolo 1130 del Codice²⁸.

L'articolo 15 della Legge, invece, era richiamato per dar fondamento dell'intervento del tribunale dopo mancato buon esito delle consultazioni sulla ripartizione del patrimonio ereditario che, a norma dello stesso – con altre disposizioni recanti una forte connotazione culturale –, debbono svolgersi con spirito di comprensione e adattamento reciproco e di armoniosa solidarietà. Articolo anche questo ripreso nel Codice civile, in particolare all'articolo 1132 dello stesso²⁹.

Delle norme, invece, in materia di successioni testamentarie, i giudici a fondamento delle proprie decisioni hanno invocato gli articoli 16 e 17.

L'articolo 16 prevedeva la possibilità di disporre del patrimonio personale per testamento e di designare un esecutore testamentario con il limite, peculiare, della designazione dell'erede testamentario soltanto tra i successori legittimi, mentre al di fuo-

²⁷ Elementi che vengono appunto presi in considerazione in termini di pietà filiale ad esempio ancora nel caso (2012) *Zhe Li Minchu zi di 2 hao*.

²⁸ L'articolo 13 della Legge prevedeva che:

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

L'articolo 1130 del Codice prevede che:

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

²⁹ L'articolo 15 della Legge prevedeva che:

继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

L'articolo 1132 del Codice prevede che:

继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定；协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

ri di essi si sarebbe potuto disporre soltanto per legato. L'articolo è stato ripreso dall'articolo 1133 del Codice ove è aggiunto soltanto un ulteriore comma relativo alla possibilità di istituire, tramite testamento, un *trust*³⁰.

L'articolo 17, invece, riguardava le forme di testamento e le modalità attraverso cui erigere i diversi tipi contemplati, articolo il cui contenuto, per quanto rileva nella presente sede, è stato ripreso e meglio declinato negli articoli 1134 ss. del Codice³¹.

Delle norme, infine, in materia di amministrazione del patrimonio ereditario, i giudici hanno utilizzato gli articoli 25 e 26.

³⁰ L'articolo 16 della Legge prevedeva che:

第十六条 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。

公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

L'articolo 1133 del Codice prevede che:

自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。

自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。

自然人可以依法设立遗嘱信托。

³¹ L'articolo 17 della Legge prevedeva che:

公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

L'articolo 1134 del Codice prevede che:

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

L'articolo 1135 del Codice prevede che:

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日。

L'articolo 1136 del Codice prevede che:

打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

L'articolo 1137 del Codice prevede che:

以录音录像形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。

L'articolo 1138 del Codice prevede che:

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况消除后，遗嘱人能够以书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

L'articolo 1139 del Codice prevede che:

公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。

Tra questi, l'articolo 25, per quanto qui rileva, prescrive la necessità di una dichiarazione scritta per la rinuncia all'eredità, articolo ora traslato nell'articolo 1124 del Codice³²; l'articolo 26 riguarda la riserva del coniuge rispetto ai beni di proprietà comune ed è stato ripreso, nella sostanza, nell'articolo 1153 del Codice³³.

5. *Commistione tra soluzioni legate ai modelli radicati nel sistema romano ed elementi derivanti dalla cultura cinese sia nelle norme che nella loro applicazione*

In conclusione, si può dunque notare come, in primo luogo le poche dispute *cross-border* aventi ad oggetto questioni successorie tra Italia e Cina hanno riguardato casi in cui erano coinvolti immobili ubicati in Cina e la ragione di ciò si è visto probabilmente risiedere in particolare nelle disposizioni di diritto internazionale privato cinese. In secondo luogo, si è visto come i giudici, con un approccio nel quale sicuramente un ruolo importante gioca la plurimillennaria cultura cinese, sono andati ad applicare delle norme che sono appunto il frutto di un'interessante commistione tra soluzioni legate sia ai modelli borghesi che socialisti radicati nel sistema romano e, ancora, elementi derivanti dalla cultura cinese (da intendersi come altresì inclusiva dell'influenza sulle scelte valoriali di politica del diritto).

³² L'articolo 25 della Legge prevedeva che:

继承开始后, 继承人放弃继承的, 应当在遗产处理前, 作出放弃继承的表示。没有表示的, 视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内, 作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的, 视为放弃受遗赠。

L'articolo 1124 del Codice prevede che:

继承开始后, 继承人放弃继承的, 应当在遗产处理前, 以书面形式作出放弃继承的表示; 没有表示的, 视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内, 作出接受或者放弃受遗赠的表示; 到期没有表示的, 视为放弃受遗赠。

³³ L'articolo 26 della Legge prevedeva che:

夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产, 除有约定的以外, 如果分割遗产, 应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有, 其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有财产之中的, 遗产分割时, 应当先分出他人的财产。

L'articolo 1153 del Codice prevede che:

夫妻共同所有的财产, 除有约定的外, 遗产分割时, 应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有, 其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有财产之中的, 遗产分割时, 应当先分出他人的财产。

A uno schema ricorrente tra i modelli radicati nel sistema romano che vede, per esempio, una successione testamentaria accanto a quella legittima, vengono ad aggiungersi soluzioni che tendono comunque a limitare il campo dei successori universali tra quelli legittimi, al fine forse di mantenere in sostanza compatta la famiglia. Soluzioni costruite tenendo conto di tratti importanti della cultura cinese, come quello della pietà filiale, e che anche nell'applicazione da parte dei giudici mostrano come questo sincretismo tra modelli radicati nel sistema romano ed elementi della cultura cinese si stia consolidando sempre di più. Basti pensare, come ultimo esempio tratto da uno dei casi richiamati³⁴, al fatto che ponendosi il problema di un testamento risalente al 1995 a cui ne fece poi seguito un altro del 1998, nella sentenza, pur potendosi compiere richiamo diretto a delle norme (sarebbe stato l'art. 20 della Legge ora 1142 Codice)³⁵, tale richiamo non viene svolto, ma, a livello interpretativo con forte naturalezza si spiega che si ritiene prevalente il più recente «poiché la parte ha diritto di modificare o revocare la propria manifestazione di volontà» («因当事人有权变更或撤销自己的意思表示») evocando la nota – e altrettanto ‘naturale’ come sottolineato dall'impiego dell'*enim* – osservazione ulpiana ora contenuta in D. 34.4.4 (Ulpianus libro 33 ad Sabinum) secondo cui “*ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*”³⁶.

³⁴ Si tratta ancora del caso (2012) *Zhe Li Minchu zi di 2 bao*.

³⁵ L'articolo 20 della Legge prevedeva:

遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

L'articolo 1142 del Codice prevede che:

遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。

立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

Sull'importante differenza tra i due articoli, non prevedendosi più ora nel Codice l'impossibilità per le altre forme testamentarie di revocare o modificare quello per atto notarile che era prevista al comma 3 dell'articolo 20, si veda R. MARINI, *Il principio romano della revocabilità testamentaria e il nuovo Codice civile della RPC*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 42/2022, 306 ss.

³⁶ Si legge in D. 34.4.4 (Ulpianus libro 33 ad Sabinum) *Quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. Sul passo, per tutti, R. MARINI, *Prius testamentum ruptum est. Il problema della revoca del testamento in diritto romano*, Torino, 2022, 5 ss.

Abstract: Per affrontare il tema dei «Fenomeni migratori, famiglie cross-border e questioni di diritto successorio» si è partiti da una ricerca, sulle principali banche dati giuridiche cinesi, di casi che hanno avuto ad oggetto controversie riguardanti il diritto successorio in una dimensione cross-border tra Italia e Cina. Tra i risultati emersi, quelli di maggior pertinenza, riguardano casi di successione ove il *de cuius* era cittadino cinese che viveva in Italia, defunto in Italia e presso il cui patrimonio erano tuttavia presenti immobili ubicati in Cina. Da un'analisi delle norme applicate dai giudici, così come dai percorsi interpretativi seguiti nelle sentenze può notarsi come, anche in materia di successioni, al fine di poter meglio comprendere il diritto cinese attuale, così come del modo in cui sia interpretato e applicato, sia di fondamentale importanza tener conto del fatto che in esso sia fondamentale il ruolo svolto da norme ispirate a modelli riconducibili al filone borghese o a quello socialista del sistema romano ovviamente rilette e metabolizzate – aspetto che incide con particolare vigore nell'ambito delle successioni m.c. – alla luce della plurimillenaria cultura cinese e dei valori che essa esprime nel XXI secolo.

In order to address the topic of the “Fenomeni migratori, famiglie cross-border e questioni di diritto successorio”, a search in the main Chinese legal databases for cases involving Italy-China cross-border succession disputes had been undertaken. Among the results, the most relevant cases appear to regard disputes on the succession in the ownership of immovable properties located in China belonging to a Chinese citizen living in Italy. By analysing the rules applied by the judges to ground their decisions as well as their interpretative paths, it can be noticed that, also when dealing with succession law, in order to better understand the current Chinese law, as well as the way it is interpreted and enforced, it is of utmost importance to take into account the role of rules inspired by the bourgeois or by the socialist models based on the Roman law system and – with a particularly strong relevance when dealing with succession law – the way these models are ‘metabolized’ in the light of the thousand-year-old Chinese culture and the values it conveys in the XXI century.

TERZA SEZIONE

Successioni transfrontaliere
e coesione socio-giuridica

ANTONIO FUCCILLO

Le successioni interculturali digitali tra diritto civile e ordinamenti religiosi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La successione negli assets digitali e nei profili religiosi. – 3. Le successioni nel mondo digitale tra *e-legacy* e tradizione religiosa. – 4. La successione “anomala” digitale – 5. Conclusioni: la tutela del proprio “destino digitale”.

1. Premessa

Le successioni a causa di morte sono metaforicamente classificabili come “l’algoritmo del diritto”. Si tratta infatti di un intricato sistema di norme, strettamente connesse e interpretabili e applicabili attraverso un complesso esercizio di logica tipico del c.d. diritto analogico.

Cosa tuttavia accade nel diritto successorio digitale, caratterizzato dall’interculturalità degli utenti, ancora non è dato del tutto sapere. Si è propensi, infatti, a ritenere che lo spazio virtuale non costituisce «*some new form of ‘outer space’ where no State could, as a matter of international law, exercise its jurisdiction*»¹ e che le norme di diritto internazionale privato debbano trovare esecuzione anche sul web. Tale soluzione non pare pienamente accettabile, in quanto legata all’idea di una totale statualità del diritto. Al di là dell’applicazione di norme giuridiche di produzione nazionale o sovranazionale, si sta inevitabilmente diffondendo un diritto di origine consuetudinaria creato dalla prassi utilizzata nella conclusione di «negozi giuridici» attraverso la rete. Si crea dunque un contrasto tra norme dotate della cogenza statale e strumenti negoziali utilizzati nel *cyberspace*²,

¹ A. ZIMMERMAN, *International Law and ‘Cyber Space’*, in *European Society of International Law*, II, 2014, 1-6.

² Mi sono già occupato di tali questioni in A. FUCCILLO, *Il Paradiso digitale*, Napoli, 2023.

con l'effetto che, contrariamente alla classica catalogazione delle norme giuridiche, sembrano addirittura prevalere queste ultime. Al contempo, l'accesso alla rete ha finito per divenire una sorta di nuovo ordinamento giuridico parallelo e una modalità attraverso cui esercitare e potenziare il classico diritto di produzione statale³.

Non fa eccezione al suddetto principio anche la delicata questione del diritto ereditario. La difficile collocazione dei beni e delle persone nel tempo e nello spazio crea difficoltà operative in tutti i processi di passaggio generazionale legati alla morte degli individui⁴. La forte patrimonializzazione degli *assets* digitali infatti ha svincolato i beni dalle regole legate alla territorialità del diritto. In tale contesto si registra un'estrema difficoltà nei sistemi nazionali nella gestione dei beni digitali. Ciò è evidente in particolare nel contrasto tra la rigidità del sistema del diritto successorio rispetto all'informalità delle consuetudini adottate dai vari *providers*. Occorre pertanto riflettere su di una possibile riorganizzazione del sistema delle fonti, con l'effetto che la consuetudine diviene nel web fonte primaria del diritto, invece che l'ultima tra quelle originariamente previste.

³ A. LOSANNO, *Diritti "in rete" e libertà religiosa. L'effettività dei diritti attraverso l'efficacia della Internet governante*, in *Riv. it. informatica e diritto*, I, 2022, 309-321; A. FUCCILLO, *Il paradiso digitale*, cit.; M. ABU SALEM, *La Chiesa e i nuovi mezzi di comunicazione sociale*, in A. FUCCILLO, V. NUZZO, M. RUBINO DE RITIS, *Diritto e universi paralleli*, Napoli, 2023, 337 ss.

⁴ Per un approfondimento in merito si vedano S. STEFANELLI, *Destinazione post morte dei diritti sui propri dati personali*, in *Riv. dir. media*, I, 2019, 137 ss.; M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012; G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. inf.*, VI, 2014; ID., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, a cura di L. SCAFFARDI, Torino, 2018; ID., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, 85 ss.; A. MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita not.*, 2019, 1281-1307; V. ZENO-ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, in *Riv. giur. sarda*, 2013; G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, Torino, 2017; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000; U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, in *Identità ed eredità digitali*, a cura di O. Pollicino, V. LUBELLO, M. BASSINI, Aracne, Roma, 2016; ID., *Disposizione di beni digitali, in Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Milano, Fondazione Italiana del Notariato, 2016; L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014; M. LAFFRANCHI, *Eredità digitale: la trasmissione mortis causa dei beni digitali*, in *I notai nel web*, 2015.

Il nostro sistema di diritto ereditario, com'è noto, si basa sul paradosso della piena libertà testamentaria che si sviluppa in realtà all'interno di un sistema di regole rigide, sia formali che sostanziali. L'intangibilità della quota di legittima, l'individuazione delle categorie di successibili, le innumerevoli previsioni formali, solo per citare alcuni esempi⁵. Il testamento è in realtà un veicolo giuridico neutro nel quale contenere molte previsioni non patrimoniali ma ha il limite pratico delle particolari vulnerabilità dal punto di vista patrimoniale e formale.

Nel campo digitale, quindi, le regole previste per le successioni dal diritto c.d. analogico dimostrano la loro debolezza. Attraverso lo sviluppo di prassi negoziali transnazionali è nato ed è operativo quindi un diritto vivente che trascende, dunque, la presa degli ordinamenti locali.

Il commercio internazionale e la finanza, ad esempio, seguono regole consuetudinarie con progressiva riduzione degli spazi legati al diritto degli stati. È il caso dei c.d. *smart contracts*⁶. Si tratta di codici informatici che sostituiscono i tradizionali contratti scritti e soggetti a leggi e giurisdizioni territoriali. Essi sono automatizzati e non richiedono intermediari o mediatori, evitando così il problema dell'interpretazione personale. Gli *smart contracts* sono validi senza dipendere dalle autorità e hanno una natura decentralizzata, immutabile e trasparente grazie alla tecnologia *blockchain* sulla quale sono presenti. L'art. 8-ter del D.L. n. 135 del 2019 definisce lo *smart contract* «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contracts* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, at-

⁵ In merito si vedano U. LA PORTA, *Lezioni di diritto civile*, a cura di A. FUCILLO, Torino, 2024, 408 ss.; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018.

⁶ Molti studi hanno approfondito il rapporto tra *smart contract* e diritto, evidenziando la necessità di una regolamentazione giuridica per garantire la validità e la sicurezza. Sul punto si veda M. KÖLVART, M. POOLA, A. RULL, *Smart Contracts*, in *The Future of Law and eTechnologies*, a cura di T. KERIKMÄE, A. RULL, Berlino, 2016; W. ZOU et al., *Smart Contract Development: Challenges and Opportunities*, in *IEEE Xplore Transactions on Software Engineering*, 2021, X, 2084-2106; P. DE FILIPPI, C. WRAY, G. SILENO, *Smart contracts*, in *Internet Policy Review*, 2021, II; M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti. Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021; L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, 681 ss.; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2017, 378 ss.

traverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Bitcoin possiede già alcuni *smart contracts* che vengono eseguiti automaticamente e in modo trasparente per l'utente e riguardano essenzialmente il trasferimento di denaro. Le possibili applicazioni future di questi contratti intelligenti sono il trasferimento della proprietà di beni mobili e immobili e l'automatizzazione della devoluzione ereditaria. Il diritto statale quindi perde efficacia nel web a vantaggio di codici di autoregolamentazione a base volontaria. Si vedono quindi tutte le potenzialità legate ad una *koinè* giuridica religiosa per il buon governo del web, quali ordinamenti a prevalenti adesione volontaria.

2. La successione negli assets digitali e nei profili religiosi

Nell'ambito della circolazione patrimoniale della c.d. ricchezza digitale il fenomeno successorio ha una posizione di tutto rilievo.

Per assets digitali si intende in tale prospettiva quella parte del patrimonio che fa capo a un singolo soggetto nel cyberspazio, e possono essere di natura personale (compresi account social e di posta elettronica, fotografie, video o persino playlist musicali) e finanziaria (conti bancari, *wallet*, *account* Pay-Pal, valuta virtuale)⁷.

I beni digitali possono essere qualificati in tre grandi gruppi:

- a contenuto patrimoniale, il cui valore economico è immediatamente quantificabile (le criptovalute, gli NFT, i beni digitali nel Metaverso);
- a contenuto potenzialmente patrimoniale, ma non immediatamente quantificabile dal punto vista economico (profili social digitali e, in generale, l'identità digitale).
- a contenuto prettamente morale, come ad esempio la memoria di sé e i profili a carattere religioso.

Nel primo gruppo rientrano indubbiamente le criptovalute, come ad esempio *Bitcoin* ed *Ethereum*. Quando si possiedono criptovalute, il denaro non viene affidato a una banca o a un terzo soggetto, ma è responsabilità del titolare conservare, proteggere e garantire l'accessibilità anche agli eredi. Se il titolare nulla

⁷ N. CAHN, *Postmortem Life On-Line*, in *Prob. C Prop.*, 2011, 36-37; M. PERRONE, *What Happens When We Die: Estate Planning of Digital Assets*, in *CommLaw Conspectus*, 2012/2013, 185.

dispone relativamente all'accesso alle proprie criptovalute, in caso di morte, queste non potranno essere trasmesse agli eredi e rimarranno bloccate sulla *blockchain*.

La moneta digitale, che sembra sottrarre la politica monetaria alle banche centrali, può essere oggi utilizzata per acquistare beni mobili ed anche immobili (le c.d. *lands*), reali o virtuali, ovvero che esistono solo nel Metaverso. La società italiana Coderblock ha, ad esempio, annunciato la vendita delle prime *land* totalmente «Made in Italy». Le *land* sono proprietà digitali attraverso le quali poter monetizzare tramite la vendita, l'affitto o la costruzione di edifici nel Metaverso⁸. Il Metaverso è una forma evoluta di realtà virtuale ed è sempre più diffusa non solo come forma di intrattenimento, ma anche come spazio per attività commerciali e sociali. Gli utenti possono creare il proprio *avatar*, acquistare proprietà virtuali, partecipare a attività ed eventi e interagire con altri utenti in modo simile a come lo farebbero nel mondo reale.

Nel secondo gruppo rientrano i profili social digitali (gli *account*) e in generale l'identità digitale, la quale può avere un valore economico sfruttabile anche *post mortem*. I profili dei *social network* non sono direttamente di proprietà del soggetto utilizzatore ma delle piattaforme che non hanno perlopiù sede in Italia. Sorge così l'interrogativo su chi possa gestire *post mortem* tali profili ed attraverso quale istituto giuridico.

Nel terzo gruppo assume una particolare rilevanza l'amministrazione dei profili dei leader religiosi⁹. Un numero sempre maggiore di autorità religiose ha infatti scelto di utilizzare i social network, per andare incontro alle esigenze dei fedeli¹⁰. L'Ayatollah Seyed Ali Khamenei, leader religioso e politico dell'Iran, ad esempio, ha pubblicato su Instagram oltre 8.000 post e ha un seguito di 4,9 milioni di utenti e Papa Francesco ha un account Twitter che conta oggi più di 5 milioni di followers¹¹. La Chiesa

⁸ La notizia è riportata da L. CAVESTRI, *Metaverso, Coderblock apre alla prima vendita di lotti «Made in Italy»*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 febbraio 2023, 28.

⁹ In merito si veda R. SANTORO, P. PALUMBO, F. GRAVINO, *Diritto canonico digitale*, Napoli, 2024.

¹⁰ Per un approfondimento in merito si veda O. GOLAN, M. MARTINI, *Guidare il popolo della rete. Strategie visuali per la costruzione dell'autorità papale su Internet*, in *Problemi dell'informazione*, III, 2019, 443-467; G. GILI, C. NARDELLA, *Introduzione. Dinamiche e mutamenti nel rapporto tra religione e media*, in *Problemi dell'informazione*, III, 2019, 407-418; A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture*, Torino, 2022, 357 ss.

¹¹ H.A. CAMPBELL, A. VITULLO, *Popes in Digital Era: Reflecting on the Rise of the Digital Papacy*, in *Problemi dell'informazione*, III, 2019, 419-442.

cattolica riserva al mondo digitale sempre maggiore attenzione, in particolare come strumento di comunicazione e di diffusione del messaggio evangelico. In questa prospettiva anche il diritto canonico si adegua ai segni dei tempi e si sforza di promuovere la *salus animarum* anche nella dimensione online. Notevoli sono infatti i riflessi delle tecnologie digitali sull'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica¹².

3. *Le successioni nel mondo digitale tra e-legacy e tradizione religiosa e la c.d. digital afterlife*

Cosa avviene di tutti gli *assets* digitali al momento della apertura della successione non è sempre possibile stabilirlo, quindi, in base alle sole regole del diritto civile ereditario.

Ci si chiede se l'identità digitale dei soggetti può essere autonomamente regolabile con atti di volontà e in quale misura si può condizionare l'utilizzazione e la gestione dei propri *digital assets* non patrimoniali, con indirizzi vincolanti per le generazioni future. Si tenga conto che in molti casi tali informazioni sono di stretto appannaggio dei singoli *providers*. Questi ultimi si rintracciano a volte anche con estrema difficoltà, essendo complicato individuarli in concreto nella loro collocazione spazio-temporale che è, come è ben noto, uno dei requisiti fondamentali per capire quale sia l'ordinamento giuridico statale di riferimento.

Le difficoltà, inoltre, nell'individuare le regole operative dei vari *providers*, nonché la diversa rilevanza che le indicazioni in vita fornite dagli utenti assumono per i medesimi gestori dei dati, accentua le difficoltà di esatta qualificazione giuridica del fenomeno, cioè di come regolare il proprio «destino digitale».

Si tratta di un'importante sfida che mira a preservare la personalità del defunto che, una volta deceduto, riviverebbe quasi come una sorta di araba fenice in una ricreata realtà virtuale (*digital afterlife*).

La tradizione giuridica affida, come già ricordato, al testamento il compito di regolare i rapporti giuridici facenti capo al defunto a causa di morte. La forma più laica di *perpetuatio memoriae* è indubbiamente quella a prevalente contenuto patrimoniale. Tra le diverse forme e strutture giuridiche il testamento

¹² Per ulteriori approfondimenti sul diritto canonico digitale si veda R. SANTORO, P. PALUMBO, F. GRAVINO, *Diritto canonico digitale*, cit.

rappresenta da sempre (anche nella storia) il veicolo attraverso il quale il *de cuius* assegna i propri beni ma ivi dispone anche di molte altre situazioni giuridiche passive (come debiti ed impegni morali da assolvere). Esso può contenere indicazioni a carattere «non patrimoniale» disponendo di molte situazioni che sono in capo al testatore e da lui trasmigrano nei destinatari delle singole disposizioni. In tale modo, ciascun individuo può perpetuare una parte del sé e può in qualche misura condizionare l'esistenza di chi è menzionato nel testamento. È bene tuttavia ancora una volta ribadire come il testamento possa configurarsi quale veicolo giuridico neutro atto a trasportare nel sistema delle relazioni i desideri del testatore¹³. Attraverso il contenuto della scheda testamentaria, quindi, l'autore può introdurre indirizzi di vita, vincoli e condizionamenti a chi gli succederà. Ciò può avvenire sia utilizzando la trasmissione patrimoniale, sia nell'imporre, in qualche misura, atti di *perpetuatio memoriae* nel suo potenziale contenuto non patrimoniale. Così come è possibile utilizzare gli «elementi accidentali» del negozio giuridico testamentario quali soprattutto la condizione e il *modus*¹⁴, allo scopo di rafforzare intenzioni religiose esplicitate nella scheda e rivolte ai beneficiari delle disposizioni.

L'identità religiosa dell'autore della scheda ne caratterizza spesso il contenuto, così il testamento diviene un luogo privilegiato di esercizio di un'autonomia privata, quasi assoluta.

Nella nostra società è infatti mutato l'indice di misurazione delle libertà e, di conseguenza, anche della libertà di religione. L'esigenza di esprimere le proprie volontà per il dopo di sé trova maggiori occasioni per manifestarsi nel c.d. *digital field*¹⁵. Gli effetti delle migrazioni universali hanno eliminato le certezze locali. Ci si muove in spazi sempre più ampi e in tempi sempre più

¹³ A. FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, 2005, 114.

¹⁴ Sulla condizione testamentaria si veda M.C. ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in *Le successioni testamentarie*, Milano, 1983, 183; G. AZZARITI, *Disposizioni testamentarie sub condizione*, in *Giustizia Civile*, 1986, 1012-1022; E. Costa, *Condizione testamentaria e limiti della 'regola sabimiana'*, in *Notariato*, 2003, 255-266; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1997, 175 ss.; sul *modus* testamentario si veda M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 923; M. GARUTTI, *Il «modus» testamentario*, Napoli, 1990; N. VISALLI, *Il modus testamentario*, in *Giust. civ.*, 2003, 305-315.

¹⁵ A. FUCCILLO, *La vita eterna digitale (digital afterlife) tra diritto civile e ordinamenti religiosi*, in *Calumet*, 2021, n. 12, 100 ss.

contenuti. Tali migrazioni sono motivate dalla ricerca di libertà che non è da intendersi solo come autonomia politica ma in senso più ampio. Può seguire tali scopi anche il semplice turista o l'uomo d'affari, oppure chi si muove per le più disparate ragioni, ivi comprese quelle di studio. La migrazione poi non è solo fisica, perché si è migranti anche quando si naviga sul *web* o si utilizzano i *social network*, allorché ciascun utente è trasportato in piazze e luoghi senza spazio, per l'appunto, virtuali. Nondimeno anche questi ultimi rappresentano strumenti che legano assieme libertà religiosa, parità d'accesso e nuove opportunità.

I *social network* divengono luoghi in cui si possono esercitare molte delle facoltà connesse al diritto di libertà religiosa e alle sue espressioni. Essi forniscono nuove possibilità nel campo della propaganda e del proselitismo religioso, in quelli dell'esercizio dei riti del culto, ma anche in quello più strettamente giuridico. Attraverso il *web* è infatti più semplice disegnare profili comportamentali per i fedeli densi di contenuto normativo.

Gli ordinamenti civili prestano grande attenzione alla successione per causa di morte tutelando anche gli aspetti morali legati all'identità del defunto. Per le religioni la memoria rappresenta un veicolo straordinario di propaganda atto a perpetuare e tramandare consuetudini da tradurre in protocolli operativi (per i fedeli) per il futuro¹⁶.

Gli strumenti giuridici tradizionali, tuttavia, sono posti in crisi nel mondo digitale anche perché sono eccessivamente legati alla dimensione spazio-temporale tipica degli ordinamenti civili. Di qui il grande interesse verso le tecniche di *e-legacy*. Tali nuove tecniche di trasmissione *post mortem* sono centrali nella costruzione e gestione delle identità religiose delle persone sul web.

Da qualche tempo, nel dibattito filosofico, ha iniziato a farsi strada il concetto di *Digital Death*, termine chiamato a designare un eterogeneo insieme di aspetti che riguardano i modi in cui, con la diffusione di internet e dei social network, è cambiato il rapporto fra identità soggettiva e la morte¹⁷. La realtà virtuale garantita dal web consente di godere di una specie di "vita eterna digitale". Un soggetto, quindi, può fare in modo che il proprio pensiero e la propria immagine continui ad influenzare le altrui

¹⁶ R. SANTORO, P. PALUMBO, F. GRAVINO, *Diritto canonico digitale*, cit.

¹⁷ D. SISTO, *Digital Death: Come si narra la morte con l'avvento del web*, in *Trópos*, II, 2016, 35-45; ID., *Digital Death: Una morte postumana*, in *Lo Sguardo-Rivista di Filosofia*, 2017, 159-162; ID., *Ricordati di me: La rivoluzione digitale tra memoria e oblio*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020.

esistenze digitali, condividendo contenuti che in qualche misura si rifanno a vita, opere ed azioni di chi non è più. È stato infatti notato e già in parte anticipato che «La cultura digitale genera una problematica dissociazione tra l'esistenza biologica, unica e irripetibile, e l'identità elettronica, diluita in mille formati e di per sé perdurante [...]. Questa, in altre parole, sopravvive alla nostra vita corporea, dispersa in una molteplicità di banche dati o custodita in più luoghi virtuali, sotto forma di innumerevoli rappresentazioni e immagini»¹⁸. La designazione del successore della propria identità digitale deve avvenire attraverso un controllo di legalità nel rispetto del diritto successorio italiano. Ciò è necessario per evitare abusi ed utilizzi impropri dei profili digitali da parte dei soggetti che sono in possesso delle credenziali senza essere legittimati. Ciò è necessario sia per tutelare l'identità digitale del defunto, sia, nel caso in cui vi sia un possibile sfruttamento economico della stessa, per tutelare i diritti successori degli eredi legittimi del *de cuius*.

4. La successione “anomala” digitale

Tra i vari ed innumerevoli profili di interesse scientifico che tale argomento investe, ve ne sono alcuni di specifico valore giuridico. I primi a venire ovviamente in risalto sono quelli legati al consenso, cioè a chi spetta il potere di autorizzare l'utilizzazione dei profili digitali del defunto e se tale legittimazione in qualche misura sia trasmissibile ed in che modo. Sorge così l'interrogativo su chi possa gestire *post mortem* tali profili ed attraverso quale istituto giuridico.

Facebook ha sviluppato procedure per la gestione *post mortem* dell'account per eliminare il profilo o mantenerlo attivo dopo la scomparsa del titolare: con una disposizione l'utente può nominare un «contatto erede», ovvero un altro iscritto delegato a trasformarlo in «account commemorativo». Il profilo scomparirà dai suggerimenti di amicizia e accanto al nome apparirà la dicitura «in memoria di». Twitter invece disattiva automaticamente un account dopo sei mesi di inattività. LinkedIn lo fa solo se viene segnalata la morte dell'utente. Instagram non consente di scegliere un contatto erede, ma i parenti del defunto possono

¹⁸ S. COLAVITO, *Immortalità digitale. Se la vita eterna è promessa dal web*, cit., 14.

comunicare la morte del titolare e rendere il profilo commemorativo o procedere alla sua cancellazione (fornendo certificato di nascita, certificato di morte e il documento che attesti di essere l'erede digitale).

Tali soluzioni individuate dai provider, tuttavia, non sempre coincidono con le disposizioni civilistiche che indicano negli eredi legittimi o testamentari i continuatori in vita della personalità del defunto. Si pone quindi il problema di caratterizzare il «sostituto» indicato quale futuro gestore del profilo social del defunto rispetto alle volontà testamentarie oppure al dettato della legge. La difficoltà di individuare le regole operative dei vari providers, nonché la diversa rilevanza che le indicazioni in vita fornite dagli utenti assumono per i medesimi gestori dei dati, accentua le difficoltà di esatta qualificazione giuridica del fenomeno. Si tratta certamente di nuove forme di espressione della volontà negoziale che sembrano però sfuggire alla presa diretta del diritto ereditario e invece appaiono caratterizzarsi come un caso di successione anomala digitale¹⁹.

Una possibilità sembra fornita, come già in parte anticipato, dalla utilizzazione del c.d. *mandatum post mortem*. Il mandatario potrebbe essere il gestore della piattaforma che dovrebbe seguire le regole imposte dal mandante. All'erede spetterebbe il compito di controllare l'operato della piattaforma pretendendo il rispetto delle regole di condotta e delle obbligazioni del mandatario (artt. 1710 e ss. Codice civile) compreso l'obbligo di rendiconto (art. 1713 c.c.) e ottenere così la tutela dell'immagine del *de cuius*²⁰.

¹⁹ Le successioni anomale costituiscono una deroga al principio di unitarietà della successione. Il legislatore detta un regime successorio speciale in ragione della natura o dell'origine dei beni oppure delle qualità soggettive dei successibili. Si può avere pertanto una successione speciale per individuazione di un singolo bene che viene attribuito ad un soggetto, indipendentemente dalla sua qualità ereditaria, oppure per attribuzione di peculiari diritti successori a soggetti che si trovino in una determinata situazione o posseggano determinate qualità soggettive, ovviamente diverse dall'essere erede. Sul punto si veda diffusamente M. IEVA, A. RASTELLO, *Le c.d. successioni anomale*, in *Successioni e donazioni*, Padova, 1994; G. CATTANEO, *Le vocazioni anomale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, 509 ss.; G. DE NOVA, voce *Successioni anomale legittime*, in *Digesto, disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, 182 ss.

²⁰ Sul punto A. MAGNANI, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in *Vita Not.*, 2019, 1281 ss. fa riferimento alla figura dell'esecutore testamentario, ex art. 700 ss. c.c., attraverso il quale è possibile adempiere alla volontà del soggetto ed al *mandato post mortem exequendum* o con effetti *post mortem* con prestazioni da eseguirsi dopo la morte del mandante. Questo istituto per l'autore potrebbe essere utilizzato nei rapporti con i siti del *World Wide Web*

All'erede spetterebbe inoltre un generale controllo sulla attività del mandatario che, in caso di utilizzo distorto dell'immagine del *de cuius*, potrebbe portare anche alla revoca del mandato stesso. I poteri di controllo si estendono anche alla inibizione alla pubblicazione di contenuti in evidente contrasto con la personalità del *de cuius*. Tale soluzione sembrerebbe conforme alla generale e diffusa idea che il *mandatum post mortem* non rientri tra le ipotesi vietate di patto successorio, in quanto la morte del mandante non sarebbe la causa del contratto ma solo un termine iniziale di efficacia.

Un'altra possibilità si riscontra nell'utilizzazione del trust al quale potrebbero essere affidati dal *de cuius* particolari compiti di gestione dell'immagine legata all'uso dei propri profili digitali *post mortem*.

Detto istituto ha inoltre il vantaggio di consentire un'efficace gestione dell'intero patrimonio digitale del defunto. I beni digitali del *de cuius* non solo aventi valore patrimoniale potrebbero essere infatti oggetto di un trust successorio²¹. Il trust ha recentemente trovato ampio utilizzo in materia successoria poiché consente di pianificare il passaggio generazionale della ricchezza, tutelando, allo stesso tempo, particolari categorie di soggetti o la stessa redditività del patrimonio.

Il trust successorio per i beni digitali è molto spesso utilizzato per le criptovalute. Esso, infatti, evita che siano rese note a terzi informazioni relative ai codici di accesso alle criptovalute nonché limita l'attacco da parte di hackers e truffatori.

5. Conclusioni: la tutela del proprio “destino digitale”

La dottrina ha coniato la locuzione “successioni anomale” per definire alcune fattispecie che, nel diritto analogico, non seguono le ordinarie regole del diritto successorio. Si potrebbe forse quindi assumere tale locuzione anche per identificare le anomalie della successione digitale.

(Web o WWW), con i servizi di *internet* e con i *social network*. In particolare, il mandato con effetti *post mortem* può essere utilizzato nel trattamento del “profilo” dell'utente, di cui si è titolari nei *social network*, con le istruzioni che il mandante può dare sull'utilizzazione e sul destino del proprio profilo.

²¹ Il Tribunale di Ancona, con la sentenza del 2 novembre 2020, n. 1340 ha ritenuto lecito «il trust successorio, istituito per disciplinare in modo ordinato il passaggio generazionale nella titolarità di importanti e cospicui patrimoni».

L'esigenza di costruire un sistema di regole efficace, tuttavia, non può essere lasciato alla sola formazione tradizionale del diritto, inteso come statuale cioè prodotto dal legislatore. Il web è infatti governato in prevalenza dalla c.d. *soft law* e da una sua autonoma capacità nomopoietica. Diviene quindi necessario intervenire alla ricerca di regole che in qualche misura governino le successioni digitali. Esse riguardano, come sopra esposto, sia la dimensione personale che quella patrimoniale, in realtà molto interconnesse nel diritto digitale rispetto al diritto analogico. Ne consegue che la difesa dell'alterità diviene centrale nella costruzione di protocolli operativi che consentano una efficace protezione degli indirizzi di chi voglia, in qualche misura, anche una propria 'vita eterna digitale'. L'identità religiosa è, in tale prospettiva, un elemento primario nel cogliere la reale dimensione delle volontà testamentarie legate al ricordo di sé stesso. È stato acutamente affermato che «nell'ambito testamentario i problemi ermeneutici legati alla interculturalità si presentano con una densità ancora maggiore che nel contratto»²². È quindi necessario operare in tale campo con una particolare prudenza interpretativa che tenga conto delle diversità in gioco, contestualizzando «all'interno delle rispettive culture di appartenenza le volontà testamentarie» non solo al fine di farne intendere il loro significato evidente «ma anche a comprenderne e quindi a tradurre il loro significato profondo»²³.

La predisposizione di un «lessico giuridico condiviso» è nel *cyber* spazio ancora più utile che altrove, in quanto il mondo virtuale tende a sfuggire alla presa dei singoli ordinamenti nazionali ed è maggiormente intriso di marcatori culturali.

La relatività semantica del lessico giuridico, pertanto, non può prescindere dal contesto narrativo fornito dalle tradizioni religiose del mondo. Esse con i loro glossari e con la loro prammatica danno vita ad una teologia linguistica che intreccia incessantemente il diritto laico. Ciò obbliga ad una continua opera di coordinamento ermeneutico-sintattico sia all'interno del binomio negozio giuridico/contratto che nel campo delle disposizioni di ultima volontà. Trascurare i significati di certe regole, pratiche, divieti, comportamenti religiosi equivale, in altri termini, a ignorare le premesse necessarie per una corretta qualificazione giuridico-linguistica dell'alterità²⁴. Tutto ciò viene contestualiz-

²² M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, 2012, 367.

²³ M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit., 368.

²⁴ G. ANELLO, *Teologia linguistica e diritto laico*, Sesto San Giovanni, 2015.

zato nel *web* attraverso l'uso comune di un "inglese digitale" assunto oramai a nuova "κοινή διάλεκτος" atta apparentemente a superare concetti e barriere.

La successione nel patrimonio digitale addirittura viene trattata da norme volontarie in adesione ad una sorta di ordinamento transnazionale ombra, nel quale le fattispecie talvolta sfuggono alla presa dei diritti nazionali. Alcuni dati digitali del patrimonio del *de cuius* potrebbero essere infatti custoditi in *server* di altri paesi. Sarà pertanto necessario ricorrere al diritto internazionale privato per l'individuazione della legge applicabile nonché al negozio giuridico concluso dal *de cuius* per la prestazione del servizio digitale. Come però già sottolineato, il ruolo dei diritti religiosi è essenziale per contribuire e comprendere le «parti mute»²⁵ di un tale sistema giuridico.

Considerazioni analoghe possono essere svolte per gli aspetti patrimoniali delle successioni digitali. La ricchezza circola sul web in modo eccessivamente libero e senza adeguati controlli diviene impossibile obbligare al rispetto della normativa statale. Il problema non riguarda soltanto gli istituti meramente successori (come ad esempio la quota di legittima) ma anche problemi più complessi e legati all'ordine pubblico e ad una corretta circolazione della ricchezza²⁶.

Risulta ancora una volta centrale il riferimento ai marcatori religiosi come identificativi delle singole tradizioni giuridiche e della personalità di ogni soggetto coinvolto.

Il diritto delle successioni a causa di morte deve sempre tenere in debito conto le caratteristiche e la volontà di chi non è più.

Abstract: Il diritto successorio risente in modo particolare della nuova dimensione interculturale. La difficile collocazione dei beni e delle persone nel tempo e nello spazio crea difficoltà operative in tutti i processi di passaggio generazionale legati alla morte degli individui. Il presente contributo intende indagare le problematiche relative agli

²⁵ Sulle parti mute del discorso giuridico, si veda M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

²⁶ Si pensi alla complessa normativa antiriciclaggio, per la quale si rinvia a AA.VV., *Il rischio di riciclaggio: Normativa, soggetti coinvolti e procedure sanzionatorie*, Milano, 2022; R. RAZZANTE, *Manuale di legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*, Torino, 2023; M. SOMMELLA, *La sesta direttiva antiriciclaggio e la sua attuazione nell'ordinamento italiano: alcune considerazioni*, in *Freedom, security & justice: european legal studies*, n. 2, 2022, 218-240; A. MINTO, *Riflessioni sull'applicabilità della disciplina antiriciclaggio ai Non-Fungible Tokens ("NFT")*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 31-58.

asset digitali immaginando una griglia operativa attraverso la quale ciascun utente possa compiutamente indirizzare il proprio destino digitale. Occorre dimensionare il diritto ereditario non più solo per i singoli ordinamenti nazionali ma in una visione trasversale più consona alla nuova dimensione digitale del diritto.

Inheritance law is affected by the new intercultural dimension. This paper intends to investigate the issues related to digital assets by imagining an operational grid through which each user can fully decide their own digital destiny. Inheritance law must be sized no longer only for individual national systems but in a transversal vision more in line with the new digital dimension of law.

Il problema delle eredità non reclamate

SOMMARIO: 1. Introduzione alla curatela dell'eredità giacente. – 2. Cenni storici e specialmente il Codice civile del 1865. – 3. La disciplina attualmente vigente: la sua incompiutezza e il presupposto della mancanza di accettazione dell'eredità. – 4. *Segue*. Gli ulteriori presupposti della mancanza di possesso di beni ereditari e della nomina giudiziale del curatore. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione alla curatela dell'eredità giacente*

I fenomeni migratori comportano numerose conseguenze giuridiche, tra le quali vi è senz'altro l'incremento delle successioni transfrontaliere¹ così come, verosimilmente, delle eredità non reclamate, soprattutto a causa della perdita di contatti con parenti, magari di grado lontano ma rientranti nel novero dei successibili legittimi², residenti all'estero da molto tempo.

¹ Con particolare riguardo al regolamento UE n. 650/2012 e alla sua rilevanza proprio alla luce dei fenomeni migratori, cfr. per esempio R. BARONE, *Introduzione*, in AA. Vv., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Milano, 2016, 256. Più in generale sul citato regolamento, cfr. altresì, per tutti, I. RIVA, *Il quadro normativo introdotto dal Regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni transfrontaliere*, in *Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori*, a cura di I. Riva, Torino, 2021, 123 ss.

² Con riguardo al grado di parentela entro cui si può succedere per legge, il diritto italiano, con il Codice civile del 1942, è passato dal decimo al sesto (v. per tutti A. TRABUCCHI e C. CARRERI, voce *Successione legittima*, in *Noviss. Dig. it., Appendice - VII*, Torino, 1987, 620 s.) e non mancano opinioni dottrinali che da tempo caldeggiavano una ulteriore limitazione. Sembra che in questo stesso senso vada una più ampia tendenza internazionale, sebbene le soluzioni dei vari Paesi anche solo europei rimangano diversificate, come dimostrato, per limitarsi a un solo esempio, dal diritto tedesco, nel quale è ancora oggi prevista una successione illimitata dei parenti. In quest'ultimo modo si restringe l'ambito di applicazione della successione dello Stato e al tempo stesso si amplia la possibilità di intervento dei c.d. cacciatori di eredi, professionisti sempre più diffusi non solo in Italia che propongono a chiamati i quali ancora non sanno di

L'istituto principalmente chiamato a fare fronte a simili situazioni, nel diritto italiano, è la curatela dell'eredità giacente. Si tratta di un argomento nobile, che Vittorio Polacco considerava infatti uno «tra i più seducenti dal punto di vista concettuale»³. L'istituto è però oggi trascurato⁴ per non dire svilito, come se si trattasse di una arida procedura burocratica se non di un fastidio evitabile, specialmente dal punto di vista di parte della giurisprudenza. Tenteremo di chiarire che esso è, invece, intimamente collegato al meccanismo di acquisto dell'eredità prescelto da un determinato ordinamento giuridico e quindi al complessivo funzionamento del procedimento successorio.

La disciplina della curatela dell'eredità giacente è peraltro composta da poche previsioni di legge (soprattutto gli artt. 528-532 c.c., cui si aggiungono gli artt. 781-783 c.p.c.), effettivamente dall'apparenza burocratica. Nel tentativo di coglierne il senso più profondo, è allora utile prendere le mosse da alcuni cenni storici.

2. Cenni storici e specialmente il Codice civile del 1865

Il diritto romano, in questa materia, è importante soprattutto per la terminologia (a partire dal nome dell'istituto: *heredi-*

esserlo la stipula di un contratto oneroso di rivelazione di segreto successorio, dal punto di vista italiano atipico ma in linea di principio valido ed efficace. A sostegno di discipline come quella tedesca può addursi l'opportunità di favorire il più possibile la famiglia, sia pure intesa in senso molto ampio. D'altra parte, i critici di simili discipline considerano discutibile e quantomeno *de iure condendo* da evitare il fenomeno del c.d. erede ridente, cioè del familiare lontano che ride in quanto, non avendo avuto alcun reale rapporto con il defunto, riceve per via successoria una fortuna inattesa e forse immeritata (v. tra gli altri R. ZIMMERMANN, *Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico-comparatistica*, in *Famiglia*, 2016, 59; P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, 320). Nonostante la diversa opinione di molti studiosi, il diritto italiano attualmente vigente, con il suo limite del sesto grado di parentela, sembra allo scrivente contemperare gli interessi della famiglia in senso ampio e del potere pubblico in modo tutto sommato ancora equilibrato.

³ V. POLACCO, *Delle successioni*, 2ª ed. a cura di A. Ascoli ed E. Polacco, II, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Milano-Roma, 1937, 411.

⁴ Non constano, infatti, monografie accademiche recenti specificamente dedicate alla curatela dell'eredità giacente. Si segnala peraltro l'approfondita indagine di F. GALLUZZO, *L'eredità in attesa di accettazione*, Napoli, 2022, 247 ss., comunque solo in parte dedicata al nostro argomento.

*tas iacens*⁵), che in tempi successivi non si è peraltro diffusa in modo omogeneo. Basti pensare che, nel diritto francese (nonostante che si tratti dell'ordinamento giuridico al quale il nostro è maggiormente debitore in ambito successorio⁶), in linea di massima accostabile all'eredità giacente è la successione «*vacante*», mentre quest'ultima espressione, nel diritto italiano, dovrebbe semmai riservarsi alla fattispecie in cui non vi sia alcun soggetto, salvo lo Stato, che possa acquistare l'eredità (fattispecie per la quale in Francia si parla invece di *déshérence*)⁷.

Sul piano sostanziale, a un certo punto dell'evoluzione del diritto romano, quantomeno per l'eventualità che vi siano *heredes extranei* (i quali, a differenza degli *heredes sui*, assumono la relativa veste non automaticamente all'apertura della successione ma tramite *aditio* con efficacia costitutiva dell'acquisto ereditario)⁸, è comunque presente la giacenza ereditaria, che però sembra trattata, in alcune fonti giustinianee⁹, come una persona

⁵ Al riguardo, v. L. COVIELLO sr., *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1937, 59.

⁶ V. per tutti AN. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, 3ª ed., Torino, 2020, 229 ss.

⁷ Per simili rilievi, v. L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3ª ed., Milano, 1947, 85 s.; F. FILOMUSI GUELF, *Diritto ereditario*, I, *Parte generale - Successioni legittime*, 3ª ed., Roma, 1909, 36, secondo il quale l'espressione eredità giacente è arrivata nel diritto moderno italiano perché i traduttori del *Code civil* resero così l'espressione *succession vacante*, «per l'analogia in certo modo dell'istituto, e per l'equivoco della espressione con i beni vacanti del diritto romano». V. anche G. PERSICO, *Il diritto dello Stato sulle successioni vacanti*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, 354, ove si evidenzia come a rigore, essendovi sempre almeno un erede (in mancanza di altri, lo Stato), l'eredità non dovrebbe mai essere detta «vacante» e come tale terminologia si sia diffusa nella modernità proprio per l'influsso di quella antica romana; nonché, L. RISSO, *La successione dello Stato*, in *Riv. dir. priv.*, 1938, I, 47, secondo cui, «apertasi la successione, qualora manchino gli eredi legittimi familiari, potrà parlarsi di eredità vacante nel senso pratico della espressione, ma non già di beni vacanti e senza padrone su cui nessun diritto attuale riconosca la legge».

⁸ V., per esempio, M.J. GARCIA GARRIDO, *Diritto privato romano*, ed. it. a cura di M. Balzarini, trad. di L. Biondo, 2ª ed., Padova, 1996, 510, ove si aggiunge che può inoltre parlarsi di eredità giacente finché non nasca un erede *suus* postumo o finché non si avveri una condizione testamentaria imposta sempre a un *suus*.

⁹ V. ancora M.J. GARCIA GARRIDO, *op. cit.*, 511, il quale rammenta appunto che «Giustiniano porta alle sue ultime conseguenze la tendenza a considerare l'eredità giacente come persona o soggetto di diritto, considerandola come proprietario, *domina* (D. 43.24. 13.5; D. 47.4.1.1: interpolati)», sia pure precisando: «ma non sembra che abbia voluto imporre tale concezione come principio generale (I. 3.17. pr.)». Sul punto, v. anche L. COVIELLO sr., *op. cit.*, 63.

giuridica¹⁰ diretta a fare le veci del defunto o dell'erede¹¹, per di più essendo assai dubbia la presenza di un curatore specificamente preposto alla gestione provvisoria dell'asse¹². Ciò segna una profonda differenza rispetto all'impostazione attuale, nella quale pacificamente si esclude che l'eredità giacente abbia personalità giuridica¹³ ed è comunque centrale il ruolo svolto da un apposito *curator hereditatis* di nomina giudiziale, come verificheremo meglio nel prosieguo.

In epoca medioevale, il mutamento più significativo ai nostri fini è la generalizzazione della concezione – assente nel diritto romano con riferimento agli *heredes extranei*, come già rammentato – della *saisine*¹⁴, cioè la concezione, ancora oggi presente nel

¹⁰ Cfr., tra gli altri, B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. di C. Fad-da e P.E. Bensa, III, Torino, 1930, 111, nt. 10, al quale «pare impossibile [...] trattenersi dal riconoscere, che i Romani abbiano riguardata l'eredità giacente come ciò che noi (certo non essi) chiamiamo una persona giuridica»; L. BARASSI, *op. cit.*, 87 s.; L. RISSO, *op. cit.*, 46; L. CONTURSI LISI, *L'accettazione dell'eredità e l'eredità giacente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 321 s. e 323; nonché, più ampiamente, B. DUSI, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, (Torino, 1891, e poi) in *Scritti giuridici*, a cura di P. Schlesinger, II, Torino, 1956, 406 ss. Una prospettiva critica verso questa ricostruzione può peraltro leggersi in B. BISCOTTI, *Curatore e "amministrazione interimistica" dell'eredità giacente. Spunti per una riflessione storico-comparatistica*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. Piro, Vol. 1, Lecce, 2016, 259 s., 265 e 272, ove la medesima ricostruzione è presentata come una creazione della moderna pandettistica funzionale alla sua visione del diritto romano come sistema di diritti soggettivi. In argomento, cfr. anche A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4 ed., Torino, 1993, 674, secondo il quale in diritto romano «non si perviene tuttavia, pur accogliendosi l'immagine dell'eredità giacente quale persona, a individuare in essa una persona giuridica a sé stante»; in termini analoghi, cfr. pure A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, 2ª ed., Torino, 2017, 637 s.

¹¹ In tal senso, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-2, *Le successioni*, 6ª ed., a cura di Mi. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022, 76.

¹² V., anche per ulteriori riferimenti, B. BISCOTTI, *op. cit.*, 251 ss., la quale evidenzia la complessità e la multiformità dell'approccio classico al tema dell'*hereditas* che *iacet*, nonché la sua notevole diversità rispetto a quello contemporaneo.

¹³ In tal senso, v., tra i tanti, A. ALBANESE, *Delle successioni legittime*, in *Il Cod. Civ. - Commentario*, fond. e già dir. da P. Schlesinger, cont. da F.D. Busnelli, Artt. 565-586, Milano, 2012, 608 s.; M. DI MARZIO, *L'eredità giacente*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Lo. Balestra e M. Di Marzio, 2ª ed., Milano, 2014, 531.

¹⁴ L'opinione comune è che la *saisine héréditaire* francese così come la *Gewere* ereditaria tedesca (inizialmente concepite per gli eredi legittimi e solo in un secondo momento estese anche agli eredi testamentari) siano in linea di massima derivate entrambe dalla comproprietà familiare delle popolazioni germaniche medioevali, come rammentato per esempio da B. DUSI, *op. cit.*, 415

diritto francese¹⁵ ma anche in quello tedesco¹⁶, dell'acquisto *ipso iure* – risolutivamente condizionato a una eventuale rinuncia futura –, all'apertura della successione, dell'asse da parte dell'erede. Il ruolo di quest'ultimo nella gestione ereditaria risulta così assai più esteso rispetto a quanto avviene nei sistemi basati invece su una accettazione con efficacia costitutiva. Al tempo stesso,

s.: «secondo il diritto romano, gli *heredes sui et necessari* acquistavano *ipso iure* l'eredità devoluta dal loro *pater familias*. Questo principio considerammo come un resto dell'antichissima comproprietà familiare, prevalente in un tempo in cui, non essendo ancora ammesso il testamento, unico modo di succedere a causa di morte era la successione universale legittima. Orbene, tale concezione della comproprietà famigliare è comune ai popoli germanici. Essi erano popoli eminentemente individualistici, e la famiglia non era presso di loro economicamente e giuridicamente assorbita dal capo. Il patrimonio non era meramente individuale, ma più specialmente famigliare; su di esso aveano un diritto di proprietà tutti i singoli membri della famiglia e solo la sua amministrazione veniva affidata al capo. Il quale perciò non avea il diritto di disporne a causa di morte, come gli piaceva; i Germani non conoscevano il testamento, che fu introdotto posteriormente per influenza del diritto romano e specialmente della Chiesa. La successione si basava sulla ragione del sangue; onde la nota massima: *solus deus facit heredes, non homo* (Gott allein Erben machen kann; Wer selig will sterben, sein Gut muss lassen den rechten Erben). Di qui naturalmente veniva, che gli eredi acquistavano l'eredità subito alla morte del defunto; la qual cosa si esprime poscia con le parole: *Le mort saisit le vif; mortuus saisit virum; der Todte erbt den Lebendigen*». Sul «rimbalzo» verificatosi in argomento nell'evoluzione dal diritto comune ai moderni diritti francese e tedesco, v. anche D. MICCOLI, voce *Eredità giacente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 209; nonché B. BISCOTTI, *op. cit.*, 268 s.: «in Occidente, sin dalla caduta dell'Impero e dal successivo avvento nella penisola Italica dei Longobardi, i principii del diritto romano si andavano frammentando nell'incontro con il *mos germanicus*. In tale contesto, la formalità dell'accettazione era nella pratica scomparsa e il momento della delazione e quello dell'adizione si erano, sotto l'influsso della tradizione germanica appunto, riavvicinati». Per una approfondita riflessione comparatistica in argomento riferita, tra gli altri, pure al diritto austriaco e al *common law*, v. inoltre A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, dir. da R. Sacco, Torino, 2002, 30 ss.

¹⁵ V., per tutti, J. HOUSSIER, *Droit des successions et des libéralités*, 3^a ed., Parigi, 2023, 106 ss.

¹⁶ Tra i tanti, v. Z. CRESPI REGHIZZI, *Succession and Property Rights in EU Regulation No 650/2012*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 638; F. FILOMUSI GUELFI, *op. cit.*, 35, il quale sottolinea che, nel diritto tedesco, il sistema dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità impedisce che vi sia eredità giacente «propriamente detta», essendovi peraltro anche «disposizioni riguardanti la conservazione del patrimonio del defunto in certi casi, che presentano una certa analogia con l'eredità giacente»; nonché da ultimo T.D. CULEAC, *La tutela dei creditori ereditari: suggestioni storico-comparatistiche per l'evoluzione del diritto italiano*, in *Il diritto delle successioni nei continenti europeo e americano: suggestioni da oltreoceano*, a cura di M. Tescaro e A. Zaccaria, Napoli, 2023, 165 ss.

nel medesimo contesto, istituti diretti ad assicurare la gestione provvisoria dei beni ereditari divengono meno rilevanti, anche se non scompaiono¹⁷.

Venendo al Codice civile del 1865, nella sua vigenza continua a prevalere, soprattutto negli scritti più risalenti, nonostante che essa non sia sancita inequivocabilmente dalla legge, l'idea della *saisine*¹⁸, ciò che, come appena chiarito, giustificerebbe un ambito di applicazione limitato per la curatela dell'eredità giacente.

In effetti, il Codice previgente contempla l'attivazione dell'istituto solo quando «l'erede non sia noto, o gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunciato» (art. 980). La prima fattispecie è quella in cui non si conosca l'erede testamentario o legittimo (eccettuato lo Stato, che è sempre noto ma che non esclude per questo motivo la giacenza ereditaria), da non confondersi con l'ipotesi in cui si conosca l'identità del chiamato sia pure ignorandone l'esistenza, nel qual caso si applica la diversa disciplina dell'assenza di cui all'art. 43¹⁹ (sostanzialmente corrispondente all'art. 70 del Codice civile attuale)²⁰. Per la seconda fattispecie, invece, la legge non chiarisce espressamente se basti la rinuncia del primo chiamato o se occorra anche quella di tutti i chiamati successivi, preferendosi

¹⁷ Sia pure con notevoli differenze, l'utilità di una siffatta gestione, infatti, «si è rivelata in tutti i tempi» (L. BARASSI, *op. cit.*, 87).

¹⁸ V., tra gli altri, L. COVIELLO SR., *op. cit.*, 58, secondo il quale «presso di noi l'eredità si trasmette dal defunto all'erede, anche prima dell'accettazione, la quale non è che una condizione per renderne definitivo l'acquisto»; F. FILOMUSI GUELF, *op. cit.*, 37; W. D'AVANZO, *Dell'eredità giacente*, in *Codice civile - Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni - Commentario*, dir. da M. d'Amelio, Firenze, 1941, 246. Questa era la «corrente dominante», come rammentato da L. CONTURSI LISI, *op. cit.*, 316.

Col passare del tempo, peraltro, la tesi in esame è sempre più criticata in favore di una prospettiva del tipo di quella poi fatta senz'altro propria dal Codice civile del 1942: in tal senso, v. F. DEgni, *La successione a causa di morte*, I, *La successione legittima*, 3ª ed., Padova, 1938, 57; B. Dusi, *op. cit.*, 379; V. Polacco, *op. cit.*, 413 s.; R. Nicolò, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, (Messina, 1934, poi) in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 33 ss. e 82. Su questo dibattito cfr. anche, in tempi più recenti, tra gli altri, G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, 2ª ed., I, Napoli, 2013, 179; G. Di Lorenzo, *L'amministrazione del patrimonio ereditario prima dell'acquisto. I poteri del chiamato*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, dir. da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 1159 ss.

¹⁹ Ai sensi del cui 1° co., «aprendosi una successione alla quale sia chiamata in tutto od in parte una persona della cui esistenza non consti, la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza, salvo il diritto di rappresentazione».

²⁰ V., per tutti, L. COVIELLO SR., *op. cit.*, 61.

comunque la seconda soluzione²¹, imposta dalla retroattività della rinuncia e – almeno secondo la maggioritaria dottrina del tempo, che come sappiamo condivide l'idea della *saisine* – dalla trasmissione diretta dell'eredità a chi subentra in luogo del rinunciante. Peraltro, nel caso in cui i chiamati di grado ulteriore non siano noti, può aversi curatela dell'eredità giacente ai sensi della prima fattispecie²², la quale è dunque quella fondamentale²³.

Ne discende che, secondo il Codice civile del 1865, può certamente darsi curatela dell'eredità giacente in caso di ignoranza sulla presenza oppure non di un erede (diverso dallo Stato), però derivandone altresì una significativa limitazione dell'ambito di applicazione dell'istituto, rispetto a quanto si potrebbe immaginare utile: si pensi all'ipotesi del chiamato noto ma lontano e per questo motivo non nel possesso dei beni ereditari e a quella della rinuncia del primo chiamato con i successivi individuabili ma solo attraverso affannose indagini²⁴. Il sistema, peraltro, è strutturato in modo coerente: «non ci si preoccupava del fatto che il chiamato, noto, non potesse o non volesse interessarsi dei beni, perché essendo essi per effetto della delazione e conseguente *saisine*, posti a disposizione di lui, la situazione era analoga a quella del chiamato accettante. I chiamati in subordine avevano nell'*actio interrogatoria* un sufficiente mezzo di provvedersi; ed ogni altro interessato la possibilità di agire contro il chiamato»²⁵.

Si tratta, inoltre, di una disciplina, nella quale non sono nemmeno menzionati i creditori ereditari²⁶, incentrata sull'idea che

²¹ V., tra gli altri, L. RISSO, *op. cit.*, 51, ove anche ulteriori riferimenti.

²² In tal senso, v. L. COVIELLO SR., *op. cit.*, 62; F. FILOMUSI GUELF, *op. cit.*, 37. Nello stesso senso v. anche V. POLACCO, *op. cit.*, 414, il quale peraltro respinge l'idea della *saisine*.

²³ V. B. DUSI, *op. cit.*, 501; R. NICOLÒ, *op. cit.*, 103 s.; L. MENGONI, *Le successioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1077; nonché D. MICCOLI, *op. cit.*, 209, il quale, esposta la concezione secondo cui, «accolto il principio della *saisine*, [...] la qualifica di "giacenza" vale, per lo più, a contrassegnare l'eredità in quanto viga uno stato di incertezza in ordine all'identità dell'erede», sottolinea che la medesima concezione «sembrava accolta, malgrado voci discordi in proposito, dal c.c. 1865 (art. 980)».

²⁴ Lo spiega con particolare chiarezza L. BARASSI, *op. cit.*, 86.

²⁵ A. CICU, *Successioni per causa di morte*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, 147.

²⁶ V. per esempio V. F. FILOMUSI GUELF, *op. cit.*, 38: «il curatore dell'eredità giacente non rappresenta i creditori. I diritti di questi sono garantiti dall'ordinamento dell'eredità giacente, perché, conservandosi ed amministrandosi i beni ereditari, è assicurato quel diritto generale di garentia, che la legge accorda sul patrimonio del debitore».

il curatore sia semplicemente un rappresentante dell'erede (o su simili concezioni come quella, più raffinata e fortunata, del gestore per conto di chi spetta²⁷). Traspare, tutto ciò considerato, «la tendenza [...] a intervenire il meno possibile nella gestione conservativa delle eredità e a farlo solo proprio quando non se ne poteva far a meno»²⁸.

3. *La disciplina attualmente vigente: la sua incompiutezza e il presupposto della mancanza di accettazione dell'eredità*

Il Codice civile del 1942, per come si sono svolti i lavori preparatori e per la maggior parte delle soluzioni tecniche adottate²⁹, è in linea di massima un prodotto normativo pregevole e, a parere dello scrivente, ancora meritevole di attenzione nel migliore dibattito privatistico europeo e internazionale³⁰. Un simile giudizio non vale, però, per la curatela dell'eredità giacente. Su tale argomento, infatti, l'elaborazione della disciplina fu assai più travagliata e meno soddisfacente che su tanti altri: basti rammentare che il 18 agosto del 1939 Rosario Nicolò, chiamato a collaborare alla revisione tecnica del Libro secondo, considera tale disciplina – assieme a poche altre – ancora «assolutamente inadeguata»³¹ e che ciò nonostante i lavori preparatori sono chiusi poco dopo³². Inoltre, una sorte non migliore tocca alle disposizioni sulla successione dello Stato, in un primo momento strutturate secondo la prospettiva pubblicistica dell'acquisto *iure imperii*, in un secondo momento riadattate a quella assai differente

²⁷ L. COVIELLO sr., *op. cit.*, 64.

²⁸ L. BARASSI, *op. cit.*, 86, il quale considera tale tendenza più in generale propria «delle legislazioni di tipo latino».

²⁹ Cfr. diffusamente N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, *passim*.

³⁰ Dispiace, pertanto, leggere che il progetto preliminare di un Codice europeo dei contratti, coordinato da Giuseppe Gandolfi nell'ambito dell'Accademia dei Giusprivatisti europei di Pavia e ampiamente basato sul modello del Codice civile del 1942, secondo N. JANSEN e R. ZIMMERMANN, *General introduction. European Contract Laws. Foundations, Commentaries, Synthesis*, in *Commentaries on European Contract Laws*, a cura di N. Jansen e R. Zimmermann, Oxford, 2018, 12, «only plays a marginal role, if any, in the current debate on European contract law».

³¹ Ne dà precisamente conto, riproducendo la corrispondenza intercorsa tra R. Nicolò e Fil. Vassalli, N. RONDINONE, *op. cit.*, 184 s.

³² Certamente non oltre il 21 settembre 1939, come documenta sempre N. RONDINONE, *op. cit.*, 186.

dello Stato erede e comunque oggetto di cambiamenti fino agli ultimi momenti utili³³.

Una siffatta incompiutezza – che solo più lunghe e approfondite riflessioni anche di tipo storico-comparatistico avrebbero potuto evitare³⁴ – del corso dei lavori preparatori può avere favorito e almeno in parte giustificato l'emersione di varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali³⁵, ma non consente di trascurare l'esigenza che l'interprete individui sempre la soluzione maggiormente persuasiva, prendendo le mosse innanzi tutto dalle formulazioni letterali, in questa materia particolarmente significative³⁶, sia pure ovviamente senza limitarsi a esse, bensì valorizzando, assieme agli altri criteri ermeneutici consolidati, soprattutto la prospettiva teleologica e quella sistematica, essendo centrali le «esigenze di un equilibrato regolamento di confini tra l'istituto dell'eredità giacente e la delazione dell'eredità allo Stato»³⁷.

³³ V. L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 198 s.; nonché N. RONDINONE, *op. cit.*, 188, con particolare riguardo al mutamento della denominazione del Capo III del Titolo II del Libro II da «Dell'acquisto dei beni del defunto da parte dello Stato» a «Della successione dello Stato». Sulla successione dello stato, v. *amplius* M. TESCARO, *Fiscus post omnes. La posizione subalterna dello Stato erede nella dinamica della successione mortis causa*, Milano, 2022, *passim*; nonché, da ultimo, A. CIATTI CÀIMI, *La successione dello Stato*, in *I Maestri italiani del diritto civile. Mario Allara*, a cura di P. Perlingieri e F. Maisto, Napoli, 2024, 1377 ss.; ID., *La successione dello Stato in Francesco Santoro-Passarelli*, in *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920-1935)*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2024, 101 ss.; T. SICA, *La successione dello Stato. Dalla lezione di Santoro-Passarelli all'attualità*, *ivi*, 1283 ss.

³⁴ Cfr. B. BISCOTTI, *op. cit.*, 274 s.: «le disposizioni vigenti non sono prive di ambiguità le cui origini forse appaiono almeno a questo punto chiaramente ravvisabili in una non totale consapevolezza, da parte del legislatore, della storia delle idee che ha condotto alle soluzioni descritte ed ai contesti in cui le stesse fondarono le proprie radici».

³⁵ Cfr. M. LIPARI, *L'eredità giacente*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, dir. da P. Rescigno, coord. da M. Ieva, I, 2ª ed., Milano, 2010, 432, il quale afferma che «le difficoltà ermeneutiche derivano, anzitutto, dalla mancanza di una definizione legislativa dell'eredità giacente, che comporta la duplice questione relativa all'esatta delimitazione dell'istituto ed alla individuazione della sua natura giuridica», soffermandosi subito a seguire sul dibattito, che non sarebbe utile approfondire in questa sede, se il concetto di giacenza comprenda tutte le ipotesi in cui, per qualsiasi ragione, il chiamato non abbia voluto o potuto accettare l'eredità, oppure solo quella di cui all'art. 528 c.c., chiarendo altresì – 434 – come questa seconda posizione sia più diffusa in dottrina e comunque preferibile per varie ragioni, tra le altre l'intitolazione – «Dell'eredità giacente» – del Capo VIII del Titolo I del Libro II, in cui gli artt. 528 ss. sono collocati.

³⁶ Come sottolineato, per esempio, da L. BARASSI, *op. cit.*, 87.

³⁷ L. MENGONI, *op. cit.*, 1079.

Vi è, comunque, almeno un punto fermo: il Codice civile del 1942 è incentrato sull'idea per cui, d'ordinario (anche se la significativa eccezione di cui all'art. 485 c.c. con riguardo al chiamato all'eredità nel possesso dei beni ereditari, in qualche misura, ci riavvicina alla concezione della *saisine*³⁸), all'apertura della successione vi sono semplici chiamati e non ancora eredi, i primi assumendo la veste dei secondi attraverso un atto di accettazione con efficacia costitutiva, secondo una impostazione simile a quella della summenzionata *aditio* del diritto romano. Come sappiamo, da una simile scelta di fondo deriva, con particolare riguardo alla curatela dell'eredità giacente, una non trascurabile indicazione sistematica nel senso dell'estensione dell'ambito di applicazione e della valorizzazione dell'istituto.

Orbene, i presupposti per la curatela dell'eredità giacente sono oggi i tre indicati nel 1° co. dell'art. 528 c.c., dei quali è richiesta la contemporanea sussistenza³⁹, ovverosia: i) che il chiamato non abbia accettato l'eredità; ii) che costui non sia nel possesso di beni ereditari; e, infine, iii) la nomina giudiziale del curatore.

Iniziando dal primo presupposto (i), secondo la comune opinione è sufficiente che in un determinato ambiente sociale non consti essere intervenuta l'accettazione del chiamato⁴⁰ (diverso dallo Stato, ovviamente), ovverosia risulti che, tra gli interessati alla successione, non si ha notizia di tale atto⁴¹.

Non mancano, peraltro, questioni controverse, tra le quali spicca quella della ammissibilità oppure non di una giacenza parziale, cioè limitata a una o più quote, nell'eventualità che i chiamati siano più e solo uno o alcuni abbiano accettato l'eredità (o siano nel possesso di beni ereditari). In giurisprudenza domina l'orientamento negativo⁴² condiviso da parte della dottrina la

³⁸ Cfr. anche per ulteriori riferimenti G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 326 ss.

³⁹ Così G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 11ª ed., Milano, 2022, 103. V. anche, tra gli altri, M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Il Cod. Civ. - Commentario*, fond. da P. Schlesinger, cont. da F.D. Busnelli, Artt. 456-461, Milano, 2006, 232.

⁴⁰ In tal senso, v., tra gli altri, L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. del c.c. Scialoja-Branca*, Artt. 512-535, Bologna-Roma, 1968, 149; M. LIPARI, *op. cit.*, 443.

⁴¹ V. in tal senso M. DI MARZIO, *L'accettazione e la rinuncia all'eredità*, Milano, 2019, 576.

⁴² V. Cass., 22 febbraio 2001, n. 2611, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 456, con nota di E. BILOTTI, *L'eredità giacente pro quota*, e in *Giur. it.*, 2002, I, 61 ss., con nota di C. FOSCHINI, *Eredità giacente pro quota e tutela del chiamato*

quale fa leva soprattutto sulla «difficoltà di conciliare i poteri del curatore con quelli del chiamato»⁴³, oltre che sulla astrattezza del concetto di quota ereditaria da cui discenderebbe che in linea di principio possesso e amministrazione dei beni non sarebbero esercitabili se non con riguardo a tutte le quote⁴⁴. In dottrina, è invece prevalente la tesi affermativa⁴⁵, la quale non è smentita dalla formulazione letterale dell'art. 528 c.c., che sembra da un lato riferirsi alla presenza di un unico chiamato («il chiamato»), ma che dall'altro parla di «eredità» ovvero sia non necessariamente dell'intero asse bensì più genericamente di ogni attribuzione *mortis causa* a titolo universale. Tale tesi, inoltre, in alcuni casi potrebbe senz'altro offrire migliore tutela ai vari chiamati (oltre che agli altri interessati, compresi i creditori), considerato il potenziale conflitto tra loro⁴⁶.

all'eredità; Cass., 19 aprile 2000, n. 5113, in *One legale*; ma v. anche, in senso contrario, la risalente ma assai interessante Pret. Napoli, 2 luglio 1946, in *Giur. it.*, 1947, I, 527 s., con nota adesiva di L. CARRARO, *Eredità giacente* «pro quota».

⁴³ M. LIPARI, *op. cit.*, 447.

⁴⁴ V. G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni - Parte generale*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, dir. da Fil. Vassalli, 12, I, Torino, 1977, 206, ove si precisa peraltro anche che «sotto tale aspetto sarebbe [...] certamente da ammettersi la giacenza *pro quota* soltanto in ipotesi di identificazione ex art. 588² codice civile dei beni rientranti nelle rispettive quote». In senso adesivo a tale precisazione, v. pure M. DI MARZIO, *L'eredità giacente*, cit., 542 s. Ma v. anche, in senso contrario rispetto all'orientamento in parola, A. CICU, *op. cit.*, 152; nonché A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Torino, 2009, 251, ove si argomenta che «solo la legge – in via diretta o tramite l'intervento giudiziale – può conferire legittimazione ad agire relativamente a beni non propri [anche solo per quota indivisa] e ciò vale anche per il coerede».

⁴⁵ V., tra gli altri, L. CARIOTA FERRARA, *Questioni in tema di eredità giacente*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, 544; P. SCHLESINGER, voce *Successioni [diritto civile] - Parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 757 s.; C. ROMANO, *L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, 2^a ed., I, cit., 105 s.

⁴⁶ Per simili rilievi, v. L. CARRARO, *ibidem*; nonché E. BILOTTI, *Note sull'amministrazione dei beni ereditari in caso di vacanza parziale della titolarità ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 441 ss., il quale però ammette la possibilità di nominare un curatore solo qualora nessuno tra i vari chiamati che non abbiano ancora accettato l'eredità si trovi nel possesso di beni ereditari, ritenendo – 469 s. – di dover negare tale possibilità qualora anche solo uno dei chiamati che ancora non abbiano accettato l'eredità si trovi nel possesso di beni ereditari, peraltro derivando tale conclusione dalla discutibile idea della qualifica di «curatore di diritto» dell'eredità in capo al chiamato possessore. In linea di principio favorevole alla giacenza *pro quota* è pure L. FERRI, *op. cit.*, 162 s., il quale però tiene ferma tale conclusione «solo quando al coerede non si apra,

Secondo lo scrivente, essendo – come si ribadirà nel prosieguo – l'eredità giacente pervasa dal principio generale del potere discrezionale del giudice, la soluzione rigidamente negativa alla questione in discorso dovrebbe essere respinta in favore di una tesi che lasci appunto alla discrezionalità del giudice valutare se almeno in alcuni casi sia opportuno attivare una giacenza parziale. L'indicazione sistematica derivante dalla scelta di fondo compiuta dal nostro ordinamento giuridico in tema di acquisto dell'eredità, invitando a estendere per quanto possibile l'ambito di applicazione della curatela, corrobora questo convincimento.

4. Segue. *Gli ulteriori presupposti della mancanza di possesso di beni ereditari e della nomina giudiziale del curatore*

In merito al presupposto del mancato possesso di beni ereditari da parte del chiamato (ii), secondo l'opinione comune viene in rilievo una nozione atecnica di possesso, comprensiva della semplice detenzione⁴⁷, cioè da intendersi come una «qualsiasi relazione materiale tra il chiamato e la cosa»⁴⁸. Questa tesi, anche se non ampia bensì restringe l'ambito di applicazione della curatela dell'eredità giacente, in controtendenza rispetto alla summenzionata indicazione sistematica, è fondata su non trascurabili argomenti. Si sostiene infatti che, dal punto di vista teleologico, conta che il chiamato abbia implicitamente manifestato un disinteresse per le sorti del patrimonio ereditario⁴⁹ e che è comunque necessario un coordinamento

a nessun titolo, la possibilità di acquistare l'intera eredità», escludendo quindi l'ipotesi di chiamata solidale, cioè con diritto di accrescimento, e altre fattispecie che sarebbero a questa parificabili, sia pure in assenza dei presupposti per l'accrescimento (facendo al riguardo l'esempio «di un coerede testamentario, concorrente con parenti chiamati per legge, il quale sia anch'esso parente [in grado successibile], più lontano, del defunto: se i chiamati per legge rinunciassero, potrebbe succedere l'erede testamentario in tutta l'eredità, acquistando, come erede legittimo, le quote di cui il testatore non aveva disposto»). Su questi temi, cfr. anche A. PALAZZO, *Le successioni, Introduzione al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 404 s.

⁴⁷ V., per esempio, A. CICU, *op. cit.*, 148; A. CIATTI CÀIMI, *Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni del defunto*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, 2ª ed., I, cit., 392; nonché, nella manualistica, G. BONILINI, *op. cit.*, 104.

⁴⁸ D. MICCOLI, *op. cit.*, 211.

⁴⁹ Tanto che, in relazione alla mancanza di possesso, potrebbe ipotizzarsi l'ulteriore requisito della inerzia o inattività del chiamato. Ma v. le persuasive

sistematico con l'art. 485 c.c.⁵⁰, ove pure, sempre secondo l'opinione comune, si parla di possesso in senso atecnico⁵¹.

Spingendosi oltre nella medesima linea di restrizione dell'ambito di applicazione dell'istituto, un orientamento nega pure la necessità che il chiamato esprima un particolare *animus possidendi* o *detinendi*, ritenendo che il solo dato oggettivo del potere di fatto esercitato sui beni ereditari basti a escludere la giacenza⁵². Proprio alla luce della più volte richiamata indicazione sistematica derivante dal nostro normale meccanismo di acquisto dell'eredità, dovrebbe invece preferirsi la parzialmente diversa posizione secondo cui l'art. 485, e così anche l'art. 528 c.c., si applicano «solo a chi possieda *consapevolmente* beni che fanno parte dell'eredità al momento dell'apertura della successione» [corsivo aggiunto], come precisa il n. 244 della relazione al Re⁵³.

Inoltre, secondo la tesi dominante, basterebbe, a escludere la curatela dell'eredità giacente, il possesso di uno solo dei beni ereditari, purché di valore non trascurabile⁵⁴. Sempre la summen-

precisazioni al riguardo di V.M. TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, 2ª ed., Milano, 1954, 54 s., secondo il quale «la inattività del chiamato può essere solo una delle ragioni, capaci di dare un fondamento contingente alla curatela dell'eredità giacente»; nonché di M. LIPARI, *op. cit.*, 445, secondo il quale non dovrebbe, comunque, ragionarsi di un vero e proprio ulteriore requisito della giacenza «che, in presenza degli altri presupposti può verificarsi anche quando il chiamato abbia dimostrato di interessarsi dell'amministrazione del patrimonio ereditario, nei limiti consentitigli dall'art. 460 c.c., compiendo atti diversi dall'esercizio del possesso e non implicanti l'accettazione dell'eredità».

⁵⁰ Sul quale v., per tutti, M. VASCELLARI, *sub* art. 485 c.c., in *Comm. breve al c.c.*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi, 15ª ed. a cura di G. Cian, Milano, 2022, 601, ove si sottolinea appunto che «per possesso "a qualsiasi titolo" deve intendersi il c.d. possesso reale, cioè qualsiasi forma di apprensione materiale, compresa la detenzione».

⁵¹ Per simili rilievi, v., tra i tanti, V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 47.

⁵² V. in tal senso M. LIPARI, *op. cit.*, 444.

⁵³ V. in tal senso G. DI LORENZO, *op. ult. cit.*, 1181; G. GROSSO e A. BURDESE, *op. cit.*, 198, secondo cui basterebbe sì «una qualsiasi situazione di disposizione di fatto [...], ma richiedendosi, come ex articolo 485 [...], la conoscenza dell'appartenenza del bene posseduto all'eredità a sé devoluta»; nonché U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, 2ª ed., Milano, 1968, 224. Più in generale su questi temi, v. anche le approfondite riflessioni dirette a distinguere possesso e varie detenzioni di R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012, 41 ss.

⁵⁴ V. D. MICCOLI, *op. cit.*, 211; U. NATOLI, *op. cit.*, 226, secondo cui deve «trattarsi di beni che abbiano un valore intrinseco non irrilevante e che, comunque, rappresentino elementi attivi degni di considerazione, in base a quella che è la normale e ordinaria valutazione dei valori economici».

zionata indicazione sistematica dovrebbe peraltro indurre a riflettere più attentamente anche su questo punto e a considerare il valore complessivo dell'asse rapportandovi quello del bene o dei beni posseduti, così da verificare se il secondo integra una parte significativa, per non dire maggioritaria, del primo⁵⁵.

Comunque, non vi è dubbio che i due presupposti fin qui esaminati è sufficiente che sussistano in relazione al primo chiamato⁵⁶.

Venendo al terzo e ultimo presupposto, la nomina giudiziale del curatore (iii), essa ha efficacia costitutiva della giacenza⁵⁷, come dimostrato dalla formulazione letterale del 3° co. dell'art. 460 c.c., che solo a detta nomina collega la sottrazione al chiamato dei poteri di cui ai due commi precedenti⁵⁸, oltre che da elementari esigenze di certezza del diritto⁵⁹.

Anche a tale riguardo non mancano, peraltro, questioni controverse, tra le quali spicca quella delle modalità di cessazione della curatela. Secondo un diffuso orientamento⁶⁰, infatti, veri-

⁵⁵ Cfr. V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 50, secondo cui appunto il valore del bene dovrebbe essere considerato alla luce del valore complessivo dell'asse ereditario, risultando «parte non del tutto trascurabile» dello stesso. Cfr. altresì, sia pure con riferimento al Codice civile del 1865, Cass., 22 luglio 1933, in *Foro it.*, 1934, I, 224 s., secondo cui «per possesso reale dell'eredità, ai fini dell'inventario, deve intendersi il possesso dell'intero asse ereditario o almeno della maggior parte del compendio stesso».

⁵⁶ Ragionando in senso opposto, infatti, nel caso di primo chiamato non nel possesso di beni ereditari che si disinteressasse della gestione dell'eredità, il chiamato ulteriore nel possesso di beni ereditari comunque non potrebbe esercitare i poteri di cui all'art. 460 c.c., né potrebbe nominarsi un curatore dell'eredità giacente, rimanendo così il patrimonio relitto irragionevolmente privo di qualsivoglia amministrazione: in tal senso v., tra i tanti, A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, *op. cit.*, 243.

⁵⁷ V., tra gli altri, C. ROMANO, *op. cit.*, 97; O. PELLEGRINI, *sub* art. 528 c.c., in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, Tomo I (Artt. 1-1741), con il coord. di G.P. Cirillo, V. Cuffaro e F. Roselli, 10ª ed., Milano, 2018, 914 s.; M. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 549.

⁵⁸ V., per esempio, A. PALAZZO, *op. cit.*, 403; M. LIPARI, *op. cit.*, 447.

⁵⁹ V., tra gli altri, C. CECERE, *sub* art. 528 c.c., in *Delle successioni*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, *Artt. 456-564*, in *Comm. del c.c.*, dir. da E. Gabrielli, Torino, 2009, 414 s.: «in favore del carattere costitutivo della nomina milita, inoltre, anche la considerazione che, in mancanza, la sussistenza dei requisiti della giacenza verserebbe in una situazione di incertezza con evidente pregiudizio per gli interessati soprattutto in ordine alla difficoltà di individuare il soggetto legittimato ad agire per l'eredità».

⁶⁰ In dottrina, v., tra i tanti, G. GROSSO e A. BURDESE, *op. cit.*, 222 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 548, nt. 27. In giurisprudenza, v. Cass., 7 luglio 1972, n. 2274, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1390 ss.; Pret. Roma, ord. 21 giugno 1976, in *Giur. mer.*, 1978, I, 50 ss., con nota critica (sia pure – come evidenziato persuasiva-

ficandosi una delle relative cause (soprattutto anche se non solo l'accettazione dell'eredità⁶¹), la cessazione avverrebbe di diritto, senza necessità di alcun provvedimento del giudice⁶², che qualora vi fosse sarebbe sotto tale profilo di puro accertamento⁶³, oltre che eventualmente diretto a regolare i rapporti determinatisi in seguito alla gestione del curatore⁶⁴. Tale orientamento, però, si fonda sulla – peraltro imprecisa⁶⁵ – formulazione letterale dell'art. 532 c.c. (ove si stabilisce che la curatela finisce «quando l'eredità è stata accettata»), che non è affatto decisiva⁶⁶, e soprat-

mente da M. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 613 s. – in modo contraddittorio, sostenendo l'annotatore, al tempo stesso, la necessità di un provvedimento giudiziale per l'estinzione dell'ufficio del curatore e però anche la decadenza dalla funzione di quest'ultimo appena sia intervenuta anche solo una accettazione dell'eredità di C. LAMBERTI, *Accettazione dell'eredità e curatela dell'eredità giacente: decadenza ope legis del curatore dall'ufficio?* (la medesima ordinanza è invece giudicata «interessante» da GI. AZZARITI, *In tema di eredità giacente: cessazione delle funzioni del curatore*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 138); Pret. Roma, ord. 22 giugno 1976, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1344; Trib. Verona, decr. 2 luglio 1991, in *Giur. it.*, 1990, I - Sez. II, 657 ss. e specialmente 661 (con nota adesiva di D. SPIAZZI, *Decreto di chiusura anticipata dell'eredità giacente, avendo il Pretore ritenuto che l'istante sia frattanto divenuto erede puro e semplice, e impugnativa – per illegittimità – del decreto stesso*), secondo cui tra i poteri del giudice (*rectius*, al tempo, del pretore) «non rientra quello di emettere una declaratoria di chiusura dell'eredità giacente con consequenziale (ed espressa) attribuzione ex art. 527 c.c. della qualità di erede in capo ad un chiamato all'eredità rinunziatario (tra l'altro non posto in condizione di esporre le proprie difese perché non sentito e, comunque, non parte della peculiare procedura adottata)»; Trib. Genova, 5 gennaio 1995, in *Giur. mer.*, 1995, I, 941 ss., con nota critica di C. BELFIORE, *Accettazione dell'eredità giacente e cessazione delle funzioni del curatore*.

⁶¹ Per approfondimenti, v. M. TESCARO, *op. cit.*, 120 s. e 145 ss.

⁶² Sempre in favore di questo orientamento, v. anche D. MICCOLI, *op. cit.*, 217; A. PALAZZO, *op. cit.*, 416; G. BONILINI, *op. cit.*, 107; P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, II, *La famiglia, Le successioni*, Torino, 2020, 432.

⁶³ V., per esempio, U. TACCONI, *L'eredità giacente*, in *Successioni e donazioni. Trattato teorico-pratico*, a cura di P. Fava, Milano, 2017, 291; G. INGINO, *sub art. 532 c.c.*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini e G. Mariconda, Torino, 2015, 443.

⁶⁴ A tale ultimo riguardo, v. Pret. Roma, 22 giugno 1976, cit.

⁶⁵ Cfr., per esempio, A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, *op. cit.*, 260: «la norma è ritenuta mal formulata da vari punti di vista»; nonché M. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 612, ove si ragiona di una formulazione «anodina».

⁶⁶ Lo stesso D. MICCOLI, *op. cit.*, 217, pur aderendo all'orientamento qui criticato, pare riconoscere la non decisività del riferimento all'art. 528 c.c., precisando che la «finalità della norma sembra essere soprattutto di chiarire come certe pur rilevanti modificazioni della situazione iniziale, dalla quale il provvedimento di nomina dell'autorità giudiziaria ha avuto origine, non siano sufficienti a riflettersi in maniera essenziale sulla posizione giuridica del curatore. Se, ad esempio,

tutto sulla convinzione, evidentemente superata dal Codice civile del 1942 (basti considerare l'art. 530 c.c.), che nella giacenza sia in gioco fondamentalmente solo l'interesse dell'erede⁶⁷.

A parere di chi scrive, va invece affermata la necessità di un provvedimento giudiziale costitutivo pure per la cessazione della curatela⁶⁸, necessità che si fonda non solo sul già menzionato potere discrezionale del giudice che informa tutta la materia in esame⁶⁹, ma anche su elementari esigenze di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei soggetti a vario titolo interessati alla vicenda⁷⁰, ovverosia i terzi ma anche lo stesso curatore, il quale si troverebbe altrimenti sollevato dal suo incarico già solo in forza di un atto, l'accettazione dell'eredità, che in quanto negozio uni-

il chiamato acquistasse – naturalmente in un momento successivo alla nomina del curatore giudiziale – il “possesso” di beni ereditari, integrando quindi negativamente la fattispecie astratta prevista dall'art. 528 e determinando una situazione che, se si fosse verificata antecedentemente, avrebbe impedito il sorgere stesso dello stato di giacenza, tutto questo non sarebbe sufficiente, a norma dell'art. 532, per far cessare dalle sue funzioni il curatore giudiziale». Una simile spiegazione della finalità della norma può leggersi, tra gli altri, in R. NICOLÒ, *L'eredità giacente*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, 288 s.; e in A. CICU, *op. cit.*, 159, nt. 82, ove si sottolinea come tale finalità sia ben comprensibile alla luce del fatto che sotto il Codice civile del 1865 si riteneva invece che la curatela cessasse automaticamente una volta che il chiamato ignoto diventasse noto.

⁶⁷ V. per esempio A. CICU, *op. cit.*, 159, ove appunto si afferma che «non richiede la legge che sia un atto del giudice a segnare il momento della definitiva cessazione della funzione, come avviene ad es. per la cessazione della tutela, non essendo in giuoco oramai altro interesse che quello dell'erede» (peraltro aggiungendosi – nt. 83 – che «sarebbe ciò stato opportuno, anche per l'interesse dei terzi alla conoscenza della situazione giuridica»). Nello stesso senso, v. anche G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, in *Comm. teorico-pratico al codice civile*, dir. da V. de Martino, 2ª ed., Novara, 1981, 515.

⁶⁸ In giurisprudenza, v. Trib. Roma, 1º dicembre 1999, cit. in M. LIPARI, *op. cit.*, 473, nt. 248, secondo cui «la cessazione dello stato di giacenza dell'eredità, per effetto dell'accettazione, non avviene *ipso iure*, ma richiede un provvedimento espresso del giudice».

⁶⁹ V. al riguardo C. ROMANO, *op. cit.*, 107, ove opportunamente si evidenzia che «il tribunale non potrebbe compitamente vigilare sull'attività del curatore se a quest'ultimo fosse data la possibilità di porre fine alla propria attività senza alcun controllo».

⁷⁰ In tal senso, v. V.M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 85 s., ove si rileva tra l'altro che «da una automatica e istantanea cessazione della curatela potrebbero essere danneggiati, nei loro interessi e diritti, i terzi. I creditori, secondo la tesi contraria, andrebbero incontro ad una situazione di danno, qualora non venissero a conoscenza di una accettazione pura e semplice di una eredità onerata da debiti; potrebbero perdere i probabili vantaggi di una liquidazione concorsuale per via che uno o più tra essi riuscissero ad ottenere dall'erede l'integrale soddisfacimento delle loro ragioni». V. anche M. LIPARI, *op. cit.*, 473; C. BELFIORE, *op. cit.*, 943 ss.

laterale non recettizio⁷¹ non è nemmeno destinato alla sua conoscenza, senza contare che comunque la validità e l'efficacia di tale negozio risultano sovente di non immediata percezione⁷².

A ciò si aggiunge il bisogno logico⁷³ prima ancora che giuridico di simmetria con la fase di apertura della curatela. I fautori dell'orientamento qui criticato, negando tale bisogno di simmetria, finiscono infatti per giungere all'assurda conclusione che «un atto di natura strettamente privatistica, qual è l'accettazione dell'eredità, che è spesso implicito e spoglio di qualsivoglia forma atta a renderlo manifesto e a concludarlo in modo inequivoco (accettazione tacita)», possa «porre *ipso iure* nel nulla un atto giurisdizionale, qual è il decreto [...] che dichiara giacente l'eredità e nomina il curatore, atto che apre un procedimento svolgentesi sotto controllo giurisdizionale»⁷⁴.

5. Conclusioni

Tenuto conto della diversa – nonché «poco felice»⁷⁵ – formulazione dell'art. 980 del Codice civile del 1865 e delle fattispecie che esso lasciava prive della gestione provvisoria del curatore (come abbiamo veduto, quella del chiamato noto ma non nel possesso dei beni ereditari per esempio perché lontano⁷⁶ e quella

⁷¹ V., anche per approfondimenti e ulteriori riferimenti, G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 186 s.

⁷² Sul punto, v. C. BELFIORE, *op. cit.*, 944, ove si evidenzia non solo la ben nota circostanza (sulla quale cfr., per tutti, M. CALOGERO, *op. cit.*, 234) che l'accettazione potrebbe essere semplicemente tacita, ma anche che potrebbero darsi numerose vicende di ancor più problematico accertamento, per esempio l'accettazione di un chiamato di grado meno prossimo, pur risultando l'esistenza di chiamati di grado più prossimo che non abbiano ancora manifestato la loro volontà in merito all'eredità, oppure l'accettazione di un familiare (non legittimario) che sarebbe chiamato per legge, nonostante l'esistenza di un testamento che istituisca solo altri non ancora accettanti, oppure ancora un conflitto tra due possibili chiamati, entrambi accettanti, i quali abbiano in corso un giudizio attraverso il quale ciascuno cerchi di escludere l'altro dalla successione; nonché M. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 613 ss.

⁷³ V. assai persuasivamente M. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 618: «la nomina del curatore ha natura di provvedimento costitutivo della giacenza, sicché è logico ritenere che per far cessare la giacenza sia necessario un atto uguale e contrario, quale quello con cui il giudice pone fine alla vicenda cui, con il suo stesso provvedimento, ha dato vita».

⁷⁴ C. BELFIORE, *op. cit.*, 946. V. anche, in senso adesivo, C. ROMANO, *op. cit.*, 108. Per approfondimenti, v. altresì M. TESCARO, *op. cit.*, 125 ss.

⁷⁵ W. D'AVANZO, *op. cit.*, 246.

⁷⁶ V. in giurisprudenza, condivisibilmente, Cass., 31 marzo 1987, n. 3087,

della rinuncia solo del primo chiamato con i successivi individuabili ma solo attraverso affannose indagini), risulta confermato come la *ratio* della disciplina attualmente vigente, dal punto di vista più generale, consista nell'allargare l'ambito di applicazione dell'istituto⁷⁷ al fine di consentirgli di «svolgere una funzione essenzialmente *pratica*»⁷⁸, ovvero sia, come esplicitato del resto nella relazione al Re (n. 255, ove si sottolinea anche che la nuova formulazione è stata «generalmente approvata»), nell'assicurare «la conservazione del patrimonio ereditario in tutti i casi in cui il chiamato all'eredità non provveda»⁷⁹, compreso dunque anche quello in cui tale soggetto sia ignoto⁸⁰.

in *Giur. it.*, 1988, I, 1404, secondo la quale deve ritenersi che «il vigente codice civile, sulla scia della giurisprudenza formatasi in merito sotto il vecchio codice ed in armonia con il netto orientamento dottrinario, anziché limitare abbia inteso estendere l'applicabilità dell'istituto in questione: prima si prevedeva soltanto che l'erede non fosse noto (o avesse rinunciato); ora si aggiunge anche il caso dell'erede noto che non accetti e non sia in possesso dei beni ereditari».

⁷⁷ In tal senso, v., tra gli altri, D. MICCOLI, *op. cit.*, 209 s., ove si ragiona di una «estensione [...] dei confini» e di una «latitudine assai più vasta» dell'istituto; nonché A. CICU, *op. cit.*, 138.

⁷⁸ M. LIPARI, *op. cit.*, 432.

⁷⁹ Cfr. ancora M. LIPARI, *op. cit.*, 434 s., al quale «tutta la disciplina della giacenza sembra [...] trovare una propria *ratio* specifica nella circostanza [...] che il chiamato il quale non abbia ancora provveduto all'accettazione, non esercitando, nemmeno in parte, il possesso sui beni ereditari, dimostra un totale disinteresse per il patrimonio del *de cuius*, di per sé giustificante la costituzione della curatela giudiziale».

⁸⁰ V., tra gli altri, A. LUGO, *La successione dello Stato nel nuovo Libro del Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, 349; G.B. RICCIOTTI, *La successione dello Stato*, in *Riv. not.*, 1969, I, 465; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, I, *Disposizioni generali - successioni legittime*, in *Commentario del Codice civile redatto a cura di magistrati e docenti*, 2^a ed., Torino, 1971, 247; A. PALAZZO, *op. cit.*, 404; M. LIPARI, *op. cit.*, 442, secondo cui «la latitudine dell'espressione “quando il chiamato non ha accettato” comprende senz'altro anche l'ipotesi – unica prevista nel codice del 1865 – dell’“erede ignoto”, del quale, cioè, si ignora attualmente l'identità. Da tale angolo visuale, va condiviso l'indirizzo secondo cui, per aversi giacenza è sufficiente il fondato dubbio circa l'esistenza di chiamati all'eredità – ancorché di identità ignota – mentre la successione dello Stato opera solo quando può escludersi con certezza l'esistenza di altri chiamati». V. altresì D. MICCOLI, *op. cit.*, 211, secondo cui addirittura «è pacifico, che l'ipotesi di “erede ignoto” debba, a maggior ragione, ricomprendersi in quella del chiamato “che non ha accettato”, sicché una sua menzione speciale sarebbe apparsa, oltre che inutile, possibile fonte di confusioni».

Risulta per questa via superato l'argomento letterale di E. D'AMICO, *L'eredità giacente, in Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. I, *Esperienze italiane*, a cura di S. Scola e M. Tescaro, Napoli, 2019, 104 (e di Trib. Verona, ord. 26 ottobre 2017, in *Studium iuris*, 2019, 240 s., con nota redazionale di T.D. CULEAC), il quale fa invece leva sulla circostanza che «nel

Inoltre, anche se non mancano diverse ricostruzioni, come altrove si è tentato di dimostrare⁸¹ e come è stato più volte affermato anche dalla giurisprudenza⁸², il curatore dell'eredità giacente svolge una funzione pubblica, più precisamente in veste di ausiliario del giudice, il quale, a maggior ragione, assume nella procedura in esame un notevole potere discrezionale, che dovrebbe allora essere esercitato proprio alla luce della summenzionata *ratio*, cioè per quanto possibile ampliando l'ambito di applicazione dell'istituto e valorizzandone le potenzialità.

La disciplina attualmente vigente dell'eredità giacente risulta infatti, nel complesso, rispetto a quella del Codice civile del 1865, ammodernata al fine fondamentale di garantire il suo adattamento a quello che, a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore del Codice civile del 1942, era descritto come il «maggior dinamismo dei tempi presenti», che richiedeva un «intervento cautelare [...] più ampio», che «da tempo si auspicava»⁸³.

Anche senza contare che il citato dinamismo è nei decenni seguenti notevolmente aumentato, la ricostruzione in discorso potrebbe persino essere declinata nella controversa ma affascinante prospettiva dell'applicazione di almeno taluni criteri aziendalistici all'amministrazione della giustizia, tra l'altro incrementando l'apporto dei professionisti privati nominati curatori di eredità giacenti, al fine di migliorare l'efficienza in linea con le esigenze della società contemporanea. Si tratta di un profilo sul quale non mancano riflessioni interdisciplinari⁸⁴ che intraprendenti figure di vertice dell'amministrazione della giustizia potrebbero valutare ed eventualmente sperimentare con modalità innovative.

codice del 1942 non è stato richiamato proprio il caso dell'erede ignoto, viceversa menzionato dall'art. 980 del codice previgente», anche se non manca chi (W. D'AVANZO, *op. cit.*, 246) afferma che un simile chiarimento anche da parte del Codice civile del 1942 non sarebbe stato «né superfluo né inopportuno».

⁸¹ M. TESCOARO, *op. cit.*, 105 ss.

⁸² V. soprattutto Cass., Sez. Un., 21 novembre 1997, n. 11619, in *Giust. civ.*, 1998, I, 36, secondo cui appunto «il curatore dell'eredità giacente, nominato dal pretore a norma dell'art. 528 c.c., rientra tra gli ausiliari del giudice». V. anche, tra le altre, Cass. pen., 23 settembre 2010, n. 34335, in *One legale*; Cass., ord. 2 settembre 2020, n. 18239, in *One legale*; Cass., 29 maggio 2000, n. 7032, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 102 s., con nota di U. BERLONI, *Decreto di chiusura dell'eredità giacente e ricorribilità in Cassazione*; nonché Corte cost., 30 aprile 2021, n. 83, in *One legale*.

⁸³ L. BARASSI, *op. cit.*, 86.

⁸⁴ AA. VV., *Le sfide future per la giustizia. La giustizia come azienda?*, a cura di F. Brunetti, A. Rizzo e M. Tesaro, Roma, 2020, *passim* (su cui v. anche la recensione di C. LOTTIERI, in *Studium iuris*, 2021, 1008).

Di recente, innovazioni sul fronte istituzionale si sono peraltro avute, soprattutto in quanto i commi 1008 e 1009 dell'art. 1 della l. n. 178 del 2020 e il d.m. n. 128 del 2022 hanno introdotto talune regole di dettaglio orientate proprio a rendere più efficienti la curatela dell'eredità giacente e la successione dello Stato, al fine principale di incrementare le entrate per la collettività derivanti da tali vicende⁸⁵. Si tratta di un passo avanti, ma è assai dubbio che simili regole possano realizzare un significativo miglioramento, in assenza di un cambio di mentalità in tutti gli operatori a vario titolo coinvolti, i quali dovrebbero innanzi tutto comprendere e condividere la centralità della curatela dell'eredità giacente nel sistema successorio italiano, così come le sue notevoli potenzialità applicative in larga parte ancora inesprese, non solo nell'ambito delle successioni transfrontaliere favorite dai fenomeni migratori.

Abstract: L'istituto della curatela dell'eredità giacente, sebbene in tempi recenti sia stato sovente trascurato per non dire svilito, è intimamente collegato al meccanismo di acquisto dell'eredità prescelto da un determinato ordinamento giuridico. In un diritto successorio, del tipo di quello italiano attualmente vigente, incentrato almeno in linea di principio su un atto di accettazione del chiamato con efficacia costitutiva dell'acquisto ereditario, l'istituto dovrebbe essere particolarmente valorizzato e interpretato estensivamente con riguardo al suo ambito di applicazione. In questa prospettiva, può prevedersi e comunque auspicarsi una crescente rilevanza della curatela dell'eredità giacente, anche nell'ambito delle famiglie transfrontaliere favorite dai fenomeni migratori.

The institution of the guardianship of the unclaimed inheritance, although in recent times it has often been neglected not to say debased, is intimately linked to the mechanism for the acquisition of the inheritance chosen by a given legal system. In a law of succession, of the kind currently in force in Italy, centred at least in principle on an act of acceptance by the called party with constitutive effect of the acquisition of the inheritance, the institution should be particularly valued and interpreted extensively with regard to its scope of application. In this perspective, it may be envisaged and in any case hoped for an increasing relevance of the guardianship of the unclaimed inheritance, also in the context of cross-border families favoured by migratory phenomena.

⁸⁵ Per approfondimenti, v. M. TESCARO, *Un passo avanti nella disciplina di curatela dell'eredità giacente e successione dello Stato*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2023, 86 ss.; F. GALLUZZO, *Successione dello Stato e rapporto tra giacenza e vacanza ereditaria, tra vecchie e nuove questioni dopo il D.M. n. 128/2022*, in *Arch. giur. online*, 2024, 239 ss.

ILARIA RIVA

Regimi patrimoniali e successori delle famiglie internazionali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema conflittuale europeo in materia di regimi patrimoniali dei coniugi e di successioni internazionali. – 3. Che cosa si intende per “residenza abituale”? – 4. Autonomia privata e scelta di legge applicabile. – 5. Profili di tutela dell’affidamento delle parti e dei terzi. – 6. Interferenze tra regime patrimoniale della famiglia e regime successorio.

1. *Premessa*

Con l’espressione famiglie internazionali o transfrontaliere si usa fare riferimento a unioni familiari che presentano collegamenti significativi con più di uno Stato, ad esempio per la diversa cittadinanza dei coniugi o partner, per il fatto che gli stessi risiedono in Stati differenti, per la circostanza che la coppia ha vissuto stabilmente in luoghi diversi nel corso della vita matrimoniale, o ancora per la localizzazione all’estero di proprietà immobiliari: queste e altre situazioni si presentano in numero sempre più rilevante in correlazione a fenomeni propri dell’attuale contesto socio economico, quali la crescente mobilità delle persone e le dinamiche migratorie da paesi terzi.

Nella prospettiva che qui si intende indagare, il variegato panorama delle famiglie transfrontaliere pone interessanti quesiti in ordine alla legge applicabile alle vicende conseguenti alla morte di uno dei coniugi, quesiti che si legano a doppio filo alla parallela questione della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali.

Si tratta di temi di diritto internazionale privato di stretta attualità, anche per il fatto di essere stati da ultimo normati a livello sovranazionale, con i Regolamenti UE n. 650 del 2012, in materia di successioni internazionali, e nn. 1103 e 1104 del 2016, dedicati rispettivamente al regime patrimoniale dei coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Tutti i citati Regolamenti hanno avuto un impatto significati-

vo, introducendo novità rilevanti rispetto al sistema conflittuale precedentemente vigente in Italia, che come è noto trova il proprio riferimento normativo nella legge n. 218 del 1995. Le riflessioni che seguono s'incentreranno esclusivamente sul versante delle famiglie fondate sul matrimonio, nella duplice prospettiva del regime patrimoniale e della successione a causa di morte.

2. *Il sistema conflittuale europeo in materia di regimi patrimoniali dei coniugi e di successioni internazionali*

L'articolo 46 della legge italiana di diritto internazionale privato è dedicato alla successione per causa di morte, e prevede che essa sia regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento del decesso. Analogamente, l'articolo 30 della stessa legge, tramite un rinvio all'articolo precedente, sottopone i rapporti patrimoniali tra coniugi alla loro legge nazionale comune.

Emerge in maniera palese la netta preferenza del legislatore italiano nei confronti del criterio di collegamento della cittadinanza, che ha costituito sino a pochi anni fa il fattore principe di determinazione della legge applicabile nell'ordinamento nazionale.

L'innovazione più evidente portata dai recenti Regolamenti europei sopra citati consiste proprio nell'abbandono del criterio della nazionalità, e nella chiara scelta di favore verso il più moderno criterio della residenza abituale: al di là delle evidenti incertezze che circondano quest'ultimo concetto, v'è da rilevare come esso abbia il pregio di favorire l'integrazione delle persone nel Paese in cui risiedono, sottoponendole al medesimo statuto degli altri residenti¹. Oltre a ciò, il criterio della residenza abituale agevola notevolmente la gestione delle vicende familiari dei tanti cittadini stranieri stabilmente residenti in Italia, nei cui riguardi le autorità nazionali eventualmente adite potranno ora applicare la legge italiana.

Quanto detto è esatto per quanto concerne il regime successorio, siccome a tutte le successioni aperte a partire dal 16 agosto 2015, salvo che il *de cuius* non abbia manifestato una diversa vo-

¹ "Si tratta di una nozione proteiforme che risponde alle esigenze di un diritto internazionale privato sempre più politicamente orientato e funzionale al raggiungimento degli obiettivi che il legislatore di volta in volta decide di assegnargli": così A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato attuale. Spunti di riflessione*, in *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, II, Napoli, 2019, 1404.

lontà, si applica la legge dello Stato in cui quest'ultimo aveva la residenza abituale al momento della morte.

Per quanto concerne invece i regimi patrimoniali della famiglia, la questione è più complessa: escludendo per ora una diversa scelta da parte dei coniugi, il Regolamento n. 1103/16 indica quale criterio di collegamento la «prima residenza abituale dei coniugi dopo il matrimonio», ma esso trova applicazione rispetto ai soli matrimoni celebrati dopo il 29 gennaio 2019, data di entrata in vigore del Regolamento medesimo.

Ne consegue che per tutte le coppie unitesi in matrimonio prima di quella data – le quali costituiscono e costituiranno ancora per molto tempo la stragrande maggioranza dei casi – continuano ad applicarsi i criteri fissati dalla normativa precedente, ovvero dagli artt. 29 e 30 della legge n. 218/95: per tutte queste famiglie, i rapporti patrimoniali tra coniugi continuano ad essere regolati dalla legge di comune nazionalità e, in mancanza o in caso di pluralità di cittadinanze, dalla legge dello Stato dove la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

Si profilano allora soluzioni normative diverse a seconda del modello familiare considerato: se una coppia di stranieri soggiornanti in Italia ha la medesima nazionalità e ha contratto matrimonio – in Italia o all'estero – prima del 29 gennaio 2019, si applica ai loro rapporti patrimoniali la legge dello Stato di cittadinanza, salvi i tradizionali limiti dell'ordine pubblico internazionale, e delle norme di applicazione necessaria. Poiché tuttavia la legge n. 218/95 ammette l'operatività del rinvio, occorrerà valutare se il diritto internazionale privato dello Stato di cittadinanza rinvia alla legge di un altro Stato, e in tal caso applicare questa legge². Non è escluso che tale rinvio sia parziale, come accade negli ordinamenti c.d. scissionisti, in cui i criteri di individuazione della legge applicabile variano in ragione del tipo di bene considerato: potremmo allora essere tenuti ad applicare una legislazione per il patrimonio mobiliare, e una o più diverse legislazioni per i beni immobili (in applicazione del criterio *lex rei sitae*)³.

² Più precisamente, ai sensi dell'articolo 13, il rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato viene preso in considerazione in due casi: se il diritto di tale Stato accetta il rinvio oppure se si tratta di rinvio alla legge italiana.

³ Questa eventualità è stata di recente confermata dalla Corte di Cassazione italiana nella sentenza del 5 febbraio 2021 n. 2867. Nel caso di specie, verificatosi sotto la vigenza della l. 218/95, un cittadino inglese aveva contratto matrimonio con una cittadina italiana ed era deceduto a Milano, lasciando un testamento, redatto a Londra prima del matrimonio, con il quale attribuiva una

Se quella stessa coppia che ha contratto matrimonio prima della data di entrata in vigore del Reg. UE n. 1103/16 fosse composta da persone di differente nazionalità, interverrebbe il criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, che richiede un'analisi di tutte le circostanze di fatto attinenti al consorzio familiare (residenza, lavoro, affetti, amicizie, proprietà, ecc.): oltre ad essere di più difficile individuazione, il criterio in oggetto si distingue per il suo carattere variabile, potendo la vita matrimoniale dislocarsi in luoghi diversi nel corso del tempo. Sorge allora il dubbio di quale sia il momento rilevante per la localizzazione, e se essa risulti cristallizzata o se invece la sua variazione determini il mutamento della legge e quindi, verosimilmente, del regime patrimoniale applicabile.

L'opinione prevalente, che trova conferma anche in giurisprudenza, ritiene che il regime patrimoniale possa cambiare a seguito di una nuova localizzazione della vita matrimoniale, ma che tale cambiamento non produca effetti che per l'avvenire⁴. La

somma di denaro alla futura moglie e designava eredi del restante patrimonio (costituito da beni immobili situati in Italia e da beni mobili) i propri figli. La vedova si rivolse al Tribunale di Milano chiedendo che venisse accertata la revoca del testamento a causa del matrimonio, secondo la legge inglese (*Will Act* 1837) applicabile al caso in questione, e quindi che venisse dichiarata aperta la successione legittima. In tal modo, ella avrebbe beneficiato dell'attribuzione di tutti i beni mobili e di un terzo dei beni immobili. I giudici affermano che, poichè la legge nazionale che regola la successione transnazionale, ai sensi dell'art. 46 della legge 218/95 (nel caso di specie, la legge inglese), sottopone i beni mobili alla legge del domicilio del *de cuius* e rinvia indietro alla legge italiana, come consentito dall'art. 13, comma 1, lettera b), della stessa legge, per la disciplina dei beni immobili compresi nell'eredità, si verifica l'apertura di due successioni e la formazione di due distinte masse, ognuna assoggettata a differenti regole successorie, ovvero a diverse leggi che verificano la validità e l'efficacia del titolo successorio (anche, nella specie, con riguardo ai presupposti, alle cause, ai modi ed agli effetti della revoca del testamento), individuano gli eredi, determinano l'entità delle quote e le modalità di accettazione e di pubblicità ed apprestano l'eventuale tutela dei legittimari. Ne consegue che, per quanto attiene agli immobili in Italia, non opera la regola della revoca del testamento per susseguente matrimonio, trattandosi di una regola sconosciuta dal nostro ordinamento.

⁴ Cfr. F. SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1998, 27. Per un approfondimento, si rinvia a N. CIPRIANI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, norme di conflitto e variabilità della legge applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 19 ss., il quale sposa tuttavia la soluzione della "retroattività", pur specificando trattarsi di una vicenda da tenere distinta da quella della successione delle leggi nel tempo, e quindi da un problema di diritto intertemporale, per cui la nozione stessa di "retroattività" è impiegata in senso atecnico.

Corte d'Appello di Catania lo ha affermato nel 2019 in relazione a una coppia di coniugi di diversa nazionalità che aveva vissuto dopo il matrimonio per un lungo periodo nello Stato della Virginia, dove vige il regime legale di separazione dei beni, per poi trasferirsi stabilmente in Kenya, dove invece vige la comunione dei beni. Una volta intervenuto lo scioglimento del matrimonio, la moglie pretende di essere divenuta contitolare, in virtù del regime comunitario, di un immobile acquistato dal marito nel periodo di permanenza in USA. I giudici correttamente rigettano questa impostazione ed escludono la caduta in comunione del bene in questione, negando che il regime di comunione dei beni, cui i coniugi sono stati soggetti dal momento del trasferimento in Kenya, avesse avuto portata retroattiva⁵.

A fondamento di tale assunto, si pongono ragioni di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento dei terzi, ragioni che lo stesso legislatore europeo ha mostrato di tenere in debito rilievo, come rivela l'affermazione, contenuta nel *Considerando* n. 46 del Reg. UE n. 1103/16, che non dovrebbe esservi alcuna modifica della legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi senza manifestazione espressa della volontà delle parti. Sennonchè, tale principio non trova una puntuale precisazione precettiva nell'articolato del Regolamento, suscitando più di un dubbio interpretativo.

Venendo allora al caso della coppia coniugata in data successiva al 29 gennaio 2019, a prescindere dalla comune o diversa cittadinanza, il regime patrimoniale sarà retto dalla legge dello Stato ove gli stessi hanno fissato la loro «prima residenza abituale comune dopo il matrimonio». Il riferimento numerico si comprende nella prospettiva, appena richiamata, della tendenziale immutabilità della legge applicabile: pertanto, se dopo una prima residenza abituale in uno Stato, i coniugi si trasferiscono in altro Stato ove fissano una «seconda» residenza abituale, ciò non altera – salvo diverso accordo – il regime patrimoniale applicabile. I dubbi si focalizzano su un'altra ipotesi, quella della coppia che non fissa, dopo il matrimonio, alcuna residenza abituale comune, dando così spazio al secondo criterio indicato dall'art. 26 del Reg. UE n. 1103/16, quello della comune nazionalità o, ancora in via subordinata, del luogo ove la vita matrimoniale è prevalente localizzata.

L'eventualità dell'assenza di una prima residenza abituale co-

⁵ App. Catania, 24 settembre 2018, in *DeJure*.

mune non è così remota come può apparire a prima vista: la migrazione dal Sud Est asiatico, ad esempio, è connotata prevalentemente da soggetti migranti di giovane età e di sesso maschile, che arrivano in Europa alla ricerca di migliori condizioni di vita e di lavoro, lasciando le altrettanto giovani mogli nel Paese d'origine. Può accadere che il matrimonio venga celebrato durante un breve soggiorno dell'uomo in patria, o addirittura a distanza, per procura: in questi casi, se si ritiene che i coniugi non abbiano una residenza comune, la loro «prima» residenza abituale comune potrebbe intervenire a distanza di tempo, magari di anni. Se è certo che nel frattempo il regime patrimoniale sarà governato dalla legge di comune nazionalità, meno certo è quanto accade allorché venga fissata, anni dopo, la prima residenza abituale comune, per esempio perché a seguito della procedura di riconiugamento familiare la moglie raggiunge il marito in Europa.

Vi è chi ritiene che, nonostante quanto espresso nei *Considerando*, il Regolamento non sia riuscito a garantire l'immodificabilità della legge applicabile, nel senso che se la prima residenza abituale interviene dopo un periodo di tempo, durante il quale ha operato un diverso criterio, al suo subentrare si avrà un mutamento di legge applicabile al regime patrimoniale della coppia. All'interno di questo filone di pensiero, prevale la tesi della irretroattività della variazione⁶, analogamente a quanto si è visto accadere sotto la vigenza dell'art. 30 l. n. 218/95: come nel caso deciso dalla Corte di Appello di Catania, nel caso di passaggio da un regime di separazione dei beni ad un regime comunitario (in ragione della variazione di uno dei fattori indicati dal sistema conflittuale applicabile quale criterio di collegamento), il principio di irretroattività comporta che i beni acquistati separatamente durante la vigenza del matrimonio resteranno beni personali e dunque saranno validi tutti gli altri dispositivi compiuti singolarmente dal loro titolare. L'opposto principio della retroattività del mutamento della legge applicabile determinerebbe, nel caso prospettato, la caduta in comunione di tutti i beni acquistati dai coniugi, insieme o separatamente, durante il matrimonio, anche in un'epoca precedente all'insorgenza della comunione legale⁷.

⁶ D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente i conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 1139.

⁷ Va tuttavia precisato che anche la dottrina favorevole alla retroattività è concorde nell'affermare che restano salvi e vadano sottratti alla sfera di applicazione della nuova legge gli atti dispositivi compiuti durante il matrimonio

Ipotizzando invece il passaggio da un regime comunitario a un regime separatista, invocando la retroattività avremo un mutamento *ex tunc* della natura della contitolarità degli acquisti compiuti durante il matrimonio, da un regime di comunione coniugale ad un regime di proprietà ordinaria, dovendo verosimilmente fare salve le situazioni giuridiche soggettive già acquisite dai terzi in base al precedente statuto. Mentre in forza del principio di irretroattività, i beni in regime di comunione resterebbero tali anche se dovesse sopravvenire un regime separatista.

Altra parte della dottrina, valorizzando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, cristallizza invece la soluzione conflittuale adottata al momento di celebrazione del matrimonio.

Nessuna delle due impostazioni è esente da criticità. La seconda appare più aderente ai principi di certezza e prevedibilità enunciati a fondamento delle scelte normative dal legislatore europeo nei *Considerando*, ma si potrebbe sollevare la critica che la staticità che ne consegue ha l'effetto di far sottostare i coniugi alla legislazione di uno Stato con il quale essi hanno una relazione formale, rappresentata dalla nazionalità comune, e non sostanziale, in antitesi al principio di prossimità. Sennonché, tale argomento non coglie nel segno, poiché una valutazione più attenta rende evidente che il legislatore europeo non ha realizzato un sistema che consenta di applicare sempre la legge con la quale, attualmente, i coniugi hanno un collegamento sostanziale significativo. Nell'ipotesi, infatti, di più residenze abituali comuni successive, si applica sempre e soltanto la legge dello Stato dove i coniugi fissarono la prima residenza abituale, anche se per un tempo minore, e in un'epoca oramai remota⁸: una previsione normativa suscettibile di riserve, ma che non può essere superata interpretativamente. A sostegno della tesi favorevole al mutamento di legge applicabile resta allora soltanto il dato letterale, ove si interpreti la formula «prima residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio», come riferita a qualsiasi momento (anche molto) successivo rispetto al matrimonio. Ma è

dal coniuge che, in forza di una legge sostanziale divenuta applicabile in un momento successivo, risulti *ex post* privo di legittimazione: si sostiene, in altre parole, la cristallizzazione di quella specifica situazione secondo la legge sostanziale applicabile in quel momento (N. CIPRIANI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, norme di conflitto e variabilità della legge applicabile*, cit., 52).

⁸ F. VISMARA, *Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2017, 363 ss.

noto che il dato meramente letterale è poco risolutivo, se è vero che il problema sta proprio nel significato stesso delle parole⁹.

Nell'attesa di una soluzione certa, che soltanto la Corte di Giustizia potrà fornire, l'autonomia privata può intervenire in ausilio a un'ovvia esigenza di prevedibilità, essendo consentito ai coniugi, come meglio si vedrà, scegliere la legge applicabile ai loro rapporti, seppure entro determinati limiti.

Meno problemi pone l'applicazione del criterio della residenza abituale in materia successoria, dove il momento rilevante è uno solo, coincidente con la morte del *de cuius*: occorrerà verificare dove il soggetto della cui eredità si tratta fosse abitualmente residente in quel momento preciso.

Ovviamente, sullo sfondo di tutte queste considerazioni, si pone la difficoltà di definire il concetto di residenza abituale, tema al quale è dedicato il paragrafo che segue.

3. *Che cosa si intende per "residenza abituale"?*

La novità più rilevante portata dai Regolamenti europei è stata senza dubbio la scelta del criterio di collegamento della residenza abituale, espressione di un principio di prossimità¹⁰: com'è noto, la normativa sovranazionale non ne fornisce una definizione, lasciando all'interprete il compito di individuare quali elementi di fatto siano di volta in volta idonei a eleggere un luogo quale centro principale degli interessi dell'individuo.

Scarse indicazioni si traggono dai *Considerando* del Regolamento sulle successioni internazionali, ove è precisato che «al fine di determinare la residenza abituale, l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere a una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso. La residenza abituale così determinata dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici

⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 240.

¹⁰ Sulla diffusione di questo criterio di collegamento, e sulle ragioni che lo sorreggono, v. A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato attuale*, cit., 1361. V. anche M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 688 s.

del presente regolamento» (*Considerando* 23). Lo stesso Regolamento propone poi alcuni esempi di particolare complessità, dai quali trarre ulteriori indicazioni: «Un caso di questo genere può presentarsi, in particolare, qualora per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero per lavoro, anche per un lungo periodo, ma avesse mantenuto un collegamento stretto e stabile con lo Stato di origine. In un siffatto caso si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la propria residenza abituale nello Stato di origine in cui è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale. Altri casi complessi possono presentarsi qualora il defunto fosse vissuto alternativamente in più Stati o si fosse trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi. Se il defunto era cittadino di uno di tali Stati o vi possedeva tutti i suoi beni principali, la sua cittadinanza o il luogo in cui sono situati tali beni potrebbero costituire un elemento speciale per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali» (*Considerando* 24).

In realtà, la preferenza per questo criterio di collegamento è già da tempo manifesta a livello europeo, e la stessa Corte di Giustizia si è già espressa in svariate occasioni per dirimere dubbi circa l'esatta individuazione dello Stato di residenza abituale. Si potrebbe persino giungere ad affermare che, stando così le cose, oramai vi siano solidi indirizzi interpretativi cui appoggiarsi per risolvere i casi problematici che dovessero presentarsi in futuro. Una prospettiva che non deve tuttavia trascurare il fatto che le stessa nozione di residenza abituale è suscettibile di differenti concretizzazioni in relazione al contesto normativo nel quale è presa in considerazione¹¹: per esemplificare, la nozione di residenza abituale del minore, sulla quale più volte si è pronunciata la Corte di Giustizia, ha peculiarità tali, legate appunto alle specificità dell'esistenza di un minore, che la rendono cosa ben diversa dalla residenza abituale di un adulto, del quale si discorre per regolare la sua successione. E considerazioni analoghe pos-

¹¹ La Corte di Giustizia Ue, nella pronuncia del 6 luglio 2023, causa C-462/22, decidendo sul Regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, ha affermato che in mancanza di una definizione o di un rinvio espresso al diritto degli Stati membri per determinare il senso e la portata della nozione di «residenza abituale», occorre ricercarne un'interpretazione autonoma e uniforme, tenendo conto della formulazione e del contesto delle disposizioni che menzionano dette nozioni nonché degli obiettivi dello specifico Regolamento.

sono essere spese ove si tratti di individuare la residenza abituale comune di una coppia di coniugi, in relazione alla quale gli elementi familiari e affettivi non possono non prevalere su quelli prettamente economici e materiali.

Ciò detto, in assenza – per il momento – di indicazioni da parte della Corte di Giustizia sul concetto di residenza abituale adottato dai Regolamenti in oggetto, l'interprete potrà fare ricorso, nei limiti della compatibilità e dell'adeguatezza al caso concreto, ai criteri generalmente adottati per definirne i contorni.

Si afferma comunemente che la residenza abituale contempla un elemento oggettivo, dato appunto dalle circostanze di fatto che legano l'individuo con il luogo, e un elemento soggettivo, dato dall'intenzione della persona di eleggere quel luogo a propria sede principale per il presente e per il futuro.

Si può dire che l'indagine intorno alla residenza abituale si muove lungo tre direttrici: guardando al presente, al passato e al futuro. Il presente, cioè dove la persona risiede effettivamente; il passato, ovvero valutando da quanto tempo la persona è stabilita in quel luogo; e il futuro, cioè l'intenzione della persona riguardo all'avvenire.

Nessuno di questi tre profili, che pur costituiscono elementi utili per valutare l'abitualità della residenza, è di per sé da solo determinante: da una lato, infatti, v'è concordia sul fatto che la residenza abituale non esige la presenza fisica attuale della persona, che ben potrebbe soggiornare altrove, anche per lungo tempo, perché costretta o di sua volontà, ma con l'intenzione oggettivamente inequivoca di fare ritorno al luogo di propria residenza non appena cesseranno le ragioni che la tengono lontana¹²; per quanto concerne il passato, poi, l'opinione prevalente ritiene che il trasferimento di una persona da un luogo ad un altro, con l'intenzione di abbandonare il precedente e stabilirsi in maniera duratura nel nuovo, determina immediatamente il cambiamento della residenza abituale, senza che sia necessario un periodo di tempo precisato¹³. Sembrerebbe allora che l'aspetto più significativo sia l'intenzionalità, che però è anche quello più inafferrabile.

¹² La Corte di Giustizia ha più volte ribadito che un soggiorno, pur prolungato, continua a potere essere qualificato «temporaneo» se non è frutto di una scelta personale dell'interessato: CGUE, 5 giugno 2014, causa C-255/13, *I c. Health Service Executive*.

¹³ P. ROGERSON, *Habitual Residence: the New Domicile?*, in *Int'l and Comp. Law Quarterly* 49, 2000, 90 ss. Di diverso avviso la recente pronuncia della Corte di Cassazione francese del 12 luglio 2023 (n. 21-10905/23) che non ha ritenuto sufficiente una permanenza di soli 5 mesi in un determinato Stato ai fini del mutamento di residenza abituale.

Va detto che, nella stragrande maggioranza dei casi, la residenza abituale di una persona è facilmente determinabile e, in ogni caso, l'applicazione di questo criterio porta a risultati più equi rispetto al criterio istituzionale della nazionalità, tuttavia, non si può negare che la sua determinazione, in determinate circostanze, possa essere molto difficile.

Con specifico riferimento alla tipologia di soggetti ai quali si rivolge la presente indagine – migranti da Paesi terzi – è possibile delineare alcune ipotesi comuni problematiche. Si pensi ad esempio alla donna migrante da Paesi dell'Est Europa che soggiorna in Italia per motivi di lavoro, avendo lasciato nel proprio paese d'origine marito e figli, con l'inequivoca intenzione di farvi ritorno non appena possibile, intenzione resa palese dal fatto che non ha una casa propria, vivendo presso la famiglia per la quale presta servizio, non ha un conto corrente, inviando tutti i propri proventi alla famiglia, fa sempre ritorno a casa in occasione delle vacanze, ecc. La permanenza in Italia potrebbe durare anni, ma si può dire che qui si trovi la sua residenza abituale?

Analoghi problemi si pongono per il caso dell'immigrato da Paesi terzi in Italia per motivi di lavoro, con famiglia nel Paese d'origine, che non chiede il ricongiungimento familiare essendo sua intenzione rientrare in patria una volta accumulata sufficiente ricchezza.

Se si giunge a ritenere che queste persone conservano la residenza nel paese d'origine, sarà la legislazione di quello Stato a regolare la loro successione.

Tornando per un attimo agli indici sintomatici di una variazione di residenza abituale¹⁴, un peso significativo potrà averlo, in caso di dubbi, proprio la domanda di ricongiungimento familiare proposta dallo straniero in Italia: la volontà di farsi raggiungere dal proprio coniuge e dai figli denota l'intenzione di stabilirsi in maniera duratura.

4. *Autonomia privata e scelta di legge applicabile*

Le incertezze derivanti dalla nozione di «residenza abituale» nonché dall'applicazione del criterio di collegamento della «prima residenza abituale dei coniugi dopo il matrimonio» possono essere in gran parte superate dall'autonomia negoziale, poiché

¹⁴ Per una rassegna di indicatori di abituale residenza presi in considerazione in procedimenti giudiziari, per lo più da corti inglesi, v. A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato attuale*, cit., 1395.

ai coniugi è consentito individuare convenzionalmente la legge sostanziale applicabile ai loro rapporti patrimoniali, e tale scelta (c.d. *pactum de lege utenda*) prevale sui criteri legali¹⁵. La preminenza del criterio convenzionalmente scelto si coglie anche nella regola – prevista sia dai Regolamenti europei sia dalla legge italiana (art. 13, comma 2, lett. a) – secondo cui, in caso di *professio juris*, non opera il rinvio.

Onde scongiurare sgraditi fenomeni di *forum shopping*, la scelta è circoscritta.

Il *de cuius*, ai sensi dell'art. 22 del Reg. n. 650/2012, può scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. In caso di pluralità di cittadinanze, la persona può scegliere la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte, essendo irrilevante che opti per lo Stato con il quale ha un legame meno significativo, o addirittura inesistente.

Per quanto concerne i rapporti patrimoniali della famiglia, ai sensi dell'articolo 22 Reg. n. 1103/16, i coniugi possono selezionare soltanto una delle seguenti leggi: la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi o nubendi, o di uno di essi, al momento della conclusione dell'accordo oppure la legge di uno Stato di cui uno dei coniugi o nubendi ha la cittadinanza al momento dell'accordo. Queste opzioni sono idonee a realizzare plurimi interessi meritevoli di tutela.

La facoltà riconosciuta dall'art. 22 consente ad esempio ai cittadini di uno Stato diverso da quello nel quale risiedono di scegliere la propria legge nazionale, valorizzando le proprie origini, la cultura della propria patria e dei propri avi. Ancora, i coniugi possono decidere di attribuire alla loro scelta effetto retroattivo, in modo da evitare uno spezzettamento della disciplina applicabile: in ogni caso, sono espressamente fatti salvi i diritti dei terzi.

Ancora, i coniugi che hanno avuto una prima residenza abituale in uno Stato e successivamente hanno trasferito altrove la sede principale dei propri affari e interessi, hanno in tal modo la possibilità di scegliere come legge applicabile ai propri rapporti patrimoniali quella dello Stato nel quale ora si svolge la loro vita coniugale e con il quale presentano un legame sostanziale più

¹⁵ Sul tema, cfr. I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1999; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999.

significativo (e che probabilmente sarà anche la legge eventualmente applicabile alla loro successione).

Merita segnalare, infine, un ulteriore profilo attinente agli effetti della *professio iuris*: il legislatore europeo non consente scelte di portata «parziale», ovvero relative a un solo segmento del patrimonio, o a singole vicende acquisitive; la legge prescelta disciplina il regime nella sua interezza. Non si potrà, ad esempio, optare per la legge di uno Stato esclusivamente con riguardo ai beni immobili ivi dislocati.

La questione dell'unità della disciplina applicabile si lega al tema della esatta definizione dell'ambito applicativo dei Regolamenti. Così, dall'art. 23 del Regolamento n. 650/2012 si rileva l'ampia estensione applicativa dello stesso, che copre tutta la vicenda ereditaria, compresa la divisione ereditaria. Quanto invece all'esatta individuazione della nozione di «regime patrimoniale della famiglia» adottata dal Regolamento n. 1103/16, emerge come esso includa anche contenuti che per il diritto italiano sono tipicamente rientranti nel regime c.d. primario¹⁶, come la responsabilità di un coniuge per le obbligazioni contratte dall'altro¹⁷, gli obblighi di contribuzione, le tutela apprestata all'abitazione della famiglia¹⁸. Ne consegue che, in forza del Regolamento UE, un accordo sulla legge applicabile riguarderà inevitabilmente anche la regolazione del regime primario della famiglia.

Rispetto ai profili formali, occorre distinguere le due materie.

Per quanto concerne i regimi patrimoniali tra coniugi, la scelta della legge applicabile presuppone un accordo tra i medesimi, assimilabile a una convenzione matrimoniale. Il requisito di forma minimo e indispensabile è la redazione per iscritto: l'accordo deve essere infatti scritto, datato e firmato da entrambi i coniugi, con la peculiare previsione che si considera equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione duratura dell'accordo. Si aggiungono poi ulteriori requisiti formali, se imposti dalle legislazioni nazionali: più precisamente, l'accordo dovrà rispettare i requisiti di forma richie-

¹⁶ In tal senso, A. LAS CASAS, *La nozione autonoma di "regime patrimoniale tra coniugi" del regolamento Ue 2016/1103 e i modelli nazionali*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 1529; D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente i conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 1136.

¹⁷ Il profilo della responsabilità di un coniuge per le passività e i debiti dell'altro coniuge è tra le materie contemplate nell'elenco esemplificativo dell'art. 27 dedicato all'ambito della legge applicabile.

¹⁸ Cfr. *Considerando* n. 53.

sti per le convenzioni matrimoniali dallo Stato membro in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo; in caso di residenze in Stati membri diversi sarà sufficiente che l'accordo soddisfi i requisiti richiesti da uno dei due Stati. Se infine, al momento della conclusione dell'accordo, uno solo dei coniugi ha la residenza abituale in uno Stato membro, si impongono i requisiti di forma supplementari previsti da quello Stato per le convenzioni matrimoniali. Se ne deve dedurre che i requisiti di forma supplementari prescritti dagli Stati terzi nei quali uno o entrambi i coniugi risiedono al momento della conclusione dell'accordo, non assumono rilevanza ai fini del regolamento¹⁹.

In materia successoria, invece, la scelta di legge si manifesta quale dichiarazione unilaterale del *de cuius*, per la quale si richiede la forma di una disposizione a causa di morte²⁰.

Riferendosi alla normativa italiana, non risulterà possibile manifestare contestualmente la scelta di legge sia per la propria successione, sia per il regime patrimoniale dei coniugi, poiché l'unica disposizione a causa di morte ammessa nel nostro ordinamento è il testamento, che non può che essere unipersonale.

Il Regolamento n. 650/12 ha cura di precisare che la scelta, oltre a poter essere effettuata in modo espresso, può altresì risultare dalle clausole della disposizione di ultima volontà, manifestandosi così come scelta tacita o implicita. Un esempio potrebbe consistere nel testamento che, senza contemplare espressamente una preferenza di legge, si rifà in maniera inequivoca alla legislazione di uno Stato diverso di quello che dovrebbe disciplinare la successione ai sensi del regolamento, richiamandone istituti tipici o disposizioni di legge puntuali.

Nessuna precisazione in merito compare nel Reg. n. 1103/16, facendo sorgere il dubbio se sia possibile ricavare implicitamente una volontà di scelta di legge, ove risulti in maniera inequivoca in una dichiarazione scritta di volontà espressa dai coniugi, ma diretta ad altri fini²¹.

¹⁹ Quanto alla validità sostanziale dell'accordo o di una sua disposizione, essa si stabilisce in base alla legge che sarebbe applicabile ai sensi dell'art. 22 se l'accordo o la disposizione fossero validi.

²⁰ Quanto alla validità sostanziale dell'atto, essa è disciplinata dalla legge scelta (art. 22, comma 3, Reg. n. 650/2012).

²¹ Il tema è indagato da F. G. VITERBO, *Agreement on the Choice of Non-applicable Law or Law not in Accordance with Article 22(1) of the Twin Regulations: what Consequences for the Couple's Property Regime?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 15, agosto 2021, 292.

5. Profili di tutela dell'affidamento delle parti e dei terzi

Rispetto alla vicenda successoria, non si pongono particolari problemi di tutela dell'affidamento dei soggetti coinvolti: per quanto riguarda la persona della cui eredità si tratta, si può osservare come, con l'entrata in vigore del Regolamento n. 650/12, la legge applicabile alla successione di un numero rilevantissimo di persone aventi residenza o cittadinanza in uno Stato membro dell'Unione europea sia cambiata dall'oggi al domani, per lo più nella loro totale inconsapevolezza. Si tratta tuttavia di una circostanza non ritenuta rilevante dal legislatore, in qualche modo connessa alla massima *ignorantia legis non excusat*, che si fonda su un onere di conoscenza della legge da parte dei consociati. Quanto ai terzi destinatari di diritti e doveri a seguito dell'apertura della successione, la loro condizione precedentemente a tale momento è una mera aspettativa di fatto non tutelata giuridicamente. Nella prospettiva, infine, di coloro i quali entrano in contatto con eredi, legatari o amministratori di eredità, basti citare l'introduzione da parte del regolamento stesso del certificato successorio europeo²².

Ben più complessa è la questione con riguardo ai rapporti patrimoniali della famiglia.

I terzi che entrano in contatto con soggetti coniugati devono essere posti nelle condizioni di conoscere il regime patrimoniale cui questi ultimi sono sottoposti, incidendo esso sia sulla titolarità dei beni acquistati, sia sulle responsabilità per i debiti contratti: tale esigenza di trasparenza è garantita in Italia attraverso il noto meccanismo pubblicitario, e segnatamente l'annotazione delle convenzioni matrimoniali a margine dell'atto di matrimonio, avente funzione di opponibilità²³.

Anche il legislatore europeo si è preoccupato di questo aspetto, prevedendo all'art. 28 che la legge applicabile al regime patrimoniale non possa essere fatta valere da un coniuge contro un terzo, salvo che il terzo fosse a conoscenza di tale legge o fosse tenuto a esserne a conoscenza esercitando la dovuta diligenza. Il comma secondo dello stesso articolo 28 introduce poi alcune presunzioni di conoscenza della legge applicabile da parte del terzo. In proposito, merita citare la presunzione derivante dalla

²² Sia consentito il rinvio a I. RIVA, *Il certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017.

²³ La giurisprudenza è costante in questo senso: v. ad esempio Cass. 12 dicembre 2013, n. 27854; Cass., 10 maggio 2019, n. 12545.

circostanza che uno dei coniugi abbia adempiuto agli obblighi in materia di pubblicità del regime patrimoniale prescritti dalla legge, alternativamente di un elenco di Stati, tra i quali vi è lo Stato in cui sono ubicati i beni, per questioni riguardanti beni immobili: si può qui rilevare l'affinità con l'analoga previsione nazionale, e precisamente con il terzo comma dell'art. 30 l. 218/95 secondo cui il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa, e relativamente ai diritti reali su beni immobili, l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

Tornano di utilità le prassi operative invalse sotto il vigore della legge del 1995 per dare pubblicità ai matrimoni contratti e alle convenzioni stipulate all'estero. Ai sensi dell'art. 19, comma 1, d.P.R. 396/2000 su richiesta dei cittadini stranieri residenti in Italia, possono essere trascritti, nel Comune dove essi risiedono, gli atti dello stato civile che li riguardano formati all'estero²⁴. Agli stranieri coniugati all'estero e non residenti in Italia è invece preclusa la strada della pubblicità nei registri dello stato civile, non restando che il surrogato della trascrizione nei pubblici registri immobiliari.

Ove poi la legge applicabile sia stata scelta convenzionalmente dai coniugi, in virtù dell'articolo 22 del Regolamento n. 1103/16, è previsto che, salvo diverso accordo, il cambiamento della legge applicabile al regime patrimoniale deciso nel corso del matrimonio abbia effetti solo per il futuro: in ogni caso, un eventuale cambiamento retroattivo voluto dai coniugi non potrebbe pregiudicare i diritti dei terzi derivanti dalla legge in precedenza applicabile.

Qualche ultima riflessione merita poi il profilo della tutela dell'affidamento dei coniugi. Si fa riferimento all'ipotesi, presa in considerazione dal legislatore europeo, in cui i coniugi, a seguito di una prima fase di residenza abituale in uno Stato membro, abbiano trasferito la loro vita coniugale in altro Stato membro: dopo un lungo periodo di tempo, potrebbe essere insorto negli stessi coniugi il comprensibile affidamento che i loro rapporti giuridici siano regolati dalla legge di quello Stato, nel quale oramai sono radicati. Sennonchè, come si è ampiamente visto

²⁴ V. TRAPANI, *Gli atti dello stato civile formati all'estero riguardanti cittadini stranieri residenti in Italia*, in *Fam. e dir.*, 2012, 629 ss.

in precedenza, per un principio di immodificabilità della legge applicabile, prevale il riferimento allo Stato di «prima residenza abituale comune». Proprio per tutelare le ragionevoli aspettative delle parti, il legislatore europeo ha previsto che, eccezionalmente, e su richiesta di uno dei coniugi, l'autorità giurisdizionale competente a decidere su questioni inerenti al regime patrimoniale può decidere di applicare la legge dello Stato di attuale residenza abituale, se si dimostra che i coniugi vi hanno risieduto per un periodo significativamente più lungo di quello di prima residenza abituale comune, e che entrambi i coniugi hanno fatto affidamento sulla legge di tale altro Stato nell'organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali (art. 26, comma 3, Reg. UE 1103/16): riassuntivamente, si richiede la prova di una diversa e più effettiva connessione²⁵. È da precisare che tale possibilità, di natura eccezionale, ha portata limitata alla risoluzione della specifica questione sottoposta al giudizio dell'autorità giurisdizionale alla quale si fa la richiesta, e non ha invece portata generale. Inoltre, precisa l'art. 26 cit., tale facoltà non può pregiudicare i diritti dei terzi derivanti dalla legge che sarebbe applicabile in mancanza di tale richiesta.

6. *Interferenze tra regime patrimoniale della famiglia e regime successorio*

Come è emerso in precedenza, la nozione di regime patrimoniale adottata dal Regolamento n. 1103/16 è piuttosto estesa, includendo anche aspetti propri del cosiddetto regime primario della famiglia, nonché le vicende patrimoniali, tra i coniugi e rispetto ai terzi, che derivano dallo scioglimento del vincolo coniugale (art. 3, comma 1, lett. a). Allo stesso tempo, è esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento citato la successione a causa di morte del coniuge (art. 1, comma 2, lett. d). Il coordinamento tra queste due previsioni regolamentari presenta qualche difficoltà, per l'ovvia ragione che la morte è causa di scioglimento del matrimonio, e quindi anche del regime patrimoniale della famiglia²⁶. Distinguere tra acquisti *jure proprio* trovanti ti-

²⁵ Così, F. VISMARA, *Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi*, cit., 364.

²⁶ Problemi analoghi di delimitazione dei confini sussistono nei rapporti con il Regolamento CE n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applica-

tolo nello scioglimento del regime patrimoniale dei coniugi, e acquisti *mortis causa* a favore del coniuge superstite può non essere semplice, anche considerando che la qualificazione necessita di essere effettuata secondo le nozioni e categorie sovranazionali, che sono autonome e spesso divergenti rispetto alle tradizioni giuridiche dei singoli Stati membri.

La questione si è posta dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea²⁷, alla quale è stato chiesto di stabilire se gli effetti conseguenti allo scioglimento del regime patrimoniale legale tedesco della *Zugewinnngemeinschaft*, ovvero la comunione degli incrementi (par. 1371 e segg. BGB) a seguito della morte di un coniuge, rientrassero nell'ambito applicativo del Regolamento UE n. 650 del 2012 in materia di successioni internazionali o del Regolamento UE n. 1103 del 2016 in materia di regime patrimoniale della famiglia.

Va ricordato infatti che la *Zugewinnngemeinschaft* consiste in un regime separatista nel corso del matrimonio, con obbligo di conguaglio degli incrementi patrimoniali conseguiti da entrambi i coniugi nel periodo in cui era in vigore il regime patrimoniale, da versarsi al momento del suo scioglimento. Il par. 1371 BGB detta una regola assai peculiare, per il caso di morte di uno dei coniugi: si prevede infatti che in tale evenienza il conguaglio degli incrementi patrimoniali realizzati in costanza di matrimonio avvenga mediante l'aumento forfettario, nella misura di un quarto dell'eredità, della quota successoria legale del coniuge superstite.

Nel caso esaminato dalla Corte, quest'ultimo richiedeva un certificato successorio europeo pretendendo che fosse menzio-

bile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, il cui ambito applicativo include anche i doveri di mantenimento tra i coniugi successivi allo scioglimento del matrimonio a seguito di divorzio: occorrerà allora distinguere, tra gli effetti conseguenti allo scioglimento del matrimonio, questioni relative alla distribuzione dei beni coniugali (soggette al Reg. UE n. 1103/2016), e questioni attinenti al mantenimento (soggette al Reg. CE n. 4/2009), precisando che queste ultime si qualificano per essere rapportate alle risorse dei due coniugi, e avendo lo scopo di garantire al più debole forme di sostentamento in relazione a una situazione di bisogno o ad una legittima aspettativa di mantenimento del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio: e ciò a prescindere dal fatto che l'obbligo in questione assuma la fisionomia di un debito pecuniario o preveda il trasferimento di beni. Sul tema, v. A. LAS CASAS, *La nozione autonoma di "regime patrimoniale tra coniugi" del regolamento Ue 2016/1103 e i modelli nazionali*, cit., 1529.

²⁷ CGUE, 1° marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, su cui F. MAOLI, *Successioni, Regimi patrimoniali tra coniugi e problemi di qualificazione in una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, 676 ss.

nata l'intera quota di eredità, compreso il supplemento derivante in forza della comunione degli incrementi. Si chiede alla Corte di giustizia di prendere posizione circa la natura di tale acquisto, sul presupposto che il certificato successorio europeo può menzionare esclusivamente acquisti *iure successionis*. Si chiede ancora alla Corte, per completezza, se eventualmente sia consentito inserire nel certificato informazioni suppletive ulteriori, quali appunto gli effetti derivanti dallo scioglimento del regime patrimoniale della famiglia.

A quest'ultimo quesito la Corte non dà risposta poiché ritenuto non rilevante nel caso di specie: i giudici europei giungono infatti alla conclusione che l'incremento forfettario previsto dal par. 1371 BGB, in quanto determinante il *quantum* della quota di successione da attribuire al coniuge superstite, costituisca un diritto ereditario, non sorgendo pertanto alcun dubbio circa la sua menzionabilità all'interno del certificato successorio europeo. Così facendo, la Corte si pone in una linea di discontinuità rispetto all'opinione prevalente presso la dottrina tedesca, secondo cui, trovando titolo nel regime matrimoniale e nella morte del coniuge solo il momento temporale di verifica, il diritto in questione dovrebbe considerarsi escluso dagli acquisti *mortis causa*²⁸.

A sostegno di tale conclusione, che realizza l'effetto di consentire un quadro completo dei diritti ottenuti a seguito della morte del consorte, e di evitare un anomalo spezzettamento della disciplina delle diverse quote di eredità, la stessa Corte invoca comprensibili esigenze pratiche di semplificazione²⁹.

Analoghi dubbi qualificatori potrebbero sorgere in relazione ad altre vicende, conseguenti alla morte del coniuge, ma trovanti causa nello specifico regime patrimoniale scelto dalla coppia: si pensi al diritto di credito del coniuge superstite sui frutti dei beni propri, sui proventi da attività separata e sui beni e/o incrementi aziendali non consumati al momento dello scioglimento del ma-

²⁸ B. WALTHER, *Die Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB im Rahmen der europäischen Erb- und Güterrechtsverordnungen*, in *GPR*, 2014, 325. Lo stesso Bundesgerichtshof nel 2015 ha confermato questa impostazione: cfr. BGH, 13 maggio 2015, IV ZB 30/14.

²⁹ Si legge nella sentenza: «il conseguimento degli obiettivi del certificato successorio europeo sarebbe considerevolmente ostacolato, in una situazione quale quella di cui al procedimento principale, nel caso in cui detto certificato non comprendesse l'informazione completa relativa ai diritti del coniuge superstite concernenti la massa ereditaria» (punto 43 della sentenza).

trimonio in forza del regime di comunione dei beni³⁰; e ancora, agli effetti derivanti dalla clausola di attribuzione di tutti o alcuni i beni comuni al coniuge superstite al momento della morte, che può essere inserita nel *contrat de mariage* secondo la disciplina francese.

Il tema qualificatorio palesa tutta la sua problematicità nell'ipotesi in cui la legge applicabile alla successione del coniuge deceduto non sia la stessa che governa il regime patrimoniale dei coniugi, con un evidente effetto di frammentazione della disciplina. Ipotesi peraltro non infrequente, stante da un lato la diversità dei criteri di individuazione della legge applicabile nei due Regolamenti, e in particolare il differente riferimento temporale per determinare la residenza abituale rilevante, e dall'altro la circostanza che, mentre il Regolamento UE n. 1103/16 ha escluso l'operatività del rinvio, pertanto sarà la legge sostanziale dello Stato individuato dai criteri di collegamento indicati dal Regolamento medesimo ad applicarsi, con esclusione delle relative norme di diritto internazionale privato, una scelta opposta è stata fatta in materia successoria.

Abstract: Il contributo intende offrire una panoramica generale sulle novità introdotte dal Regolamento UE n. 650 del 2012 in materia di legge applicabile alle successioni internazionali, sulle interazioni tra questa normativa europea e quella in materia di regimi patrimoniali delle famiglie che presentano elementi di internazionalità, anche alla luce delle recenti prese di posizione della Corte di Giustizia, con l'obiettivo di riflettere l'impatto di queste innovazioni legislative sulla vita degli stranieri residenti in Italia.

The contribution intends to offer a general overview of the innovations introduced by European Regulation no. 650/12 on the law applicable to international successions, of the interactions between this European legislation and that on the property regimes of international families, also in the light of the recent positions taken by the Court of Justice, with the aim of reflecting the impact of these legislative innovations on the lives of foreigners residing in Italy.

³⁰ Si tratta della c.d. comunione *de residuo*, prevista dagli artt. 177 lett. b) e c) e 178 c.c., in merito alla quale le Sezioni unite della Cassazione hanno recentemente chiarito che il diritto del coniuge superstite consiste in un diritto di credito, pari al 50% del valore non consumato e se si tratta di azienda, al 50% del valore dell'azienda, dedotti i debiti, e non in una contitolarità reale dei beni in questione (Cass. Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889).

MARIA CRISTINA GRUPPUSO

Ordine pubblico e diritto delle successioni. Spunti in tema di divieto di discriminazione basata sul sesso

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Legge applicabile. – 3. Ordine pubblico: profili generali. – 4. Ordine pubblico e diritto delle successioni: tendenze. – 5. La discriminazione basata sul sesso. – 6. Profili applicativi: questioni aperte.

1. *Introduzione*

La trattazione ha ad oggetto il rapporto tra ordine pubblico e diritto delle successioni, con specifico riferimento ai casi in cui l'autorità che si occupa della successione debba applicare la legge di uno Stato terzo. L'applicabilità della legge di uno Stato terzo, infatti, presenta profili di interesse in ragione delle differenze di disciplina successoria rispetto all'ordinamento italiano. Il *focus*, in particolare, ricade su quegli Stati terzi (quali ad esempio i Paesi in cui si applica il diritto islamico) che presentano differenze più marcate rispetto a quelle che possono sussistere con gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea.

Il tema necessita di essere affrontato per gradi. Dapprima, si intende individuare i presupposti che in base al Regolamento europeo n. 650/2012¹ conducono l'autorità che si occupa della successione a dover applicare la legge di uno Stato terzo. In secondo luogo, occorre soffermarsi sul concetto di ordine pubblico. In terzo luogo, è necessario studiare il concetto di ordine pubblico nell'ambito del diritto delle successioni, evidenziando le questioni ostiche.

¹ Il riferimento è al Regolamento europeo n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

2. Legge applicabile

Il Regolamento europeo n. 650/2012 (d'ora in poi «Regolamento»), come esplicita il considerando (27), è stato concepito in modo tale da favorire la coincidenza tra *forum* e *ius*, così da ridurre i casi di applicazione di una legge straniera (dunque, anche di uno Stato terzo) da parte dell'autorità che si occupa della successione.

Infatti, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, rubricato «Competenza generale», secondo un criterio che può dirsi appunto generale, sulle controversie sono competenti a decidere gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte. Secondo il criterio dettato dall'art. 21, paragrafo 1, del Regolamento, rubricato «Criterio generale» e collocato nel Capo III concernente la legge applicabile, la legge applicabile all'intera successione è la legge dello Stato in cui il *de cuius*, al momento della morte, aveva la residenza abituale².

Tanto premesso, non è possibile escludere del tutto la ricorrenza di ipotesi nelle quali l'autorità che si occupa della successione debba applicare una legge straniera e, in particolare, di uno Stato terzo. Tale eventualità, d'altronde, è contemplata dall'art. 20 del Regolamento, il quale dispone che la legge designata secondo i criteri previsti dal Regolamento si applica anche ove sia quella di uno Stato terzo, così manifestando il principio di universalità della legge applicabile³.

Si tratta ora di prendere al vaglio dette ipotesi. In primo luogo, potrebbe accadere che il *de cuius* al momento della morte abbia la residenza abituale in uno Stato membro, ma abbia scelto di sottoporre l'intera successione alla legge di uno Stato terzo di cui possiede la cittadinanza. L'ipotesi è configurabile in quanto l'art. 22 del Regolamento consente a un soggetto di scegliere come legge che regola l'intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza⁴, dovendosi escludere in tal caso *ex art.* 34, paragrafo 2, del Regolamento l'operare del rinvio.

² Così recita la disposizione: «Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, la legge applicabile all'intera successione è quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte».

³ Si confronti A. BONOMI, *Applicazione universale* (art. 20), in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni. Commentario al reg. UE 650/2012 in vigore dal 17 agosto 2015*, Milano, 2015, 221 ss., il quale asserisce che la scelta si giustifica per motivi di uniformità e semplicità.

⁴ Precisamente l'art. 22, paragrafo 1, del Regolamento enuncia: «Una persona può scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato

La seconda ipotesi si verifica quando il *de cuius*, pur avendo al momento della morte la residenza abituale in uno Stato membro, ha redatto delle disposizioni *mortis causa*, per tali intendendosi secondo l'art. 3, paragrafo 1, lettera d), del Regolamento «un testamento, un testamento congiuntivo o un patto successorio». Ora, ai sensi dell'art. 24 del Regolamento, rubricato «Disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori», e dell'art. 25 concernente i patti successori, le disposizioni a causa di morte sono disciplinate per ammissibilità, validità sostanziale, nonché per gli effetti vincolanti, dalla legge dello Stato in cui il *de cuius* aveva la residenza abituale il giorno in cui ha redatto la disposizione. Ciò implica che, pur avendo il *de cuius* al momento della morte la residenza abituale in uno Stato membro, se al momento della redazione del testamento o della conclusione del patto successorio aveva la residenza abituale in uno Stato terzo, l'autorità che si occupa della successione, con riferimento al testamento o al patto successorio, dovrà applicare la legge dello Stato terzo.

La terza ipotesi si realizza quando il *de cuius* al momento della morte ha la residenza abituale in uno Stato terzo, e tuttavia: *ex* art. 10 del Regolamento, a certe condizioni⁵, gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui sono localizzati i beni del *de cuius* si occupano della successione poiché hanno una competenza sussidiaria; o ancora, ai sensi dell'art. 11 del Regolamento, laddove il procedimento non possa essere ragionevolmente intentato o svolto oppure si riveli impossibile instaurarlo in uno Stato terzo, gli organi giurisdizionali dello Stato membro con il quale la causa presenta un collegamento sufficiente divengono competenti «per necessità», e cioè al fine di evitare un diniego di giustizia.

Ora, i casi in cui le autorità che si occupano della successione in uno Stato membro si trovano a dover applicare la legge di uno Stato terzo, sollevano almeno due ordini di criticità.

di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Una persona con più di una cittadinanza può scegliere la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte».

⁵ Le condizioni previste dall'art. 10, paragrafi 1 e 2 del Regolamento sono le seguenti: «a) il defunto possedeva la cittadinanza di quello Stato membro al momento della morte; o, in mancanza, b) la precedente residenza abituale del defunto era stabilita in quello Stato membro, purché nel momento in cui l'organo giurisdizionale è adito non sia trascorso un periodo superiore a cinque anni dal cambiamento di tale residenza abituale. 2. Se nessun organo giurisdizionale di uno Stato membro è competente ai sensi del paragrafo 1, gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui si trovano beni ereditari sono comunque competenti a decidere su tali beni».

In primis, criticità di tipo tecnico, in relazione all'accertamento e alla conoscenza delle disposizioni di una legge straniera, nonché alle difficoltà connesse alla sua applicazione (vedi *infra* paragrafo 6).

In secundis, occorre tenere a mente il rischio di imbattersi nel limite dell'ordine pubblico. Se tale rischio più difficilmente si verifica quando la legge applicabile, pur essendo straniera, è quella di uno Stato membro – poiché tra Stati membri sussiste un *corpus* di principi e di valori ampiamente condivisi⁶ –, lo stesso non può dirsi quando la legge applicabile è quella di uno Stato terzo in cui le differenze culturali condizionano la disciplina successoria, così da richiedere delle valutazioni più approfondite in sede di applicazione.

3. *Ordine pubblico: profili generali*

A tal proposito l'art. 35 del Regolamento prevede che l'applicazione della legge individuata secondo i criteri forniti dalle disposizioni regolamentari può essere esclusa solo qualora risul-

⁶ Lo si anticipa, ciò è quanto accade proprio in materia di divieto di discriminazione, in quanto leggendo il Trattato sull'Unione Europea (d'ora in poi TUE), ad esempio, l'art. 2 enuncia che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini» e l'art. 3, paragrafo 3 prevede che «L'Unione combatte [...] le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore». Scrive O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 381, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nell'ambito del Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000 (la quale ha lo stesso valore giuridico dei trattati *ex art.* 6 del TUE), ha tentato di rimediare alla lacuna nell'ordinamento comunitario di un catalogo di diritti fondamentali, cercando di inserire in un unico testo l'*acquis* sviluppatosi in materia di diritti fondamentali, e cioè «i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal Trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo» (così il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

ti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro dell'autorità che si occupa della successione.

Leggendo il Considerando 58, poi, si apprende che la disapplicazione di una legge straniera può avvenire in una «precisa fattispecie» e in presenza di circostanze eccezionali; così i commentatori⁷ hanno ricavato l'eccezionalità del rimedio dell'ordine pubblico. La Corte di Giustizia⁸, d'altronde, già in passato, aveva asserito che dell'ordine pubblico è opportuno fare un impiego assai ristretto.

Sotto il profilo definitorio, il concetto di ordine pubblico è ampiamente dibattuto⁹. Pare a chi scrive, che al di là delle differenti ricostruzioni dottrinali, in merito alla definizione di ordine pubblico e rispetto al suo contenuto, siano due le conclusioni a cui generalmente si giunge.

⁷ Si confronti ad esempio V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, 217, il quale osserva che l'avverbio deve intendersi come «percepibile *ictu oculi*». La clausola deve essere interpretata in modo restrittivo anche secondo D. MAURITANO, *Casi pratici in tema di successioni internazionali*, in E. CALÒ, M.T. BATTISTA, D. MURITANO, *Le successioni nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea. Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012. Lineamenti e casi pratici*, Napoli, 2019.

⁸ Anche se in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere, si veda CGUE, causa C-7/98 *Dieter Krombach c. André Bamberski*, sentenza del 28 marzo 2000, in *Racc. 2000 I-01935*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁹ Ricorrente è il riferimento alla pronuncia della *Court of Common Pleas inglese* in *Richrdson v Mellish* (1824) in cui dell'ordine pubblico si scrive «*is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you*». Per un approfondimento in materia di ordine pubblico e per le differenti ricostruzioni si rinvia alla lettura di: G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019; G. LIBERATI BUCCIANTI, *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, Napoli, 2021; O. FERACI, *L'ordine pubblico*, cit.; F. CAROCCIA, *La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, 403 ss. Rispetto al concetto di ordine pubblico nel Regolamento europeo n. 650/2012: G. CONTALDI, C. GRIECO, *Article 35. Public Policy (ordre public)*, in *The EU Succession Regulation. A Commentary* a cura di A. Calvo Caravaca, A. Davì e H.P. Mansel, Cambridge, 2016, 505 ss.; A. BONOMI, *Ordine pubblico (art. 35)*, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni. Commentario al reg. UE 650/2012 in vigore dal 17 agosto 2015*, Milano, 2015, 457. In giurisprudenza si veda Cass., 22 agosto 2013, n. 19405, in www.dejure.it. Per una ricostruzione del concetto di ordine pubblico in giurisprudenza si veda G. SALMÈ, *L'ordine pubblico nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, in *Atti dei Convegni Roma 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza 1 luglio 2016*, Milano, 257-264.

In primo luogo, all'ordine pubblico viene genericamente attribuita la funzione di limite all'applicazione del diritto straniero; in questo senso, infatti, spesso si discorre di ordine pubblico «internazionale» come espressione di principi fondamentali e assolutamente inderogabili.

In secondo luogo, l'ordine pubblico viene descritto come un concetto «relativo» dal punto di vista geografico, storico e del caso concreto.

4. *Ordine pubblico e diritto delle successioni: tendenze*

In materia di diritto delle successioni, di ordine pubblico come limite all'applicazione del diritto straniero si discorre per lo più con riferimento al divieto dei patti successori e alla tutela dei legittimari.

È noto che ai sensi dell'art. 458 del Codice civile italiano, rubricato «Divieto di patti successori», è nulla «ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione» e «ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta o rinuncia ai medesimi». Il Regolamento UE n. 650/2012, al contrario, disciplina il patto successorio (art. 3, paragrafo 1, lettera b))¹⁰ e ne consente l'impiego laddove il patto venga ritenuto ammissibile dalla legge dello Stato in cui il *de cuius* aveva la residenza abituale al momento della conclusione del patto o, laddove sia stata esercitata l'*optio legis*, dalla legge dello Stato di cittadinanza del o dei pasciscenti (art. 25, paragrafi 1 e 3) – a prescindere dall'ammissibilità dei patti successori ai sensi della legge che si applica all'intera successione.

L'opinione dominante ritiene che nell'ordinamento italiano, con riferimento a un patto successorio stipulato secondo le regole di un ordinamento straniero, non operi l'art. 35 del Regolamento, e dunque non sia contraria all'ordine pubblico l'applicazione della legge straniera che ammetta e disciplini i patti successori. Tale conclusione viene sostenuta in dottrina con molteplici argomentazioni. Secondo alcuni, presupponendo una distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico c.d. internazionale, la proibizione di cui all'art. 458 del Codice civile

¹⁰ L'art. 3, paragrafo 1, lettera b) citato enuncia che ai fini del Regolamento per patto successorio si intende: «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo».

di regolare la successione per mezzo del contratto, può considerarsi una norma di ordine pubblico interno, ma non una norma di ordine pubblico internazionale¹¹. Altri studiosi giungono alla suddetta conclusione muovendo dalle disposizioni regolamentari e dai considerando, nei quali rintracciano una sorta di *favor* per la delazione pattizia. Concentrando l'attenzione sui considerando del Regolamento, il considerando (7), nella parte in cui riferisce che «Nello spazio europeo i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione», presumibilmente anche con un patto successorio valido ed efficace (si aggiunge in questa trattazione), dichiara la volontà di perseguire un obiettivo di certezza e stabilità della pianificazione successoria. Ancora, nel considerando (49), dall'enunciazione delle finalità del Regolamento, emerge che l'individuazione della legge applicabile al patto successorio è diretta ad agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio. Spostando l'attenzione sulle disposizioni del Regolamento, poi, alcuni autori hanno sostenuto che laddove si ritenesse contraria all'ordine pubblico una legge straniera per il fatto solo che essa prevede e disciplina i patti successori, l'art. 35 finirebbe per essere strumentalizzato allo scopo di impedire l'applicazione dell'art. 25 in tema di individuazione della legge applicabile ai patti successori¹². Infine, volgendo lo sguardo alla *ratio* del divieto dei patti successori in Italia, non risulta semplice comprendere quale siano le ragioni poste a fondamento dell'art. 458 cod. civ.¹³. La considerazione relativa alle incertezze gravitanti attorno alle giustificazioni sottostanti alla proibizione codicistica conduce a una duplice osservazione: in primo luogo, nella molteplicità delle ricostruzioni fornite, tale divieto non

¹¹ B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013, 137; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., 187-199; A. FUSARO, *Profili comparatistici dei contratti ereditari*, in *Riv. not.*, 2021, 670.

¹² A. FUSARO, *Profili comparatistici dei contratti ereditari*, cit., 670; A. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 136.

¹³ Molteplici sono le ragioni giustificatrici addotte, sia per i patti istitutivi sia per i patti dispositivi e rinunciativi. La letteratura in tema di patti successori è sterminata, per tutti si rinvia a: M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; F.P. TRAISCI, *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli-Roma, 2014; S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui "Patti successori" istitutivi*, Milano, 2019.

parrebbe avere copertura costituzionale, posto che il riferimento alla sola successione legittima e testamentaria di cui all'art. 42, comma 4, della Costituzione non dovrebbe essere letto alla luce di un divieto della successione pattizia, ma quale mero rinvio a strumenti di natura volontaria come fonte della delazione (storicamente il testamento) in alternativa alla legge¹⁴; in secondo luogo, proprio il dibattito sorto con riferimento alla ragioni poste a fondamento del divieto e l'impossibilità di rintracciare una soluzione soddisfacente, lascerebbe trasparire come non vi sia una principio fondamentale e assolutamente inderogabile alla radice, bensì la proibizione sia frutto di una mera scelta di politica legislativa¹⁵.

Sul versante della tutela dei legittimari, l'art. 536, del Codice civile italiano individua le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione: il coniuge (o la persona unita civilmente), i figli e, in mancanza di questi ultimi, gli ascendenti. Attraverso la riunione fittizia, poi, è possibile verificare se il *de cuius* abbia per mezzo del testamento o per il tramite di donazioni effettuato attribuzioni eccedenti la quota disponibile; in tal caso, le disposizioni testamentarie e le donazioni effettuate possono essere aggredite con l'azione di riduzione.

Secondo il combinato disposto degli artt. 21, paragrafo 1 e 23, paragrafo 2, lettera h), del Regolamento, la legge dello Stato in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte regola l'intera successione e, precisamente, anche «la quota disponibile, le quote di legittima e altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte nonché gli eventuali diritti che le persone vicine al defunto possono vantare nei confronti dell'eredità o degli eredi».

Tanto premesso, ci si è allora domandati se in un ordinamento come quello italiano sia contraria all'ordine pubblico l'applicazione di una legge straniera che non preveda la legittima o tuteli in modo differente i familiari più stretti del *de cuius*.

L'art. 42, comma 4, della Costituzione, enuncia che «la legge stabilisce le norme e i limiti alla successione legittima e testamentaria [...]»; nulla esplicitando a proposito di successione necessaria¹⁶. Valutando il dato letterale della disposizione costituzionale,

¹⁴ Si veda P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in Id. (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 8.

¹⁵ Tra tutti si veda M.V. DE GIORGI, *I patti*, cit., 1.

¹⁶ Sul punto si rinvia a: A. BUCELLI, *Dei legittimari. Artt. 536-564*, cit., 12 s.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria*, cit., 95; F. GAZZONI, *Competitività*

la giurisprudenza di legittimità¹⁷ ha escluso la copertura costituzionale della disciplina posta a tutela dei legittimari, così sancendone l'irrilevanza ai fini dell'ordine pubblico (quantomeno nell'accezione sopra chiarita di ordine pubblico c.d. internazionale).

In un'assai recente pronuncia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato l'inesistenza di un diritto generale e incondizionato (*droit général et inconditionnel*) dei figli di ereditare una parte dei beni dei loro genitori, affermando la bontà del ragionamento del giudice interno, il quale, nel caso di specie, aveva escluso il ricorso all'eccezione di ordine pubblico internazionale per disapplicare la legge di uno Stato terzo che non prevedeva la tutela dei familiari più stretti. A tale approdo i giudici erano giunti solo dopo essersi accertati che i legittimari non si trovassero in una «*situation de précarité économique ou de besoin*» e che l'applicazione della legge straniera non fosse frutto di un intento fraudolento del *de cuius*¹⁸.

e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati Art. 561 e 563 c.c., in *Giust. civ.*, 2006, 1, II, 4-5, il quale precisa che la famiglia e la filiazione trovano tutela costituzionale agli artt. 29, 30, 31, 37 Cost., ma non nei suoi profili di trasmissione *mortis causa* della ricchezza. Per ulteriori approfondimenti, S. DELLE MONACHE, *Abolizione*, cit., 818 e 820 e ss.

¹⁷ Per la giurisprudenza si veda: Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *www.dejure.it*, la quale afferma che «Ai legittimari non fa riferimento la Carta Costituzionale e la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima ovvero delle disposizioni testamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere. Pertanto, l'istituto non può ritenersi tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico»; Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *pa.leggiditalia.it*, nella quale si legge: «Con specifico riferimento poi all'art. 29 Cost., deve rilevarsi che tale norma tutela l'interesse del soggetto alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, e non si estende all'istituto della successione necessaria, che non ha copertura costituzionale».

¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 febbraio 2024, *Affaire Jarre c France*, in *hudoc.echr.coe.int*. La pronuncia trae origine dalla morte Maurice Jarre, compositore di nazionalità francese che, nel 1984, si trasferisce in California, dove contrae per la quarta volta matrimonio. Maurice Jarre, negli anni che seguono al suo trasferimento, pianifica la sua successione istituendo un *trust* di cui la moglie successivamente diviene unica beneficiaria, costituendo (e divenendo titolare del 90% delle quote) di una *société civile immobilière* nella quale conferisce un bene immobile di sua proprietà situato a Parigi e, infine, redigendo due testamenti attraverso i quali attribuisce i suoi beni alla moglie. Maurice Jarre muore in California nel 2009. In applicazione delle norme di diritto internazionale privato francesi vigenti al momento della morte (antecedenti all'entrata in vigore del Regolamento europeo n. 650/2012), la successione viene disciplinata dalla legge californiana, la quale non contempla una disciplina a tutela dei legittimari. I figli del compositore, esclusi dalla successione, anche

Da quanto emerge rispetto ai prevalenti orientamenti di dottrina e giurisprudenza sul rapporto tra ordine pubblico e patti successori, nonché sul rapporto tra ordine pubblico e tutela dei legittimari, l'assenza di una copertura costituzionale, lascerebbe presumere altresì l'assenza di principi ritenuti fondamentali e assolutamente inderogabili posti alla base della proibizione *ex art.* 458 del Codice civile e della disciplina di cui agli artt. 536 Codice civile e ss. Pertanto, l'applicazione di una legge straniera che ammette e disciplina un patto successorio, così come di una legge che non prevede una tutela dei legittimari (o accorda una protezione più blanda) – salvo il caso di bisogno – non porrebbe un problema di manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico del foro.

5. *La discriminazione basata sul sesso*

Se quella descritta sopra pare essere la tendenza in tema di patti successori e tutela dei legittimari, uno scenario differente si apre con riferimento a quegli istituti e disposizioni legislative degli Stati terzi che attuino delle preferenze tra i chiamati – sia rispetto all'individuazione dei soggetti chiamati a succedere sia rispetto alla determinazione delle quote – basate sulla nascita¹⁹, sulla religione o sul sesso. Converrà in questa sede concentrarsi su tale ultimo fattore di discriminazione²⁰.

in virtù della intervenuta abrogazione con effetto retroattivo dell'art. 2 della legge del 14 luglio 1819 che riconosceva ai soli eredi francesi (non già agli eredi stranieri) il diritto di prelievo compensativo corrispondente alla loro quota di riserva sui beni situati in Francia, decidono dunque di agire in giudizio.

¹⁹ Scrive F. VIGLIONE, *Disciplina delle successioni mortis causa e diritti fondamentali: analisi comparatistica di una relazione controversa*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 116 ss. che la maggior parte delle decisioni rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo al rapporto tra diritto delle successioni e diritti fondamentali, hanno ad oggetto i diritti successori dei figli nati fuori dal matrimonio.

²⁰ E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Torino, 2020, 48 e ss. osserva che il termine «discriminazione» viene impiegato in un triplice senso: «descrittivo», per cui è discriminazione un comportamento che produce una differenza di trattamento nei confronti di un soggetto in ragione di una caratteristica specifica da questi posseduta (e in questo senso, precisa l'A., la discriminazione non acquista necessariamente una valenza positiva o negativa); «moralizzato», per cui la discriminazione è «ingiustizia» che colpisce il soggetto destinatario di un trattamento negativo (il termine nel senso moralizzato ha sempre valenza negativa); «giuridico», dove il trattamento differenziale (favorevole o sfavorevole) non è giustificato.

Si pensi, ad esempio, alle norme successorie islamiche. Leggendo gli studi condotti sul tema, si apprende che il marito eredita la metà dei beni della moglie (o un quarto, se la moglie lascia dei figli); la moglie (o le mogli), invece, ha diritto a un quarto (o a un ottavo, se il marito lascia dei figli). Ancora, le figlie femmine sono tra gli eredi a cui il Corano assegna una quota fissa, e tuttavia se con le figlie concorre almeno un figlio maschio, le figlie «succedono insieme al maschio come se fossero agnati, ma all'uomo va la parte di due donne»²¹.

Ora, nessun dubbio può palesarsi sull'inammissibilità nell'attuale sistema legislativo italiano di forme di discriminazione. Il principio di eguaglianza sancito dalla Carta costituzionale all'art. 3, naturalmente, permea anche il diritto delle successioni. Si tratta, *ça va sans dire*, di un principio fondamentale e assolutamente inderogabile, riconosciuto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 20 e 21), dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14), dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 8-10-19), dal Trattato sull'Unione europea (artt. 2 e 3).

A proposito di discriminazione basata sul sesso, la Corte co-

²¹ R. ALUFFI, *Famiglie transnazionali, islam e diritto*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, in *Atti dei Convegni Roma 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza 1 luglio 2016*, Milano, 275 ss. Prosegue l'A. osservando come gli atti *inter vivos*, a seconda dei casi, possono essere realizzati per ridurre la discriminazione della donna «(la donna che si è presa cura del padre e ne viene ricompensata con la donazione di beni importanti, come la casa di famiglia)» o per consolidarla, sottraendo alla donna anche quanto le spetterebbe per successione. Sul tema si veda anche A. BONOMI, *Ordine pubblico* (art. 35), cit., 466-467. Per un approfondimento si veda N. YASSARI, *Intestate Succession in Islamic Countries*, in R. KENNETH, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Comparative Succession Law*, II, Oxford, 2015, 421 ss. Per quanto riguarda l'India, di interesse può risultare l'articolo di J. C. BRAUNMILLER, I. SANTAGOSTINO RECAVAREN, A. MITTAL, T. KHATRI, *How Did India Successfully Reform Women's Rights? Part I: Answers from the Movement on Equal Inheritance Rights*, in *Global Indicators Brief* n. 19, 28 giugno 2023, in www.worldbank.org. Diverso sembrerebbe l'impianto della Legge sulle successioni della Repubblica Popolare Cinese approvata il 10 aprile del 1985, la quale, secondo quanto riportato da A. CARPI, *Famiglia e regime delle successioni nel diritto cinese*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, in *Atti dei Convegni Roma 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza 1 luglio 2016*, Milano, 273, contiene alcune disposizioni a tutela delle donne, come: l'art. 9 che prevede che l'uomo e la donna sono uguali nella successione; l'art. 26 che attribuisce metà del patrimonio al coniuge superstite, senza distinzione di sesso; l'art. 30 che tutela la vedova che voglia risposarsi, attribuendole il diritto di disporre dei beni ereditati.

stituzionale italiana, con la sentenza n. 193/2017, si è pronunciata in materia di maso chiuso, azienda agricola autosufficiente a gestione familiare, caratterizzata dall'indivisibilità. La pronuncia origina dalla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Bolzano con riferimento all'art. 5 della Legge della Provincia Autonoma di Bolzano n. 33/1978 nella parte in cui prevedeva che tra i chiamati alla successione nello stesso grado, nell'assunzione del maso, ai maschi spettasse la preferenza rispetto alle femmine. La questione di legittimità costituzionale, dunque, doveva ravvisarsi nel contrasto tra il suddetto art. 5 e l'art. 3, comma 1, della Costituzione, in quanto la preferenza accordata realizzava un'irragionevole discriminazione per le donne. Pur essendo tale preferenza stata abrogata con la successiva Legge della Provincia Autonoma di Bolzano n. 17/2001, nel caso postosi dinanzi al Tribunale di Bolzano, la disposizione continuava ad essere applicabile sotto il profilo temporale, poiché la successione oggetto di controversia si era aperta prima del 2001.

Per quanto d'interesse in questa sede, la Corte costituzionale ha affermato che le deroghe connesse alla peculiarità dell'istituto non possono giungere alla lesione di «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale», quale la parità tra uomo e donna, riferendosi a tale principio come di «primazia indefettibile» e dichiarando, di conseguenza, l'illegittimità costituzionale della disposizione.

Ora, in discussione non è l'effetto della violazione del principio di uguaglianza, violazione che, in linea di massima, incontestabilmente si traduce in una lesione di un principio assolutamente inderogabile dell'ordinamento. Ciò sui cui si intende interrogarsi, fornendo uno spunto di riflessione, è l'individuazione del momento in cui una data disposizione discriminatoria possa dirsi in contrasto con l'ordine pubblico e debba, di conseguenza, disapplicarsi *ex art. 35 del Regolamento*.

6. *Profili applicativi: questioni aperte*

Nella presente trattazione, abbozzando le conclusioni sul concetto di ordine pubblico che in dottrina paiono essere condivise, si è osservato che l'ordine pubblico deve essere valutato in concreto. Per meglio dire, la contrarietà di una legge straniera all'ordine pubblico dovrebbe essere valutata rispetto agli effetti che l'applicazione di tale legge avrebbe nell'ordinamento interno.

Tale spunto, con riferimento alle discriminazioni basate sul sesso, solleva due quesiti. In primo luogo, ci si domanda se, no-

nostante la legge preveda l'operare di meccanismi discriminatori nell'individuazione dei chiamati o nelle modalità di attribuzione di quote, si realizzi una violazione del principio di uguaglianza anche in mancanza di concorso i successori di sesso diverso. In secondo luogo, ci si chiede se si possa invocare la contrarietà all'ordine pubblico della legge straniera anche quando il *de cuius*, in conformità alla legge del foro, potrebbe raggiungere il medesimo risultato mediante una disposizione testamentaria, ad esempio attribuendo al figlio maschio una quota doppia rispetto a quella della figlia femmina, pur nel rispetto della legittima²².

Sul punto si potrebbe ritenere che se è vero che l'eccezione di ordine pubblico opera avuto riguardo all'applicazione «in una precisa fattispecie» (considerando (58)), per consentire l'attivazione del rimedio, si dovrebbe valutare il caso concreto. Insieme alla concretizzazione della discriminazione, taluni osservano che sarebbe opportuno prendere in considerazione anche il grado di collegamento che la fattispecie presenta con lo Stato del foro: più stretto si rivela il collegamento con lo Stato del foro, «tanto più esigente può diventare l'ordine pubblico»²³.

Si pone, infine, una questione delicata concernente la legge da applicare, al fine di evitare il diniego di giustizia, qualora la legge dello Stato terzo (o meglio una disposizione della legge dello Stato terzo) che sarebbe stata applicabile in virtù dei criteri di collegamento previsti dal Regolamento, venga disapplicata

²² Si veda A. BONOMI, *Ordine pubblico* (art. 35), cit., 469.

²³ Così A. BONOMI, *Ordine pubblico* (art. 35), cit., 460 e 466, osservando l'Autore che anche se in materia successoria non è agevole stabilire il grado di collegamento, si potrebbe guardare all'ultima residenza abituale del *de cuius*, alla cittadinanza, al domicilio o alla localizzazione dei beni ereditari. Si confronti R. ALUFFI, *Famiglie transnazionali, islam e diritto*, cit., 275, la quale con riferimento alla discriminazione tra moglie e marito ritiene che la disparità, pur inscritta nella legge, non si realizzi mai in concreto dal momento che marito e moglie non si trovano mai ad essere contemporaneamente eredi. Invece, una discriminazione può realizzarsi in concreto nella successione dei figli, a sfavore delle figlie femmine. Per una considerazione sull'operare generale del rimedio si veda G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., 47, ove si legge: «ben può accadere che una disposizione astrattamente contraria all'ordine pubblico trovi applicazione ora perché in concreto non lesiva di alcun principio fondamentale, ora perché, pur se contraria a un principio fondamentale, la sua non applicazione comporterebbe, in via di ragionevole bilanciamento, la lesione di un altro principio fondamentale ancor più significativo o in concreto prioritario; può infine accadere che l'applicazione di una disposizione apparentemente innocua determini in concreto la lesione di un principio fondamentale dell'ordinamento».

poiché ritenuta manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

La dottrina²⁴ che si è interrogata sulla questione ha individuato differenti soluzioni. Disapplicata la legge straniera, si dovrebbe applicare la *lex fori* (c.d. sistema latino o neolatino). Pur sembrando un meccanismo lineare, tuttavia, adottando tale soluzione, si rischierebbe di incentivare l'autorità che si occupa della successione ad utilizzare il rimedio dell'ordine pubblico con più facilità e si giungerebbe ad ottenere una sorta di disomogeneità nelle soluzioni aventi ad oggetto la stessa tipologia di controversia.

Diversamente si potrebbe applicare la legge dello Stato terzo, ma modificata e «depurata» dalla disposizione discriminatoria (c.d. sistema tedesco), così rispettando il più possibile la volontà del *de cuius* che ha scelto la legge dello Stato terzo o ha confidato nel fatto di veder applicare alla propria successione quella legge²⁵. E tuttavia, anche tale strada non si presenta priva di ostacoli: l'adattamento di una legge straniera, infatti, rischierebbe di portare ad un'applicazione artificiosa e poco soddisfacente.

Infine, si è proposto di regolare la successione secondo la legge che sarebbe stata applicabile in base ad altri criteri di collegamento dettati in subordine (c.d. sistema eclettico – art. 16 legge n. 218/1995). Laddove, poi, non vi siano altri criteri di collegamento per l'individuazione di altra legge applicabile o laddove tali criteri conducano all'applicazione di una legge anche essa in contrasto con l'ordine pubblico, allora, approdando ad una soluzione che parrebbe più equilibrata, si dovrebbe applicare la legge del foro.

In conclusione, non essendovi nel Regolamento n. 650/2012 una definizione di ordine pubblico e delle previsioni concernenti la legge da applicare in caso di operatività del rimedio di cui all'art. 35, si genera uno spazio interpretativo che il giurista è chiamato a colmare, offrendo il suo contributo ermeneutico.

²⁴ Per tale ricostruzione si veda E. CALÒ, *Dalla legge italiana al regolamento europeo*, in E. CALÒ, M.T. BATTISTA, D. MURITANO, *Le successioni nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea. Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012. Lineamenti e casi pratici*; Napoli, 2019, 135-136; A. BONOMI, *Ordine pubblico (art. 35)*, cit., 461 ss.

²⁵ A. BONOMI, *Ordine pubblico (art. 35)*, cit., 462 ad esempio, nell'ipotesi in cui i giudici di uno Stato membro non applicano la legge straniera nella parte in cui discrimina l'erede di sesso femminile rispetto un erede di sesso maschile, propone di attribuire all'erede donna sfavorita la stessa quota ereditaria che la legge straniera conferisce all'erede uomo. In questo modo, osserva l'A., si potrebbe continuare ad applicare la legge straniera.

Abstract: La disciplina delle successioni *mortis causa* adottata in alcuni Stati terzi può differire significativamente dalla disciplina prevista dall'ordinamento italiano. Per tale ragione, il fenomeno delle successioni internazionali solleva molteplici questioni e richiede profonde riflessioni, specie in punto di legge applicabile. Per affrontare il tema, in primo luogo, occorre chiarire i presupposti al ricorrere dei quali la legge di uno Stato terzo diviene applicabile alla vicenda successoria. In secondo luogo, posto che ai sensi del Regolamento UE n. 650/2012, che regola la materia, l'applicazione della legge di uno Stato può essere esclusa qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro dell'autorità che si occupa della successione, si tratterà, allora, di esaminare il concetto di ordine pubblico e la sua operatività nell'ambito del diritto delle successioni. Proprio con riferimento al rapporto tra ordine pubblico e diritto delle successioni, dopo una breve rassegna degli istituti di cui giurisprudenza e dottrina si sono già occupate (principalmente, si accennerà alla tutela dei legittimari e ai patti successori), l'analisi si concentrerà, adottando un approccio differente, sull'applicazione e/o disapplicazione delle disposizioni legislative degli Stati terzi che realizzano forme di discriminazione basate sul sesso.

The rules governing mortis causa successions adopted in some third Countries may differ significantly from those provided for by Italian law. For this reason, cross-border successions raise many questions and require deep remarks, especially in terms of applicable law. To address this issue, firstly, it is necessary to clarify the prerequisites under which the law of a third State becomes applicable to the succession. Secondly, since under EU Regulation 650/2012, which governs the matter, the application of the law of a State may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy of the forum, it will then be necessary to examine the concept of public policy and its function in the context of succession law. Precisely with reference to the relationship between public policy and the law of succession, after a brief review of the cases that jurisprudence and doctrine have already dealt with (mention will be made above all of the protection of forced heirs and agreements as to succession), the analysis will focus, adopting a different approach, on the application and/or non-application of the legal provisions of third States that implement forms of discrimination on grounds of sex.

MATTEO MARIA FRANCISSETTI BROLIN

Divieto di discriminazione, autonomia testamentaria e vicende *mortis causa*. Riflessioni preliminari

SOMMARIO: 1. Premessa: la rilevanza del principio antidiscriminatorio nei rapporti privati: un nuovo *corpus* normativo? – 2. La discriminazione ed i rapporti contrattuali. Cenni ai problemi sul tavolo. – 3. Autonomia testamentaria e divieto di discriminazione: un possibile dialogo? – 4. La discriminazione nelle vicende *mortis causa* per effetto di legge: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Problemi di diritto internazionale privato. La discriminazione nelle vicende *mortis causa* è contraria all'ordine pubblico internazionale?

1. Premessa: la rilevanza del principio antidiscriminatorio nei rapporti privati: un nuovo *corpus* normativo?

Il tema della possibile rilevanza del principio antidiscriminatorio nel diritto privato, e più specificamente nei rapporti negoziali e negli atti di autonomia, rappresenta uno dei cuori pulsanti dell'indagine della dottrina degli ultimi anni¹.

¹ Successivamente al volume ormai risalente di G. PASETTI, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, Padova 1970, cfr. e.g. a livello monografico più recentemente D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, *passim* e spec. 57 ss. e 199 ss.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008, 55 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, 233 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, *passim* e spec. 216 ss.; C. TROISI, *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Torino, 2015, *passim* e spec. 123 ss.; B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019, *passim* e spec. 55 ss. Nella saggistica cfr. senza obbligo di completezza: D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 401 ss.; ID., *Discriminazione (diritto privato)*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 410 ss.; ID., *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in F. CAGGIA e G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa ed il diritto privato*, Roma, 2019, 135 ss.; ID., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinarie recenti*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 161 ss.; A. GENTILI, *Il principio*

Sul versante strettamente formale-normativo, si rinviene in molteplici fonti del diritto, a vari livelli dell'ordinamento italo-comunitario², il divieto di intrattenere condotte discriminanti (basate volta per volta su variegati parametri su cui si innerverebbe la censurata disparità, *e.g.* di sesso, di orientamento sessuale, di razza, di opinioni politiche, di età, *etcetera*): trattasi ovvero di fonti interne, costituzionali e comunitarie, di modo che ben si può ritenere che esista (o quantomeno che sia in fase di formazione e di definizione) un vero e proprio *corpus* normativo di diritto antidiscriminatorio³.

di non discriminazione nei rapporti civili, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 207 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 112 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015. Il tema ha trovato riscontro anche nell'aggiornamento della voce enciclopedica di R. SACCO, voce *Parità di trattamento*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, VII agg., Torino, 2012, 737 ss.

² Sull'unitarietà dell'ordinamento italo-comunitario cfr. P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 169 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; nonché v. già ID., *Un parere sulla decodificazione* (1987), in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 310, secondo cui «è non è il codice, ma sono le norme e i principi costituzionali a garantire l'unitarietà dell'ordinamento, quantunque si riconosca a fonti sovranazionali e internazionali efficacia diretta; ciò di modo che l'unitarietà dell'ordinamento «è affidata [...] non alla continuità dei valori accolti nel codice civile, né a quelli emergenti in forma spesso contraddittoria e conflittuale dalla c.d. legislazione speciale, ma a quelli consacrati nella Costituzione e rappresentativi di una legalità fondata su una giustizia caratterizzata dal rispetto della persona, da una solidarietà che non esaurisce la sua rilevanza nel momento patrimoniale, da una cultura in cui predomini l'essere sull'avere».

³ Trattasi di un dato meramente descrittivo della stratificazione normativa sul punto, senza volere in questa sede prendere posizione circa la nota elaborazione volta ad identificare una classificazione fra «diritti primi» e «diritti secondi», ovvero circa i rapporti fra il codice civile («diritto primo» per eccellenza) ed eventuali altri sistemi normativi «secondi» che sarebbero dotati di regole sistematiche autonome loro proprie. Il riferimento va ovviamente alle pagine di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 179 ss.; ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 397 ss. In relazione specifica al variegato *corpus* di leggi di diritto antidiscriminatorio secondo E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 551, di fronte alla complessa stratificazione normativa: «l'interprete non può più limitarsi a giustificare le limitazioni all'autonomia privata, sul presupposto dell'eccezionalità delle previsioni che derogano al modello tradizionale. Al contrario, la tendenza della

A questo riguardo, al vertice dell'indagine si deve collocare la costituzione repubblicana: già nell'art. 3 Cost. si fa riferimento al fatto che tutti cittadini «sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali». Vero è che il pre-cetto costituzionale, *verbatim*, fa riferimento alle «distinzioni» basate sulla «legge» e non sull'autonomia privata: noto è però il dibattito ormai secolare sorto nell'ambito della teoria del negozio giuridico, laddove ci si è a lungo interrogati se l'autonomia privata sia equiparabile ad una vera e proprio fonte del diritto, come del resto sembra alludere l'art. 1372 c.c.⁴, oppure se invece sia la legge ad avere il c.d. «monopolio della giuridicità»⁵: vale a dire se sia l'ordinamento statale l'unica ed esclusiva fonte del diritto che si limita a «riconoscere e recepire» (secondo la nota formula di Betti), oppure ancora ad «autorizzare» (secondo la altrettanto nota formula di Santoro Passarelli), l'autonomia nego-

nuova disciplina mira a plasmare un nuovo modello e, al contempo, il suo attuarsi attraverso interventi di tipo settoriale impongono all'interprete un compito decisamente più arduo: portare a sistema le disposizioni normative, senza l'illusione di un sistema monolitico».

⁴ L'idea per cui l'autonomia privata fosse una fonte del diritto era stata già a lungo dibattuta: cfr. positivamente SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, 18 ss.; nonché ID., *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 19 ss. (anche in rist., Milano, 1983), in luce della sua teoria istituzionale e della sua nota impostazione circa la «pluralità degli ordinamenti giuridici»: l'autore prende le mosse dall'idea che se un sistema di regole (ovvero un «ordinamento») è «riconosciuto» da un «altro» sistema di regole (ovvero da un altro «ordinamento»), questa connessione verticale fra i due sistemi di regole – di cui uno sia superiore all'altro – non sia di per sé sufficiente per escludere la «giuridicità» del sistema di regole che è stato «riconosciuto». Data questa premessa si giunge a sostenere che il negozio è «fonte di norme, sia pure subordinate a quelle statali» (ivi, 29 s.). Sulla stessa scia, nuovamente attraverso una lettura dell'autonomia privata nel prisma della teoria istituzionale, giunge all'idea che la detta autonomia privata sia di per sé un ordinamento anche SALV. ROMANO, *L'autonomia privata. Appunti*, Milano, 1957, 27 ss. e 42 ss.; cfr. altresì per una valorizzazione dell'autonomia privata alla stregua di fonte del diritto T. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro*, in *Arch. giur.*, 1929, 184; F. PERGOLESI, *I negozi giuridici come fonti normative*, in *Foro it.*, IV, 1937, 248 ss.; C. ESPOSITO, voce *Norma giuridica*, in *Nuovo Dig. it.*, VIII, Torino, 1939, 1051; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 5, il quale riconosce un diretto potere ai privati di creare «norme giuridiche» (fra loro rilevanti), assegnando alla legge dello stato il solo ruolo di imporre dei «limiti» alle dette norme.

⁵ Per questa espressione cfr. G.B. FERRI, *L'autonomia dei privati come sistema ordinato e ordinante nel pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Milano, 2007, 19.

ziale ed eventualmente a «sanzionare» il singolo atto⁶. Dibattito questo che – lo si può qui annotare solo *incidenter tantum* – si è arricchito in tempi più recenti attraverso la valorizzazione del principio di sussidiarietà fra le fonti del diritto *ex art. 118 Cost.*⁷,

⁶ In questa direzione si veda la nota teoria precettiva della autonomia privata di Emilio Betti, secondo cui (E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 3^a ed., Torino, 1960, rist. Napoli, 2002, a cura di G. Crifò, con introduzione di G.B. Ferri, 43 ss. e 81): «l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati già esplicano sul terreno sociale». Nonché, per formule simili, cfr. parimenti *Id.*, voce *Autonomia privata*, *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 1561. Il punto dell'insegnamento bettiano della «ricezione» da parte dell'ordinamento statale dell'autonomia privata è ben descritto da N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, inizialmente in *Quaderni fiorentini*, 1978, ora in *Id.*, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 12 ss. Cfr. poi già, per il concetto di «autorizzazione», H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., Milano, 1952, 139; nella dottrina civilistica cfr. soprattutto, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., rist. Napoli, 1986, 125, secondo la cui altrettanto celebre definizione: «il negozio giuridico è l'atto di una volontà autorizzata dall'ordinamento a perseguire un suo scopo»; nonché cfr. P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Id.*, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, Padova, 1988, 422. Allo stesso modo in senso contrario a riconoscere valenza di fonte del diritto alla autonomia negoziale, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, (rist. inalt. Napoli, 2011), 51 ss., il quale discorre, appunto parimenti, di «riconoscimento» e «ammissione» dell'autonomia da parte dell'ordinamento; nonché R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 142; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Id.*, *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, 1951, 81. Del resto v. anche G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1961 (rist.): l'autore è un chiaro assertore della libertà dell'individuo e dell'autonomia della volontà in un'ottica individualista. Eppure non sembra comunque negare la necessaria mediazione dell'ordinamento, ai fini dell'attribuzione del carattere di giuridicità dell'atto di autonomia: così, già nella prefazione della sua opera, si può leggere che «se le parti determinano *ex voluntate* la nascita e insieme gli effetti del negozio, si potrebbe mai dire superflua la funzione dell'ordinamento giuridico ed in particolare di quello statale? Evidentemente no: sostenere invero alcunché di simile ed affermare l'assurda tesi che i singoli pongano in essere norme di diritto obiettivo sarebbe lo stesso» (XVII s. della prefazione). Non è però mancato chi ha ritenuto che siffatto dibattito – che attiene alla possibilità di ravvisare nel negozio, di per sé, una fonte normativa – sia da intendersi come frutto di un eccessivo concettualismo, privo di evidenti conseguenze pratiche. Così cfr. il secco giudizio di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 1; nonché v. altresì G.B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 18.

⁷ Circa il principio di sussidiarietà nel diritto privato, alla stregua di criterio ordinante delle fonti, cfr. P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI e F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, 145 ss.

proprio con l'intento di affermare che l'autonomia negoziale sia una fonte del diritto – per quanto integrativa o «sussidiaria» – che, di conseguenza, non può non soggiacere alla fonte del diritto fra tutte sovraordinata per gerarchia e per valori, ovvero alla Costituzione⁸. Così ragionando, dunque, l'autonomia privata – *uti lex sit* – sarebbe nel suo esercizio concreto direttamente sottoposta all'art. 3, comma 1, Cost. e al divieto *ivi* previsto di fare distinzioni sui parametri *ivi* vietati⁹.

Vero è altresì, pur tuttavia, che una parte della letteratura ha tradizionalmente contestato (e tuttora contesta) l'esistenza di un nesso diretto fra il principio di eguaglianza formale e il divieto di discriminazione nei rapporti negoziali privati, ritenendo che il divieto di discriminazione meglio si articoli sul versante costituzionale in relazione al diverso valore della tutela della dignità personale¹⁰: questo anche assumendo che dal principio di

⁸ Così, P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto ed ordinamento del caso concreto*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 21-23 secondo cui, proprio sulla base del principio di sussidiarietà, la stessa autonomia privata «quale sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione [...] concorre, con gli atti promananti da poteri autoritativi, a definire l'assetto delle fonti del diritto». Ciò di modo che anche «il dettato dell'art. 1372, comma 1, c.c. che, nello stabilire che “il contratto ha forza di legge tra le parti”, sembra riconoscere una valenza normativa all'autonomia negoziale quale elemento di produzione dell'ordinamento del caso concreto». Nonché cfr. ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 210 ss. Cfr. altresì lungo questo versante, che riconosce all'autonomia privata valore di fonte del diritto, per il tramite del principio costituzionale di sussidiarietà, D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, *passim* e spec. 86 ss. e 101 ss.; nonché F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 37 ss.; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, 113 ss. e spec. 130 ss.; ID., *Sussidiarietà: autonomie e coesione sociale*, in P. PERLINGIERI e S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, 201 ss.; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti in onore di N. Lipari*, I, Milano 2008, 771 ss.; ID., *Principio di sussidiarietà e diritto privato*, ora in ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Torino, 2018, 110 ss. e spec. 115 ss.

⁹ In questa prospettiva cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale* cit., 187 ss. e spec. 193.

¹⁰ In questa direzione, che professa una non coincidenza fra il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione nei rapporti negoziali, si muove soprattutto D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 493 s., secondo cui: «Spiegare il divieto di discriminazione in termini di diritto all'uguaglianza può essere intuitivo, ma è aberrante perché la discriminazione posta in essere dal contraente offende la dignità della controparte del tutto indipendentemente

eguaglianza formale – elaborato precipuamente in relazione alla legge ed, al più, in relazione ai pubblici poteri¹¹ – non si potrà ovviamente trarre un generale ed indifferenziato principio di parità di trattamento nelle relazioni contrattuali (al di fuori delle ipotesi normative di contratto imposto per monopolio legale o concessione amministrativa, e.g. ex artt. 1679 e 2597 c.c.), senza che questo stesso ipotetico principio di parità di condizioni finisca per snaturare e porre nel nulla l'essenza stessa della libertà contrattuale, ruotante quest'ultima sulla scelta del se contrarre, con chi contrarre ed a quali condizioni¹²; ciò nondimeno, anche

dal fatto che identica o analoga sorte tocchi ad altre controparti. Opinare diversamente conduce a non sanzionare casi conclamati e gravissimi di discriminazione la differenza tra il trattamento riservato alla controparte ed il trattamento ipotetico che ad essa sarebbe stato riservato se una sua qualità personale non avesse inciso in modo determinante sulla scelta del contraente». Analogamente critico alla connessione fra principio di eguaglianza e divieto di discriminazione negli atti negoziali è A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 228 ss. e spec. 231 il quale, partendo dal presupposto che il diritto privato è di per sé discriminatorio, ravvisa la *ratio* del divieto di discriminazione nel diverso valore tutela della dignità della persona. Conf. ex multis L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 33 ss.; D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona* cit., 135 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 551 ss.

¹¹ Per un caso eclatante di utilizzo anche dell'art. 3 Cost. come meccanismo di controllo contro l'esercizio della discriminazione da parte dei pubblici poteri v., Cass., sez. un., 15 febbraio 2011, n. 3670, in *Foro it.*, 2011, I, 1101 (trattasi del caso del bonus bebè concesso con provvedimento dal comune di Brescia soltanto a bambini dei cui due genitori almeno uno non fosse extracomunitario); nonché v. Cass., sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 1095 (una Azienda Ospedaliera di Milano aveva escluso i cittadini di Paesi terzi non membri dell'Unione europea dalla procedura di stabilizzazione del personale infermieristico sino ad allora impiegato a tempo determinato)

¹² Questa è l'impostazione autorevole di P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss., ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1997, 335 ss. e 339 ss.; Id., *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, 660 ss. Secondo il chiaro autore, se l'art. 3 Cost. ed il principio di eguaglianza formale trovassero cittadinanza nei rapporti privati, «l'autonomia privata ne verrebbe completamente distrutta, per i limiti assurdi che si finirebbero per porre alla libertà di contrattare di testare, di disporre». Secondo il chiaro autore tuttavia, l'incidenza del principio di eguaglianza, inteso come parità di trattamento, sarebbe circoscritta a due sole ipotesi: l'esistenza di una comunità volontaria o legale di situazioni soggettive (e.g. in caso di comunione fra cocondidenti, di comune appartenenza ad una società, di obbligazione solidale), oppure una situazione di monopolio o di alterazione della concorrenza. Cfr. analogamente circa tale impostazione G. PASETTI, *Parità di trattamento ed au-*

qualora si segua tale impostazione nel difficile bilanciamento fra libertà ed eguaglianza, l'art. 3 Cost. sembra comunque rappresentare un imprescindibile dato di riferimento circa ogni indagine sul tema, già soltanto a livello assiologico, per l'identificazione dei parametri specifici su cui si può articolare una distinzione/discriminazione da censurarsi secondo l'ordinamento¹³.

Altrettanto rilevanti sono le fonti costituzionali comunitarie, ove vengono in considerazione, *in primis*, varie norme sui Trattati: l'art. 12 (ex art. 6) del Trattato CE che istituisce la Comunità Europea prevede che nel campo di applicazione del detto trattato sono vietate le discriminazioni basate sulla nazionalità; il successivo art. 13 (ex art. 6a) autorizza il Consiglio a «prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nell'art. 14 prevede che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Trattasi di una formula, a ben vedere, che ricorda i ragionamenti già svolti circa l'art. 3 Cost.: vale a dire l'art. 14 CEDU, a rigore, impone il divieto di discriminare rispetto all'esercizio di diritti che sono oggettivamente riconosciuti *ex ante* dalla stessa fonte normativa, senza cioè fare riferimento direttamente all'esercizio concreto di atti personali di autonomia: similmente dunque all'art. 3 Cost., che vieta le «distinzioni» discriminatorie della «legge». Più ampia è invece la formulazione dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: viene in-

tonomia privata, cit., 13 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 210 s.; D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio*, *Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1988, 14 ss. e 34; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 30.

¹³ Emblematicamente v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti 2^a ed., Milano, 2011, 79, secondo cui: «il principio di eguaglianza trova applicazione diretta ai rapporti contrattuali? Ovvero sono vietati i contratti discriminatori fra soggetti? In linea di massima deve risponderci di no: nella misura in cui è regno della libertà, il contratto può anche essere regno della diseguaglianza e della discriminazione basate su libere scelte dei contraenti». V. altresì F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, § 32, 2^a ed., Padova, 2010, 161 ss.; G. DE NOVA, *Contratto. Per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 650.

fatti vietata «qualsiasi forma discriminazione» che sia «fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.». La formula latissima allude quindi ad un divieto di discriminazione per così dire assoluto, ovvero che non si circoscrive alle fonti normative o all'operato pubblici poteri, bensì è potenzialmente estensibile all'agire dei privati.

Venendo al diritto interno, vi è un caleidoscopio di fonti, alcune originate dall'attuazione di direttive comunitarie, le quali governano il divieto di discriminazione in molteplici aspetti dell'agire umano. Anche in queste fonti si intravede il già evocato dualismo di *rationes* che ispira il divieto di discriminazione, ora come limite all'agire dei pubblici poteri, ora come limite all'attività dei privati. Così, per fare una silloge non esaustiva, si segnala *in primis* il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico sull'immigrazione): l'art. 43 prevede che costituisce discriminazione «ogni comportamento» che «direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica». Il che sembrerebbe nuovamente evocare la mera dimensione pubblicistica del divieto di discriminazione, come limite all'esercizio del potere pubblico. Tuttavia il successivo comma della medesima disposizione specifica che compie un atto di discriminazione «chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità»: si tratta quindi di una disposizione che – come si osserverà *infra* – ha una evidente rilevanza diretta (ed una pacifica sfera di applicazione) nell'ambito dei rapporti negoziali privati.

Si veda poi il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in attuazione della dir. 2000/43 CEE per la parità di trattamento delle persone indipendentemente dall'origine etnica: l'art. 2 introduce una distinzione (implicitamente già presente nelle fonte precedente) fra discriminazione diretta ed indiretta: la prima opera quando «per

la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga»; vi è invece una discriminazione indiretta quando «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone». Sullo stesso crinale si possono ricordare il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196, in attuazione della direttiva 2004/113/CE in materia parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura; nonché la l. 1° marzo 2006, n. 67, in materia di misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni.

Merita poi di essere osservato da ultimo l'art. 28 del d.lgs. 2011, n. 150, ove da un lato sul versante processuale viene governato il rito delle controversie in materia di discriminazione attivate sulla base delle fonti ora richiamate¹⁴, ma dall'altro lato si introduce una regola sostanziale di natura rimediabile: ricalcandosi (ed ampliandosi) una formula già presente originariamente nel testo unico dell'immigrazione (art. 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), si specifica che con la sentenza che definisce il giudizio, il giudice «può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole».

Dunque vi è un chiaro richiamo alle consuete tutele inibitoria e risarcitoria, con la precisazione che il danno può essere *di per sé* anche non patrimoniale, senza che cioè si debba indagare se la fattispecie antidiscriminatoria rientri effettivamente nel perimetro dell'art. 2059 c.c., sia pure costituzionalmente interpretato. Il che potrebbe far sorgere una suggestione classificatoria: si potrebbe dedurre che la condotta antidiscriminatoria – da chiunque questa provenga, sia esso un soggetto privato, sia esso un soggetto pubblico – sia osservata dall'ordinamento non soltanto alla stregua di lesione della dignità personale dell'individuo, bensì anche, ancora più specificatamente, alla stregua di lesione di un vero e proprio diritto della personalità atipico e di nuovo

¹⁴ Si noti che l'art. 5 del d.lgs. 2003/215 prevede che siano legittimati ad agire anche le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e del Ministro per le pari opportunità.

conio ex art. 2 Cost.¹⁵: diritto della personalità avente come contenuto negativo, appunto, il diritto a non essere discriminato. Chiaro è infatti il fatto che sono proprio i diritti della personalità, tradizionalmente sul modello scolpito nell'art. 7 c.c., ad essere protetti dalla tutela inibitoria e da quella risarcitoria, la quale può essere anche di natura non patrimoniale (a prescindere dal perimetro legale dell'art. 2059 c.c.¹⁶), analogamente a quanto testualmente prevede l'art. 28. Così ragionando, per altro verso, si potrebbe anche dedurre che, sul fronte del diritto civile, la materia delle condotte discriminatorie – e la relativa tutela contro queste ultime – sia polarizzata ed attratta, più che nel contratto, soprattutto nel settore del danno ingiusto e della responsabilità extracontrattuale, similmente a quanto normalmente accade per la lesione e la tutela dei diritti della personalità¹⁷.

¹⁵ Sul concetto di atipicità dei diritti della personalità per il tramite dell'art. 2 Cost. v. per tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3ª ed., Napoli, 2006, 719: ID., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 139, il quale mette in luce che l'art. 2 Cost. esprime una vera e propria clausola generale ovvero ancora un «principio di tutela della persona umana» che «consente di estendere la tutela a situazioni atipiche». La personalità assume così il ruolo di «valore» centrale dell'ordinamento ed è «alla base di una serie aperta di situazioni esistenziali nelle quali si traduce la sua incessantemente mutevole esigenza di tutela»

¹⁶ Si ricorda che questo dato, ovvero il fatto che la lesione dei diritti della personalità può produrre un danno non patrimoniale a prescindere dalle «pastoie» dell'art. 2059 c.c., risale già all'elaborazione del 1957 di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957, 288 ss. e spec. 292 e 295 s. Secondo quest'ultimo occorre porre l'accento sul fatto che l'art. 2059 c.c. non poneva una regola assoluta in materia di danno non patrimoniale, bensì che si limitava a fissare (secondo l'elaborazione dell'epoca) le condizioni ostative al danno morale soggettivo (ovvero la presenza del reato). Le altre voci di danno non patrimoniale, al contrario, sarebbero state assorbite nel principio generale della ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. Più nel dettaglio sarebbero state rilevanti, alla stregua di lesioni non patrimoniali risarcibili, le violazioni di un diritto della personalità del danneggiato, così come era quello all'integrità fisica ex art. 5 c.c.

¹⁷ Si deve comunque considerare il fatto che, in tempi più recenti, è stata messa in forte discussione l'affermazione classica secondo cui i diritti della personalità siano sempre e comunque indisponibili ed impermeabili al contratto, dato che, sulla base dell'evoluzione del sistema socio-economico, ci si è interrogati se taluni di essi potessero e.g. essere oggetto di un atto di disposizione, ovvero, ancora, se questi fossero trasmissibili *iure successionis*. In modo particolare, ad esempio, risulta estremamente dibattuto il tema dell'eventuale negoziabilità e commerciabilità del diritto all'immagine ex artt. 96 e 97 l. dir. aut. (soprattutto in relazione alle persone famose). Analogo problema si è poi

Tuttavia – ed il punto potrebbe giocoforza diventare proprio rilevante nelle valutazioni circa i rapporti fra discriminazione ed autonomia negoziale – il medesimo art. 28 accoglie anche una sibillina formula finale di contenuto indeterminato, laddove prevede che il giudice possa altresì adottare «ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti» della discriminazione.

2. *La discriminazione ed i rapporti contrattuali. Cenni ai problemi sul tavolo*

L'indagine circa la rilevanza della discriminazione all'interno dei rapporti contrattuali si snoda essenzialmente su due poli: il primo riguarda l'ambito applicativo del divieto ed il secondo, assai più complesso e variegato, concerne la tutela rimediale.

In relazione all'ambito applicativo del divieto di discriminazione, si richiama il fatto che l'art. 43 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico sull'immigrazione) prevede che compie un atto di discriminazione «*chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico*». La questione è se tale previsione ritagli e limiti il perimetro applicativo del divieto in oggetto nel diritto dei contatti, ovvero se questo divieto di discriminare la parte contrattuale si riferisca soltanto ai contratti che sono da compararsi rispetto a rapporti in qualche misura «seriali», ovvero se il divieto sia limitato a quei rapporti negoziali che si sono conclusi a seguito di una dichiarazione al pubblico, vale a dire se il divieto si applichi solo all'offerta al pubblico di beni o di servizi, all'invito a proporre, oppure ancora ai contratti stipulati per moduli e formulari di

posto in materia di consenso (negoziale o meramente autorizzatorio) trattamento dei dati. È però parimenti vero che anche le tendenze più evolute sono ferme nel negare, condivisibilmente, che si stia affermando un modello generale di commerciabilità degli attributi della personalità: l'adozione di un eventuale meccanismo negoziale circa taluni diritti della personalità risulta comunque non prospettabile in relazione alla sfera dei diritti sul corpo umano e del diritto alla salute. Si veda sul tema *in primis* il volume di G. RESTA, *Autonomia privata e diritto della personalità*, Napoli, 2005. Sul tema sia consentito rinviare a M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Danno non patrimoniale ed inadempimento. Logiche patrimonialistiche e valori della persona*. Napoli, 2014, 559 ss., cui adde il più recente volume di S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto, dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, *passim* e spec. 158 ss. in relazione al consenso ai dati personali; G. RESTA, *Dignità persona, mercato*, Torino 2014, 91 ss. e 97 ss.

condizioni generali. Questo oltre che per la appena richiamata formula normativa, (anche) sulla base di un argomento di «pura logica giuridica»¹⁸ – secondo parte della letteratura che sostiene tale impostazione – tale per cui soltanto nei detti rapporti «seriali», vi sarebbe un *tertium comparationis*, ovvero un parametro che permetterebbe di mettere in luce la disparità di trattamento, ovvero la discriminazione di un soggetto nel suo specifico contratto o nella sua specifica trattativa (ovvero addirittura in relazione allo stesso accesso alla trattativa), rispetto ad un altro soggetto che si trovi in un rapporto contrattuale o precontrattuale omologo, in quanto della stessa dichiarazione pubblica o della stessa «serie»¹⁹.

Per parte opposta, ed è l'impostazione «assiologica» di altra parte della dottrina, si afferma che il divieto di discriminazione contrattuale sia invece di applicazione generale, nel senso per cui questo venga in evidenza in relazione a qualunque genere di contratto e di trattativa, ovvero non solo nei rapporti seriali o nelle offerte al pubblico²⁰, bensì anche nella contrattazione c.d. «indi-

¹⁸ L'argomento di «pura logica giuridica» è speso da A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 221, secondo cui: «lungi dalla prevalenza, l'inapplicabilità agli scambi e ai rapporti individualizzati del principio di eguaglianza è al fondo una questione di logica delle proposizioni normative: e si riconduce al fatto che i giudizi in termini di uguaglianza hanno due ineliminabili caratteristiche, senza le quali non sono possibili: la prima è che richiedono l'esistenza di almeno due termini di comparazione, la seconda è che richiedono almeno un preesistente criterio di comparazione».

¹⁹ In questo senso, ritengono che il divieto di discriminazione operi solo per l'offerta al pubblico, per l'invito a proporre, per i rapporti caratterizzati da serialità, sia per la fonte normativa, anche sulla base dell'argomento logico appena evocato circa la necessità di un *tertium comparationis*; C.M. BIANCA, *Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione*, in *Discriminazione razziale e autonomia privata*, Roma, 2006, 64 e 66; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 221 ss.; D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 500 ss.; Id., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinarie recenti*, cit., 166 ss.; U. BRECCIA, art. 1322, in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 105; sembra orientata in una direzione simile anche E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 550 ss., nel senso per cui, pur a fronte di talune eccezioni, non si può estendere indefinitamente il divieto ad ogni genere di contratto individualizzato.

²⁰ L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 98 ss.; nonché v. soprattutto G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 106 ss. e spec. 108; nonché Id., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1404 ss.; in particolare, secondo la ricostruzione dell'autore, il legislatore esclude che il divieto di discriminazione si applichi

vidualizzata» del singolo che si mette in relazione con il singolo, ivi compresa secondo taluno gli atti di liberalità²¹. A conferma di tale impostazione innanzitutto si è detto che, anche nei rapporti individualizzati, sia comunque possibile operare una sorta di «comparazione virtuale», idonea a mettere in luce che in quel singolo rapporto esista la discriminazione, sempre che non sia la stessa struttura della proposta contrattuale o del rapporto contrattuale individuale a rivelare già *verbatim* la presenza della discriminazione²². Inoltre, a sostegno di tale estensione del divieto, si è enfatizzato il nesso diretto fra discriminazione e lesione della dignità personale *ex art. 2 Cost.*, affermando il carattere necessa-

alla sola area dei contratti inerenti la vita privata e familiare, ma «non può negarsi, in linea di principio, che, pur in presenza di una dichiarazione individualizzata, vi sia», l'esigenza di applicare il divieto di discriminazione». Secondo l'autore vi possono essere molteplici casi in cui una contrattazione individualizzata sia foriera di una discriminazione che vada combattuta: innanzi tutto quando il contraente (sebbene eviti il ricorso a una dichiarazione al pubblico) compia scelte discriminatorie seriali nell'ambito di negoziazioni individuali. Si fa il caso di una società immobiliare che – invece di rivolgersi mediante offerta al pubblico a una categoria (indeterminata, ma) ristretta di persone – indirizzi una pluralità di dichiarazioni individualizzate a una cerchia di soggetti selezionati come potenziali clienti, e si riservi di rifiutare la conclusione del contratto con le controparti che, nel corso della trattativa, rivelino una determinata origine etnica o convinzione religiosa, allo scopo di assicurare l'omogeneità culturale del condominio; in secondo luogo nota che la proposta contrattuale individualizzata è eccezionalmente cedibile, sicché colui che, per discriminare, evita di rivolgersi al pubblico, potrebbe, comunque, ritrovarsi con l'accettazione vincolante di un estraneo sgradito. Tanto varrebbe quindi sottoporre anche la dichiarazione individualizzata al vaglio del carattere discriminatorio. Cfr. altresì in tale direzione a favore dell'estensione B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 197.

²¹ Il tema è quello per cui lo spirito di liberalità animante la donazione dovrebbe essere a rigore insindacabile. Cfr. in particolare E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 557, L'autrice, che pure non estende in via generale il controllo del diritto antidiscriminatorio a tutti i rapporti individualizzati, ritiene che le regole in questione possano essere applicate anche agli atti di liberalità e alle condizioni e agli oneri a questi apposti, facendo però uso del principio di ragionevolezza per accertare volta per volta la eventuale illiceità della clausola apponente un onere oppure una condizione discriminatoria (*ivi*, 557 s. e nt. 55).

²² Sul punto cfr. nuovamente E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 554 e 560 (la qual pure non estende in assoluto il divieto): «per giustificare l'operare del divieto nella sola offerta al pubblico non basta addurre la presenza unicamente in tale ambito di un termine di comparazione, posto che anche in una negoziazione individuale la discriminazione dichiarata esplicita una comparazione virtuale».

riamente assoluto del divieto, con la conseguenza di estenderlo ad ogni rapporto: questo perché così ragionando, in ogni genere di rapporto, anche quello individualizzato, la discriminazione rappresenterebbe sempre un comportamento illecito, siccome contrario ad uno dei valori fondamentali dell'ordinamento²³. E dunque, a corona del ragionamento, sarebbe illogico ed irrazionale che la medesima lesione abbia una sanzione soltanto nei rapporti seriali e nelle offerte al pubblico, ma non anche nei rapporti individualizzati. Non da ultimo poi, taluno, ha anche argomentato nel senso tale per cui l'estensione del divieto di discriminazione ai rapporti individualizzati rappresenti addirittura un meccanismo indiretto di controllo di efficienza del mercato²⁴.

La seconda questione – ancora più spinosa – concerne invece se nell'ambito dei rapporti contrattuali si applichi, oltre che il divieto di discriminazione *diretta*, anche il divieto (invero più sottile ed evanescente) di discriminazione *indiretta*, cui allude l'art. 2 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, facendo riferimento a comportamenti ontologicamente «neutri» in astratto, ma che conducano *de facto* nel singolo caso concreto a mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio: la risposta positiva pare ovvia nel diritto del lavoro (ove entrambe le discriminazioni trovano cittadinanza e

²³ Cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 552; nonché soprattutto G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1399. Fortemente critico D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinarie recenti*, cit., 168 ss., il quale ritiene che la discriminazione all'interno dei contratti individualizzati rientri nella area di libertà dell'individuo e che, dunque, non leda la dignità della controparte: «qualitativamente, poi, non sembra condivisibile l'affermazione secondo cui la discriminazione nel contratto individualizzato – non indirizzo la mia proposta a te, perché sei musulmano; rifiuto la tua proposta, perché sei musulmano – leda la dignità dell'escluso. Sembra, invece, più fedele alla realtà constatare che l'umiliazione la avverte colui che è escluso ad hoc da un'offerta al pubblico, non colui che non conosce affatto quella dichiarazione o, se la conosce, resta nel dubbio di non esser lui il destinatario semplicemente per un caso (o per l'idiosincrasia del contraente)».

²⁴ Così G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1400, secondo cui la discriminazione nei contratti individualizzati «può essere suscettibile di escludere la vittima dall'accesso agli scambi di mercato e di pregiudicare il benessere economico collettivo». In senso contrario v. A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 225-226, secondo cui conclusivamente «efficiente è dunque il mercato che soddisfi bisogni e realizzi desideri: ma che bisogni soddisferebbe e che desideri realizzerebbe un mercato che desse alle persone, anche se a giusta ragione, un contraente che non vogliono a condizioni che non vogliono?».

tutela), ma è problematica ed è fortemente dibattuta nell'ambito degli altri rapporti contrattuali²⁵.

Venendo ai rimedi contro la discriminazione, non vi è dubbio che la tutela principale prevista dall'ordinamento sia di natura risarcitoria, anche di natura non patrimoniale, per lesione della dignità dell'individuo, dovendo valutare volta per volta se la detta violazione si riferisca alla fase contrattuale o precontrattuale, con implicazione della scelta del diverso regime di responsabili-

²⁵ In senso contrario all'estensione del divieto alle discriminazioni indirette, v. in particolare D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 494, nt. 18.; ID., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinarie recenti*, cit., 171 ss.; secondo l'autore il cuore del giudizio sulla discriminazione non sarebbe non la differenza tra il trattamento riservato alla controparte e quello riservato ad altre controparti, bensì la differenza tra il trattamento riservato alla controparte ed il trattamento ipotetico che ad essa sarebbe stato riservato se una sua qualità personale non avesse inciso in modo determinante sulla scelta del contraente, con un giudizio simile a quello che il codice prevede ex art. 1440 c.c. Per le stesse ragioni – cioè per essere radicalmente escluso per diritto dei contratti un dovere del contraente di rimuovere le disuguaglianze di fatto fra le sue controparti – non sarebbe prospettabile nel diritto privato la cosiddetta discriminazione indiretta. In questa direzione si svolgono due esempi di irrilevanza della discriminazione indiretta nei contratti: il caso in cui l'impresa utilizzi moduli contrattuali identici per tutti i clienti, redatti in lingua italiana, non è discriminatoria, benché possa mettere in condizione di particolare svantaggio gli stranieri che parlano una lingua diversa. Così, il privato che svolge trattative per la vendita dell'immobile di sua proprietà, ed è solito fissare gli appuntamenti per il sabato, non pone in essere una discriminazione nei confronti della controparte di religione ebraica. In senso favorevole, v. invece G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 89 ss.; ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 195 ss.; B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit., 298; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 215 e 269. Secondo tale dottrina, il problema consiste nel fatto che occorrerebbe comunque vedere se tali comportamenti, pur apparentemente neutri, siano invece volontariamente orientati alla realizzazione della discriminazione: ciò di modo che il riferimento alla discriminazione indiretta non sarebbe un ampliamento della fattispecie contenente il divieto discriminazione, bensì sarebbe soltanto «una tecnica volta a dare rilievo all'altrimenti invisibile nesso di causalità che intercorre tra un fattore di discriminazione e l'effetto di disuguaglianza creato dall'autonomia contrattuale. Il giudizio si focalizza sul grado di probabilità che l'esclusione non sia casuale». In questo senso si fa come esempio di discriminazione indiretta il divieto di ingresso opposto da un locale di pubblico esercizio ai clienti che indossino un determinato abbigliamento (il velo o la kippah), quando sia in grado di produrre una disparità di trattamento nei confronti dei membri di alcuni gruppi (le donne di fede islamica o gli ebrei ortodossi). Oppure ancora il regolamento condominiale o di una multiproprietà, che disciplini l'uso delle parti e dei servizi comuni, in modo da proibire lo svolgimento di attività che connotano, in modo peculiare, determinati gruppi culturali.

tà. Vi è di più: taluno, nell'osservare il riferimento al danno non patrimoniale, ha anche preconizzato che si possa trattare di una forma di responsabilità ultracompensativa, se non sanzionatoria/punitiva, scevra dalla prova di un effettivo pregiudizio secondo le consuete regole in materia di danno non patrimoniale²⁶. Restano tuttavia dei dubbi in dottrina su quale sia lo statuto normativo della relativa azione risarcitoria: innanzitutto, sul versante dell'elemento soggettivo, ci si chiede se debba rilevare in modo chiaro l'*animus discriminandi*, ovvero se, in altri termini, si tratti di una responsabilità caratterizzata esclusivamente da dolo specifico, inteso come volontà esplicita di discriminare²⁷: a questo riguardo a noi sembra che il problema non si ponga in *apicibus* nelle discriminazioni c.d. dirette, dove la stessa struttura della condotta discriminatoria rende evidente la presenza di una chiara volontà di distinzione per ragioni di diversità (e.g. se esplicitamente viene offerto un bene in locazione, escludendo gli extracomunitari, è evidente l'*animus discriminandi*, in quanto intrinseco alla stessa dichiarazione negoziale); tuttavia, qualora si ritengano rilevanti anche le c.d. discriminazioni indirette (cosa di cui effettivamente dubitiamo), allora strutturalmente non avrebbe più significato discorrere di *animus discriminandi* per la relativa azione risarcitoria²⁸: si dovrebbe cioè ritenere che

²⁶ Così G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 279 s.; B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, cit., 236 ss. Argomento a favore di tale ricostruzione viene reperito nell'art. 28 del d.lgs 150 del 2011, ove si legge che «ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.».

²⁷ In questa direzione v. D. MAFFEIS, *Offerta la pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 160; ID., *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, cit., 143 s.; secondo cui «È quindi da confermare una lettura più restrittiva che fa dipendere la discriminazione dalla ricorrenza di un elemento soggettivo. In particolare l'elemento soggettivo è rappresentato dal preconcetto, cioè dal porre a base della decisione di contrattare o non contrattare, o di contrattare in quel modo, una certa qualità personale rilevante come fattore di discriminazione: il divieto di discriminazione è un illecito di dolo specifico». In senso contrario v. invece G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 223 ss., il quale rileva che nelle fonti del diritto antidiscriminatorio non si trova traccia né del dolo specifico, né del dolo generico e che l'art. 2043 c.c., pacificamente, non distingue fra dolo e colpa.

²⁸ Il punto di contrasto fra le discriminazioni indirette e l'*animus* è ben sviluppato da E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Torino, 2020, 81 ss., 96; G. CARAPEZZA

nella relativa azione di responsabilità non sia necessaria la prova di un qualche *animus*, essendo sufficiente ai fini del risarcimento l'identificazione della detta discriminazione indiretta, senza che rilevi che il discriminante si sia reso conto, o abbia potuto rendersi conto, del fatto che la sua condotta poteva avere un effetto *indirettamente* discriminatorio verso taluno (operando quindi una sorta di responsabilità oggettiva)²⁹.

In ogni caso però, sul versante dell'allocazione dell'onere della prova del «fatto» consistente nella avvenuta discriminazione, opera *ex lege* una inversione dell'*onus probandi*, gravando la prova contraria sul convenuto: prevede infatti l'art. 4 comma 3 d.l.g. n. 215 del 2003, che, «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione»³⁰.

Ma questo non basta. Sul piano rimediale, infatti, il profilo maggiormente problematico è rappresentato dalla domanda circa l'ammissibilità di una qualche forma di «tutela reale» del contraente ogni qual volta in cui la stipulazione del contratto venga preclusa al soggetto discriminato, proprio in ragione della discriminazione. Il discorso vale sia che si ipotizzi che la normativa antidiscriminatoria si applichi solo alle offerte al pubblico e ai rapporti di serie, sia che si applichi anche ai rapporti negoziali individualizzati.

Quid iuris nel caso emblematico di un rapporto individualizzato, in cui un soggetto esercita la sua autonomia contrattuale, sia pure in modo discriminatorio secondo le fonti normative,

FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 229 s. In senso contrario invece, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., 33, il quale mette in luce la possibilità di identificare un elemento psicologico anche nelle discriminazioni indirette.

²⁹ Si immagini il caso già sviscerato dalla letteratura del soggetto che offre in locazione un appartamento e permette di vederlo in visita soltanto il sabato, discriminando così indirettamente i possibili contraenti di religione ebraica: tale discriminazione indiretta a noi non pare rilevante. Tuttavia, ove invece lo fosse, si dovrebbe necessariamente dire che la pretesa risarcitoria (anche non patrimoniale) prescinde dall'*animus*, ovvero che l'offerente risponda anche se non sia assolutamente reso conto (né potesse farlo secondo diligenza) del fatto che la sua scelta di fare visitare la casa solo il sabato potesse discriminare indirettamente taluno. Soluzione questa che ci fa propendere ancora di più per l'idea che, in materia contrattuale, non possano rilevare le discriminazioni indirette, ma solo quelle dirette. Cfr. in tale direzione anche D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 494, nt. 18.

³⁰ D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 503.

affermando che non intende dare in locazione un bene ad un soggetto, perché scopre che è un cittadino extracomunitario? Oppure – prendendo a prestito un esempio trattato dalla letteratura e dalla nostra giurisprudenza – che cosa accade quando, in una offerta al pubblico o comunque in un invito a proporre, sia la stessa agenzia immobiliare che prevede *ex ante* nell’annuncio che l’immobile sarà dato in locazione solo a cittadini italiani? Certo è che in entrambi i casi vi sarà spazio per il risarcimento del danno, evidentemente derivante da *culpa in contrahendo*, e tale danno sarà sicuramente anche di matrice non patrimoniale³¹. Tuttavia dinanzi al rifiuto di contrattare, non vi è dubbio che il rimedio risarcitorio possa essere non del tutto adeguato ad offrire una protezione piena e completa della parte discriminata, nel senso per cui questo non realizza quella utilità o quello specifico bene della vita che il discriminato avrebbe invece conseguito ove avesse stipulato il detto contratto (e.g. il bisogno esistenziale di abitazione, negli esempi qui svolti)³². Allo stesso tempo però ci sembra che ipotizzare, in aggiunta al risarcimento, un qualche congegno legale che abbia l’effetto diretto o indiretto di tenere luogo al contratto non concluso possa davvero rappresentare un *vulnus* rilevante all’autonomia privata, *vulnus* esprimendosi nella negazione della legittimità della libera scelta del proprio contraente: quello stesso *vulnus* che è stato da taluno preconizzato e stigmatizzato ove si fosse affermato, sulla scia dell’art. 3 Cost., che dovesse operare un principio generale ed incontrollato di parità di condizioni nelle relazioni contrattuali³³. Questo oltre

³¹ Così E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 556.

³² Ricorda G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 265 che in un caso celebre della Corte suprema degli Stati Uniti un società immobiliare è stata condannata a vendere uno stabile alla controparte afro-americana, al prezzo ed alle condizioni che comparivano nell’invito rivolto al pubblico: così *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968). Per converso la nostra giurisprudenza, in un caso simile, nel quale una agenzia immobiliare opponeva il rifiuto di trattare la locazione di un appartamento con un cittadino extracomunitario, si è limitata alla tutela inibitoria e risarcitoria: Trib. Milano, ord., 30 marzo, 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2040; nonché cfr. altresì Trib. Bologna, 22 febbraio 2001, in *Dir. imm. cittadin.*, 2001, 101.

³³ Cfr. il precedente § di questo scritto. In una direzione che ci sembra simile, pur partendo da altra prospettiva argomentativa, sembra muoversi incidentalmente anche A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 230: l’autore, come è noto, fonda il divieto di discriminazione nella tutela della dignità individuale e non nel principio di parità di trattamento che, correttamente, ritiene ultroneo al nostro sistema contrattuale: da qui afferma

al fatto che a ben vedere, come ha avvertito una sottile dottrina, si introdurrebbe comunque una sorta di sindacato eccezionale e discrezionale sui motivi individuali (per quanto turpi) che spingono un soggetto a contrarre oppure no³⁴, per altro verso in totale deroga rispetto alle regole generali di (ir)rilevanza dei motivi meramente individuali nel contratto (il motivo discriminatorio di non contrarre sarebbe infatti individuale perché di una sola parte, laddove nella sistematica del codice le motivazioni rilevanti nel contratto, come lo sono i motivi illeciti, devono essere almeno comuni ad entrambe le parti).

Si aggiunga poi che un insegnamento diffuso, ancorché non pacifico, nella teoria generale del contratto ritiene che la categoria dei contratti personali o *intuitu personae* scolpita plasticamente nell'art. 1429, comma 1, n. 3 c.c. (*error in persona aut in qualitate personarum*)³⁵, non sia una elencazione fissa, ma che possa

che «sbiadiscono i rimedi che si vorrebbero applicare alla contrattazione. Giustificabili nella prospettiva – qui disattesa – per cui la discriminazione si identifica nella parità di trattamento, e quindi si potrebbe pensare che il giudice sia autorizzato a correggere il rifiuto illecito, divengono logicamente ingiustificabili come reazione ad un illecito nel contratto».

³⁴ Cfr. la densa riflessione di E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 554-556, ove si tratta il caso in cui in una negoziazione individuale la parte esplicitamente rifiuti la contrattazione dichiarando la ragione discriminatoria, a differenza del caso in cui vi sia una motivazione discriminatoria che nega il contratto, ma questa non sia esplicitata: «O diciamo che, fintantoché il silenzio sulla scelta contrattuale è legittimo, allora anche la dichiarazione di scelta, compresa quella discriminatoria, deve ritenersi irrilevante, quanto meno rispetto all'esercizio dell'autonomia contrattuale; o diciamo che la scelta discriminatoria dichiarata va sindacata, ma allora, posto che anche il silenzio potrebbe celarla, andrebbe costantemente imposta una motivazione del rifiuto. In altri termini, ad evitare che il silenzio nasconda la discriminazione si dovrebbe richiedere di motivare sempre e *ab initio* le proprie scelte contrattuali. Sennonché quest'ultima ipotesi, cioè un vincolo di originaria e generalizzata motivazione della scelta che guida l'interesse individuale, significa convertire la libertà contrattuale in esercizio di un'attività costantemente soggetta ad un sindacato di discrezionalità, il che equivale non ad una pura limitazione, ma ad una radicale alterazione concettuale dell'autonomia, ossia ad una sua negazione».

³⁵ In questa sede può solo essere osservato che non è così pacifico che le due espressioni «contratti c.d. «personali» e/o *intuitu personae*» siano davvero sinonimiche e non identifichino invece due diverse categorie. Per un utilizzo sostanzialmente sinonimico dei due termini cfr. e.g. A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 8 ss. V. invece, per una sottile distinzione fra i due concetti, F. GALGANO, in F. GALGANO, F. PECCENNINI, M. FRANZONI, D. MEMMO e R. CAVALLO BORGIA, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a

dipendere dalla stessa volontà della parti o dalle circostanze concrete della negoziazione: si afferma cioè da parte di taluno che un contratto sia annullabile per errore sulla persona o sulla qualità personali del contraente, purché determinanti del consenso, non soltanto nel caso di contratti che sono oggettivamente «personali» e/o *intuitu personae*, ma anche nel caso di contratti che tali diventino «soggettivamente» nel singolo caso, per scelta dei contraenti o per le circostanze della negoziazione; si sostiene cioè, in modo intuitivamente più condivisibile, che nell'art. 1429, comma 1, n. 3 c.c., si situi una disciplina generale, virtualmente applicabile a tutti i contratti sulla base delle circostanze concrete³⁶. Ma allora la cartina di tornasole di questa ricostruzione sarebbe quella tale per cui, nella precedente fase fisiologica di realizzazione del rapporto, ogni contratto possa essere *ab origine* (o diventare potenzialmente) un contratto «soggettivamente» personale od *intuitu personae*, nel senso per cui l'identità e le qualità personali dell'altro contraente siano valutate come determinanti del consenso in quella specifica negoziazione. E proprio sulla scelta di considerare come determinanti del consenso le qualità o l'identità delle parti riposerebbe un atto di legittimo esercizio di autonomia privata. Sicché tale principio dovrebbe essere impermeabile anche alla disciplina antidiscriminatoria, negandosi quindi una «tutela reale» di fronte al rifiuto a contrarre di taluno per le qua-

cura di Galgano, Libro IV, *Delle obbligazioni*, art. 1414-1446, Bologna-Roma, 1998, 284-285: secondo il chiaro autore il contratto è «personale» quando tale carattere riguarda «l'alternativa se concludere o non concludere il contratto»; il contratto è invece *intuitu personae* quando l'alternativa riguarda «se concluderlo con quella data persona oppure con un'altra». Per una distinzione fra i due concetti cfr. altresì G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 147.

³⁶ Nel primo senso più restrittivo già sotto la vigenza del codice del 1865, cfr. R. FUBINI, *La dottrina dell'errore nel diritto civile italiano*, Torino, 1902, 189 ss.; successivamente cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, 588; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9ª ed., Milano, 1967, 557; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1966, 189. Nel secondo senso, da noi ritenuto preferibile, della disciplina di applicazione potenzialmente generale cfr. invece cfr. A. TRABUCCHI, voce *Errore*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, s.d. (ma 1957), 669; G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 151 ss.; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, cit., 35; ID., *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, I, 1344; V. PIETROBON, *Errore, volontà, affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 443; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 742; P. GALLO, *I vizi del consenso*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 2ª ed., Torino, 2006, 479.

lità soggettive (sia pure discriminanti) della controparte, ferma restando in questo caso la pretesa risarcitoria precontrattuale (o *rectius*, meglio da qualificarsi a questo punto come extracontrattuale *tout court*, per violazione di un principio generale avente rilevanza *erga omnes*, vale a dire il divieto di discriminare).

Ciò nondimeno, la maggior parte della letteratura, in senso contrario a quanto ora esposto, si è ripetutamente sforzata di trovare rimedi «reali» volti a correggere il rifiuto a contrarre su base discriminatoria. Innanzitutto, ad esempio, merita di essere indagato come possa operare la tutela inibitoria prevista dall'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, inerente «la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole», nel caso specifico ove si tratti di offerte al pubblico o di inviti a proporre caratterizzati da un elemento di discriminazione (e.g. la tale offerta al pubblico viene limitata ai cittadini italiani, oppure la stessa offerta pratica prezzi diversi a seconda della nazionalità o di un altro elemento discriminatorio³⁷): se si ritiene, come afferma taluno, che la tutela inibitoria *ex art. 28* possa spingersi a cancellare – per una supposta nullità parziale – il solo elemento di discriminazione dal contenuto dell'offerta al pubblico o dall'invito a proporre, allora evidentemente – se l'offerta è ancora temporalmente efficace – il discriminato potrà approfittarne e, quindi, potrà stipulare il contratto che prima non avrebbe potuto stipulare per effetto della discriminazione, ora rimossa dall'inibitoria (oppure il contratto che avrebbe potuto stipulare a condizioni diverse). E la stessa cosa dovrebbe valere nel caso di invito a proporre nuovamente caratterizzato da un elemento di discriminazione³⁸.

³⁷ In ogni caso, a nostro avviso, quando si tratta di corrispettivo, quindi non l'*an* ma il *quantum* della contrattazione, occorrerebbe sempre e comunque valutare se la distinzione sul prezzo per categoria soggettiva abbia un fondamento ispirato ad un criterio di ragionevolezza, che quindi nulla abbia a che vedere con la discriminazione, intesa come lesione della dignità personale: tralasciando spunto da alcuni dati di vita personale, si pensi al caso di talune offerte telefoniche e di internet fissa, il cui canone mensile è inferiore per utenti «giovani», ovvero che siano nuovi clienti sotto una certa soglia di età al momento dell'attivazione della nuova linea (questo con il chiaro intento di sollecitare all'acquisto i clienti giovani che escano dal nucleo familiare e vadano a vivere in una nuova casa da soli). Sembra evidente che non si possa parlare di discriminazione per via dell'età o delle condizioni personali. Oppure si pensi al caso – invero curioso ma sperimentato personalmente – in cui si offra che il prezzo della montatura di occhiali venga scontato in misura direttamente proporzionale rispetto all'età anagrafica dell'acquirente, con l'opposta finalità di *marketing* di sollecitare l'acquisto da parte di persone anziane.

³⁸ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia con-*

Venendo allora alle contrattazioni individualizzate discriminatorie (ma il discorso, a ben vedere, potrebbe valere anche per l'altro genere di contrattazioni seriali o per offerta al pubblico), più di un autore si è interrogato circa il possibile ricorso all'art. 2932 c.c.: il che comporterebbe una pronuncia costitutiva che tenga luogo al contratto non concluso, per via del diniego a contrarre con il soggetto discriminato. Senonché è stato posto in luce che, rispetto al rimedio suggerito, difetterebbe un basilare elemento di fattispecie, ovvero mancherebbe un obbligo a contrarre previsto dalla legge (o dalle parti) su cui innestare la relativa azione art. 2932 c.c.³⁹. Per ovviare a questo problema, una soluzione

trattuale, cit., 261; in questa direzione ci pare anche D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 503 s., il quale emblematicamente afferma che: «Si è in presenza di un'offerta al pubblico, o di un invito ad offrire o a manifestare interesse, discriminatori quando siano escluse dal novero dei potenziali destinatari della dichiarazione controparti contrattuali che, nella dichiarazione, siano identificate in base a qualità personali che – nel corso di un'eventuale trattativa seguente alla messa a disposizione del pubblico – non potrebbero lecitamente essere poste a base di un rifiuto di contrattare ovvero di un trattamento peggiore. L'offerta al pubblico discriminatoria non è nulla né altrimenti inefficace. Nulla è la clausola discriminatoria, sicché la dichiarazione si deve intendere efficacemente rivolta alla generalità del pubblico, indistintamente, con la conseguenza che qualsiasi persona potrà accettarla. Se un ristorante che serve cibo etnico giapponese pretende di non ammettere clienti cinesi, la soluzione consiste nell'ammettere il cliente cinese, non nel fare uscire tutti quelli che stanno consumando il loro pasto».

³⁹ In questo senso nel mettere in luce che difetta un obbligo legale a contrarre rilevante ex art. 2932 c.c., cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., 36; B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Napoli, 2006, 302; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 277 s.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, cit., 116 ss. Posizione più sfumata è quella di E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 561: secondo l'autrice occorre valutare il caso di una offerta al pubblico, la quale sia così diffusa in una determinata area o in un particolare mercato da impedire in concreto l'esercizio dell'autonomia privata del singolo, che si trova a non avere alternative sul mercato. In tale unico frangente secondo l'autrice ci dovrebbe essere spazio per un obbligo a contrarre. Quanto poi al fatto che non si rinviene un indice normativo idoneo a motivare l'obbligo a contrarre, l'autrice si richiama alla possibile applicazione di tale rimedio anche al di fuori delle espresse previsioni normative come, ad esempio, nell'ambito della normativa *antitrust*. Sul versante giurisprudenziale si veda il recente caso deciso da Cass., 7 marzo 2022, n. 7415, in *DeJure*: una società aveva negato ad un *transgender* un appartamento in locazione in uno studentato universitario. Il soggetto ricorrente agiva sia per il risarcimento del danno, sia per una sentenza che tenesse luogo

particolarmente originale è stata quella di chi ha sostenuto che l'ordinamento stesso preveda una simile tutela costitutiva, ma non sulla base dell'art. 2932 c.c., bensì sulla base del combinato disposto dell'art. 2908 c.c. e del già richiamato art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011: più nel dettaglio, l'art. 28 viene considerato uno dei «casi previsti dalla legge» nei quali, secondo l'art. 2908 c.c., l'autorità giudiziaria può pronunciare sentenze costitutive di «rapporti giuridici» fra le parti. La disposizione, infatti, attribuisce al giudice il potere di adottare, con l'ordinanza di accoglimento del ricorso, «ogni provvedimento idoneo a *rimuovere gli effetti*» della discriminazione: da qui si afferma che la detta *rimozione* si esprima nella costituzione *ex art.* 2908 c.c. di un rapporto di diritto sostanziale, a favore del soggetto discriminato⁴⁰.

Altra parte della dottrina invece, sempre alla ricerca di una tutela reale che corregga la discriminazione derivante dal rifiuto a contrarre, invece che ipotizzare un qualche meccanismo legale di «tutela costitutiva» del rapporto negoziale non realizzato volontariamente, si è mossa sul versante del risarcimento del danno in forma specifica *ex art.* 2058 c.c.⁴¹, quando appunto il contraente abbia rifiutato di contrattare, ovvero abbia offerto condizioni diverse e peggiori⁴². Tuttavia, come è stato correttamente posto

al contratto non concluso *ex art.* 2932 c.c. La domanda non viene accolta, ma perché si ritiene assorbente nella decisione il fatto che difetti l'elemento materiale della discriminazione diretta: più nel dettaglio è esclusa, nella specie, l'ipotesi di discriminazione, atteso che sin da subito la società proprietaria dell'immobile aveva proposto la stanza precisando che essa era destinata solo a studenti – mentre il *transgender* era un professionista – e l'aver comunque offerto al *transgender* una soluzione immobiliare alternativa molto più vantaggiosa.

⁴⁰ Questa è la tesi sviluppata da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 267 s.; ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, 1417. In ogni caso l'autore specifica che tale genere di tutela costitutiva deve essere subordinata ad un controllo di possibilità (similmente a quanto vedremo *infra* in relazione all'art. 2058 c.c.): detto in altri termini, cioè, non sarà ammissibile una pronuncia *ex art.* 2908 c.c. che costituisca il rapporto giuridico, ogni qual volta in cui il bene oggetto del contratto non voluto per ragioni discriminatorie, sia stato nel frattempo attribuito ad altri. Cfr. altresì sul punto B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, cit., 218.

⁴¹ Del resto già R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, 3ª ed., Torino, 2004, 313 avvertiva che nel caso in cui ci fosse un rifiuto a contrarre del tutto «emulativo», pur in assenza di un obbligo formale a contrarre previsto dalla legge o dall'ordinamento, «si può giungere per questa via al risarcimento del danno per rifiuto emulativo di contrarre: e, attraverso l'art. 2058 c.c., si potrebbe giungere al traguardo del contratto imposto».

⁴² Così per l'uso dell'art. 2058 c.c. cfr. D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto*

in luce dalla stessa letteratura che ha proposto tale rimedio, si tratta di una via che, ammettendo pure che sia in linea teorica percorribile, presenta poi diverse difficoltà nell'applicazione pratica al caso concreto di discriminazione nella fase precontrattuale. Innanzitutto, affinché possa applicarsi il rimedio della reintegrazione in forma specifica, occorrerebbe che fosse già stato determinato il contenuto del contratto, o in una fase della formazione/trattativa del singolo contratto che ha preceduto la discriminazione, ovvero già nell'offerta al pubblico o nell'invito a contrarre. Inoltre la possibilità del risarcimento in forma specifica è testualmente limitata al caso in cui questo sia possibile e non sia eccessivamente oneroso per l'obbligato. E non è detto che così sempre sia nella fattispecie in oggetto (si pensi banalmente al caso di impossibilità materiale in cui il bene offerto in locazione, vietata all'extracomunitario, sia stato concesso nel frattempo ad un altro conduttore)⁴³.

Non sono mancate poi elaborazioni che – al di là del tema del risarcimento del danno e della sua dubbia configurabilità come pregiudizio da risarcirsi in forma specifica *ex art. 2058 c.c.* – hanno cercato una diversa forma di tutela *lato sensu* «reale» contro la discriminazione contrattuale suggerendo, in caso di adozione di singole clausole discriminatorie o comunque violanti il principio di parità di trattamento rispetto ad una singola categoria, di adottare i rimedi della nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* e della sostituzione automatica di clausole, *ex art. 1339 c.c.*: più nel det-

privato), cit., 504; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 301 ss. Critico invece al ricorso all'art. 2058, invece che ad un meccanismo di tutela costitutiva, risulta G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1417, secondo cui «il contratto imposto infatti, a differenza del risarcimento in forma specifica, non tende a ricostituire la situazione che si sarebbe avuta senza l'illecito, ma piuttosto a produrre un effetto costitutivo di un nuovo rapporto giuridico. Il rimedio, inoltre, è irriducibile alle forme ordinarie di riparazione in natura, che presuppongono l'eliminazione materiale delle conseguenze pregiudizievoli del fatto illecito».

⁴³ D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 504, il quale specifica che «la possibilità del risarcimento in forma specifica dipende anche dalla residua disponibilità materiale del bene o del servizio. Così, il risarcimento in forma specifica è impossibile se ad esempio l'immobile messo in vendita è stato alienato ad altri o se la merce offerta al pubblico è esaurita. Del pari, il risarcimento in forma specifica non può essere pronunciato se per il contraente esso risulta eccessivamente oneroso, e così, ad esempio, se l'adempimento del contratto richiedesse che il contraente provveda a riorganizzare la propria attività d'impresa o, più in generale, ponga in essere *ex novo* una specifica attività preparatoria dell'adempimento».

taglio sostenendosi che, al netto del giudizio di nullità parziale, dovesse essere inserita in sostituzione la clausola generalmente adottata dal contraente che vorrebbe invece imporre la discriminazione⁴⁴. Sicché ad esempio, nel caso giudiziale del contratto che impone il pagamento di un bene o di un servizio ad un prezzo maggiore per il cittadino extracomunitario – invece che limitare la tutela al danno non patrimoniale da *culpa in contrahendo*⁴⁵ – seguendo tale linea di pensiero, si dovrebbe dichiarare la nullità della clausola che impone il *surplus* di prezzo e la si dovrebbe poi sostituire con la clausola del prezzo inferiore praticato a favore di tutti gli altri utenti⁴⁶. Ciò di modo che si arriverebbe ad ipotizzare, in buona sostanza, un meccanismo di controllo e di correzione da parte del giudice del regolamento contrattuale in chiave equitativa e riequilibrativa contro la discriminazione.

Trattasi tuttavia di una soluzione che, sul piano strettamente tecnico, non appare del tutto persuasiva, innanzitutto in quanto tiene per dato certo un presupposto non completamente dimostrato, ovvero che ogni regola antidiscriminatoria sia, di per sé,

⁴⁴ In questa direzione v. già G. PASETTI, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, cit., 313 ss.; successivamente cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 273 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 557 ss.

⁴⁵ È il caso ormai celebre deciso da Trib. Padova, ord. 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 951: la condotta di praticare in un bar agli stranieri prezzi superiori per il caffè rispetto a quelli applicati per le stesse consumazioni ai clienti di cittadinanza italiana costituisce condotta discriminatoria, e all'ordine di cessazione, si è accompagnato il riconoscimento del risarcimento di danni non patrimoniale compensativo di un pregiudizio non economico e liquidato equitativamente nella somma di euro 100 per ciascun ricorrente.

⁴⁶ Un altro esempio simile in tale direzione viene tratto da E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 558: «Si pensi alla clausola che autorizzi la sublocazione, ma la vieti per gli extracomunitari o per tale ipotesi contempra un incremento del canone. Una simile clausola potrà, applicando il comma 1o dell'art. 1419 c.c., determinare la nullità dell'intero contratto e allora al discriminato resterà il rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale o la nullità della sola clausola e allora basterà rimuoverla dal contratto o, se necessario in relazione al suo contenuto, integrare il medesimo con la corrispondente clausola non discriminatoria, che si inferisce dallo stesso atto». Per un esempio solo parzialmente simile cfr. D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 504, ove si fa il caso di una «collusione discriminatoria» consistente nell'intesa fra i proprietari delle diverse porzioni di un immobile, perché nessuno concluda contratti di locazione con musulmani (al fine di non abbattere il valore di mercato di tutte le porzioni). In tale caso, tuttavia, secondo l'autore, non si porrà il problema della nullità parziale dell'intesa, bensì tutti i soggetti dell'intesa collusiva sarebbero responsabili in via solidale a titolo aquiliano (art. 2055 c.c.).

una norma imperativa o quantomeno che sia foriera di un principio di ordine pubblico, la cui violazione comporti sempre e comunque la nullità della singola clausola confliggente, per illiceità o, se non altro, per nullità virtuale: questo laddove invece, a nostro avviso, si dovrebbe valutare volta per volta se le modalità con cui la clausola pone in essere la discriminazione siano effettivamente contrastanti con l'ordine pubblico⁴⁷ e, ove si rinvenga una risposta positiva, si dovrebbe poi in ogni caso considerare se la detta nullità travolge l'intero contratto ex art. 1419, comma 1, c.c. (lasciando quindi solo spazio alle restituzioni e alla sola pretesa risarcitoria)⁴⁸ e non soltanto la singola clausola⁴⁹. In se-

⁴⁷ Cfr. sul punto D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 503 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 251, il quale discorre di controllo sulla illiceità della causa. Del resto la stessa E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 557, discorre di un «imprescindibile e costante vaglio sul contenuto del contratto anche individuale alla luce del principio di non discriminazione». Inoltre l'autrice, che pure non estende il controllo del diritto antidiscriminatorio ai rapporti individualizzati, ritiene che le regole in questione vadano applicate anche agli atti di liberalità e alle condizioni e agli oneri a questi apposti, facendo però uso del principio di ragionevolezza per accertare volta per volta la eventuale illiceità della clausola (*ivi*, 557 s. e nt.55): da qui si afferma che «Si immagini il caso in cui una comunità etnico-religiosa decida di effettuare una donazione con una precisa clausola di destinazione del bene a soggetti appartenenti a quella etnia o religione. In un'ipotesi del genere l'esigenza – sottesa alla clausola – di garantire una continuità di appartenenza di determinati beni ad una comunità culturale non evidenzia certamente alcuna offesa alla dignità della persona. Diverso sarebbe il caso in cui un datore di lavoro offrisse omaggi ai suoi dipendenti con l'esplicita clausola che debba trattarsi di lavoratori non extracomunitari».

⁴⁸ Un esempio in tal senso, ovvero, di nullità che travolge l'intero contratto sembra reperibile, nuovamente, in E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 557 s.: «si pensi al caso in cui il contratto contenga una condizione discriminatoria, ad esempio che il conduttore non professi una particolare religione o che il convivente del conduttore non sia dello stesso sesso. Tale clausola certamente deve reputarsi nulla: una nullità che colpisce il contratto sia che l'altra parte non rientri fra i soggetti discriminati – il che è il segno della sanzione verso l'illiceità del contenuto – sia che l'altra parte rientri fra i soggetti discriminati, nel qual caso si affianca al rimedio della nullità quello del risarcimento del danno, anche non patrimoniale».

⁴⁹ Un caso emblematico di nullità parziale di atti negoziali e di correzione da parte del giudice nella scarna giurisprudenza sul punto, può essere rinvenuto in Trib. Monza, ordinanza, 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3179: una clausola dello statuto di una cooperativa edilizia limitava la qualità di socio ai cittadini comunitari, escludendo i cittadini extracomunitari in quanto tali. Il tribunale di Monza statuisce la nullità della sola clausola ordinando agli organi della società di riesaminare la domanda originariamente respinta «in base a tutti i presupposti richiesti dallo statuto, ad esclusione di quello inerente alla nazionalità».

condo luogo, soprattutto, la detta ricostruzione non appare convincente in quanto finisce per forzare necessariamente la lettera dell'art. 1339 c.c.⁵⁰, laddove, come è noto, l'inserzione automatica delle clausole non opera rispetto a quello che il contraente generalmente pratica *aliunde* in altri e diversi rapporti negoziali, bensì opera soltanto quando queste ultime clausole sostitutive siano state predisposte autoritativamente dalla legge (fosse anche quest'ultima una legge, forse, soltanto dispositiva⁵¹ e non strettamente imperativa, come sembra avere alluso il diritto europeo in alcune pronunce in materia di diritti dei consumatori⁵²). Si aggiunga poi che non sembra di potersi dedurre un potere del giudice correttivo o integrativo del regolamento contrattuale di siffatta ed ampia caratura neppure nella formula sibillina contenuta nell'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, il quale, come già messo in evidenza, stabilisce che il giudice può «adottare ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti» della discriminazione⁵³.

In tale quadro da ultimo, sempre nell'ambito dell'interazione rimediale del principio antidiscriminatorio con i contratti, merita altresì di essere ricordato che un parte della letteratura ha pure teorizzato che – nella materia peculiare dei diritti dei consumatori e dei contratti del consumatore – si possa realizzare una situazione di concorso fra la consueta tutela consumeristica della nullità parziale delle clausole e la tutela risarcitoria antidiscriminatoria, tutte le volte in cui il consumatore sia anche un soggetto potenzialmente passibile di discriminazione (si pensi al consumatore straniero oppure disabile) e la clausola, anche eventualmente per questa sola ragione da ritenersi vessatoria, incida sul

⁵⁰ Ne è consapevole anche G. PASETTI, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, cit., 316.

⁵¹ A favore della possibilità di una integrazione a mezzo del diritto dispositivo cfr., ad es., C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 39; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 269 ss.

⁵² Cfr. in tale direzione il denso scritto di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 241 ss. e spec. 244 ss., il quale ritiene ammissibile nel nostro ordinamento l'integrazione cogente del contratto attraverso norme dispositive, facendo però leva sull'art. 1374 c.c. ed argomentando nel senso per cui, appunto, l'art. 1374 c.c. comprenderebbe non solo il fenomeno della integrazione suppletiva ma anche quello della c.d. integrazione cogente (tema generale questo su cui, come è noto, la dottrina dibatte).

⁵³ Così invece, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale*, cit., 276.

versante della detta disparità: ciò di modo che opererebbe il cumulo tra tutela consumeristica e tutela antidiscriminatoria tutte le volte in cui la clausola gravante il consumatore aderente – persona fisica e portatore di una qualità personale rilevante ai fini del diritto antidiscriminatorio – gli consentirebbe di domandare la tutela dell’eliminazione della clausola, ancorché questa non sia magari eccessivamente squilibrata in astratto *in iure* (ma solo discriminatoria in concreto rispetto alla sua personale posizione) e in tale frangente, in aggiunta al rimedio consumeristico, ci sarebbe spazio per il risarcimento del danno non patrimoniale, con una funzione riparatoria ed anche dissuasiva⁵⁴.

3. *Autonomia testamentaria e divieto di discriminazione: un possibile dialogo?*

Tema altrettanto spinoso nell’ambito dei rapporti fra il divieto di discriminazione e l’autonomia privata è quello che riguarda la valutazione di quest’ultimo rispetto all’atto di autonomia rappresentato dal testamento e dalle vicende *mortis causa* della vocazione e della delazione, vicende le quali, a prima vista, sembrano ispirate a logiche diverse, se non antinomiche, rispetto a quelle ora descritte in materia contrattuale. A questo riguardo, in prima battuta, coloro i quali ritengono che il divieto di discriminazione in materia contrattuale operi soltanto in relazione alle dichiarazioni pubbliche di offerta hanno facile gioco nell’affermare che il testamento, in quanto atto personalissimo e individualizzato per definizione, sia ultroneo ed impermeabile al controllo del principio antidiscriminatorio⁵⁵; possibiliste sono sul punto solo poche *voces clamantes*, soprattutto fra coloro che sono orientati ad estendere la tutela antidiscriminatoria ai rapporti negoziali individualizzati⁵⁶.

⁵⁴ In questo senso v. C. ULESSI, *Diritti dei consumatori e normativa antidiscriminatoria*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, I, 209 ss.; D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, cit., 135 ss.

⁵⁵ Così D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 508: «Il divieto di discriminazione non opera né opera un più generale principio di non discriminazione, posto che il testamento non integra una dichiarazione al pubblico». In senso contrario all’estensione al testamento v. altresì A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 220.

⁵⁶ A favore dell’estensione del controllo antidiscriminatorio al testamento cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, cit.; E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 558 s.

Ma il baricentro della questione, in verità, si sposta su di un altro binario teorico rispetto a quello della natura individuale e strettamente personale del testamento: il tema è infatti quello dello spazio di azione della libertà testamentaria, scolpita nell'art. 587 c.c., e della libertà di *disporre* da parte del *de cuius*: tralasciando qui per un attimo l'annosa questione circa la distinzione fra disposizioni testamentarie tipiche ed atipiche, la questione generale deriva dal fatto che la libertà del testatore di attribuire (o di non attribuire) *mortis causa* è tendenzialmente illimitata, fatti salvi gli unici limiti che derivano dalla successione necessaria e dalla quota di riserva dei legittimari, secondo la formulazione dell'art. 457, comma 3, c.c. che chiaramente afferma che «le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari». Non si deve escludere, a questo riguardo, che alcune delle norme riguardanti la successione necessaria possano attuare un principio di parità nel caso concreto o, più in generale, un meccanismo di eguaglianza: si immagini il fatto che la quota minima di riserva stabilita a favore di ciascun figlio è tendenzialmente uguale fra loro e per ognuno di loro: si tratta sicuramente di una norma egualitaria, potremmo dire antidiscriminatoria *ante litteram*, dalle chiare origini storiche⁵⁷ (quantomeno, inizialmente, per i soli figli legittimi⁵⁸), ma

⁵⁷ Sulle origini storiche dell'istituto della successione necessaria ed i diversi modelli di elaborazione della riserva, rispettivamente nel modello romano e nel modello germanistico, cfr. e.g. E. DE BELVIS, *La successione necessaria fra storia e riforma*, Napoli, 2013, 3 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari dal tardo antico al post moderno*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2016, 1 ss.

⁵⁸ Il tema diventerà rilevante nel prossimo § di questo studio. Si veda emblematicamente il celebre *Discourse préliminaire* al primo progetto di codice civile di Jean Marie Etienne Portalis (su cui si può consultare oggi la traduzione in italiano nel volume a cura di R. CALVO, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, Napoli, 2013, *passim* e spec. 74 ss.): da un lato si afferma che il diritto di successione sia una istituzione sociale, dall'altro che sia prerogativa dello stato di regolare la detta successione dei privati, siccome la scelta di chi attribuire i beni di un soggetto dopo la morte atterrebbe ad una questione di «amministrazione e di governo» del diritto pubblico (ivi, 75) Dall'altro lato tuttavia, nella stessa Francia che si apprestava ad inserire il divorzio, si specifica che, se le leggi dell'antica Roma avevano stabilito un parità fra figli, «il favore per il matrimonio, la conservazione del buon costume l'interesse collettivo fanno sì che i figli naturali non siano trattati allo stesso modo dei figli legittimi. È del resto contro l'ordine delle cose che il diritto di succedere, considerato da tutte le nazioni civili non come diritto di cittadinanza ma come diritto di famiglia, possa spettare ad esseri che sono probabilmente membri dello stato ma che la legge, la quale disciplina i matrimoni, non può riconoscere come membri di al-

questa uguaglianza è soltanto l'effetto e non la causa o la *ratio* del detto limite all'autonomia del testatore. Vi è però di più, anzi: il fatto stesso che il sistema autorizzi che il *de cuius* che ha due figli possa preferire *ad libitum* l'uno all'altro, attribuendo quindi all'uno la sola riserva e all'altro anche la disponibile, attua quella che può sembrare la massima disparità di trattamento fra soggetti che sarebbero uguali fra loro, sul versante dello stesso rapporto e grado di parentela e di legame agnatzio: eppure, sempre che la volontà del testatore sia stata correttamente formata e si sia tradotta in una forma testamentaria valevole, l'ordinamento ritiene tale scelta perfettamente lecita ed efficace.

Vi è poi anche l'altra faccia della medaglia: qualora un legittimario venga pretermesso, oppure venga leso nella quota di riserva, l'ordinamento risponde sempre e comunque con un rimedio che lo tutela, a prescindere dal fatto che alla base della scelta escludente del testatore ci siano oppure no ragioni turpi, oseremmo dire «discriminanti» secondo i parametri più volte evocati dalle fonti comunitarie, che alludono a preferenze basate su sesso, orientamento sessuale, razza, di opinioni politiche, età, *etcetera*: questo perché il limite della discrezionalità del testatore è un limite per così «oggettivo» circa quanto spetta al riservatario quantitativamente e qualitativamente, e non anche un limite «soggettivo», che investighi invece sulle cause profonde che spingano il *de cuius* a varcare il limite medesimo. Detto cioè in termini più severi, se un padre attribuisce meno della quota di riserva ad un figlio, il rimedio, tendenzialmente⁵⁹, sarà sempre e comunque l'azione di riduzione, a prescindere dal fatto che il

cuna famiglia» (ivi, 77). Sul tema della parità dei figli, dialogando con l'opera di Portalis, cfr. G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 671 ss., ove si discute anche se la suddivisione eguale dei beni tra i figli possa essere fonte di ineguaglianza, siccome non tiene conto della funzione «materiale» di sostegno della successione necessaria e delle condizioni personali dell'interessato e delle diverse esigenze esistenziali di ciascuno dei figli riservatari. Utili spunti al percorso che ha portato alla lenta equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi (equiparazione non ancora compiuta completamente con la riforma del diritto di famiglia del 1975 sul versante successorio che ancora permetteva il diritto di commutazione ex art. 537 c.c.), sono scorgibili nel ricchissimo volume di raccolta di materiali di G. CHIODI (a cura di), *Sempre più uguali. I diritti successorii del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Milano, 2013, *passim* e spec. 225 ss.

⁵⁹ Vedremo tuttavia successivamente un esempio simile, ove tale motivazione sarà esplicitata nella scheda, ove ci si interrogherà circa il tema del motivo illecito.

genitore operi così senza una apparente ragione specifica, oppure lo faccia scientemente, perché e.g. non condivide e non hai condiviso in vita l'orientamento sessuale o il credo religioso a cui si è convertito il suo discendente⁶⁰.

Da qui il pregnante quesito: residua una qualche forma di rilievo del diritto antidiscriminatorio nella materia testamentaria? innanzitutto l'eventuale rilevanza del divieto di discriminare sembra spostarsi al di fuori della quota di riserva: si tratta cioè di investigare se sia ammissibile, in quanto nello spazio di libertà insindacabile del testatore, la redazione di disposizioni testamentarie che, pur non violando la quota di riserva dei legittimari, siano ispirate da una chiara volontà discriminatoria da parte del *de cuius*; oppure se invece l'ordinamento sacrifichi il detto spazio di libertà del testatore ed abbia quindi apprestato dei meccanismi di reazione contro la redazione di queste ultime. La risposta è frastagliata, siccome sembra muoversi negli interstizi della disciplina: a questo riguardo, come è stato già preconizzato da taluno, l'indagine si sposta su istituti di diritto testamentario che potrebbero rilevare solo indirettamente, con effetti *lato sensu* demolitori della disposizione discriminante, come il motivo illecito o la condizione testamentaria illecita: questo sull'abbrivio dell'idea condivisa che la condotta discriminatoria, in quanto lesione della dignità personale, rappresenti una illiceità facilmente inquadrabile nella consueta triade delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume⁶¹.

Si prenda il caso della condizione discriminatoria per ragione di religione: ad esempio si faccia il caso del testatore che subordini l'attribuzione al fatto che l'istituuto (non riservatario⁶²) si converta ad una certa fede religiosa (gradita dal *de cuius*): op-

⁶⁰ Sul punto v. D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 508, secondo cui «Il testatore è libero di porre a fondamento della sua scelta, se e come disporre, qualità personali dei successibili. Non gli è vietato, cioè, di non disporre affatto, o di disporre in termini meno vantaggiosi per il successibile, esclusivamente a causa, ad esempio, della nazionalità o dell'etnia».

⁶¹ E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 559, secondo cui, per il vero si tratterebbe di una forma di illiceità diversa ed ulteriore rispetto a quelle classiche per violazione di norme imperative, ordine pubblico o buon costume, in modo tale per cui: «vi è da chiedersi per quale ragione l'offesa alla dignità realizzata attraverso una pattuizione discriminatoria debba avere minore valore rispetto ad altre cause di illiceità della clausola».

⁶² Perché altrimenti vi sarebbe la diversa tutela dell'art. 549 inerente alla stessa non apponibilità di condizioni sulla riserva.

pure si faccia l'ipotesi in cui l'attribuzione sia risolutivamente condizionata al fatto che l'istituto, nuovamente, si converta ad una certa fede religiosa (questa volta osteggiata dal *de cuius*): sembra chiaro che ognuna di tali disposizioni vada ad impattare con l'art. 634 c.c. in termini di illiceità della condizione, dato che – come del resto suggerisce l'insegnamento tradizionale in materia di condizione testamentaria illecita – la detta condizione confligge chiaramente con una delle libertà fondamentali dell'istituto⁶³; questo con l'effetto di applicarsi (di norma) la regola sabiniana e la cancellazione dell'elemento condizionante. Oppure si ipotizzi il caso in cui il testatore attribuisca a condizione che l'istituto contragga (oppure a condizione che non contragga) matrimonio con una persona di una certa etnia o di una certa religione. Oppure si immagini la condizione in cui l'attribuzione sia risolutivamente condizionata al fatto che l'istituto contragga matrimonio con una persona di una certa etnia o religione, (evidentemente non gradita dal *de cuius*). Qui la condizione sarà nuovamente illecita e non soltanto sulla base dell'art. 634 c.c., siccome, analogamente al caso precedente, la detta condizione è chiaramente confliggente con una delle libertà fondamentali dell'istituto⁶⁴. Si deve infatti anche richiamare il fatto che l'art. 636 c.c., pur limitando formalmente la nullità della condizione al solo divieto di «prime o nuove nozze», sia foriero – nell'interpretazione giudiziale costituzionalmente orientata dall'art. 2 Cost. – di un principio più generale, ovvero quello per cui siano illecite tutte le condizioni che influiscano a vario titolo sulla libertà matrimoniale (positiva o negativa che sia) dell'istituto⁶⁵.

⁶³ Così nel senso della illiceità della condizione quando questa confligge con le libertà fondamentali dell'istituto cfr. *ex multis* R. CALVO, *Art. 636*, in V. CUFFARO e F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, II, cit., 581 ss.; N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali a termine e modali*, in *Cod. Civ. comm.* diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 106 ss.; in senso contrario v. però L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle disposizioni condizionali a termine e modali*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, 86, la quale, argomentando *a contrario* sulla base all'art. 636 c.c. e del divieto *ivi* imposto, sembra ritenere ammissibili la limitazione condizionale di altri *status* dell'istituto, come quello di mutare religione o di assumere la condizione sacerdotale.

⁶⁴ Così anche D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 508.

⁶⁵ Così, con chiarezza, Cass., 15 aprile, 2009, n. 8941, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 596, con nota di N. DI MAURO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio: la cassazione apre alla Drittwirkung per le successioni mortis causa: la decisione afferma la nullità della condizione, apposta ad una disposizione testamentaria, che subordini l'efficacia della stessa alla circostanza*

E dunque la detta condizione che vincola l'istituito a sposarsi (oppure a non sposarsi) con una persona di una certa etnia o di

che l'istituito contragga matrimonio: interessante è l'argomentazione sul punto: «Non è, invero, revocabile in dubbio la diretta efficacia delle norme costituzionali concernenti i diritti fondamentali della persona, oltre che nei confronti dei pubblici poteri, anche nei rapporti tra privati: deve, pertanto, escludersi che ad essa possa essere sottratto, in virtù del principio della salvaguardia della libertà testamentaria, il plesso della disciplina codicistica delle successioni *mortis causa*. [...] Il vincolo matrimoniale è, e deve rimanere, frutto di una libera scelta autoresponsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze, e, pertanto, esso si sottrae ad ogni forma di condizionamento, anche indiretto (Corte cost., sent. n. 1 del 1992; sentt. n. 450 del 1991 e n. 189 del 1991). Nei confronti del matrimonio, dunque, non deve sfavorevolmente incidere alcunché di estraneo, al di fuori di quelle sole regole, anche limitative, proprie dell'istituto. Né vale opporre il rilievo secondo cui la condizione testamentaria non sarebbe idonea a ledere la libertà personale dell'istituito, che rimarrebbe arbitro delle scelte fondamentali della propria vita, cui potrebbe, al più, conseguire la mancata attribuzione patrimoniale. Invero, la pur indiretta coartazione della volontà reca, di per sé, *vulnus* alla dignità dell'individuo, nella misura in cui l'alternativa di fronte alla quale lo colloca l'apposizione, da parte del testatore, della condizione testamentaria possa indurlo, con la prospettiva di un vantaggio economico, ad una opzione che limita la libera esplicazione della sua personalità». Così anche in dottrina, nel senso per cui l'art. 636 c.c., pur limitando formalmente la nullità della condizione al solo divieto di prime o nuove nozze, identifichi un principio più generale, ovvero quello per cui siano illecite tutte le condizioni che influiscano a vario titolo sulla libertà matrimoniale, alla stregua di diritto fondamentale della persona, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, VI, 2ª ed., Torino, 1997, 153 s.; R. CALVO, *Art. 636*, cit., 581 ss.; ID., *Matrimonio, diritti della persona e libertà testamentaria*, in *Fam. dir.*, 2010, 59 ss.; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, 125 ss.; M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ.* CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 316; N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali a termine e modali*, cit., 229 ss. ove però si offre anche conto (ivi, 222 ss.) del fatto che, secondo talune interpretazioni più risalenti in dottrina (da lui riferite come «orientamento tradizionale»), la disposizione di cui all'art. 636 c.c. dovesse essere intesa alla lettera nel senso di limitare il divieto soltanto alle prime o nuove nozze, di modo che – secondo la posizione da ultimo superato dalla cassazione – sarebbero state ad esempio da considerarsi lecite le seguenti ipotesi condizionali: a) la condizione sospensiva o risolutiva di contrarre effettivamente matrimonio; b) la condizione risolutiva negativa di non sposare una determinata persona nominativamente individuata nella scheda testamentaria; c) la condizione sospensiva di sposare una persona avente determinate caratteristiche o requisiti, comprese caratteristiche di razza o religione; d) la condizione di non sposarsi prima una certa età, ovvero di sposarsi entro una certa età; e) la condizione di non sposarsi prima del conseguimento degli studi o prima di avere trovato un impiego (queste ultime due ipotesi sarebbero state lecite secondo la dottrina tradizionale, perché, pur imponendo un divieto di nozze, non lo avrebbero imposto in maniera temporalmente assoluta). Così

una certa religione sarà confliggente anche con l'art. 636 c.c., così interpretato, con l'effetto, nuovamente, di applicare di norma la regola sabiniana.

Oppure si prenda il caso in cui il testatore subordini l'attribuzione al fatto che l'istituto contragga una unione civile, oppure che subordini l'attribuzione al fatto opposto che non contragga l'unione civile; oppure ancora si immagini che il *de cuius* subordini sospensivamente l'attribuzione al fatto che l'istituto sciogla l'unione civile già in essere. Ovvero, da ultimo, si immagini il caso in cui il *de cuius* condizioni risolutivamente l'attribuzione al fatto che l'istituto contragga in futuro una unione civile: anche in tutti questi casi verranno in gioco la nullità della condizione e la regola sabiniana sia sulla base dell'art. 634 c.c. sia (probabilmente) anche sulla base dell'art. 636 c.c., nei termini interpretativi ora descritti: secondo più di una opinione, – ancorché l'art. 636 c.c. faccia riferimento alle «nozze» e non vi sia una norma di raccordo esplicitamente formale della parola «nozze» all'interno

cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, 9ª ed., Milano 1962, 186 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964, 195-197; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Padova 1982, 527; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle disposizioni condizionali a termine e modali*, cit., 120. In giurisprudenza questo orientamento restrittivo – ormai superato da Cass., 15 aprile, 2009, n. 8941, cit. – è stato fatto proprio da alcuni precedenti emblematici (che qui si possono stigmatizzare): Cass., 6 agosto 1953, n. 2672, in *Giust. civ.*, 1953, I, 2669 (è ritenuta valida la condizione che attribuisce al figlio la quota disponibile, a condizione che interrompa una relazione di concubinato con una certa donna e sposi una «onorata fanciulla»); Cass. civ. sez. II 19 gennaio 1985, n. 150, in *Riv. not.*, 1987, 585 (non incorre nell'illiceità della condizione, che impedisce le prime nozze o le ulteriori, la condizione in positivo di contrarre matrimonio apposta dal testatore alle attribuzioni fatte all'erede e neppure la condizione di non contrarre matrimonio con persona determinata); Cass., 11 gennaio 1986, n. 102, in *Giust. civ.*, 1987, I, 188, nonché in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1484 (la quale afferma che la condizione sospensiva, apposta a una disposizione testamentaria, di contrarre matrimonio con persona appartenente alla stessa classe sociale dell'istituto, è lecita, e, quindi, perfettamente valida ed efficace, in quanto lascia al beneficiario un ampio margine di scelta e di libera autodeterminazione); Cass., 12 febbraio 1992, n. 2122, in *Giust. civ.* 1992, I, 1753, secondo cui è valida l'istituzione di erede risolutivamente condizionata al nubilato, cosicché l'abbandono di tale condizione importerebbe il venir meno dell'attribuzione a titolo universale. (la suprema Corte ha stimato degna di protezione la menzionata clausola muovendo dall'idea che essa non pone in pericolo la libertà matrimoniale, ma risponde ad un apprezzabile interesse preordinato ad assicurare alla nominata un beneficio patrimoniale giustificato dal proprio status personale di donna nubile, la quale non può perciò far affidamento sull'assistenza materiale del marito).

della legge c.d. Cirinnà (art. 1, comma 20, l. 76/2016)⁶⁶ – il detto art. 636 c.c. troverà applicazione anche alle unioni civili: sicché, analogamente alla libertà matrimoniale, sarà da intendersi come parimenti nulla per illiceità ex art. 636 c.c. ogni clausola condizionale che incida sulla libertà dell'istituto di contrarre oppure no una unione civile⁶⁷.

Analogo discorso – a nostro avviso – si può fare circa il motivo illecito⁶⁸: ragionando nuovamente nel senso di definire la discriminazione come lesione della dignità personale, si può ipotizzare di declinare un movente discriminatorio del testatore alla stregua di un motivo illecito⁶⁹. Pertanto, ad esempio, una disposizione testamentaria che escluda qualcuno (o in ipotesi che ricomprenda qualcuno in misura inferiore) sulla base di valutazioni etniche, religiose o sessuali, potrà andare incontro alla valutazione dell'art. 626 c.c. Tuttavia merita di essere ricordato che, nel nostro ordinamento, il motivo illecito è causa di nullità in materia di testamento soltanto qualora sia il solo determinante ed esclusivo che ha portato a disporre⁷⁰ e (soprattutto) qualo-

⁶⁶ Il punto messo in luce formalisticamente è che l'art. 1 comma della l. 76/2016 non fa riferimento alle «nozze», cui allude l'art. 636 c.c., bensì afferma che: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

⁶⁷ Così, chiaramente, G. BONILINI, *Art. 1, comma 21*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, 2017, 344; ID., *Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta, di una delle sue parti*, in *Fam e dir.*, 2017, 601; conf. F. AZZARRI, *Le unioni civili, luci ed ombre*, in A. VERCELLONE e M. PELLISERO (a cura di), *Diritto e persone lgbtQ+*, Torino, 2023, 68. Nella stessa direzione v. V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Dir succ. fam.*, 2018, 18 s.

⁶⁸ Cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 559.

⁶⁹ In senso contrario D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 508.

⁷⁰ La valutazione del motivo in quanto «determinante» e la valutazione del motivo in quanto «esclusivo», ovviamente possono portare ad esiti divergenti: sul versante dell'esclusività, qualora vi siano più motivi concorrenti, l'uno lecito e altro illecito, la disposizione sarà salva perché il motivo illecito non è l'unico esclusivo. Ma vi è di più: questa regola salvifica opera anche soltanto qualora i diversi motivi siano di diverso livello a favore della liceità: si supponga che il motivo illecito sia quello non determinante, mentre sia determinante il motivo lecito: la disposizione è salva. Si supponga da ultimo che vi siano due motivi entrambi determinanti della volontà l'uno illecito e l'altro illecito: anche qui la

ra sia intrinseco, ovvero risulti dall'atto. La giurisprudenza e la dottrina hanno addolcito la prova di questi due elementi, tuttavia non la hanno cancellata: enfatizzando il fatto che l'art. 626 c.c. dispone che il motivo debba «risultare» dall'atto, si ritiene condivisibilmente che, a rigore, non sia stato previsto dal codice che il detto motivo debba essere anche espressamente enunciato *in claris* nell'atto; perciò la tesi prevalente assume che sia sufficiente che il motivo illecito possa comunque desumersi dal tenore intrinseco della scheda testamentaria, specificandosi però che l'illiceità del motivo non possa essere desunta dai comportamenti anteriori o contestuali del testatore, ma soltanto da una attività interpretativa del testo della scheda testamentaria, operando così, a ben vedere, una logica deduttiva antinomica alla regola ricavabile dall'art. 1362 c.c., in materia di contratti⁷¹

Ciò significa comunque che non potranno essere sindacate disposizioni testamentarie che sono state effettivamente redatte per motivazioni discriminanti da parte del testatore, tutte le volte in cui questo suo turpe intento sia rimasto un *propositum in mente retentum*, e non sia tradotto formalmente nell'atto o, quantomeno, non sia deducibile dal tenore intrinseco della scheda (ed è ovvio che statisticamente avverrà molto di rado che il motivo sia «risultante» nell'atto, sia pure nel significato ora indicato)⁷²: se e.g. un testatore intenda discriminare un successore perché non sopporta il credo religioso a cui questi si è convertito, (nei limiti

disposizione sarà salva per mancanza di esclusività: così in giurisprudenza v. risalentemente Cass., 27 luglio 1964, n. 2701, in *Mass. giust. civ.*, 1971. In dottrina v. G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, 1939 (rist. Napoli, 1989), 161; A. CICU, *Il testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, 137; G. PERLINGIERI, *L'errore sul motivo nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 867 ss.

⁷¹ Cfr. A. CICU, *Il testamento*, cit., 142; E. GIUSIANA, *Movente e motivo illecito della disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 969 ss.; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. II, Successioni testamentarie*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1978, 177. Secondo G. PERLINGIERI, *Negozi illeciti e negozio illegale, una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 37, sarà invece comunque possibile rivolgere lo sguardo al «contesto situazionale» esterno alla scheda, ma soltanto dopo avere individuato un indizio nel testo. Conf. S. PAGLIANTINI e G. NAVONE, art. 626, in V. CUFFARO e F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni, II*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 508 s.

⁷² In senso contrario, coerentemente alla sua visione di irrilevanza del motivo testamentario discriminatorio, D. MAFFEIS, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 508, secondo cui: «non è dubbio che chiunque possa scegliere il suo erede in base a considerazioni di carattere ad esempio etnico, e possa darne atto nel testamento.».

della riserva), evidentemente sarà sufficiente che la discriminazione avvenga celando nel testamento la motivazione per cui questa avviene. Inoltre, ragionando anche sul versante della necessaria esclusività del motivo, ci sembra che, ai fini dell'art. 626 c.c., sarà difficile (ancorché non del tutto impossibile) che possano venire in gioco anche le c.d. «discriminazioni indirette» (sempre che queste discriminazioni indirette siano rilevanti nei rapporti privati, cosa di cui abbiano già *supra* manifestato taluni dubbi).

Ma questo non basta, perché si intravede un ulteriore ventre molle del problema; a ben vedere, le argomentazioni svolte circa l'eventuale rilevanza della condizione illecita e del motivo illecito intrinseco ed esclusivo, perché discriminatori, potrebbero comunque non portare una tutela effettiva contro la (percepita) discriminazione, se solo si valuta come concretamente operano gli artt. 634 e 626 c.c.: giova qui richiamare incidentalmente l'annoso e ormai secolare dibattito, in materia di testamento, fra i fautori della c.d. tesi «unitaria» (professante una unitarietà del testamento, come documento/atto di forma vincolata avente una funzione unica di disporre *mortis causa ex* art. 587 c.c.)⁷³ ed i fautori della tesi c.d. «atomistica», secondo cui il testamento, pur inteso in senso formale come atto, sarebbe a livello sostanziale una «cornice», che contiene molteplici disposizioni, siano esse tipiche o atipiche, ma ognuna dotata di sua autonomia, anche causale⁷⁴. Senza prendere una espressa posizione in questa sede,

⁷³ La teoria unitaria rileva che l'art. 587, comma 1, definisce il testamento come unitario «tipo» di negozio di modo che, lungi dal rappresentare una forma per una pluralità di negozi giuridici, l'atto di ultima volontà sia «un atto a sé stante, con propri speciali presupposti» Cfr. in questa direzione, fra gli autori particolarmente critici alla teoria atomistica C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, Milano, 1964, 35 s.; ss.; V. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1950, 99; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1280; G. CRISCUOLI, *La causa del testamento*, in *Circolo giuridico*, 1959, 78 e 85 ss.; ID., *Il testamento*, Padova, 1995, 9 e 135; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 326 s.; A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, 694; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 70.

⁷⁴ L'idea fu intuita sotto il codice previgente da L. COSSATTINI, *Divergenza fra dichiarazione e volontà nella disposizione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 413 s. Successivamente v. soprattutto gli scritti di B. BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1965, 523 ss. (ma già in *Foro it.*, 1949, I, 566 ss.); ID., *Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana, nei codici e nella dommatica moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 445 ss.; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 80. Così altresì M. BIN,

e pur intuitivamente preferendo la tesi atomistica, vi è da dire che tale seconda tesi ha il merito di mettere in luce «la differenza causale delle varie disposizioni testamentarie (istituzione di erede, legato, ecc.), l'avere ciascuna di esse un proprio regime e la normale indipendenza delle singole disposizioni, pur contenute in un medesimo documento, sotto il profilo della validità e della revocabilità; la possibilità che più disposizioni diverse tra loro costituiscano oggetto di testamenti successivi o comunque separati. E se ne arguisce che il testamento non rappresenti un unico negozio giuridico, ma una forma atta ad accogliere una somma di negozi *mortis causa*»⁷⁵. Da qui, a questo riguardo, non sembra revocabile in dubbio che rispondano a questa ricostruzione sia le regole sull'onere, sia le regole sul motivo illecito e sulla condizione illecita, visto e.g. il richiamo fatto dagli artt. 634 e 626 c.c., rispettivamente alla «nullità della disposizione» testamentaria per motivo illecito e alle condizioni illecite riferite alle singole «disposizioni». Detto cioè in altri termini – pur diversamente da quanto taluno ritiene circa l'onere, ove più di un autore intravede una disposizione autonoma⁷⁶ – motivo e condizione

La diseredazione. Contributo allo studio del testamento, Torino, 1966, 197 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 194 e 319; in qualche misura anche A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 44, secondo cui il testamento può essere concepito come un «negozio quadro»; più recentemente S. DELLE MONACHE, *Testamento, Disposizioni generali*, in *Cod. Civ. comm.* diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 3; V. CUFFARO, art. 587, in V. CUFFARO e F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, II, cit., 144; V. BARBA, *La nozione di disposizione testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 972 ss.

⁷⁵ Così, a distanza di tanti anni, v. le chiare parole di M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del testamento*, cit., 199 s.

⁷⁶ Sul fatto che l'onere rappresenti un elemento accidentale del negozio (o *rectius* della disposizione di istituzione di erede o di legato cui si riferisce), concordano tanto la giurisprudenza, tanto la dottrina più tradizionale sulla scia della pandettistica, anche sulla base della stessa esegesi dell'art. 647, comma 1, c.c.: Inoltre a riprova della accessorialità della disposizione modale, si richiama la disciplina dell'onere illecito o impossibile, il quale, in conformità alla regola sabiniana circa la condizione testamentaria, non travolge (almeno di norma) la disposizione a cui viene apposto, con l'unica eccezione del caso in cui si stato il motivo unico e determinante dell'attribuzione. Cfr. *ex multis* per la tesi tradizionale della accessorialità C. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909, 273 ss.; M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 109; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 683 ss.; ID., *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, 584 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, cit., 177 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 283 s.; A. MARINI, *Il*

testamentaria non sono ovviamente singole disposizioni testamentarie di per sé autonome, ma comunque di norma si ricollegano alle singole disposizioni (atomistiche) a cui si riferiscono (nel caso della condizione alla stregua di *accidentalità*); e sulle singole disposizioni testamentarie si andrà ad innestare l'effetto derivante dall'applicazione degli artt. 634 e 626 c.c.⁷⁷: si potrà cioè generare una nullità selettiva della singola disposizione testamentaria e l'applicazione di questo principio non è allora detto che porti, sempre e comunque, a sanare quella disparità che è invece percepita come discriminazione.

Il discorso si farà forse più chiaro con un esempio sofisticato, pur di difficile realizzabilità nella realtà concreta, circa il quale anche chi scrive è attanagliato dal dilemma su quale sia la concreta soluzione sia sul versante tecnico, sia sul versante assiologico. Si è detto poco fa che non vi è dubbio che, qualora il legittimario

modus come elemento accidentale del negozio gratuito, Milano, 1976, 34 e 155 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966 (rist. 2012), 195 e 206 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 627. In giurisprudenza v. e.g. Cass., 7 settembre 1992, n. 10281, in *Foro it.*, 1993, I, c. 116; Cass., 18 marzo 1999, n. 2487, in *Notariato*, 2000, 148. In senso contrario, tuttavia, una parte altrettanto vasta della letteratura ha negato il carattere accessorio dell'onere, attribuendogli invece una posizione autonoma, alla stregua di diversa ed ulteriore disposizione *mortis causa* rispetto all'istituzione di erede e di legato; questo enfatizzando l'ambulatorietà del detto onere verso coloro che non sono obbligati per testamento, in forza delle disposizioni contenute negli artt. 676, comma 2 e 677, comma 3 c.c.: cfr. in tale direzione M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 894 e 921 ss.; M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del testamento*, cit., 164; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 159; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, 198 e 202; L. COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 305; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 900 ss. (con *ivi* ulteriori riferimenti); tesi questa fatta propria anche da C. ROMANO, *Il modus*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI, *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II, 2ª ed., Napoli, 2015, 1100 s.; ID., *Il modus testamentario*, in G. TATARANO e C. ROMANO, *Condizione e modus*, in *Tratt. dir. civ. Notariato* a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2009, 365 ss.; nonché da ultimo, rivedendo il pensiero espresso in altre edizioni della sua opera, sembra accedere a questa tesi anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*, 5ª ed., Milano, 2015, 364.

⁷⁷ Così, chiaramente V. BARBA, *La nozione di disposizione testamentaria*, cit., 974, il quale mette in luce il fatto che «la disciplina è tutta incentrata sulla singola disposizione testamentaria; non ci sono regole che si applicano al testamento, inteso come complesso di precetti. Ciò vale per la violenza, il dolo, l'errore, il motivo illecito, le condizioni impossibili o illecite, il termine, la revocazione [...] non si intravede mai che l'invalidità di una disposizione testamentaria possa trasmettersi all'intero testamento o agli altri precetti».

sia pretermesso oppure sia leso nella sua quota di riserva, vi sarà l'azione di riduzione sempre e comunque, a prescindere cioè dalle motivazioni che hanno spinto il testatore ad escludere. Ma che cosa accadrà qualora invece il legittimario riceva solo e soltanto la sua quota minima di riserva (indisponibile) proprio per effetto di una motivazione obiettivamente turpe, in quanto discriminatoria? Sarà invece possibile ipotizzare una tutela diversa in questo frangente, rivolta a superare la riserva e ad arrivare alla parità di quote fra il riservatario discriminato e gli altri istituiti? E, soprattutto, come opererà e verrà applicata la teoria atomistica sul punto?

Si ipotizzi una scheda testamentaria di questa fattura, ove il testatore esplicita chiaramente il motivo discriminatorio: «Io sottoscritto, vedovo, nomino eredi i miei figli Tizio e Caio. Attribuisco a Caio la disponibile. Attribuisco a Tizio il minimo della legittima, perché non posso accettare il suo nuovo credo religioso». Supponendo, come abbiamo fatto, che tale motivo discriminatorio sia effettivamente illecito (lasciando da parte la valutazione circa la sua esclusività comunque richiesta dall'art. 626 c.c.), il problema che si intravede è che tale motivo, illecito ed esclusivo, si riferisce testualmente soltanto all'attribuzione della riserva del figlio «discriminato»: ove si applicasse alla lettera l'art. 626 c.c. e si enfaticasse ai massimi termini la teoria atomistica, si arriverebbe ad un esito che ci sembra tanto formalisticamente sostenibile, quanto paradossale: resterebbero in piedi tutte le (singole) disposizioni non falcidiate dal motivo illecito, ovvero le istituzioni di erede dei figli Tizio e Caio e l'attribuzione della disponibile a Caio. Detto cioè in altri termini, all'esito del giudizio sul motivo illecito, nulla cambierebbe, perché un figlio manterrebbe la disponibile e l'altro figlio non sarebbe pretermesso (dato che l'istituzione di erede non si cancellerebbe) e, *de residuo*, non potrebbe che fare propria la riserva⁷⁸.

Per arrivare invece ad una soluzione «non discriminatoria» di parità (ammesso e non concesso che sia quella assiologicamente corretta) si dovrebbe invece «forzare la mano dell'interprete» e,

⁷⁸ Soluzione opposta, altrettanto formalisticamente usando la tesi atomistica, potrebbe operare qualora la scheda testamentaria, pur arrivando ad un regolamento di interessi consimile, sia congegnata in maniera diversa; si immagini una scheda di questo tenore: «Io sottoscritto, vedovo, nomino eredi i miei figli Tizio e Caio. Attribuisco la disponibile a mio figlio Caio, perché diversamente dal fratello è cattolico credente e praticante». Qui la discriminazione opera come motivo sul versante dell'attribuzione della disponibile, sicché se si ritiene che tale motivo discriminatorio sia appunto illecito, allora sarà fulminata da nullità la sola attribuzione della disponibile e i due fratelli ritorneranno alla parità di quote.

a nostro avviso, lo si potrebbe fare in tre possibili modi: *a*) si potrebbe dire che il testamento contenga in verità una ed una sola disposizione unitaria comprensiva sia della istituzione di erede, sia delle attribuzioni delle relative quote, e che il motivo illecito, altrettanto unitariamente, si riferisca alla detta disposizione unica: così ragionando, allora, il testamento sarebbe radicalmente nullo e si aprirebbe la successione legittima, con parità di quote fra Tizio e Caio; *b*) si dovrebbe dire che vi sia una disposizione testamentaria che contenga l'istituzione di erede di Tizio e Caio ed una seconda disposizione testamentaria che preveda l'attribuzione di quote: così ragionando, allora, sarebbe nulla per motivo illecito la disposizione che attribuisce la legittima e la riserva, ma resterebbe in piedi l'istituzione di erede dei due figli, i quali a questo punto avrebbero parità di quote, nuovamente per l'applicazione suppletiva delle regole sulla successione legittima; *c*) si dovrebbe dire, ancora più sofisticatamente, che vi siano effettivamente tre disposizioni testamentarie e che il motivo illecito si riferisca a quella riguardante l'attribuzione della riserva, disposizione che viene direttamente fulminata da nullità: a quel punto però si dovrebbe fare entrare in gioco nella materia del testamento un principio simile all'attenuazione dell'*utile per inutile non vitiatur* contenuta nell'art. 1419 c.c., ove si fa riferimento al fatto che il contratto è radicalmente nullo quando «i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità». Si dovrebbe cioè dire che il testamento sia radicalmente nullo quando il testatore non lo avrebbe redatto senza quella disposizione colpita da nullità: il che, nel caso che ci misura, significherebbe in buona sostanza estendere il motivo illecito della disposizione, alla stregua di una sorta di «base negoziale», all'intero testamento, rendendolo totalmente nullo, conducendo nuovamente alla successione legittima ed alla parità di quote fra Tizio e Caio. Trattasi quest'ultima di una soluzione che – nel richiamare nella materia testamentaria il possibile utilizzo del criterio di valutazione della volontà dell'art. 1419, comma 1, c.c. – a ben vedere, non è del tutto rivoluzionaria o innovativa, bensì è stata talora già teorizzata dalla letteratura proprio in una materia consimile, vale a dire nell'investigare i difficili rapporti fra la condizione illecita, la regola sabiniana ed il motivo illecito, descritti dal raccordo che fa l'art. 634 c.c. all'art. 626 c.c.⁷⁹.

⁷⁹ Così si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento* (in *Tratt. dir. priv.*), cit., 152: ove la condizione illecita ex art. 624 c.c. si riverberi alla stregua di motivo illecito ex art. 626 c.c., non opererà la regola sabiniana e, ovviamente, vi sarà

Ciò detto, in materia di *accidentalitas negotii* e di motivo illecito, vi è poi da osservare un altro tema: un quesito che potrebbe riverberarsi sui rapporti fra autonomia testamentaria e principio di non discriminazione consiste nell'ipotetica considerazione del giudizio di meritevolezza, scolpito nell'ordinamento nell'art. 1322, comma 2, c.c. Assodato che tale giudizio, non solo ai fini di questo studio, non può limitarsi ad essere un doppiopone rispetto al parametro di liceità⁸⁰, la domanda è se si possa trarre dal detto

nullità. Tuttavia questa letteratura specifica le modalità di operatività della nullità del testamento ex art. 626 c.c., facendo uso di un criterio simile a quello deducibile dall'art. 1419 c.c.: più nel dettaglio, occorre distinguere «se la condizione sia stata apposta ad una singola disposizione, ovvero se l'evento dedotto condizioni l'intero testamento». Nel secondo caso, *nulla quaestio*: l'intero testamento sarà nullo, dovendosi valutare come sottoposto per intero ad un motivo illecito. Nel primo caso, invece, la risposta è più sfumata: bisognerà valutare se il testatore avrebbe oppure no predisposto quel regolamento di interessi senza la parte del contenuto colpita da nullità: il che significa in buona sostanza applicare al testamento una regola simile a quella contenuta nell'art. 1419 c.c. Conf. a tale ricostruzione R. CALVO, *Art. 634*, in V. CUFFARO e F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, II, cit., 570 s. e nt. 6. In senso contrario v. B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 288.

⁸⁰ È noto che molti autori tendono ad unire il giudizio di liceità a quello di meritevolezza, affermando che tutto ciò che è lecito (in quanto non contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume) sia anche meritevole di tutela, mettendosi così in luce una piena sovrapposizione fra l'art. 1322 e gli artt. 1343, 1344 e 1345: G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 29; ID., *Luci ed ombre nella interpretazione della legge*, in *Jus*, 1975, 145; nonché G.B. FERRI, *Meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, nota ad App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 314 ss. secondo cui (ivi, 340), esisterebbe una sovrapposizione perfetta fra l'art. 1322 c.c. e l'art. 1343 c.c. La tesi è poi recentemente ribadita dall'autore in ID., *Motivi, presunzione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 373. Analogamente v. anche U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 487; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 332; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., 799 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 424 s. Ovvero, pur scindendo i due giudizi, si è intesa la meritevolezza in senso residuale, alla stregua di mera non futilità dell'impegno: F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 62 ss.; A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 221 ss. In senso contrario lo stesso Emilio Betti (notoriamente) scindeva i giudizi di liceità e di meritevolezza in una sua peculiare ottica dirigistica e di controllo dello Stato rispetto all'autonomia privata: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 104 ss., 113 ss. e 186 ss. (e spec. 193), nonché 372 ss. La scissione fra i due giudizi, per altro verso, è stata tenuta in piedi nel corso del tempo anche da altri autori: cfr. e.g. P. BARCELLONA, *Intervento statale e*

controllo di meritevolezza degli interessi – similmente a quanto taluno ha affermato circa il rapporto fra principio di antidiscriminazione ed i contratti⁸¹ – un criterio idoneo sceverare i casi in cui la distinzione e la disparità sia in qualche misura «giustificata», perché appunto rispondente ad un «interesse meritevole», ad una «finalità legittima» del *de cuius*, ed i casi in cui invece non lo sia, perché «immeritevole» e dunque discriminatoria⁸².

La questione si fa in effetti assai complicata nella materia te-

autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici, Milano, 1969, 220 ss., il quale però per il vero, pur tenendo ferma la necessità di tenere distinti i concetti di meritevolezza e di illiceità, afferma poi «l'identità della disciplina e, in particolare, l'identità dei criteri per giudicare tanto dell'illiceità della causa, quanto della meritevolezza dell'interesse» (ivi, 221); M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 24 s.; A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Scritti Giuridici*, Padova 1991, 165. Altra parte della letteratura, successivamente, nella enfattizzazione del diritto civile nella legalità costituzionale, ha posto in luce il fatto che il requisito di «meritevolezza» contenuto nell'art. 1322 c.c. – in quanto «costituzionalizzato» nelle situazioni (non solo) non patrimoniali – non possa essere più inteso come mero controllo di legalità ma che al contrario tornerà ad essere misurato con una più intensa incisività, offrendo in buona sostanza una nozione di meritevolezza degli atti «costituzionalmente orientata» (anche) in funzione del principio personalistico di tutela e sviluppo della persona umana: così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 346 ss.; ID., *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, 70; nonché v. altresì P. PERLINGIERI e AND. FEDERICO, *Illiceità e immeritevolezza della causa*, in P. PERLINGIERI (cura di), *Autonomia contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 2014, 588 s. Interpretazione in parte diversa della meritevolezza, seppure parimenti costituzionalmente orientata, è quella, molto nota e dibattuta negli anni settanta, e.g. sviluppata nella monografia di M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1974 (rist. inalt. Napoli, 2011), *passim* e spec. 78 ss., 91 s. e 105 ss.: facendo leva sull'art. 41 Cost. (e quindi non sull'art. 2 Cost.), si è affermato che alla norma del codice sull'autonomia privata occorre offrire un'interpretazione orientata in conformità della detta ultima norma costituzionale, ravvisando così come immeritevoli gli interessi che contrastano con l'utilità sociale. Su questo tema sia anche consentito rinviare a M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *L'interesse non patrimoniale del creditore. Rileggendo Emilio Betti*, Napoli, 2019, 63 ss. Utili ragguagli ora del dibattito anche in E. MINERVINI, *La meritevolezza del contratto. Una lettura aperta*, 2ª ed., Torino, 2023, 20 ss.

⁸¹ Cfr. D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, cit., 142 ss.

⁸² Per uno spunto in tale direzione cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 558, ove si fa il caso dell'anziana nonna disponesse un lascito al nipote ponendo come imprescindibile condizione che egli non vada a convivere con una persona dello stesso sesso; secondo l'autrice la disposizione condizionale è discriminatoria perché contraria a ragionevolezza e non risponde ad un interesse meritevole di tutela.

stamentaria, siccome si inserisce all'interno una *vexhata questio* che riguarda lo studio del testamento ben da prima che si discorresse nell'ordinamento circa il principio antidiscriminatorio nei rapporti privati: è infatti un dibattito di lunghissimo corso quello che impegna coloro che ritengono – *in primis* notoriamente Emilio Betti⁸³ – che il controllo di meritevolezza sia estensibile, dal contratto, al «disporre» cui allude l'art. 587 c.c. e, quindi, alle singole disposizioni testamentarie⁸⁴ (siano esse tipiche istituzione di erede o attribuzione di legato, ovvero atipiche⁸⁵): questo laddove altra parte della letteratura risulta radicalmente contraria a tale estensione⁸⁶. Non sono mancate impostazioni mediane ri-

⁸³ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 400, il quale intendeva estendere il controllo di meritevolezza al testamento «col quale taluno destina le proprie sostanze a scopi non illeciti, ma socialmente futili o improduttivi», come potrebbero essere quelli che abbiano ad oggetto «mantenimento di animali, celebrazione di certe ricorrenze, costruzioni inutilmente dispendiose destinate a serbare la memoria del trapassato». Cfr. nella stessa direzione M. BIN, *La diseredazione*, cit., 205. In senso contrario, invece, P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, (rist. Napoli, 1978), 146 e 204, secondo cui si dovrebbe rilevare l'inesistenza nell'ordinamento di limiti all'autonomia privata *mortis causa* «per ciò che concerne la rispondenza dell'atto a fini di utilità generale».

⁸⁴ Così *ex multis* a favore del controllo di meritevolezza nell'ambito del testamento L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, 100; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 159; E. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 298 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 3ª ed., Milano, 2009, 736 s.; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, 106 ss. e 116 ss.; utili cenni, da ultimo, in S. NARDI, *Volontà oltre la morte e rapporto contrattuale*, Napoli, 2019, 47 ss.

⁸⁵ V. da ultimo sul punto V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.* 2017, 338; ID., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., 116 ss., per una ipotesi particolare di assoggettamento al controllo di meritevolezza di disposizioni testamentarie tipiche

⁸⁶ Così, secondo la altrettanto nota impostazione di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, 58 ss. (il quale in via generale collega la meritevolezza alla liceità), non sarebbe possibile innestare il giudizio di meritevolezza nel testamento perché tale atto non creerebbe, modificherebbe o estinguerrebbe rapporti giuridici e la valutazione di meritevolezza dell'interesse potrebbe riferirsi solo ai rapporti giuridici. Altra parte della dottrina invece enfatizza il fatto che il testamento non potrebbe mai essere soggetto al controllo di meritevolezza per via della sua funzione tipica già riconosciuta legislativamente. Ciò di modo che – come precisa P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 147 – l'eventuale bizzarria del contenuto del testamento non avrebbe rilevanza per l'ordinamento, al di fuori del controllo di liceità: detto cioè in altri termini l'interesse concreto a cui è rivolto il testamento, consistente nel sistemare le proprie sostanze, sarebbe di per sé meritevole di tutela, fatto salvo il solo limite di illiceità. In questi termini in senso contrario

volte a ragionare sul tema soltanto in relazione al c.d. contenuto atipico del testamento e alle disposizioni testamentarie atipiche, come ad esempio i legati atipici i quali, secondi taluni, dovrebbero essere giocoforza sottoposti al controllo dell'art. 1322, comma 2, c.c. ai fini di saggiarne volta per volta la rilevanza giuridica e l'efficacia⁸⁷. A monte dell'interrogativo inoltre – assodato il fatto che l'art. 1324 c.c. testualmente non fa riferimento al giudizio di compatibilità delle norme sui contratti in relazione agli atti *mortis causa*⁸⁸ – riposa un quesito di primo livello che ancora di più ha ripetutamente impegnato la letteratura, ovvero se lo stesso testamento, atto unilaterale personalissimo, possa davvero qualificarsi alla stregua di un atto giuridico «negoziale», sorretto cioè dalla volontà del testatore sia di disporre, sia di realizzare l'effetto giuridico attributivo⁸⁹.

al controllo di meritevolezza cfr. v. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 114 s. (il quale ritiene che al più sarebbe applicabile al testamento il primo comma dell'art. 1322 c.c., nella misura in cui il testatore può scegliere entro i limiti di legge il contenuto del testamento, ovvero a chi e che cosa attribuire); F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 272 s.; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, cit., 44; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I cosiddetti legati atipici*, Milano, 1980, 65 ss.; A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 84 s.

⁸⁷ Così per il controllo di meritevolezza nei legati c.d. «atipici», v. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto*, cit., 100; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., 159; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, 3^a ed., Milano, 2009, 1135 ss.; conf. di recente P. MAZZAMUTO, *Il legato di contratto. Fattispecie e rimedi*, Torino, 2018, 44. In senso contrario v. la classica impostazione di G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I cosiddetti legati atipici*, cit., 41 ss.

⁸⁸ Ma è altrettanto nota l'impostazione di M. BIN, *La diseredazione*, cit., 180 ss., che propende per una interpretazione analogico-estensiva, volta ad utilizzare l'art. 1324 c.c. anche in relazione agli atti *mortis causa*, di modo che vi sarebbe spazio per «l'applicabilità di principio delle regole generali sui contratti rispetto agli atti in questione, e rimettendo invece all'interprete il controllo della compatibilità concreta delle singole disposizioni» (*ivi*, 182). Nella letteratura di quegli anni attribuiscono all'art. 1324 una forza espansiva oltre i suoi limiti letterali (e sino a comprendere il testamento), anche C. GANGI, *La successione testamentaria*, II, cit., 488; M. ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario* (Torino, 1964, 51, 57 e 77.). Successivamente L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 77 ss.; EAD., *Successioni testamentarie*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 53 ss.; in senso contrario, in modo compatibile alla sua particolare concezione rivolta a negare natura negoziale al testamento (su cui v. la nota successiva) N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., 28.

⁸⁹ L'opinione principale e di lungo corso in letteratura è effettivamente quella che riconosce al testamento natura negoziale nei termini *supra* preci-

Ora – limitandosi a considerare le implicazioni della meritevolezza rispetto al tema che qui ci misura delle discriminazioni testamentate – qualora si ritenga compatibile la valutazione di meritevolezza dell'art. 1322 c.c. con il testamento, a noi pare che si debba prestare attenzione peculiare agli effetti e all'utilità che potrebbero derivare dell'utilizzo di tale ulteriore parametro nell'ambito del diritto antidiscriminatorio. Ragionando lungo questo crinale, a noi pare che uno spazio autonomo di utilizzo del giudizio di meritevolezza sia invero limitato, perché finirebbe al più delle volte per diluirsi nel giudizio di liceità (cosa questa che si è invece negata *in apicibus*, dovendosi tenere ferma a nostro avviso la distinzione ontologica fra i due parametri anche nel diritto dei contratti). Cerchiamo di meglio spiegare con un argomento di pura logica: se si dice che la valutazione di meritevolezza degli interessi (del *de cuius*) serva a sceverare quando una forma di disparità testamentaria sia «meritevole» e quindi «legittima» e giustificata, allora *mutatis verbis* si sta dicendo che questa valutazione serve semplicemente a fare intendere quando

sati: cfr. *ex multis* M. ALLARA, *Il testamento*, 1936 (rist. Napoli 1978), 131; A. CICU, *Il testamento*, cit., 1951, 19; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 58 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria*, II, cit., 35; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto*, cit., 100; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 222; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 311; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 440. In senso contrario una parte della letteratura ha affermato una articolata teoria volta a negare al testamento natura negoziale, cfr. in particolare N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 166; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., *passim* e spec. 115, 173 ss., 251 ss. (con l'identificazione delle norme che proverebbero tale concezione); A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 158 e 175 ss.; G. TAMBURINO, voce *Testamento*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 501 ss. Gli argomenti sono stati variegati: in primo luogo si è osservato che nel testamento difetterebbe la funzione tipica degli atti negoziali, consistente nel creare modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.); in secondo luogo si è affermato che, diversamente dall'atto negoziale, la fonte dell'attribuzione non sarebbe direttamente la volontà di realizzare l'effetto giuridico da parte del *de cuius*, bensì opererebbe una sorta di eteronomia, siccome il testatore non potrebbe creare la vocazione (ovvero il titolo attributivo), prevista per legge, ma potrebbe solo indirizzarla verso un determinato soggetto o circa un certo bene (l'impostazione inerente l'eteronomia della vocazione è già leggibile nella classica impostazione di R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta o indiretta*, Messina 1934, rist. Napoli, 2018, 18 s.). Inoltre, vi sarebbero una serie di norme che il nostro codice dedica alla successione testamentaria, dalle quali mergerebbe l'irrelevanza della volontà del testatore nel produrre l'effetto attributivo (artt. 467 comma 2, 651, comma 2, 649, 637, 687 comma 2, 625, 627, 630, 634, 694, comma 2, c.c.).

la detta distinzione o disparità non sia anche una «discriminazione»: ma allora seguendo la linea di pensiero percorsa nelle pagine precedenti, se si ritiene che il motivo o la condizione discriminatorie siano rispettivamente un motivo o una condizione testamentaria «illeciti» ex artt. 634 e 626 c.c., semplicemente *tertium non datur*: a) se il motivo o la condizione introducono una distinzione o una disparità legittima (o giustificata, «meritevole» che dir si voglia), semplicemente la detta condizione o il detto motivo sono «leciti»; b) se la condizione o il motivo introducono una distinzione o disparità non giustificata, e dunque, «im-meritevole», la detta condizione o il detto motivo sono «illeciti».

Vi sarebbe forse un'applicazione residuale della meritevolezza rispetto alla liceità – ma ci risulta davvero arduo ipotizzare un esempio pratico nel diritto testamentario – giocando sulla distinzione – dibattuta nel diritto dei contratti – fra meritevolezza *in astratto* e meritevolezza *in concreto* degli interessi⁹⁰: questo

⁹⁰ La questione, nel diritto dei contratti nasce dal quesito se il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. sia riferibile anche ai contratti tipici, ove è stata già fatta una valutazione idealtipica da parte del legislatore (meritevolezza *in astratto*). Ove si offra una risposta positiva, allora evidentemente, questo controllo sarebbe sempre un controllo di meritevolezza *in concreto*, similmente a quello che viene fatto nei contratti atipici (ove, per vero secondo la tesi principale opererebbero entrambi i controlli, sia quello *in astratto* che quello *in concreto*): detto in altri termini la questione se il giudizio di meritevolezza, per il tramite della causa *in concreto*, possa estendersi anche ai contratti tipici rappresenta un vero e proprio *punctum pruriens* di ogni elaborazione in materia di causa del contratto: cfr. positivamente in tale direzione già P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 218 s.; G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, cit., 339; nonché più di recente P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 189; ID., *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 397 ss., il quale discorre espressamente di «scarsa persuasività della tradizionale distinzione fra contratti tipici e atipici ai fini del controllo di meritevolezza, perché questo deve sempre riguardare la «causa specifica» di ogni singolo contratto». In senso contrario F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 186 s.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., 423 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 64. R. SACCO, *I tipi contrattuali*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, X, Torino, 2001, 584-586. Un esempio di controllo di meritevolezza «*in concreto*», avuto cioè riguardo al singolo rapporto e all'assetto negoziale complessivo, sembra recentemente reperibile in giurisprudenza, nella ormai famosa prima decisione delle sezioni unite circa la c.d. clausola *claims made* c.d. impura: Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Corr. giur.*, 2016, 921, con nota di R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*; in *Contratti*, 2016,

accadrebbe qualora si dovesse individuare un motivo o una condizione testamentaria che siano obiettivamente discriminatori secondo una valutazione idealtipica e che dunque, sulla base della tesi che riconduce la discriminazione all'illiceità, conducano *in astratto* alla nullità per illiceità della condizione o del motivo e della relativa disposizione⁹¹: ciò nondimeno, utilizzando la meritevolezza in concreto, si potrebbe arrivare a dire che, nel caso specifico, la discriminazione operata dal *de cuius* con il motivo o la condizione risponda ad un suo interesse meritevole di tutela in concreto e che quindi questa discriminazione, vituperata e censurabile in astratto, sia invece giustificata nel caso specifico⁹²:

759, con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*; in *Banca Borsa tit. cred.*, 2016, 656, con nota di P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*; in *Foro it.*, 2016, I, 20206, con nota di P. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*; in *Danno resp.*, 2016, 935, con nota di M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*. Più nel dettaglio rileva nella motivazione il fatto che «se è approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo patto atipico, inserito in un contratto tipico, è di intuitiva evidenza che *qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete*».

⁹¹ Ipotizzano un controllo sulla meritevolezza della condizione, scevro dalla liceità, M. BIN, *La diseredazione*, cit., 206 s. e 210 ss.; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 145, ma in un significato diverso da quello qui prospettato: si fa il caso di una condizione che sia perfettamente lecita, in quanto non vietata dalla legge, ma che vada a realizzare motivazioni futili: in questo caso, si afferma che debba venire in luce un giudizio di meritevolezza.

⁹² Di là dal diritto antidiscriminatorio, un esempio di questa natura, ovvero di una condizione *astrattamente* illecita che viene però valutata in senso contrario sulla base di una valutazione di meritevolezza in concreto degli interessi del *de cuius*, è forse quello della nota e controversa fattispecie decisa da Cass., 18 marzo 1993, n. 3196, in *Giur. it.*, 1994, 1600; in *Giust. civ.*, 1993, I, 1807, con nota di N. DI MAURO, *Il problema della liceità delle condizioni che assecondano le aspirazioni dell'istituto*. La cassazione ha salvato e ritenuto lecita la condizione, apposta ad una disposizione testamentaria istitutiva di erede, di conseguire la laurea in medicina e di esercitare la relativa professione medica. Ora una tale condizione – come bene nota *ex multis* anche R. CALVO, Art. 636, in V. CUFFARO e F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, II, cit., 585 ss. – palesemente introduce un *vulnus* alla libertà fondamentale dell'istituto – protetta anche a livello costituzionale – di scegliere un certo percorso di studi e una certa professione, sicché sembrerebbe, in astratto, caratterizzata da illiceità per violazione del principio fondamentale di autodeterminazione della persona. Ciò nondimeno la cassazione fa salva la disposizione condizionale, argomentando nel senso per cui al momento della redazione del testamento l'istituto era iscritto all'università ed aveva ingenerato nel *de cuius* l'affidamento

così paradossalmente si salverebbe la condizione o il motivo discriminatorio e la relativa disposizione⁹³.

Altro aspetto inerente l'interazione dell'autonomia testamentaria con il divieto di discriminazione, da ultimo, potrebbe riguardare la diseredazione, istituto circa il quale, come è noto la dottrina ha a lungo dibattuto, anche nel senso di interrogarsi se una clausola diseredativa «pura» – ovvero la diseredazione presente in un testamento carente di una complementare disposizione direttamente attributiva – fosse una clausola atipica ammissibile, in quanto sottoposta al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.⁹⁴; come è noto, la giurisprudenza più recente, superando il suo precedentemente orientamento, ha ritenuto ammissibile il testamento contenente la sola clausola di diseredazione⁹⁵. Dunque, il testatore può liberamente decidere di diseredare uno o più eredi legittimi e il testamento sarà valido ed efficace anche se contiene la sola clausola di diseredazione.

Quid iuris in relazione al diritto antidiscriminatorio? Anche qui il divieto di discriminazione sembra che possa assumere uno

incolpevole che avrebbe portato a termine il percorso di studi; tale valutazione salvifica della disposizione, in fondo, può essere vista come una valutazione di meritevolezza in concreto degli interessi del *de cuius*

⁹³ Un esempio di diritto antidiscriminatorio, ove la meritevolezza *in concreto* degli interessi del *de cuius* renda valida una condizione *astrattamente* illecita perché discriminatoria, potrebbe essere quello prospettato sotto diversa luce da V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, cit., 19: si faccia il caso in cui «il testamento con il quale Tizia, consapevole che Caio e Sempronio intendono contrarre unione civile, istituisse erede universale Caio sotto la condizione, determinante, che costui contragga l'unione civile». Tale clausola, a rigore, sarebbe astrattamente discriminatoria e dovrebbe andare contro l'art. 636 c.c. nei termini *supra* prospettati, laddove la disposizione si è detto che tutela contro ogni *vulnus* alla libertà matrimoniale e alla libertà di contrarre una unione civile. Secondo invece l'autore «non dovrebbe considerarsi illecita una tale condizione quando, pur, apparentemente, limitativa di tale libertà, non abbia la finalità di orientare le scelte personali del beneficiario della disposizione o quelle di determinarlo nella decisione, bensì quella di promuovere o assecondare le sue inclinazioni o la sua intenzione». Il che ci sembra equivalere a dire che tale condizione, pur astrattamente illecita, sia foriera di interessi meritevoli di tutela del testatore che la rendano effettiva

⁹⁴ M. BIN, *La diseredazione*, cit., 203 ss., 254 ss. e 269; di recente v. *ex multis* E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 214.

⁹⁵ Si tratta della famosissima (e analizzata diffusamente dalla letteratura) decisione resa da Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, in *Giur. it.*, 2012, 2506: «è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti esclusivamente la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili, diversi dai legittimari». Nello stesso senso Cass., 17 ottobre 2018, n. 26062, in *Foro it.*, 2019, I, 541.

spazio in via residuale, soltanto al di fuori della consueta protezione «oggettiva» della quota di riserva, protezione che opera indipendentemente dalle ragioni soggettive eventualmente discriminanti che spingono ad escludere. Il testatore non può infatti, di per sé e a prescindere da ogni motivazione, diseredare alcuno dei suoi legittimari (se si eccettua l'ipotesi di difficile interpretazione di cui all'art. 448 *bis* c.c.). Si potrà poi discutere – come dibatte la dottrina – quale sia la sanzione qualora il testatore effettivamente diseredi un successore necessario, se cioè si tratti di una disposizione nulla per violazione di un supposto principio di ordine pubblico ricavabile dall'art. 549 c.c.⁹⁶, ovvero se – come a noi pare intuitivamente l'opzione migliore – il diseredato legittimario debba essere equiparato ad un legittimario pretermesso: questo con la conseguenza che costui potrà esperire l'azione di riduzione per integrare la legittima,⁹⁷ senza per altro verso (a no-

⁹⁶ La tesi della nullità è quella originariamente proposta da M. BIN, *La diseredazione*, cit., 257 s., argomentando sulla base art. 549 c.c. come espressione di un principio generale di intangibilità della riserva, pur specificando che «certo la disposizione negativa non può tecnicamente configurarsi come peso o condizione che il testatore abbia imposto». Sulla stessa linea della nullità, v. *ex multis* A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 72; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, I, *Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1999, 22, nota n. 59; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 1994, 1498; D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, 200; nonché ID., *Esclusione del legittimario e nullità di protezione*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 555 ss., il quale propende per un nullità di protezione attivabile dal solo diseredato; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 40 ss.; P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, 122 ss. (il quale argomenta originariamente, dicendo che la nullità della diseredazione del legittimario sarebbe nulla per violazione del criterio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.).

⁹⁷ Questa del resto è la soluzione tedesca, dove vi è una disposizione specifica (§ 1938 *BGB*) circa la diseredazione. Parte della dottrina ha anche argomentato nel senso per cui, dando ovviamente atto della natura imperativa dell'art. 549 c.c., la sua violazione non comporterebbe la nullità della relativa previsione, in quanto «la legge dispone diversamente» (art. 1418 c.c.), attribuendo al legittimario pretermesso una specifica tutela: così a favore del rimedio dell'azione di riduzione normalmente concessa al legittimario pretermesso, v. GIUS. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1197; G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, II, Milano, 2009, 18 s.; G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 352; V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 776 (con sofisticati argomenti); M. TATARANO, *La diseredazione. Profili*

stro avviso) che sia necessaria l'accettazione beneficiata dell'eredità ex art. 564 c.c.⁹⁸, similmente a quanto è previsto a favore del legittimario pretermesso⁹⁹. Ma in ogni caso, basterà la qualifica di legittimario per attivare una tutela rimediale contro la sua diseredazione, a prescindere dal fatto che il *de cuius* lo abbia diseredato per ragioni discriminatorie, come ad esempio, nuovamente, la non condivisione del suo credo religioso o del suo orientamento sessuale. Detto in altri termini, se un genitore adotta nel testamento una formula simile a quella celebre del testamento *calatiis comitiis* del diritto romano, secondo cui *Titius filius meus exheres esto*¹⁰⁰, la diseredazione sarà sanzionata dall'ordinamento per semplice fatto che è stato diseredato un *filius*, a prescindere dalle motivazioni che sorreggono tale atto.

Resterebbe allora da valutare la diseredazione di un successore legittimo ma non necessario, sempre che questa disposizione, curiosamente, non sia limitata nella scheda testamentaria alla sola diseredazione, ma sia anche argomentata dal testatore su una base discriminatoria: e.g. si pensi alla suddetta scheda: «Io sottoscritto, vedovo e senza figli, non voglio che mia sorella abbia alcuno dei miei beni, quindi diseredo mia sorella, perché non condivido il suo credo religioso». Si ritornerebbe allora alla valutazione del motivo antidiscriminatorio e dall'interrogativo se questo sia illecito, con l'effetto di falcidiare la disposizione diseredativa¹⁰¹.

4. *La discriminazione nelle vicende mortis causa per effetto di legge: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Diversa situazione è invece quella in cui sia percepita come discriminatoria la stessa legislazione che governa la successione:

evolutivi, Napoli, 2012, 135 ss. e spec. 143; G. SICCHIERO, *La diseredazione ex art. 448 bis c.c.: cinque diverse tesi a confronto*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1274.

⁹⁸ In senso contrario, tale per cui il diseredato legittimario che agisca in riduzione debba invece accettare con beneficio di inventario, diversamente dal legittimario pretermesso, v. invece Cass., 28 novembre 1988, n. 6416, in *DeJure*. Conf. a tale soluzione, che noi intuitivamente non condividiamo, M.C. ANDRINI, Art. 564, in V. CUFFARO e F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, I, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2009, 713.

⁹⁹ Sul fatto che il legittimario pretermesso non debba accettare con beneficio di inventario cfr. Cass., 15 giugno 2006, n. 13804, in *DeJure*; Cass., 23 dicembre 2011, n. 28632, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 448.

¹⁰⁰ Cfr. Gai 2.127, Gai 2.132 e I. 2.13.1.

¹⁰¹ Sul fatto che sia teorizzabile un motivo illecito riferito alla disposizione diseredativa v. esplicitamente M. BIN, *La diseredazione*, cit., 256.

si può cioè ipotizzare il caso in cui il testatore si richiami alla legge che preveda regole di successione legittima o necessaria, oppure il caso diverso nel quale il *de cuius* non faccia testamento e si applichino regole di successione legittima: ma, in ogni caso, l'effetto dell'applicazione della detta legislazione conduca alla trasmissione *mortis causa* che, in qualche misura, discrimina taluno dei soggetti per ragioni di sesso, razza, etnia, religione, condizioni personali, *et cetera*: qui, evidentemente, non si tratta più della rilevanza diretta del divieto di discriminare sul versante dei rapporti negoziali privati, bensì si tratta del detto divieto alla stregua di possibile limite alla legislazione che governa i rapporti privati, *sub specie* il diritto delle successioni, per il tramite del confronto con il sistema di legalità costituzionale italo-comunitaria. Vengono cioè in luce il principio di eguaglianza scolpito nell'art. 3 Cost. e le regole comunitarie antidiscriminatorie reperibili nell'art. 14 della CEDU e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.

Emblematica a questo riguardo è la nota vicenda italiana del c.d. «maso chiuso» della regione Trentino-Alto Adige, istituto di tradizione giuridica tardo medievale di area germanofona, volto a preservare l'unitarietà della proprietà agricola, anche nella trasmissione *mortis causa*¹⁰²: la Corte costituzionale, con successive pronunce incentrate sull'art. 3 Cost., ha dichiarato l'incostituzionalità della regola di successione legittima ruotante sul maggiorascato maschile, quale criterio di preferenza dell'assuntore del maso¹⁰³. Ad oggi, la legislazione vigente nelle province auto-

¹⁰² Il maso chiuso ha profonde radici storiche, rinvenibili sia nel diritto consuetudinario che in ordinanze locali o documenti imperiali, ma in Alto Adige nel 1929 è stata abolita la legge tirolese sui masi chiusi in quanto l'istituto era ritenuto incompatibile con l'ordinamento giuridico italiano. Solo nel 1948, con lo Statuto di Autonomia, è stata riconosciuta competenza legislativa primaria alla Provincia di Bolzano in materia di masi chiusi: la prima Legge Provinciale che ha reintrodotto il maso chiuso è stata approvata il 29.03.1954 (L.P. 1/54), poi sostituita dal Decreto del Presidente della Giunta Provinciale n. 8/1962, posto al vaglio della Consulta.

¹⁰³ Corte Cost., 9 febbraio 2021, n.15; Corte Cost., 21 giugno 2017, n. 193. La Corte costituzionale ha così superato un proprio precedente (Corte cost 9 marzo 1957, n. 40) avente ad oggetto un caso analogo. In quella risalente pronuncia la Corte aveva ritenuto invece che «le esigenze della migliore produzione e gli scopi di natura familiare, di cui il legislatore costituzionale, con il maso chiuso, ha permesso il riconoscimento e la tutela per soddisfare le istanze della popolazione alto-atesina» non collidessero con il principio di eguaglianza e, anzi, giustificassero la preferenza per il primogenito maschio prevista dagli articoli 16 e 18 della legge provinciale allora vigente.

nome di Trento e Bolzano a seguito di talune emende, pur presentando tuttora dei dubbi di completa conformità costituzionale, ha adottato criteri di attribuzione del maso per successione legittima del tutto divergenti, criteri che, tra l'altro, contemplano altresì la possibilità che questo sia attribuibile al coniuge superstite (sia pure sussidiariamente)¹⁰⁴.

Un meccanismo analogo di controllo si trova nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (EDU), ove più volte è stata sottoposta al vaglio dell'art. 14 CEDU la legislazione interna in materia successoria di singoli Stati, sull'abbrivio della sua asserita contrarietà al divieto eurocomunitario di discriminazione: trattasi cioè di controversie innescate di fronte alla Corte da parte del singolo ricorrente – che abbia esaurito ogni meccanismo di tutela giurisdizionale nell'ordinamento interno di riferimento – contro lo Stato che contiene la detta le-

¹⁰⁴ Art. 14 legge provinciale 28 novembre 2001, n. 17: «In caso di successione legittima, in mancanza di un accordo tra coloro che secondo il codice civile sono chiamati a succedere, l'assuntore o l'assuntrice del maso chiuso è determinato/ a dall'autorità giudiziaria in base al seguente ordine di preferenza: a) i coeredi o le coeredi che crescono o sono cresciuti/e nel maso sono preferiti/e agli altri coeredi o alle altre coeredi; b) tra più coeredi che crescono o sono cresciuti/e nel maso sono preferiti/e coloro che nei due anni antecedenti l'apertura della successione hanno partecipato abitualmente alla conduzione e alla coltivazione del maso; c) tra più coeredi che adempiano i presupposti previsti nelle lettere a) e b) sono preferiti/e coloro che sono in possesso di un diploma di una scuola professionale ad indirizzo agrario o di economia domestica riconosciuta dallo Stato o dalla provincia, o di un'altra adeguata formazione riconosciuta dalla provincia; d) i discendenti o le discendenti che crescono o sono cresciuti/e nel maso, compresi i figli adottivi o le figlie adottive e coloro che subentrano per rappresentazione, sono preferiti/e al coniuge superstite; quest'ultimo o quest'ultima però è preferito/a a tutti gli altri parenti, se dall'ultima assunzione del maso sono passati cinque anni o se da almeno cinque anni ha collaborato alla conduzione del maso, considerando il lavoro domestico svolto nel maso quale collaborazione alla sua conduzione; e) tra più coeredi di pari preferenza secondo le lettere dalla a) alla d) sono preferiti/e i parenti o le parenti più vicini/e di grado; f) se il defunto o la defunta non ha lasciato discendenti né coniuge superstite e ha assunto l'intero maso o gran parte di esso da uno dei genitori per via ereditaria o per trasferimento in anticipazione della successione ereditaria, trovano applicazione, in caso di presenza di più persone dello stesso grado di parentela, i criteri di cui alle lettere a), b) e c); g) tra più coeredi di pari preferenza secondo le lettere dalla a) alla f) è preferito/a il più anziano o la più anziana di età. 2. Qualora nessuno dei coeredi o nessuna delle coeredi soddisfi le condizioni previste al comma 1, quale assuntore o assuntrice viene scelto/a, sentiti/e i coeredi o le coeredi e la commissione locale per i masi chiusi, colui o colei che dimostra di possedere i migliori requisiti per la diretta conduzione del maso chiuso».

gislazione assertivamente discriminatoria (o che in subordine permetta l'interpretazione giudiziale della detta legislazione in chiave discriminatoria): in caso di accertamento della violazione, lo Stato potrà essere condannato nei confronti del ricorrente ad un meccanismo riparatorio di «equa soddisfazione» avente natura risarcitoria.

Emblematica e curiosa a questo riguardo può essere una risalente pronuncia della Corte EDU contro l'Austria, la quale è stata condannata per violazione dell'art. 14 CEDU per una vicenda derivante dall'applicazione della legislazione del maso chiuso nella regione della Carinzia, ove per il vero si incrociavano fra di loro parametri variegati e di segno opposto, tutti di natura discriminatoria (maggiorascato e prevalenza della filiazione legittima): il ricorrente era effettivamente il figlio maschio maggiore, ma era figlio nato fuori dal matrimonio del *de cuius*, sicché secondo la legislazione carinziana sarebbe stato prevalente nell'assegnazione del maso il figlio minore che era nato nel matrimonio¹⁰⁵.

Tuttavia, il più delle volte le questioni sottoposte alla Corte EDU per violazione dell'art. 14 CEDU riguardano esclusivamente la filiazione e il diverso trattamento ai fini successori dei figli nati fuori dal matrimonio. Basti in tal senso una breve elencazione non esaustiva: un caso celebre e risalente riguarda l'Irlanda, nel periodo in cui questa non ammetteva il divorzio, ma solo la separazione fra coniugi¹⁰⁶: da qui sorgeva il problema del trattamento successorio discriminatorio dei figli illegittimi, nel caso specifico in cui fossero nati a seguito di una unione stabile di un genitore che, però, fosse stato già precedentemente sposato: i figli potevano essere riconosciuti ma non potevano assumere lo *status* di figlio legittimo (nemmeno per legittimazione), perché il loro genitore non poteva divorziare e sposare in seconde nozze la madre naturale. Sicché i detti figli illegittimi sarebbero stati soggetti ad una disciplina davvero discriminatoria della successione del loro genitore¹⁰⁷, disciplina che venne

¹⁰⁵ Corte EDU, 18 ottobre 1987, causa 8695/79, *Inze c. Austria*

¹⁰⁶ Corte EDU, 18 dicembre 1986, causa 9697/82, *Jhonston e altri c. Irlanda*.

¹⁰⁷ Sulla base del *Succession Act* del 1965 (così come era interpretato dalla giurisprudenza irlandese) il patrimonio sarebbe dovuto essere distribuito in proporzioni specifiche tra qualsiasi coniuge o «prole» che potesse sopravvivere al defunto, ma la giurisprudenza irlandese aveva stabilito che il termine «prole» non includesse i figli che non fossero figli di un matrimonio legittimo e che di conseguenza un figlio illegittimo non avesse alcun diritto all'eredità in caso di successione legittima del padre naturale. Un figlio illegittimo può, d'altro canto, in determinate circostanze avere diritto all'eredità in caso di successione

censurata dalla Corte EDU. Sulla stessa linea, per ben tre volte la Francia è stata condannata perché la sua legislazione (incredibilmente fino al 2001) conteneva un trattamento successorio diverso e più limitativo per la successione legittima e necessaria dei figli c.d. «adulterini», rispetto a tutti gli altri figli, fossero essi figli nati nel matrimonio o fossero essi figli naturali riconosciuti da persona non coniugata¹⁰⁸. Categoria odiosa questa, quella dei figli adulterini che – osserviamo incidentalmente – è stata soppressa in Italia nel 1975, con la riforma del diritto di famiglia, ove inoltre si sono risolte in senso parzialmente favorevole anche ai detti figli le questioni intertemporali di diritto successorio (art. 230, comma 3, l. 19 maggio 1975, n. 151¹⁰⁹). Altrettanto rilevante è una famosa pronuncia del 1979 contro il Belgio per violazione dell'art. 14 CEDU, la quale ha portato poi ad una modifica della relativa legislazione interna: secondo la legge belga all'epoca vigente, nessun legame legale tra una madre non sposata e la fi-

legittima della madre. Una norma speciale (sezione 9(1) del *Legitimacy Act* 1931) stabilisce che quando la madre di un figlio illegittimo muore intestata senza lasciare discendenza legittima, il figlio ha diritto a qualsiasi interesse nel patrimonio della madre a cui avrebbe avuto diritto se fosse nato legittimo.

¹⁰⁸ Corte EDU, 22 dicembre 2004, causa 68864/01, *Merger e Cross c. Francia*; Corte EDU, 1° febbraio 2000, causa 34406/97, *Mazurek c. Francia*; Corte EDU, 7 febbraio 2013, causa 16574/08, *Fabris c. Francia*.

¹⁰⁹ Cfr. altresì Cass Sez. un., 16 luglio 1985, n. 4173, in *Giust. civ.*, 1986, I, 136, ove si è affermato che «Il figlio adulterino, che abbia ottenuto lo status di figlio naturale con dichiarazione giudiziale di paternità dopo la data di entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia di cui alla l. 19 maggio 1975 n. 151, ed in forza dell'operatività della nuova disciplina anche per i figli nati o concepiti anteriormente (art. 232 della citata legge), ha diritto di partecipare alla successione del genitore naturale apertasi prima della suddetta data, senza che possa a lui apporsi l'eventuale pregressa decorrenza del termine fissato per l'accettazione dell'eredità (art. 480 c.c.), dato che il diritto stesso viene conseguito solo con la predetta riforma. Tale principio discende dal carattere dichiarativo e retroattivo della dichiarazione di paternità, la quale, al pari del riconoscimento, fa risalire i suoi effetti giuridici al momento della nascita, con l'ulteriore conseguenza che l'art. 230 comma 3 della citata legge, il quale prevede, nel disporre la sanatoria del riconoscimento invalidamente compiuto nel vigore della precedente normativa, la validità del riconoscimento stesso anche agli effetti di successioni apertesi prima della sua entrata in vigore, con la triplice eccezione di un diverso giudicato od accordo fra le parti, o del decorso di tre anni dall'apertura della successione senza che il figlio abbia avanzato ragioni ereditarie, va inteso come norma introduttiva di limitazioni all'indicata retroattività, e quindi riguardante il solo caso del riconoscimento e non estensibile a quello della dichiarazione giudiziale (nel cui ambito le limitazioni stesse non troverebbero giustificazione, mancando la possibilità di un precedente esercizio di diritti correlati ad uno status non ancora attribuito)».

glia derivava dal mero fatto della nascita. Per creare il legame, la madre doveva riconoscere la maternità in un procedimento specifico o adottare la bambina. In entrambi i casi, i diritti ereditari della bambina rimanevano inferiori a quelli che una figlia nata dal matrimonio riceveva automaticamente¹¹⁰. Sulla stessa scia si situa un'altra pronuncia del 1988 sempre contro il Belgio perché, sulla base degli effetti giudici solo «interni» del riconoscimento del figlio naturale, la legislazione belga non permetteva che il figlio naturale riconosciuto potesse ereditare *ab intestato* dal suo ascendente, genitore di chi lo avesse riconosciuto¹¹¹: aspetto questo che, lo si nota per inciso, è stato emendato anche in Italia, soltanto nell'ultima riforma della filiazione (art. 74 c.c., come emendato dalla l.10 dicembre 2012, n. 219).

Un caso particolare che va messo in evidenza, invece, è quello deciso contro lo stato di Andorra, perché in tale frangente la Corte EDU si spinge a sindacare, sia pure surrettiziamente, non una singola legislazione, bensì una scheda testamentaria e l'interpretazione della volontà del testatore data dalla giurisprudenza interna¹¹². Più nel dettaglio nella causa *Pla e Puncernau c. Andorra*, il giudice nazionale aveva interpretato il testamento di una persona e aveva ritenuto che il testatore non avesse voluto includere i figli adottivi tra i beneficiari dell'asse ereditario (trattandosi per altro verso di una disposizione fidecommessaria, lì ammessa). La Corte EDU ha ritenuto che l'articolo 14 CEDU, in combinato disposto con l'articolo 8, non obbligasse meramente lo Stato ad astenersi da ingerenze arbitrarie nella vita privata e familiare di un individuo, ma che in tale contesto, oltre a tale impegno negativo, potessero sussistere obblighi positivi inerenti all'effettivo rispetto della vita privata o familiare. La corte ha dunque sottolineato l'«effetto orizzontale» dell'art. 14, intendendo con ciò che il principio di non discriminazione possa essere applicato anche a situazioni puramente private, con l'effetto, tuttavia, non di modificare la sentenza interna dello stato di Andorra (cosa che non era nel potere della corte), ma di condannare lo Stato alla riparazione della equa soddisfazione.

Un caso nella medesima direzione, ove viene nuovamente in luce un testamento e l'interazione con l'art. 14 CEDU, è quello molto delicato che ha investito la Corte EDU contro la Grecia

¹¹⁰ Corte EDU, 13 giugno 1979, causa 6833/74, *Marckx c. Belgio*.

¹¹¹ Corte EDU, 8 novembre 1988, causa 12849/87, *Vermiere c. Belgio*.

¹¹² Corte EDU, 15 luglio 2004, causa 69498/01, *Pla e Puncernau c. Andorra*.

nella controversia *Molla Sali c. Grecia*¹¹³: in tale complessa vicenda, un cittadino greco di religione musulmana, residente in Tracia, redigeva un testamento sulla base del diritto greco, nominando erede universale la moglie. Il testamento veniva però impugnato dalle sorelle del *de cuius*, sulla base dell'argomento per cui – sulla base di fonti interne allo stato greco e di Trattati internazionali risalenti alla fine dell'impero ottomano che tutelavano le minoranze di fede musulmana – il detto cittadino greco, in quanto appartenente alla comunità islamica di Tracia, fosse obbligatoriamente vincolato alla legge religiosa della *sharia* per ogni questione inerente al suo patrimonio. *Sharia* che conteneva regole di diritto successorio palesemente discriminatorie nei confronti della moglie del *de cuius*. Il ricorso veniva sorprendentemente accolto nelle varie giurisdizioni di diritto interno e, dunque, la successione di un cittadino greco musulmano abitante in Tracia veniva regolata *ab intestato* dalla *sharia*, invece che dal diritto civile greco che lui stesso aveva scelto nel fare testamento. La Corte EDU ha invece affermato che negare ai membri di una minoranza religiosa il diritto di scegliere volontariamente di avvalersi del diritto ordinario costituisse non soltanto un trattamento discriminatorio, bensì anche una violazione del loro diritto alla libera autoidentificazione, che era di capitale importanza nel campo della tutela delle minoranze. Inoltre la Corte ha affermato, a quanto consta per la prima volta nella sua giurisprudenza, che l'articolo 14 CEDU si applichi anche alla c.d. «discriminazione per associazione», vale a dire alle situazioni in cui la caratteristica tutelata in questione riguarda un'altra persona che è, per qualche ragione, connessa al ricorrente: più nel dettaglio la Corte si è concentrata sulla disparità di trattamento fondata sulla fede musulmana del testatore (e non sulla fede religiosa dei successibili), esaminando la disparità di trattamento subito dalla moglie ricorrente, in quanto beneficiaria di un testamento redatto in conformità al codice civile da un testatore di fede musulmana, rispetto alla ipotetica beneficiaria di un testamento redatto in conformità al codice civile da un testatore non musulmano.

Dati questi precedenti, si può allora ragionare se vi sia qual-

¹¹³ Corte EDU, 19 dicembre 2018, causa 20452/14, *Molla Sali c. Grecia*. Su tale decisione v. lo studio di M. RIZZUTI *The Strange Case of Ms. Molla Sali v. Greece: Individual Rights and Group Rights in a Multicultural Order*, in S. LANDINI (a cura di), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, 2020, 387 ss.

che frammento della legislazione italiana in materia di successioni, la quale possa andare incontro ad una censura rispetto al divieto all'art. 14 CEDU sotto il profilo della discriminazione, con eventuale condanna da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo. La mente corre, forse, ai diritti successori del convivente¹¹⁴, ove la c.d. legge Cirinnà – diversamente dal coniuge e dal superstite dell'unione civile – non prevede diritti successori *ab intestato* per il convivente superstite, con sole due eccezioni: il diritto del convivente di utilizzare la casa di comune residenza per un certo periodo dopo la morte del proprietario¹¹⁵ e il diritto al risarcimento del danno, nel caso di decesso del convivente di fatto derivante da fatto illecito di un terzo. La mente corre poi, forse ancora di più, alla categoria dei «figli naturali non riconoscibili» di cui all'art. 279 c.c.¹¹⁶, a cui spettano *ab intestato* i soli diritti successori di cui agli artt. 580 e 594 c.c.¹¹⁷.

Resta ovviamente da considerare che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si limita ad offrire una tutela risarcitoria contro lo Stato a favore del ricorrente che affermi di avere subito la discriminazione per effetto dell'applicazione della legge di diritto interno, senza che la Corte possa modificare l'assetto successorio concreto derivante dall'applicazione della

¹¹⁴ Per un quadro comparativo rispetto ad altre legislazioni in materia di altri paesi europei cfr. F. VIGLIONE, *I diritti successori del convivente: uno studio comparatistico*, Torino, 2018, *passim* e spec. 83 ss.

¹¹⁵ Più nel dettaglio il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Un caso peculiare previsto dal legislatore riguarda l'ipotesi in cui nella casa coabitino figli minori o figli disabili; in tal caso il convivente superstite ha diritto di continuare ad abitare nell'immobile di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni. Inoltre, qualora la casa di comune residenza non sia di proprietà del convivente deceduto ma sia oggetto di contratto di locazione, nel caso di morte del conduttore, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto.

¹¹⁶ Cfr. lo scritto di G.F. BASINI, *Esistono ancora figli non riconoscibili*, in *Rivista AIAF*, 2019, 85 ss.

¹¹⁷ Merita del resto di essere ricordato che tale disciplina opera non soltanto per il figlio che abbia già il diverso *status* di figlio altrui e che, per sua scelta consapevole, non abbia impugnato il precedente riconoscimento o non abbia proposto azione di disconoscimento di paternità: Così Cass., 27 settembre 2022, n. 31672, in *DeJure*. Non è mancato poi in dottrina chi ha affermato che l'applicabilità dell'art. 279 c.c. ad una nuova categoria di figli non riconoscibili. Si tratta dei casi dei nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate dalla l. 40 del 2004 ed esaminati dalla Consulta nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021: cfr. G. CHIAPPETTA, *La nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.*, in *Cittadinanza Europea*, 2021, 125 ss.

detta legge, né che possa incidere sulla presenza di un giudicato interno. Considerazioni non dissimili a nostro avviso – ma la formula è dubitativa, in attesa di una eventuale giurisprudenza chiarificatrice – debbono essere fatte anche considerando il nuovo art. 391 *quater* c.p.c., il quale prevede una ipotesi particolare di ricorso per «revocazione» delle sentenze italiane, qualora vi siano «decisioni passate in giudicato il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali»¹¹⁸. La ragione del dubbio deriva dal fatto che, innanzitutto, tale rimedio della revocazione è ammissibile soltanto qualora «la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona». Ed è allora opinabile che in tale formula (diritto di stato della persona) possa rientrare anche la materia successoria e soprattutto che il divieto di discriminare di cui all'art. 14 CEDU possa essere configurabile, di per sé, alla stregua di violazione di un «diritto di stato» della persona. Certo è comunque che sarebbe più facile fare rientrare nel perimetro dell'art. 391 *quater* c.p.c. un caso in cui la violazione in materia successoria dell'art. 14 CEDU derivi collateralmente da una questione discriminatoria inerente alla filiazione o alla parentela (qui in effetti si tratta abbastanza pacificamente di una questione di *status familiae*)¹¹⁹.

In secondo luogo, però, residuerebbe comunque un dubbio inerente quella che potrebbe essere l'effettiva tutela al netto dell'istanza di revocazione: si supponga che venga fatto un ricorso per revocazione della sentenza passata in giudicato e censurata dalla Corte EDU: il nuovo giudice italiano che decide sulla revocazione *ex* art. 391 *quater* c.p.c. dovrebbe comunque valutare la controversia di natura successoria sulla base delle stesse leggi italiane di diritto delle successioni (discriminatorie, ma tuttora vigenti) che hanno portato al passaggio in giudicato della decisione censurata in Europa, con l'effetto di essere costretto a confermare vieppiù la stessa decisione passata in giudicato: questo ovviamente fatto salvo che intenda sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di giudizio di revocazione.

¹¹⁸ Sul punto v. E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2018, 711 ss.

¹¹⁹ Cfr. G. CHIAPPETTA e G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti di stato della persona*, in *Judicium* (consultabile on line), 2024, 1 ss., § 5.

5. *Problemi di diritto internazionale privato. la discriminazione nelle vicende mortis causa è contraria all'ordine pubblico internazionale?*

Brevi cenni, da ultimo, possono essere dedicati in questa sede ad una complessa questione di diritto internazionale-privato: l'art. 35 del regolamento europeo in materia di successioni internazionali (Reg. 650/12) prevede che l'applicazione di una disposizione della legge di uno Stato designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti *manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico* del foro dell'autorità giurisdizionale o di altra autorità competente che si occupa della successione».

Il tema ha avuto un forte riscontro in relazione soprattutto alla quota di riserva, istituto che non è previsto in tutti gli ordinamenti, essendo generalmente estraneo ai sistemi di *common law*, ove la libertà tendenzialmente illimitata del testatore è solo temperata dall'esistenza della c.d. *reasonable provision*, che però nulla c'entra coll'istituto della quota di riserva: trattasi infatti dall'attribuzione equitativa solo eventuale di beni o denaro *ex post* in forza di una sentenza del giudice chiamato a decidere discrezionalmente l'*an* ed il *quantum*, sulla base di variegati parametri non solo compensativi ma anche assistenziali, fra cui il livello di vicinanza con il *de cuius*, l'assistenza e il mantenimento reciprocamente prestati fra *de cuius* e richiedente nel *menage* familiare, lo stato di bisogno del richiedente (richiedente che potrebbe essere in ipotesi anche un *family child*, ovvero un soggetto non legato da un legame formale con il *de cuius*, ma una persona allevata e mantenuta in vita dal *de cuius* senza essere suo figlio, perché ad esempio figlio naturale del suo *partner*)¹²⁰. Negli ordinamenti nazionali ove sia poi prevista la riserva, questa è regolata con sensibili differenze a livello soggettivo e quantitativo e, talvolta, con criteri correttivi rispetto al mero calcolo matematico delle quote¹²¹

¹²⁰ Sul tema, amplissimo circa i rapporti della *common law* con la successione necessaria, v. descrittivamente A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 2002, 74-83, ove si specifica che nel modello americano (che è federale), generalmente, nella legislazione dei singoli stati vi sono delle quote di riserva lasciate al coniuge, laddove il testatore può invece liberamente diseredare i figli; E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, cit., 56 ss., in relazione al diritto inglese con una ricca casistica circa l'utilizzo della *reasonable provision*.

¹²¹ Così *ex multis* v. R. ZIMMERMANN, *Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico-comparativa*, in *Familia*, 2016, 45. Cfr. e.g. E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, cit., 535 ss., in relazione al modello

(si pensi del resto in Italia all'istituto della riserva qualitativa del coniuge¹²²).

A questo riguardo, la giurisprudenza italiana di legittimità ha ripetutamente affermato che la successione necessaria e la tutela della quota di riserva non rappresentano un principio di ordine pubblico né interno¹²³, né internazionale¹²⁴. D'altra parte lo stesso art. 42 Cost. rinvia alla legislazione ordinaria, di modo che – secondo un'opinione non pacifica, ma accreditata dal diritto vivente – la successione necessaria non avrebbe neppure una copertura costituzionale né diretta né indiretta, sicché l'istituto della riserva potrebbe essere anche virtualmente soppresso dal legislatore italiano¹²⁵. E d'altra parte basti un cenno alle varie

francese ed al «*droit de retour legal*» dei «beni di famiglia» (che sostanzialmente esclude i beni donati al *de cuius* dalla successione ordinaria) e 541 ss., in relazione modello spagnolo.

¹²² Su cui cfr. recentemente T. ROSSI, *La riserva a favore del coniuge superstite scenari attuali e prospettive evolutive*, Napoli, 2022, 97 ss.

¹²³ Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 563, con nota critica di E. CALÒ, «*La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*» ove si esprime chiaramente che la tutela dei legittimari non è di per sé espressione di un principio di ordine pubblico e, pertanto, la relativa disciplina non funge da limite alla condizione di reciprocità. Cfr., altresì *ex multis* in dottrina, G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, cit., 672; M. ROBLES, *Osservazioni in tema di delazione ereditaria e destituzione testamentaria*, in *Riv. dir. succ. fam.*, 2015, 343 ss., il quale esclude l'istituto della legittima dal novero di quelli che costituiscono l'ordine pubblico c.d. interno; O. FARACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2012, 312; G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 177 ss.; diversamente, M. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois, 2012, 755.

¹²⁴ Cfr. T. BALLARINO, voce *Successione ereditaria (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1269 ss. D'altra parte, l'art. 46 della legge 31 maggio 1995 n. 218, sulla riforma del diritto internazionale privato circoscrive la rilevanza delle norme che costituiscono la successione necessaria all'ipotesi di successione del cittadino italiano e solo nei confronti dei legittimari residenti in Italia al momento della morte. La stessa Relazione *Relazione al disegno di legge n. 1192*, in F. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, con la collaborazione di Honorati, Milano, 2002, 181, specifica che «non si è accolta la tesi che i diritti dei legittimari debbano essere tutelati rispetto a qualsiasi successione, in quanto essi si rifletterebbero in un limite di ordine pubblico». Cfr. sul punto, R. CLERICI, art. 46 legge 31 maggio 1995 n. 218, in V. CUFFARO e F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, III, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 540, con *ivi* ulteriori riferimenti alla dottrina internazional-privatistica pressoché pacifica sul punto.

¹²⁵ Così Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 164, con nota di E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della*

proposte di riforma elaborate in questi anni, anche dalla comunità scientifica, sul sistema italiano della riserva, in modo particolare (ma non solo) in relazione ai diritti del coniuge *ex art.* 540 c.c.¹²⁶. Sullo stesso versante, contro la riconducibilità della riserva all'ordine pubblico internazionale, si è mossa una recentissima pronuncia della Corte EDU¹²⁷.

Per converso, è opinione abbastanza pacifica che all'interno del concetto di ordine pubblico previsto dall'art. 35 del Reg. 650/12 rientri il divieto di discriminazione, anche sulla base di uno specifico *considerando* del detto regolamento¹²⁸.

successione necessaria, ha esplicitamente affermato: «Ai legittimari non fa riferimento la Carta Costituzionale e la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima ovvero delle disposizioni testamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere». Cfr. altresì V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 345 ss.; ID., *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 441; F. VOLPE, *Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio*, in S. LANDINI (a cura di), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, cit., 46 ss. Non sono però mancate ricostruzioni di diverso tenore, volte a reperire una rilevanza costituzionale indiretta delle regole di cui agli artt. 536 s.s. c.c. Più nel dettaglio si afferma che la maggior parte delle regole in materia di successione necessaria sarebbero rivolte ad evitare che i più stretti parenti del *de cuius*, quelli che hanno vissuto con lui, rimangano senza risorse: di modo che le dette regole sarebbero collegate con le garanzie costituzionali riferite al riconoscimento dei diritti della famiglia (art. 29 Cost.), al dovere dei genitori di mantenere i figli (art. 30 Cost.), all'impegno dello Stato a favorire gli istituti a protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù (art. 31 Cost). Così v. e.g. G. TAMBURINO, voce *Successione necessaria (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1352; nonché v. altresì E. GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Famiglia*, 2001, 11; E. BILOTTI, *Fondamento costituzionale della tutela dei legittimari e prospettive di riforma*, in *Nuovo dir.*, 2019, 57 ss.

¹²⁶ Si veda in particolare la *Relazione illustrativa ed il progetto di legge* presentato dalla SISDiC di riforma dell'art. 540 c.c., leggibile P. FREZZA (a cura di), *Riforme proposte in ambito familiare*, Napoli, 2023, 121 ss., con ivi (pp. 137-241) i contributi raccolti degli studiosi che hanno partecipato al relativo dibattito. Cfr. in particolare G. PERLINGIERI, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1224 ss.

¹²⁷ Corte EDU, 5 febbraio 2024, causa n. 14157/18, *Jarre v. Francia*.

¹²⁸ Cfr. in tale direzione A. BONOMI, *Ordine pubblico*, in A. BONOMI e P. WAUTELET, *Il regolamento europeo delle successioni*, Milano, 2015, 465 ss.; A. DAVI e A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, 172, con ivi ulteriori riferimenti. Così recita il considerando 58 del regolamento: «In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico gli organi giurisdizionali e altre autorità competenti in materia di successione degli Stati membri dovrebbero poter disapplicare determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie,

Da qui, a nostro avviso, si possono intravedere i margini di una dissonante disarmonia nell'applicazione concreta dell'art. 35 del Reg. 650/12. Si può verificare infatti una particolare contrapposizione fra due situazioni (la tutela della riserva e la tutela contro la discriminazione), ove, per usare un metafora, il *vulnus* maggiore non viene tutelato, a differenza del *vulnus* minore, in deroga al principio logico *a fortiori* tradotto nel brocardo *a minori ad maius* (che dovrebbe essere invece utilizzato per valutare se estendere le situazioni svantaggiose)¹²⁹: si supponga cioè che un figlio abbia diritto a ricevere di meno rispetto ad un altro figlio dalla successione del comune padre, per effetto di una legislazione straniera di matrice discriminatoria (e.g. perché è figlio naturale o adulterino, vedendo i casi citati appena *supra* che hanno misurato la Corte EDU in relazione alla previgente legislazione francese o belga): questo è un *vulnus minor* che verrà però tutelato dall'art. 35 Reg. 650/12, in quanto contrario all'ordine pubblico e dunque, in caso di scelta di quella legislazione, la successione non dovrebbe essere efficace in Italia secondo la legge di quegli ordinamenti. Si supponga invece che un figlio non abbia diritto a ricevere nulla dalla successione del padre per effetto di una legge straniera che non preveda alcuna quota di riserva a favore di nessuno: tale situazione, che rappresenta il *vulnus* maggiore, sarà invece perfettamente compatibile con l'art. 35 del Reg. 650/12 sotto il profilo dell'ordine pubblico: pertanto, ove venga scelta tale legislazione (e, ad esempio, un genitore attribuisca tutta la sua eredità ad un figlio e nulla all'altro), la successione sarà efficace in Italia secondo la legge di quell'ordinamento¹³⁰.

L'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato. Tuttavia, agli organi giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro ovvero per rifiutare di riconoscere – o, se del caso, accettare, – o per eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziale emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione».

¹²⁹ Cfr. G. TARELLO, voce *Argomenti interpretativi*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 419.

¹³⁰ Per un caso simile (ove però il problema giuridico era diverso ed inerente alla giurisdizione) v. Cass. Sez. un., 16 aprile 2021, n. 10107, in *Defure*, ove sulla base della legislazione olandese che non prevede la riserva, un cittadino olandese residente da lungo tempo in Italia, con testamento redatto in Olanda da un notaio olandese, aveva totalmente pretermesso dalla sua successione soltanto alcuni dei suoi figli.

Resta una domanda conclusiva, forse provocatoria: chiediamoci se analoga contrapposizione fra riserva e discriminazione in materia di ordine pubblico internazionale operi anche in relazione alla singola espressione di libertà testamentaria, fermo restando che l'art. 35 del Reg. 650/12 si occupa di ordine pubblico sotto il solo profilo del controllo delle «disposizioni di legge» che governano le successioni e non sotto il profilo del controllo dei singoli atti di autonomia privata. Si supponga nuovamente che, facendo leva sulla legislazione straniera che non ammette la quota di riserva, un genitore straniero residente in Italia diseredi uno dei suoi figli attraverso un testamento redatto sotto quella legislazione straniera: tale testamento – si è detto – dovrebbe essere perfettamente compatibile con l'art. 35 e, dunque, efficace ed eseguibile in Italia. Cosa accadrà invece qualora lo stesso genitore, sottoponendo il testamento alla medesima legislazione straniera che esclude la riserva, non si limiti a diseredare uno dei suoi figli, ma specifici nella scheda che lo fa per motivi discriminatori, ad esempio perché non condivide il suo orientamento sessuale, politico o religioso? Tale testamento governato da una legge straniera, si può serenamente dire che sarà ugualmente efficace in Italia?

Abstract: Il tema del divieto discriminazione, ormai affrontato in molteplici fonti normative interne, costituzionali e comunitarie, è particolarmente approfondito nell'ambito dei rapporti di natura contrattuale. Oggetto di questa indagine sarà la valutazione del divieto di discriminazione anche nell'ambito delle vicende *mortis causa*, le quali sembrano ispirate a logiche diverse rispetto al divieto in oggetto.

The role of anti-discrimination principle, which has been found in multiple internal, constitutional and community regulatory sources, is particularly explored in the field of contractual relationships. The scope of this essay will be the evaluation of the prohibition of discrimination also in the different context of inheritance law and mortis causa events, whereby the legal system seems apparently to be inspired by different logics compared to that prohibition.

Le Autrici e gli Autori

MIRIAM ABU SALEM, ricercatrice a t.d.A di Diritto ecclesiastico e canonico, Università della Campania «Luigi Vanvitelli»

DENIZ ALI ASGHARI KIVAGE, avvocatessa in Torino; Associazione Torino Città per le donne

ROBERTA ALUFFI, professoressa associata di Diritto privato comparato, Università di Torino

MANUELA CONSITO, professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Torino

LUCIA DI COSTANZO, professoressa ordinaria di Diritto privato comparato, Università della Campania «Luigi Vanvitelli»

MATTEO MARIA FRANCISSETTI BROLIN, ricercatore a t.d.B di Diritto privato, Università di Torino

ANTONIO FUCCILLO, professore ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Università della Campania «Luigi Vanvitelli»

FEDERICO GRAVINO, assegnista di ricerca in Diritto e religione, Università di Firenze

MARIA CRISTINA GRUPPUSO, assegnista di ricerca di Diritto Privato, Università di Torino

ELENA NAPOLITANO, assegnista di ricerca in Diritto Privato Comparato, Università della Campania «Luigi Vanvitelli»

ROBERTA PACE, professoressa associata di Demografia, Università di Bari “Aldo Moro”

STEFANO PORCELLI, professore associato di «Diritto romano e diritti dell'antichità, Università di Brescia

ILARIA RIVA, professoressa associata di Diritto privato, Università di Torino

MAURO TESCARO, professore associato di Diritto privato, Università di Verona

ALESSANDRA VENTURINI, professoressa ordinaria di Economia politica, Università di Torino

Nella stessa collana:

1. ILENIA MASSA PINTO (a cura di), *L'ambiente e la sua cura. Atti delle Giornate di Studio del Dottorato in Diritti e Istituzioni dell'Università di Torino svoltosi a Torino nei giorni 14-15 settembre 2023*, 2024.



Edizioni Scientifiche Italiane

BIBLIOTECA RICERCA AVANZATA

Con Ricerca Avanzata puoi consultare l'intero catalogo della casa editrice Edizioni Scientifiche Italiane in www.edizioniesi.it e accedere alla biblioteca digitale della casa editrice in Esidigita www.esidigita.it.

Ricerca Avanzata è uno strumento interattivo e gratuito ma soprattutto un potente alleato per autori, ricercatori e studenti. Grazie alla tecnologia *full-text search*, consente di accedere in maniera immediata e interattiva a tutti i titoli e i contenuti presenti nel catalogo della Edizioni Scientifiche Italiane, che a partire dal 1945 offre ai suoi lettori una vastissima gamma di pubblicazioni, libri e riviste oggi disponibili anche in versione digitale: PDF e E-book. Ricerca Avanzata può essere utilizzata agevolmente da PC (desktop e laptop) e dispositivi smart (smartphone, tablet, ecc.).

EDIZIONIESI



Inquadra il QR Code per
provare Ricerca Avanzata
nell'intero catalogo

ESIDIGITA



Inquadra il QR Code per
provare Ricerca Avanzata
nella Biblioteca Digitale

CONTATTACI



+39 081 7645443



info@edizioniesi.it



www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

SEGUICI SUI SOCIAL





Edizioni Scientifiche Italiane

LIBRARY AND DIGITAL LIBRARY

The full catalogue of books and journals of Edizioni Scientifiche Italiane is on www.edizioniesi.it or on the Digital Library Esidigita www.esidigita.it in digital contents.

Advanced Search is an interactive and free tool but above all a powerful ally for authors, researchers and students. With its full-text search technology, it provides immediate and interactive access to all the titles and contents in the catalogue of Edizioni Scientifiche Italiane, which since 1945 has offered its readers a very wide range of publications, books and journals now also available in digital version: PDF and E-book. Advanced Search can be used easily from PCs (desktops and laptops) and smart devices (smartphones, tablets, etc.).

EDIZIONIESI



Scan the QR Code to try out
Advanced Search in the
full catalogue

ESIDIGITA



Scan the QR Code to try
out Advanced Search in the
Digital Library

CONTACT US



+39 081 7645443



info@edizioniesi.it



www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

FOLLOW US





Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2024 per
la Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a.
Stampato in Italia



Edizioni Scientifiche Italiane

www.edizioniesi.it info@edizioniesi.it



<https://www.edizioniesi.it>
<https://www.esidigita.it>



[edizioni_scientifiche_italiane](https://www.instagram.com/edizioni_scientifiche_italiane)



Edizioni Scientifiche Italiane



Edizioni Scientifiche Italiane

