

CONVIVENZE DI FATTO E AUTONOMIA PRIVATA:  
IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

BIBLIOTECA DI DIRITTO PRIVATO ORDINATA DA  
PIETRO RESCIGNO

71

RICCARDO MAZZARIOL

# CONVIVENZE DI FATTO E AUTONOMIA PRIVATA: IL CONTRATTO DI CONVIVENZA



Il nuovo tipo negoziale  
introdotto dalla legge n. 76 del 2016

€ 29,00



R. MAZZARIOL



JOVENE EDITORE NAPOLI  
2018



BIBLIOTECA DI DIRITTO PRIVATO ORDINATA DA  
PIETRO RESCIGNO

---

---

1. COSIMO MARCO MAZZONI – CONTRATTI DI MASSA E CONTROLLI NEL DIRITTO PRIVATO.
2. MARIA VITA DE GIORGI – I PATTI SULLE SUCCESSIONI FUTURE.
3. C. MASSIMO BIANCA – LE AUTORITÀ PRIVATE.
4. BRUNETTO CARPINO – L'ACQUISTO COATTIVO DEI DIRITTI REALI.
5. SALVATORE MAZZAMUTO – L'ATTUAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI FARE.
6. SALVATORE PATTI – PROFILI DELLA TOLLERANZA NEL DIRITTO PRIVATO.
7. MICHELE MISCIONE – CASSA INTEGRAZIONE E TUTELA DELLA DISOCCUPAZIONE.
8. GUIDO ALPA – IL PROBLEMA DELLA ATIPICITÀ DELL'ILLECITO.
9. BRUNO INZITARI – AUTONOMIA PRIVATA E CONTROLLO PUBBLICO NEL RAPPORTO DI LOCAZIONE. LINEE DI UNA VICENDA.
10. GIOVANNA VISINTINI – LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE.
11. GIAMPAOLO ROSSI – ENTI PUBBLICI ASSOCIATIVI. ASPETTI DEL RAPPORTO FRA GRUPPI SOCIALI E PUBBLICO POTERE.
12. ANGELA DE SANCTIS RICCIARDONE – L'IDEOLOGIA NEI RAPPORTI PRIVATI.
13. BRUNO BALLETTI – RILEVANZA E TIPICITÀ DEL CONTRATTO DI ARRUOLAMENTO.
14. MARCO PROSPERETTI – ADEMPIMENTO PARZIALE E LIBERAZIONE DEL DEBITORE.
15. SILVIO MAZZARESE – IMPRESA COOPERATIVA E FINANZIAMENTO.
16. MARCO D'ALBERTI – LE CONCESSIONI AMMINISTRATIVE. ASPETTI DELLA CONTRATTUALITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.
17. CARMELO ROMEO – PATTI AGRARI E DIRITTO DEL LAVORO.
18. ALBA NEGRI – IL RECUPERO DELL'ATTO NULLO MEDIANTE ESECUZIONE. IL SISTEMA FRANCESE E IL SISTEMA ITALIANO.
19. AURELIO GENTILI – IL CONTRATTO SIMULATO. TEORIE DELLA SIMULAZIONE E ANALISI DEL LINGUAGGIO.
20. ROSALBA ALESSI – AUTONOMIA PRIVATA E RAPPORTI AGRARI.
21. FULVIO MASTROPAOLO – IL RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA SALUTE.
22. FEDERICO ROSELLI – IL CONTROLLO DELLA CASSAZIONE CIVILE SULL'USO DELLE CLAUSOLE GENERALI.
23. ANTONIO PALAZZO – AUTONOMIA CONTRATTUALE E SUCCESSIONI ANOMALE.
24. SALVATORE SANGIORGI – MULTIPROPRIETÀ IMMOBILIARE E FUNZIONE DEL CONTRATTO.
25. GIUSEPPE LIOTTA – SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DELLA DETENZIONE.
26. OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA – GLI INTERESSI MONETARI.
27. ANNIBALE MARINI – LA CLAUSOLA PENALE.
28. GAETANO VARDARO – CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E SISTEMA GIURIDICO.
29. FRANCESCA GIARDINA – LA CONDIZIONE GIURIDICA DEL MINORE.
30. DIANA VINCENZI AMATO – ASSOCIAZIONI E TUTELA DEI SINGOLI. UNA RICERCA COMPARATA.
31. CESARE SALVI – IL DANNO EXTRA CONTRATTUALE. MODELLI E FUNZIONI.
32. VINCENZO ZENO-ZENCOVICH – ONORE E REPUTAZIONE NEL SISTEMA DEL DIRITTO CIVILE.
33. VINCENZO CUFFARO – PROFILI CIVILISTICI DEL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE.
34. LUCIO FRANCIOSI – LE DESTINAZIONI DELLA PROPRIETÀ A TUTELA DEL PAESAGGIO.
35. ENRICO GABRIELLI – LA CONSEGNA DI COSA DIVERSA.
36. MICHELE SESTA – COMUNIONE DI DIRITTI. SCIoglimento. LESIONE.
37. FRANCA GALLETTA – I REGOLAMENTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI.
38. AURELIO GENTILI – LA RISOLUZIONE PARZIALE.

BIBLIOTECA DI DIRITTO PRIVATO ORDINATA DA  
PIETRO RESCIGNO

---

---

39. GIUSEPPE BOZZI – L'AUTONOMIA NEGOZIALE NEL SISTEMA DELLE GARANZIE PERSONALI.
40. MASSIMO GARUTTI – IL «MODUS» TESTAMENTARIO.
41. MARINA BROLLO – IL LAVORO SUBORDINATO A TEMPO PARZIALE.
42. GOFFREDO ZUDDAS – L'ARBITRAGGIO.
43. PAOLA CATALINI – EGUAGLIANZA DI OPPORTUNITÀ E LAVORO FEMMINILE.
44. ANDREA ZOPPINI – LE FONDAZIONI. DALLA TIPICITÀ ALLE TIPOLOGIE.
45. DONATO CARUSI – CONTRATTO ILLECITO E *SOLUTI RETENTIO*.
46. ANGELO BARBA – ASSOCIAZIONE FONDAZIONE E TITOLARITÀ DI IMPRESA.
47. FRANCESCO MACARIO – ADEGUAMENTO E RINEGOZIAZIONE NEI CONTRATTI A LUNGO TERMINE.
48. MARCO PAPALEONI – IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE NEI CONFRONTI DEL LAVORATORE.
49. STEFANO PAGLIANTINI – CAUSA E MOTIVI DEL REGOLAMENTO TESTAMENTARIO.
50. MARCO DELL'UTRI – POTERE E DEMOCRAZIA NEI GRUPPI PRIVATI.
51. PAOLO CARBONE – IL CONTRATTO DI COSA DA PRODURRE.
52. ANNA LAMANUZZI – IL DANNO AMBIENTALE.
53. MARCO MANTELLO – INTERPRETAZIONE FUNZIONALE E RISCHIO CONTRATTUALE.
54. GIORGIO RESTA – AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTI DELLA PERSONALITÀ.
55. ANDREA BARENGHI – DETERMINABILITÀ E DETERMINAZIONE UNILATERALE NEL CONTRATTO.
56. FRANCESCO ASTONE – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM.
57. MARCO IEVA – I FENOMENI A RILEVANZA SUCCESSORIA.
58. FLAVIO ROCCHIO – LA PROMESSA CON FUNZIONE DI GARANZIA.
59. CLAUDIA IRTI – AFFIDAMENTO CONDIVISO E CASA FAMILIARE.
60. ENRICO CARBONE – ANIMUS. ELEMENTO SOGGETTIVO E IMPUTAZIONE LEGALE DEGLI EFFETTI.
61. ANGELA DE SANCTIS RICCIARDONE – L'AUTOTUTELA CIVILE.
62. FABRIZIO DI MARZIO – CONTRATTO ILLECITO E DISCIPLINA DEL MERCATO.
63. ALESSANDRO GNANI – IL CONTRATTO DIVISIBILE.
64. DARIO BUZZELLI – LA "FAMIGLIA COMPOSITA".
65. FRANCESCO MEZZANOTTE – LA CONFORMAZIONE NEGOZIALE DELLE SITUAZIONI DI APPARTENENZA.
66. FRANCESCO PAOLO PATTI – LA DETERMINAZIONE CONVENZIONALE DEL DANNO.
67. ALBERTO GIULIO CIANCI – DIRITTO PRIVATO E LIBERTÀ COSTITUZIONALI. I. LIBERTÀ PERSONALE.
68. CHIARA ABATANGELO – IL POSSESSO DERIVATO.
69. ETTORE BATTELLI, I CONTRATTI-TIPO. MODELLI NEGOZIALI PER LA REGOLAZIONE DEL MERCATO: NATURA, EFFETTI E LIMITI.
70. ROBERTO BOCCHINI, LA TUTELA ASSOLUTA DEI SERVIZI.



**CONVIVENZE DI FATTO E AUTONOMIA PRIVATA:  
IL CONTRATTO DI CONVIVENZA**



RICCARDO MAZZARIOL

CONVIVENZE DI FATTO  
E AUTONOMIA PRIVATA:  
IL CONTRATTO DI CONVIVENZA



JOVENE EDITORE NAPOLI  
2018



Opera pubblicata con il contributo dei fondi Progetto di Ricerca di Ateneo 2014 Cod. CPDA140429 dell'Università degli Studi di Padova e del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2018

ISBN 978-88-243-2544-8

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

*Convivere con gli altri è un'arte la cui difficoltà è superata  
soltanto da quella di convivere con se stessi.*

*Mario Andrea Rigoni  
(«Variazioni sull'impossibile»)*



## INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i> .....	p.	XIII
----------------------------	----	------

### CAPITOLO PRIMO

#### LE PREMESSE DI METODO

1. Le premesse d'indagine .....	p.	1
2. Il difficile rapporto tra autonomia negoziale e convivenza .....	»	5
3. L'autonomia privata nei rapporti patrimoniali della famiglia: cenni .....	»	11
4. I dubbi e le esigenze di una regolamentazione normativa .....	»	18

### CAPITOLO SECONDO

#### STORIA DI UN PROBLEMA

1. Le premesse terminologiche .....	»	33
2. L'impostazione tradizionale .....	»	36
3. Il nuovo corso interpretativo: la famiglia non fondata sul ma- trimonio. Il piano dei principi generali .....	»	41
4. ... il piano dei valori costituzionali .....	»	45
5. ... le altre fonti legislative .....	»	54

### CAPITOLO TERZO

#### LA «CONVIVENZA DI FATTO»

#### PRIMA DELLA LEGGE 20 MAGGIO 2016, N. 76

1. La fattispecie: il fatto-convivenza .....	»	59
2. La disciplina generale della convivenza prima della Novella: cenni .....	»	74
3. Le attribuzioni patrimoniali tra i conviventi in assenza di una regolamentazione pattizia: l'adempimento del «dovere» di as- sistenza materiale .....	»	80

4. ( <i>Segue</i> ) i labili confini della qualificazione .....	p.	92
5. Il regime dei doni .....	»	102
6. Una differente proposta ricostruttiva del fondamento causale delle attribuzioni .....	»	106
7. Il regime di comunione legale <i>ante</i> Novella: esclusione .....	»	112
8. Il contratto di convivenza prima della Novella .....	»	116
9. Dall'obbligazione naturale a quella civile .....	»	124

## CAPITOLO QUARTO

IL CONTRATTO DI CONVIVENZA:  
LO STRUMENTO DELL'AUTONOMIA PRIVATA

1. Le premesse comparatistiche .....	»	127
2. Considerazioni generali sulla legge n. 76 del 2016 .....	»	138
3. Il riconoscimento del nuovo fatto-convivenza .....	»	144
4. La nuova nozione di «conviventi di fatto» .....	»	150
5. La formalizzazione del fatto-convivenza: il valore della dichiara- zione anagrafica .....	»	157
6. La convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso .....	»	165
7. La natura e la causa del contratto di convivenza .....	»	168
8. ( <i>Segue</i> ) il contratto di convivenza e gli atti (negoziali) della vita familiare .....	»	174
9. Spazio di operatività degli altri contratti tipici e dei contratti di convivenza «di diritto comune» .....	»	178
10. Il contenuto di natura patrimoniale: profili generali .....	»	185
11. Il regime pattizio di reciproca assistenza materiale .....	»	191
12. Il regime pattizio della comunione legale dei beni .....	»	200
13. Le attribuzioni patrimoniali <i>ex pacto</i> in contemplazione della morte di uno dei conviventi .....	»	203
14. Il divieto di apporre termini e condizioni .....	»	207
15. Le clausole sui rapporti di natura personale .....	»	213
16. La cessazione della convivenza: i riflessi patrimoniali .....	»	220
17. La forma del contratto di convivenza e l'opponibilità ai terzi ...	»	224
18. La nullità del contratto .....	»	231
19. Lo scioglimento del contratto di convivenza <i>ex</i> comma 59 .....	»	237
20. La derogabilità <i>ex pacto</i> delle norme di carattere patrimoniale sancite dalla legge n. 76 del 2016 .....	»	251
21. Considerazioni conclusive .....	»	267

## PRESENTAZIONE

Tema preminente della ricerca è il potere dei conviventi di regolare, in via convenzionale ed autonoma, i reciproci rapporti patrimoniali nascenti dalla vita in comune. L'introduzione di un nuovo tipo negoziale – il contratto di convivenza, di cui alla legge n. 76 del 2016 – giustifica il rinnovato interesse per un ambito, in cui l'interprete è chiamato a confrontarsi con dogmi e pregiudizi non nuovi.

L'analisi iniziale di tipo storico, cui sono dedicati i primi due brevi capitoli del libro, intende dar conto di queste resistenze e recuperare il ruolo che il diritto precedente alla Novella, e la collegata riflessione giuridica, ricoprono nell'attuale comprensione del fenomeno. L'obiettivo è quello di verificare l'esistenza di un (più o meno ampio) margine di libertà, in capo ai conviventi, in ordine alle scelte di tipo economico relative alla loro vita in comune. E proprio l'autonomia privata – intesa non solo come fonte del regolamento negoziale, ma anche come dato, cui riportare l'intero regime – sembra offrire la miglior garanzia all'interesse dei soggetti, che pure abbiano scelto di convivere solo informalmente, di darsi delle regole proprie.

Si è dunque tentato di valorizzare la scelta, operata dalla legge n. 76 del 2016, con l'introduzione del nuovo strumento contrattuale: un'interpretazione di essa, alla luce dei principi di cui al libro IV del Codice, consente infatti di salvaguardare l'esigenza delle parti alla regolazione non eteronoma del rapporto di coppia.

Lo studio della disciplina della convivenza, dettata dal diritto «vivente» e vigente precedente alla Novella, oggetto del terzo capitolo, ha poi permesso di trarre elementi decisivi di valutazione dell'attuale normativa: la quale ricalca, per buona parte, le disposizioni e gli approdi giurisprudenziali preesistenti. Così vale, ad esempio, per gli elementi costitutivi del rapporto (stabilità del legame di coppia, affettività, assistenza morale e materiale), o per la giustificazione causale del contratto di convivenza. Sostanzialmente immutati appaiono anche i problemi di inquadramento delle attribuzioni patrimoniali, eseguite tra i compo-

nenti della libera unione, in assenza di un patto che le regoli: omettendo di intervenire sul punto, la legge n. 76 del 2016 ripropone la questione, di cui lo scritto dà ampiamente conto, della qualificazione di esse in termini di obbligazioni naturali, i cui labili e discussi confini non consentono di conferire stabilità agli spostamenti di ricchezza.

Si propone di superare le incertezze interpretative, valorizzando la nuova definizione legale di convivenza, in cui si fa espresso riferimento alla reciproca assistenza materiale: gli obblighi di contribuzione, spontaneamente assunti, potrebbero considerarsi requisiti della fattispecie, trovando in essa la propria giustificazione. Da quest'angolo visuale, pur con qualche profilo problematico, si tenta di spingere oltre l'argomentazione e ritenere oramai riconosciuta, nell'ordinamento e nella realtà sociale, l'esistenza di una «causa familiare» autonoma, idonea a fondare le prestazioni «isolate» tra i componenti della libera unione. Queste ultime sarebbero così sorrette da un interesse non patrimoniale di tipo familiare, che non può ritenersi coincidere, né con quello donativo, o proprio delle liberalità d'uso, né con quello generico dei doveri di cui all'art. 2034 c.c., ma che troverebbe il proprio fondamento nel rapporto di coppia.

Il quarto capitolo, che compone la maggior parte del libro, è interamente dedicato al nuovo contratto di convivenza. L'analisi muove dal profilo soggettivo del patto, in quanto strumento negoziale riservato ai soli conviventi: risulta, per tanto, fondamentale individuare gli indici di giuridicità del rapporto affettivo e verificare come l'introduzione della nuova fattispecie legale abbia mutato, rispetto al passato, il procedimento di recezione normativa del fenomeno.

Il nuovo modo di regolare la convivenza, attraverso il suo diretto recepimento legislativo, colloca ora la fattispecie al di fuori dell'ampia categoria dei «rapporti di fatto» tecnicamente intesi. Non si tratta più di un rapporto «incompleto», che riceve disciplina in modo indiretto tramite l'applicazione a esso di parte delle norme previste per il modello di riferimento (quello matrimoniale): positivizzando tutti gli elementi della fattispecie, la legge recepisce direttamente la convivenza, riconoscendole immediata efficacia giuridica, e detta per essa una disciplina applicabile senza intermediazioni interpretative.

Ciò non toglie che, anche nell'attuale contesto normativo, il sistema assume a oggetto di qualificazione il rapporto in sé e la convivenza continua a operare, nel suo sorgere, sul solo piano fattuale. Si è dato prova, infatti, che la registrazione anagrafica non assume valore definitorio o costitutivo dell'unione affettiva: la Novella non esprime

un regime *in toto* opzionale, ma stabilisce una serie di prerogative personali e patrimoniali che si applicano automaticamente sulla base del fatto-convivenza. Di conseguenza, l'intenzione delle parti non si pone quale parametro di soluzione del procedimento qualificativo e costituisce solamente indice di valutazione del realizzarsi della fattispecie.

La rilevanza della componente volontaristica va recuperata sotto altri profili.

In primo luogo, è demandata alla sola decisione autonoma dei conviventi la scelta sull'*an* e sul *quando* dell'estinzione del rapporto di diritto, attraverso la cessazione di quello di fatto, che si ha con la rottura della relazione affettiva.

In secondo luogo, la Novella introduce un regime del tutto opzionale, dipendente quindi da una libera scelta delle parti, mediante la previsione del contratto di convivenza. Si tratta di un istituto ora pienamente autonomo e tipizzato, la cui struttura e funzione non ne consentono la completa sovrapposizione con la tradizionale categoria dei c.d. negozi familiari, né con quella delle convenzioni matrimoniali.

Così, per un verso, la ricerca mira a dimostrare che il nuovo tipo va accostato ai contratti, di cui al Libro IV del Codice, con i quali condivide i margini di libertà in un contesto che si caratterizza per l'assenza di interessi generali superindividuali, salvo che per poche norme inderogabili. Per altro verso, si è chiarito il rapporto tra il contratto di convivenza e gli altri strumenti negoziali tipici: se si guarda al confronto tra gli interessi perseguiti e il regolamento che ne dà attuazione, la concreta esigenza che sorregge il contratto va individuata nella sistemazione dei rapporti giuridici a contenuto patrimoniale che servono strettamente alla convivenza. Non dunque ogni regolamentazione patrimoniale, che trovi il suo fondamento nel vivere assieme o che sia a esso strumentale, può essere inquadrata nel nuovo schema negoziale: solo se l'accordo disciplina aspetti economici costitutivi e necessari alla vita in comune, dovrà applicarsi il relativo statuto normativo, riservato al tipo, senza che le parti possano a esso sottrarsi.

Due le conseguenze: in primo luogo, potranno continuare a individuarsi singole operazioni economiche che, pur trovando giustificazione nella convivenza, non vengono sussunte nel comma 50 – e saranno, ad esempio, attribuzioni donative, liberalità d'uso, negozi di comodato o di mutuo – in quanto non costituiscono stretta traduzione regolamentare della reciproca assistenza materiale fondante il rapporto; in secondo luogo, lo spazio riservato ai c.d. «contratti di convivenza atipici» va circoscritto a quelle intese stipulate da soggetti privi



dei requisiti indicati dal comma 36 e richiamati in materia contrattuale dal comma 57.

L'analisi si sposta poi sul piano oggettivo attraverso un'ampia ricognizione del possibile contenuto del contratto. In quest'ambito, la Novella, lungi dall'individuare elementi essenziali o tassativi, offre ampia libertà alle parti di regolare i reciproci rapporti, purché aventi natura patrimoniale. In particolare, si è evidenziato che il richiamo al criterio di proporzionalità, contenuto nel comma 53 in ordine alle modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, non segna il limite imperativo sotto od oltre il quale l'obbligo può essere pattuito. Il parametro assume, piuttosto, una rilevanza interpretativa nei casi di dubbio sulla misura della contribuzione, sul fondamento causale dell'accordo o sulla sua durata nel tempo.

La piena disponibilità dei diritti patrimoniali, connessi al vivere assieme, trova riscontro anche nella rilevata possibilità, per i componenti dell'unione, di concordare attribuzioni in vista del suo scioglimento. In virtù di un'interpretazione teleologica del comma 56, che se inteso in senso letterale sembra impedire qualsiasi apposizione al contratto di termini o condizioni, si è ritenuto che la limitazione operi solamente se l'evento futuro assume una funzione incentivante o disincentivante la decisione di proseguire la relazione affettiva. La norma intende impedire che le scelte personali delle parti sulla continuazione del rapporto possano essere influenzate da fattori esterni idonei a coartare l'assoluta libertà di cui essi godono di far cessare o continuare la convivenza. Pertanto, se l'evento viene assunto come mero presupposto di fatto della disciplina pattizia, senza realizzare un intento ulteriore che interferisce con l'assetto di interessi disciplinabile *ex pacto*, non opererà la sanzione di cui al comma 56.

Il libro muove, inoltre, verso un'analisi dei numerosi dubbi interpretativi che pongono le norme in tema di comunione legale, di forma del contratto di convivenza e di sua nullità. E concentra l'attenzione su una disposizione, che pone non pochi problemi di coordinamento con il sistema contrattuale, nella parte in cui sembra attribuire alle parti un incondizionato diritto di recesso unilaterale. L'armonizzazione passa, anche in questo caso, attraverso un approccio non letterale alla norma: sul presupposto che non possa esistere un contratto di convivenza in assenza di un rapporto da regolare, il recesso si riferisce, più che a una illimitata recedibilità dal patto *ex art. 1373 c.c.*, alla sola ipotesi di scioglimento conseguente alla libera decisione di porre fine all'unione affettiva. Viene così, per un verso, recuperata la portata omnicompre-

siva che il comma 59 sembra possedere e, per altro verso, scongiurato un sindacato sulla correttezza dell'esercizio del recesso che una lettura letterale del disposto avrebbe comportato, in contrasto con l'ampio margine di libertà su cui si fonda il rapporto. Da ultimo, seguendo l'impostazione proposta, si impedisce un esito iniquo: se inteso in senso tecnico, l'esercizio per tempo del diritto di recesso, a opera del convivente che intende poi rompere la relazione affettiva, consentirebbe di liberarsi anche dagli obblighi connessi alla cessazione della vita in comune. Viceversa, considerando oggetto del recesso il rapporto e non il contratto, lo scioglimento dell'unione produce effetti sul solo contenuto programmatico, ma non sugli impegni già assunti in vista del termine della relazione.

Nella parte finale si è affrontato il tema del c.d. intento giuridico negativo, verificando la possibilità per i conviventi di pattuire la non applicabilità al loro rapporto dei diritti di natura patrimoniale stabiliti dalla Novella. Tre i profili d'indagine proposti: il primo attiene alla generale natura dispositiva o imperativa dei precetti di ordine economico contenuti nella legge n. 76 del 2016; il secondo riguarda l'intrinseca natura degli specifici diritti e obblighi patrimoniali previsti per i conviventi; il terzo involge la presenza di un possibile interesse di terzi alla conservazione delle situazioni giuridiche soggettive previste dalla Novella. All'esito dell'indagine, si è appurato che le disposizioni legislative di carattere patrimoniale non sono dettate a tutela di un interesse pubblico trascendente quello dei conviventi; sono, al più, l'intrinseca natura imperativa tradizionalmente attribuita alle singole situazioni di vantaggio (si pensi, ad esempio, al credito alimentare e a quello derivante dal lavoro prestato nell'impresa familiare) o la presenza di un interesse meritevole, in capo a terzi, al mantenimento delle posizioni debitorie fissate dalla fonte legislativa (è di nuovo il caso del diritto agli alimenti) a impedire la disapplicazione *ex pacto* delle norme.

Gli esiti raggiunti inducono a considerare la convivenza come fenomeno che difficilmente si presta a divenire oggetto di disciplina organica; e che giustifica, piuttosto, un intervento regolatore limitato, rispettoso dell'autodeterminazione dei singoli. Il contratto di convivenza – ricostruito come negozio in cui opera a pieno titolo l'autonomia privata – diviene così lo strumento più efficace di tutela degli interessi della coppia, poiché consente alle parti, per un verso, di far sorgere degli obblighi coercibili e, per altro verso, di non frustrare la loro libertà di darsi delle regole non eteronome.

Con ciò non si finisce per assegnare preminenza a istanze individualistiche, in contrapposizione ai bisogni della coppia: questi ultimi non esistono poiché non esiste un interesse che trascende quello dei componenti dell'unione. L'idea di una famiglia, come realtà autonoma e distinta dagli individui che la compongono, è un'evidente ipostasi e conduce a quello che Karl Popper riteneva essere uno degli errori più gravi dell'intelletto.

Per evitarlo, l'autore ha cercato di offrire una lettura di matrice liberale del fenomeno "convivenza", assecondando l'esigenza di libertà e di autonomia che fonda la scelta di convivere informalmente.

La presentazione si è avvalsa in larga misura di una scheda riassuntiva predisposta dall'autore; qui, a conclusione, vorrei sottolineare i pregi di un'opera che reca un rilevante contributo critico alla analitica interpretazione della legge 76.

L'esauriente informazione storico-comparativa, l'acuta ricostruzione del diritto 'vivente' che si era formato nella materia e rimane in vigore per gli aspetti non toccati dalla nuova disciplina, l'originale soluzione della attuale larga casistica, la solida cultura che coinvolge la teoria negoziale nella sua interezza, la denuncia di lacune che rimangono nel tessuto normativo con riguardo alla base costituzionale degli istituti privatistici fanno di questo libro la sicura testimonianza di un lavoro raffinato e profondo, da raccomandare, anche per l'eleganza dello stile, all'attenta lettura del civilista del nostro tempo.

P.R.

## CAPITOLO PRIMO

### LE PREMESSE DI METODO

SOMMARIO: 1. Le premesse d'indagine. – 2. Il difficile rapporto tra autonomia negoziale e convivenza. – 3. L'autonomia privata nei rapporti patrimoniali della famiglia: cenni. – 4. I dubbi e le esigenze di una regolamentazione normativa.

1. *Le premesse d'indagine.* – L'interprete, di fronte al compito di esaminare una normativa a non molto tempo dalla sua introduzione, si espone non solo ai tipici rischi che ogni impegno di analisi e di sintesi sistematica di una novità legislativa inevitabilmente fa sorgere, ma si trova a dover fronteggiare anche il ruolo, non di rado determinante, che il diritto preesistente e la collegata riflessione giuridica ricoprono nello studio di una novella legislativa.

Non potendo da essi prescindere, si dovrà procedere, in primo luogo, a un'analisi del percorso normativo, dottrinale e giurisprudenziale che dal «concubinato» ha portato alle «convivenze di fatto», di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76<sup>1</sup>. La prospettiva storica risulterà utile per trarre elementi di valutazione dell'attuale normativa, senza però trascurare l'odierna realtà del fenomeno<sup>2</sup>. Si avrà modo di verificare che quanto previsto dalla Novella ricalca, per una buona parte, molte delle disposizioni particolari e degli approdi ermeneutici preesistenti.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è chiaramente al titolo dell'opera di F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983. Il tema della convivenza di fatto non va confuso con quello della rilevanza giuridica della filiazione fuori dal matrimonio (c.d. famiglia naturale): cfr. E. QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 504. Pertanto, esulano dal presente scritto i rapporti tra i conviventi e i figli.

<sup>2</sup> Sulla necessità di una ricognizione della situazione pregressa, al fine di verificare se e in quale misura la nuova disciplina risolva i problemi che sollevava il precedente vuoto normativo, si è espresso anche U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1749.

A questo aspetto se ne aggiunge uno ulteriore: all'interno del diritto di famiglia i fattori di complessità aumentano poiché la materia si presta a una lettura naturalmente influenzata dalla visione personale del giurista circa il ruolo dell'individuo e della sua libertà nella società, compresa quella familiare<sup>3</sup>. Questo settore dell'esperienza giuridica risulta, infatti, più di ogni altro, impregnato di spinte etiche e di una connotazione fortemente riferibile alla sfera morale: nell'opera di ricostruzione della categoria, l'operatore risulta «(come sempre, ma forse qui in maniera più incisiva e diretta) influenzato da una serie di fattori che condizionano il suo panorama culturale e quindi i suoi criteri qualificativi»<sup>4</sup>. Non solo: esso non può che essere interpretato in termini dinamici poiché è in costante divenire e aperto agli sviluppi del sociale<sup>5</sup>. Accade così che l'ermeneusi delle norme finisce sovente per rivelare la presenza di incrostazioni concettuali, frutto della *Weltanschauung* dello studioso, che si fa determinante soprattutto quando si debba sottoporre a verifica lo spazio accordabile all'autonomia privata nella materia familiare.

<sup>3</sup> In ordine ai rapporti familiari, le opinioni espresse dalla dottrina appaiono sovente «un travestimento in termini di dibattito giuridico, di ideologie contrapposte»: così S. RODOTÀ, *Intervento*, in *Studi sassaresi*, II, *Famiglia e società sarda*, Milano, 1971, p. 387. Proprio per questa ragione, «il diritto di famiglia è la branca del diritto civile che più di ogni altra ha risentito e non cesserà di risentire, delle conflittualità proprie della realtà sociale sottostante»: così G. CASSANO, *Il lungo cammino delle tutele nel matrimonio, verso le unioni civili e le convivenze*, in *I diritti personali della famiglia in crisi. Matrimonio, unione civile, convivenza*, a cura di G. Oberto e G. Cassano, Milano, 2017, p. 1, il quale poi continua affermando che, in quest'ambito, «l'oggettiva formulazione, spesso volutamente generica, delle disposizioni in materia ... lascia ampi spazi alla sensibilità dell'interprete» (p. 2).

<sup>4</sup> Così N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 95-96. Più recentemente, v. anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 271 ss., in cui si dà rilievo all'aprirsi della cultura giuridica alla prospettiva sociologica e si sottolinea, in un'ottica evolutiva (e, per certi versi, involutiva), la dimensione storica e sociale del diritto.

<sup>5</sup> Si è parlato, a questo proposito, di «*bewegliches System*» (sistema in movimento) per fare riferimento alla continua evoluzione del diritto di famiglia: F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien-New York, 1991, p. 529 ss. In modo analogo, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit. p. 98, ha rilevato che «qui in maniera più immediata che altrove, risulta che la categoria ricostruttiva non può mai dipendere esclusivamente da un indice formale, riconnettendosi a fatti storici e fattuali che spetta all'interprete, di volta in volta, elaborare e ricostruire alla luce di sopravvenienze che nessun paradigma definitorio è in grado di incapsulare ... quel che appare essenziale è ribadire che il risultato ricostruttivo dipende sempre dalla finale operazione dell'interprete, chiamato a fare sintesi tra il sistema degli enunciati e le sopravvenienze della storia».

Preso atto che, in nessun altro campo del diritto come in quello riguardante la famiglia (soprattutto «di fatto»)<sup>6</sup>, i condizionamenti di carattere culturale si riflettono così intensamente sulla considerazione giuridica del fenomeno – rendendo arduo, se non impossibile, per chi si accinga a una riflessione su di esso, trascurare le ineliminabili influenze ideologiche – il tema oggetto di studio impone, come *prius* logico e metodologico, di prendere posizione, seppure in termini necessariamente sommari, in merito allo spazio, concedibile al negozio giuridico, di stabilire delle regole autonome in settori in cui l'ordinamento interviene dettando una disciplina speciale. In termini semplificanti, il riferimento è alla controversa questione concernente il rapporto tra «pubblico» e «privato», di cui s'intende tentare una breve sintesi.

Appare allora un necessario atto di onestà intellettuale esporre, sin dal principio di questo scritto, che le «lenti», attraverso cui si osserverà la materia e si cercherà di fornire risposta ai molteplici quesiti che essa pone, saranno offerte dalla dottrina liberale, a cui il principio dell'autonomia privata dichiaratamente si ispira<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Ai fini dell'analisi, si assumerà una preliminare nozione di «famiglia di fatto» da intendersi come una convivenza stabile e duratura, indipendente dall'esistenza di una prole, tra due soggetti che si comportano come se fossero marito e moglie. In termini non dissimili, v. M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 189.

<sup>7</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, stante la sterminata produzione scientifica sulla questione e la difficoltà di individuare una definizione condivisa del concetto di autonomia privata, si vedano, per lo meno, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 3 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 45 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, XV, 2, Torino, 1960 (rist. 1994), p. 43 ss.; G. GORLA, *Il contratto. I. Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 199 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 13 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 369 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 147; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, p. 3 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 53 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio giuridico unilaterale*, Milano, 1969, p. 7 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1973, p. 42 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 87 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, c. 113 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 139 ss.; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1987, p. 517 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 707 ss.; G. OPPO, *Sui principi fondamentali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 475 ss.; A. DI MAJO, *Li-*

In quest'ottica, al centro della visione di ogni fenomeno, compreso quello giuridico, vi è l'idea di libertà: trattasi di un concetto individuale che, nel campo del diritto, si traduce anzitutto nella possibilità di auto-determinarsi, ossia di darsi delle regole proprie<sup>8</sup> e di pretendere, in negativo, di non subire ingerenze non volute nella propria sfera giuridica.

La dialettica tra «pubblico» e «privato», condizionante la presente riflessione, si manifesta con particolare evidenza proprio nel diritto civile, ossia in quell'ambito giuridico in cui vi è estraneità dell'ordinamento statale nei confronti di una serie di relazioni sociali che non possono essere reputate di interesse pubblico<sup>9</sup>. Più in particolare, è poi nel campo familiare che la tensione tra i due elementi si fa dirompente a causa della presenza di norme, da molti considerate portatrici di un interesse trascendente quello dei singoli, che limitano inevitabilmente la portata dei principi liberali dell'autonomia privata e negoziale. Questi ultimi, benché non completamente sovrapponibili, delincono, come regola generale, la libertà di contrarre, ossia la possibilità per ciascuno di agire per la soddisfazione dei propri interessi di natura economica in modo libero e volontario, attraverso una modifica della propria sfera giuridica, che si realizza mediante lo strumento ordinario del negozio<sup>10</sup>.

Coerentemente con quanto osservato, è proprio al contratto, emblema dell'autonomia privata, che la legge n. 76 del 2016 ricorre per

---

*bertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 5 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 72 ss. Da ultimo, sia altresì consentito rimandare alle considerazioni già espresse sul punto da R. MAZZARIOL, *La necessaria riscoperta del momento consensuale nell'ambito patrimoniale della famiglia: due casi emblematici*, in *Cultura e diritti. Per una Formazione Giuridica*, 2014, p. 75 ss.

<sup>8</sup> Cfr. H. LEPAGE, *Il diritto di proprietà: basi etiche ed economiche*, in *Il diritto dei proprietari. Una concezione liberale della giustizia*, a cura di H. Lepage e M.N. Rothbard, Catanzaro, 2005, p. 63 ss. Il profilo della liceità è dunque logicamente successivo a quello della libertà: ritenere esistente una situazione di libertà nella misura in cui essa non violi la legge, significherebbe mettere in ombra l'unico vero dato che contraddistingue l'approccio liberale, offerto dal principio di autonomia.

<sup>9</sup> Cfr. L. PELLICANI, *La riscoperta dell'autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 27.

<sup>10</sup> In tema di negozio giuridico, la letteratura è a dir poco ampia; si limita dunque il richiamo alla paradigmatica definizione data da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, rist., p. 125: «il negozio giuridico ... nell'ambito del diritto privato, che è quello in cui la teoria del negozio si è formata e la figura del negozio ha la maggiore importanza e la maggiore nettezza di contorni, è un atto di privata autonomia, indirizzata a uno scopo, che l'ordinamento giuridico reputa meritevole di tutela (arg. art. 1322)». Per L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 13-14, il negozio giuridico è il risultato dell'esercizio del potere attribuito ai privati di creare diritto, cioè di porre delle norme giuridiche.

consentire ai conviventi di darsi delle regole autonome nel campo dei loro rapporti patrimoniali. Si tratterà dunque di dare brevemente conto dell'evoluzione storica dell'istituto<sup>11</sup> affinché il tema proposto possa essere convenientemente fondato: lo studio risulterà funzionale a comprendere le basi valoriali su cui poggia il presente scritto e a evidenziare l'ampio margine di autonomia di cui godono due conviventi nelle decisioni di ordine economico relative alla loro vita in comune.

Si tratta di una scelta nient'affatto neutra, le cui ragioni vanno individuate nella tutela, qui percepita come necessaria e connaturale alla convivenza, dello spazio di libertà in cui opera questo tipo di rapporto: le relazioni affettive non coniugali si muovono in un ambito in cui le scelte personali delle parti, soprattutto in ordine alla sistemazione dei loro rapporti patrimoniali, non possono soffrire limitazioni eteronome, se non quelle previste dai doveri inderogabili imposti espressamente dalla legge o dalle disposizioni di rango costituzionale. Ed è proprio il principio dell'autonomia privata che, per un verso, consente di evitare interpretazioni oltremisura estensive di detti doveri e, per altro verso, sembra offrire migliore garanzia all'interesse delle coppie, da riconnettersi alla decisione di convivere solo informalmente, di darsi delle regole proprie<sup>12</sup>.

Da qui le basi valoriali su cui poggia questo scritto, con la consapevolezza che si tratta di una scelta che non pretende di essere né l'unica possibile, né l'unica «giusta», ma che intende semplicemente offrire – pur nel contesto di una realtà complessa e frammentata – una visione del fenomeno il più possibile aderente a quello che sembra essere il volere e l'interesse di entrambi i componenti dell'unione.

2. *Il difficile rapporto tra autonomia negoziale e convivenza.* – Il concetto di negozio giuridico, nato nel XVII secolo grazie all'elaborazione della dottrina giusnaturalistica, sin dalla sua genesi tende a collegarsi strettamente, se non a coincidere del tutto, con il concetto di au-

---

<sup>11</sup> Pur a fronte di alcune critiche e di accuse di inattualità della categoria, il negozio giuridico rimane comunque un punto di riferimento imprescindibile per lo studio della disciplina contrattuale: v. G.B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, 1995, Torino, p. 72 ss.

<sup>12</sup> Come è stato condivisibilmente osservato, nella «realtà di tipo "parafamiliare" (qual è il *ménage à trois*) ... l'autonomia negoziale può essere vista non solo come la fonte del regolamento, ma come il dato a cui riportare l'intero regime»: così P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 5.



tonomia *privata* nel campo del diritto<sup>13</sup>. Si raffigurano i contraenti come soggetti originariamente liberi e sovrani nella sfera giuridica propria, legittimati perciò a disporre di essa con un atto insindacabile e autonomo<sup>14</sup>. Al centro è posta la volontà: «l'individuo, il *privus* ("colui che sta da sé") della lingua degli avi»<sup>15</sup> vede nell'autonomia privata, così concepita, la garanzia della propria libertà<sup>16</sup>.

Tuttavia, in questo concetto<sup>17</sup> è insita un'intima contraddizione: il potere di ciascuno di dare legge a se stesso<sup>18</sup> mal si rapporta con il costante vacillare del volere umano, che non consente di coniugare efficacemente il principio «*pacta sunt servanda*» con la piena libertà individuale e, di conseguenza, non permette – sotto il profilo logico – di rendere stabili i rapporti giuridici intersoggettivi. Volontà negoziale ed effetti giuridici tendono così ben presto a un progressivo distacco degli uni dall'altra<sup>19</sup>.

Si fa strada l'idea, propria del positivismo giuridico, che la volontà non sia creatrice degli effetti del contratto poiché questi troverebbero la propria fonte *aliunde* e, cioè, nella legge statale, a cui si finisce per riconoscere – come affermato da Michele Giorgianni – una sorta di

<sup>13</sup> A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, p. 121.

<sup>14</sup> R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 1993, p. 18.

<sup>15</sup> Così A. GALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1967, p. 345, nt. 41. Va però precisato, usando le condivisibili parole di P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 308, che «l'autonomia negoziale dei privati non è soltanto autonomia individuale regolata con ricchezza dal codice civile, ma è altresì l'autonomia collettiva dei gruppi, come l'ordinamento sindacale ha storicamente dimostrato con spiccata evidenza».

<sup>16</sup> G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 3.

<sup>17</sup> Il concetto di autonomia privata «ha acquistato un numero notevole di significati e, ciò che più conta, ha suscitato una folla di problemi» (così S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, cit., p. 366). La nozione che si impiegherà in questo scritto risulta essere quella minimale, da intendersi come potere di darsi delle regole proprie. La difficile individuazione di un significato univoco ha indotto alcuni Autori a ritenere fuorviante la definizione e a preferire l'impiego del diverso concetto di «autonomia negoziale», inteso come «potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi privati o pubblici, comunque non necessariamente propri» (così P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p. 331).

<sup>18</sup> La definizione è di G. CALOGERO, voce *Autonomia*, in *Enc. italiana*, Roma, 1930, p. 582.

<sup>19</sup> F. MACIOCE, *La vicenda dell'autonomia privata nel pensiero di Michele Giorgianni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 275.

«monopolio della giuridicità». Oggetto del volere diviene unicamente la dichiarazione negoziale e non gli effetti dell'atto: «i patti, essendo solo parole ed emissioni di fiato, non hanno alcuna forza per obbligare, contenere, costringere o proteggere qualcuno se non quella che si ha dalla pubblica spada», spiegava Hobbes nel Leviatano.

Il negozio giuridico cessa così di coincidere con la volontà dei soggetti e diviene atto di autoregolamentazione di interessi in quanto ammesso dall'ordinamento. Solo la legge rappresenta la fonte e il fondamento unico del regolamento negoziale: i privati (*rectius*, le loro concordi determinazioni) concorrono alla formazione della regola giuridica solamente in quanto è riconosciuto alla loro volontà, da parte dell'ordinamento statale, tale potere<sup>20</sup>.

Proprio questa visione ha fornito una delle basi concettuali della considerazione tradizionale (e superata) del fenomeno della convivenza *more uxorio* quale rapporto, giuridicamente irrilevante, «di mero fatto»<sup>21</sup>: ritenendo necessario che tutte le fattispecie debbano essere regolate dalla legge, l'unione affettiva non matrimoniale non poteva che essere relegata nel campo del metagiuridico<sup>22</sup>.

Questo approccio segna, in parte, anche il *Code Civil* napoleonico, ove il contratto trae sì la sua efficacia vincolante dal consenso manifestato dalle parti, ma in via mediata, poiché così dispone la legge<sup>23</sup>. Parimenti, anche nella Pandettistica tedesca<sup>24</sup> si assiste a una rielaborazione

<sup>20</sup> Sull'argomento si rinvia, ad esempio, a L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 38 ss., secondo cui l'autonomia privata non è potere originario o sovrano, ma è conferito ai singoli da norme superiori che ne regolano l'esplicazione.

<sup>21</sup> Sulla distinzione tra «rapporto di fatto» (giuridicamente rilevante) e «rapporto di mero fatto» (fatto meramente sociale), cfr. V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984, p. 7 ss.; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 4; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 5.

<sup>22</sup> G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 145. In realtà, secondo G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 24 ss., le ragioni di ordine culturale e morale che indussero inizialmente a relegare al «non-diritto» il fenomeno della convivenza di fatto devono farsi risalire all'inizio del XIII secolo, quando si passò da una concezione consensualistica del matrimonio a una formalistica, in cui non era più sufficiente il consenso dei soli nubendi, ma anche l'adozione di un rito officiato da un terzo, per divenire coniugi.

<sup>23</sup> Cfr. G. ALPA, *Definizione codicistica di contratto e vinculum juris*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, p. 144.

<sup>24</sup> Windscheid sosteneva che «la persona comanda ed il diritto si appropria il suo comando (sotto riserva di *causae cognitio*)»: B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda ed E. Bensa, Torino, 1930, p. 203.

dell'originario concetto di negozio, il quale ora assume forza da una fonte eteronoma rispetto alla volontà dei contraenti: la norma statale<sup>25</sup>.

Con il porre al centro della considerazione giuridica la dichiarazione, che l'ordinamento valuta secondo il suo sovrano apprezzamento<sup>26</sup>, le manifestazioni di volontà, benché non volute, sono state di conseguenza ritenute vincolati per i singoli<sup>27</sup>: l'immissione nel traffico giuridico di una dichiarazione produttiva di effetti impone alla parte di subirne le conseguenze in virtù del principio di autoresponsabilità, in aperto contrasto con la teoria (o il dogma) della volontà<sup>28</sup>.

Attraverso il superamento del «mito consensualistico», si giunge così a postulare l'esistenza di rapporti assimilabili ai contratti, o comunque fonte di nuove situazioni giuridiche, per il cui sorgere non è più necessario il volere delle parti<sup>29</sup>. È il caso dei rapporti (contrattuali o meno) di fatto<sup>30</sup> o di quei rapporti considerati rilevanti pur se nascenti da atto nullo<sup>31</sup>, su cui si avrà modo di soffermare l'attenzione quando si tratterà di verificare la natura della nuova fattispecie introdotta dal comma 36 della Novella<sup>32</sup>.

Questa nuova concezione ha contribuito a fornire la base teorica della considerazione giuridica della convivenza di fatto, non ostante l'assenza del tradizionale elemento soggettivo (la volontà delle parti).

---

<sup>25</sup> Secondo F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, cit., p. 369, «la volontà, nell'atto di autonomia privata, è idonea a produrre effetti per il soggetto, solo perché l'altra volontà, la volontà sovrana che si esprime nell'ordinamento giuridico, a ciò l'autorizza». È chiara la distanza che intercorre tra la prima configurazione del concetto di negozio giuridico, ove vige nella sua interezza il dogma della volontà, e la successiva teoria positivista che ridimensiona il ruolo del volere individuale in merito agli effetti dell'atto, i quali possono essere voluti (e possono dunque prodursi) solo se conformi all'ordinamento giuridico.

<sup>26</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 48 ss.

<sup>27</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 71 ss.

<sup>28</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 21-22, in questo modo l'ordinamento tutela il destinatario della dichiarazione che fa affidamento sulla sua serietà e conformità rispetto al suo significato obiettivo. Per analoghe considerazioni v. anche L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, Milano, 1997, p. 5-6.

<sup>29</sup> La paternità di questa teoria sul piano contrattuale va ascritta a G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, vol. 124, in *Die Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Leipzig, 1943, p. 5 ss.

<sup>30</sup> E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355.

<sup>31</sup> C. ZAGO GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964, p. 7.

<sup>32</sup> Per un approfondimento, si rimanda all'analisi che seguirà nel cap. IV, § 5.

Tuttavia, non ostante la parziale rimeditazione del ruolo della volontà, il principio di autonomia, alla base delle teorie volontaristiche, non pare essere stato sostanzialmente scalfito: esso rappresenta, prima ancora dei concetti di volontà o di libertà, la vera essenza del negozio giuridico<sup>33</sup>. E può essere compreso appieno se lo si raffronta con l'opposto principio, quello di eteronomia, in base al quale il regolamento di interessi, disciplinante le relazioni giuridiche intersoggettive, proviene dall'alto o dagli altri.

Nell'impianto codicistico, secondo la concezione liberistica dell'organizzazione economico-sociale che lo contraddistingue<sup>34</sup>, si realizza un sistema in cui l'intervento dello Stato nel contenuto dei rapporti giuridici di tipo patrimoniale risulta fortemente limitato in virtù dell'autonomia privata, in base alla quale il contratto, in quanto frutto dell'esplicazione della libera volontà delle parti, sarebbe comunque permeato da un'intrinseca «giustizia»<sup>35</sup>: la regola di base, che presiede alla sua formazione, è quella dell'autodeterminazione, a opera dei contraenti, della regola pattizia.

Il riferimento è alla nota funzione autopoietica dell'autonomia privata, in base alla quale il contratto è fonte di norme giuridiche che si affiancano a quelle statali<sup>36</sup>. D'altra parte, è un principio ormai acqui-

<sup>33</sup> Irresolubile in questa sede (e, forse, in ogni sede) è il rapporto tra il dogma positivistico e quello volontaristico. Si limita a ricordare sulla questione la nota presa di posizione «individualistica» di G. STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà* (1948), in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, p. 389, in contrapposizione a quella di Emilio Betti che, in un'ottica solidaristica, assegnava maggiore rilevanza alla dichiarazione rispetto alla volontà (ad esempio in E. BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giur. it.*, 1947, p. 137 ss.). Sul perdurante valore dell'autonomia anche nel Codice attuale, v. G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 575.

<sup>34</sup> Cfr. G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 187 ss., il quale evidenzia come il fulcro di questa concezione, su cui ruota l'ordinamento, è costituito dal diritto di proprietà, inteso in termini di assolutezza e illimitatezza, di cui il contratto diviene il mezzo tecnico ideato per la circolazione. Sul punto, si vedano anche G.B. FUNAIOLI, *La concezione individualistica del diritto e la validità dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p. 135 ss.; M. STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 105 ss.

<sup>35</sup> F. BOSETTI, *Lo "squilibrio contrattuale" ed i recenti strumenti di tutela del contraente debole. Contributo minimo per uno studio dei lineamenti generali del sistema*, in [www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it), 2002, p. 3.

<sup>36</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 517 ss. Sul punto si veda anche P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 327, il quale, richiamando l'origine etimologica della parola (derivante dai lemmi *autos* e *nomos*), evidenzia come l'autonomia privata finisca per attribuire alle parti una posizione

sito quello secondo cui la «non-statalità» costituisce uno dei caratteri tipici del fenomeno giuridico<sup>37</sup>, tanto che «lo stesso ordinamento statale finisce per ammettere, utilizzandola, l'esistenza di una dimensione giuridica parallela ed autonoma, dotata di regole, razionalità e valori suoi propri»<sup>38</sup>.

Una simile impostazione, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ha dovuto però confrontarsi con la lettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche che, secondo alcuni, ha condotto a un suo parziale ridimensionamento<sup>39</sup>.

Inizia ad affacciarsi l'idea che il potere di ciascuno di stabilire e regolare i rapporti patrimoniali con altri soggetti, anch'essi privati, al fine di perseguire finalità puramente «egoistiche»<sup>40</sup>, debba e possa realizzarsi solamente laddove realizzi, o concorra a realizzare, anche l'interesse altrui. In base a questa concezione, s'impone una operazione di ermeneusi solidaristica, che troverebbe applicazione con riferimento a tutte le manifestazioni dell'agire dei consociati, avente il fondamento nell'art. 2 Cost.: il giurista sarebbe ora chiamato a dare attuazione al dovere inderogabile di solidarietà (che impone a ciascuno di concorrere alla realizzazione altrui) anche nelle situazioni relazionali afferenti a rapporti giuridici tra privati pienamente capaci<sup>41</sup>.

Lo strumento che permette di realizzare questo obiettivo nel campo negoziale è duplice: per un verso, è dato dalla individuazione in un numero sempre maggiore di norme inderogabili di legge, in quanto asseritamente attuative di finalità pubblicistiche; per altro verso, è rappresentato dall'impiego, sempre più incisivo, dei criteri dell'equità e della buona fede all'interno della vicenda negoziale, attraverso la previsione di un ampio sistema di regole di correttezza<sup>42</sup>.

---

eccezionale, simile alla prerogativa tipica del legislatore, consentendo loro di creare il giuridicamente rilevante.

<sup>37</sup> Cfr. A. FALZA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto di diritto*, Milano, 1988, p. 12; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 4.

<sup>38</sup> Così G.B. FERRI, *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 731.

<sup>39</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 374.

<sup>40</sup> Si impiega il termine in un'accezione sfrondata dalla carica di disvalore che potrebbe suggerire.

<sup>41</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *cit.*, p. 34 ss. Sull'argomento si veda almeno P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 552 ss.; Id., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 206 ss.

<sup>42</sup> Sia consentito il richiamo a R. MAZZARIOL, *Il giurista liberale*, in *Atti e memorie dell'Ateneo di Treviso*, XXVII, Treviso, 2011, p. 379 ss.

A ciò si aggiunga la presenza di un ulteriore potenziale fattore limitativo della libertà negoziale operante nei rapporti di convivenza.

Anticipando in parte l'analisi che seguirà, si avrà modo di verificare che la convivenza assume rilevanza giuridica in virtù della semplice esistenza nella realtà di fatto, senza la necessità di un momento genetico formalizzato in un atto. Questa constatazione evoca le note e risalenti critiche che, nel primissimo dopoguerra, la dottrina tradizionale liberale aveva rivolto alla (allora) «moderna» teoria sui c.d. rapporti contrattuali di fatto, su cui si tornerà in seguito<sup>43</sup>: separando la fase formativa del contratto dal consenso delle parti, la nuova concezione minava nelle fondamenta il dogma della volontà<sup>44</sup>.

Si tratta di un fenomeno non dissimile da quanto accade nelle libere unioni: come si vedrà in seguito, in esse il rapporto (e la conseguente giuridicizzazione) «nasce e giustifica la sua esistenza soprattutto con la forza creativa del fatto stesso di esistere, e di imporsi in fatto»<sup>45</sup>, senza alcuna rilevanza del profilo volontaristico nel suo momento iniziale.

Occorrerà allora verificare se il ruolo del contratto e dell'autonomia privata nei rapporti tra i conviventi esca ulteriormente attenuato alla luce dell'operare di tali limiti aggiuntivi<sup>46</sup>.

3. *L'autonomia privata nei rapporti patrimoniali della famiglia: cenni.* – All'interno del diritto di famiglia, l'erosione dell'operatività della regola della libertà negoziale si è fatta, per lo meno in tempi non recenti, ancora più profonda<sup>47</sup>.

Soprattutto in passato, è stata avvertita da alcuni l'esigenza di in-

---

<sup>43</sup> Si rimanda per un approfondimento alle considerazioni espresse nel cap. IV, § 4 e 5.

<sup>44</sup> Già da alcuni decenni si segnala il declino del c.d. dogma della volontà, secondo cui il volere delle parti rappresenta la ragione ultima del vincolo negoziale: sull'argomento si rinvia a L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, cit., p. 1 ss.

<sup>45</sup> Così V. FRANCESCHELLI, *Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantenario*, in *Contratti*, 1993, p. 707.

<sup>46</sup> Secondo L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 2: «il problema dell'autonomia è, anzitutto, un problema di limiti e di limiti che siano sempre il riflesso di norme giuridiche».

<sup>47</sup> I limiti imposti all'autonomia privata variano non solo a seconda delle diverse epoche storiche di riferimento, ma anche del settore preso in considerazione: si concentrerà qui il discorso all'ambito del diritto patrimoniale della famiglia.

dividuaire *in subiecta materia* un altro e diverso limite all'autonomia privata rispetto a quelli sopra descritti<sup>48</sup>.

Quella costante dialettica tra la libertà dei soggetti di autoregolamentare i propri interessi e il controllo sulla meritevolezza degli stessi si è arricchito di un nuovo elemento di sindacato dell'agire dei contraenti: l'interesse superiore della famiglia. Alla base di questa visione vi è l'idea che il matrimonio rappresenti un istituto diretto a perseguire finalità pubblicistiche: la famiglia viene intesa quale momento speculare al modello statale, a cui si nega la permeabilità del volere dei privati in ragione della natura superindividuale degli interessi in gioco.

Gli echi ideologico-concettuali del prototipo di famiglia precostituzionale, a cui era informato il Codice civile del 1942, sono evidenti: la comunità familiare viene concepita come un'istituzione portatrice di valori trascendenti quelli dei suoi partecipanti e idonea a giustificare il sacrificio degli interessi dei singoli<sup>49</sup>. La libertà del volere dei suoi componenti e la possibilità di autodeterminarsi non possono che cedere di fronte a una concezione «istituzionale»<sup>50</sup> in cui il diritto chiamato a regolare il vincolo matrimoniale è assimilato a quello pubblico.

La rappresentazione della famiglia come entità distinta da chi ne fa parte è stata però da tempo superata in base all'assorbente considerazione che nel matrimonio l'ordinamento tutela solamente gli interessi dei soggetti che lo hanno contratto.

---

<sup>48</sup> Si fa riferimento alle tesi espresse da A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Bologna, 1978 (rist.), p. 213 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 268 ss.; più recentemente, v. anche C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 190; Id., *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494 ss., secondo il quale non si potrebbe parlare di autonomia privata nel campo familiare in quanto l'interesse di ogni membro della famiglia è connesso con quello altrui. Un'efficace analisi del pensiero di Antonio Cicu può ritrovarsi in M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1975, p. 417 ss.

<sup>49</sup> Così sosteneva A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Milano, 1965, pp. 140 ss.: «matrimonio, patria potestà, tutela, sono istituti che hanno radice essenzialmente nel fatto sociale, che hanno una finalità sociale, che quindi non comportano libertà individuale. I rapporti giuridici cui dan luogo non sono rapporti tra persone che stiano fra di loro di fronte od accanto con piena reciproca indipendenza, autonomia, responsabilità; sono rapporti animati essenzialmente dall'idea del dovere anziché dall'idea del potere». Per un'efficace recente critica di questo orientamento del passato, v. T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001, p. 19 ss.

<sup>50</sup> Compie questa osservazione G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 103 ss.

Una decisiva spinta in tale direzione si è avuta, in questo campo, con l'avvento dell'era costituzionale, che ha scardinato l'impostazione gerarchica del modello familiare, ora improntato all'uguaglianza dei suoi membri, e lo ha incluso nelle formazioni sociali in cui si svolge e si tutela la personalità degli individui<sup>51</sup>: «la prospettiva da accogliersi, e valida in tutta la materia delle libere formazioni sociali, è quella del diritto privato»<sup>52</sup>.

Ma il colpo decisivo alla concezione istituzionale della famiglia si è realizzato con la riforma del 1975 attraverso la rivalutazione, al suo interno, del momento volontaristico: l'accordo è ora posto a fondamento non solo del sorgere del vincolo, ma anche del successivo svolgimento del rapporto. Si è delineato un sistema in cui è l'intesa tra gli sposi a regolare il *ménage* domestico: l'indirizzo della vita familiare, la fissazione della residenza dei coniugi, la determinazione degli obblighi di contribuzione, le decisioni riguardo ai figli, la derogabilità del regime legale, il contenuto delle condizioni stabilite nella separazione consensuale (che non riguardano la prole<sup>53</sup>), sono demandati al solo consenso reciproco dei consorti<sup>54</sup>. Si è così assistito a una «graduale ab-

---

<sup>51</sup> Sulla questione si rinvia all'analisi che verrà svolta nei paragrafi successivi. Sia per ora sufficiente richiamare P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Padova, 1966, p. 51 ss., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 21; V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, p. 274; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, 2000, p. 340; F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, Camerino-Napoli, 1980, p. 160, il quale ricorda come la prospettiva individualistica non sia né nuova, né recente, ma risale, tra gli altri, a N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, a cura di L. Coviello, Milano, 1924, p. 319 ss.; G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Milano, 1944, p. 86; L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1947, p. 93 ss.; C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953, p. 27 ss.

<sup>52</sup> Così P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, cit., p. 5.

<sup>53</sup> L'art. 158, comma 2, c.c. consente un controllo di merito da parte del giudice sugli accordi raggiunti dai coniugi, in sede di separazione consensuale, solamente in presenza di figli.

<sup>54</sup> Per tali motivi, con la riforma del 1975, si è parlato di «privatizzazione» del diritto di famiglia: cfr., tra tutti, M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 195; G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, pp. 250 ss.; M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, *ivi*, 2003, I, p. 123 ss.; E. RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative a procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 1081; M. FORTINO, *Verso una nuova «privatizzazione» della famiglia nella società globale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 172 ss.; N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema co-*



dicazione, da parte dello Stato, dal suo ruolo di regolatore del matrimonio»<sup>55</sup>.

In questa nuova prospettiva, viene abbandonata la previgente concezione pubblicistica e verticistica della famiglia a favore dell'attribuzione di una inedita rilevanza all'interesse di ogni suo componente volto a realizzare – all'interno della stessa e nel rispetto dei vincoli solidaristici che essa impone – la propria personalità<sup>56</sup>. Come è stato effi-

---

*munitario*, in *Famiglia*, 2006, p. 9; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1105 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 51 ss. V., inoltre, A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 613, per il quale l'istituto familiare realizza un «regime consensuale permanente in cui l'accordo dei coniugi condiziona sia la costituzione che la conservazione del rapporto consortile». Si è parlato, a tal proposito, di famiglia quale «luogo di ricerca dell'accordo»: così R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Trattato Bessone, Il diritto di famiglia*, IV, 1, Torino, 2010, p. 431. In modo non dissimile, v. P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, cit., p. 4, secondo cui «la riforma segnò, tra l'altro, la riaffermazione del primato dell'autonomia negoziale privata nell'ambito della famiglia». Già in tempi non recenti la dottrina più autorevole aveva riconosciuto all'autonomia privata ampi margini di operatività, seppure entro i confini dei rapporti patrimoniali tra coniugi: si vedano sul punto, senza alcuna pretesa di esaustività, le posizioni assunte da F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss.; ID., *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, p. 23 ss.; C.M. BIANCA, voce *Famiglia (diritto di)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 70; V. PIETROBON, *Riconoscimento del figlio naturale e incapacità di intendere e di volere*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 470 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 152 ss.; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 138; G. CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 23 ss.; P. ZATTI, *Diritti e doveri del matrimonio*, in *Trattato Rescigno*, 3, Torino, 1996, p. 80 ss.; P. RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, p. 33 ss.

<sup>55</sup> Così V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 769, il quale cita un passo tratto da M.A. GLENDON, *State, Law and Family. Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, Amsterdam-New York-Oxford, 1977, p. 233.

<sup>56</sup> Come affermato da P. STANZIONE e G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. Ruscello, Padova, 2006, p. 18, «il passaggio da una “concezione istituzionale” ad una “concezione costituzionale” della famiglia segna ... l'emersione degli interessi dei singoli rispetto a quelli del gruppo, in una prospettiva solidaristica che im-

cacemente osservato, «la famiglia non è un bene in sé, un valore in sé ma in tanto è valore in quanto ha l'idoneità di rispondere alla sua funzione che è quella di promuovere la persona umana, cioè lo sviluppo delle persone che fanno parte della comunità familiare»<sup>57</sup>.

La nuova posizione di eguaglianza in cui la legge colloca i coniugi ha permesso di superare i limiti tradizionalmente posti all'autonomia privata<sup>58</sup> e di rendere minoritarie, ormai da qualche decennio, le voci critiche sull'esistenza del principio di libertà negoziale nei rapporti patrimoniali della famiglia legittima<sup>59</sup>.

Di fronte alla mutata considerazione (anche normativa) dell'istituto, il fondamento di una concezione restrittiva dell'operare della libertà in quest'ambito non può allora ricavarsi dalla legge, ma va rinve-

---

pone la ricerca di un criterio di contemperamento dell'esercizio dei diritti fondamentali o meglio di «equilibrio delle libertà». Sulla questione, si vedano anche, tra gli altri, L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, p. 65; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 782; nonché A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 612, il quale però precisa che «l'interesse comune non è certamente un interesse superiore o superindividuale riferibile ad una entità per se stante, più o meno soggettivata; ma non è neppure un interesse individuale». In modo analogo, v. anche R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra i coniugi*, cit., p. 424; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., p. 23-24.

<sup>57</sup> Così P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 147, il quale però poi conferisce primaria importanza anche al momento solidaristico all'interno della famiglia. Allo stesso modo del testo, v. P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 785; V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 274, secondo il quale deve essere accolta «una concezione funzionale della famiglia, una concezione cioè che la famiglia stessa considera in posizione sottordinata e servente rispetto all'individuo, quale spazio ideale e protetto di piena autoespressione e realizzazione della personalità umana nella molteplicità delle sue manifestazioni attive e nella varietà e diversità dei suoi interessi affettivi ed esistenziali».

<sup>58</sup> S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, Milano, 2011, p. 4-5, il quale sottolinea l'inconciliabilità dell'idea di autonomia con situazioni caratterizzate dalla gerarchia e dalla diseguaglianza (p. 11).

<sup>59</sup> Sull'esistenza del principio v., tra molti, M.G. CUBEDDU, *Autonomia privata e regimi patrimoniali*, in *Trattato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, 3, *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, a cura di T. Auletta, Torino, 2011, p. 1; A. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Commentario Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 10; G. FERRANDO, voce *Matrimonio civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 237 ss. Il primo, sotto ogni profilo, a teorizzare l'idea dell'esplicazione dell'autonomia negoziale in ambito familiare, ancorché con significative limitazioni, è stato F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss. (poi raccolto nei *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss.).

nuto *aliunde*: sono, in realtà, le opinioni personali dell'interprete circa il ruolo dell'individuo e della sua libertà all'interno della società, più che la presenza di singole disposizioni, a guidarlo nell'esegesi delle norme poste in tema di rapporti patrimoniali tra privati, siano essi coniugi o conviventi<sup>60</sup>.

In particolare, quanto osservato deve confrontarsi con quello specifico modello familiare costituito dalla convivenza di fatto, in cui è forte l'esigenza di libertà che la scelta di non sposarsi comporta: in quest'ambito, il diritto chiamato a regolare l'unione, diversamente da quanto accade nel rapporto di coniugio, deve considerarsi disciplinato da norme aventi per lo più carattere dispositivo, soprattutto con riguardo alle previsioni che attribuiscono diritti di natura patrimoniale.

Quelle peculiari esigenze di tutela che la normativa matrimoniale intende soddisfare e che giustificano, sotto certi profili, la compressione dell'autonomia privata<sup>61</sup> (si pensi alla presenza di *status*, di figli, specie se minori, o di un coniuge economicamente «debole»)<sup>62</sup> non possono predicarsi *tout court* per le convivenze di fatto, in cui, non vigendo obblighi di contribuzione coercibili, il rispetto della scelta di sottrarsi a una disciplina eteronoma deve essere rispettata e valorizzata.

<sup>60</sup> Sia consentito il richiamo a R. MAZZARIOL, *La necessaria riscoperta del momento consensuale nell'ambito patrimoniale della famiglia: due casi emblematici*, cit., p. 83 ss.

<sup>61</sup> Secondo F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 432, «la privatezza non può astrarre dalle istanze di solidarietà proposte dai vincoli familiari. Sono innanzi tutto i bisogni dei soggetti più deboli della comunità familiare (cioè i figli, specie i minori) che l'ordinamento intende garantire sottraendoli alla disponibilità incontrollata dei genitori. Analogo discorso, pur con diverse connotazioni, vale per il coniuge in concreto più debole, vuoi per assenza di mezzi economici che per condizioni emotive, specie in occasione del venir meno della comunità familiare: in tal guisa che gli obblighi *ex lege* di natura patrimoniale (es. doveri di contribuzione e di mantenimento), pur assumendo la struttura di obbligazioni di diritto privato, risentono della funzione assoluta di istituti di diritto familiare ... sono a contenuto e ad oggetto inderogabili, in quanto funzionali alla tutela della personalità dei singoli componenti della famiglia». In modo analogo, v. anche D.G. RUGGIERO, *Gli accordi di convivenza*, in *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, a cura di F. Bocchini, Torino, 2006, p. 194 ss., il quale sottolinea che «il "problema" dell'autonomia privata nel diritto di famiglia dovrebbe pertanto essere concentrato, piuttosto che sull'ammissibilità, sull'ambito di operatività dell'autodeterminazione dei privati» (in nt. 53).

<sup>62</sup> Si è tuttavia avvertito che il diritto della famiglia legittima è indirizzato non più verso una solidarietà di per sé immanente, bensì verso una solidarietà legittimata dal principio di responsabilità del singolo nelle relazioni personali e patrimoniali in ambito familiare: così M.G. CUBEDDU, *Autonomia privata e regimi patrimoniali*, cit., p. 3.

Occorre però accertare l'eventuale presenza in questo campo di norme imperative che siano espressione di regole fondamentali dell'ordinamento<sup>63</sup>.

Anticipando in parte gli esiti dell'analisi, la materia non sembra essere caratterizzata da finalità pubblicistiche e deve perciò accordarsi ai conviventi un'ampia possibilità di regolare i loro rapporti patrimoniali, sia durante il permanere del vincolo, sia dopo il suo scioglimento, con i limiti espressi che la sola legge impone a tutela di concrete esigenze di rango costituzionale<sup>64</sup>. Nessuna paventata «mercantilizzazione» del diritto di famiglia può farsi discendere dall'opzione interpretativa qui accolta<sup>65</sup>: la difesa dell'unità familiare e dei valori affettivi che da essa discendono deve essere affidata e perseguita, unicamente, dai suoi singoli componenti.

Sotto questo profilo, la previsione di un nuovo strumento contrattuale tipico, per disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune dei conviventi, deve essere salutata con estremo favore, poiché evita un duplice equivoco: considerare l'autonomia privata come mero arbitrio (ossia quale sovranità del singolo di compiere ciò che più desidera) e leggere la logica dell'individualismo come la logica del più forte.

Si tratta di due concezioni fuorvianti e improprie poiché il privato, in ambito negoziale, non è mai «sovrano» in quanto l'autonomia non può che manifestarsi in forme bilaterali<sup>66</sup>. Solo tramite l'accordo, che segna il punto di equilibrio tra la compressione di un proprio interesse e la composizione con quello altrui, può esplicitarsi il potere dei singoli conviventi di darsi liberamente delle regole e di gestire in autonomia il proprio patrimonio, pur con il limite del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume.

---

<sup>63</sup> Per E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 585 ss., «norma imperativa è la norma proibitiva che, sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata».

<sup>64</sup> Sulla questione si rinvia alle considerazioni che verranno espresse nel cap. IV.

<sup>65</sup> Tra i molti che ritengono debba essere eliminata ogni connotazione negativa con riguardo all'espressione «privatizzazione del diritto di famiglia», v. ad esempio G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 129 ss.; P. ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazione di un'idea*, in *Familia*, 2002, I, p. 9 ss. e 28 ss.

<sup>66</sup> P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 230.

È dunque sulla base di una prospettiva necessariamente bilaterale che dovranno essere individuati i presupposti applicativi e i vincoli che incontrano i conviventi nella redazione di un negozio regolativo del *ménage* economico.

4. *I dubbi e le esigenze di una regolamentazione normativa.* – Sulla base di questi caposaldi, che tengono conto della genesi storica dei concetti di «negozio giuridico» e di «autonomia privata» e del loro operare nella materia familiare, verrà fondata l'esegesi della Novella e dello strumento attraverso cui l'autonomia privata opera in tale materia: il contratto di convivenza.

Tuttavia, prima di entrare nel vivo dell'indagine, occorre porre un'ulteriore premessa e farsi carico di una possibile obiezione, che investe lo stesso fondamento della legge n. 76 del 2016 e che sembra confliggere con i criteri, appena espressi, a cui questo scritto dichiaratamente si ispira.

Messo da parte ogni pregiudizio di tipo etico, il profilo che va verificato riguarda l'opportunità (e, per alcuni interpreti, anche la legittimità) di una giuridicizzazione *ex lege* della convivenza alla luce del principio di autonomia<sup>67</sup>. Si tratta di una questione, prima ancora che giuridica, di politica del diritto e di bilanciamento tra le esigenze di libertà e quelle di responsabilità<sup>68</sup>.

L'attuale normativa è il frutto di un percorso che ha visto numerose resistenze, talvolta animate non tanto da un preconcetto di carattere morale verso il fenomeno<sup>69</sup>, quanto dall'avvertita esigenza di

<sup>67</sup> Questi sono i due ostacoli (superabili) che sul piano argomentativo incontra il riconoscimento giuridico delle coppie di fatto per G.F. ZANETTI, *La coppia di fatto tra morale e diritto*, in *Famiglia*, 2004, p. 659 ss.

<sup>68</sup> V. ROPPO, voce *Famiglia*. III) *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 2.

<sup>69</sup> Il fondamento è invece etico, oltre che giuridico, ad esempio, in A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, p. 34, per il quale persino «parlare della famiglia di fatto come entità giuridica rilevante è un non senso». Allo stesso modo, l'illustre Autore così ribadiva: «un riconoscimento giuridico di dette libere formazioni corrisponderebbe a riconoscere una situazione che, non solo è *extra legem*, ma, per definizione, è *contra legem*. Il diritto non può essere invocato contro il diritto; ed è anche troppo, in un sistema costruito su basi di coerenza, che, dette unioni, libere restino e non proibite!» (così A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 28 e anche in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 17).

stampo ideologico di offrire massima tutela alla decisione di due soggetti di non contrarre, per i motivi più vari, un matrimonio e di non soggiacere, nemmeno in parte, ai limiti di legge che tale scelta comporta<sup>70</sup>.

Per queste ragioni, già in passato è stato criticato il riconoscimento della convivenza di fatto compiuto attraverso il ricorso all'applicazione analogica di alcune norme dettate per il rapporto coniugale: si è detto che l'assenza di similarità tra le due situazioni, che il procedimento analogico necessariamente presuppone, precluderebbe sempre un simile esito. I conviventi, nel preferire un rapporto non formalizzato, dimostrerebbero di non volere assumere alcun diritto o dovere nascente dal matrimonio, ossia da una fattispecie diversa, a cui non potrebbero essere equiparati<sup>71</sup>. Alla luce di questi dati, concepire la famiglia di fatto come una realtà che sollecita una qualche disciplina a opera dell'ordinamento è sembrato, al contempo, paradossale e illogico.

La medesima obiezione potrebbe allora riproporsi, ed è stata in parte sostenuta, anche con riguardo alla legge n. 76 del 2016.

In questa prospettiva, la regolamentazione normativa dell'unione si tradurrebbe in una inammissibile violazione della libertà di ciascuno di optare per un legame affettivo non vincolato, né tanto meno vincolante<sup>72</sup>. Il motivo principale che spinge una coppia a non coniugarsi ri-

<sup>70</sup> Questa esigenza è stata colta in passato, ad esempio, da M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 100 ss. e, in parte, da P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, cit., p. 310, secondo cui la famiglia di fatto è «un istituto vissuto e voluto in termini di non comprimibile libertà [che] non si presta ad una regolazione dettata per legge».

<sup>71</sup> Sembrano accogliere questa opinione, tra gli altri, E. QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 296; F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Atti del convegno di Roma-Tor Vergata del 3 dicembre 1987, Napoli, 1988, p. 131; U. MAJELLO, *Stato e comunità familiare*, in *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, 1981, p. 878.

<sup>72</sup> Cfr., seppure precedentemente all'introduzione della Novella, i rilievi critici mossi da G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 45; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, p. 261; ID., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 172 ss.; M. IEVA, *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. not.*, 2001, p. 41. Secondo C. Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 678, l'estensione automatica delle regole che il legislatore ha sancito per il matrimonio alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti. Contrari a una regolamentazione legislativa uniforme, in quanto contrastante con l'esigenza di libertà manifestata dai conviventi, erano anche M. FINOCCHIARO, *Considerazioni bre-*

siede nell'esigenza di vivere spontaneamente la propria sfera affettiva, sulla base di una scelta libera, revocabile in ogni momento e non coercibile. Peraltro, questa scelta è oggi sicuramente ricollegabile in via diretta alla precisa volontà contraria dei conviventi di assumere obblighi giuridici di stampo coniugale<sup>73</sup>: con l'introduzione del divorzio e con la nuova disciplina delle c.d. unioni civili, non possono più immaginarsi delle coppie «costrette» a convivere in quanto già vincolate a un legame indissolubile con un precedente coniuge, dal quale sono separati di fatto, ovvero legalmente impossibilitate a ottenere un riconoscimento formale simile a quello matrimoniale.

Sempre su questo terreno, è stata inoltre prospettata l'eventualità che l'introduzione di uno statuto minimo della convivenza, con un'eterogeneità dei fini, finisca, per un verso, per penalizzare la parte più «debole» della coppia, incoraggiando l'altra a «imporre» la continuazione del rapporto di fatto (in quanto riconosciuto *ex lege*) senza optare per il regime matrimoniale, che assicurerebbe maggiori e migliori garanzie<sup>74</sup>; per altro verso, per qualificare la famiglia di fatto come un organismo di «grado inferiore» rispetto a quella legittima<sup>75</sup>.

Da ultimo, l'attuale normativa e la precedente costruzione giurisprudenziale di regole ricavate dal diritto comune, che assumono la convivenza quale oggetto di disciplina diretta e immediata, potrebbero apparire tanto più inopportune a un giurista che si professi di ispirazione liberale e che consideri ricompresa, nella sfera di libertà di ciascuno di darsi delle regole nel campo patrimoniale, anche quella di non darsene affatto.

Le critiche, benché lambiscano i risultati a cui si approderà, possono superarsi tanto sul piano dei principi, quanto su quello normativo.

Prima di approvare una prospettiva di totale chiusura alla recezione normativa del fenomeno, occorre anzitutto chiedersi se sia davvero conforme al pensiero liberale ritenere, assai semplicisticamente,

---

vissime sulla «famiglia di fatto» e sulla inopportunità di una sua regolamentazione «legale», in *Vita not.*, 1998, p. 1367-1368; G. BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 645-646.

<sup>73</sup> E. QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 505.

<sup>74</sup> È l'opinione espressa da E. QUADRI, *Famiglia e rapporti di coniugio: il dibattito negli anni delle riforme*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 134 ss.

<sup>75</sup> Si tratta del dubbio prospettato da M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 192 e da P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, p. 777.

che l'autonomia privata si risolve nella mera libertà di fare ciò che più si desidera e di non subire condizionamenti eteronomi non voluti. Trattasi di una visione *naïf* di tipo ottocentesco, che ricollega rigidamente l'idea della giuridicizzazione a quella della coercizione: una conclusione sicuramente libertaria, ma tacciabile di un certo apriorismo ideologico, che non tiene conto di numerosi fattori.

A prescindere dal rilievo che nel campo negoziale il privato non è mai «sovrano», in quanto l'autonomia non può che manifestarsi in forme bilaterali, va osservato che, anche (e forse soprattutto) in un ordine giuridico liberale, si avverte la duplice esigenza di dare stabilità (e prevedibilità) alle regole che disciplinano l'agire dei consociati e di tutelare le posizioni soggettive di rilevanza costituzionale. La regolazione normativa delle libere unioni risponde proprio a tale bisogno, poiché anche in questo campo, in cui nasce e si realizza una famiglia, si sente la necessità di creare un insieme di diritti e di obblighi prestabiliti al fine di conferire serietà e protezione a una situazione di fatto meritevole di tutela.

In questo senso, l'uso dell'interpretazione analogica (prima della Novella) e l'attuale introduzione di uno statuto minimo per disciplinare la materia non hanno nulla di ingiusto, né implicano la lesione del fondamentale diritto all'autodeterminazione: l'esigenza di libertà deve contemperarsi sempre con il principio di responsabilità, tanto più in un contesto di tipo familiare che suscita inevitabili affidamenti nei suoi componenti. Invero, «accanto alla positiva rivendicazione di libertà e autonomia, non può non contrapporsi l'esigenza, sempre più avvertita, di impedire una fuga dagli impegni e dalle responsabilità che il rapporto di coppia, al pari di ogni relazione giuridicamente rilevante, implica»<sup>76</sup>.

D'altra parte, occorre prendere atto che l'eventuale affidamento al solo volere dei conviventi – e dunque al solo strumento contrattuale –

---

<sup>76</sup> Così L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., p. 1120. Della medesima opinione v., ad esempio, anche N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Frezza, Milano, 2005, p. 24; F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, in *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, Torino, 2006, p. 27; nonché V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 761, secondo il quale ammettere la rilevanza giuridica della famiglia di fatto sarebbe un'operazione «diretta a porre i *partner* di fronte alle conseguenze che ragionevolmente discendono dalle loro scelte e dalle loro azioni, in una parola ad affermare la responsabilità».



del ruolo di regolatore del rapporto, in assenza di alcuna disciplina legale, si scontra con quanto generalmente può osservarsi nella prassi delle situazioni di natura affettiva.

In quest'ambito, sorgono sovente notevoli difficoltà di ordine psicologico nello stipulare un accordo di natura patrimoniale in quella fase fisiologica, posta all'inizio della convivenza, in cui i componenti della coppia sono (relativamente) certi di ricomporre le eventuali problematiche di natura economica che dovessero emergere durante il rapporto<sup>77</sup>. A ciò si aggiunga che il rifiuto di avvalersi dell'istituto matrimoniale e la scelta di vivere informalmente determinano uno scarso interesse dei conviventi per ogni forma di accordo avente rilevanza giuridica<sup>78</sup>. Senza considerare, poi, che la scelta di convivere senza sposarsi è non di rado dettata dal desiderio di poter far cessare l'unione velocemente e senza formalismi, più che dalla volontà di impedire che il rapporto venga sottoposto a regole giuridiche eteronome<sup>79</sup>.

Pertanto, sebbene il contratto rappresenti, in linea generale, lo strumento migliore per demandare la risoluzione di conflitti di interessi tra privati, non può costituire l'unico fulcro regolatore e l'unico «rimedio» ipotizzabile in questo campo<sup>80</sup>: spetta dunque alla legge, ancorché nei limiti ben precisi che si chiariranno, prevedere forme minime di tutela della parte oggettivamente «debole» in precise situazioni in cui emergono interessi costituzionalmente rilevanti.

L'ordinamento è tenuto a proteggere, durante il rapporto affettivo, i diritti essenziali dei soggetti ai sensi dell'art. 2 Cost., nonché a difendere i conviventi da quelle pretese che, soprattutto nella fase suc-

---

<sup>77</sup> L. BALESTRA, *Il rapporto tra conviventi di fatto: contratti di convivenza e obbligazioni naturali*, in *La famiglia di fatto*, Atti della terza giornata di studi in memoria dell'avv. Mario Jaccheri, Pisa, 2009, p. 40.

<sup>78</sup> Rileva F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1737, come l'esperienza notarile conosca un numero estremamente limitato di conviventi che hanno scelto di regolare i rapporti patrimoniali tramite un contratto. Non solo: l'Autore sottolinea che, nella propria esperienza professionale, il ricorso allo strumento negoziale da parte di conviventi è stato dettato, più che da esigenze di tutela dei bisogni della famiglia, dall'interesse di proteggere uno o più dei propri beni dalla futura possibile aggressione da parte dei creditori, per lo più attraverso l'impiego dello strumento previsto dall'art. 2645 *ter* c.c.

<sup>79</sup> T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2016, p. 11.

<sup>80</sup> In modo analogo, v. G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2016, p. 1773, il quale mette in guardia sulla «mistica» del contrattualismo, difficilmente concepibile anche con riguardo ai rapporti patrimoniali familiari, spesso contraddistinti da una rilevante asimmetria di potere contrattuale.

cessiva allo scioglimento dell'unione, sono percepite come socialmente ingiuste e che solo la legge, attraverso norme *ad hoc* o per il tramite del ricorso ai modelli del diritto comune (ad esempio, *soluti retentio*, ingiustificato arricchimento, etc.), può contrastare. In termini semplificanti, se è vero che il diritto di famiglia (ricomprensivo anche le unioni affettive non fondate sul matrimonio) è posto in funzione della sola dignità e libertà dell'uomo, è altrettanto vero che la tutela di questa libertà non può spingersi sino al punto da assecondarne gli egoismi particolaristici o una volontà prevaricatrice<sup>81</sup>.

Si aggiunga, poi, un'ultima considerazione.

Per un liberale la definizione generale della libertà come «diritto di fare ciò che si desidera» può risultare corretta solo se a essa si aggiunge la restrizione «... con ciò che si ha»<sup>82</sup>. Nel campo del diritto, questa constatazione si traduce nella necessaria previsione di limiti all'ingerenza d'altri nella propria sfera giuridica e nell'introduzione di regole che offrano protezione (soprattutto nei rapporti familiari) dalle indebite prevaricazioni o pretese del *partner*<sup>83</sup>.

Pertanto, concedere in quest'ambito giusto spazio al momento dell'autonomia privata non significa fornire una regolamentazione del fenomeno della convivenza in chiave meramente negoziale o individuale: il desiderio dei singoli di «vivere il proprio legame sentimentale al di fuori di ogni schema giuridico-formale»<sup>84</sup>, come non può comportare un giudizio di completa irrilevanza giuridica del rapporto, così non può tradursi nell'affidamento al solo contratto del ruolo di garante o di regolatore della convivenza<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> La scelta in ordine alla propria esperienza di coppia deve intendersi sempre come frutto di autonomia decisionale, che si esercita tra opzioni istituzionali passibili di riconoscimento giuridico entro un orizzonte normativo di libertà d'opzione: cfr. G.F. ZANETTI, *La coppia di fatto tra morale e diritto*, cit., p. 661.

<sup>82</sup> Così per H. LEPAGE, *Il diritto di proprietà: basi etiche ed economiche*, cit., p. 76, il quale sottolinea che, a meno di essere incoerenti, «ammettere che si possa fare ciò che si vuole, significa negare la proprietà degli altri, e dunque violare la loro libertà».

<sup>83</sup> Secondo P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 138, vi è «la necessità di impostare il problema sul piano non certamente dell'arbitrarietà, espressione di un individualismo esasperato o di tipo libertario, ma dell'autonomia che deve pur rispondere ad un giudizio di meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, nel rispetto dei diritti e dei voleri fondamentali, irrinunciabili nel nostro sistema».

<sup>84</sup> Così F. GAZZONI, *Il diritto all'abitazione della casa parafamiliare*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 378.

<sup>85</sup> La soluzione contrattuale è parsa l'unica strada percorribile a F. GAZZONI, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 662; A. MAZZOCCA, *La*

A questo riguardo, occorre prendere atto che nella nostra Carta fondamentale è stata esclusa una visione puramente «individualistica» della persona. Quest'ultima è intesa anche in funzione delle molteplici relazioni, sia materiali che spirituali, che ha con gli altri, comprendenti le realtà associative di cui fa parte: come è stato sottolineato nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, la persona non vive isolata nel suo egoismo e chiusa nel suo mondo, ma si muove in una rete di relazioni nel reciproco rispetto altrui<sup>86</sup>. Declinando questo principio nel campo giuridico, si è osservato che «il diritto non è un veicolo autoritario per imporre valori non condivisi, ma un sistema relazionale, di carattere pubblico e obiettivo, di difesa e promozione dei soggetti in relazione»<sup>87</sup>.

In questo modo, «con il legarla alla responsabilità, di cui è presupposto, la libertà dei soggetti impegnati in una convivenza *more uxorio* non viene compressa, ma al contrario valorizzata. Chi liberamente intraprende un'esperienza di tanto peso, che coinvolge per sua natura la posizione (affettiva, ma anche economica) di un'altra persona, non può andare immune da quelle conseguenze di essa che siano reclamate da obiettive ragioni di giustizia e desiderabilità sociale»<sup>88</sup>.

Alla luce dei risultati raggiunti, il rapporto dialettico tra «diritto» e «non diritto» nel campo dei rapporti tra conviventi non può che sciogliersi a favore del primo: il percorso di giuridicizzazione sinora compiuto si muove, pur sempre, all'interno delle coordinate etico-giuridi-

---

*famiglia di fatto (realtà attuali e prospettive)*, Milano, 1989, p. 92; E. QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 507, secondo il quale «solo l'autoregolamentazione sembra, in materia di rapporti patrimoniali, effettivamente compatibile con l'esaltazione di quella libertà di autodeterminazione, in cui finisce col riassumersi l'opzione per la convivenza fuori del matrimonio, quale espressione della volontà di affidare ad una spontanea e continua verifica la solidarietà tra i componenti del gruppo ... A ben vedere, insomma, per la sua intima contraddittorietà, è l'idea stessa di una disciplina (specialmente se con pretese di organicità) della convivenza *more uxorio* – e, in particolare, dei rapporti tra conviventi – che non pare meritevole di seguito». *Contra v.* però G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1773.

<sup>86</sup> Cfr. A. MORO, *Assemblea costituente. 13 marzo 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, I, Roma, 1971, p. 373. Per un approfondimento del tema sul piano dei principi, v. P. LILLO, *Famiglie di fatto e libertà matrimoniale*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 1007 ss.

<sup>87</sup> Così G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica, e diritto*, Roma, 1997, p. 133.

<sup>88</sup> Così V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 761-762.

che della dottrina liberale e fornisce adeguata risposta alle richieste di salvaguardia di un minimo di stabilità, di affidamento reciproco e di conforto economico nascenti dall'unione affettiva non fondata sul matrimonio.

Si tenga poi conto che, ormai da tempo, può dirsi superata quella concezione della famiglia quale istituzione che il diritto può lambire soltanto<sup>89</sup>: in quanto formazione sociale *ex art. 2 Cost.*, essa non può essere considerata come luogo «di puro privato residuale», ma l'ordinamento ha il dovere di intervenire per offrire sostegno al pieno e integrale sviluppo della persona e dei correlati valori di uguaglianza<sup>90</sup>. Ne consegue che, se nel concetto di «famiglia» deve essere ricompresa (come meglio si dimostrerà in seguito) la libera unione, la *regula iuris* appena individuata varrà anche per quest'ultima, con la conseguente piena legittimità di un riconoscimento dei rapporti di convivenza, seppure nei limiti che verranno ora tracciati.

La promozione della responsabilizzazione dei conviventi deve, infatti, operare entro circoscritti confini.

Gli interventi, normativi e interpretativi, devono limitarsi a fornire uno statuto minimo di disciplina che non può intaccare nelle fondamenta la scelta di libertà compiuta da due persone che hanno deciso di convivere senza coniugarsi. Le ingerenze eteronome rispetto al volere dei *partner* devono allora riguardare precise situazioni in cui emerge una reale esigenza di tutela del singolo avente rango costituzio-

<sup>89</sup> Il riferimento è naturalmente al pensiero di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Napoli, 1949, p. 40 ss.

<sup>90</sup> Cfr. V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 271. Più in generale, sull'interpretazione dell'art. 2 Cost. come clausola aperta, ricomprendente anche la famiglia di fatto, v. per tutti P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, cit., p. 51 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, p. 949; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 22 ss.; P. PERLINGIERI, *Aspetti dei rapporti familiari personali e patrimoniali*, in *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 933 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 3; R. TOMMASINI, *Formazioni familiari in divenire: tra realtà sociale, autonomia privata e regole giuridiche*, in *Scienza ed insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 555 ss.; P. BARILE, *La famiglia di fatto. Osservazioni di un costituzionalista*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereeggio-Parma, 1977, p. 45; nonché L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Justitia*, 1990, p. 1 ss., per il quale la famiglia di fatto «può ottenere rilevanza giuridica entro lo schema generale delle formazioni sociali garantite dall'art. 2 Cost.». Si rinvia, inoltre, agli Autori citati in nt. 47.

nale, al fine di non compromettere il diritto di ciascuno di (con)vivere informalmente. Se circoscritta in questi rigorosi limiti, l'imposizione automatica, da parte del diritto, di regole vevoli per le libere unioni non deve essere percepita come una negazione di autonomia decisionale, bensì come garanzia di tutela della realtà familiare e dei suoi membri<sup>91</sup>.

In quest'ambito, va evitato un duplice errore.

In primo luogo, il riconoscimento che l'ordinamento offre alle coppie di fatto non può significare «riconoscimento uguale» alla famiglia legittima<sup>92</sup>, pena la violazione dei principi di libera determinazione delle parti<sup>93</sup>. In seconda battuta, la minore giuridicizzazione non deve essere percepita come espressione di un giudizio di inferiorità sul piano morale: la convivenza non è un matrimonio di seconda scelta, piuttosto è un diverso modo di intendere e di vivere il legame di coppia, parimenti legittimo rispetto a quello formalizzato con l'atto matrimoniale. Non vi è dunque conflitto tra famiglia legittima e di fatto, salvo non aderire a una visione ormai superata e affidare alla prima il monopolio dei rapporti familiari<sup>94</sup>.

Conformemente a questa prospettiva, la Corte costituzionale, nell'attribuire rilevanza giuridica alle aggregazioni affettive non fondate sul matrimonio, non ha mai impiegato il parametro costituzionale fornito dall'art. 3 Cost.: non è fonte di un'irragionevole discriminazione impedire un'estensione *tout court* alla famiglia di fatto delle regole previste per quella coniugale, ma è anzi espressione della considerazione e

<sup>91</sup> V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 284.

<sup>92</sup> Propongono un'applicazione analogica di gran parte delle regole sulla famiglia fondata sul matrimonio alle convivenze di fatto, ad esempio, F. BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereleggio-Parma, 1977, p. 107; F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 245 ss.

<sup>93</sup> G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, p. 689.

<sup>94</sup> Il riferimento è all'opinione espressa da A. TRABUCCHI, *Natura Legge Famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 3-4: «noi dobbiamo ribadire che la famiglia legittima, come unica entità esistenzialmente caratterizzata da uno statuto giuridico di diritti e di obblighi non può essere giustapposta come alternativa ad altre unioni sociali pur sorrette di fatto dalla comunità di sangue, di affetti o di convivenza ... Noi vogliamo dimostrare che la famiglia intesa come unità di base dell'organizzazione sociale è la famiglia legittima: mentre altre unioni si potrebbero anche benissimo chiamare "famiglie di fatto" purché all'espressione non si voglia attribuire anche un significato e un valore giuridico».

del rispetto verso la scelta individuale di vivere l'unione affettiva senza formalismi<sup>95</sup>. Dall'art. 2 Cost. può ricavarsi una garanzia di liceità e di meritevolezza di protezione della famiglia di fatto come formazione sociale, ma da alcuna norma costituzionale può desumersi l'affermazione che i due tipi di nucleo familiare debbano necessariamente avere eguale trattamento.

I principi che devono ispirare ogni previsione legislativa e ogni interpretazione in tale settore sono quelli fondamentali della libertà e dell'uguaglianza<sup>96</sup>: va evitata l'imposizione di obblighi non liberamente accettati, *in primis* quelli discendenti dal rapporto di coniugio, a meno che non derivino da esigenze primarie di rilevanza costituzionale della vita in comune (si pensi, ad esempio, al riconoscimento della propria attività lavorativa all'interno della famiglia di fatto o al diritto di ottenere un risarcimento per morte del *partner*)<sup>97</sup>.

Attraverso un'attenta selezione degli interessi meritevoli di tutela, va scongiurata una giuridicizzazione radicale dei rapporti familiari, magari attuata per il tramite di un'estensione *tout court* della disciplina prevista per i coniugi<sup>98</sup>: così facendo, per un verso, verrebbero svalutati i caratteri della spontaneità e della libertà che connotano la convivenza e, per altro verso, verrebbe svilita l'importanza dell'impegno solenne assunto con le nozze<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> C. Cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit.

<sup>96</sup> Così per A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 53. Secondo T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 626, la soluzione normativa può essere considerata a patto che si traduca nella «introduzione di una disciplina “leggera” che contemperi le contrapposte esigenze di libertà ma anche di protezione del soggetto debole». Analogamente si esprime M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 72. In modo parzialmente difforme, v. P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 144-145, il quale – seppur attribuendo un importante ruolo all'autonomia privata – conferisce primaria importanza al momento attuativo del rapporto di convivenza, fondato «sui valori costituzionali del personalismo, del solidarismo e dell'associazionismo».

<sup>97</sup> Cfr. F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 28.

<sup>98</sup> Dello stesso avviso è Cass., 13 maggio 1998, n. 166, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 205.

<sup>99</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 142-143, secondo il quale la peculiarità, anche sociale, del fenomeno impone un'autonoma considerazione giuridica.

Al contempo, va impedita una regolamentazione della materia, compiuta anche in via interpretativa, di tipo assistenzialistico, fondata sull'esistenza di norme asseritamente imperative, sulla base dell'indimostrato presupposto della presenza di un *partner* aprioristicamente «debole» o dipendente economicamente dall'altro.

I migliori interpreti dei propri interessi devono sempre essere reputati i privati, poiché la disciplina che l'ordinamento detta per tutelare categorie astratte deve cedere di fronte alla scelta, operata dal singolo in assoluta libertà, di non avvalersi (nel caso concreto) della situazione di vantaggio attribuitagli in linea generale dalla legge<sup>100</sup>. Non va, infatti, dimenticato che, dal punto di vista dei diritti individuali, uno dei pilastri di una società liberale è rappresentato anche dalla libertà di ciascuno di fare delle cattive scelte.

Questa eventualità deve essere permessa, a meno di non ammettere che il legislatore possa atteggiarsi a «padre» dei destinatari delle norme giuridiche. In realtà, l'ordinamento non può decidere *a priori* e in modo vincolante, al posto dei singoli conviventi, come essi debbano regolare tra loro i rapporti patrimoniali, sulla base del retropensiero che non siano in grado di comprendere appieno gli effetti delle proprie azioni e di soddisfare nel modo migliore le proprie esigenze. Si assiste, altrimenti, alla violazione dell'insindacabile libertà di ciascuno di giudicare del proprio interesse, attraverso l'imposizione di una serie di regole inderogabili e di controlli giudiziali che vietano o impongono una determinata azione o un dato contenuto contrattuale sul presupposto (indimostrato) della loro contrarietà a chi si appresta a compierla o a stabilirlo<sup>101</sup>.

L'interprete privo di preconcetti ideologici dovrebbe rifuggire le analisi ermeneutiche basate su una rappresentazione paternalistica dei

<sup>100</sup> In modo analogo, L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 71, in tema di atto di rifiuto, sosteneva la necessità di «consentire al privato la possibilità di far prevalere, sull'interesse che l'ordinamento individua per categorie, e presume sino a prova contraria, un proprio eventuale contrario interesse concreto».

<sup>101</sup> Sul tema del paternalismo legislativo e giudiziario, v. almeno G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012, p. 1 ss.; J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, in *Paternalism*, a cura di R. Sartorius, Minneapolis, 1983, p. 3; G. DWORKIN, *Paternalism*, *ivi*, p. 20 ss.; G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, p. 225 ss.; A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, p. 96 ss.; E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es éticamente justificable el paternalismn jurídico?*, in *Doxa*, 1988, p. 156 ss.

rapporti tra i singoli e lo Stato: quest'ultimo non è in grado di discernere in modo migliore quale sia l'interesse autentico dei consociati e di guidarli perciò in una direzione ottimale<sup>102</sup>. In un ordinamento così concepito, lo Stato esiste per l'individuo, tutelandone i diritti, e non sono i cittadini a esistere per esso<sup>103</sup>; allo stesso modo, la famiglia esiste per i suoi componenti e non questi ultimi per essa.

La pretesa superiorità conoscitiva dello Stato appare dunque indimostrata, soprattutto con riguardo ai profili patrimoniali interpretativistici, ed è fondata sull'idea che la pluralità di ordini (*rectius*, di regolamenti intersoggettivi di interessi non conformi a un modello statale precostituito) sia sinonimo di irrazionalità e di conflittualità<sup>104</sup>. Chiara è la matrice ideologica di una simile rappresentazione che va dunque rifiutata<sup>105</sup>: i privati devono essere intesi quali soggetti pienamente capaci di darsi delle regole di ordine patrimoniale, idonee a soddisfare i propri bisogni anche all'interno della famiglia da loro costituita<sup>106</sup>, ed eventualmente di rifiutare, d'accordo tra loro e *rebus sic stantibus*, l'imposizione di regole eteronome, a meno che non siano finalizzate a dare concreta tutela a precisi interessi primari aventi fonte costituzionale.

Solo in presenza di situazioni in cui vengono in rilievo esigenze di soggetti oggettivamente deboli e bisognosi di protezione possono allora giustificarsi limitazioni o controlli statuali sul contenuto dei negozi giuridici familiari, come accade, ad esempio, in materia di rapporti di lavoro o in presenza di prole minorenni o non autosufficiente.

In questa prospettiva, la previsione di un tipo legale, disciplinante gli aspetti patrimoniali della libera unione (*id est* il contratto di convivenza), deve essere salutata con estremo favore, poiché consente di valorizzare l'autoresponsabilità di ciascuno e di tutelare l'esigenza di regolamentazione non eteronoma che proprio la scelta di convivere fuori

<sup>102</sup> Cfr. E. DI ROBILANT, *La rilevanza degli ordini dinamici nella società complessa, in Il coraggio della verità. Saggi in onore di Sergio Ricossa*, a cura di E. Colombatto e A. Mingardi, Catanzaro, 2002, p. 223 ss.

<sup>103</sup> Cfr. B. CROCE, *Scritti e discorsi politici*, I, Bari, 1963, p. 86.

<sup>104</sup> E. DI ROBILANT, *ult. op. loc. cit.*

<sup>105</sup> Per P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 785-786, «l'idea che la disciplina della famiglia esprime l'esigenza di tutelare interessi superiori diventa una vera petizione di principio, manifestando in tal modo una chiara ispirazione ideologica».

<sup>106</sup> In questo senso, v. anche F. DE SCRILLI, *I patti di convivenza. Considerazioni generali*, in *Tratt. di diritto della famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio*, I, 1, Milano, 2011, p. 1150.



dal matrimonio denota<sup>107</sup>. Ciò a condizione che venga ridimensionata la tendenza, tuttora registrabile in alcuni settori della dottrina e della giurisprudenza, a ricostruire la normativa familiare come un sistema dotato di un'ampia imperatività.

Si è visto che il ruolo significativo dell'autonomia negoziale, operante anche *in subiecta materia*, impone di ripensare il regolamento di competenza tra la regola di fonte statale e quella dei privati<sup>108</sup> e di ritenere che la giusta giuridicizzazione del fenomeno debba passare anche (e direi soprattutto) attraverso la regolamentazione pattizia del rapporto, solo in assenza della quale opererà la disciplina legislativa. Proprio in ordine a questo profilo, si avrà modo di dimostrare come le norme stabilite dalla legge n. 76 del 2016 possano essere (in parte) derogate *ex pacto* dai conviventi, al fine di non sacrificare la libertà dei singoli di non darsi delle regole.

Va dunque recuperata, pur in presenza della Novella, la dimensione del rapporto di fatto, non tanto intesa in chiave di irriducibilità della fattispecie al diritto, quanto «semmai nell'ottica dell'intento delle parti di sottrarre il fine perseguito o le sue modalità attuative al criterio qualificante dell'ordinamento»<sup>109</sup>. La vera questione è quella del conflitto tra scopi soggettivi e valori protetti del sistema normativo a tutela di interessi astrattamente riconosciuti come bisognosi di protezione. Si tratta allora di consentire ai singoli, attraverso lo strumento tipico dell'autonomia privata, di tutelare il proprio interesse indipendentemente da ogni valutazione legale generalizzante, pur nel rispetto dei principi inderogabili della materia.

È pertanto con queste precisazioni ed entro questi limiti che andrà valutato lo spazio, concesso ai conviventi dalla legge n. 76 del 2016, di darsi delle regole in ordine ai loro rapporti patrimoniali.

Così impostata l'analisi, rimane da superare un'ultima possibile critica.

---

<sup>107</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 150 ss. Secondo A. SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1095, le istanze esistenziali (*rectius*, di libertà) emergenti dalla condizione di convivenza di fatto sono «tali da giustificare un arretramento della norma di diritto positivo nella predisposizione dello strumentario deputato ad assicurare, di simili istanze ed aspettative, la piena soddisfazione».

<sup>108</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 7.

<sup>109</sup> Così N. LIPARI, *Osservazioni conclusive*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 335.

È stata prospettata l'eventualità che l'interpretazione delle norme stabilite per il contratto di convivenza, compiuta in un'ottica di completa realizzazione della libertà individuale dei singoli di autoregolamentare gli aspetti economici, finisca per essere percepita come «discriminatrice» rispetto al regime matrimoniale, per il quale – è noto – vigono limiti ben maggiori. Di conseguenza, si è paventato il rischio di assistere a una fuga dalla famiglia legittima «paradossalmente discriminata per i pesi esistenti solo su essa»<sup>110</sup>.

L'osservazione, sebbene non debba essere eventualmente trascurata in un'ottica (*de iure condendo*) di riforma legislativa della disciplina del vincolo coniugale, non può però costituire ostacolo al completo dispiegarsi dell'autonomia privata nel campo dei rapporti patrimoniali tra i conviventi.

A prescindere dalla considerazione che nell'unione fondata sul matrimonio la legge dà tutela a interessi (in parte) diversi e maggiori rispetto a quelli nascenti dalla convivenza, va comunque osservato, in linea generale, che la (giusta) doglianza circa i limiti che alcuni incontrano nel darsi regole proprie non può essere motivo di limitazione del maggiore grado di libertà, di cui altri godono in vicende analoghe. In altri termini, in un sistema liberale la linea direttrice deve essere quella dell'espansione del diritto all'autoregolamentazione: pertanto, in presenza di disparità di trattamento irragionevoli, saranno i settori in cui sono presenti le limitazioni a doversi conformare a quelli che queste limitazioni non subiscono, e non viceversa.

A questo riguardo, va preso atto che i fenomeni involgenti la famiglia fondata sul matrimonio e le convivenze non coniugali procedono in modo opposto ma, in realtà, convergente: «l'uno che, muovendo da una realtà originariamente giuridica procede, se così può dirsi, per erosione di giuridicità; l'altro che, muovendo da una realtà originariamente non-giuridica, procede per accumulazione di giuridicità. Ed il risultato è il progressivo accostamento dello statuto giuridico dei rapporti coniugali e di quello delle convivenze *more uxorio*»<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> È questo il rischio temuto da A. CARIOLA, *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1057.

<sup>111</sup> Così V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 769.



## CAPITOLO SECONDO

### STORIA DI UN PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Le premesse terminologiche. – 2. L'impostazione tradizionale. – 3. Il nuovo corso interpretativo: la famiglia non fondata sul matrimonio. Il piano dei principi generali. – 4. ... il piano dei valori costituzionali. – 5. ... le altre fonti legislative.

1. *Le premesse terminologiche.* – Definita la cornice concettuale, entro cui si muove lo studio, si rendono necessari due preliminari rilievi terminologici.

In primo luogo, non si intende qui prendere posizione in merito al problema della individuazione di una nozione unitaria e giuridicamente rilevante di «famiglia»<sup>1</sup>.

La dottrina maggioritaria, ormai da tempo, ha negato rilievo univoco in ambito giuridico all'uso di tale termine<sup>2</sup>, tenuto conto, per un verso, dell'esistenza di tanti concetti di «famiglia» quanti sono i contesti normativi a cui si fa riferimento<sup>3</sup> e, per altro verso, dell'assenza di una definizione legislativa che non sia settoriale<sup>4</sup>. La nozione assume

---

<sup>1</sup> Tra i primi a constatare l'assenza di una nozione unitaria di famiglia v. L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, cit., p. 54.

<sup>2</sup> Si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, alle considerazioni svolte da A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 40 ss.; C. GRASSETTI, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 50; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 34 ss.

<sup>3</sup> Cfr. G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 35; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 7; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 780-781.

<sup>4</sup> Per alcuni ciò sarebbe coerente con il riconoscimento dell'esistenza pregiuridica dell'istituto familiare: cfr. A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 40. D'altra parte, si è ritenuto che sarebbe la stessa Carta costituzionale ad avvalorare una simile conclusione poiché essa «riconosce i diritti della famiglia come società naturale» (art. 29). Cfr. R. NICOLÒ, *Osservazione di metodo e osservazioni generali sul progetto*, in *La*

senz'altro un valore rilevante sotto il profilo storico e sociologico<sup>5</sup>, ma risulta arduo, se non impossibile, desumere dal dato positivo un contenuto minimo inderogabile, valevole in astratto per ogni fattispecie: la diversificazione dei modelli affettivi e l'ampio spettro delle «comunità di tipo familiare» impediscono di ricavare un denominatore comune all'interno del tessuto normativo<sup>6</sup>.

Proprio l'assenza di una definizione, ha indotto la dottrina ad accostare, al lemma «famiglia», una pluralità di complementi o aggettivi qualificativi, variamente impiegati a seconda del diverso ambito di riferimento, al fine di specificare il presupposto applicativo della disciplina<sup>7</sup>. Si è così parlato, ad esempio, di famiglia legittima, nucleare<sup>8</sup>, di fatto<sup>9</sup>,

---

*riforma del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Giorgio Cini nei giorni 30 aprile-1 maggio 1967, Padova, 1967, p. 161; L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la Costituzione della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 122; N. IRTI, *Il governo della famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Atti del convegno organizzato dal Sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia, Milano, 1976, p. 50.

<sup>5</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 5.

<sup>6</sup> Tant'è che la dottrina maggioritaria non fa da tempo più riferimento alla famiglia, ma alle famiglie: cfr., ad esempio, P. RESCIGNO, *I "tipi" di matrimonio e la libertà del cittadino*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, p. 61-62; ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, cit., p. 10; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 95 e 103; V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 270 ss.; G. DI ROSA, *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali*, Atti del convegno di Catania 29 maggio 2014, Napoli, 2016, p. 165 ss.; G. CASSANO, *Il lungo cammino delle tutele nel matrimonio, verso le unioni civili e le convivenze*, cit., p. 3. In questo frangente, è stata anche impiegata la felice espressione «arcipelago familiare»: F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 520 ss.

<sup>7</sup> Come è stato rilevato da M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306-1307, «la tradizione conosceva un'unica forma di convivenza socialmente e giuridicamente accettata, quella fondata sul matrimonio, e una pluralità di *status* di figli ... Oggi, al contrario, abbiamo un unico *status* di figlio cui si contrappone un'ampia varietà di modelli e aggregazioni familiari».

<sup>8</sup> La famiglia nucleare comprende solo i coniugi e i figli non sposati, con esclusione degli ascendenti e dei collaterali: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 2-3.

<sup>9</sup> F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit.

omosessuale<sup>10</sup>, mono-parentale<sup>11</sup>, naturale<sup>12</sup>, allargata<sup>13</sup>, ricomposta<sup>14</sup>, lavorativa<sup>15</sup> o rinnovata<sup>16</sup>.

Pertanto, rilevato l'impiego né univoco, né rigoroso del termine nel diritto positivo e constatata l'impossibilità di attribuire allo stesso un significato valevole per ogni settore giuridico, vi si farà ricorso in una sua accezione unicamente descrittiva, riferita all'esistenza di un rapporto di vita comune e di coppia tra due persone, stabile e duraturo, in assenza di matrimonio.

Il secondo profilo terminologico riguarda l'uso dell'espressione «di fatto», impiegata come specificazione di quella di «famiglia» o di «convivenza», che deve essere correttamente intesa: ogni situazione, a cui l'ordinamento ricollega la produzione di effetti nel campo del diritto, va qualificata, per definizione, come «giuridica»<sup>17</sup>. Pertanto, sarebbe errato contrapporre in questa vicenda il fatto al diritto, poiché la fattispecie che ci occupa è senz'altro di tipo giuridico<sup>18</sup>. Il riferimento al «fatto» riguarda la genesi, non formalizzata in un atto, della conside-

<sup>10</sup> La letteratura sul punto è assai ampia; si limita dunque il rinvio a C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 107 ss. e agli Autori che verranno citati nel cap. IV, § 6.

<sup>11</sup> Questa locuzione si ritrova nell'art. 16, comma 4, della l. 8 novembre 2000, n. 328.

<sup>12</sup> F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 25-26.

<sup>13</sup> Della famiglia allargata fanno parte soggetti, appartenenti a più generazioni, legati tra loro da vincoli di sangue e di coniugio.

<sup>14</sup> Con questa espressione s'intende riferirsi all'unione tra conviventi in cui (almeno) uno di essi provenga da una precedente esperienza familiare e in cui siano presenti uno o più figli che questi ha avuto dal precedente *partner*. Cfr. P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, p. 1 ss.; T. AULETTA, *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive*, in *Scritti in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, p. 25 ss.; S. MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 369 ss.

<sup>15</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 3, nel senso di «comunità di familiari che collaborano unitariamente per un'attività economica produttiva».

<sup>16</sup> T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, cit., p. 617-618.

<sup>17</sup> Cfr. G. GIACOBBE, *Intervento*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Atti del convegno di Roma-Tor Vergata del 3 dicembre 1987, Napoli, 1988, p. 161-162; ID., *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Dir. pers. fam.*, 2002, p. 326.

<sup>18</sup> Il conflitto tra «rapporti di fatto» e «rapporti di diritto» si muove pur sempre nell'ambito del mondo del diritto. Cfr. V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 8 ss.; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 521 ss.

razione a opera dell'ordinamento delle libere unioni<sup>19</sup>. Per questa ragione, è parso ad alcuni Autori più appropriato impiegare l'espressione «famiglia non fondata sul matrimonio» per descrivere il fenomeno<sup>20</sup>. In ogni caso, nell'analisi che segue si farà ricorso tanto all'uno, quanto all'altro termine, pur con le precisazioni e le cautele anzidette.

2. *L'impostazione tradizionale.* – Sarebbe illusorio tentare in questa sede anche solo una ricognizione sommaria delle innumerevoli proposte ricostruttive del fenomeno della convivenza: ai nostri fini, basterà prendere le mosse dai risultati, a cui il dibattito del passato è approdato, nei limiti in cui ciò consente di fornire una chiave interpretativa della Novella legislativa.

In questa prospettiva, va preso atto che, prima degli anni Settanta del secolo scorso, pochi erano gli Autori apertamente favorevoli a una giuridicizzazione del legame affettivo non matrimoniale e, ancor meno, a un intervento legislativo in quest'ambito<sup>21</sup>. Senza voler indugiare in una rievocazione storica che nulla aggiungerebbe al dibattito in corso, ci si limita a ricordare che, similmente a quanto è accaduto nell'esperienza francese<sup>22</sup>, in un primo momento la dottrina tradizionale italiana ha guardato con disvalore morale e giuridico al fenomeno delle convivenze di fatto.

In linea generale, lo stesso sistema normativo nel suo impianto originario ha contribuito a sostenere un simile convincimento: l'assenza di una disciplina a livello costituzionale e legislativo delle unioni non coniugali, nonché la considerazione del matrimonio come fondamento della famiglia *ex art. 29 Cost.*, hanno fornito le basi per dare supporto a questa opinione. A ciò si aggiunga la presenza delle disposi-

<sup>19</sup> G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 4.

<sup>20</sup> Si rimanda alle considerazioni svolte da G. GIACOBBE, *Intervento*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, cit., p. 162, nonché alla più volte citata opera di Francesco Prospero.

<sup>21</sup> Ciò non toglie che la famiglia di fatto rappresentasse un fenomeno diffuso e non nuovo, come conferma l'antico termine «concubinato». Cfr. S. PATTI, *Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 248.

<sup>22</sup> Celebre è la dichiarazione tradizionalmente attribuita a Napoleone I, secondo il quale «*les concubins se passent de la loi. La loi se désintéresse d'eux*»; tant'è che la giurisprudenza francese, per lo meno sino alla prima metà del XX secolo, considerava i legami tra i concubini e le unioni libere, rispettivamente, illeciti e irrilevanti.

zioni contenute negli artt. 559 e 560 c.p.: la prima puniva la moglie adultera e il correo, stabilendo un aggravio di pena in caso di relazione adulterina, mentre la seconda puniva il marito, che ospitava la *partner* nella casa coniugale (o notoriamente altrove), e la concubina stessa<sup>23</sup>.

Queste due norme sono state dichiarate incostituzionali solamente alla fine degli anni Sessanta del '900<sup>24</sup> e le motivazioni che hanno sorretto le sentenze della Corte costituzionale danno prova della resistenza che, in un primo momento, lo stesso giudice delle leggi ha opposto nel riconoscere il nuovo fenomeno.

La declaratoria di illegittimità si è fondata non tanto sul convincimento della conformità all'ordinamento costituzionale di un legame non matrimoniale, quanto sul mancato rispetto del principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, imposto dall'art. 29, comma 2, Cost.: siccome le violazioni della fedeltà coniugale, che erano necessarie e sufficienti a integrare il reato di relazione adulterina imputabile alla moglie, non bastavano, se commesse dal marito, a renderlo colpevole di concubinato, l'impianto normativo è stato considerato incostituzionale per disparità irragionevole di trattamento<sup>25</sup>. A detta della Corte, la riscontrata diversità di disciplina non poteva dirsi strettamente connessa all'esigenza di salvaguardare l'unità familiare, ossia l'unico fine che avrebbe potuto altrimenti legittimare il sacrificio dell'eguaglianza tra i coniugi<sup>26</sup>.

Sulla scorta di questo contesto normativo e giurisprudenziale, l'atteggiamento iniziale della maggioranza della dottrina, di fronte al feno-

---

<sup>23</sup> È stato condivisibilmente rilevato che al concubinato non può essere *in toto* accostato il fenomeno delle convivenze *more uxorio* poiché il primo presuppone l'esistenza di un rapporto di coniugio di uno dei componenti la coppia con un terzo. Cfr. D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, p. 32; nonché F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 49, il quale riporta una sentenza resa da Trib. Firenze, 13 febbraio 1951, in *Foro it.*, 1951, I, c. 801-802, secondo cui il concubinato «implica e comprende essenzialmente relazione sessuale abituale e continuativa, ma non include di necessità il fatto del mantenimento economico e, tanto meno, della reciproca assistenza». Va tuttavia rilevato che, dal punto di vista sociale, era uso comune impiegare il termine «concubinato» anche per descrivere le libere unioni.

<sup>24</sup> Cfr. C. Cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. it.*, 1969, I, p. 416 e C. Cost., 3 dicembre 1969, n. 147, in *Foro it.*, 1970, I, c. 17.

<sup>25</sup> Il concubinato trovava un riscontro normativo anche nella separazione per colpa prevista prima della riforma del diritto di famiglia del 1975.

<sup>26</sup> Considerazioni affatto simili si possono, in particolar modo, riscontrare nella sentenza della C. Cost., 3 dicembre 1969, n. 147, cit.



meno delle libere unioni, ha oscillato tra la pregiudiziale diffidenza e l'aperta ostilità<sup>27</sup>.

In principio, si è ritenuto che le convivenze *more uxorio* costituissero situazioni di puro fatto in quanto non riconosciute dall'ordinamento, né altrimenti riconoscibili<sup>28</sup>. Si è paventato poi il rischio che l'attribuzione di diritti a una coppia non legata da un rapporto di coniugio avrebbe potuto determinare (o contribuire ad accelerare) la crisi della famiglia c.d. tradizionale e del suo modello costituzionale. Vi era l'idea che, al pari di una limitata coperta<sup>29</sup>, allargare la protezione giuridica alla convivenza avrebbe finito per privare di tutela la famiglia legittima, erodendo lo *status* spettante ai suoi membri.

Il dubbio nasceva dalla seguente riflessione: la regolamentazione delle libere unioni sarebbe stata in grado di smantellare la conforma-

<sup>27</sup> Cfr., per tutti, le prese di posizione assunte da A. TRABUCCHI, *Natura Legge Famiglia*, cit., p. 1 ss.; ID., *I principi generali della riforma del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del I Convegno di Venezia, Padova, 1967, p. 11 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia, Padova, 1972, p. 10 ss.; P. SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, p. 339 ss.; A. DE CUPIS, *Debitazione legislativa della famiglia legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 317 ss.; ID., *Crisi della famiglia legittima e supponenza della famiglia di fatto*, *ivi*, 1981, II, p. 606 ss.; V. PIETROBON, *Il Matrimonio*, in *Jus*, 1974, p. 35 ss.; L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 105-106; L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 124; C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, p. 293 ss.; V. DEL GIUDICE, *Sulla riforma degli istituti familiari*, in *Jus*, 1950, p. 303. Degna di menzione è la risalente opinione di G. STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1123, a detta del quale «l'unione libera è contraria agli interessi dei concubini medesimi, della prole e dello Stato. È contraria agli interessi dei concubini giacché ciascuno di essi può essere abbandonato improvvisamente ...; è contraria all'interesse di figli che rischiano di essere abbandonati materialmente e moralmente, mentre essi hanno bisogno di crescere in seno ad un stabile unione; è contraria infine agli interessi dello Stato giacché la famiglia legittima costituisce la cellula prima della comunità statale, *principium urbis et seminarium reipublicae*».

<sup>28</sup> Cfr. C. GANGI, *Il matrimonio*, cit., p. 1 e 6; ID., voce *More uxorio*, *Nuovo Dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 756; T. TARANTO, voce *Concubinato*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 1503; S. PULEO, voce *Famiglia. II) Disciplina privatistica: in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 2, secondo cui «lo Stato riconosce i diritti della famiglia in quanto essa è fondata sul matrimonio ... la famiglia riconosciuta dalla Costituzione è la "famiglia legittima"».

<sup>29</sup> La similitudine è tratta da V. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 758.

zione storica della famiglia e di accordare un *imprimatur* di tipo giuridico alle forme alternative alla comunità familiare coniugale. Ciò sul presupposto che la famiglia fondata sul matrimonio rappresentasse, anche alla luce delle norme costituzionali, l'unico valore da tutelare e tutelabile dall'ordinamento.

L'analisi puntuale del dato normativo è sembrata avvalorare una simile impostazione.

Spunti in questa direzione sono stati anzitutto rinvenuti nel già ricordato art. 29, comma 1, Cost. che, nel riconoscere i diritti della famiglia come «società naturale fondata sull'atto matrimoniale», avrebbe individuato in quest'ultimo il momento genetico tipico ed esclusivo della considerazione di una coppia come fenomeno giuridico<sup>30</sup>. In altre parole, si è considerata la relazione esistente tra «famiglia» e «matrimonio» in termini di esclusività, al pari di una indissolubile endiadi, come la formula adottata dall'art. 29 sembrerebbe lasciare intendere<sup>31</sup>.

E a nulla varrebbe replicare, sostenendo *ex art. 30 Cost.*, che l'equiparazione della tutela di un figlio nato da genitori coniugati con quello aventi genitori non sposati imporrebbe di assegnare ai secondi lo stesso valore di formazione sociale dei primi. Si è ribattuto che, sebbene l'esistenza di un rapporto di fatto offra riconoscimento alla prole c.d. naturale, non si potrebbe, con un ragionamento inverso, inferire che l'esistenza di un figlio nato fuori dal matrimonio porti alla creazione di «un nucleo [familiare] che di per sé non ha ragione di esistere oltre il riconoscimento del fatto generativo»<sup>32</sup>. E così l'art. 2 Cost. si li-

<sup>30</sup> A una lettura assai restrittiva della Carta costituzionale sono pervenuti, ad esempio, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, p. 558 ss.; D. BARBERO, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Iustitia*, 1955, p. 451 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 393 ss.; L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 133; A. TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 5 ss.; ID., *Il ritorno dell'anno zero: il matrimonio come fonte di disparità*, *ivi*, 1975, p. 488; G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1978, p. 79 ss.; A.C. JEMOLO, *La c.d. famiglia di fatto*, in *Diritto di famiglia*, Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò, Milano, 1982, p. 47 ss.; M. PARADISO, *La comunità familiare*, cit., p. 73 ss.; A. RUGGERI, «Strane» idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e implicazioni di ordine costituzionale, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 334.

<sup>31</sup> Secondo E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 961-962, è da escludere che la convivenza *more uxorio* sia da annoverare nell'ambito della famiglia, affiancandola alla famiglia fondata sul matrimonio.

<sup>32</sup> Così A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 344.

miterebbe a imporre al legislatore di non proibire o punire le convivenze *more uxorio*, la cui rilevanza andrebbe perciò pur sempre circoscritta al mero fatto, senza alcuna possibilità di superare la soglia della giuridicità<sup>33</sup>.

Sempre su questa linea, si è già accennato che l'assenza di una disciplina della convivenza nel diritto positivo e, in particolare, nel Codice civile ha dato ulteriore conferma al percorso interpretativo appena esposto. A ciò si aggiunga che tale corpo normativo descriveva, sino al 1975, un tipo di famiglia ordinato su base gerarchica e discriminava fortemente la filiazione fuori dal matrimonio: di «nucleo familiare» in senso proprio si poteva parlare unicamente con riferimento a quello nascente dall'atto di matrimonio. Senza contare, poi, le ricordate norme penalistiche, che punivano il marito e la moglie rei di intrattenere una relazione adulterina continuata, oppure quelle civilistiche in cui il concubinato costituiva causa di separazione per colpa. La convivenza tra uomo e donna rilevava soltanto come forma di sanzione (se riguardava uno dei due coniugi)<sup>34</sup>; altrimenti, era considerata giuridicamente irrilevante (salve rare eccezioni, ad esempio, in materia anagrafica o tributaria).

Il medesimo atteggiamento apertamente scettico va riscontrato anche con riguardo allo specifico tema della regolamentazione pattizia dei rapporti patrimoniali tra i *partner*.

Si è ritenuta la convivenza non suscettibile di divenire oggetto di una convenzione, poiché «l'ordinamento giuridico non prende in considerazione, né per ragioni di carattere etico, sociale e di ordine pubblico»<sup>35</sup> tale nucleo affettivo. Ciò che è stata negata è la presenza in quest'ambito di un fenomeno, nemmeno latamente, familiare: «se, come spesso avviene, la stessa esistenza dell'accordo non si può distinguere dalla presenza di un nucleo [familiare], verrebbe meno l'elemento causale, dato che il nucleo di cui si tratta non può avere ricono-

---

<sup>33</sup> In questi termini si è espresso A.C. JEMOLO, *La c.d. famiglia di fatto*, cit., p. 56, secondo il quale «quando il legislatore regola un *genus*, ma poi dà una norma per una *species* del genere, è certamente questa a prevalere; sicché in virtù dell'art. 29 qualsiasi nucleo sociale con un fondamento di vincolo sessuale non può essere riconosciuto e garantito da legislatore, se non si tratti della famiglia fondata sul matrimonio». In modo non dissimile, v. anche A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 25 e anche in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, cit., p. 14 ss.

<sup>34</sup> M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 189.

<sup>35</sup> Così Cass., 24 gennaio 1958, n. 169, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1958, p. 436.

scimento. Il vincolo non esiste e quindi cade tutto quanto si preveda in dipendenza dello stesso»<sup>36</sup>.

Queste considerazioni hanno caratterizzato per lungo tempo il vecchio «ordine familiare», improntato a un modello giuridico asseritamente «naturale» e dunque imm modificabile: coerentemente con tale impostazione, il compito del giurista non poteva che essere rivolto alla sua conservazione, con esclusione di ogni apertura verso l'esterno<sup>37</sup>.

3. *Il nuovo corso interpretativo: la famiglia non fondata sul matrimonio. Il piano dei principi generali.* – L'atteggiamento di svalutazione, se non di vera e propria di chiusura, nei confronti del fenomeno sociale della convivenza, è stato progressivamente abbandonato a partire dagli anni Settanta del XX secolo e ha trovato forti critiche a opera di altra parte della dottrina, oggi del tutto maggioritaria, la quale ha operato una netta distinzione tra funzione e istituzione familiare<sup>38</sup>.

La mutata considerazione, anche sociale<sup>39</sup>, del fenomeno ha avuto dei riflessi sul terreno terminologico: abbandonato il termine (connotato negativamente) «concubinato», ha fatto ingresso quello moderno di «convivenza», inizialmente accompagnato dalla locuzione «*more uxorio*» (poi elisa a favore del complemento di specificazione «di fatto»), talvolta sostituito dall'espressione omnicomprensiva «famiglia di fatto». Si tratta di una scelta linguistica nient'affatto neutra<sup>40</sup>: l'attri-

<sup>36</sup> Così si esprimeva, ancora negli anni Ottanta del Novecento, A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plaît!*, cit., p. 350.

<sup>37</sup> G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modello o unità categoriale?*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1219.

<sup>38</sup> M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 190.

<sup>39</sup> Sulla dinamicità delle relazioni sociali e sui rapporti tra famiglia, società e diritto, si rimanda a P. PERLINGIERI, *Aspetti dei rapporti familiari personali e patrimoniali*, cit., p. 933 ss. Si è peraltro sottolineato come «il concubinato, malgrado tutti i precetti della Chiesa, ha per secoli una sua robusta vita, come istituto largamente e notoriamente praticato»: così A.C. JEMOLO, «*Convivere come coniugi*», in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 402. Si tenga conto che, dal secondo dopo guerra in poi, il numero delle convivenze stabili in Italia ha iniziato a crescere sensibilmente a seguito del mutamento del costume sociale e del venire meno della riprovevolezza del fenomeno. Secondo i dati contenuti nello studio «Matrimoni, separazioni e divorzi» del 12 novembre 2015, l'Istat ha rilevato come le aggregazioni familiari non coniugali siano raddoppiate dal 2008 e siano arrivate nel biennio 2013-2014 al numero di 641.000 (ossia un numero dieci volte superiore rispetto a quelle censite nel 1993-1994).

<sup>40</sup> Negli stessi termini v. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 6; F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. Patti e M.G. Cu-

buire il crisma di unione familiare a un legame affettivo tra soggetti non coniugati rappresenta il momento finale di quella parabola sociale e normativa che vede il proprio termine ultimo con l'approvazione della legge n. 76 del 2016, di cui ci si occuperà più avanti<sup>41</sup>.

Sia consentito per il momento riportare le lancette indietro di cinquant'anni circa al fine di verificare il nuovo modo di intendere il rapporto tra matrimonio e famiglia<sup>42</sup>, nonché il fondamento dei dissensi rispetto all'opinione tradizionale: essi muovono tanto sul piano dei principi, quanto su quello più strettamente normativo.

In ordine al primo profilo, dopo aver rilevato la presenza di un apriorismo dogmatico-idealista nell'impostazione preesistente, si è osservato che l'analisi dell'unione non matrimoniale deve essere condotta in assenza di influenze metagiuridiche di tipo religioso, che finiscono per assegnare al nucleo familiare una valenza metafisica che non possiede<sup>43</sup>. In particolare, si è sottolineato che le ragioni addotte a sostegno di una concezione «tradizionale» della famiglia rivelano una chiara matrice di stampo ideologico<sup>44</sup>: attribuire valore di concetto universale

---

beddu, Milano, 2011, p. 685 ss.; G. ALPA, *La famiglia di fatto: profili attuali*, in *Foro it.*, 1989, IV, c. 401, il quale osserva, richiamando la teoria della cosiddetta «pre-comprensione» di Josef Esser, che gli orientamenti ideologici dell'interprete – e le conseguenti scelte linguistiche per descrivere il fenomeno – costituiscono una componente essenziale dell'interpretazione, che diviene fenomeno additivo del precetto normativo.

<sup>41</sup> La Novella riconosce espressamente nella convivenza di fatto una formazione familiare: cfr. quanto dispongono i commi 45, 46 e 61.

<sup>42</sup> Da una relazione simbiotica tra i due concetti si è passati a sciogliere il nesso di indissolubilità che li legava e a predicare una sostanziale indipendenza tra di essi: cfr., tra i primi Autori a essersi mossi in tal senso (seppure con particolare riguardo al tema dell'adozione e della filiazione naturale), P. BARCELONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 789.

<sup>43</sup> Si vedano sul punto le critiche mosse da F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 17 ss., il quale cita a titolo esemplificativo lo scritto di F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1943, p. 55, in cui l'Autore assegna alla famiglia uno dei tre pilastri, accanto a quelli rappresentati dallo Stato e dalla Chiesa, su cui si fonda «l'ordine naturale delle cose». Sotto questo profilo, è noto che la Chiesa cattolica ha assunto da tempo una posizione di condanna morale e giuridica: il can. 1093 stabilisce un impedimento matrimoniale di pubblica onestà, che sorge dal matrimonio invalido in cui vi sia stata vita comune o da concubinato pubblico e notorio, mentre il can. 1395 punisce il chierico concubinario.

<sup>44</sup> La rilevanza della componente ideologica e politica nell'interpretazione della materia trova piena conferma in quanto Antonio Scialoja scriveva agli inizi degli anni Cinquanta del Novecento: «chissà che un bel giorno, per effetto della barondata giuridica prodotta dal nostro vigente regime matrimoniale, integrato dalle leggi straniere divorziste, alle quali tanti ottimi cittadini italiani fanno ricorso, il nostro legislatore, con

e immutabile alle sole situazioni affettive coniugali ha l'evidente obiettivo di conservare il modello sancito dal matrimonio, svalutando le altre possibili declinazioni dell'unione familiare<sup>45</sup>.

Superate, per un verso, l'idea che la famiglia potesse solamente essere lambita dal diritto e, per altro verso, la convinzione che fosse portatrice di interessi trascendenti quelli dei suoi componenti<sup>46</sup>, si è fatta strada l'idea che l'indifferenza accordata dall'ordinamento al fenomeno della convivenza deve, in realtà, considerarsi solo apparente.

D'altra parte, si è visto che, anche in un sistema giuridico di matrice liberale, il silenzio normativo di fronte a un determinato fatto non rappresenta la dimostrazione della sua illiceità, né, tanto meno, del disinteresse del diritto riguardo a esso: ciò che non trova disciplina nella legge, per ciò stesso non è contro la legge. La rilevanza giuridica delle vicende umane può predicarsi anche in assenza di disposizioni puntuali che le regolano, in virtù dei principi di libertà immanenti al nostro ordinamento, che pone, quale unico limite, in special modo nel campo privatistico, la non contrarietà del fatto alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume<sup>47</sup>. È stato d'altra parte sottolineato

---

sempre più larga apertura verso sinistra, non senta il bisogno, senza attendere l'avvento del comunismo, di aggiungere nel codice civile un titolo VI *bis* del primo libro [relativo al concubinato]» (così A. SCIALOJA, *In tema di concubinato*, in *Foro it.*, I, 1954, c. 638 ss.).

<sup>45</sup> In questi termini si sono espressi M. BESSONE e V. ROPPO, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1977, p. 3 ss. Per un approfondimento della questione sotto il profilo sociologico, si rinvia, tra tanti, a S. AQUAVIVA, *La famiglia nella società contemporanea, in Ritratto di famiglia anni '80*, a cura di S. Aquaviva, C. Saraceno ed E. Gianini Belotti, Roma-Bari, 1981, p. 26 ss.; V. POCAR e P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma, 2003, p. 116 ss.; A. MICHEL, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 1973, p. 13 ss. In particolare, quest'ultimo Autore così osserva: «non si può teoricamente parlare della famiglia in generale, ma soltanto di tipi di famiglia, tipi tanto numerosi quanto sono le regioni, le classi sociali, i sottogruppi all'interno della società globale».

<sup>46</sup> Il riferimento è, nell'un caso, all'opinione espressa da Arturo Carlo Jemolo (A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 57) e, nell'altro, a quella di Antonio Cicu (A. CICU, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 373 ss.). Nel senso di attribuire alla famiglia una soggettività privata di diritto costituzionale a cui riferire gli interessi e i diritti del gruppo, v. U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 13 ss.

<sup>47</sup> Secondo H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1990, p. 55-56, «poiché un comportamento umano o è vietato e non lo è, e poiché, se non è vietato, è da considerare permesso dall'ordinamento giuridico, qualsiasi comportamento degli uomini sottoposti ad un ordinamento giuridico può essere considerato come regolato, in senso positivo o negativo, da questo ordinamento giuridico».

come nessun accadimento umano, qualificabile secondo i canoni della fattualità, possa considerarsi sottratto alla potenziale traducibilità in chiave di qualificazione giuridica<sup>48</sup>. Se così è, legittima appare l'attribuzione di significato giuridico ad accadimenti umani non codificati che, se costante e con l'avallo della giurisprudenza, concorre alla formazione del c.d. diritto «vivente»<sup>49</sup>.

A questo proposito, si è sottolineata l'esigenza di cogliere la giuridicità dei fatti non soltanto con riguardo al nesso tra la fattispecie e i suoi effetti, ma anche nel quadro del divenire stesso dell'ordinamento<sup>50</sup>. Quest'ultimo è chiamato a recepire il mutamento dei costumi, ove generalizzato e conforme al sentire comune<sup>51</sup>: l'oggettiva emersione sociale della famiglia non fondata sul matrimonio non poteva dunque essere sottovalutata, pena l'adesione a un atteggiamento velleitario e di retroguardia.

Tenendo conto di questa prospettiva, una lettura non restrittiva del fenomeno familiare è parsa ulteriormente suffragata dal profilo funzionale che modernamente si attribuisce al procedimento ermeneutico: l'interpretazione delle norme giuridiche non può essere finalizzata alla mera comprensione teorica delle stesse, ma è volta alla conoscenza diretta a conseguire un risultato pratico<sup>52</sup>. In altri termini, l'analisi in-

---

<sup>48</sup> N. LIPARI, *Osservazioni conclusive*, cit., p. 336.

<sup>49</sup> Senza voler sconfinare nel tema assai ampio e non riassumibile in questa sede del c.d. diritto «vivente», si limita il rinvio al contributo di L. MENGONI, voce *Diritto vivente* (*disc. priv.*), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1990, p. 445 ss.

<sup>50</sup> Cfr. il pensiero di E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968, rist., p. 258-259, riportato da F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 101. Più in generale, sul problema del rapporto tra fatto e norma, si rimanda a J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Roma-Bari, 2013; N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 299 ss.

<sup>51</sup> Come è stato efficacemente osservato, il diritto per sua natura è «volto alla continua ricerca di un punto di mediazione fra l'astratta staticità della regola e la multiforme varietà della vita associata ... Ed allora, se l'esperienza giuridica si esprime come dialettica fra un dato normativo e un tessuto di rapporti nascenti dall'attività dei consociati, e se in questa esperienza si attua il diritto, la posizione del giurista acquista una dimensione nuova ... Egli avverte, cioè, che la sua funzione non si esaurisce nella ricostruzione, secondo criteri tecnico-sistematici, di un determinato dettato normativo, ma implica altresì l'individuazione del fatto regolato dalla norma così come è dato dall'esperienza»: così N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 299 e 304.

<sup>52</sup> Cfr. V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 57 ss.

terpretativa in un'ottica evolutiva deve consentire all'operatore di adattare il comando astratto della disposizione alla fattispecie concreta oggetto di studio, mediante l'attribuzione di un significato alla norma che sia funzionale a una sua estensione al caso analizzato<sup>53</sup>, purché in coerenza con i principi generali dell'ordinamento.

Seguendo questo approccio metodologico, l'istanza di ordine pratico, che la giuridicizzazione del fenomeno della convivenza si prefigge, appare senz'altro meritevole di tutela, poiché volta a offrire protezione ai diritti fondamentali di ciascuno in tutte le formazioni sociali in cui si esprime la propria personalità, tra le quali può annoverarsi anche quella comunità di vita e di affetti chiamata «famiglia». E ciò indipendentemente da qualsiasi decisione in merito al ricorso al modello coniugale per conformare l'unione affettiva: la libera scelta di instaurare una convivenza non matrimoniale non può obliterare la necessità e l'opportunità di protezione dell'individuo anche in tale formazione sociale.

Proprio per queste ragioni, la dottrina – seguita (e sovente superata) dalla giurisprudenza – ha iniziato a valorizzare il profilo assiologico di alcune delle originarie norme regolanti la famiglia legittima al fine di accordare tutela a tutte quelle vicende in cui emerge un interesse familiare a prescindere dal momento fondativo dell'unione. Così facendo, mediante un'interpretazione evidentemente estensivo-analogica di alcune delle disposizioni legislative preesistenti, è stata ampliata la loro portata precettiva anche alle situazioni affettive che non trovavano il proprio crisma nel matrimonio. Ed è proprio partendo da una rinnovata analisi del dato costituzionale che si sono individuati i primari caposaldi giuridici per giustificare l'estensione di tutela alle coppie di fatto<sup>54</sup>.

4. ... *il piano dei valori costituzionali*. – Premesso come sia opinione diffusa e condivisibile che l'art. 29 Cost. sia chiamato a disciplinare le sole unioni coniugali<sup>55</sup>, è sul piano dei valori generali che si è

<sup>53</sup> F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 32-33.

<sup>54</sup> Sulla necessità di un'interpretazione della materia civilista anche alla luce del dato costituzionale v., ad esempio, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 96 ss.; P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, p. 209 ss.; R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 907 ss.

<sup>55</sup> V., fra molti, A. CORASANITI, *Famiglia di fatto e formazioni sociali*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montere-



fondata la convinzione che il paradigma tradizionale nascente dal matrimonio non esaurisca i modelli familiari tutelati dalla Carta. In particolare, l'indagine sulla rilevanza costituzionale della famiglia di fatto ha trovato avvio non tanto nella lettura combinata degli artt. 3 e 29 Cost., quanto nella tutela accordata dall'art. 2 Cost. alle formazioni sociali<sup>56</sup>.

È da una valorizzazione di questa norma che si sono ricondotte le comunità familiari, compresa quella oggetto di studio, al novero delle organizzazioni entro cui si svolge la personalità di ogni individuo.

Il dato di partenza è offerto dalla constatazione che la formula «diritti inviolabili dell'uomo», impiegata dal legislatore costituzionale nell'art. 2, costituisce una clausola generale non tipizzata, all'interno della quale devono farsi rientrare tutti quei valori che rendono possibile il pieno sviluppo della personalità umana, tra cui può ricomprendersi quello di vivere *ad modum coniugii*<sup>57</sup>. In senso analogo, si è interpretata in via estensiva anche la locuzione «formazioni sociali» contenuta nella medesima norma: essa definisce una categoria aperta di realtà associative idonee a realizzare tale sviluppo<sup>58</sup>.

D'altronde, è opinione comune che i dettami della Costituzione, soprattutto nella sua prima parte, non vadano letti alla stregua di disposizioni giuridiche *tout court*, attraverso un approccio rigidamente normativista o un'esegesi di tipo storico, ma risultino espressione di valori riconosciuti dalla società in un determinato contesto; con la conseguenza che il mutare dei valori comporta il cambiamento della portata precettiva della Costituzione<sup>59</sup>.

---

gio-Parma, 1977, p. 145, secondo il quale «è la famiglia legale ad essere il vero e solo oggetto della tutela di cui agli artt. 29 e 30 Costituzione».

<sup>56</sup> Per una panoramica della nozione di famiglia di fatto nella giurisprudenza europea, si rimanda a G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, p. 13 ss.

<sup>57</sup> Sulla questione fondamentali sono, ad esempio, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982, p. 174 ss.; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, p. 323 ss.; F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 42 ss.; nonché gli Autori che verranno citati in nt. 169.

<sup>58</sup> Imprescindibili sulla questione sono gli scritti di P. RESCIGNO, *Tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, in *Studi in onore di Chiarelli*, IV, Milano, 1973, p. 4007 ss.; ID., *Persona e comunità*, cit., p. 5 ss.; ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, cit., p. 348 ss.

<sup>59</sup> Cfr. A. CARIOLA, *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridizzazione dei rapporti interni*, cit., p. 1027-1028. Similmente v. anche P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1663, secondo il quale «non c'è immobilità nell'interpretazione del testo costituzionale: il significato delle disposi-

Le considerazioni svolte consentono di sostenere che le norme costituzionali offrono tutela a ogni fenomeno associativo operante nella realtà sociale che, in concreto, consente alla persona di svolgere la propria personalità. Ne consegue che il legame di coppia non può che ricomprendersi in quelle formazioni, contemplate dall'art. 2, a cui l'ordinamento è chiamato a dare protezione: la famiglia, compresa quella di fatto, deve considerarsi «luogo degli affetti»<sup>60</sup> in cui vengono esercitati e maturano i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione<sup>61</sup>.

Offrire copertura giuridica alla convivenza significa perciò tutelare posizioni soggettive di rilevanza costituzionale poiché riconducibili a interessi riguardanti valori fondamentali della persona. Va però precisato che l'art. 2 Cost. – al pari dell'art. 29 Cost. con riguardo alla famiglia legittima – non intende offrire tutela solamente alla famiglia in quanto formazione sociale *tout court*<sup>62</sup>, ma a essa come mezzo per consentire a ciascuno di vivere liberamente la propria esperienza affettiva in un modello non formalizzato, all'interno di una formazione intermedia che favorisce la personalità dei suoi componenti e il concreto esercizio di tale scelta<sup>63</sup>.

In un'ottica sovranazionale, una simile conclusione è confermata da quanto dispone l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – che distingue il diritto di sposarsi da quello di costituire una famiglia, separando così la presenza di quest'ultima dall'atto matrimoniale – nonché dagli apporti delle Corti comunitarie, che

---

zioni della legge fondamentale non è mai lo stesso a monte e a valle di una significativa evoluzione del costume e della disciplina legislativa che lo asseconda».

<sup>60</sup> L'espressione è presente in M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 35-36, secondo il quale «anche quando la convivenza *more uxorio* si esaurisca in un rapporto di coppia vissuto in assenza di prole, soltanto un autentico pregiudizio ideologico può muovere ad escludere che l'ambiente familiare così costituito conquisti valori di ordine spirituale e garanzie di stabilità tali da rappresentare una “formazione sociale” positivamente meritevole di tutela, già in ragione della sua funzione di luogo degli affetti dove maturano e si svolgono i valori della persona protetti dall'art. 2».

<sup>61</sup> Ciò però non significa che qualsiasi realtà associativa possa e debba essere riconosciuta, poiché solamente le formazioni sociali funzionali alla piena realizzazione della personalità umana risultano meritevoli di tutela dall'ordinamento costituzionale: così P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 146.

<sup>62</sup> G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 39-40.

<sup>63</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, cit., p. 5, il quale sottolinea come l'impostazione pluralista dell'art. 2 Cost. esalti l'elemento consensuale per tutte le formazioni intermedie come espressione della privata autonomia.

hanno affermato l'esistenza di obblighi positivi degli Stati in relazione a un «rispetto affettivo» della vita familiare in ogni sua forma<sup>64</sup>.

Queste considerazioni hanno però fatto sorgere il problema, che si intende ora sottoporre a verifica, del rapporto esistente tra l'art. 2 Cost. e le specifiche norme stabilite per la materia familiare dagli artt. 29, 30 e 31 Cost. Il dubbio è che la regolamentazione di settore prevalga su quella generale e che la disciplina introdotta da tale speciale corpo normativo debba considerarsi assorbente.

Su questo versante, la dottrina maggioritaria ha da tempo osservato che l'art. 29, nella parte in cui riconosce i diritti della famiglia nascente da un vincolo coniugale, si limita a dare attuazione al principio sancito dall'art. 2 e non circoscrive le formazioni sociali in ambito familiare a quel particolare fenomeno associativo che sorge dall'atto formale del matrimonio<sup>65</sup>. In altri termini, l'armonizzazione del primo

<sup>64</sup> A mero titolo esemplificativo, si rinvia a Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2005, ric. n. 30595/2012 e a Corte giustizia UE, 31 maggio 2001, nei procedimenti riuniti C-122/99 e C-125/99.

<sup>65</sup> La letteratura sul punto è assai ampia e si limita, pertanto, il rinvio, senza alcuna pretesa di esaustività, a P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 782 ss.; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 282; F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 58 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 9 ss.; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 146 ss.; F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 97 ss.; M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, cit., p. 35 ss.; L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, cit., p. 90 ss.; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 136-137; A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 51 ss.; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 192; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Trattato Bessone, Il diritto di famiglia*, IV, 1, Torino, 2010, p. 396-397; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 21; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, p. 6 ss.; G. FERRANDO, *Il Matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2015, p. 1 ss. e p. 295 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto della famiglia*, Torino, 2014, p. 18.; T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, cit., p. 622-623; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 963; F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 5; G. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, p. 1 ss.; Id., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 36 ss.; F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 1995, p. 30; E. QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 502; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 192; V. ROPPO, voce *Famiglia*. III) *Famiglia di fatto*, cit., p. 2; F. CAGGIA, *La convivenza*, cit., p. 707-708. In modo critico rispetto a questa impostazione, si è espresso L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e ordinamento*, in *La famiglia alle soglie del III millennio*, a cura di E.W. Volonté, Lugano, 1996, p. 60 ss., coniano l'icastica definizione di «ideologia dell'indifferenziato» (che richiama, a sua volta, quella di «ideologia

comma dell'art. 29 con l'art. 2 Cost. è stata compiuta attraverso la valorizzazione del carattere generale del precetto contenuto nella seconda disposizione alla luce del quale la prima deve essere considerata una, ma non unica, specificazione<sup>66</sup>.

La famiglia fondata sul matrimonio non rappresenta una società naturale avente una regolamentazione propria e originaria<sup>67</sup>, ma disegna un fenomeno di tipo storico che costituisce una delle molteplici declinazioni che possono assumere le formazioni sociali entro le quali si svolge la personalità umana<sup>68</sup>. L'attribuzione alla famiglia legittima del crisma di una realtà giuridica preesistente<sup>69</sup> condurrebbe a un'evidente contraddizione: l'illogicità trova fondamento nell'assegnazione a

---

della neutralità» ideata da U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. it.*, 1994, IV, p. 9), con riferimento all'opinione diretta a «collocare sul medesimo piano, con una qualificazione giuridica analoga, altre forme del rapporto di coppia, siano forme o tipi di matrimonio diversi da quello del codice civile, ... siano forme di unione libera». Per una recente analisi, in parte critica, di questo percorso interpretativo, si rimanda a F.D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1447 ss.

<sup>66</sup> Rileva acutamente P. ZATTI, *Familia, Familiae - Declinazione di un'idea*, cit., p. 13 ss., che lo Stato ha la pretesa di esprimere sovranità e giurisdizione sul fenomeno familiare che è, in realtà, impossibile da costringere entro modelli predeterminati nella sua quotidiana estrinsecazione.

<sup>67</sup> Così, invece, per C. GRASSETTI, voce *Famiglia (diritto privato)*, cit., p. 50; S. PULEO, voce *Famiglia. II) Disciplina privatistica: in generale*, cit., p. 1; F. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive agli artt. 24-28 della Novella*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, p. 215 ss.

<sup>68</sup> Cfr. T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 225, secondo il quale la locuzione «società naturale», impiegata dall'art. 29, comma 1, Cost. per descrivere la famiglia nascente dal matrimonio, deve essere intesa come «un riconoscimento da parte del nostro ordinamento giuridico di ciò che *secundum naturam* s'intende per famiglia in un dato momento dell'evoluzione storica». In senso conforme, v. anche F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 89. Per P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 782, il sintagma «società naturale» dovrebbe essere letto come sinonimo di «formazione sociale» in virtù di una lettura sistematica della norma con quella contemplata dall'art. 2 Cost. Sempre su questo terreno, v. anche B. GUERRINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, p. 7 ss.; M. SESTA, *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, *Sub art. 29 Cost.*, Milano, 2009, p. 66 ss.; A. MORRONE, *ivi*, I, *Sub art. 2 Cost.*, p. 25 ss.

<sup>69</sup> È questa la posizione assunta, ad esempio, da F. SANTORO PASSARELLI, *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, cit., p. 10 ss.; A. RUGGERI, «Strane» idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e implicazioni di ordine costituzionale, cit., p. 334; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modello o unità categoriale?*, cit., p. 1219 ss.

un atto giuridico convenzionale e di diritto positivo (qual è il matrimonio) del momento genetico di una società che pretende essere «originaria» e di diritto naturale<sup>70</sup>.

È dunque la famiglia *tout court*, intesa quale luogo primario di realizzazione della persona, a dover essere valorizzata a prescindere dalla presenza di un legame formalizzato tra la coppia.

Le osservazioni che precedono lasciano tuttavia intatta la speciale considerazione che la famiglia legittima riceve dal legislatore costituzionale: è innegabile che l'ordinamento attribuisce un trattamento privilegiato all'unione affettiva consacrata dal matrimonio<sup>71</sup>. Questo atto solenne è reputato in grado di conferire serietà e certezza all'impegno assunto e di agevolare, di conseguenza, la realizzazione personale dei consorti.

Il ruolo primario assegnato al vincolo coniugale è stato ribadito, poco meno di trent'anni fa, anche dalla Corte Costituzionale: «è vero che l'art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali di rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e di certezza e della corresponsività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio»<sup>72</sup>.

Ad analogo esito è giunta la Corte in altra recente sentenza, in cui si è ribadito che «senza dubbio, la convivenza *more uxorio* costituisce un rapporto ormai entrato nell'uso ed è comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale; ma si è anche aggiunto che questa trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, cui la giurisprudenza della Corte non è indifferente (sentenza n. 8 del 1996), non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure, collocandole in una visione unificante, secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe connotazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le due situazioni in sostanza differirebbero sol-

---

<sup>70</sup> Cfr. F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 87, per il quale l'art. 29 Cost. va letto come se la sua formulazione fosse, in realtà, la seguente: «la Repubblica riconosce (i diritti del)la famiglia coniugale come particolare forma storica della società familiare fondata sul matrimonio» (p. 131). Già al tempo dell'Assemblea costituente, Piero Calamandrei aveva sottolineato la contraddizione in termini insita nel congiungere l'idea di società naturale a un istituto di diritto positivo: cfr. P. BARRILE, *La famiglia di fatto. Osservazioni di un costituzionalista*, cit., p. 43-44.

<sup>71</sup> N. LIPARI, *Osservazioni conclusive*, cit., p. 336.

<sup>72</sup> Così C. Cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, I, c. 446. In modo analogo, v. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 11.

tanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo. Al riguardo, si deve ribadire quanto già più volte affermato, cioè che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale e non può essere assimilata a questo per desumerne l'esigenza costituzionale di una parità di trattamento. La stessa Costituzione ha valutato le due situazioni in modo diverso, e il dato assume rilievo determinante in un giudizio di legittimità costituzionale. Infatti, il matrimonio forma oggetto della specifica previsione contenuta nell'art. 29 Cost., che lo riconosce elemento fondante della famiglia come società naturale, mentre il rapporto di convivenza assume anch'esso rilevanza costituzionale, ma nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2 Cost. ... In questo quadro, l'aspetto dei comuni sentimenti affettivi, che ben possono essere presenti in un rapporto di coniugio come in uno stabile rapporto di convivenza, non è idoneo a superare le diversità tra le due situazioni poste in luce dalla giurisprudenza della Corte. Tali diversità, senza escludere la riconosciuta rilevanza giuridica della convivenza di fatto, valgono però a giustificare che la legge possa riservare in linea di principio all'una e all'altra situazione un trattamento non omogeneo»<sup>73</sup>.

La preferenza accordata dalla Costituzione al modello coniugale non deve comunque portare troppo lontano: questo tipo di legame risulta solamente uno dei mezzi di realizzazione della personalità dei componenti della coppia. Pur prendendo atto della distinzione esistente tra le due forme di vita comune, è possibile riconoscere a entrambe una loro specifica dignità, impedendo di configurare la convivenza come un fenomeno secondario, riprovato o appena tollerato, rispetto al rapporto coniugale<sup>74</sup>. La maggiore tutela che il matrimonio riceve è perciò strumentale al raggiungimento degli obiettivi sanciti dall'art. 2 Cost. e non può considerarsi fine a se stessa, ossia rivolta all'istituto matrimoniale in quanto tale<sup>75</sup>.

A eguale conclusione si giunge ove si rifletta sull'art. 30 Cost.: la norma, nel salvaguardare l'interesse del minore a ottenere dai genitori

<sup>73</sup> Così C. Cost., 8 gennaio 2009, n. 140, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1513.

<sup>74</sup> Cfr. C. Cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 107.

<sup>75</sup> Cfr., tra gli altri, L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, cit., p. 89; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 789; F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 83; P. PERLINGIERI, *Aspetti dei rapporti familiari personali e patrimoniali*, cit., p. 919 ss.; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 135 ss.; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 192; N. LIPARI, *Osservazioni conclusive*, cit., p. 336-337.

l'adempimento degli obblighi necessari per la sua crescita, parifica i nuclei familiari a prescindere dall'esistenza di un legame formale tra la coppia<sup>76</sup>. Ulteriore conferma di questo assunto si può altresì ricavare dalla lettura degli artt. 36 e 37 Cost.: il riferimento alla «famiglia» ivi previsto non può limitarsi al solo nucleo fondato sul matrimonio; diversamente opinando, dovrebbe ammettersi, con un'evidente contraddizione, che il lavoratore non coniugato non ha diritto a una retribuzione idonea ad assicurare a sé un'esistenza libera e dignitosa e che alla donna lavoratrice, non facente parte di una famiglia legittima, può essere precluso l'adempimento della sua essenziale funzione familiare<sup>77</sup>.

Esce dunque rafforzata la convinzione che la percepita esistenza a livello costituzionale di un *favor matrimonii* non può risolversi nella previsione di un criterio di esclusività, bensì di piena compatibilità tra l'istituto civilistico e le convivenze di fatto. E la paventata possibilità che il legislatore riservi un trattamento del tutto analogo ai due fenomeni – ipotesi considerata da una parte della dottrina vietata dall'art. 29 Cost.<sup>78</sup> – non può senz'altro predicarsi con riguardo alla recente legge n. 76 del 2016, la quale, come si avrà modo di approfondire in seguito, introduce uno statuto normativo minimo e «leggero».

Alla luce dei dati sin qui discussi, risulta confermata l'esistenza di un rapporto di sostanziale meritevolezza di tutela delle varie realtà familiari dotate del carattere della stabilità, in quanto tutte idonee a soddisfare l'esigenza di ogni individuo di sviluppare pienamente la propria personalità in una comunità di affetti<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Cfr., fra tanti, M. BESSONE e G. FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1979, p. 1323; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 320; G. PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1443; P. BARILE, *La famiglia di fatto. Osservazioni di un costituzionalista*, cit., p. 45.

<sup>77</sup> Si è così lontanissimi dalle posizioni assunte da chi, ancora in un recente passato, definiva le coppie non coniugate con prole alla strega di «distributori di figli» (così A. TRABUCCHI, *Natura Legge Famiglia*, cit., p. 3).

<sup>78</sup> Così, ad esempio, per F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 148; M. GIORGIANNI, *Note introduttive agli articoli 137-142 della Novella*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, p. 747; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 21-22; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 41-42; N. LIPARI, *Osservazioni conclusive*, cit., p. 338.

<sup>79</sup> Emblematica della mutata considerazione sociale (e, di conseguenza, giurisprudenziale) del fenomeno è la sentenza resa da Cass. pen., 7 agosto 2009, n. 31290, ined.: «chi mai porrebbe in dubbio che la famiglia sia soltanto quella che si fonda sul matrimonio e non quella che si fonda su una convivenza eventualmente durata de-

In chiusura d'indagine, prima di procedere con l'analisi delle fonti normative non costituzionali, occorre farsi carico di un ultimo profilo di dubbio che riguarda il legame esistente tra la famiglia e la filiazione, al fine di verificare se possa darsi la prima pur in assenza di prole.

Il dato da cui muovere è offerto nuovamente dall'art. 29 Cost., il quale descrive la comunità coniugale senza ricorrere ad alcun elemento diverso e ulteriore rispetto all'atto matrimoniale: se quella particolare formazione sociale privilegiata, che indubitabilmente costituisce una famiglia, è tale a prescindere dalla filiazione, questo elemento deve senz'altro considerarsi estraneo alla fattispecie<sup>80</sup>. A ciò si aggiunga come i rapporti tra genitori e figli trovino disciplina non tanto nell'art. 29, bensì nel successivo art. 30 Cost.; tant'è che la norma rende irrilevante, per il sorgere dei diritti e dei doveri dei primi nei confronti dei secondi, l'esistenza di un matrimonio<sup>81</sup>.

Risulta dunque avvalorata la conclusione che un consolidato rapporto affettivo, ancorché di fatto e pur senza prole, non appare costituzionalmente insignificante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti manifestazioni solidaristiche di cui all'art. 2 Cost.<sup>82</sup>

---

cenni, che ha spesso condotto alla procreazione di figli, caratterizzata dall'assistenza reciproca, dalla convivenza fondata su comuni ideali e stili di vita? Chi riuscirebbe a distinguere la situazione personale di uno dei protagonisti di questa vicenda umana, che spesso ha termine solo con la morte di uno dei partecipi, da quella di chi ha contratto formalmente il matrimonio?». In senso contrario (ma con posizioni espresse 25 anni prima), v. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 14, secondo il quale «pretendere di costruire la famiglia di fatto come qualcosa di concettualmente simile o addirittura identico alla famiglia legittima servirebbe solo a dimostrare una profonda inciviltà ed incultura (nel senso più pregnante del termine)».

<sup>80</sup> Tant'è che la giurisprudenza ha differenziato gli indici presuntivi dell'esistenza di una convivenza di fatto rispetto a quelli individuanti una famiglia di fatto e legittimanti, ad esempio, la risarcibilità del danno non patrimoniale da perdita del figlio del convivente *more uxorio*. Per l'esistenza di un rapporto tra convivente e il figlio del *partner* sono stati considerati rilevanti i seguenti elementi: «la risalenza della convivenza, la *diuturnitas* delle frequentazioni, il *mutuum adiutorium*, l'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*» (così Cass., 21 aprile 2016, n. 8037, in *Foro it.*, I, 2017, c. 296).

<sup>81</sup> Cfr. F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 159.

<sup>82</sup> Così C. Cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Giur. it.*, 1987, I, p. 1960. In dottrina, v. ad esempio G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 28; M. PALADINI, *La filiazione nella famiglia di fatto*, in *Familia*, 2002, p. 609; M. SGROI, *La famiglia di fatto: costituzione, scioglimento, profili di tutela del soggetto debole, aspetti di responsabilità*, in *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, a cura di G. Oberto, Padova, 2012, p. 1066 ss.



Il quadro così delineato restituisce un'immagine assai aderente al sentire sociale dell'attuale momento storico, ma non va dimenticato che questa lettura dell'istituto familiare, che oggi appare un dato quasi scontato, è stata il frutto di travagliatissime battaglie che si sono combattute tanto sul piano ideologico, quanto su quello giuridico. E proprio con riferimento a quest'ultimo, va registrata, ancora agli inizi degli anni Novanta del XX secolo, una certa resistenza di una parte autorevole della dottrina ad ammettere, per un verso, che di «famiglia» si possa parlare anche con riguardo alle libere unioni e, per altro verso, che a esse possa estendersi l'applicazione di alcune delle norme previste per il nucleo nascente dal matrimonio.

L'affermazione trova riscontro nel pensiero di due noti e illustri giuristi, a detta dei quali il concetto di famiglia (e la disciplina per essa dettata dalla legge) deve considerarsi inseparabile dal suo solenne atto di fondazione<sup>83</sup>: il riferimento è, da un lato, ad Alberto Trabucchi, secondo cui «la nostra Costituzione ... riconosce soltanto la famiglia costituita sul matrimonio»<sup>84</sup> e, dall'altro, a Luigi Mengoni, per il quale (sebbene in una posizione meno intransigente) «il matrimonio è il connotato originario della famiglia»<sup>85</sup>.

Se si considera che quanto sopra riportato è stato espresso poco più di vent'anni fa, appare evidente quanta strada abbia compiuto la dottrina in un lasso brevissimo di tempo e con quale sforzo si sia imposta l'attuale visione del fenomeno.

5. ... *le altre fonti legislative*. – L'assenza di un legame univoco tra l'atto matrimoniale e l'esistenza di una famiglia ha trovato riscontro anche nell'analisi delle fonti normative di rango inferiore<sup>86</sup>.

Si è già fatto cenno nelle premesse come non sia possibile rinvenire in quest'ambito alcun disposto che fornisca una nozione legale, a carattere universale, di «famiglia». Deve poi aggiungersi che sarebbe destinata a sicuro fallimento anche la ricerca di un riferimento norma-

<sup>83</sup> Si rimanda ai riferimenti presenti in M. BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, Padova, 1992, p. 157.

<sup>84</sup> A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, cit., p. 31.

<sup>85</sup> L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Justitia*, 1990, p. 1.

<sup>86</sup> Per uno studio più dettagliato delle norme in cui compare un esplicito riferimento alla figura del convivente *ante* Novella, si rinvia a quanto si esporrà nel cap. III, § 2. Si limiterà qui l'analisi alle disposizioni che tratteggiano una nozione di «famiglia» in termini ampi, non limitandola alle sole unioni matrimoniali.

tivo che ancori indissolubilmente l'istituto familiare all'esistenza di un rapporto formale tra la coppia.

Ma c'è di più.

Sin dagli inizi dell'era costituzionale, in una delle pochissime norme definitorie rinvenibili in questa materia, l'ordinamento, ancorché in una disposizione di settore, ha tratteggiato i confini della nozione di «famiglia» in termini assai ampi, identificandola (ai fini anagrafici) in «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, affiliazione, tutela o vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune, che normalmente provvedono al soddisfacimento dei loro bisogni mediante la messa in comune di tutto o parte del reddito da lavoro da esse percepito»<sup>87</sup>.

Anche il nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente, introdotto nel 1989, ha fornito analoga definizione (art. 4): «per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio [e unione civile], parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune»<sup>88</sup>.

A queste enunciazioni, entrambe le fonti regolamentari ne hanno affiancata un'altra, relativa al fenomeno della convivenza (art. 5), che viene così descritta: «un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune»<sup>89</sup>.

L'analisi del quadro normativo così descritto consente perciò di confermare le conclusioni a cui si è giunti. Non solo: oltre a negare alcuna valenza fondativa al matrimonio, le disposizioni anagrafiche impediscono persino di relegare i legami di coppia *more uxorio* al mero fenomeno delle convivenze di cui all'art. 5 del d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223. Difatti, secondo la definizione contenuta nell'art. 4, l'esistenza di un vincolo affettivo tra due persone è, di per sé, sufficiente a rendere tale nucleo una «famiglia». Si assiste, pertanto, in una norma regolamentare emanata nel 1958, a un grado di sensibilità e di nitidezza nel riconoscere gli aspetti naturali e spontanei del costume sociale ben maggiore di quello dimostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza sino ai successivi anni Settanta<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Questa è la definizione di «famiglia» prevista dall'art. 2 del d.P.R. 31 gennaio 1958, n. 136.

<sup>88</sup> Si fa riferimento all'art. 4 del d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223.

<sup>89</sup> Cfr. l'art. 5 del d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223.

<sup>90</sup> Cfr. G. GANDOLFI, *Alcune considerazioni (de jure condendo) sulla famiglia naturale*, in *Foro it.*, 1974, V., c. 211.

La medesima anticipazione nel recepire le nuove istanze sociali (ancorché probabilmente motivata da esigenze prettamente economiche) può riscontrarsi anche nell'interpretazione attribuita dalla Suprema Corte alle disposizioni contenute nella legislazione fiscale: in questo frangente, si sono ricompresi tra i redditi della «famiglia» anche quelli prodotti da persone legate tra loro da un vincolo affettivo non formalizzato<sup>91</sup>.

Sempre su questo terreno, l'uso del termine «famiglia» al di fuori del contesto coniugale è testimoniato anche dall'impiego che di esso è stato fatto nel Codice civile.

Paradigmatico è il significato assegnato all'ambito familiare dalle norme di cui agli artt. 230 *bis* e 1023 c.c.

Nel primo caso, precedentemente all'introduzione della legge n. 76 del 2016<sup>92</sup>, la giurisprudenza di legittimità – dopo aver inizialmente negato alla famiglia di fatto l'applicazione dell'istituto dell'impresa familiare – ha esteso a essa la disposizione di cui all'art. 230 *bis* c.c., ritenendo tale nucleo affettivo una formazione sociale atipica a rilevanza costituzionale *ex* art. 2 Cost.<sup>93</sup>

Nell'altro caso, nell'ampio concetto di «famiglia» sotteso all'art. 1023 c.c., si sono ricompresi anche i figli nati dopo il sorgere del diritto d'uso o d'abitazione, i figli adottivi, quelli riconosciuti e gli affiliati, nonché le persone che convivono con il titolare del diritto per prestare a lui o alla sua famiglia i loro servizi.

Un altro esempio che merita di essere segnalato è offerto dall'art. 1647 c.c.: è principio ormai pacifico che la famiglia del coltivatore diretto non vada circoscritta a quella derivante dal matrimonio e com-

---

<sup>91</sup> Cfr. Cass., sez. un., 10 luglio 1957, n. 2744, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 726. Si rimanda per un approfondimento del profilo fiscale a F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, cit., p. 132 ss.

<sup>92</sup> Oggi il nuovo art. 230 *ter* c.c. così recita: «al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato».

<sup>93</sup> Cfr. Cass., 15 marzo 2006, n. 5632, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 135. In precedenza, la Corte di Cassazione aveva considerato presupposto indefettibile per l'applicabilità dell'art. 230 *bis* c.c. l'esistenza di una famiglia legittima in quanto norma eccezionale, insuscettibile di interpretazione analogica. Cfr., ad esempio, Cass., 29 novembre 2004, n. 22405, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 77.

prensiva soltanto del capofamiglia e dei figli conviventi, bensì debba intendersi alla stregua di un organismo economico a base associativa, inquadrabile nella categoria delle piccole imprese agrarie, formato da tutti quei soggetti legati da vincoli di parentela e di affinità con il lavoratore agricolo, i quali, pur non avendo con questo comunanza di mensa e di tetto, risultino associati alla conduzione del fondo<sup>94</sup>.

Emerge un quadro in cui, sul piano lessicale (e di riflesso su quello sostanziale), non può non rilevarsi l'assenza di una rigorosa terminologia legislativa. La sensazione è che il legislatore non abbia mai correlato in modo univoco il concetto di «famiglia» all'esistenza di un vincolo coniugale tra la coppia: non è dunque dalla nozione di matrimonio che può ricavarsi quella di «famiglia» o, in via diretta, quello di «convivenza».

Si può poi constatare come l'attuale visione del fenomeno abbia ricevuto dal legislatore ordinario, sin dal 1970, ancorché in modo riflesso, un sostegno importante (anche se forse non del tutto voluto).

Il riferimento è alla introduzione delle norme in tema di divorzio e di riforma del diritto di famiglia<sup>95</sup>: le prime hanno permesso la «regolarizzazione» delle relazioni affettive un tempo irricognoscibili a causa della indissolubilità del vincolo; le seconde hanno parificato lo *status* dei figli e consentito così a un maggior numero di coppie di convivere senza il timore che la mancata celebrazione delle nozze potesse nuocere alla prole<sup>96</sup>.

Su questo terreno, merita poi una particolare menzione l'art. 317 *bis* c.c. che, nella sua formulazione originaria, è stato da alcuni interpretato come il «sigillo ufficiale della famiglia non fondata sul matrimonio»<sup>97</sup>; ancorché, a una visione più attenta del dettato codicistico, si

<sup>94</sup> Cfr. Cass., 15 dicembre 1987, n. 9288, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratti agrari*, n. 219.

<sup>95</sup> Per F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 12, «il vero sconvolgimento (se di sconvolgimento può parlarsi) è avvenuto specialmente nel momento in cui si è statuita la reversibilità del vincolo ... una volta dichiarato con validità *erga omnes* che il vincolo matrimoniale non è più per la vita, si è definitivamente accettata l'idea di un legame temporaneo che in termini morali e psicologici priva l'unione del suo più autentico significato che è quello di creare un rapporto che vive nella continuità dell'assoluto e non già nella provvisorietà del contingente».

<sup>96</sup> Cfr. le considerazioni svolte da G. FERRANDO, *La famiglia di fatto*, in *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Casi e materiali*, a cura di M. Bessone, Milano, 2002, p. 738.

<sup>97</sup> Cfr. Cass., 8 febbraio 1977, n. 556, in *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 514.

è rilevato come la disposizione non fornisca un chiaro e diretto supporto normativo al riconoscimento della convivenza o della famiglia di fatto, poiché si limita a regolare i rapporti tra i genitori e i figli nati al di fuori del matrimonio<sup>98</sup>.

Sulla scorta di queste novelle legislative e dell'aumentato interesse degli studiosi per il fenomeno delle convivenze, si assiste nel 1977 alla prima chiara presa di posizione della Corte di Cassazione, la quale fa entrare a pieno titolo la famiglia di fatto nel cono d'ombra del diritto e della tutela legale, riconoscendola esplicitamente come rapporto giuridico rilevante per l'ordinamento<sup>99</sup>.

In chiusura di riflessione, va chiarito un ultimo profilo, rimasto sinora sullo sfondo: il rapporto esistente tra «famiglia di fatto» e «convivenza».

In entrambi i casi, ci si trova di fronte a una comunità di affetti che non trova formalizzazione in alcun tipo di atto e che si muove sul solo piano del rapporto. Tuttavia, pur con questa precisazione, le differenze tra i due concetti appaiono sostanziali: con il primo deve farsi riferimento a una fattispecie più ampia che, sotto il profilo dell'appartenenza soggettiva, ricomprende non solo la coppia ma anche la prole e, secondo una certa opinione, persino i parenti o gli affini dei conviventi<sup>100</sup>; viceversa, la convivenza *stricto sensu*, sebbene realizzi una comunità familiare, non può che essere formata da due soli soggetti legati da vincoli affettivi. Il fenomeno della convivenza va dunque accostato e rapportato, ai fini della nostra indagine, non tanto e non solo a quello familiare, quanto soprattutto al modello coniugale a cui si ispira.

---

<sup>98</sup> Si rinvia alle considerazioni espresse da BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 95; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 26.

<sup>99</sup> Cfr. Cass., 8 febbraio 1977, n. 556, in *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 514.

<sup>100</sup> Così sembra ritenere Cass., sez. un., 10 luglio 1957, n. 2744, cit., che ha ricompreso la madre della convivente *more uxorio*, coabitante con la coppia, tra i componenti della famiglia di fatto. Questa impostazione è stata criticata da quanti ritengono che membri di quest'ultima possano essere solamente i conviventi e i figli riconosciuti: D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 67; R. NICOLÒ, *La filiazione legittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Dem. dir.*, 1960, II, p. 8. Sulla questione, sebbene con riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, v. anche C. Cost., 14 aprile 1969, n. 79, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1034, secondo la quale la famiglia legittima è solo quella costituitasi con il matrimonio del padre naturale e composta dal coniuge e dai figli legittimi: «la stessa legislazione ordinaria, dinanzi a un soggetto che abbia contratto matrimonio, rifugge dall'inquadrare nella famiglia di lui tutto il gruppo degli ascendenti e dei collaterali».

## CAPITOLO TERZO

### LA «CONVIVENZA DI FATTO» PRIMA DELLA LEGGE 20 MAGGIO 2016, N. 76

SOMMARIO: 1. La fattispecie: il fatto-convivenza. – 2. La disciplina generale della convivenza prima della Novella: cenni. – 3. Le attribuzioni patrimoniali tra i conviventi in assenza di una regolamentazione pattizia: l'adempimento del «dovere» di assistenza materiale. – 4. (*Segue*) i labili confini della qualificazione. – 5. Il regime dei doni. – 6. Una differente proposta ricostruttiva del fondamento causale delle attribuzioni. – 7. Il regime di comunione legale *ante* Novella: esclusione. – 8. Il contratto di convivenza prima della Novella. – 9. Dall'obbligazione naturale a quella civile.

1. *La fattispecie: il fatto-convivenza.* – L'analisi sin qui condotta ha permesso di accertare che, prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016, gli elementi costitutivi della convivenza di fatto non potevano che essere ricavati in via interpretativa al di fuori di qualsiasi dato normativo specifico<sup>1</sup>. Il problema nasceva dall'assenza di una formalizzazione giuridica del vincolo e involgeva quello, più generale, del riconoscimento dei «rapporti di fatto», a cui si ricollegano conseguenze nel campo del diritto, senza che l'ordinamento ne individuasse esattamente i presupposti applicativi.

Esula dai nostri fini una ricognizione approfondita della questione, che si discosta dal principale oggetto d'indagine e risulta oggi superata dalla definizione legislativa della fattispecie. In ogni caso, del

---

<sup>1</sup> Proprio per questa ragione, anticipando in parte la successiva trattazione, non avrebbe senso qualificare la famiglia di fatto, prima della l. 20 maggio 2016, n. 76, in termini di «famiglia di diritto», non ostante i caratteri peculiari del fenomeno avessero già trovato una tipizzazione dottrinale e giurisprudenziale. Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 51; N. LIPARI, *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereleggio-Parma, 1977, p. 53-54.

tema ci occuperemo più avanti, quando si tratterà di verificare il nuovo modo con cui la fattispecie stessa viene recepita nella Novella. Tuttavia, appare sin d'ora necessario farvi breve cenno in quanto la figura descritta dalla legge n. 76 del 2016 è frutto, per una buona parte, di una trasposizione degli approdi a cui dottrina e giurisprudenza erano giunte nei decenni precedenti alla sua introduzione. Occorre dunque partire da questi per poi verificare la latitudine applicativa dell'attuale tipo legale, la cui esistenza rappresenta il presupposto necessario per la stipula di un contratto di convivenza.

Appare evidente che il riconoscimento giuridico dell'unione non fondata sul matrimonio, anche prima della Novella, non poteva operare sul piano dell'atto, ma unicamente su quello del rapporto.

La carenza di una definizione normativa imponeva di avere a riguardo alla realtà del fenomeno per ricavare da questa i dati caratterizzanti il modello di comunità familiare non coniugale. Poiché dunque è dal fatto che sorge l'operatività della regola giuridica<sup>2</sup>, è al rapporto sociale nel suo concreto operare che occorre riferirsi al fine di verificare gli elementi della fattispecie<sup>3</sup>: nel modello familiare coniugale vi è un impegno giuridico che dà vita a un rapporto, viceversa nella famiglia di fatto è il rapporto che può dare vita, finché persiste, a un impegno<sup>4</sup>.

Da questo angolo visuale, emerge anzitutto un dato di primaria importanza: nel loro concreto operare le libere unioni rivestono connotati funzionali e strutturali assai simili a quelli presenti nel vincolo matrimoniale<sup>5</sup>. La riconoscibilità sociale, etica e giuridica della convivenza

---

<sup>2</sup> In termini generali su tale questione si rimanda, tra tanti, ad A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1936, p. 129 ss.; T. ASCARELLI, *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, in *Dir. econ.*, 1955, p. 1179; N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e diritto*, cit., p. 332 ss.; A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 245 ss.

<sup>3</sup> Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e diritto*, cit., p. 306 ss.; P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino-Napoli, 1979, p. 268.

<sup>4</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereleggio-Parma, 1977, p. 135.

<sup>5</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 190; A.M. BERNARDINI DE PACE, *Convivenza e famiglia di fatto. Ricognizione del tema nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 295; D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 65-66. V., inoltre, V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., p. 281, secondo il quale «la famiglia regolata è rimasta essenzialmente quella legittima ... [e] là dove sembra emergere a livello normativo la realtà dei modelli

è da sempre dipesa dalla sua conformazione analoga al rapporto di coniugio, anche nella continuità del tempo<sup>6</sup>.

È lo stesso legislatore a riconoscere in via indiretta questa circostanza: emblematico è l'art. 123 c.c., che nega ai contraenti la possibilità di impugnare il matrimonio nel caso in cui «abbiano convissuto come coniugi» successivamente alla celebrazione delle nozze. La norma testimonia la rilevanza attribuita dall'ordinamento a un rapporto di fatto, qual è la convivenza, seppure ai soli fini dell'impugnativa negoziale, qualora si svolga in termini simili a quella coniugale<sup>7</sup>.

La specularità dei due fenomeni ha indotto la maggioranza degli interpreti a considerare l'art. 143 c.c., letto in chiave di rapporto matrimoniale<sup>8</sup>, idoneo a delineare la struttura della libera unione ai fini della riconduzione al tipo giurisprudenziale<sup>9</sup>: gli obblighi di coabitazione, fedeltà e assistenza morale e materiale, se spontaneamente assunti da due soggetti, sono stati giudicati indici di riconoscimento dell'esistenza di un nucleo familiare di fatto.

Quanto osservato non può certamente annullare le differenze esistenti tra le due fattispecie: un conto è la rilevanza giuridica del rap-

---

familiari alternativi, il trattamento giuridico viene definito per assimilazione a quella della famiglia legittima». Secondo V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 747, la convivenza altro non è che una «immagine speculare rovesciata sì, ma simmetrica» al matrimonio.

<sup>6</sup> Cass., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 52.

<sup>7</sup> Cfr. F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 249.

<sup>8</sup> Si è condivisibilmente osservato che «per valutare la configurabilità in concreto di una convivenza *more uxorio*, ... non deve guardarsi alle regole di disciplina del matrimonio in atto, ma solo a quelle che consentono di dotare di contenuti il rapporto matrimoniale»: così L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., p. 1113.

<sup>9</sup> Sul punto, senza alcuna pretesa di esaustività, v. D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 25; N. LIPARI, *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, cit., p. 67 ss.; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 195; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, p. 382; G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 192; S. POLIDORI, *Convivenza e situazioni di fatto*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio*, I, 1, Milano, 2011, p. 1119-1120; G. FERRANDO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 737, secondo la quale nella realtà sociale la famiglia fondata sul matrimonio rappresenta il modello di qualsiasi relazione di tipo familiare; F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, cit., p. 134; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, cit., p. 113; F. BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., p. 72; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 12; M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, cit., p. 129.



porto personale dei conviventi plasmato sul modello di cui all'art. 143 c.c., altra cosa è la vincolatività dei doveri sanciti dalla norma<sup>10</sup>. Tant'è che in questa materia ogni questione riguardante i rapporti descritti dall'art. 143 c.c. determina unicamente lo scioglimento della relazione e il conseguente venir meno della recezione, a opera dell'ordinamento, del fatto-convivenza<sup>11</sup>.

La convivenza esprime perciò un fenomeno improntato alla libertà dei componenti di regolare gli aspetti personali e patrimoniali dell'unione. Due le conseguenze: per un verso, non è possibile riscontrare la presenza di obblighi di assistenza morale e materiale coercibili; per altro verso, i caratteri fondanti il rapporto (coabitazione, assistenza, stabilità, etc.) non possono considerarsi del tutto equivalenti agli obblighi coniugali, essendo più ampio lo spazio di autonomia riservato ai conviventi<sup>12</sup>.

Si consideri oltretutto che, mentre la legge può modificare il rapporto legittimo, eliminando o introducendo nuovi obblighi, l'assenza di una definizione normativa di convivenza (*ante* Novella) e l'attuale generica individuazione degli elementi costitutivi del rapporto impongono tuttora di condurre l'analisi con prevalente riscontro della realtà sociale, senza che le disposizioni in tema di matrimonio (*in primis*, l'art. 143 c.c.) possano assurgere a parametro unico di riferimento per la qualificazione formale della convivenza<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Conformemente a quanto osservato, è stata negata in giurisprudenza la qualifica di fatto illecito alla decisione del convivente di intraprendere una parallela nuova relazione sentimentale, taciuta alla *partner*, mentre quest'ultima si sottoponeva a terapie di fecondazione assistita: Trib. Genova, 25 settembre 2009, in *Fam. dir.*, 2009, p. 389.

<sup>11</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 116-117; L. BALESTRA, *Il rapporto tra conviventi di fatto: contratti di convivenza e obbligazioni naturali*, cit., p. 39-40.

<sup>12</sup> M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, cit., p. 129. Viceversa, con riguardo al matrimonio, la legge disciplina in modo tendenzialmente inderogabile il *ménage* domestico. Basti considerare il seguente esempio: se un coniuge abbandona la casa familiare con l'intenzione di non farvi ritorno, si verificherà solamente una separazione di fatto; mentre se ciò viene compiuto dal convivente, cesserà il rapporto: «e dunque, paradossalmente, [nella famiglia di fatto] i doveri derivanti dal matrimonio (almeno alcuni di essi) avrebbero per certi versi rilevanza ancor maggiore» (così M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 195).

<sup>13</sup> In modo analogo, v. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 52-53, il quale sottolinea che «fino al giorno in cui non avverrà la tipizzazione normativa ... l'interprete e il giudice sono dunque liberi di costruire il modello secondo il me-

Proprio la diversità tra i due modelli ha costituito la base argomentativa, impiegata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, per escludere l'impiego delle norme sulla famiglia legittima come *tertium comparationis* nei giudizi di legittimità costituzionale, sollevati per violazione dell'art. 3 Cost., con riferimento a ipotizzate disparità irragionevoli di trattamento tra i due archetipi familiari<sup>14</sup>.

A mente di questa distinzione, occorre farsi carico di due possibili obiezioni preliminari, che sembrano mettere in dubbio il legame simbiotico tra le due fattispecie e il conseguente uso di concetti presi a prestito dall'ambito matrimoniale per definire il tipo «convivenza».

La prima critica si fonda sulla constatazione che la prassi conosce un panorama assai vario di convivenze che si sviluppano adottando multiformi modelli comportamentali<sup>15</sup>.

In quanto figura nascente dal fatto, la convivenza *more uxorio* assume contorni variabili e si presenta in forme diverse di difficile individuazione, oltre che di ardua differenziazione pratica, rispetto ad altri fenomeni di mera coabitazione. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui due soggetti convivano unicamente per motivi economici, di ospitalità, di servizio, per ragioni di assistenza, di studio o di lavoro oppure alle coa-

---

todo di indagine che appare loro più corretto tenendo conto del fatto che dovendosi ricostruire un modello sociale non dovranno prevalere gusti o opinioni personali ma piuttosto l'osservazione dell'*id quod plerumque accidit*» (p. 53). Sulla stessa linea, si collocano G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale*, Padova, 1996, p. 17; M. SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Familia*, 2004, p. 685.

<sup>14</sup> Cfr., fra molte, C. Cost., 12 gennaio 1977, n. 6, in *Foro it.*, 1977, I, c. 793; C. Cost., 30 dicembre 1997, n. 451, *ivi*, 1998, I, p. 1378; C. Cost., 5 febbraio 1996, n. 23, *ivi*, 1997, I, p. 61; C. Cost., 29 gennaio 1998, n. 2, *ivi*, 1998, I, p. 313.

<sup>15</sup> In generale, sulla frantumazione dei modelli familiari, v. ad esempio P. ZATTI, *Familia, familiae - Declinazione di un'idea*, cit., p. 9; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 3 ss.; V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 270 ss., il quale ricorda come i mutamenti sociali degli ultimi decenni abbiano coinvolto numerosi istituti classici del diritto, parcellizzandoli (si pensi, ad esempio, al concetto di proprietà); A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1309; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., p. 509-510; G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1719-1720 (in cui si parla di «famiglie»); A. SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, cit., p. 1092. Sulla difficile unitarietà della nozione di convivenza *more uxorio*, v. anche G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Trattato teorico-pratico diretto da G. Autorino Stanzone, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, I, Torino, 2011, p. 205.

bitazioni tra persone legate da un rapporto di parentela o di stretta amicizia<sup>16</sup>.

A complicare il quadro concorre, inoltre, la fitta trama di motivi individuali che può sorreggere la scelta di una coppia di non contrarre matrimonio: insofferenza rispetto al vincolo coniugale; impossibilità giuridica di sposarsi (ad esempio nell'arco di tempo che va dalla separazione al divorzio); timore per gli obblighi che nascono dal matrimonio e per le conseguenze patrimoniali collegate al suo scioglimento<sup>17</sup>; volontà di sperimentare una sorta di «periodo di prova»<sup>18</sup>; necessità economiche (carenza di denaro o, al contrario, volontà di continuare a percepire un emolumento legato allo *status* di *single*, come un assegno divorzile o la pensione di reversibilità)<sup>19</sup>.

Di fronte a questa eterogeneità di modelli, sembrerebbe dunque arduo compiere una *reductio ad unum* del fenomeno e individuare uno schema, valevole per tutte le unioni affettive di coppia, comparabile con quello matrimoniale.

Il secondo rilievo guarda, invece, al rapporto di coniugio e si nutre della medesima considerazione: nel loro concreto atteggiarsi anche le relazioni matrimoniali possiedono un contenuto non omogeneo che, con la riforma del diritto di famiglia, ha trovato nuovo impulso in virtù della accordata rilevanza al momento consensuale tra i coniugi nella regolazione del *ménage* domestico<sup>20</sup>. La verifica dell'adesione di un rap-

<sup>16</sup> Secondo F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 4, la convivenza familiare non indica un fenomeno unitario e può presentarsi come convivenza coniugale (fondata sul matrimonio), di generazione (fondata sulla procreazione), adottiva (che opera quale rimedio all'abbandono e incarna la famiglia adottiva), pattizia (regolata da un accordo) o fattuale (non avente alcun dato fondativo formale). Una ricognizione delle coabitazioni non fondate su legami affettivi di coppia è contenuto nel già citato art. 5 del D.p.r. 30 maggio 1989, n. 223.

<sup>17</sup> S. PATTI, *Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria*, cit., p. 248.

<sup>18</sup> Sul «matrimonio in prova», v. ad esempio F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 179; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 13; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, cit., p. 191.

<sup>19</sup> Sulle motivazioni che sorreggono la scelta di convivere v., ad esempio, P. MIRABELLA, *Unioni di fatto*, Assisi, 2009, p. 25 ss.; T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, cit., p. 616-617; V. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 707 ss.; G. FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina, in Matrimonio, matrimonii. L'ambiguo del comparatista*, diretto da M. Lupoi, Milano, 2000, p. 301.

<sup>20</sup> Cfr., ad esempio, P. RESCIGNO, *I «tipi» di matrimonio e la libertà del cittadino*, cit., p. 61 ss. F. CAGGIA, *La convivenza*, cit., p. 688; A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario*

porto di fatto al modello matrimoniale, ai fini della sua considerazione in termini di «convivenza» qualificata, risulterebbe perciò assai complicata in ragione della inesistenza di un unitario schema coniugale di riferimento.

A prima vista suggestiva, le obiezioni possono tuttavia superarsi.

Pur nella varietà di comportamenti attraverso i quali un rapporto di coppia può manifestarsi e degli interessi che lo sorreggono, va anzitutto rilevato che il carattere imitativo della libera unione<sup>21</sup>, rispetto al paradigma coniugale, costituisce la base della percezione sociale di quella relazione affettiva come convivenza. Non è un caso che, anche sotto il profilo terminologico, al sostantivo si è sovente accostata la locuzione latina «*more uxorio*».

Si tratta di un dato di cui dottrina e giurisprudenza hanno sempre tenuto conto nel delineare i segni distintivi di stampo obiettivo del vincolo non coniugale<sup>22</sup>. L'esistenza di un ampio statuto di disciplina dell'unione matrimoniale, improntato al rispetto delle disposizioni inderogabili di cui agli artt. 143 ss. c.c., ha così permesso di determinare un modello di comparazione alla luce del quale valutare le situazioni affettive di fatto<sup>23</sup>.

Pertanto, non ostante le rilevate difficoltà di individuazione di indici di riconoscibilità obiettiva, poteva comunque dirsi delineata, sebbene sotto forma di diritto «vivente», una figura «tipica» di convivenza

---

per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza, cit., p. 22 ss.; V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 281 ss. Si finisce così per dubitare che la famiglia matrimoniale possa considerarsi un modello univoco in quanto, in concreto, non possiederebbe un contenuto costante in ragione dell'elevato grado di flessibilità che sia la legge, sia l'attuale costume sociale accordano al rapporto di coniugio.

<sup>21</sup> Parla di «logica imitativa» G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2016, p. 358. Parimenti, anche M. PARADISO, *Commi 36-37*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 477, afferma che «sono gli stessi conviventi che danno vita ad una *imitatio coniugii*».

<sup>22</sup> Secondo A. PALAZZO, *Le convivenze: diversità di modelli e ruolo dell'integrazione dei sessi*, in *Matrimonio, matrimonii. L'altambicco del comparatista*, diretto da M. Lupoi, Milano, 2000, p. 136, non ostante la realtà presenti un panorama assai ampio di unioni non matrimoniali, è rinvenibile un minimo comun denominatore che opera una sorta di *reductio ad unum* della loro multiforme varietà.

<sup>23</sup> Per V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 283, pur con le difficoltà derivanti dal multiforme atteggiarsi della famiglia nella sua fenomenologia reale, sarebbe comunque possibile individuare un concetto di «famiglia» non coniugale di tipo generale.

ben prima della Novella<sup>24</sup>. Tant'è che, come si avrà modo di verificare, quegli elementi strutturali della fattispecie sono stati poi, nella sostanza, recepiti dal comma 36 della legge n. 76 del 2016.

Ciò non toglie tuttavia come, in quel periodo, l'interprete fosse necessariamente costretto a muoversi su un terreno privo di precisi parametri di riferimento: mancando di un elemento costitutivo di tipo giuridico-formale da cui dipendeva il suo sorgere, il fenomeno si ricostruiva unicamente attraverso un'indagine empirica, condotta in base all'osservazione del caso concreto e sulla scorta di una considerazione storico-reale dell'istituzione familiare secondo l'*id quod plerumque accidit*<sup>25</sup>. La verifica andava effettuata caso per caso, attraverso un accertamento *ex post*; e l'assenza di un atto fondativo solenne imponeva, inoltre, di riscontrare la permanenza della relazione sentimentale nel tempo.

Il giurista *ante* Novella era allora chiamato a determinare la linea di confine tra ciò che poteva dirsi convivenza «qualificata» e le altre relazioni affettive attraverso una selezione dei criteri coerente con i principi costituzionali e lontana dalla «ideologia della neutralità»<sup>26</sup>: «sarebbe un falso controllo – o, meglio, un non controllo – quello di un diritto (scritto o anche solo “vivente”) che delegasse all'esperienza una sorta di legittimazione sociale all'autocontrollo, per poi recepirne supinamente le risultanze e le conseguenti tipizzazioni»<sup>27</sup>. E ciò in quanto, anche nel diritto di famiglia, risulta importante l'indicazione del «dover essere»<sup>28</sup> e la conseguente «determinazione di un nucleo essenziale di contenuti ... a modo di principi inderogabili»<sup>29</sup>, purché compatibili con il molteplice manifestarsi dei rapporti di convivenza e con la scelta di libertà dei suoi componenti<sup>30</sup>.

Con questi *caveat*, in definitiva, occorreva muovere dalla realtà sociale per giungere a una definizione degli elementi caratterizzanti la fattispecie<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> La descrizione della famiglia di fatto come figura tipica era stata, a suo tempo, proposta da F. PROSPERI, *La famiglia “non fondata sul matrimonio”*, cit., p. 198.

<sup>25</sup> Cfr. V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie”*, cit., p. 284-285.

<sup>26</sup> U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, cit., p. 4.

<sup>27</sup> Così F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., p. 515.

<sup>28</sup> Così V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie”*, cit., p. 283.

<sup>29</sup> Così P. ZATTI, *Familia, familiae - Declinazione di un'idea*, cit., p. 16.

<sup>30</sup> M. SANTILLI, *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 776.

<sup>31</sup> Secondo F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 97, occorreva muovere da un criterio direttamente desunto dalla fenomenologia della

Ciò spiega perché il primo aspetto, considerato fondamentale per la riconduzione di un rapporto di coppia al modello di convivenza, sia sempre stato il legame di tipo affettivo<sup>32</sup>. A questo proposito, taluno ha parlato di «*maritalis affectio*» o «*honor matrimonii*»<sup>33</sup> per indicare la necessaria presenza di comportamenti che, denotando un progetto di vita in comune, risultano idonei a fungere da elemento distintivo rispetto a quelle unioni in cui manca una relazione di coppia<sup>34</sup>.

Le difficoltà di ordine probatorio avevano poi indotto la dottrina più risalente a individuare due indici obiettivi «a rilevanza esterna»<sup>35</sup> dell'esistenza di un legame affettivo: la coabitazione non clandestina e la stabilità del rapporto nel tempo.

---

convivenza, che fosse tale da rispecchiare il nucleo funzionale e costante di essa: «nella famiglia di fatto "l'essere" stesso del rapporto è quello che conta, non già, come nella famiglia legittima, il "dover essere"». In modo analogo, v. anche F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, cit., p. 134.

<sup>32</sup> Cfr., ad esempio, F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 76, secondo il quale «l'*affectio*, dunque, è il cardine della famiglia di fatto e il suo accertamento deve anzi essere rigorosissimo proprio perché non può essere presunto, come invece avviene nel caso della famiglia legittima»; A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 53-54; A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 345; G. FERRANDO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 759; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 2004, p. 234; F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 11; G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale*, cit., p. 13-14.

<sup>33</sup> Si tratta di locuzioni appartenenti al diritto romano e poi traslate in quello moderno. In particolare, si è precisato che nel diritto romano «il reciproco consentire dei nubendi doveva avere ad oggetto un vero e proprio matrimonio, onde l'unione su cui verteva il consenso aveva come necessaria conseguenza che l'uomo tenesse presso di sé la donna con quello che i romani chiamavano l'*honor matrimonii*, che differenziava la moglie dalla concubina» (così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 134). La distinzione tra *maritalis affectio* e *honor matrimonii* consisteva dunque in questo: la prima «era l'elemento soggettivo, che determinava particolari relazioni tra coniugi; l'*honor matrimonii* era l'elemento obiettivo, è cioè il comportamento, palese e certo, di persone congiunte in una *societas vitae*» (così S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1946, p. 155). Si deve anche alla Corte di Cassazione l'uso di questi lemmi per definire i caratteri della convivenza: cfr. Cass., 4 dicembre 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Filiazione*, n. 50; Cass., 23 aprile 1966, n. 1041, in *Giur. it.*, 1967, p. 67; Cass., 15 luglio 1968, n. 2524, in *Giust. civ.*, 1968, p. 1554.

<sup>34</sup> Sul problema della valorizzazione giuridica delle relazioni di coppia tra persone coabitanti in cui non è presente un vincolo affettivo, si rimanda a M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, cit., p. 94 ss.

<sup>35</sup> Secondo A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 54, occorre «il consolidarsi dell'unione libera nella *communio omnis vitae* attraverso l'*affectio* nella sua oggettiva evidenziazione».

Si era così ritenuto imprescindibile che l'unione si manifestasse in una residenza comune della coppia, purché duratura<sup>36</sup>, e che il vincolo rivestisse i caratteri della serietà e della stabilità<sup>37</sup>, non limitandosi alla mera coabitazione saltuaria o all'occasionalità dello scambio sessuale<sup>38</sup>. Invero, proprio perché la convivenza si esaurisce esclusivamente nel fatto continuativo<sup>39</sup>, risulta indispensabile che la stessa si protragga nel tempo, mantenendo inalterati i propri caratteri. Ciò al fine di rendere altresì riconoscibile l'eventuale momento di rottura, anch'esso non formalizzabile, che segna il sorgere dell'interesse all'accertamento *a posteriori* dell'unione.

Va però precisato che di coabitazione si riteneva potesse parlarsi, ai fini della riconduzione al tipo giurisprudenziale, anche se i conviventi avessero mantenuto due residenze anagrafiche diverse, come – d'altra parte – si ammetteva che i coniugi potessero avere<sup>40</sup>. Necessario

<sup>36</sup> Cfr. V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 707; G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale*, cit., p. 13. Secondo F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 61, il concetto di coabitazione non ricomprende quello di unicità di tetto, ma assume un'interpretazione più sfumata. Nella stessa direzione sembrano muoversi anche G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 169; nonché D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 76. Tuttavia, pur con questa precisazione, si è comunque riconosciuta l'importanza della coabitazione nei rapporti con i terzi al fine di realizzare una sorta di pubblicità costitutiva del rapporto (altrimenti inesistente) e per radicare gli affidamenti reciproci tra la coppia: cfr. sempre F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 62. Va però rilevato che due sentenze della Corte costituzionale hanno, in parte, negato alla convivenza il carattere della stabilità, per le meno nel confronto con il vincolo coniugale: C. Cost., 25 luglio 2000, n. 352, in *Giur. it.*, 2001, p. 147 e C. Cost., 3 novembre 2000, n. 461, in *Giust. civ.*, 2001, p. 295.

<sup>37</sup> In giurisprudenza, il carattere della stabilità è stato valorizzato sotto vari profili, ad esempio, da Cass., 9 settembre 2015, n. 17856, edita *on line*; Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1532; Cass., 12 marzo 2012, n. 3923, in *Giust. civ.*, 2013, p. 2197; Cass., 16 dicembre 2010, n. 25511, *ivi*, 2011, p. 2325; Cass., 25 novembre 2010, n. 23968, *ivi*, 2010, p. 2343; Cass., 16 settembre 2008, n. 23725, *ivi*, 2009, p. 2714; Cass., 29 aprile 2005, n. 8976, cit.

<sup>38</sup> Cfr. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 281. Si era così escluso che rientrasse nel tipo la convivenza tenuta segreta o comunque di durata talmente breve da non essere conosciuta nell'ambiente sociale della coppia: T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 156.

<sup>39</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 143.

<sup>40</sup> La convivenza, sia per i coniugi e tanto più per i conviventi, può essere regolata in base a un accordo e può limitarsi a un'unione per la vita assieme alimentata dall'affetto reciproco: cfr., sul punto, C. CICERO, *Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. pers. fam.*, 2016, p. 1099-1100; G. FREZZA, *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004, p. 80; A. BELVE-

(e sufficiente) era che esistesse una casa «familiare» ove venisse trascorso del tempo assieme, magari quello libero<sup>41</sup>, e che l'eventuale prolungata assenza di uno dei *partner* fosse oggettivamente giustificata<sup>42</sup>. Ciò che contava era la volontà di realizzare un progetto comune di vita e di affetti: si può, infatti, coabitare senza convivere in quanto, di per sé, la coabitazione rappresenta solamente un dato di fatto, le cui motivazioni possono essere irrilevanti per il diritto, mentre la convivenza richiede anche un dato di natura psicologica, ossia l'*affectio*<sup>43</sup>.

Proprio per questa ragione, anche prima della Novella, è stato ritenuto insufficiente per provare la convivenza (ma al più per dimostrare la sola coabitazione) il rilascio del certificato anagrafico di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223<sup>44</sup>. Si era fatto piuttosto ricorso ad alcuni parametri che sembravano in grado, soprattutto se coesistenti, di far ragionevolmente presumere la presenza di una relazione di coppia: la lunga durata della convivenza<sup>45</sup>, la presenza di figli, la comune residenza, l'assunzione di obbligazioni per i bisogni della famiglia, la condivisione del tempo libero, etc.

Si era poi attribuita primaria importanza all'esistenza di una «comunione economica» tra i *partner*<sup>46</sup>: l'unione spirituale doveva accom-

---

DERE, *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 243 ss.; U. ROMA, *Convivenza e coabitazione*, Padova, 2005, p. 21 ss.

<sup>41</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 194; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 161 ss.; N. LIPARI, *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, cit., p. 65.

<sup>42</sup> Così per F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, 1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 1050.

<sup>43</sup> In modo non dissimile, v. F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2000, p. 280 ss. Aderendo a questa prospettiva, la giurisprudenza ha considerato la ripresa della coabitazione da parte dei coniugi separati non sufficiente a determinare la riconciliazione, se non accompagnata dalla ricostruzione della vita in comune: v. Trib. Genova, 22 aprile 1981, in *Vita not.*, 1982, p. 307.

<sup>44</sup> In questo senso, v. Cass., 29 aprile 2005, n. 8976, cit.

<sup>45</sup> Alcune leggi regionali in materia di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale hanno in passato previsto che il rapporto debba durare da almeno due anni dalla data di pubblicazione del bando di concorso. V., ad esempio, l. reg. Friuli Venezia Giulia 1 settembre 1982, n. 75; l. reg. Emilia Romagna 14 marzo 1984, n. 12; l. reg. Campania 2 luglio 1997, n. 18. Sotto questo profilo, va poi segnalata l'isolata sentenza del Trib. Brescia, 10 aprile 2003, in *Fam. dir.*, 2003, p. 476 ss., in cui si è stabilito che per la costituzione di una famiglia di fatto, avente il carattere della stabilità, è necessario il trascorrere di almeno un biennio dall'inizio della convivenza.

<sup>46</sup> In questo senso, si è espressa Cass., 16 giugno 1978, n. 3012, in *Foro it.*, 1978, I, c. 2317.



pagnarsi a una reale partecipazione dei conviventi alle risorse della famiglia, attraverso una condivisione e una redistribuzione delle ricchezze all'interno del gruppo domestico, similmente a quanto accade per i coniugi con riguardo ai doveri di reciproca assistenza materiale<sup>47</sup>.

È stata parimenti ritenuta imprescindibile l'esclusività del legame affettivo.

Questo elemento si giustificava a mente della specularità della convivenza rispetto al modello coniugale: in quanto fattispecie che si estrinseca in una relazione avente i connotati tipici dell'unione matrimoniale, la coesistenza di più convivenze (e dunque di più famiglie) contrastava con l'unicità del vincolo coniugale. Ne conseguiva che il rapporto doveva essere unico, con esclusione delle «relazioni concubine» e della poligamia affettiva<sup>48</sup>.

Erano stati, invece, considerati irrilevanti per la riconduzione al tipo, non ostante qualche voce critica, la presenza di prole e il rispetto dell'obbligo di fedeltà strettamente inteso.

In ordine al primo profilo, va in effetti rilevato come l'art. 317 *bis* c.c. (nel testo introdotto dalla riforma del 1975)<sup>49</sup> fosse stato impiegato da alcuni interpreti come base normativa per legittimare la rilevanza giuridica della famiglia di fatto, nella parte in cui la norma prevedeva l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale in capo ai genitori conviventi che avevano riconosciuto il figlio nato fuori dal matrimonio<sup>50</sup>. Tuttavia, a mente della rilevata distinzione tra il concetto di fami-

<sup>47</sup> Cfr. Cass., 13 dicembre 1986, n. 7486, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1288; Cass., 22 novembre 1989, n. 5006, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 572. In dottrina, v., ad esempio, N. LIPARI, *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, cit., p. 68; D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 69; F. BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., p. 72; V. ROPPO, voce *Famiglia. III) Famiglia di fatto*, cit., p. 1. Hanno negato l'esistenza, in capo ai conviventi, di doveri morali e sociali di assistenza materiale, ad esempio, L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, cit., p. 25 (seppure con riferimento alle sole coppie non unite da matrimonio canonico non trascritto); F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 555 ss.; G. STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, cit., p. 1123 ss.

<sup>48</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 57-58. In giurisprudenza, hanno sottolineato l'importanza della presenza dell'elemento dell'esclusività, ad esempio, Cass., 15 settembre 2014, n. 19423, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 2052; Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, cit.

<sup>49</sup> La norma è stata modificata dall'art. 42, comma 1, D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

<sup>50</sup> G. FERRANDO, *Assegno di divorzio e convivenza more uxorio*, in *Fam. dir.*, 1997, p. 114; M. DOGLIOTTI, *Intervento del giudice e diritti del minore*, in *Dir. fam. pers.*,

glia e quello di convivenza, l'unione di due persone senza prole si riteneva potesse dare vita a una comunità di affetti, entro la quale si svolgeva la personalità di ciascuno dei suoi membri *ex art. 2 Cost.*<sup>51</sup> L'eventuale presenza di figli ampliava unicamente la composizione soggettiva della famiglia di fatto, senza però incidere sul fenomeno della convivenza *stricto sensu*, potendo, al più, come si è detto, divenire indice dell'*affectio* e della stabilità del rapporto.

Con riguardo poi al secondo profilo, per fedeltà non poteva intendersi, aderendo a una concezione oramai superata, la mera esclusività sessuale: la giurisprudenza ha da tempo chiarito che tale dovere tra i coniugi consiste nel più generale impegno di non tradire la fiducia reciproca e il rapporto di affezione fisica e spirituale<sup>52</sup>. Tant'è che la violazione dell'obbligo può verificarsi anche in assenza di una relazione extraconiugale, essendo sufficienti comportamenti tali da ledere la sensibilità e la dignità di chi ne subisce gli effetti<sup>53</sup>. A ciò si aggiunga il moderno riconoscimento ai *partner* di una tendenziale libertà – variabile

---

1982, p. 127; V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 741. Nel senso, invece, di attribuire rilevanza all'art. 317 *bis* c.c. per il solo riconoscimento della famiglia naturale (ossia quella fondata sulla convivenza tra genitori e figli) e non al fenomeno delle convivenze *tout court*, v. F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 364 ss.; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 43 ss.; L. CARRARO, *Note introduttive agli artt. 110-112*, in *Commentario di riforma del diritto di famiglia*. Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, p. 640 ss.; M. GIORGIANNI, *Note introduttive agli artt. 137-142*, *ivi*, p. 742 ss.

<sup>51</sup> Cfr., ad esempio, M. BESSONE e G. FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, cit., p. 1332; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 60.

<sup>52</sup> Cfr. Cass., 11 giugno 2008, n. 15557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1286. In questi termini, la nozione di fedeltà coniugale si avvicina a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelano in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro, la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia, che si traduce nella capacità di sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia. Secondo P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, cit., p. 1664, l'attuale concetto di «fedeltà» risulta per molti versi sovrapponibile a quello di «assistenza morale» esistente tra i coniugi o tra le persone facenti parte di un'unione civile.

<sup>53</sup> Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2383. Sul punto, v. anche F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 66; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 163 ss.; S. ALAGNA, *La famiglia di fatto a bivio: rilevanza di singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?*, in *Vita not.*, 1981, p. 92.; C. CICERO, *Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, cit., p. 1102 ss.; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, cit., p. 1028 ss.

in base alla loro cultura e sensibilità – nell’individuazione dei limiti che il dovere di fedeltà impone, tale da legittimarne una concezione disancorata dalla mera sfera sessuale.

I conviventi dovevano allora tenere un comportamento fedele non tanto astenendosi dall’intrattenere relazioni «adulterine», quanto assicurando una dedizione fisica e morale al *partner*. D’altra parte, si è osservato che «come può esservi un buono o cattivo coniuge, così può esservi un buono o cattivo convivente, e non potrebbe affermarsi che il cattivo convivente non sia più affatto convivente, e il relativo rapporto venga degradato a mera coabitazione»<sup>54</sup>.

In modo analogo, non sembrava potesse dirsi nemmeno necessaria l’effettiva presenza di rapporti sessuali tra la coppia, essendo sufficiente che la relazione fosse aperta alla sessualità<sup>55</sup>, salvo il caso in cui l’eventuale inconsumazione fosse indice di assenza dell’*affectio*<sup>56</sup>. Sulla questione, a nulla avrebbe giovato evocare la norma che consente lo scioglimento del matrimonio non consumato: trattasi di disposizione applicabile unicamente al legame coniugale e che, peraltro, non colpisce la validità dell’atto.

Il quadro così delineato restituisce un’immagine complessiva articolata che, seppure di non facile individuazione pratica, rappresentava il denominatore comune di tutte le forme di convivenza considerate giuridicamente rilevanti precedentemente all’introduzione della legge n. 76 del 2016.

Prima di concludere, vanno verificate due ultime questioni rilevanti, in parte, anche per la nuova definizione legislativa: la prima riguarda l’estensione *de plano* alle convivenze dei presupposti legali per

---

<sup>54</sup> La frase è di M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 194. È riportata anche da D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 71, riferita però alla irrilevanza del vincolo matrimoniale di uno dei *partner*, in presenza di una separazione (di fatto o di diritto) dal consorte, ai fini della riconduzione della convivenza al tipo.

<sup>55</sup> M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 865.

<sup>56</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 58-59; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 194. In senso contrario, si sono però espressi V. FRANCESCHELLI, *Il matrimonio di fatto: nozione, effetti e problemi nel diritto italiano e straniero*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereleggio-Parma, 1977, p. 356-357; V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 706, a detta del quale tra i due *partner* vi deve essere consuetudine di rapporti sessuali, «mancando la quale si ritiene sia impossibile configurare una vera e propria “unione libera”, e la relativa problematica giuridica».

contrarre matrimonio; la seconda concerne il ruolo da attribuire alla volontà dei soggetti ai fini del sorgere di una libera unione.

Se si riflette che *in subiecta materia* è al profilo del rapporto, predominante su quello (inesistente) dell'atto, cui occorre fare riferimento, risultava assai dubbia l'applicazione ai conviventi delle norme previste per l'atto matrimoniale: l'eterogeneità delle fattispecie impediva una interpretazione di tipo analogico delle disposizioni poste in tema di età, capacità e impedimenti.

Per lo meno sino all'introduzione della Novella, si riteneva sufficiente che i *partner* possedessero, sulla base di un giudizio valevole caso per caso, quel grado di maturità psico-fisica idoneo a dare vita a una comunione materiale e spirituale<sup>57</sup>. Il requisito della maggiore età, ora previsto dalla legge n. 76 del 2016, veniva in precedenza dai più considerato non necessario anche alla luce della accordata possibilità per i minori di coniugarsi, pur con le tutele e le autorizzazioni previste dall'art. 84 c.c.

Quanto ai legami tra consanguinei, l'impossibilità di ricondurre alla convivenza la relazione *more uxorio* tra parenti stretti derivava, anzitutto, dal suo mancato riconoscimento a opera della coscienza sociale e dunque anche *ex art. 2 Cost.* Non solo: a mente del preventivo giudizio di liceità cui deve sottoporsi ogni giuridicizzazione di una situazione di fatto, l'esistenza nell'ordinamento di un principio generale, protetto anche da norme penali, che vieta la relazione sessuale tra consanguinei, irrimediabilmente vi ostava<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 195. Riteneva, parimenti, inapplicabili le norme del Codice civile poste in tema di età matrimoniale F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 251, a detta del quale «il rapporto di convivenza del minore, compatibilmente con l'età raggiunta e con il consenso di chi esercita la potestà, non può essere ritenuto illegittimo». Più in generale sul tema del matrimonio dell'interdetto e dell'infermità mentale in quest'ambito, v. anche P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del libro primo del codice*, in *Foro pad.*, 1997, p. 76 ss.; R. TOMMASINI, *L'invalidità del matrimonio*, in *Trattato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, a cura di T. Auletta, Torino, 2013, p. 13 ss.; G. FIGONE, *Art. 119*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I, Milano, 2009, p. 487 ss.; G. FERRANDO e A. QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Roma, 2007, p. 35 ss.; A. DE CUPIS, *Nuove riflessioni sul matrimonio dell'interdetto per infermità mentale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 265 ss.

<sup>58</sup> Così motivano anche L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., p. 1114; T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, cit., p. 624; ID., *Diritto di famiglia*, cit., p. 155-156; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 195.

In ordine al secondo profilo, si limiterà il discorso a qualche breve cenno, rinviando per una più approfondita analisi alle considerazioni che verranno svolte in ordine all'attuale tipo legale<sup>59</sup>.

I risultati a cui è giunta la dottrina in tema di rapporti di fatto offrono già allora argomenti sufficienti per negare rilevanza al fattore volitivo ai fini del sorgere della fattispecie: è la presenza degli elementi di fatto, caratterizzanti il modello «tipico» (ora anche «tipizzato»), a qualificare nel campo del diritto il rapporto sociale.

D'altra parte, in linea generale, solo se l'operatività della regola giuridica sorge da un atto possono porsi delle questioni relative alla volontà. Viceversa, laddove occorra guardare al rapporto nel suo concreto operare, esula qualsiasi indagine su una eventuale valutazione soggettiva, enunciata o meno dalle parti<sup>60</sup>: le libere unioni rappresentano «un rapporto che funge da fatto causativo di se stesso, come tale insensibile ad una diversa volontà delle parti per quanto attiene alla sua esistenza»<sup>61</sup>. Ai conviventi si applicavano automaticamente tutte le regole e le tutele previste dalla legge e dal diritto «vivente», a prescindere dal volere della coppia.

La vera questione ora è un'altra: occorre chiedersi se i componenti dell'unione, attraverso la stipula di un contratto di convivenza, possano rinunciare ai diritti e agli obblighi previsti dalla Novella. All'interrogativo si darà risposta quando si approfondirà il tema dei limiti che incontrano i *partner* nella redazione di un contratto *ex* comma 50<sup>62</sup>.

2. *La disciplina generale della convivenza prima della Novella: cenni.* – Si è avuto modo di verificare che, precedentemente alla legge n. 76 del 2016, non è possibile rinvenire una disciplina organica delle convivenze di fatto: non ostante la presenza di norme che in molteplici settori ne riconoscevano la rilevanza giuridica, la frammentarietà della regolamentazione e degli specifici interessi tutelati impedivano di scor-

<sup>59</sup> Si rinvia all'analisi che verrà svolta nel cap. IV, § 5.

<sup>60</sup> Sulla questione, in tema di rapporto di convivenza, cfr. F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 243; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, cit., p. 199; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 436; S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, p. 408; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, cit., p. 164-165.

<sup>61</sup> Così P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 143.

<sup>62</sup> Si rimanda alle considerazioni che verranno svolte nel successivo cap. IV, § 20.

gere l'esistenza di uno statuto minimo omogeneo<sup>63</sup>. A ciò si aggiungeva l'assenza di alcuna specifica previsione legislativa in ordine alla regolamentazione pattizia dei rapporti patrimoniali tra i conviventi.

Prima di esaminare come dottrina e giurisprudenza abbiano accolto l'istanza di disciplina del fenomeno, occorre rammentare le quattro linee di tendenza, nell'approccio al problema, che hanno contribuito a formare il c.d. diritto «vivente»<sup>64</sup>.

Dell'orientamento tradizionale si è già dato atto: riflette la convinzione che la libera unione debba essere relegata ai margini del diritto, se non addirittura ricondotta alla irrilevanza giuridica, poiché nei rapporti familiari ciò che non è espressamente regolato dovrebbe considerarsi insignificante<sup>65</sup>.

Altra parte della dottrina, nel tentativo di assecondare le forti istanze sociali nel frattempo emerse, ha proposto una generalizzata estensione in via analogica, ai conviventi di fatto, delle disposizioni previste per il rapporto coniugale<sup>66</sup>, con la sola eccezione delle regole riguardanti l'atto formale di matrimonio<sup>67</sup>. A ciò si è accompagnato l'auspicio (*de iure condendo*) di una tecnica legislativa di richiamo delle norme vigenti per la famiglia legittima al fine di introdurre una disciplina organica<sup>68</sup>. Questa istanza è stata per lo più motivata dalla preoccupazione che la regolamentazione della convivenza potesse cadere nella «logica dell'individualismo che è sempre la logica del più forte»<sup>69</sup>: solo così la famiglia di fatto avrebbe potuto «porsi come una positiva alternativa al rapporto coniugale formalizzato»<sup>70</sup>.

---

<sup>63</sup> Sulla questione, a mero titolo esemplificativo, cfr. L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., p. 1117; F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 96; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 7.

<sup>64</sup> La ripartizione che segue è tratta, in parte, da F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 125 ss. Si intende qui riportare solo in modo schematico le singole posizioni al fine di verificare come il legislatore e la giurisprudenza si siano collocati rispetto a questi filoni di pensiero.

<sup>65</sup> È la posizione assunta, ad esempio, da A. TRABUCCHI, *Natura Legge Famiglia*, cit., p. 1 ss.; ID., *I principi generali della riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 11 ss.

<sup>66</sup> V., ad esempio, F. BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., p. 107; in modo simile, v. anche G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 285 ss.

<sup>67</sup> F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 245 ss.

<sup>68</sup> G. GANDOLFI, *Alcune considerazioni «de iure condendo» sulla famiglia naturale*, cit., p. 211 ss.

<sup>69</sup> Così F. BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., p. 92.

<sup>70</sup> Così F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 246. In senso opposto, hanno fermamente escluso *in subiecta materia* il ricorso all'applicazione

Vi è poi chi ha valorizzato il profilo volontaristico e libertario della scelta dei conviventi di non optare per il regime matrimoniale e ha individuato, nell'accordo tra le parti, il principale, se non esclusivo, strumento di sistemazione della materia<sup>71</sup>. Al centro di questa concezione vi è l'idea che il principio dell'autonomia privata verrebbe irrimediabilmente leso se si giungesse, per via interpretativa o legislativa, a una disciplina organica della convivenza di fatto. La regolazione del *ménage* economico deve trovare fonte pattizia ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., attraverso «la possibilità, riconosciuta ai suoi membri, di giuridicizzare le vicende che si svolgono al suo interno, secondo una autonoma decisione e regolamentazione, che l'ordinamento protegge e sanziona»<sup>72</sup>. In quest'ottica, gli spazi di disciplina avente fonte eteronoma rispetto al volere dei conviventi dovrebbero limitarsi a specifici settori in cui emergono chiare esigenze sociali e familiari.

In una prospettiva intermedia si è collocato chi, per un verso, ha posto in risalto la rivendicazione di libertà e di autonomia che due soggetti compiono con la scelta di non contrarre matrimonio e, per altro verso, ha avvertito la necessità di una responsabilizzazione dell'agire dei conviventi in un campo, come quello familiare, in cui gli interessi in gioco toccano le corde più profonde dell'uomo<sup>73</sup>. Questa considerazione ha indotto taluni a prospettare, sotto il profilo della *ratio legis*, un'applicazione per le coppie non sposate delle regole previste per quelle coniugate tutte le volte in cui l'intervento legislativo sia determi-

---

analogica, tra gli altri, A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 353; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., p. 4; D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 46.

<sup>71</sup> Questa prospettiva vede come primo autorevole esponente F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 18 ss. e p. 150 ss., il quale però non esclude che «la previsione dell'art. 2 Cost. opera invece senza dubbio alcuno in favore della possibilità che il legislatore regolamenti la convivenza *more uxorio* in taluni suoi aspetti e con una specifica disciplina: l'assunzione dello schema da socialmente e giuridicamente tipico non incontrerebbe quindi alcun ostacolo in chiave di costituzionalità della normativa, anche se ne incontrerebbe, a mio avviso, in chiave di opportunità. Va tuttavia chiarito che questa eventuale legislazione dovrebbe prevedere un trattamento in ogni caso meno favorevole di quello riservato alla famiglia legittima» (p. 148).

<sup>72</sup> Così F. GAZZONI, *Scritti giuridici minori*, Frosinone, 2016, p. 282; ID., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 166.

<sup>73</sup> In modo non dissimile, si è espresso V. ROPPO *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., p. 756 ss.; ID., *Come tutelare la famiglia di fatto?*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 20.

nato dall'esistenza di una vita in comune<sup>74</sup>. E in una prospettiva *de iure condendo* si è auspicata l'introduzione di uno «statuto minimo» che assicuri comunque il rispetto della scelta di libertà compiuta dai conviventi<sup>75</sup>.

Di fronte a queste diverse proposte, il legislatore e la giurisprudenza, prima dell'introduzione della Novella, sembrano essersi mossi in una posizione intermedia tra le ultime due linee di fondo.

E così, sebbene in un primo momento assai restio a regolare la materia, il legislatore ha in seguito preso coscienza della mutata considerazione sociale del fenomeno e ha disciplinato con interventi parziali, via via più pregnanti, sia nella sostanza che nel numero, la fattispecie<sup>76</sup>. Ciò è stato per lo più compiuto attraverso un'estensione alle libere unioni di alcune disposizioni originariamente previste per il rapporto di coniugio. La normativizzazione non si è però spinta sino alla introduzione di fattispecie legali valevoli unicamente per la convivenza, ma è stata attuata allargando l'ambito di applicazione di precetti preesistenti, aventi un contenuto essenzialmente generalizzabile<sup>77</sup>.

In modo analogo si è mossa la giurisprudenza, la quale ha fatto ricorso al metodo analogico per fornire copertura giuridica a istanze di tutela in alcuni specifici settori.

Una breve rassegna degli interventi giurisprudenziali e legislativi darà conto di quanto osservato e risulterà funzionale alla comprensione della portata della legge n. 76 del 2016.

Il riconoscimento della convivenza per mano della magistratura è passato attraverso la valorizzazione del rapporto di fatto ai fini: *a)* del calcolo della pensione di reversibilità in capo al coniuge superstite<sup>78</sup>; *b)* della successione nel contratto di locazione del *partner* del conduttore defunto o del subentro nel rapporto locatizio in presenza di prole<sup>79</sup>;

---

<sup>74</sup> Così, ad esempio, per A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 52.

<sup>75</sup> Cfr. V. ROPPO, *Come tutelare la famiglia di fatto?*, cit., p. 24.

<sup>76</sup> Come ha sottolineato P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 846-846, in questa materia ci si trova di fronte a un diritto costretto a seguire il procedere dei fenomeni sociali.

<sup>77</sup> V. sul tema L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., p. 1123; F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 131-132.

<sup>78</sup> Cass., 2003, n. 3384, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2392.

<sup>79</sup> C. Cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 766 ss. Tuttavia, in tale sentenza la Corte costituzionale non fa leva tanto sugli artt. 2 e 3 Cost. per fondare



c) del diritto a ottenere il risarcimento del danno morale all'interno della famiglia di fatto<sup>80</sup> e del danno patrimoniale per morte del convivente<sup>81</sup>; d) del superamento della presunzione di onerosità delle prestazioni lavorative rese da un soggetto a favore del *partner*<sup>82</sup>; e) dell'applicazione delle garanzie di cui all'art. 230 *bis* c.c. anche alla famiglia di fatto<sup>83</sup>; f) della tutela possessoria del *partner* estromesso, violentemente o clandestinamente, dal godimento dell'abitazione comune<sup>84</sup>.

Accanto a queste ipotesi di allargamento della disciplina, vanno però annoverate numerose sentenze in cui i giudici hanno negato l'applicazione analogica delle norme stabilite per i coniugi ai membri delle libere unioni.

Su questo terreno, meritano di essere ricordate le decisioni della Corte Costituzionale che hanno dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale relative, ad esempio, alla mancata concessione della scriminante, di cui al combinato disposto degli

---

la sentenza additiva, quanto sulla natura del diritto all'abitazione: «non viene qui in evidenza, come ritengono i giudici *a quibus*, un trattamento discriminatorio a sfavore della convivenza *more uxorio*, che violerebbe il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. E neppure un contrasto con la spontaneità delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'uomo, di cui all'art. 2 della Costituzione, o, nel particolare caso di specie *sub d*), un ostacolo all'esercizio e all'adempimento dei diritti e doveri dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio, di cui all'art. 30, primo comma, della Costituzione. Come affermato da una recente sentenza di questa Corte (n. 217 del 1988): il "diritto all'abitazione" rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione... Tali statuizioni, pur espresse in ordine allo specifico *favor*, di cui all'art. 47, secondo comma, della Costituzione, per l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, hanno una portata più generale ricollegandosi al fondamentale diritto umano all'abitazione riscontrabile nell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948) e nell'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali ... Quando il legislatore, nel contesto della legge n. 392 del 1978, detta l'art. 6, rubricandolo "Successione nel contratto", esprime il dovere collettivo di impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione, dovere che connota da un canto la forma costituzionale di Stato sociale, e dall'altro riconosce un diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione».

<sup>80</sup> Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Fam. dir.*, 2000, p. 512 ss.

<sup>81</sup> Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 873; Cass., 29 aprile 2005, n. 8976, cit.

<sup>82</sup> Cass., 13 dicembre 1986, n. 7486, cit.

<sup>83</sup> Cass., 15 marzo 2006, n. 5632, in cit.

<sup>84</sup> Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, cit.

artt. 384 e 307 c.p., a favore dei conviventi<sup>85</sup>; alla mancata estensione della non punibilità dei delitti contro il patrimonio prevista dall'art. 649 c.p.<sup>86</sup>; alla mancata corresponsione della rendita INAIL al convivente del lavoratore deceduto in occasione di un infortunio sul lavoro<sup>87</sup>. Queste statuizioni, benché non esaustive, danno prova della linea seguita dalla giurisprudenza, che si è sempre rifiutata di accordare un riconoscimento giuridico ampio alla libera unione.

Gli interventi legislativi aventi specificatamente a oggetto le convivenze di fatto<sup>88</sup>, precedenti alla Novella del 2016, hanno invece interessato ambiti parzialmente diversi e anch'essi settoriali, tra i quali vanno menzionati<sup>89</sup>: *a*) il già citato ordinamento anagrafico<sup>90</sup>; *b*) l'art. 572 c.p., che punisce i maltrattamenti in famiglia; *c*) la legge sui consultori familiari aperti anche alle coppie non coniugate<sup>91</sup>; *d*) i permessi, concessi ai detenuti, di visita al *partner* in pericolo di vita<sup>92</sup>; *e*) l'art. 199, comma 3, c.p.c., che esenta il testimone dal deporre nel processo penale contro l'imputato con cui convive; *f*) l'affidamento temporaneo del minore, temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, a una coppia di fatto<sup>93</sup>; *g*) l'applicazione delle misure di protezione contro gli abusi compiuti anche nella famiglia non fondata sul matrimonio ai sensi degli artt. 330, 333 e 342 *bis* ss. c.c.; *h*) le numerose norme poste a tutela del figlio a prescindere dall'esistenza di un rapporto di coniugio tra i genitori; *i*) l'art. 408 c.c. sull'amministratore di sostegno; *l*) l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>94</sup>; *m*) l'assegnazione della pensione di guerra al convivente del militare deceduto in opera-

---

<sup>85</sup> C. Cost., 18 novembre 1986, n. 237, cit.; C. Cost., 18 gennaio 1996, n. 9, in *Fam e dir.*, 1996, p. 107; C. Cost., 20 aprile 2004, n. 121, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1242; C. Cost., 8 maggio 2009, n. 140, cit.

<sup>86</sup> C. Cost., 25 luglio 2000, n. 352, cit.; C. Cost., 7 aprile 1988, n. 423, cit.; C. Cost., 20 dicembre 1988, n. 1122, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 5450.

<sup>87</sup> C. Cost., 27 marzo 2009, n. 86, in *Corr. giur.*, 2010, 1, p. 91.

<sup>88</sup> Per un'analisi generale dell'assenza nel dato normativo di un legame univoco tra l'atto matrimoniale e l'esistenza di una famiglia, si rimanda alle considerazioni già svolte nel cap. II, § 5.

<sup>89</sup> L'elencazione che segue non esaurisce gli interventi legislativi *in subiecta materia* ed è esemplificativa della rilevanza del fenomeno della convivenza sotto il profilo normativo ben prima della legge n. 76 del 2016.

<sup>90</sup> Il riferimento è all'art. 4 del d.P.R. 223/1989.

<sup>91</sup> Legge 405/1975.

<sup>92</sup> Art. 30 della legge 354/1975.

<sup>93</sup> Art. 26 della legge 149/2001 che ha sostituito l'art. 45 della legge 184/1983.

<sup>94</sup> Art. 5 della legge 40/2004.

zioni belliche<sup>95</sup> e l'assistenza a favore dei figli di una coppia non sposatasi a causa della guerra in caso di morte del *partner*, padre di essi<sup>96</sup>; *n*) la partecipazione del padre del concepito, ancorché non coniugato con la madre, nel procedimento sull'interruzione volontaria di gravidanza<sup>97</sup>; *o*) l'estensione dei benefici economici al convivente di una vittima di terrorismo o della criminalità organizzata<sup>98</sup>; *p*) l'art. 417 c.c., richiamato anche dall'art. 406 c.c., che menziona la persona stabilmente convivente tra i soggetti legittimati alla proposizione dell'istanza di interdizione o inabilitazione; *q*) l'art. 129 del D.lgs. 209/2005 che equipara, ai fini dell'esclusione per i danni alle cose dai benefici derivanti dai contratti di assicurazione obbligatoria, il convivente *more uxorio* al coniuge non legalmente separato; *r*) i registri delle unioni civili, eterosessuali e omosessuali, istituiti da numerosi comuni italiani che, sebbene operanti su un piano diverso rispetto a quello legislativo, hanno avuto una funzione latamente probatoria dell'esistenza della libera unione<sup>99</sup>.

Il quadro così delineato, sebbene restituisca un'immagine eterogenea e disorganica della disciplina precedente alla Novella, conferma come il problema della convivenza di fatto si sia, oramai da tempo, posto non in termini di «ammissibilità», bensì solo di «contenuto» della rilevanza giuridica della fattispecie<sup>100</sup>.

3. *Le attribuzioni patrimoniali tra i conviventi in assenza di una regolamentazione pattizia: l'adempimento del «dovere» di assistenza materiale.* – La convivenza produce inevitabilmente delle conseguenze sul patrimonio personale dei componenti della coppia, che viene destinato al soddisfacimento delle nuove esigenze familiari<sup>101</sup>.

La prassi conosce numerose attribuzioni patrimoniali di varia natura eseguite tra i conviventi, durante e al termine del rapporto, in as-

<sup>95</sup> Art. 42 della legge 313/1968.

<sup>96</sup> Legge 356/1958.

<sup>97</sup> Art. 5 della legge 194/1978.

<sup>98</sup> Art. 4 della legge 302/1990.

<sup>99</sup> R. DI MAIO, *I registri delle unioni civili*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 59 ss.

<sup>100</sup> N. LIPARI, *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, cit., p. 64.

<sup>101</sup> Si è già verificato come la spontanea esecuzione dell'«obbligo» di assistenza materiale rappresentasse un elemento costitutivo della fattispecie ben prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016.

senza di un patto che le regoli e sorrette da una molteplicità di giustificazioni causali: spirito di liberalità, adempimento di doveri morali e sociali, logica economica o di scambio, finalità a vario titolo risarcitoria.

A questo riguardo, emblematici appaiono i seguenti esempi tratti dalla realtà sociale<sup>102</sup>: la costituzione senza corrispettivo di diritti reali (specialmente, diritti di usufrutto e d'abitazione) a favore del *partner*; la corresponsione (anche periodica) di somme di denaro per la gestione del *ménage* domestico o per supportare l'attività lavorativa di uno dei componenti della coppia o, ancora, a titolo di mantenimento del convivente meno abbiente; il trasferimento della proprietà o la concessione in comodato di beni mobili o immobili; lo scambio di regali; la dazione di somme o di altri cespiti al momento della rottura del rapporto volti a garantire una dignitosa sopravvivenza; l'esecuzione di prestazioni di *facere* (come, ad esempio, l'assistenza nelle cure)<sup>103</sup>.

In assenza di una preventiva disciplina pattizia, al fine di tutelare ciascun convivente dalle pretese restitutorie avanzate dal *partner* al termine del rapporto a seguito di tardivi ripensamenti, risulta determinante accertare la legittimità e la stabilità nel tempo degli spostamenti di ricchezza<sup>104</sup>.

La legge n. 76 del 2016 non ha introdotto una disciplina specifica di qualificazione delle prestazioni unilaterali tra conviventi; di conseguenza, i risultati a cui giungerà l'indagine che segue possono tenersi fermi anche nell'attuale contesto normativo.

L'analisi deve muovere dalle prestazioni economiche aventi maggiore rilevanza in quanto presenti in ogni convivenza: i contributi necessari al soddisfacimento delle esigenze di vita comune. Esse rientrano nella nozione di «assistenza di tipo materiale» e rappresentano uno dei parametri di valutazione della fattispecie.

Il dato comune, in ogni indagine sul tema, è l'affermata inesistenza, in capo ai conviventi, di un obbligo coercibile al mantenimento reciproco (sia durante, sia al termine dell'unione).

---

<sup>102</sup> I casi che seguiranno si possono ritrovare anche in V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003, p. 168-169.

<sup>103</sup> G. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., p. 65; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 71 ss.

<sup>104</sup> Occorrerà poi verificare se e in che modo l'onere di contribuzione, spontaneamente assunto da uno dei componenti della coppia, possa formare oggetto di una convenzione e divenire così un dovere coercibile: si rinvia all'analisi contenuta nel cap. IV, § 11.

La considerazione si giustifica, non solo in base alla precarietà e alla revocabilità unilaterale del legame non formalizzato, ma anche in ragione della inapplicabilità delle disposizioni previste per il rapporto matrimoniale e della conseguente natura morale dei diritti e degli obblighi che si ricollegano alle attribuzioni<sup>105</sup>: benché l'osservanza delle norme di comportamento descritte dagli artt. 143 ss. c.c. rappresentasse, *ante* Novella, presupposto necessario della qualificazione giuridica di una convivenza, il raffronto con la disciplina coniugale deve limitarsi alla riconduzione al tipo e non consente alcuna estensione analogica in ordine alla doverosità della condotta.

Ciò ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a fare ricorso ai modelli di diritto comune per fondare causalmente le attribuzioni, aprendo così il campo a una pluralità di ipotesi ricostruttive.

Lo schema negoziale che per primo, in ordine di tempo, è stato impiegato risente della considerazione sociale del fenomeno tipica dell'epoca in cui nasce e si sviluppa: la donazione (in particolare remuneratoria)<sup>106</sup>.

L'idea iniziale era che le prestazioni compiute dal convivente a favore della *partner* avessero anche l'intento di compensare «la concubina della perdita dell'onore e del pregiudizio derivatole dalla convivenza *more uxorio*»<sup>107</sup>. Alla base di essa vi era una concezione indennitaria, fondata sulla convinzione che la donna si trovasse in una situazione svantaggiosa non solo dal punto di vista della comune valu-

<sup>105</sup> Cfr. Cass., 28 giugno 2007, n. 14921, in *Fam. dir.*, 2008, p. 257; Cass., 22 aprile 1993, n. 4761, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1831.

<sup>106</sup> In un'ottica storica, sin da Bartolo e da Baldo si è sempre affermata in Italia la validità delle liberalità tra conviventi, tanto da determinare una disparità di trattamento rispetto ai coniugi. Viceversa, in Francia, dalla fine del XVII secolo sino alla prima metà del XX, s'impose la tesi della nullità delle donazioni tra i concubini in quanto considerate immorali (pur con delle eccezioni), non ostante l'assenza nel *Code Napoléon* di una espressa previsione in tal senso: «le concubine sono incapaci di ricevere donazioni ... La ragione si è che il concubinato è contrario ai buoni costumi e quindi tutto ciò che serve a fomentare o a conservare siffatta unione, come sono le donazioni tra le persone che vivono tra di loro in concubinato, deve reputarsi contrario ai buoni costumi, e per conseguenza invalido ... Le concubine però non sono incapaci di donazioni in modo che non possano riceverne di modiche per causa di alimenti» (così R.J. POTHIER, *Trattati dei contratti di beneficenza*, trad. it., III, Venezia, 1836, p. 27-28). Un'analogica evoluzione segnò anche l'esperienza tedesca in cui, sino agli anni '70 del secolo scorso, si sostenne la nullità delle donazioni per contrasto con il § 138 B.G.B.

<sup>107</sup> Così per Cass., 7 ottobre 1954, n. 3389, in *Giur. it.*, 1955, I, p. 872. In modo non dissimile, v. anche Cass., 17 luglio 1948, n. 1147, in *Foro it.*, 1949, I, c. 951.

tazione morale e sociale, ma anche sotto il profilo economico di una possibile futura «sistemazione», che sarebbe risultata compromessa a causa del rapporto di convivenza.

L'elemento che sorregge causalmente l'atto veniva dunque individuato nello spirito di liberalità, ossia nell'intento di soddisfare direttamente un interesse di natura non patrimoniale del disponente<sup>108</sup>; in altre parole, era la gratitudine – e non la doverosità morale – a fungere da causa dell'attribuzione.

La qualificazione in termini di donazione poneva però una serie di ostacoli alla stabilità dell'elargizione, con conseguenze pregiudizievoli e inique per il soggetto, in genere economicamente più «debole», che aveva ricevuto l'arricchimento. L'applicazione dello statuto normativo della donazione consentiva di invocare la nullità dell'atto per difetto di forma in presenza di attribuzioni non aventi modico valore; di agire per la revocazione delle liberalità ai sensi degli artt. 800 ss. c.c. (salvo non si trattasse di donazione remuneratoria); di esercitare l'azione revocatoria *ex* art. 2901 c.c. o, ancora, quella di riduzione da parte dei legittimari lesi nella loro quota di riserva. Rimedi che rendevano precaria l'attribuzione e che consentivano al donante di operare *a posteriori* delle scelte aventi una finalità meramente «sanzionatoria» nei confronti del *partner*.

Proprio per ovviare a tali inconvenienti, di fronte all'inidoneità dello schema di cui all'art. 770 c.c. a fungere da efficace modello qualificatorio, si è fatta strada la posizione attualmente accolta dalla maggioranza della dottrina, che ha fatto leva sull'esistenza di doveri morali e sociali tra la coppia<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Sulla qualificazione dell'*animus donandi*, si limita il rinvio ad A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 262 ss. Per una più approfondita disamina della questione, si rimanda ad A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato Perlingieri*, Napoli, 2009, p. 10 ss.

<sup>109</sup> Aderisce a questa impostazione anche la giurisprudenza maggioritaria: v., ad esempio, Cass., 17 gennaio 1958, n. 84, in *Foro it.*, 1959, I, c. 470; Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, *ivi*, 1961, I, p. 2017; Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 605; Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2302; Cass., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. civ.*, 1989, p. 498; Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Fam. dir.*, 2014, p. 888. Nella copiosa letteratura in dottrina, si limita il rinvio a G. BALBI, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 181; C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 98; U. MORI CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947, p. 29; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 86 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 33 ss.; A. SPADAFORA, *Rap-*

La corresponsione di somme di denaro o l'attribuzione di diritti al *partner* possono dirsi dovute secondo la sfera della morale comune e le correnti concezioni della coesistenza del vivere assieme<sup>110</sup>: non sono collegate a un fatto individuale, ma a «un modo di sentire sociale, a un'atmosfera emozionale socialmente diffusa e condivisa in più o meno larghi ambienti da un'intera comunità»<sup>111</sup>. Non si tratta di un generico amore verso il prossimo, ma di un dovere che nasce da peculiari legami affettivi esistenti tra soggetti determinati<sup>112</sup>. In altri termini, i contributi sono diretti a soddisfare le esigenze della vita in comune, con esclusione di tutte quelle elargizioni estranee all'ambito dell'assistenza materiale al convivente<sup>113</sup>.

In una prima fase, lo schema è stato impiegato per giustificare le sole prestazioni patrimoniali eseguite in adempimento delle obbligazioni di risarcimento dei danni o di corresponsione degli alimenti spontaneamente assunte con lo scopo di «sciogliere una relazione colpevole»<sup>114</sup> o di mantenere un figlio nato durante il rapporto di convivenza<sup>115</sup>. Rimanevano escluse, e venivano quindi qualificate come donazioni nulle per illiceità della causa, tutte le elargizioni fatte «per iniziare – o in costanza di rapporto – continuare una illecita relazione carnale»<sup>116</sup>. Solo a partire dagli anni Settanta del secolo scorso è stata riconosciuta la doverosità morale e sociale delle prestazioni rese tra i

---

*porto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 111 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 43 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 742-743; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 264; A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 54 ss., nonché gli Autori indicati nelle note che seguiranno.

<sup>110</sup> A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu e Messineo*, XXII, Milano, 1956, p. 190-191.

<sup>111</sup> Così A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, p. 443. In giurisprudenza, v. Cass., 7 aprile 1979, n. 2000, in *Rep. Giur. it.*, 1979, voce *Indebito*, n. 6.

<sup>112</sup> G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 232.

<sup>113</sup> L. BALESTRA, *I rapporti patrimoniali. Premessa*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio*, I, 1, 2011, p. 1147.

<sup>114</sup> Cass., 23 maggio 1939, n. 1783, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 166-168; App. Milano, 18 gennaio 1938, *ivi*, 1938, voce cit., n. 194.

<sup>115</sup> Cass., 27 gennaio 1941, n. 1783, in *Foro it.*, 1942, I, c. 336.

<sup>116</sup> Cfr. Cass., 28 aprile 1944, n. 301, in *Rep. Foro it.*, 1944, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 101; Cass., 23 maggio 1939, n. 1783, cit. Pertanto, in un primo momento anche all'obbligazione naturale viene attribuita una funzione indennitaria per il pregiudizio e il disdoro subiti dalla donna in conseguenza di una relazione non fondata sul matrimonio.

*partner* in ragione della mera esistenza di uno stabile legame affettivo di coppia<sup>117</sup>.

Il nuovo percorso interpretativo è favorito dal cambiamento dei costumi e dalla mutata considerazione delle libere unioni, che spogliano le attribuzioni di connotazioni illecite o di giustificazioni indenitarie. Superata la visione tradizionale di una donna lesa nell'onore e nelle future opportunità sociali, si dà rilevanza al dovere di solidarietà che esiste, in quanto spontaneamente assunto dai conviventi, sulla falsariga dell'obbligo di assistenza materiale previsto nel matrimonio. La prestazione eseguita dal *partner* cessa di rivestire (in special modo per il componente maschile) una finalità risarcitoria e assume una natura contributiva, speculare (quanto al contenuto) al modello sancito dall'art. 143 c.c.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> A partire da Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, cit., il fondamento causale viene individuato nella funzione contributiva e solidaristica assolta dalle attribuzioni patrimoniali tra i conviventi, fondata sulla stabilità del rapporto di fatto e sul dovere reciproco di solidarietà.

<sup>118</sup> Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 88 ss. Il rinnovato carattere impegnativo e solidaristico dei doveri morali e sociali derivanti dalla convivenza si rinviene anche nella rilevanza che viene assegnata alle attribuzioni patrimoniali tra i conviventi al fine di valutare lo stato di bisogno del coniuge destinatario dell'assegno divorzile o di accertare le condizioni patrimoniali del coniuge obbligato al mantenimento: cfr., tra le altre, Cass., 29 novembre 1976, n. 4489, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Matrimonio*, n. 211; Cass., 8 febbraio 1977, n. 556, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2268; Cass., 9 marzo 1982, n. 1477, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1924; Cass., 11 maggio 1983, n. 3253, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1225; Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. dir.*, 2012, p. 592; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1789, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1445, secondo cui «in tema di diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio in caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei coniugi viene meno di fronte alla instaurazione, da parte di questi, di una famiglia, ancorché di fatto; la conseguente cessazione del diritto all'assegno divorzile, a carico dell'altro coniuge, non è però definitiva, potendo la nuova convivenza anche interrompersi, con reviviscenza del diritto all'assegno divorzile, nel frattempo rimasto in uno stato di quiescenza». Significativa appare poi la decisione assunta da Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 933, in base alla quale «si ha una famiglia di fatto non quando si conviva solo come coniugi, ma allorché vi sia un nucleo domestico stabile e continuo, portatore di valori di stretta solidarietà anche di carattere economico, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni suo componente e di educazione ed istruzione dei figli, vale a dire allorché vi sia un potenziamento reciproco delle personalità dei conviventi. Pertanto, qualora il coniuge divorziato, a seguito di una scelta esistenziale libera e consapevole, nonché talora potenziata dalla nascita di figli, decida di dar vita ad una famiglia di fatto con persona diversa dall'ex coniuge, egli assume certamente un rischio in relazione alle



L'applicazione della disciplina dell'obbligazione naturale<sup>119</sup> ha permesso di ovviare ai problemi emersi in precedenza: in quanto strumento dotato di notevole flessibilità, avente esecuzione in forma libera e assistito dalla *soluti retentio*, risulta maggiormente idoneo a mettere al riparo il convivente dai tardivi ripensamenti dell'altro che, per spirito di «rivincita» o per far desistere il *partner* dal terminare il rapporto, chieda la restituzione di quanto prestato<sup>120</sup>.

Non convincono allora le critiche di chi ritiene che il ricorso all'art. 2034 c.c. miri a mantenere la fattispecie un gradino al di sotto della soglia della giuridicità<sup>121</sup>. Sebbene la legge faccia dipendere la rilevanza dell'obbligazione naturale dallo spontaneo adempimento (facendola solo allora rientrare nel novero delle situazioni giuridiche), la considerazione a opera dell'ordinamento può comunque dirsi completa: un conto è censurare l'effettività della tutela accordata (su cui si può senz'altro dubitare), altro è ritenere che il fatto non superi il parametro della rilevanza nel campo del diritto.

Così inquadrato il fenomeno, la differenza rispetto allo schema donativo si fonda non tanto sulla mancanza di coazione giuridica<sup>122</sup>, inesistente in entrambe le fattispecie<sup>123</sup>, quanto sulla diversa base cau-

---

successive vicende della famiglia di fatto, mettendo in conto la possibilità che il rapporto con il convivente abbia a cessare, tanto più che il coniuge da cui ha divorziato avrebbe ragione di confidare nell'esonero definitivo da ogni suo obbligo di natura economica, senza che la dissoluzione della famiglia di fatto dell'ex coniuge possa far rivivere l'obbligo, per il coniuge divorziato, di erogare alcun assegno di divorzio».

<sup>119</sup> Sul tema delle obbligazioni naturali si limita il rinvio a L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 43 ss.; P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 365 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 205 ss.; G. UGAZZI, voce *Obbligazione naturale*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 659 ss.; E. MOSCATI, voce *Obbligazioni. II. Obbligazioni (diritto privato): f) Obbligazioni naturali*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; S. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953, p. 3 ss.; C. MANZINI, *Sugli spostamenti patrimoniali effettuati in esecuzione di obbligazioni naturali*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 882 ss.; L. NIVARRA, voce *Obbligazioni naturali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 366 ss.

<sup>120</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1467; ID., *La famiglia di fatto*, cit., p. 759.

<sup>121</sup> Così per F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. Patti e M. G. Cubeddu, Milano, 2011, p. 687.

<sup>122</sup> Secondo G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 789, anche «il presupposto della donazione fatta per riconoscenza è il difetto di un obbligo giuridico da parte del donante verso il donatario».

<sup>123</sup> Tuttavia, mentre nella liberalità vi è consapevolezza di non adempiere ad alcun obbligo, nell'art. 2034 c.c. rileva l'esistenza di un precetto di ordine morale e sociale: cfr. L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 86 e p. 139 ss. Negli stessi ter-

sale: *animus donandi*, da un lato; adempimento di preesistenti doveri morali e sociali, dall'altro<sup>124</sup>.

In ordine a quest'ultimo profilo, la presenza di tali doveri dovrà valutarsi obiettivamente, in base all'attuale contesto storico, risultando indifferente la condizione psicologica di colui che arricchisce: il riferimento, contenuto nell'art. 2034 c.c., al solo requisito della spontaneità, esclude un'indagine sulla volontà di dare attuazione ai doveri<sup>125</sup>. Si è tuttavia precisato che la ripetibilità dell'attribuzione potrebbe essere giustificata dall'eventuale coazione compiuta dal *partner*, purché particolarmente intensa e incisiva<sup>126</sup>, o da uno stato di incapacità del *solvens*, che farebbe venire meno la spontaneità dell'adempimento<sup>127</sup>.

---

mini, v. Cass., 3 marzo 2009, n. 5119, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1261, secondo cui la donazione remuneratoria consiste «nell'attribuzione gratuita compiuta spontaneamente e nella consapevolezza di non dover adempiere alcun obbligo giuridico, morale, sociale per compensare i servizi resi dal donatario».

<sup>124</sup> Con la conseguenza che la sussistenza dell'*animus donandi* esclude la presenza dei doveri morali e sociali e viceversa: cfr. L. BALESTRA, *Obbligazioni naturali e donazione*, in *Famiglia*, 2002, p. 592-593; L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 373; F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994, p. 137; A. PALAZZO, voce *Donazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1991, p. 138-139; B. BIONDI, voce *Donazione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 235, per il quale non si può parlare di liberalità nel caso di adempimento di un obbligo. In modo analogo, si è espresso anche V.R. CASULLI, voce *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964: «l'atto necessitato non può considerarsi in nessun caso come liberalità, anche se la *necessitas* presenta tutta una graduazione che va dalla coazione fisica a quella esclusivamente morale, per cui non può considerarsi liberalità l'adempimento dell'obbligazione naturale». Sulla differenziazione fondata sull'*animus donandi* e *animus adimplendi*, v. in giurisprudenza Cass., 11 novembre 1967, n. 2720, in *Foro it.*, 1968, I, c. 709; Cass., 10 ottobre 1970, n. 1933, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1788; Cass., 13 maggio 1987, n. 4394, *ivi*, 1987, I, p. 2251.

<sup>125</sup> Sul tema si rimanda, tra molti, a L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 82-83; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 139; E. MOSCATI, voce *Obbligazioni. II. Obbligazioni (diritto privato): f) Obbligazioni naturali*, cit., p. 362.

<sup>126</sup> Si fa riferimento non tanto alle mere richieste di esecuzione del dovere di contribuzione avanzate dal convivente, quanto alle ipotesi di dolo o di violenza perpetrate dal creditore naturale. Per l'esclusione del requisito della spontaneità in ipotesi di messa in mora del debitore naturale, v. Cass., 8 agosto 1978, n. 3856, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 513.

<sup>127</sup> Cfr. L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 84, il quale precisa che l'accertata incapacità naturale di colui che effettua la prestazione o la presenza di vizi del volere non consentono l'annullamento dell'adempimento, bensì impediscono il realizzarsi della fattispecie di cui all'art. 2034 c.c. (per il venir meno del requisito della spontaneità) e, di conseguenza, permettono l'esperimento della *condictio indebiti* (p. 86). *Contra*, v. però M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 140.

A questa verifica oggettiva se ne è aggiunta un'altra: quella relativa alla proporzionalità dell'attribuzione<sup>128</sup>.

Sebbene la norma non faccia riferimento ad alcun canone quantitativo, si ritiene che la prestazione debba essere adeguata ai doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi, nonché all'entità del patrimonio e allo stile di vita del debitore naturale, sulla base di una valutazione da compiersi tenendo conto della particolare relazione affettiva. Secondo la coscienza sociale, non è infatti doveroso ciò che va al di là di quanto il beneficiario ha ragionevolmente bisogno o di quanto l'adempiente può ragionevolmente eseguire<sup>129</sup>.

Si tratta di un parametro implicito di non facile individuazione che richiede un'analisi condotta su un piano meramente obiettivo: occorre valutare il contenuto del dovere di assistenza materiale, sentito dai conviventi nel caso concreto come espressione del legame affettivo, al fine di determinare il limite quantitativo della prestazione e verificare se essa sia (moralmente o socialmente) dovuta<sup>130</sup>.

Se ne è dedotto che «la contribuzione prestata da uno solo dei conviventi a vantaggio dell'altro determina in capo all'*accipiens* un ar-

<sup>128</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 787-788; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 101; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 158; A. FUSARO, *Gli apporti tra conviventi*, in *Matrimonio, matrimoni. L'alambicco del comparatista*, diretto da M. Lupoi, Milano, 2000, p. 321; U. MORI CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, cit., p. 27; L. BALESTRA, *Il rapporto tra conviventi di fatto: contratti di convivenza e obbligazioni naturali*, cit., p. 42; G. FERRANDO, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, cit., p. 1469; G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 154. In giurisprudenza, v. Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, cit.; Cass., 4 maggio 1975, n. 1218, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1310; Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 1537; Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, *ivi*, 2004, p. 530; Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, in *Giur. it.*, 2009, p. 2408; Cass. 30 novembre 2011, n. 25554, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 203; Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, cit. In ordine a questo requisito, una sporadica giurisprudenza di merito ha ritenuto riconducibile allo schema dell'obbligazione naturale qualsiasi attribuzione patrimoniale compiuta durante il rapporto di convivenza, a prescindere dal rispetto del requisito della proporzionalità, poiché il fatto stesso della convivenza costituirebbe già, di per sé, «giusta causa» idonea a paralizzare la pretesa restitutoria o risarcitoria del *partner*: v. Trib. Roma, 30 ottobre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 698; App. Firenze, 12 febbraio 1991, *ivi*, 1992, p. 633.

<sup>129</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 788.

<sup>130</sup> Cfr. U. MORI CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, cit., p. 27; nonché S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 957, per il quale la proporzionalità deve essere valutata con prevalente riguardo alla concreta situazione su cui l'adempimento si appoggia.

ricchimento ingiustificato allorquando quest'ultimo sia (in tutto o in parte) inadempiente all'obbligazione naturale sullo stesso gravante: in tale ipotesi sarà garantito il diritto della parte adempiente di ottenere una somma corrispondente all'eccedenza delle prestazioni eseguite rispetto a quelle ricevute, così riportando i *partners* a una posizione di sostanziale parità<sup>131</sup>.

La presa di posizione, seppure autorevolmente sostenuta, sembra introdurre un elemento ulteriore rispetto a quelli sinora discussi: la corrispettività dell'adempimento dei doveri morali e sociali. In realtà, sembra che, in questa vicenda, l'*actio de in rem verso* più che giustificarsi sull'«inadempimento» altrui (peraltro assai dubbio, stante l'impossibilità di leggere la prestazione in termini di esclusiva patrimonialità)<sup>132</sup> o sulla presenza di una causa di scambio, si fondi sull'assenza o sul venire meno del rapporto di convivenza: la mancata esecuzione degli obblighi di contribuzione impedisce di identificare, in un legame tra due soggetti, una relazione affettiva corrispondente a una convivenza di fatto «qualificata». Venuta meno la fattispecie-convivenza, le elargizioni divengono ripetibili, salvo che non se ne individui una diversa base causale (ad esempio, donativa).

La casistica è varia e documenta che l'adempimento degli obblighi di assistenza materiale (conformi al modello dell'obbligazione naturale) può avere un contenuto assai ampio<sup>133</sup>. D'altra parte, ogni convivente può decidere in che modo contribuire alla vita familiare, a seconda delle proprie aspirazioni, possibilità economiche o abilità professionali.

Le attribuzioni patrimoniali possono così differire sia dal punto di vista quantitativo, sia da quello qualitativo, da coppia a coppia o da *partner* a *partner*, risolvendosi, nella maggioranza dei casi, nell'esecuzione di prestazioni isolate<sup>134</sup>, inidonee come tali a giustificare lo spo-

---

<sup>131</sup> Così G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 50-51.

<sup>132</sup> L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, p. 1060 ss.

<sup>133</sup> «Non possono certo porsi sullo stesso piano, ad esempio, le convivenze tra «divi» dello spettacolo e campioni sportivi, tra l'agiato professionista e la sua segretaria, tra il professore universitario e la sua «assistente», tra due giovani studenti, tra l'impiegato e la casalinga, tra due lavoratori autonomi e/o dipendenti, e via dicendo»: così G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 152.

<sup>134</sup> Il problema della configurabilità nel nostro ordinamento degli atti di adempimento traslativo ha occupato a lungo la dottrina e può dirsi all'oggi risolto in senso af-

stamento patrimoniale, e il cui fondamento andrà dunque trovato in una causa esterna, rispetto alla quale l'attribuzione svolge funzione esecutiva<sup>135</sup>.

Il caso più frequente è offerto dalla consegna di somme di denaro o nel trasferimento di altri beni al *partner*, ma è stata anche ammessa l'esecuzione di prestazioni di *facere*, senza corrispettivo (o con corrispettivo ridotto), purché non si estrinsechino in attività lavorative rientranti in altra e diversa fattispecie.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle opere di manutenzione, ristrutturazione, costruzione o riparazione, eseguite su beni di proprietà di uno dei conviventi, funzionali all'instaurazione e alla conduzione della vita in comune. Tra di esse deve farsi rientrare anche l'assistenza prestata a un convivente, magari avente un *deficit* fisico o psichico<sup>136</sup>,

---

fermativo. Dopo alcune opinioni contrarie, formatesi subito dopo l'entrata in vigore del Codice del 1942, in continuità con i commentatori del Codice previgente (si fa riferimento, ad esempio, a S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentato*, in *Foro pad.*, 1953, III, p. 83 ss., ora inserito nel volume *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 413 ss.; M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 157 ss.; P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 24 ss.), a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, la dottrina ha riconosciuto l'esistenza di atti traslativi tipici *solutionis causa* (individuabili nell'obbligazione di restituzione delle cose consumabili e delle scorte da parte degli eredi dell'usufruttuario, nell'adempimento del legato di cosa determinata altrui, nel conferimento di beni in società, nell'atto di trasferimento nel mandato ad acquistare beni immobili o mobili registrati, etc.) e ha dunque ammesso, in virtù del principio di autonomia contrattuale, la configurabilità di atti di adempimento traslativo atipici (come quello di cui ci si occupa), a cui è stato dato il nome di «prestazioni isolate». Sul punto fondamentali sono F. BENNATI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Studi urbinati*, Milano, 1975, p. 18 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 199 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, cit., p. 556 ss.; E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 823 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 48 ss.; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 220 ss.; G. MACCARONE, *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1319 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 128 ss.

<sup>135</sup> In questi termini si è espresso L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 203.

<sup>136</sup> L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 72-73. In modo analogo v., tra molti, P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1229; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 137-138; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 785; G. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., p. 65. Non condivisibile appare dunque l'opinione di E. LIUZZO, *Alcuni aspetti civilistici della convivenza more uxorio alla luce dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*.

non ostante l'orientamento tradizionale lo escluda<sup>137</sup>. Le elargizioni possono poi consistere nella costituzione di diritti in capo a una parte (in special modo, diritti reali limitati) o nell'assunzione di obbligazioni, come la stipula di garanzie fideiussorie, nonché nel trasferimento di un immobile, sempre che sia rispettato il carattere dell'adeguatezza.

Sul fronte giurisprudenziale, vanno segnalati alcuni casi emblematici.

L'abitazione realizzata con materiali propri dal *partner*, muratore di professione, su un terreno di proprietà della convivente, non è stata considerata dalla Suprema Corte un atto di adempimento conforme al paradigma delineato dall'art. 2034 c.c., difettando il requisito della proporzionalità<sup>138</sup>. Similmente, la costituzione di una rendita vitalizia al termine del rapporto è stata qualificata come donazione nulla per mancanza di forma<sup>139</sup>. Tuttavia, in altre circostanze, il trasferimento di un appartamento in capo alla donna<sup>140</sup> o l'elargizione di cospicue somme a favore dell'uomo che si trovava in una situazione economica difficile<sup>141</sup> sono state considerate non ripetibili<sup>142</sup>.

---

*ziali*, in *Fam. dir.*, 1991, p. 786, secondo cui una continuata assistenza prestata da uno dei conviventi a favore dell'altro gravemente malato configurerebbe una donazione remuneratoria: l'esistenza di un dovere morale di assistenza qualifica la fattispecie *ex art.* 2034 c.c. (cfr. sul punto G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale*, cit., p. 29-30).

<sup>137</sup> Secondo Cass., 19 agosto 1992, n. 9675, in *Foro it.*, 1993, I, c. 428, la disciplina dell'indebitto, nel cui contesto si inserisce l'art. 2034 c.c., stante il riferimento al «pagamento» contenuto nell'art. 2033 c.c., avrebbe a oggetto le sole prestazioni non dovute di *dare* (mentre per quelle di *facere* troverebbe applicazione la disposizione sull'arricchimento senza causa). *Contra v.* però Cass., 2 aprile 1982, n. 2029, in *Dir. e giur.*, 1985, p. 802.

<sup>138</sup> Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, cit.

<sup>139</sup> Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1828.

<sup>140</sup> Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, cit.

<sup>141</sup> Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, cit.

<sup>142</sup> Va riportata l'opinione di chi ha poi sostenuto che l'eventuale elevato valore dell'elargizione o l'apparente sproporzione rispetto alle condizioni economiche di chi la attua non devono aprioristicamente giustificare l'esclusione dallo schema dell'obbligazione naturale ogni qual volta l'attribuzione rappresenti la contropartita di un'altra prestazione, pur in assenza di una logica di corrispettività. Sotto questo profilo, vengono in rilievo, ad esempio, i casi in cui un convivente per esigenze familiari abbia abbandonato un'allettante carriera già avviata ovvero abbia supportato materialmente l'attività del partner: se in concreto lo spostamento di ricchezza è giustificato in base al contributo, valutabile in termini patrimoniali, dell'attività svolta a favore del nucleo familiare, potrebbe escludersi la presenza di un *animus donandi*. In questi termini, cfr. V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, cit., p. 178-179.

4. (*Segue*) *i labili confini della qualificazione*. – Dall'esemplificazione proposta emergono evidenti, sul piano pratico, gli incerti confini della fattispecie rispetto ad altri tipi negoziali in cui si realizzano spostamenti di ricchezza senza corrispettivo. Si pensi, in particolare, alla difficile distinzione rispetto allo schema della donazione remuneratoria, in cui l'intento di riconoscenza o di ricompensa potrebbe facilmente essere ricondotto nell'ambito dei doveri morali e sociali<sup>143</sup>.

Numerosi sono gli elementi che impediscono di tracciare con nettezza la distinzione: la vaga formulazione del concetto di remunerazione; l'assenza di una precisa definizione legale degli obblighi *ex art.* 2034 c.c.; la metagiuridicità della loro nozione, condizionata, per un verso, dalle dinamiche sociali in continua evoluzione<sup>144</sup> e, per altro verso, dagli inevitabili condizionamenti ideologici che la materia inevitabilmente fa sorgere.

Di fronte all'opacità definitoria, parte della dottrina, nel tentativo di ancorare a un parametro quanto più possibile oggettivo la differenziazione tra le due figure, ha proposto di individuare nel requisito della proporzionalità l'elemento determinante per riscontrare la presenza dei doveri morali e sociali<sup>145</sup>: solo se la prestazione è adeguata al dovere sussisterebbe un'obbligazione naturale; all'opposto, si ricadrebbe nello schema donativo.

Tuttavia, sulla reale utilità di questo criterio sono stati avanzati alcuni dubbi.

In primo luogo, si è rilevato che il requisito della proporzionalità può operare solamente *a posteriori*, dopo aver verificato di essere al cospetto di obblighi morali e sociali: sarebbe illogico desumerne l'esistenza dal mero rispetto del parametro dell'adeguatezza<sup>146</sup>. Pertanto, in presenza di un adempimento sproporzionato rispetto alla situazione concreta, ma rispondente a doveri morali e sociali, la fattispecie di cui all'art. 2034 c.c. si realizzerebbe ugualmente, pur dovendosi fondare

<sup>143</sup> L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 137.

<sup>144</sup> L. BALESTRA, *Obbligazioni naturali e donazione*, cit., p. 594.

<sup>145</sup> Cfr. U. MORI CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, cit., p. 27, per il quale, oltre il limite dell'adeguatezza, la prestazione cessa di essere sorretta da alcun dovere, sia pure morale; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 788; R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 675; C. RUSSO, *La crisi della convivenza*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Torino, 2014, p. 535. In giurisprudenza, v. Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, cit.; Cass., 4 maggio 1975, n. 1218, cit.

<sup>146</sup> L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 91 e p. 142.

un giudizio causale ulteriore con riguardo al *quantum* eccedente l'adeguatezza<sup>147</sup>.

In seconda battuta, si è criticata, a monte, la stessa subordinazione della stabilità dell'attribuzione al criterio della proporzionalità, vuoi perché si porrebbe al di là del tenore letterale della norma di cui all'art. 2034 c.c., vuoi perché estraneo alla sua *ratio*<sup>148</sup>. La disposizione consente, infatti, un'indagine sull'elemento della doverosità che è il risultato di un apprezzamento sull'esistenza dei doveri morali e sociali in base a valori extragiuridici, che esulano da qualsiasi scrutinio in termini di adeguatezza di quanto prestato<sup>149</sup>.

È stata allora prospettata una diversa soluzione.

L'obbligo di natura morale e sociale andrebbe individuato in un'ottica relazionale: il dovere si giustifica in base a preesistenti legami tra individui determinati e trova la sua fonte proprio nel rapporto (ad esempio affettivo) tra di essi<sup>150</sup>. L'elemento della proporzionalità consentirebbe allora di determinare solamente il limite quantitativo della prestazione eseguita, ma non di fondare l'esistenza dei doveri, né di distinguere le due figure.

Anche sull'idoneità di questo canone è stato sollevato più di un dubbio. Esso risulterebbe inadatto a tracciare una linea di confine con

---

<sup>147</sup> *Contra* v. però M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, cit., p. 326 ss.; L. GATT, *La liberalità*, Torino, 2002, p. 384 ss., secondo la quale la sproporzione della prestazione determinerebbe la prevalenza dell'*animus donandi* rispetto alla causa rappresentata dall'adempimento dell'obbligazione naturale, determinando la qualificazione dell'intero atto in termini di donazione. Una simile lettura non sembra però tenere in debita considerazione che la doverosità morale può coesistere con lo spirito di liberalità: la prima sorreggerà causalmente l'attribuzione sino al limite dell'adeguatezza, mentre l'eccedenza troverà giustificazione nell'*animus donandi*. Nel senso di riqualificare l'attribuzione sproporzionata per l'eccedenza, v. L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 144-145, nonché S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, cit., p. 956-957.

<sup>148</sup> M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 326-327.

<sup>149</sup> Avverte però G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 154, che una simile impostazione finisce per attrarre tutte le attribuzioni patrimoniali nell'ambito dell'obbligazione naturale a prescindere dall'entità.

<sup>150</sup> Cfr. C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 75-76; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 232-233; L. BALESTRA, *Obbligazioni naturali e donazione*, cit., p. 598-599; ID., *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 143; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1914, p. 119; G. UGAZZI, voce *Obbligazione naturale*, cit., p. 662; G. CONTE, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *La donazione*, Trattato diretto da G. Bonilini, Torino, 2001, p. 33.



la donazione remuneratoria poiché, a ben vedere, anche l'adeguata ricompensa o la riconoscenza di cui all'art. 770, comma 1, c.c. presuppongono un rapporto preesistente tra i protagonisti dell'attribuzione; il che finirebbe per rendere nuovamente indistinguibili le fattispecie<sup>151</sup>.

Questa constatazione ha indotto altra parte della dottrina a ideare ulteriori criteri, peraltro anch'essi inidonei a fornire un parametro certo di tipo oggettivo.

Così, si è fatto leva ora sull'onerosità che contraddistinguerebbe l'adempimento dell'obbligazione naturale, ricostruita come obbligazione giuridica (e che è assente nella liberalità)<sup>152</sup>; ora sulla suscettibilità di un adempimento con una prestazione patrimoniale a contenuto determinato (possibile soltanto in esecuzione di doveri morali e sociali e non nella donazione remuneratoria)<sup>153</sup>; o, ancora, sul diverso contenuto del dovere morale<sup>154</sup>.

Di fronte alla non risolutività dei criteri proposti, e al fine di non svalutare l'elasticità del dato normativo di cui all'art. 2034 c.c., si è da ultimo ritenuta preferibile una lettura degli interessi concreti sottesi a ogni vicenda attributiva alla luce del parametro della ragionevolezza, evitando rigide soluzioni affidate a un unico elemento discrezionale<sup>155</sup>.

A prescindere dalle singole posizioni, emerge un quadro di grande elasticità interpretativa, in cui difettano precisi parametri di riferimento, che induce forse a considerare inappagante la qualificazione degli atti attributivi in termini di adempimento di obbligazioni naturali.

Si conferma, inoltre, la sensazione che la materia inevitabilmente si presti a condizionamenti, legati tanto al costume sociale del contesto storico in cui si colloca la fattispecie, quanto alla sensibilità e alle con-

<sup>151</sup> Cfr. L. BALESTRA, *Obbligazioni naturali e donazione*, cit., p. 600 ss., a cui si rimanda anche per un'analisi e una critica delle singole opinioni.

<sup>152</sup> A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, p. 34-35; E. GIANTURCO, *Contratti speciali*, Napoli, 1904, p. 18.

<sup>153</sup> F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, cit., p. 567 ss.

<sup>154</sup> G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 262 ss. In termini sostanzialmente analoghi, v. anche U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Rescigno*, 6, Torino, 1997, p. 490-491; ID., voce *Donazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 2, secondo il quale occorrerebbe inoltre verificare se il dovere sia legato alla sfera soggettiva del *solvens* ovvero se sia sentito come tale dalla generalità nel contesto sociale; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 83 ss.; C. BARNINI, voce *Obbligazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 6-7.

<sup>155</sup> È la presa di posizione assunta da A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 64-65.

vinzioni etiche dell'interprete, che sarà spinto verso l'una o l'altra qualificazione a seconda che intenda rendere stabile o meno il trasferimento di ricchezza<sup>156</sup>. E così, similmente a quanto accade nelle due ipotesi previste dall'art. 770 c.c., anche l'art. 2034 c.c. finisce per essere l'ancora di «salvataggio di numerose attribuzioni patrimoniali che, mancando della forma solenne, sarebbero risultate nulle, se considerate donazioni remuneratorie»<sup>157</sup>. Non si può dunque che convenire con Lodovico Barassi, secondo cui «su un indice che risolva la distinzione tra prestazione esecutiva di un'obbligazione naturale e la donazione è vano cercare la soluzione ottima»<sup>158</sup>.

In ogni caso, nessuno nega che l'accertata assenza di un dovere morale e sociale o la mancanza di adeguatezza delle prestazioni consenta di distinguere le attribuzioni irripetibili da quelle nei cui confronti possono essere avanzate pretese di carattere restitutorio. Tuttavia, qualora le elargizioni, devianti rispetto al paradigma delineato dall'art. 2034 c.c., possiedano i requisiti di sostanza e di forma di altro schema negoziale idoneo a fondare causalmente l'arricchimento, dovrà negarsi l'*actio de in rem verso*<sup>159</sup>. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'esecuzione di una valida donazione o di una liberalità d'uso; oppure alla conclusione di negozi misti a donazione<sup>160</sup>.

Si tratta di vicende in cui la differente base giustificativa preclude l'attribuzione al *solvens* dell'azione di indennizzo, che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie fanno discendere dall'applicazione dell'art. 2041 c.c.<sup>161</sup> L'opinione oggi più accreditata ammette, infatti, la

<sup>156</sup> L. BALESTRA, *Obbligazioni naturali e donazione*, cit., p. 604 ss.

<sup>157</sup> Così G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni della concubina*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 416-417.

<sup>158</sup> Così L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1946, p. 393.

<sup>159</sup> Non può dunque che condividersi l'opinione di S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, cit., p. 960, secondo cui «non basta la convivenza a giustificare (e rendere valida) qualunque attribuzione tra conviventi, qualche che ne sia la natura e l'entità. Perché possa parlarsi dell'adempimento di un'obbligazione naturale occorre piuttosto si proceda, in sede giudiziale, ad una rigorosa verifica dell'adeguatezza dell'attribuzione».

<sup>160</sup> Cfr. Cass., 13 luglio 1995, n. 7666, in *Giur. it.*, I, 1, p. 119.

<sup>161</sup> Sull'arricchimento senza causa, si limita il richiamo ad A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 65 ss.; P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento, azione di (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1005 ss.; E. MOSCATI, voce *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 447 ss.; R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, To-

possibilità di esperire tale rimedio ogniqualvolta non sia possibile invocare una «giusta causa»<sup>162</sup> a fondamento dell'arricchimento ricevuto<sup>163</sup>.

Va, in ogni caso, precisato che l'arricchimento può anche consistere in un risparmio di spesa o in una mancata perdita economica<sup>164</sup> e che il diritto a richiedere l'indennizzo si prescrive nel periodo ordinario di dieci anni, senza che possa farsi applicazione analogica di quanto dispone l'art. 2941, n. 1, c.c.<sup>165</sup> La giurisprudenza ha però ritenuto che la continuità dei contributi patrimoniali effettuati da un convivente, nel corso del rapporto, renda definitivo il corrispondente arricchimento del *partner* solo alla cessazione della convivenza, facendo così decorrere la prescrizione dallo scioglimento dell'unione<sup>166</sup>. Trattasi di una decisione certamente motivata da ragioni di equità e di giustizia sostanziali, ma di difficile condivisibilità a livello giuridico: non potendosi ipotizzare l'unitarietà della prestazione, quanto piuttosto tante elargizioni quanti sono gli arricchimenti ricevuti, il giorno in cui il diritto può essere fatto valere va individuato nel momento in cui si verifica ogni singolo arricchimento ingiustificato, che segna il sorgere della pretesa restitutoria.

---

rino, 1959; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, *passim*; P. D'ONOFRIO, *Dell'arricchimento senza causa*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 581 ss.; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, *passim*; U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato Rescigno*, 9, I, Torino, 1999, p. 973 ss.

<sup>162</sup> La «giusta causa» viene tradizionalmente individuata nell'esistenza di un'obbligazione derivante da valido ed efficace negozio giuridico oppure da una disposizione di legge, come quella di cui all'art. 2034 c.c.: cfr. P. D'ONOFRIO, *Dell'arricchimento senza causa*, cit., p. 584.

<sup>163</sup> Si rinvia sulla questione, senza alcuna pretesa di esaustività, a M. PARADISO, *La comunità familiare*, cit., p. 110; F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 121; G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, cit., 194 ss.; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 419-420; V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, cit., p. 186 ss. G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 568 ss.

<sup>164</sup> Cass., 4 giugno 2013, n. 20226, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Arricchimento senza causa*, n. 2.

<sup>165</sup> La Corte Costituzionale ha confermato l'inapplicabilità della norma «a) perché la famiglia legittima, essendo una realtà diversa dalla famiglia di fatto, non costituisce un adeguato *tertium comparationis*; b) perché la sospensione della prescrizione implica precisi elementi formali e temporali che si ravvisano nel coniugio e non nella libera convivenza»: così C. Cost., 29 gennaio 1998, n. 2, in *Fam. dir.*, 1998, p. 495. Pertanto, il *dies a quo* deve farsi decorrere dal verificarsi dello spostamento patrimoniale.

<sup>166</sup> Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, cit.

Anche l'applicazione ai rapporti tra conviventi del rimedio di cui all'art. 2041 c.c. ha generato delle critiche.

Dato il carattere sussidiario dell'azione *ex art.* 2042 c.c., si è anzitutto osservato che, una volta riscontrata l'assenza della doverosità, la prestazione risulterebbe già indebita (e quindi suscettibile di ripetizione) in virtù di quanto dispone l'art. 2033 c.c., «il che dovrebbe escludere il rimedio di “ultima istanza” dell'arricchimento senza causa»<sup>167</sup>.

L'altro rilievo muove da quell'orientamento giurisprudenziale, benché non nuovo e anzi di recente superato, in base al quale non potrebbe invocarsi l'applicazione dell'art. 2041 c.c. se lo squilibrio economico, a favore di una parte e in pregiudizio dell'altra, sia voluto dagli interessati, poiché in questo caso il trasferimento di ricchezza troverebbe giustificazione nel consenso della parte che ne chiede la restituzione<sup>168</sup>. Essendo le attribuzioni patrimoniali tra i conviventi sempre prestazioni volute, sarebbe improponibile l'azione di ingiustificato arricchimento e potrebbe esperirsi solo quella di cui all'art. 2033 c.c.<sup>169</sup>

Resta ora da stabilire quale forma debba rivestire l'atto di adempimento *ex art.* 2034 c.c.

---

<sup>167</sup> Così per M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 340.

<sup>168</sup> Cfr. Cass., 9 agosto 1967, n. 2118, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Arricchimento senza causa*, n. 1; Cass., 26 ottobre 1968, n. 3592, *ivi*, 1968, voce cit., n. 4; Cass., 27 febbraio 1978, n. 1024, *ivi*, 1978, voce cit., n. 3; Cass., 6 marzo 1986, n. 1456, *ivi*, 1986, voce cit., n. 13; Cass., 11 febbraio 1989, n. 862, in *Arch. civ.*, 1989, p. 971 ss. Sulla questione, con particolare riguardo alla ripetibilità dell'attività domestica compiuta dal(la) convivente, merita di essere segnalata la peculiare presa di posizione di G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 117 ss., secondo il quale occorre distinguere tra volontà di prestare e volontà di impoverirsi: il rimedio di cui all'art. 2041 c.c. deve ammettersi non solo se vi è la spontanea esecuzione di una prestazione di fare da un soggetto a vantaggio di un altro e l'assenza di una *prohibitio* di quest'ultimo, ma anche a condizione che vi sia la consapevolezza in capo all'arricchito che quella prestazione veniva compiuta in vista di un qualche corrispettivo. Quest'ultimo, nei rapporti di convivenza, può essere individuato nell'adempimento dei doveri morali e sociali all'interno della coppia; con la conseguenza che la reciprocità delle obbligazioni naturali tra i *partner* fonda, in colui che ha dato spontanea esecuzione a tali doveri, «quell'“affidamento” nell'onerosità dell'operazione che è il presupposto del rimedio *ex art.* 2041 c.c. per le prestazioni di *facere*» (p. 128). Pertanto, seguendo questa impostazione, lo svolgimento dell'attività lavorativa domestica determinerebbe un arricchimento ingiustificato qualora il convivente, a favore del quale è prestata, «sia (in tutto o in parte) inadempiente all'obbligazione naturale sullo stesso gravante: in tale ipotesi sarà garantito il diritto della parte adempiente di ottenere una somma corrispondente all'eccedenza delle prestazioni eseguite rispetto a quelle ricevute».

<sup>169</sup> M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 344 ss.

Il dubbio riguarda le prestazioni di *dare*, in cui si realizza il trasferimento di un bene immobile, e la conseguente applicabilità dell'art. 1350 c.c.

Anche in questo caso, la dottrina è giunta a esiti contrapposti.

Chi aderisce all'idea che l'adempimento di un'obbligazione naturale abbia natura negoziale è generalmente portato ad sostenere la necessità della forma scritta, soprattutto al fine di rendere opponibile l'acquisto ai terzi<sup>170</sup>.

Viceversa, coloro che non fanno rientrare l'adempimento *ex art.* 2034 c.c. negli atti negoziali ammettono che il trasferimento del diritto dominicale su un bene immobile, in esecuzione di doveri morali e sociali, possa avere forma libera, comprendente anche la sola *traditio*<sup>171</sup>. Una simile lettura è parsa suffragata dall'esistenza di una serie di norme che consente a un comportamento esecutivo di produrre un effetto reale: si pensi agli artt. 590, 627 e 799 c.c., i quali ammettono che un acquisto a titolo derivativo possa avvenire senza l'osservanza dei requisiti, di cui all'art. 1350 c.c., tramite la semplice consegna volontaria della cosa. Si è comunque precisato che, in questa ipotesi, la stabilità dell'acquisto non è effetto diretto della *soluti retentio*, bensì del realizzarsi della fattispecie di cui all'art. 2034 c.c.<sup>172</sup>

<sup>170</sup> Il richiamo è alla posizione assunta, ad esempio, da C.M. BIANCA, *Obbligazione naturale e forma*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 15; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 161; L. GATT, *La liberalità*, cit., p. 380; A. MORACE PINELLI, *Adempimento di obbligazione naturale e forma*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 65 ss., il quale fa leva sul combinato disposto degli artt. 1324 e 1350 c.c. A detta di G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 154-155, in ipotesi di trasferimento immobiliare, l'atto deve rivestire la forma solenne e non la semplice forma scritta, altrimenti la mera dichiarazione di voler eseguire il trasferimento in esecuzione di un dovere morale consentirebbe di effettuare qualsiasi donazione per scrittura privata.

<sup>171</sup> Cfr., fra molti, L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 73 ss.; G.L. PELLIZZI, *La «soluti retentio» avente per oggetto cosa determinata e la spontanea esecuzione di vendite immobiliari nulle per mancata registrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 379 ss.; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 290 ss.; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja e Branca*, IV, Bologna-Roma, 1981, p. 331.

<sup>172</sup> Sempre secondo L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 77, la pubblicità dell'acquisto può conseguirsi mediante la proposizione di un giudizio di accertamento dell'avvenuto adempimento. In senso conforme, v. G.L. PELLIZZI, *La «soluti retentio» avente per oggetto cosa determinata e la spontanea esecuzione di vendite immobiliari nulle per mancata registrazione*, cit., p. 376; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'in-*

Al di là del mancato rispetto dei requisiti di forma, parte della dottrina ha fatto ricorso a un ulteriore strumento per consentire al soggetto impoverito di ottenere la restituzione di quanto prestato.

Con riguardo alle prestazioni eseguite nei rapporti di cortesia, amicizia e di affetto, e in special modo in funzione di una comunione di vita già instaurata, si è ritenuto iniquo negare tutela al dante causa nel caso in cui, senza valida giustificazione, sia venuto meno (o non sia nemmeno sorto) il presupposto che lo aveva indotto ad arricchire l'altro soggetto. Pertanto, se le finalità che hanno sorretto l'attribuzione sono meritevoli di tutela e si rivelano poi errate o infondate, le stesse sono state considerate idonee a «fugare ogni sospetto sull'esistenza di un intento diretto ad imporre maliziosamente alla controparte un obbligo di indennizzo»<sup>173</sup>.

Si è così fatta applicazione dello strumento della presupposizione, individuando nell'esistenza di un rapporto affettivo destinato a durare una situazione di fatto (passata, attuale o futura) tenuta presente dai conviventi nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante (*Geschäftsgrundlage*) la validità e l'efficacia del negozio attributivo<sup>174</sup>.

---

*debito*, cit., p. 336. Si è anche prospettata la possibilità di applicare analogicamente l'art. 2648, comma 3, c.c., rendendo trascrivibile la dichiarazione (indiretta) del convivente: F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 294.

<sup>173</sup> Così U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 996; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 224. Sembra considerare ammissibile l'applicazione della presupposizione, consistente nella proiezione nel tempo del rapporto affettivo e alla sua stabilità, anche M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 307. La soluzione è stata suggerita da una parte della dottrina tedesca che ha individuato il *Geschäftsgrundlage* («fondamento negoziale») dell'attribuzione nel rapporto *more uxorio*: v., ad esempio, M. LIPP, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht: eine dogmatisch-methodische Studie*, in *AcP*, 1980, p. 597 ss.; R. HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich*, München, 1989, p. 620 ss.; H. GRZIWOTZ, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, München, 1999, p. 76 ss. *Contra*, però, si è espressa la giurisprudenza tedesca: v. BGH, 25 settembre 1997, in *NJW*, 1997, p. 3371.

<sup>174</sup> La letteratura in tema di presupposizione è assai ampia; ci si limita a rinviare, quindi, senza alcuna pretesa di completezza, a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 501 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 463 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 232 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 256 ss.; M. BESSONE e A. D'ANGELO, voce *La presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1985, p. 326 ss.; M. COMPORI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 102 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 505 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 63 ss.; E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 735 ss.

Con la conseguenza che, qualora l'*affectio* si dissolva, perderebbe di efficacia l'elargizione stessa<sup>175</sup>.

Una simile prospettiva, tenuto conto degli approdi cui è giunta la dottrina sull'argomento, non sembra possa essere accolta<sup>176</sup>.

Anzitutto, in linea generale, si osserva che la presupposizione altro non è che una «formula magica», alla quale gli interpreti sovente ricorrono quando sono chiamati a risolvere delle questioni che non intendono (o non sono in grado di) governare attraverso le ordinarie tecniche di applicazione e integrazione delle norme giuridiche<sup>177</sup>. Qui, viceversa, le disposizioni chiamate a disciplinare le attribuzioni patrimoniali tra i conviventi sono state da tempo individuate in quelle di cui agli artt. 2034, 769, 770 c.c. In particolare, poi, se si accoglie l'opinione oggi maggioritaria, che scorge in esse l'adempimento di un dovere morale e sociale, l'applicazione della presupposizione troverebbe un ostacolo nella (ancorché discussa) non negoziabilità dell'attribuzione<sup>178</sup>.

Vi è poi un'ulteriore considerazione: la ricostruzione oggi prevalente dell'istituto della presupposizione descrive l'elemento condizionante l'atto come irrelato rispetto all'attività dei contraenti<sup>179</sup>. Viceversa, in tema di rapporti di convivenza, il venir meno o il verificarsi della situazione presupposta è del tutto dipendente dalla volontà dei soggetti: ciascun *partner* può decidere autonomamente e liberamente di far cessare, quando meglio crede, il rapporto<sup>180</sup>. E proprio quest'ultimo profilo rende inverosimile che tra i conviventi possa affermarsi la sussistenza di una presupposizione sulla durata e stabilità della relazione affettiva<sup>181</sup>.

Non sembra dunque che la prosecuzione della vita in comune possa essere considerata quale fatto condizionante la validità e gli effetti dell'elargizione.

In chiusura di analisi, va riferita la presenza di una voce critica rispetto all'inquadramento delle attribuzioni nel campo dell'obbliga-

<sup>175</sup> Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Fam. dir.*, 2001, p. 529

<sup>176</sup> Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 139 ss.

<sup>177</sup> A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato Bessone, Il contratto in generale*, XIII, 4, 2003, Torino, p. 70 ss.

<sup>178</sup> Sulla natura negoziale o meno dell'obbligazione naturale, v. *supra* nt. 372-373.

<sup>179</sup> Si vedano, ad esempio, Cass., 13 maggio 1993, n. 5460, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1981; Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 511.

<sup>180</sup> G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 144-145.

<sup>181</sup> G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, cit., p. 565.

zione naturale: il ricorso all'istituto risulterebbe inidoneo a offrire piena tutela all'interesse dei conviventi, poiché relegherebbe nell'irrelevanza giuridica eventuali promesse verbali che, se inadempite, dovrebbero invece fondare una responsabilità della parte<sup>182</sup>.

La critica non può essere *in toto* condivisa.

Il punto di dissenso si fonda sull'affermata attribuzione di un'azione risarcitoria o di adempimento in capo al convivente che non ha ricevuto quanto unilateralmente promesso dal *partner*. In un'ottica di giusto equilibrio tra la scelta di libertà connaturata a ogni convivenza e le esigenze di tutela dei singoli, una simile impostazione finisce per attribuire eccessiva rilevanza giuridica a vicende che devono, invece, essere ricondotte alla sola sfera morale<sup>183</sup>.

La giuridicizzazione del rapporto subirebbe un'ingiustificata fuga in avanti, a scapito della decisione di vivere informalmente l'unione affettiva, qualora si ammettesse che una mera promessa unilaterale – magari manifestata oralmente – vincoli il *partner*: non sembra vi siano ragioni di specialità che legittimino la disapplicazione in questo campo della norma di cui all'art. 1987 c.c.

Diverso ragionare s'impone, invece, in relazione all'impegno assunto in base a un contratto con obbligazioni del solo proponente, come quello *ex art. 1333 c.c.*: pur rilevandone la facile sovrapposizione con la promessa unilaterale<sup>184</sup>, la fattispecie potrebbe ritenersi fon-

---

<sup>182</sup> Secondo M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, cit., p. 97; «ma è l'aspetto più marginale ed episodico, vengono ricacciate nel calderone dell'obbligazione naturale anche altre manifestazioni negoziali che nulla hanno a che fare con la solidarietà fra conviventi e con l'ordinario ménage familiare, come l'ipotesi del mutuo contratto nei confronti del proprio *partner* in occasione di un rovescio finanziario e non riconosciuto tale dalla corte giudicante, che ha invece paralizzato le ragioni dell'ex convivente mutuante richiamandosi alla *soluti retentio* (Cass. 3 febbraio 1975, n. 389). In secondo luogo, lo schema dell'obbligazione naturale, una volta divenuto preponderante, non lascia spazio all'emergere di promesse verbali che hanno ingenerato affidamenti a loro volta incidenti su scelte di vita e, in definitiva, fonte di cambiamenti di posizioni di rilievo patrimoniale e non. Se all'origine dell'inadempimento di ciò che è ascritto all'obbligazione naturale è una promessa siffatta, viene cancellato l'autonomo rilievo (sub specie di inadempimento) di eventuali notevoli differenze tra il promesso e il prestato». In modo analogo, v. anche M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 322-323.

<sup>183</sup> Sull'argomento si veda E. CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, p. 36 ss.

<sup>184</sup> Sulla questione si rimanda, ad esempio, ad A. ORESTANO, *Promesse gratuite*, in *I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo e S. Mazzaresse, Torino, 2008, p. 593 ss.



dante un obbligo giuridico in quanto idonea a vincolare le parti, sia sotto il profilo della struttura, sia in relazione al fondamento causale dello spostamento patrimoniale, che va ricercato nella convivenza (ossia nella solidarietà familiare tra i componenti dell'unione affettiva), come tale meritevole di tutela.

Alla luce dei dati sin qui discussi, emerge un panorama in cui la grande frammentarietà delle opinioni e l'assenza di chiari parametri legislativi di riferimento impediscono di conferire stabilità alle attribuzioni tra conviventi eseguite spontaneamente in assenza di un accordo. Risulta perciò, ancora una volta, avvalorata l'idoneità dello strumento contrattuale a definire i rapporti patrimoniali all'interno della libera unione e a offrire punti fermi all'orizzonte esistenziale delle parti, tenuto conto che l'eticità del diritto si misura anche, e forse soprattutto, con il metro della certezza che esso consente di raggiungere<sup>185</sup>.

5. *Il regime dei doni.* – Rispetto allo spontaneo adempimento delle prestazioni rientranti nella nozione di «assistenza materiale», il regime dei doni (ad esempio, dazione di gioielli, orologi, pellicce, mobili antichi di arredamento), fatti vicendevolmente tra i conviventi, desta – per certi versi – maggiori complessità e si arricchisce di un ulteriore modello qualificatorio.

La giurisprudenza sul tema ha adottato un ampio ventaglio di soluzioni – che variano dalla donazione remuneratoria a quella manuale, dalla obbligazione naturale alla liberalità d'uso – anche se finora, con specifico riguardo alla problematica dei regali di un certo valore economico, è parsa preferire la loro qualificazione in termini di donazione<sup>186</sup>.

<sup>185</sup> L. DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p. 161.

<sup>186</sup> Cfr. Cass., 8 febbraio 1994, n. 1260, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 294 e Cass., 19 settembre 2016, n. 18280, in *Fam. dir.*, 2017, p. 424 in tema di regali tra fidanzati; nonché Cass., 24 novembre 1998, n. 11894, in *Corr. giur.*, 1999, p. 54, in cui però la convivenza riguardava un uomo e una donna aventi circa trentacinque anni di differenza e in cui si era riscontrata una certa dipendenza psicologica del primo verso la seconda. Quest'ultima sentenza ha trovato forti critiche in parte della dottrina che ha valutato la decisione come un segno di ritorno al medioevo, poiché non sarebbe stata tenuta in debita considerazione l'esistenza di uno stabile rapporto affettivo tra la coppia: cfr. V. CARBONE, *Terminata la convivenza vanno restituiti i regali: la Cassazione «ripiomba» nel medioevo*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 59. In adesione alla posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità, si è invece espresso G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 155, secondo il quale «può sembrare un paradosso,

Il problema di ordine pratico non si pone con riguardo alle liberalità di modico valore, in quanto attratte (se non conformi a un uso) nella disciplina prevista dall'art. 783 c.c., né si presenta se si inquadrano i doni nello schema di cui all'art. 2034 c.c.: in entrambi i casi, non operano gli oneri di forma *ex art. 782 c.c.*, la revocazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli, l'azione di riduzione, l'obbligo di collazione e l'imputazione *ex se* del legittimario, rendendo stabile l'arricchimento.

La vera questione sorge rispetto alle attribuzioni aventi valore rilevante: in queste ipotesi i confini con la fattispecie donativa (segnatamente, quella remuneratoria) perdono di nitidezza, con il rischio di legittimare la pretesa restitutoria del donante al termine della convivenza, soprattutto qualora, come accade nella stragrande maggioranza dei casi, non rivestano la forma *ad substantiam* dell'atto pubblico. Ciò conduce evidentemente a esiti iniqui nei confronti del *partner* che aveva fatto affidamento sulla stabilità dell'attribuzione.

La soluzione preferibile, ove ne ricorrano i presupposti, appare quella che considera i doni come delle liberalità d'uso: colui che li effettua intende adeguarsi a un costume vigente nell'ambiente sociale di appartenenza. Sotto questo profilo, infatti, è innegabile che lo scambio di regali tra i *partner*, durante il rapporto affettivo, risulti un dato costante di comune esperienza, del tutto conforme alla prassi riscontrabile nella realtà sociale.

Si tratta di un espediente ricostruttivo a prima vista efficace, tenuto conto che la sostanziale identità tra le due fattispecie, previste entrambe dall'art. 770 c.c., «consente sempre di salvare una donazione remuneratoria ... solo che la si qualifichi (e la possibilità di una simile trasformazione si realizza senza grandi difficoltà) come una liberalità non donativa prevista nel comma 2° dell'art. 770 c.c.»<sup>187</sup>.

Tuttavia, anche in questo settore va rilevato un contrasto interpretativo in ordine agli elementi costitutivi della liberalità d'uso, che ripropone i consueti problemi di ordine pratico ed equitativo.

---

ma in realtà è un paradosso solo apparente, l'osservare che l'ordinamento giuridico avrebbe dovuto (dovrebbe) vietare non già le donazioni tra coniugi bensì tra conviventi essendo per lo più ad esse sotteso uno stato di dipendenza psicologica del donante, quando esse non siano addirittura cagionate da un motivo illecito».

<sup>187</sup> Così G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni della concubina*, cit., p. 415. In senso conforme, v. anche B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, XII, Torino, 1961, p. 755; L. BALESTRA, *I rapporti patrimoniali. Premessa*, cit., p. 1135 ss.; E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, Padova, 1999, p. 54 ss.

Secondo una prima prospettiva, il punto di differenziazione tra le due figure sarebbe di tipo oggettivo e consisterebbe nella conformità agli usi, ossia nell'intenzione di agire secondo il costume vigente<sup>188</sup>; finalità, viceversa, assente nel tipo donativo<sup>189</sup>. E, in effetti, la dazione di beni preziosi, motivata da specifiche ricorrenze o comunque riconducibili al solo legame d'affetto, risulta un dato tipico e usuale, conforme al sentire sociale, anche in una relazione di fatto: non sembrano esserci molti dubbi che gli scambi di doni debbano mettersi in stretta correlazione con il rapporto di convivenza, purché stabile e consolidato, mentre costituirebbe una forzatura ritenere che essi costituiscano donazioni *tout court*, da stipulare con le forme solenni a pena di nullità<sup>190</sup>.

Diverso criterio di distinzione è quello che fa leva sulla diversità di motivi che sorreggono l'atto: nella donazione remuneratoria s'intende gratificare l'autore dei servizi resi; nella liberalità d'uso si vuole porre, rispetto a tali servizi, un elemento di corrispettività o adeguarsi a un costume sociale, sia pure non obbligatorio, ma libero<sup>191</sup>.

A fronte di queste diverse ricostruzioni, l'eventuale elevato valore del dono pone problemi ulteriori.

Solo se si accoglie l'opinione che riconduce allo schema di cui all'art. 770, comma 2, c.c. anche le dazioni di rilevante valore – purché proporzionali alle condizioni economiche dell'autore dell'atto e ai costumi propri di una determinata situazione familiare<sup>192</sup> – può offrirsi protezione al convivente dalle richieste di restituzione avanzate dal *partner* che faccia valere un difetto di forma<sup>193</sup>.

<sup>188</sup> Valorizzano l'elemento della conformità all'uso, ad esempio, G.M. PELLEGRINI, *Gli atti di liberalità fra donazione remuneratoria e liberalità d'uso*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 633; F. REGINE, *Donazione remuneratoria e liberalità d'uso: una difficile distinzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 660; M. COSTANZA, *Brevi note sulla liberalità d'uso*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2146; B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 750.

<sup>189</sup> Tuttavia, secondo G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 79-80, anche nel negozio di cui all'art. 770, comma 2, c.c. è presente lo spirito di liberalità. Di opinione opposta è, però, ad esempio, A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., p. 40 ss.

<sup>190</sup> Trib. Palermo, 3 settembre 1999, in *Fam. dir.*, 2000, p. 284.

<sup>191</sup> Così per L. BALESTRA, *I rapporti patrimoniali. Premessa*, cit., p. 1137; Id., *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 159; V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, cit., p. 172 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 14 gennaio 1992, n. 324, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 630; Cass., 3 giugno 1980, n. 3621, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1583.

<sup>192</sup> Si tratta di un'indagine che va compiuta in base ai rapporti esistenti tra le parti e alla loro posizione sociale. Cfr. Cass., 19 settembre 2016, n. 18280, cit.; Cass., 9 dicembre 1993, n. 12142, in *Rep. Giur. it.*, 1993, voce *Donazione*, n. 10; Trib. Napoli, 8 luglio 1999, in *Fam. dir.*, 2000, p. 501.

<sup>193</sup> Cfr. Cass., 10 dicembre 1988, n. 6720, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 596, in cui si

In concreto, occorrerà verificare se in una determinata famiglia sia prassi scambiarsi doni cospicui – tenendo conto del patrimonio personale dei conviventi – prima di escludere le attribuzioni dall'area delle liberalità d'uso e farle rientrare in quella donativa *tout court*.

Si è poi precisato che la qualificazione come liberalità d'uso non è preclusa neppure quando manchi una ricorrenza particolare: sono i vincoli familiari e le relazioni d'affetto a giustificare il dono anche in mancanza di una specifica occasione, poiché «può essere semplicemente il desiderio di ricordare un momento felice, di farne dimenticare uno triste, di realizzare un desiderio, o di consolidare un rapporto. Ed anche questo rientra negli usi»<sup>194</sup>.

L'esito muta se la distinzione viene fondata unicamente sulla valutazione oggettiva dei beni e sull'entità del depauperamento subito dal disponente<sup>195</sup>. Sulla stessa linea si muove chi sostiene che «non è uso la liberalità eccessivamente ingente in sé, giacché l'uso non prevede mai il compimento di simili liberalità, quale che sia l'occasione del dono, la relazione tra le parti e la loro condizione sociale»<sup>196</sup>.

Una simile lettura rischia di condurre a esiti iniqui.

In primo luogo, essa appiattisce la fattispecie, di cui all'art. 770, comma 2, c.c., su quella prevista dall'art. 783 c.c.: il requisito del modico valore è proprio della sola donazione manuale, ma è estraneo alla liberalità d'uso, che prescinde dal valore oggettivo della cosa<sup>197</sup>. In seconda battuta, considerare *a priori* l'elargizione ingente non conforme a un uso contrasta con l'esistenza di consolidati costumi sociali: è un

---

afferma che la modicità del valore della liberalità d'uso è irrilevante se intesa in senso oggettivo, poiché si finirebbe altrimenti per fare applicazione anche a questo tipo di attribuzione di un requisito previsto unicamente dall'art. 783 c.c. per le donazioni manuali. In modo analogo, v. anche Cass., 9 dicembre 1993, n. 12142, cit.; Cass., 23 aprile 1993, n. 4768, *ivi*, 1993, voce cit., n. 9.

<sup>194</sup> Così G. FERRANDO, *Famiglia di fatto: gioielli e mobili antichi vanno restituiti alla fine della convivenza?*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 289.

<sup>195</sup> Conferisce rilevanza a questo aspetto Cass., 1 febbraio 1992, n. 1077, in *Vita not.*, 1992, p. 604; Cass., 24 novembre 1998, n. 11894, cit.

<sup>196</sup> Così G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 41-42. In termini non dissimili, si sono espressi anche A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 85, per il quale «da un lato, l'uso favorisce la generosità, dall'altro la comprime in limiti ben precisi, si da escludere un effettivo depauperamento di chi compie la liberalità e da evitare in ogni caso il pregiudizio a terzi»; U. CARNEVALI, voce *Liberalità*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 218.

<sup>197</sup> Cfr. B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 760 ss.; C. RUSSO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 541.

dato di comune esperienza che in certi ambienti familiari è consueto, conformemente al patrimonio personale dei conviventi, scambiarsi doni di una certa rilevanza.

Il discorso sin qui svolto conferma la sensazione che i labili confini tra le varie figure, astrattamente chiamate a disciplinare la fattispecie, avrebbero meritato, in sede di approvazione della legge n. 76 del 2016, un intervento specifico volto ad attribuire stabilità all'attribuzione sulla base di precisi parametri di riferimento. La diversità e la disomogeneità degli orientamenti espressi permettono ai conviventi di ottenere la restituzione dei doni di ingente valore, qualificandoli semplicemente come donazione e utilizzando l'«espediente» dell'assenza della forma *ad substantiam*. Si finisce così per offrire legittimazione a richieste di ripetizione motivate unicamente da risentimenti e rancori che, sebbene umanamente appaiano talvolta comprensibili, non risultano giuridicamente meritevoli di tutela.

6. *Una differente proposta ricostruttiva del fondamento causale delle attribuzioni.* – Ci si deve dunque chiedere se sia possibile rinvenire, anche alla luce dell'introduzione della nuova fattispecie legale, un diverso modello qualificatorio idoneo a conferire stabilità alle attribuzioni patrimoniali eseguite dai componenti la coppia, pur in assenza di un patto che le regoli.

A questo riguardo, va rilevata la presenza di una voce dissonante, rispetto all'approdo a cui è giunta la maggioranza degli interpreti, che ha criticato l'idoneità dell'obbligazione naturale a fungere da adeguato schema di qualificazione<sup>198</sup>.

Si è sostenuto che, nell'ambito della convivenza *more uxorio*, sarebbe scorretto parlare di doverosità (sia pure in senso morale o sociale) delle attribuzioni poiché mancherebbe il fatto generatore del dovere: la famiglia non coniugale non avrebbe la forza di ergersi a fonte di diritti e di obblighi, salvo non si ritenga che questi ultimi abbiano un'intensità addirittura maggiore rispetto a quelli nascenti dal matrimonio, visto che la loro violazione determina la cessazione del rapporto.

Gli obblighi di assistenza materiale, spontaneamente assunti, dovrebbero considerarsi requisiti della fattispecie: «le elargizioni effet-

<sup>198</sup> È la presa di posizione assunta da Luigi Balestra, ad esempio, in L. BALESTRA, *I rapporti patrimoniali. Premessa*, cit., p. 1130. In termini dubitativi, v. anche M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 499, il quale si chiede «per il mantenimento reciprocamente prestatosi, si può ancora parlare di obbligazioni naturali?».

tuare allo scopo di contribuire ai bisogni derivanti dalla vita in comune si configurano ... come elementi costitutivi di una fattispecie lecita ... e valgono, dunque, assieme agli altri elementi, a fondare una famiglia di fatto. In quest'ottica, la giusta causa dello spostamento patrimoniale va ravvisata non già nell'adempimento di un dovere morale ma nel fatto che esso si pone come elemento costitutivo della famiglia di fatto»<sup>199</sup>.

Questa ricostruzione, minoritaria benché autorevolmente sostenuta, sembra aver trovato con l'introduzione della Novella un riscontro nel dato positivo: il comma 36 annovera, tra i requisiti essenziali del rapporto di convivenza, la contribuzione economica. L'unione si fonda sullo scambio reciproco di prestazioni patrimoniali, poiché riguarda «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami ... di reciproca assistenza materiale». Il testo legislativo, individuando nelle attribuzioni endofamiliari un elemento strutturale della fattispecie, potrebbe allora avere probabilmente reso il richiamo all'art. 2034 c.c. non più essenziale per offrire una giustificazione causale agli spostamenti di ricchezza.

Da quest'angolo visuale, occorre forse interrogarsi se non si possa spingere oltre l'argomentazione e ritenere oramai riconosciuta nell'ordinamento e nella realtà sociale l'esistenza di una «causa familiare» (o «parafamiliare») idonea a fondare le prestazioni «isolate» tra i componenti della libera unione.

Queste ultime sono sorrette da un interesse non patrimoniale del disponente, che non può ritenersi coincidere né con quello donativo o proprio delle liberalità d'uso, né presumibilmente con quello generico dei doveri di cui all'art. 2034 c.c. Risulta un dato ormai socialmente acquisito che la ragione giuridico-economica delle elargizioni appare diversa rispetto a quella, ad esempio, del pagamento di un debito di gioco o prescritto, trovando presupposto nella sola relazione affettiva che sorregge la convivenza.

Un'eventuale conferma del riconoscimento di questa (nuova) base causale potrebbe ricavarsi sia dai risultati a cui parte della dottrina è giunta in relazione agli accordi, traslativi del diritto di proprietà o costitutivi di altri diritti reali, conclusi nell'ambito della disciplina consensuale della separazione tra coniugi<sup>200</sup>, sia dall'introduzione del nuovo contratto di convivenza.

<sup>199</sup> Così L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 239.

<sup>200</sup> Sull'argomento, oltre agli Autori in seguito citati, v. anche G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della se-*

Pur mantenendo l'analisi sul piano della causa negoziale (non sovrapponibile *de plano* a quella dell'attribuzione)<sup>201</sup>, si è riconosciuto, sebbene non senza autorevoli voci critiche<sup>202</sup>, che la convenzione, con cui gli sposi danno sistemazione ai rapporti derivanti dalla separazione, è retta da una causa tipica di natura familiare<sup>203</sup>, che costituisce la ra-

---

*parazione personale e del divorzio*, cit., p. 301 ss.; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 102 ss.; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 709 ss.; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi conclusi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 303 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 226 ss.; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi familiare*, in *Famiglia*, 2003, p. 44 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, I, Milano, 2004, p. 487 ss.; F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, *passim*; A.A. CARRABBA, *L'adempimento traslativo immobiliare nei contratti della crisi coniugale*, Napoli, 2003, p. 47 ss.; E. AL MUREDEN, *Crisi coniugale ed equa ripartizione delle risorse della famiglia tra legge e autonomia privata*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Bologna, 2007, p. 983 ss.; M.G. CUBEDDU, *La separazione*, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. Patti e M.G. Cubeddu, Milano, 2011, p. 465 ss.; L. ROSSI CARLEO e C. CARICATO, *La separazione e il divorzio*, in *Trattato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, 2, *La crisi familiare*, a cura di T. Auletta, Torino, 2013, p. 417 ss.

<sup>201</sup> Per una distinzione tra i due profili, si rimanda ad A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti. Intorno alla nozione di causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 240 ss.

<sup>202</sup> Cfr., ad esempio, T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 161-162; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 705.

<sup>203</sup> È di questa opinione, fra tutti, G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 301 ss., per il quale la «causa» familiare «rappresenta la ragione giuridico-economica dell'atto traslativo; e vale dunque, a giustificare l'atto attributivo anche se in esso non si ravvisano "i requisiti" propri di alcun tipo contrattuale. Il fondamento specifico della causa familiare sta nella disciplina particolare del "campo" del diritto di famiglia e nella sostanziale previsione di tali atti da parte della legge»; ID., *Atti di disposizione tra coniugi e causa familiare*, in *Vita not.*, 2001, p. 729-731. Cfr. anche sull'argomento anche A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 529 ss.; R. SACCO, *Se tra i coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 219 ss.; A. VENDITTI, *Comunione tra i coniugi e convenzioni ampliative*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 300 ss. Impiega la definizione di «contratto della crisi coniugale o postmatrimoniale», in modo parzialmente difforme rispetto alla definizione di «causa familiare», G. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione o divorzio*, Milano, 2000, p. 92; ID., *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 709 ss., secondo cui «i contratti

gione giustificatrice dei trasferimenti di ricchezza<sup>204</sup>. Parimenti, come si vedrà meglio in seguito, anche il nuovo tipo negoziale, di cui al comma 50, deve ritenersi giustificato da una «causa familiare», la quale fornisce fondamento alle attribuzioni eseguite in adempimento del patto.

della crisi coniugale – e, per ciò che attiene al tema specifico della presente ricerca, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi – sono quelli che si caratterizzano per la presenza vuoi della causa tipica di definizione della crisi coniugale (contratto tipico della crisi coniugale, o contratto postmatrimoniale), vuoi per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa (donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione), di un motivo “postmatrimoniale”, rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all’intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle “condizioni” della separazione o del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale». Si segnala che la giurisprudenza più recente sembra ricondurre questi accordi a una fattispecie negoziale tipica, dotata di caratteri e finalità proprie: cfr., ad esempio, Cass., 10 aprile 2013, n. 8678, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 26, p. 59; Cass., 14 marzo 2006, n. 5473, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1026; nonché Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1026, a detta della quale «gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell’uno nei confronti dell’altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della “donazione”, e – tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità all’*actio* revocatoria di cui all’art. 2901 c.c. – rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell’evento di “separazione consensuale” (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), il quale, sfuggendo – in quanto tale – da un lato alle connotazioni classiche dell’atto di “donazione” vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto – quello della separazione personale – caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell’affettività), e dall’altro a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l’assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua “tipicità” propria».

<sup>204</sup> Va dato atto, sebbene in termini assai sintetici stante il diverso ambito del presente scritto, che la natura giuridica e la causa degli accordi traslativi in occasione della separazione o del divorzio è stata, ed è tuttora, oggetto di un vivace dibattito, che ha visto il formarsi di una pluralità di opinioni. Vi è, ad esempio, chi ha ricondotto gli accordi nell’ambito della transazione (cfr. A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1326), chi li ha riconnessi a una «causa esterna» individuata nell’obbligo legale al mantenimento (cfr. V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 735 ss.) o in quello nascente per effetto della separazione o del divorzio (cfr. G. NAPPI, *Trasferimenti immobiliari (e costituzione di altri diritti reali) tra coniugi separandi e divorziandi*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 171 ss.) o, ancora, chi ha optato per una causa solutoria (cfr. Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, p. 415). Per una recente disamina delle diverse opinioni, v. anche E. ANDREOLA, *Il controllo giudiziale degli atti di autonomia privata nella crisi del matrimonio*, Pisa, 2016, p. 111 ss.



A mente di questi esiti interpretativi, potrebbe forse ritenersi che la giustificazione specifica che sorregge le attribuzioni tra conviventi, in assenza di un contratto che le regoli, vada rinvenuta proprio in quelle reciproche ragioni affettive connesse al vivere *ad modum coniugii* che, intrecciate a quelle patrimoniali, caratterizzano anche il contratto di convivenza e appaiono oramai riconosciute dall'ordinamento.

Si tratterebbe di una soluzione a prima vista idonea ad assicurare alle prestazioni «un'autonomia concettuale e pratica insieme»<sup>205</sup>, coerente con l'odierna percezione sociale del fenomeno<sup>206</sup>: più che il richiamo a un generico dovere *ex art. 2034 c.c.*, l'atto di trasferimento patrimoniale in favore del *partner* trova giustificazione proprio nel legame affettivo, avvertito da entrambe le parti, e nell'accordo che sostiene strutturalmente la convivenza e sfugge a una definizione in termini di liberalità o a una sommaria logica *ex art. 2034 c.c.*

Sotto il profilo operativo, una lettura della causa delle attribuzioni in chiave di «interesse non patrimoniale di tipo familiare», anziché di dovere morale e sociale, sembra consentire una verifica del rapporto, tra interessi perseguiti e spostamenti di ricchezza all'interno della coppia, dotata di un minore grado di incertezza rispetto al modello (assai discusso nei presupposti e negli esiti) dell'obbligazione naturale. In un'ottica causale, potrebbero così individuarsi con maggiore accuratezza le ipotesi di allontanamento delle elargizioni dal paradigma giu-familiare.

In questi termini, le esigenze della vita in comune fungerebbero da parametro di valutazione della pertinenza e dell'adeguatezza dell'atto attributivo: i bisogni essenziali della famiglia rappresenterebbero la soglia al di sotto della quale non è possibile configurare una convivenza di fatto e al di sopra della quale si fuoriesce dalla causa attributiva di tipo familiare (per entrare, eventualmente, in quella liberale).

Si pensi, ad esempio, al trasferimento al *partner* di una rilevante partecipazione societaria o del diritto di proprietà su un panfilo: alla

<sup>205</sup> Viene ripreso quanto espresso da G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 304.

<sup>206</sup> Potrebbero qui richiamarsi gli esiti a cui è giunta la dottrina tedesca del XIX secolo, secondo cui, pur con riferimento al diverso ambito delle figure negoziali, i tipi legali rappresentano dei «tipi socialmente definiti» a prescindere da un loro riconoscimento a opera dell'ordinamento. Cfr. O. LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in *Jher. Jahrb.*, XIX, 1881, p. 154 ss.; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gem. Recht*, II, Erlangen, 1884, p. 8 ss.

luce del precisato profilo causale, queste elargizioni non risultano quasi certamente inerenti all'interesse perseguito, poiché estranee all'ambito familiare e ai bisogni primari del nucleo affettivo.

La verifica del rapporto tra finalità familiare e prestazione eseguita dovrà comunque essere sempre condotta analizzando la particolare situazione di fatto, tenuto conto dell'entità del patrimonio e dello stile di vita dei conviventi, in modo da poter conferire stabilità all'apporto economico se giustificato da elementi emersi nella vicenda concreta.

In ogni caso, a una lettura più approfondita, anche il tentativo di riconoscimento di questa nuova base causale delle attribuzioni potrebbe esporsi a critiche.

L'impressione è che il profilo giustificativo risulti, per un verso, eccessivamente generico e, per altro verso, inutile in quanto non consentirebbe l'individuazione una disciplina tipica, diversa da quella desumibile dall'art. 2034 c.c., applicabile alla fattispecie. La ricostruzione finirebbe così per assumere un valore meramente descrittivo e perderebbe di utilità pratica<sup>207</sup>.

In realtà, a ben vedere, la concezione potrebbe però far conseguire almeno un risultato operativo non trascurabile.

È evidente che, in caso di nullità del contratto di convivenza (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di difetto di forma), non sarebbe applicabile l'art. 2034 c.c., in quanto le attribuzioni non risulterebbero «spontaneamente» eseguite, e gli effetti restitutori conseguenti all'invalidità non potrebbero essere impediti<sup>208</sup>. Tuttavia, ammettendo che le attribuzioni isolate siano sorrette da una «causa familiare» (ovvero si giustifichino in quanto «elemento costitutivo della famiglia di fatto»), potrebbe considerarsi comunque esistente una base causale, tale da escludere la loro ripetizione. Il contratto di convivenza, in ipotesi nullo, si convertirebbe in quell'accordo sulla vita di coppia che giustifica quei

<sup>207</sup> Vengono qui mutate le obiezioni sollevate in passato in merito all'assegnazione di una «causa familiare» alle attribuzioni tra coniugi, eseguite in sede di separazione o di divorzio: cfr. T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 162.

<sup>208</sup> Nel senso della inapplicabilità dell'art. 2034 c.c. all'ipotesi di contratto nullo, v., tra tanti, A. CICU, *Obbligazione naturale e adempimento di contratto nullo per mancata registrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 478 ss.; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 249 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 82 ss. e 252 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 139; E. MOSCATI, voce *Obbligazioni. II. Obbligazioni (diritto privato): f) Obbliga-*

«legami di reciproca assistenza ... materiale» descritti nel comma 36 come elemento costitutivo del rapporto. La stabilità degli spostamenti di ricchezza verrebbe così recuperata convertendo gli stessi in singole attribuzioni ciascuna delle quali avente una propria causa nella relazione affettiva.

In ogni caso, i dubbi permangono e le considerazioni appena svolte giustificano, a maggior ragione, il rammarico per la lacunosità della normativa introdotta con la Novella che, anche in questo frangente, ha ommesso *tout court* di stabilire una disciplina idonea a conferire certezza e stabilità alle attribuzioni.

7. *Il regime di comunione legale ante Novella: esclusione.* – Il regime di comunione legale, applicato alla convivenza prima dell'introduzione della Novella, ha sollevato un duplice profilo d'indagine: quello della sua estensione automatica alla libera unione e quello della scelta convenzionale operata dalle parti.

Con riguardo al primo aspetto, a fronte dell'orientamento unitario della giurisprudenza, contraria all'applicazione automatica ai conviventi del regime della compartecipazione degli acquisti prevista per i coniugi<sup>209</sup>, pochi erano gli Autori che avevano assunto posizioni di chiara apertura<sup>210</sup>.

L'estensione in via analogica delle norme sui rapporti patrimoniali in ambito matrimoniale veniva fondata sull'identità di funzione *ex art. 2 Cost.* che entrambi i modelli familiari assolverebbero, differenziandosi per il solo diverso atto fondativo. Di conseguenza, si era ritenuto determinasse una violazione del principio di uguaglianza la mancata applicazione alla libera unione delle regole di cui agli artt. 177 ss. c.c., «sia sotto il profilo formale, fondandosi la disparità solo sull'esistenza del vincolo matrimoniale, sia sotto il profilo sostanziale, giacché il diverso trattamento provoca una situazione deteriore per il convivente

*zioni naturali*, cit., p. 362; G. UGAZZI, voce *Obbligazione naturale*, cit., p. 663, nt. 5. In giurisprudenza, con orientamento costante, v. ad esempio Cass., 19 luglio 1948, n. 1165, in *Foro it.*, 1949, I, c. 253 ss.; Cass. 9 giugno 1972, n. 1803, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Indebito*, n. 9.

<sup>209</sup> V., ad esempio, Trib. Pisa, 20 gennaio 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1039; App. Firenze, 12 febbraio 1991, *ivi*, 1992, p. 633.

<sup>210</sup> Pur con la varietà di posizioni espresse, v. F. BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., p. 88; F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 291; G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale*, cit., p. 30 ss.; M. SANTILLI, *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»*, cit., p. 843.

più debole, impedito allo sviluppo pieno della propria personalità, che pure è finalità perseguita anche dalla famiglia di fatto»<sup>211</sup>.

In una prospettiva intermedia si collocava chi giustificava un'estensione parziale, ammettendo solamente una compartecipazione degli acquisti limitata alla previsione di cui all'art. 177, lett. c), c.c. Ciò non tanto in virtù di un'applicazione analogica della norma, quanto sulla base di una sua considerazione in termini di principio generale, disancorato dal quadro normativo specifico e applicabile a tutte le comunità familiari anche là dove manchi una disposizione *ad hoc*: «i proventi non ancora consumati dell'attività professionale dell'altro convivente rappresentano in sostanza i risparmi maturati nel corso della convivenza, con un contributo di attività lavorativa (casalinga o professionale) presumibilmente di eguale valore da parte di entrambi i conviventi»<sup>212</sup>.

Si trattava di posizioni isolate che non potevano essere accolte, tanto sul piano dei principi, quanto su quello normativo<sup>213</sup>.

In ordine al primo aspetto, si è ormai da tempo precisato che il sistema degli acquisti *ex art. 177 ss. c.c.* non è il regime essenziale della famiglia in ragione della sua totale derogabilità: i coniugi, al tempo delle nozze o anche in un momento successivo, possono liberamente optare per la separazione dei beni o altro regime. Ne discende che il carattere dispositivo dei dettami sulla comunione legale impedisce di assegnare a questo istituto qualsiasi valenza di matrice pubblicistica.

---

<sup>211</sup> Così G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale*, cit., p. 31, secondo il quale la famiglia si caratterizzerebbe per essere una comunità di vita e di affetti implicante sempre una comunione patrimoniale indipendentemente dal contributo dei singoli.

<sup>212</sup> Così F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, cit., p. 141.

<sup>213</sup> Molti sono gli Autori che hanno escluso l'applicazione della comunione dei beni (e dell'art. 143 c.c.) ai conviventi. Si limita il rinvio, ad esempio, a G. OBERTO, *Convivenza (contratti di)*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 390; ID., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 59 ss.; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, cit., p. 209; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 195; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 122 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 535 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 754; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 204 ss.; M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 311. Si veda, in parte, anche F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, cit., p. 141, il quale nega l'applicazione analogica del regime di comunione legale, pur ritenendo ipotizzabile un obbligo di indennizzo al termine del rapporto.

Perdono dunque di pregio tutte quelle ricostruzioni del regime legale volte a scorgervi una forma di tutela del lavoro domestico o della parte «debole» o, ancora, un presidio dell'uguaglianza e dell'unità dei membri della famiglia: la parità giuridica tra coniugi non sempre è accompagnata da una parità che si esplica anche patrimonialmente *ex art. 177 c.c.* L'indagine sulla *ratio* della comunione legale consente allora di affermare, senza timore di smentite, che la comunione dei beni non è ispirata alla tutela di interessi superindividuali della famiglia<sup>214</sup>, né possono ritenersi caratteristici del vincolo familiare gli effetti di contenuto patrimoniale stabiliti dall'*art. 177 c.c.*<sup>215</sup>

In seconda battuta, si è già più volte dato prova come i fenomeni della famiglia coniugale e di fatto non siano completamente omogenei: un processo di assimilazione dell'uno all'altro si risolverebbe in un inammissibile appiattimento delle posizioni e non terrebbe conto della diversità di interessi perseguiti dalle parti nelle due scelte. Non può dunque predicarsi alcuna irragionevole disparità di trattamento, né può sottovalutarsi il dato positivo: il regime patrimoniale legale, da considerarsi disciplina eccezionale, è espressamente riservato dalla legge ai soli coniugi e dunque ricollegato al vincolo matrimoniale.

Da ultimo, si consideri che riconoscere nella libera unione un titolo idoneo per l'instaurazione di una comunione legale avrebbe contrastato con le ragioni di tutela del traffico giuridico in quanto carente (*ante* Novella) di un dato pubblicitario da cui poter desumere la diversa situazione di appartenenza dei beni.

Risulta perciò confermata la fondatezza della tesi che escludeva l'applicabilità ai conviventi, in via analogica e automatica, del regime di condivisione degli acquisti *ex artt. 177 ss. c.c.* prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016.

Residuava però il problema relativo alla scelta convenzionale di riprodurre, in tutto o in parte, gli effetti della disciplina sulla comunione legale.

A questo riguardo, anteriormente alla Novella, due si riteneva fossero le strade percorribili: riproporre in un patto la formula di cui all'*art. 177, lett. a), c.c.*<sup>216</sup> ovvero prevedere un obbligo successivo di tra-

<sup>214</sup> Sia consentito rinviare nuovamente a R. MAZZARIOL, *La necessaria riscoperta del momento consensuale nell'ambito patrimoniale della famiglia: due casi emblematici*, cit., p. 77.

<sup>215</sup> P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 788.

<sup>216</sup> Secondo M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 755, il contenuto dell'obbligo assunto andrebbe allora qualificato come mandato senza rap-

sferimento della quota (anche diseguale tra le parti) del diritto acquistato, con un meccanismo simile a quello stabilito dall'art. 1706 c.c.<sup>217</sup>

Evidenti apparivano i limiti di simili convenzioni.

Quello principale, di carattere generale, era naturalmente offerto dalla efficacia *inter partes* dell'accordo ex art. 1372 c.c. Stante l'assenza di un norma in materia pubblicitaria che, per un verso, rendesse opponibile ai terzi il contratto di convivenza riguardante la comunione dei beni e, per altro verso, risolvesse i problemi di sicurezza del traffico giuridico, si assisteva all'impossibilità di proiettare verso l'esterno gli effetti del patto. Con la conseguenza che al convivente che subiva l'inadempimento del *partner* – concretizzatosi nel diniego al riconoscimento della proprietà, o nella successiva disposizione del bene acquistato o, ancora, nel mancato ritrasferimento della quota – non restava che l'esercizio, rispettivamente, di un'azione di rivendica, di risarcimento dei danni o, infine, di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, a seconda del diverso contenuto dell'accordo riproduttivo della disciplina della comunione legale.

Un ulteriore profilo critico era poi stato individuato nel rischio di una pronuncia di nullità della convenzione, che avesse previsto un successivo obbligo di ritrasferimento, per indeterminabilità dell'oggetto, in quanto il convivente obbligato avrebbe potuto, in modo del tutto discrezionale, stabilire il contenuto della prestazione<sup>218</sup>. Infine, assai dubbia risultava l'applicabilità delle norme sull'amministrazione dei beni comuni<sup>219</sup> (in particolare quelle che impedivano ai conviventi di disporre *pro quota indivisa*) e delle disposizioni che fondavano una responsabilità verso i terzi<sup>220</sup>.

---

presentanza; viceversa, per E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 985, stante l'inesistenza di un obbligo del mandatario di compiere l'acquisto, lo schema più appropriato andrebbe attinto dal contratto preliminare.

<sup>217</sup> A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 205.

<sup>218</sup> In questo senso, v. A. CORSI, *Accordi patrimoniali tra conviventi*, in *La famiglia di fatto ed i rapporti patrimoniali tra conviventi*, Roma, 1993, p. 128. *Contra*, v. però G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 265.

<sup>219</sup> Per M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 756, le norme sull'amministrazione non potrebbero essere desunte da quelle proprie del regime di comunione legale tra coniugi: «bisogna concludere che il regime dell'amministrazione dei beni è quello tipico di ogni comunione».

<sup>220</sup> Per un approfondimento si rinvia ad A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 214 ss.

Questo insieme di fattori dà conferma della problematica applicazione ai rapporti di convivenza, *ante* Novella, del regime di comunione dei beni e dell'importanza che ora assume l'espresso riconoscimento legislativo di cui ai commi 52 e 53 della legge n. 76 del 2016.

8. *Il contratto di convivenza prima della Novella.* – Di fronte al più volte ricordato silenzio normativo sul fenomeno della convivenza, il contratto<sup>221</sup> è da sempre stato considerato dalla dottrina il mezzo più appropriato per regolare i rapporti patrimoniali tra i *partner*<sup>222</sup>. Si tratta di uno strumento coerente con le istanze di libertà manifestate dalla scelta di convivere informalmente, fonte di regole valevoli per il singolo caso e dunque idoneo ad adattarsi alle circostanze concrete, quanto mai rilevanti nel fenomeno delle libere unioni.

Il riconoscimento del potere contrattuale dei conviventi a opera della giurisprudenza è, invece, arrivato più tardi: si è assistito sul tema

<sup>221</sup> In realtà, va registrata una presa di posizione che, sebbene assai minoritaria, nega la qualifica di «contratto» agli accordi sulla convivenza, preferendo impiegare quella di «negozio giuridico»: cfr. E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 1 ss.; A. GALASSO, *Diritto civile e relazioni personali*, in *Dem. dir.*, 1996, p. 253 ss. In senso critico rispetto a questa posizione, v. A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia*, cit., p. 13-14, secondo il quale non appare utile, né concettualmente, né sotto il profilo pratico, ricorrere alla categoria del negozio giuridico al solo fine di sottrarre il contratto di convivenza a un'asserita «logica mercantile».

<sup>222</sup> Sul tema si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, oltre agli Autori che seguiranno, anche a F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 143 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 151 ss.; ID., *Contratti di convivenza e contratti tra conviventi «more uxorio»*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 369 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, p. 81 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 495 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 737 ss.; G. SAPORITO, *La regolamentazione convenzionale dei rapporti patrimoniali tra i conviventi in vista della cessazione della convivenza more uxorio*, in *La famiglia di fatto ed i rapporti patrimoniali tra conviventi*, Roma, 1993, p. 141 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 59 ss.; L. BALESTRA, *Famiglia di fatto tra autonomia e autoregolamentazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 194 ss.; D.G. RUGGIERO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 183 ss.; E. QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 507; V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Trattato teorico-pratico diretto da G. Autorino Stanzione, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, I, Torino, 2011, p. 363 ss.

a un minore interventismo e le poche sentenze si sono limitate a lambirlo in modo sporadico e incidentale<sup>223</sup>.

La prima pronuncia che si è espressa in termini non equivoci risale solamente alla prima metà degli anni Novanta del secolo scorso; in particolare, si è affermato che la convivenza *more uxorio* non costituisce causa di illiceità e, quindi, di nullità di un contratto (nella specie, un comodato risolutivamente condizionato alla cessazione del rapporto) attributivo di diritti patrimoniali e collegato alla relazione sentimentale, in quanto quest'ultima, ancorché (allora) non disciplinata dalla legge, non contrasta né con le norme imperative, né con l'ordine pubblico, né con il buon costume<sup>224</sup>.

Si tratta di una presa di posizione che ha contribuito del tutto a dissipare le ombre in merito a una asserita illiceità di tali accordi, sostenuta da una parte della dottrina del passato. Va, infatti, rilevato che, anche in quest'ambito, le posizioni originariamente assunte sono state di chiara contrarietà, in linea con il generale disvalore sociale un tempo associato alla famiglia di fatto.

Non ostante l'indagine storica riveli che le convenzioni sulla convivenza non rappresentano un'assoluta novità<sup>225</sup>, la dottrina (per lo meno sino alla prima metà del XX secolo) ha considerato il patto, regolatore degli aspetti patrimoniali del vivere come coniugi, illecito e comunque immeritevole di tutela secondo l'ordinamento. Le motivazioni risultano sostanzialmente analoghe a quelle impiegate per negare validità alle donazioni tra conviventi, le quali rappresentavano l'emblema del negozio *contra bonos mores*, sull'asserito presupposto della loro riconduzione a un «corrispettivo» della prestazione sessuale.

Su questo terreno, emblematiche risultano alcune prese di posizione che, sia per il contenuto, sia per l'autorevolezza, danno prova dell'iniziale atteggiamento di netta chiusura.

E così se, da un lato, la Suprema Corte dichiarava nulla la convenzione poiché «l'ordinamento giuridico non prende in considerazione, né per ragioni di carattere etico, sociale e di ordine pubblico»<sup>226</sup>

<sup>223</sup> In termini analoghi, v. anche M. SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, cit., p. 692.

<sup>224</sup> Così Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, p. 947.

<sup>225</sup> Il riferimento è ai *contrats de concubinat* in Francia e alle *cartas de mancebia e compañería* in Spagna: cfr. R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé*, VI, Aix en Provence, 1958, p. 35; F. BENNLOCH, *Las uniones libres*, in *Estudios de derecho de familia*, III, Barcelona, 1985, p. 15.

<sup>226</sup> Così Cass., 24 gennaio 1958, n. 169, in *Riv. giur. circ. traspr.*, 1958, p. 436.



il nucleo affettivo non coniugale; dall'altro, la dottrina ribadiva che «se, come spesso avviene, la stessa esistenza dell'accordo non si può disgiungere dalla presenza di un nucleo [familiare], verrebbe meno l'elemento causale, dato che il nucleo di cui si tratta non può avere riconoscimento. Il vincolo non esiste e quindi cade tutto quanto si preveda in dipendenza dello stesso»<sup>227</sup>.

Di fronte a questa impostazione ideologica, con la mutata considerazione del fenomeno si è fatto strada quell'atteggiamento di netta apertura che ha poi portato all'attuale espresso riconoscimento legislativo.

Anche in questo caso, la svolta argomentativa ha trovato impulso nel dato costituzionale.

Si è osservato che l'art. 2 Cost., nell'offrire protezione ai diritti inviolabili dei singoli in quelle formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità, assicura tutela anche all'interesse di questi di dare contenuto disciplinare all'unione familiare non coniugale in quanto struttura socialmente rilevante<sup>228</sup>. Sono così venute meno le pregresse opinioni che scorgevano nel contratto tra i conviventi uno strumento contrario al complesso dei precetti etici costituenti la morale comune<sup>229</sup>: dovendo il parametro di valutazione di quest'ultima essere relativizzato e contestualizzato in un determinato momento storico<sup>230</sup>, il sistema giuridico non poteva non considerare leciti gli accordi, coerentemente con il mutato sentire sociale. D'altra parte, *in subiecta materia* l'autoregolamentazione assolve a funzioni del tutto conformi all'ordinamento: conferisce stabilità ai rapporti economici tra i conviventi; dà prova della serietà dell'impegno sentimentale assunto; è in grado di prevenire eventuali situazioni conflittuali e di offrire tutela al *partner* economicamente «debole».

Queste osservazioni hanno indotto la dottrina maggioritaria<sup>231</sup>, già alcuni decenni prima della emanazione della Novella, ad assegnare

<sup>227</sup> Così si esprimeva, ancora negli anni '80 del Novecento, A. TRABUCCHI, *Pas par cete voie s'il vous plait!*, cit., p. 350.

<sup>228</sup> F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 150 ss.

<sup>229</sup> In merito alla non contrarietà del contratto di convivenza all'ordine pubblico e al buon costume, si rinvia alle argomentazioni svolte da G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 169 ss. e p. 192 ss.

<sup>230</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 191 ss.

<sup>231</sup> V., per tutti, F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 162-164.

piena validità al contratto di convivenza nel quadro dei negozi innominati, in quanto dotato di una causa propria<sup>232</sup>, lecità<sup>233</sup> e meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c.<sup>234</sup>

A dispetto dell'apparente linearità di queste aperture, va comunque registrata, per lo meno all'inizio del nuovo corso interpretativo, una certa resistenza all'attribuzione di una completa autonomia concettuale e causale al contratto; e ciò non tanto in ragione di un pregiudizio ideologico nei confronti della famiglia di fatto, quanto della peculiare considerazione riservata da alcuni Autori ai contratti innominati o dei condizionamenti derivanti dai tipi causali esistenti.

Questa prospettiva si è tradotta in due diversi approcci.

Per un verso, si è preteso il rispetto di parametri valutativi ulteriori, rispetto a quelli ordinariamente richiesti per gli strumenti negoziali atipici dall'art. 1322, comma 2, c.c., al fine di fondare un giudizio di validità dell'atto. Quanto osservato trova riscontro nell'opinione di chi ha sostenuto l'esigenza di «una indagine [aggiuntiva] sulla serietà dell'intento, nel senso di accertare l'effettiva volontà dei privati [conviventi] di giuridicizzare il vincolo»<sup>235</sup>; o di chi ha predicato la necessità

<sup>232</sup> Secondo G. FUCILLO, *Accordi di convivenza: alcuni aspetti problematici*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, diretto da G. Fucillo, Milano, 1997, p. 84, i contratti di convivenza hanno «causa nella regolamentazione della convivenza *more uxorio*, e per oggetto la regolamentazione patrimoniale della vita in comune».

<sup>233</sup> Si è però osservato che, se il motivo comune che ha indotto le parti a contrarre è rappresentato dal porre il mantenimento come controprestazione dell'attività sessuale del *partner*, l'accordo deve considerarsi nullo: v. M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2016, p. 1860.

<sup>234</sup> Il giudizio di meritevolezza risulta superato sia che se ne accetti una nozione legata all'accertamento della effettiva intenzione dei contraenti di far sorgere un vincolo coercibile e al riscontro della idoneità del contratto ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi in deroga al sistema della tipicità legale (è la tesi espressa da F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 62 ss.), sia che si acceda a un'idea di meritevolezza sostanzialmente combaciante con quella di liceità *ex art.* 1343 c.c. (è l'opinione oggi maggioritaria fatta propria, tra molti, da G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 29; G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 203; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 373 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.; A. GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 324).

<sup>235</sup> È la nota opinione di F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 157, già espressa più ampiamente in ID., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 62 ss.

di un controllo ulteriore sulla concreta attuazione «dei valori costituzionali del personalismo, del solidarismo e dell'associazionismo»<sup>236</sup>.

Per altro verso, è stata data una lettura dell'accordo parzialmente influenzata dalle pregresse categorie funzionali che ne ha ostacolato una qualificazione realmente autonoma: si è così sostenuto che la meritevolezza di tutela dovrebbe fondarsi sulla necessaria reciprocità dell'obbligo di contribuzione nell'interesse della famiglia<sup>237</sup>.

L'opinione muove dal problema, di cui ci occuperemo poco oltre, dell'assunzione come civile di un'obbligazione naturale: si è sostenuto che il patto sia fornito di una causa autonoma solo «ponendo la prestazione oggetto dell'obbligazione naturale in corrispondenza biunivoca con un'altra prestazione, di natura reale o obbligatoria, la quale a sua volta può costituire oggetto di un'altra obbligazione naturale ... Una volta soddisfatto il requisito causale con la previsione dello scambio tra due sacrifici reciproci, la volontà di adempiere il preesistente dovere morale o sociale funziona in realtà solo "come motivo che ha indotto le parti a contrattare" ... È dunque proprio nello scambio tra le vicendevoli promesse di adempiere le obbligazioni naturali scaturenti dal legame *more uxorio* che va ricercata la causa dei contratti di convivenza»<sup>238</sup>. Di conseguenza, nel caso in cui l'obbligo di adempimento del dovere morale o sociale sia unilateralmente assunto *ex pacto*, «determinando l'impoverimento del promittente e l'arricchimento del promissario, esso [contratto deve rivestire] le forme della donazione ... A identiche conclusioni dovrà pervenirsi nell'ipotesi in cui il contratto prevedesse un assetto, per così dire, "sbilanciato" dei rapporti reciproci»<sup>239</sup>.

<sup>236</sup> P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., p. 145.

<sup>237</sup> Si fa riferimento alla posizione espressa da G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 151 ss.

<sup>238</sup> Così G. OBERTO, *op. cit.*, p. 163, il quale nel finale riporta un'espressione tratta da R. NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, I, c. 41. In modo analogo, v. anche E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 982; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 745, il quale sostiene che il contratto di convivenza è «dotato di una propria causa atipica. Semmai si tratterà di esaminare se la causa di questi contratti si avvicini maggiormente al sistema dei contratti con prestazioni corrispettive, a quelli a titolo gratuito, ovvero ai contratti con causa di liberalità; in questo secondo caso occorrerà valutare se sussistano i requisiti di forma richiesti per la donazione». Più in generale, sulla possibilità di ammettere un contratto gratuito atipico, avente una specifica giustificazione causale distinta e autonoma rispetto agli opposti schemi della donazione del contratto di scambio, v. C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 909 ss.

<sup>239</sup> Così sempre G. OBERTO, *op. cit.*, p. 167-168.

In queste due impostazioni sembra annidarsi un comune difetto d'autonomia concettuale poiché perdura sullo sfondo un duplice retrospensiero: nella prima che il contratto di convivenza, *ante* Novella, non possa essere considerato un negozio atipico riconoscibile sulla base dei soli parametri contenuti nel disposto di cui all'art. 1322 c.c.; nella seconda che il patto non possieda un profilo funzionale autonomo, ma debba essere ricondotto in una delle «logiche» tipicamente previste per la materia negoziale: quella di scambio o quella donativa.

Si tratta di prese di posizione che, ancora prima dell'introduzione della nuova legge, potevano considerarsi superabili.

In una prospettiva moderna, andava già integralmente accolta l'idea della convivenza quale fenomeno né secondario, né ancillare rispetto a quello matrimoniale. Al contratto, stipulato dai componenti di una libera unione, poteva dunque essere assegnata una giustificazione causale autonoma, malgrado l'assenza di uno specifico riconoscimento legislativo<sup>240</sup>. Prendendo a prestito gli esiti, cui sarebbe poi giunta parte della dottrina con riguardo alla «causa familiare» degli accordi tra coniugi in vista dello scioglimento del vincolo<sup>241</sup>, le prestazioni disciplinate nel patto trova(va)no fondamento principale nell'*affectio* che sorregge l'interesse delle parti e le inducevano a regolare i loro rapporti economici.

Come è stato osservato un decennio prima della riforma del 2016, «il contratto di convivenza altro non è se non un contratto tipico che trova il proprio substrato causale nella convivenza»<sup>242</sup>. Poteva dunque già da tempo considerarsi superata la difficoltà di ricomprendere nel meccanismo causale l'elemento dell'affetto, tradizionalmente relegato nella (irrilevante) categoria del motivo lecito che induce le parti a contrarre.

---

<sup>240</sup> Già prima della Novella, attribuivano al contratto di convivenza una causa propria, tra i tanti, L. BALESTRA, *I contratti di convivenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 44; ID., *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 114 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 145 e 187; F. DE SCRILLI, *I patti di convivenza*, cit., p. 1152 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 745; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 162-164 (seppure con le precisazioni anzidette); G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, cit., p. 258 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 161; F. DELL'AVERSANA, *Il «regime patrimoniale» della famiglia di fatto*, in *Vita not.*, 2012, p. 1013; R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, cit., p. 679 ss.

<sup>241</sup> Si rinvia ai richiami in precedenza operati nel § 6.

<sup>242</sup> Così L. BALESTRA, *I contratti di convivenza*, cit., p. 44.

Proprio per queste ragioni, una lettura del contratto in termini di corrispettività<sup>243</sup> o liberalità perde di significato: le attribuzioni patrimoniali non si giustificano l'una con l'altra, nemmeno a voler considerare come controprestazione l'eventuale impegno del *partner* a effettuare attività di carattere meramente morale o domestico a favore dell'altro (fargli compagnia, accudirlo, trascorrere insieme le vacanze, etc.)<sup>244</sup>, né si fondano su un'esigenza meramente economica o sulla presenza di un *animus donandi*<sup>245</sup>. Come si avrà modo di approfondire in seguito, se si sposta l'attenzione sugli interessi perseguiti dai conviventi, occorre fondare la attribuzioni *ex pacto* sul legame affettivo esistente tra le parti<sup>246</sup>.

<sup>243</sup> Sull'argomento, si vedano almeno M. DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 48 ss.; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 57 ss.; M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 240 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 165; A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, p. 29 ss.; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 75 ss.; G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 10 ss.

<sup>244</sup> È l'opinione formulata da M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 1859; ID., *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 745. Si può però forse sollevare più di un dubbio in merito alla suscettibilità di valutazione economica di un simile impegno, tenuto anche conto che il contratto di convivenza è uno strumento pensato per disciplinare i soli rapporti patrimoniali del vivere in comune e non per regolare la convivenza in sé o il modo di condurla, il che è invece quanto accadrebbe se si ammettesse la programmazione *ex pacto* degli obblighi di assistenza (o di fedeltà o di coabitazione). Richiamano, seppure incidentalmente, il carattere di sinallagmaticità del patto anche F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 164; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 978; G. BUFFONE, *Il contratto di convivenza*, in *Unione civile e convivenza*, a cura di G. Buffone, M. Gattuso e M.M. Winkler, Milano, 2017, p. 500.

<sup>245</sup> Secondo F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 163, il contratto prescinde normalmente da ogni spirito di liberalità o altrui arricchimento.

<sup>246</sup> Contro l'idea di corrispettività delle attribuzioni, anche in assenza di un regolamento pattizio, v. altresì L. BALESTRA, *I rapporti patrimoniali. Premessa*, cit., p. 1147, secondo cui – con riferimento alla presa di posizione di G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 127 ss. e 145 ss. – «non può dunque condividersi l'opinione che, in presenza di prestazioni di *facere* o di dare, ritiene applicabile il rimedio [restitutorio] allorché l'altro convivente non abbia, da parte sua, adempiuto ai doveri morali e sociali di assistenza e contribuzione; le contribuzioni effettuate durante la convivenza sarebbero pertanto giustificate causalmente unicamente in caso di adempimento effettivo di siffatti doveri da parte di entrambi i *partners*. In tal modo si finisce col proporre un modello – la corrispettività delle attribuzioni ... – al quale non pare possa farsi riferimento, *sic et simpliciter*, per governare una relazione di chiara matrice effettiva, sebbene con rilevanti risvolti di natura patrimoniale».

Le considerazioni che precedono hanno consentito alla dottrina del passato di risolvere il problema del rapporto tra il contratto di convivenza e gli altri strumenti negoziali nominati.

In particolare, la questione era emersa con riguardo ai c.d. «vitalizi impropri o atipici»<sup>247</sup>, ossia ai contratti con cui un soggetto, a fronte del trasferimento di un bene o della corresponsione di una certa somma di denaro, si obbliga a compiere assistenza materiale e (anche solo) morale a favore del cedente. Non essendo qui il caso di ripercorrere analiticamente il dibattito ormai superato, ci si limita a ricordare come, dopo una prima riconduzione di questi accordi atipici al contratto di rendita vitalizia *ex art.* 1872 c.c.<sup>248</sup>, sia stata in seguito sostenuta la tesi dell'autonomia<sup>249</sup> anche rispetto al contratto di convivenza, in ragione della natura di *facere* infungibile della prestazione e dell'interesse anche non patrimoniale del creditore, che intende soddisfare le proprie esigenze di vita<sup>250</sup>.

Questa soluzione ha trovato fondamento proprio nel diverso profilo funzionale attribuito alle due fattispecie: nei vitalizi impropri assume rilevanza lo scambio tra il bene (o il denaro) e l'assistenza materiale e morale, mentre nel contratto di convivenza il regolamento di interessi mira a dare sistemazione al *ménage* patrimoniale connaturato al

<sup>247</sup> La letteratura sul punto è ampia e dunque si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a E. VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato Cicu e Messineo*, XXXVII, 1, Milano, 1961, p. 192 ss.; A. LENER, voce *Vitalizio*, in *Nov. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 77-78; U. PERFETTI, *Contratto innominato di mantenimento e divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.*, in *Dir e giur.*, 1978, p. 514 ss.; A. MARINI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato Rescigno*, 8, Torino, 1985, p. 35 ss.; M. SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1059 ss.; P.L. TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita not.*, 1992, p. 1436 ss.; A. LANDRISCINA, *Obbligazioni vitalizie di *facere* infungibile e inattuazione del rapporto contrattuale*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 821 ss.; G. BONILINI, *Vitalizio e risoluzione per inadempimento dell'obbligo di prestare assistenza morale*, in *Contratti*, 1996, p. 466 ss.; R. CECCARELLI, *Contratto di vitalizio assistenziale: un caso di atipicità*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2233 ss.

<sup>248</sup> Cfr., tra molte, Cass., 18 marzo 1958, n. 905, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 605 ss.; Cass., 18 maggio 1965, n. 968, in *Giur. it.*, 1965, I, p. 1159; Cass., 25 ottobre 1969, n. 3501, in *Foro it.*, 1970, I, c. 2910; Cass., 16 giugno 1981, n. 3902, *ivi*, 1982, I, p. 477.

<sup>249</sup> V., ad esempio, Cass., 28 luglio 1975, n. 2924, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2879; Cass., 5 gennaio 1980, n. 50, *ivi*, 1980, I, p. 1813; Cass., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 634; Cass., 13 giugno 1997, n. 5342, in *Notariato*, 1998, p. 235 ss.; Cass., 12 febbraio 1998, n. 1503, in *Riv. not.*, 1998, p. 987.

<sup>250</sup> Per un'ampia ricostruzione del dibattito si rinvia ad A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 168 ss.

vivere come coniugi. A eliminare ogni ambiguità, è ora intervenuto il comma 50 che, nel prevedere un nuovo tipo contrattuale, ne ha definitivamente sancito la natura autonoma sia sotto il profilo concettuale, sia sotto quello causale.

In conclusione, deve ritenersi che, ancora prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016, potesse essere assegnato al contratto di convivenza un connotato funzionale tipico – diverso dallo schema della donazione, della vendita, dell'obbligazione naturale o della liberalità d'uso – e individuabile, in sintesi, nell'interesse di natura familiare a una regolamentazione patrimoniale della vita in comune.

9. *Dall'obbligazione naturale a quella civile.* – Una volta accertate la piena liceità e autonomia causale degli accordi regolativi degli aspetti patrimoniali della convivenza, poteva considerarsi superato, ben prima dell'introduzione della Novella, il problema riguardante la possibilità di dedurre in contratto doveri patrimoniali di natura morale e sociale per farli divenire obblighi coercibili.

La questione oggi appare definitivamente risolta dall'introduzione del comma 53, lett. *b*), della legge n. 76 del 2016, che annovera, tra il contenuto del contratto, le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune; tuttavia, occorre farvi breve cenno per la rilevanza del dibattito che è sorto in passato e che ha occupato gran parte della dottrina del settore.

L'incertezza nasceva dalla disposizione contenuta nell'art. 2034, comma 2, c.c., secondo cui i doveri morali e sociali non possono produrre effetti ulteriori oltre a quello della *soluti retentio*. La previsione rendeva assai discussa la possibilità di un adempimento «indiretto» dei doveri tramite lo strumento negoziale: con un contratto di convivenza, si sarebbe consentito al debitore naturale (uno dei componenti della coppia) di assumere, in esecuzione del «dovere» di contribuzione ai bisogni della famiglia, un'obbligazione civile, il cui adempimento avrebbe comportato l'estinzione di detto dovere<sup>251</sup>.

In particolare, il problema si poneva inquadrando la nascita dell'obbligazione civile nel fenomeno novativo, ostandovi il dettato di cui all'art. 2034, comma 2, c.c. A tale riguardo si era sostenuto che, così facendo, il contratto di convivenza sarebbe risultato privo di causa poiché, per un verso, non avrebbe potuto avere un'efficacia maggiore ri-

---

<sup>251</sup> L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 100.

spetto al fatto da cui sorge l'obbligazione naturale e, per altro verso, sarebbe risultata inesistente una valida precedente obbligazione da estinguere<sup>252</sup>.

A prescindere da un'indagine delle singole posizioni, che nulla aggiungerebbe al dibattito in corso, sia sufficiente rilevare come il problema sia stato risolto oramai settant'anni fa da Giorgio Oppo, il quale ha osservato che «qui l'obbligazione naturale non viene in considerazione come rapporto (giuridico) preesistente da accertare o modificare col nuovo contratto, ma come interesse lecito alla produzione dell'effetto contrattuale: ossia non come interesse all'accertamento, novazione ecc. di un rapporto preesistente, ma come interesse alla nascita di un nuovo rapporto. Viene insomma in considerazione nella funzione della causa in genere»<sup>253</sup>.

<sup>252</sup> In questo senso, v. R. NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, cit., p. 41 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 253; G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c. (Contributo allo studio dell'interposizione di persona)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 1063; C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, Torino, 1961, p. 205; E. VALSECCHI, voce *Giuochi e scommesse (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 62; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 789-790. In giurisprudenza, è consolidato l'orientamento secondo cui il dovere morale non può costituire valida causa di un'obbligazione civile: cfr. Cass., 22 maggio 1963, n. 1351, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, p. 1230; Cass., 25 ottobre 1974, n. 3120, *ivi*, 1975, I, p. 2004; Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2301; Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, *ivi*, 1987, I, p. 805. In senso contrario, seppure in linea minoritaria, vi è chi ha assegnato una rilevanza giuridica all'obbligazione naturale (argomentando sulla idoneità a giustificare il pagamento) e ha così finito per sostenere la compatibilità dell'istituto con la *datio in solutum*, la *mora credendi*, l'adempimento del terzo, la compensazione volontaria, la novazione, la cessione del credito o la remissione del debito: cfr. P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 365 ss. Sulla validità della novazione di un'obbligazione naturale, v. anche B. BIONDI, *Ricognizione e novazione di obbligazione naturale*, in *Foro pad.*, 1961, I, p. 479-480; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato Rescigno*, 9, Torino, 1984, p. 278.

<sup>253</sup> Così G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 358. A questa ricostruzione si è poi adeguata la dottrina maggioritaria: cfr., ad esempio, G.L. PELLIZZI, *Adempimento di obbligazione naturale mediante rilascio di titolo cambiario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 307; L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 179; M. GAZZARA, *La promessa di adempimento delle obbligazioni naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 652. Si osserva tuttavia che per Giorgio Oppo non ogni dovere morale e sociale avrebbe potuto sorreggere causalmente la nascita di un obbligo giuridico, dovendosi distinguere tra «doveri degradati» e «doveri elevati»: v. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 352 ss. Per un'analisi della distinzione, si rimanda a L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 110 ss.



Il problema si sposta così sulla causa del contratto: il dovere morale o sociale non risulta più indice di giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali tra conviventi, bensì diviene criterio per fondare la meritevolezza degli interessi regolati tramite lo strumento pattizio<sup>254</sup>. L'autonomia della causa contrattuale da quella obbligazione naturale consente di superare le critiche alla possibilità di novare la seconda e di fondare l'impegno assunto *ex pacto* sulla volontà di adempiere quei doveri morali e sociali di contribuzione e di assistenza che qualificano strutturalmente l'unione affettiva non coniugale<sup>255</sup>.

Al giorno d'oggi il profilo contenutistico del nuovo contratto di convivenza, previsto dal comma 53, lett. *b*), ha definitivamente fatto cadere qualsiasi residuo dubbio sulla questione.

---

<sup>254</sup> Cfr. G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1766.

<sup>255</sup> Va registrata di recente, benché *ante* Novella, una voce critica in merito alla possibilità di dedurre in un contratto di convivenza degli obblighi corrispondenti a quelli derivanti da un'obbligazione naturale: «anche qualora si volesse considerare valido, sotto il profilo della causa, il contratto col quale le parti procedono allo scambio tra due promesse di adempimento di obbligazioni naturali, il contratto in questione dovrebbe comunque considerarsi nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto ai sensi del combinato disposto degli artt. 1346, 1418, comma 2° e 2034, comma 2° c.c.» (così F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 528). Tuttavia, secondo l'Autore, «i conviventi potranno ugualmente assumere obbligazioni civili reciproche di contenuto identico a quello delle corrispondenti obbligazioni naturali di mantenimento. Per raggiungere tale risultato ciascuno dei conviventi può stipulare con l'altro un contratto atipico ... il cosiddetto "contratto di mantenimento", con il quale una parte trasferisce o si obbliga a trasferire all'altra "un bene (mobile, immobile, capitale) verso l'assunzione dell'obbligazione, di *facere*, di provvedere al suo mantenimento per tutta la durata della vita stessa"». Si tratta di una opinione, benché autorevolmente sostenuta, che non appare del tutto condivisibile per le considerazioni già espresse in merito alla completa autonomia causale del contratto di convivenza e oggi del tutto superata dall'introduzione dei commi 50 ss. della legge n. 76 del 2016.

## CAPITOLO QUARTO

### IL CONTRATTO DI CONVIVENZA: LO STRUMENTO DELL'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Le premesse comparatistiche. – 2. Considerazioni generali sulla legge n. 76 del 2016. – 3. Il riconoscimento del nuovo fatto-convivenza. – 4. La nuova nozione di «conviventi di fatto». – 5. La formalizzazione del fatto-convivenza: il valore della dichiarazione anagrafica. – 6. La convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso. – 7. La natura e la causa del contratto di convivenza. – 8. (*Segue*) il contratto di convivenza e gli atti (negoziali) della vita familiare. 9. – Spazio di operatività degli altri contratti tipici e dei contratti di convivenza «di diritto comune». – 10. Il contenuto di natura patrimoniale: profili generali. – 11. Il regime pattizio di reciproca assistenza materiale. – 12. Il regime pattizio della comunione legale dei beni. – 13. Le attribuzioni patrimoniali *ex pacto* in contemplazione della morte di uno dei conviventi. – 14. Il divieto di apporre termini e condizioni. – 15. Le clausole sui rapporti di natura personale. – 16. La cessazione della convivenza: i riflessi patrimoniali. – 17. La forma del contratto di convivenza e l'opponibilità ai terzi. – 18. La nullità del contratto. – 19. Lo scioglimento del contratto di convivenza *ex comma 59*. – 20. La derogabilità *ex pacto* delle norme di carattere patrimoniale sancite dalla legge n. 76 del 2016. – 21. Considerazioni conclusive.

1. *Le premesse comparatistiche*. – Prima di esaminare la disciplina introdotta con la legge n. 76 del 2016, è opportuno procedere a una ricognizione sinottica della legislazione dedicata ai rapporti di convivenza negli ordinamenti più rappresentativi a livello europeo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul tema di limita il rinvio a C.S. PASTORE, *La famiglia di fatto. Analisi e disciplina di un modello familiare attuale e diffuso*, Milano, 2007, p. 163 ss.; C. MANASSERO, *I rapporti di convivenza more uxorio in Inghilterra e in Brasile*, in *La rilevanza giuridica dei rapporti di fatto in ambito familiare*, Milano, 2005, p. 33 ss.; M.C. DE CICCIO, *La tutela delle convivenze: cenni alle esperienze straniere*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio*, I, 1, 2011, p. 1088 ss.; V. ZAMBRANO, *Parejas no casadas: l'esperienza spagnola e la Llei catalana del 10/1998*, in *Stare insieme. I regimi*

In quest'ambito, si cercheranno di aggirare i tipici rischi che ogni premessa comparatistica inevitabilmente fa sorgere: la prolissità e l'inconcludenza. A tal fine, verrà evitato uno studio che risulti, per un verso, eccessivamente analitico in quanto estraneo allo scopo di questo scritto e, per altro verso, meramente descrittivo. Si tenterà di offrire una visione d'insieme degli ordinamenti di *civil* e di *common law* attraverso un'analisi trasversale, condotta in base alle soluzioni offerte dalle esperienze straniere su alcune specifiche questioni, in ordine alle quali la Novella ha operato delle scelte assai dibattute: *a)* le modalità di costituzione dell'unione affettiva; *b)* la disciplina del regime patrimoniale; *c)* i rapporti personali tra i *partner*; *d)* la rilevanza del contratto di convivenza.

Il confronto comparatistico consentirà di acquisire utili strumenti di comprensione della normativa italiana e di documentare la presenza di una serie di regole comuni che, pur con differenti livelli di intensità, sono state recepite anche dalla nostra legislazione successivamente intervenuta.

*a) Le modalità di costituzione.* – Il profilo d'indagine allude ai due diversi modi attraverso cui la convivenza viene riconosciuta nei Paesi europei: *ope legis* o a seguito di una manifestazione di volontà delle parti.

Sotto questo profilo, non pochi sono gli ordinamenti che richiedono una formalizzazione dell'unione non coniugale, al fine di rendere

---

*giuridici della convivenza tra status e contratto*, a cura di F. Grillini e M.R. Marella, Napoli, 2001, p. 79; J.K.A. DINESEN, *Il "registered partnership" un approccio nordico alla legislazione per coppie non sposate*, *ivi*, p. 185 ss.; S. ASPREA, *La famiglia di fatto. In Italia e in Europa*, Milano, 2003, p. 29 ss.; G. GIAIMO, *I contratti di convivenza nell'ordinamento giuridico inglese*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 205 ss.; M.G. IVONE, *Riflessioni in tema di unioni di fatto. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Napoli, 2006, p. 135 ss.; D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, *cit.*, p. 119 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 163 ss.; G. COSCO, *Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 349 ss.; F. VIGLIONE, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1723 ss.; R. PESCARA, *Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, p. 967 ss.; AA.VV., *European Family Law in Action*, a cura di K. Boele-Woelki, C. Mol ed E. Van Gelder, V, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, p. 11 ss.; J. MILES, *Unmarried cohabitation in a European perspective*, in *European Family Law*, III, a cura di J.M. Scherpe, Cheltenham-Northampton, 2016, p. 82 ss.

applicabile la relativa disciplina legale, attraverso un'annotazione in un apposito registro pubblico o la stipula di un accordo solenne.

Il modello francese del *pact civil de solidarité* (c.d. PACS), introdotto con la legge n. 99-944, si fonda su una logica eminentemente volontaristica: affinché operino le norme stabilite dal titolo XII del Libro I del *Code civil*, due persone maggiorenni, di sesso uguale o diverso, sono tenute a concludere un contratto con cui organizzano la loro vita in comune (art. 515-1)<sup>2</sup>. È altresì necessario che i *partenaires* rendano una dichiarazione congiunta alla cancelleria del *Tribunal d'instance*, nella cui giurisdizione stabiliscono la loro residenza, e producano al cancelliere l'accordo tra loro intervenuto (art. 515-3). A seguito dell'esibizione documentale, il cancelliere procede con l'iscrizione della dichiarazione in un registro al fine di conferire data certa al patto e renderlo opponibile ai terzi.

L'esigenza di una formalizzazione è avvertita anche dalla legislazione belga e da quella olandese.

L'unione registrata belga (*cohabitation légale*), introdotta nel 1998, è un istituto destinato a disciplinare i rapporti di vita comune tra due persone che abbiano reso una dichiarazione dinanzi all'ufficiale di stato civile, poi inserita nel registro della popolazione (artt. 1475 e 1476 c.c.). Parimenti, la legge olandese del 5.7.1997 (*Staatsblad* 324) ha introdotto le unioni registrate nel Libro I del Codice civile sulle persone e sulla famiglia: si tratta di comunioni di vita equivalenti al matrimonio, riservate a coppie di sesso uguale o diverso, che si instaurano a seguito di una dichiarazione resa davanti alla competente autorità.

Sempre su questa linea, si collocano le prime esperienze dei paesi scandinavi: le *registered partnership* finlandesi, la *partnerskab* danese, le unioni registrate norvegesi (legge n. 40 del 30.4.1993) e svedesi (legge n. 1433 del 23.6.1994) presupponevano tutte la formalizzazione della volontà delle parti. Si trattava di istituti rivolti alle coppie omoaffettive, ora per lo più superati dall'allargamento del matrimonio anche alle persone dello stesso sesso. Tuttavia, in tempi relativamente recenti, anche questi ordinamenti hanno riconosciuto l'esistenza di *informal relationship*, che prescindono dal genere e da un atto fondativo solenne: il *Finnish Cohabitation Act* del 2011, ad esempio, impone solamente che i

---

<sup>2</sup> Il *Conseil Constitutionnel* ha chiarito che il PACS può essere concluso da due soggetti legati da una vita di coppia (*vie de couple*) e non solo da reciproci rapporti di mera assistenza o di solidarietà: cfr. la *Décision du Conseil Constitutionnel* n. 99-4 19 DC du 9 novembre 1999, in *Journal Officiel*, 9 novembre 1999.

*partner* abbiano convissuto negli ultimi cinque anni o abbiano un figlio in comune.

In una diversa posizione si colloca, invece, l'ordinamento tedesco. Mentre alle sole coppie omoaffettive è riservato l'istituto della convivenza registrata (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*), introdotto con la legge 16.2.2001<sup>3</sup>, le unioni non matrimoniali eterosessuali (*nichteheliche Lebensgemeinschaften*) – in quanto rapporti di fatto – ricevono una tutela parziale per via legislativa e giurisprudenziale, senza la necessità di alcuna registrazione.

In modo non dissimile, sebbene attribuendo uno spazio di rilevanza giuridica assai più limitato rispetto al PACS, anche in Francia è riconosciuto il *concubinage*, definito come un'unione di fatto caratterizzata da una vita in comune, stabile e continuativa, tra due persone, di sesso uguale o diverso, che conducono una vita di coppia (art. 515-8): anche a questo tipo di convivenza *ad modum coniugii* non è richiesto un momento genetico solenne.

Segue l'esempio tedesco e francese la normativa della Scozia: con l'introduzione del *Family Law (Scotland) Act* del 2006, non è richiesto ai *cohabitant* alcun requisito formale ai fini della loro considerazione a opera del diritto, se non il vivere assieme «*as if they were husband and wife or if they were civil partners*».

L'ordinamento inglese, da sempre assai attento a preservare le ragioni di libertà e di autonomia delle parti, è privo di una legislazione specifica dedicata alla materia e lascia ai conviventi, tramite la conclusione di un *cohabitation contract*, la scelta in ordine alle conseguenze di tipo patrimoniale derivanti dal vivere come coniugi. Tuttavia, parte delle giurisprudenza (a partire dal precedente *Hall v. Hall*) ha riconosciuto in via interpretativa l'esistenza di un rapporto *more uxorio* anche in assenza di un patto espresso, attribuendo limitati diritti economici al componente «debole» dell'unione.

In una posizione per certi versi intermedia, si collocano le legislazioni spagnole della Catalogna e dell'Aragona<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Si segnala che il 30 giugno 2017 il *Bundestag* ha approvato la legge che consente alle coppie omoaffettive di contrarre matrimonio e adottare figli. Il testo, al momento della stampa del presente volume, deve ancora essere discusso dal *Bundesrat* affinché venga definitivamente approvato.

<sup>4</sup> L'esperienza giuridica spagnola, stante l'ampio margine di autonomia che l'ordinamento attribuisce alle singole Comunità autonome, appare estremamente frammentata. Si focalizzerà pertanto l'attenzione sui sistemi giuridici della Catalogna e dell'Aragona.

La legge catalana n. 10/1998 del 15 luglio sulle *uniones estables de pareja* e la legge aragonese n. 6 del 26.3.1999 (e ora gli artt. 234 ss. c.c.) prevedono una doppia modalità di riconoscimento delle coppie non sposate a seconda che siano formate da soggetti di sesso diverso o uguale. Nel primo caso, le norme a tutela dell'unione affettiva si applicano *ope legis* qualora l'uomo e la donna abbiano convissuto come marito e moglie ininterrottamente per un periodo di almeno due anni o, ancora prima del decorso del termine biennale, abbiano avuto un figlio o abbiano manifestato, attraverso una scrittura privata registrata, la volontà di obbligarsi a detta disciplina. Nel secondo caso, la sola legge catalana impone, per la giuridicizzazione delle unioni stabili omoaffettive, l'esistenza di un atto pubblico congiunto (artt. 19 e 21), non essendo bastevole il mero decorso del tempo.

*b) La disciplina del regime patrimoniale.* – Anche in questo frangente i sistemi giuridici europei si sono mossi lungo due linee direttrici: alcuni di essi hanno esteso alle convivenze di fatto le norme previste per il matrimonio; altri, invece, hanno attribuito rilevanza al momento consensuale per definire il contenuto dei reciproci rapporti patrimoniali. In ogni caso, anche le legislazioni in cui è stato assegnato un ruolo fondamentale al contratto hanno comunque previsto una serie di *default rules*, tendenzialmente inderogabile *in peius*, volta a tutelare i componenti dell'unione in assenza di una diversa o contraria previsione pattizia.

Nella prima delle due indicate direzioni si sono spinti gli ordinamenti dei paesi scandinavi (relativamente alle preesistenti *registered partnership*) e quello olandese. In essi i diritti e i doveri tra i conviventi registrati sono del tutto analoghi a quelli imposti alla famiglia legittima, anche sotto il profilo successorio, a eccezione di alcune norme stabilite per lo scioglimento del rapporto<sup>5</sup>. Viceversa, le *informal relationship* dei paesi nordici ricevono un trattamento normativo assai meno pregnante nel contenuto: in Danimarca, ad esempio, vengono accordati limitati benefici fiscali e attribuiti diritti in materia locatizia e in quella successoria; parimenti, il *Finnish Cohabitation Act* del 2011 e lo *Swedish Cohabitation Act* si limitano a regolare alcuni diritti di ordine patrimoniale, in special modo correlati alla cessazione del rapporto. In Norve-

---

<sup>5</sup> In Danimarca, ad esempio, per far cessare l'unione non era necessario rivolgersi al giudice, ma era sufficiente attivare una procedura di tipo amministrativo.

gia, invece, le convivenze di fatto non ricevono una disciplina legale specifica, se non nel *Norwegian Household Community Act* del 1991, limitatamente alle vicende legate alla casa familiare.

Maggiore autonomia nel determinare la regolamentazione dell'unione affettiva viene assegnata ai conviventi dagli ordinamenti francese, belga, tedesco, aragonese e catalano.

In Francia i *partenaires* sono liberi di fissare le modalità con cui essi «si devono sostegno reciproco e materiale» (art. 515-4): si tratta di un obbligo inderogabile che, pur lasciando ampia autonomia contenutistica alle parti, non ammette patto contrario e che, in assenza di una espressa previsione, consente al giudice di determinarne il contenuto in relazione al caso concreto. Si concede, inoltre, ai conviventi il diritto di scegliere se sottoporre al regime della comunione i mobili di arredamento acquistati a titolo oneroso dopo la conclusione del *pact civil de solidarité*<sup>6</sup> e di impedire la caduta in comunione degli altri beni, di cui divengono proprietari a titolo oneroso dopo il patto, tramite dichiarazione resa al momento dell'acquisto (art. 515-5). In ogni caso, la legge n. 99-944 prescrive che i *partenaires* sono obbligati in solido nei confronti dei terzi per i debiti contratti da ciascuno per le esigenze della vita quotidiana e per le spese relative all'alloggio in comune (art. 514-4). Lo scioglimento del patto può avvenire per mutuo dissenso, morte o per recesso unilaterale: in quest'ultimo caso il recedente deve informare il *partner* mediante notifica e inviare copia di questa e del proprio atto di nascita alla cancelleria del *Tribunal d'instance* che ha ricevuto inizialmente il PACS.

Rimanendo sempre nell'esperienza francese, si è già accennato che al *concubinage* viene attribuito *ope legis* uno spazio di rilevanza giuridica meno ampio rispetto al PACS e limitato alle materie della locazione, immigrazione, salute e assicurazione per malattia o maternità. La giurisprudenza d'oltralpe ha inoltre assegnato al «concubino» (specialmente di sesso femminile) il diritto di esercitare l'azione di arricchimento senza causa nei confronti del *partner* qualora abbia dedicato la propria vita al solo lavoro domestico, sacrificando la propria attività professionale<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> In mancanza di previsione espressa, detti beni si presumono in comunione per metà ciascuno.

<sup>7</sup> Sulla questione si rimanda a J. RUBELLIN-DEVICHI, *Le coppie non sposate: lo stato della legislazione francese*, in *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, a cura di F. Grillini e M.R. Marella, Napoli, 2001, p. 69 ss.

La legislazione belga rinvia, per lo più, al contenuto della convenzione stipulata dai conviventi per atto pubblico e iscritta nel registro della popolazione. In sua assenza, opera la regola generale secondo cui entrambi i componenti della coppia sono tenuti a contribuire alle spese della vita in comune in proporzione alle rispettive risorse e restano titolari esclusivi dei beni acquistati durante il rapporto e dei redditi personali (art. 1477-1478 c.c.).

In Germania solo di recente si è ammessa la validità dei contratti di convivenza (*Partnerschaftverträge*); altrimenti operano limitate tutele di matrice legale e giurisprudenziale<sup>8</sup>, che non contemplano alcun obbligo di mantenimento reciproco o alcun effetto patrimoniale conseguente alla cessazione del rapporto. Diverso ragionare s'impone con riguardo alle convivenze registrate omoaffettive: la *Eingetragene Lebenspartnerschaft* rende i *partner* solidalmente responsabili delle spese alimentari, consente loro di adottare il regime patrimoniale della comunione degli incrementi (*Ausgleichsgemeinschaft*) e permette la conclusione di uno speciale contratto di convivenza davanti a un notaio per la determinazione degli aspetti economici del rapporto.

La legislazione della Catalogna concede alle parti la possibilità di disciplinare i diritti e i doveri nascenti dalla convivenza tramite accordo, concluso anche in forma orale, dal contenuto assai ampio, con il solo limite del rispetto de *las leyes*, la *moral* e l'*orden públic*. Vige, inoltre, il divieto di accordi che determinino una situazione di squilibrio in danno di una delle parti (art. 1348 *Còdigo civil*).

L'esperienza aragonese risulta assai simile a quella catalana, salvo per la necessità dell'adozione dell'atto pubblico ai fini della regolamentazione pattizia dei reciproci rapporti (art. 234-1 c.c.). Si richiede poi che l'accordo non leda i diritti o la dignità dei conviventi e non sia in contrasto con le norme imperative. In assenza di un patto espresso, le parti sono tenute a contribuire al mantenimento delle spese di alloggio

---

<sup>8</sup> In ambito normativo, il § 122 BSHG (*Bundessozialhilfegesetz*) equipara i conviventi (usando l'espressione *eheähnliche Gemeinschaft*) ai coniugi e cumula il patrimonio della coppia ai fini del *Sozialhilfe* (servizi sociali), mentre il § 563 BBG consente la successione del convivente nel rapporto locatizio. Nel campo giurisprudenziale, si riscontrano alcune sentenze in cui sono state, ad esempio, riconosciute: la perdita dell'assegno divorzile a seguito di una convivenza; l'esistenza di un diritto di proprietà sul patrimonio del *partner*, a cui favore era stato prestato il lavoro casalingo o professionale; l'esistenza di una responsabilità solidale per le obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia.



e di quelle comuni<sup>9</sup> in proporzione ai rispettivi redditi e, se non sono sufficienti, in relazione al proprio patrimonio, pur mantenendo ciascuna di esse la proprietà, la gestione e il godimento dei beni personali. Entrambi i *partner* sono altresì responsabili in solido verso i terzi delle obbligazioni contratte per far fronte ai bisogni della coppia.

Nella legge catalana e in quella aragonese è anche prevista una forma di tutela per il convivente economicamente svantaggiato tramite due diversi strumenti rimediali. In primo luogo, in caso di cessazione del rapporto per cause diverse dalla morte, se la convivenza ha creato una sproporzione tra i patrimoni dei conviventi – derivante dal fatto che solo uno di essi si è dedicato al *ménage* comune, prestando il proprio lavoro gratuitamente e contribuendo a realizzare un «*enriquecimiento injusto*» dell'altro componente – si attribuisce al *partner* svantaggiato il diritto a ottenere un risarcimento. In secondo luogo, quest'ultimo, al termine della convivenza, può anche pretendere la corresponsione di un assegno periodico per la perdita di *chance* subita a causa dell'esclusiva dedizione al lavoro domestico.

In modo non dissimile, anche il *Family Law (Scotland) Act* del 2006 fissa una disciplina minima qualora il rapporto cessi per una causa diversa dalla morte di uno (o di entrambi) i conviventi (*section 28*). In questa ipotesi, ciascuno di essi può pretendere dall'altro il pagamento di una somma di denaro nel caso in cui il *partner* abbia conseguito un vantaggio economico grazie ai «*contributions*»<sup>10</sup> ricevuti dal richiedente e quest'ultimo abbia a sua volta sofferto un nocumento patrimoniale. La *section 29* si preoccupa poi di dettare delle norme applicabili in caso di morte del *partner*: il giudice può attribuire al superstite una somma di denaro o un bene dell'asse, tenuto conto dell'ammontare del patrimonio del *de cuius* e di qualsiasi «*benefit*» ricevuto dal richiedente in conseguenza della morte del convivente<sup>11</sup>. Infine, la legge prevede delle *default rules* volte a regolare le obbligazioni assunte per le spese comuni e il diritto di proprietà sugli «*household goods*».

<sup>9</sup> Si considerano spese comuni della coppia quelle necessarie per il mantenimento dei figli comuni, per i bisogni alimentari, di istruzione, assistenza medica e sanitaria, nonché quelle di alloggio (art. 5, comma 3).

<sup>10</sup> La *section 28* specifica che con tale termine devono intendersi tutti gli apporti, anche non economici, comprendenti il mero lavoro domestico o la cura della prole comune.

<sup>11</sup> In ogni caso, il giudice non può disporre a favore del superstite un importo che supera quello a cui quest'ultimo avrebbe diritto se fosse coniuge del defunto.

Da ultimo, un cenno merita l'ordinamento inglese in cui, a fronte del sostanziale silenzio del legislatore<sup>12</sup> e in assenza di un patto espresso tra i conviventi, la giurisprudenza si è mossa seguendo un indirizzo non del tutto uniforme. In particolare, nel già citato caso *Hall v. Hall* si è stabilito che «qualora un uomo e una donna abbiano vissuto assieme come marito e moglie e quest'ultima abbia contribuito, in rapporto alle proprie modeste sostanze, alla formazione di un patrimonio familiare, non può negarsi che ella abbia diritto a una quota di esso in maniera proporzionale ai suoi contributi non soltanto di carattere economico, ma anche relativi al suo lavoro domestico e alla cura prestata nella crescita e nell'educazione dei figli». Tuttavia, la sentenza è stata sconfessata dalla soluzione adottata nel caso *Burns v. Burns*, in cui si è negato a una donna, dopo essersi dedicata alla cura della casa e della famiglia durante i 19 anni di convivenza, alcun diritto di (com)proprietà sui beni acquistati dal *partner* in costanza di rapporto. Con un ulteriore *revirement*, la sentenza *Rowe v. Pranc* ha però riconosciuto alla convivente la contitolarità di uno *yacht* appartenente al *partner*, poiché quest'ultimo aveva ingenerato il giusto affidamento sulla proprietà del bene<sup>13</sup>.

c) *I rapporti personali*. – La presenza di una disciplina di fonte legislativa, riguardante i diritti e i doveri di natura personale tra i conviventi, rappresenta un'efficace cartina al tornasole del livello di intensità della giuridicizzazione: più i reciproci obblighi personali si fanno intensi e riflettono quelli dettati per le coppie coniugate, tanto più il processo di assimilazione del modello paraconiugale a quello fondato sul matrimonio può dirsi completo. Se la specularità è massima, la convivenza di fatto diviene un istituto che si distingue dal matrimonio non tanto per la diversità di contenuto, quanto per il differente grado di li-

---

<sup>12</sup> Fanno eccezione le disposizioni contenute: nel *Children Act* del 1989 e nel *Child Support Act* del 1991, in cui si prevede un dovere di mantenimento nei confronti dei figli nati da un rapporto di fatto; nel *Domestic violence and matrimonial Proceeding Act* del 1976, in cui si definisce la famiglia di fatto come quel rapporto tra un uomo e una donna che vivono «*in the same household as husband and wife*»; nel *The Provision for family and dependence Act* del 1975, in un cui si stabilisce una *provision* (quota dell'asse ereditario) per il mantenimento del convivente superstite; nel *Family Income Supplements Act*, ai fini degli interventi di assistenza nel campo sociale; nel *The Housing Act* del 1980, in cui si ammette la successione nel rapporto locatizio.

<sup>13</sup> Per un approfondimento, si rimanda a G. GIAIMO, *I contratti di convivenza nell'ordinamento giuridico inglese*, cit., p. 207 ss.

bertà e di flessibilità che esso offre alla coppia, soprattutto nella fase della cessazione del rapporto o in quello della sua regolamentazione pattizia.

Sottoponendo ad analisi il dato normativo europeo alla luce di questo parametro, si rileva come assai pochi siano gli ordinamenti stranieri che operano un rinvio integrale alla disciplina disposta per l'istituto matrimoniale: solo le pregresse unioni registrate dei paesi scandinavi e quelle dell'Olanda impongono ai *partner* doveri di fedeltà, assistenza morale e coabitazione analoghi a quelli esistenti tra gli sposi<sup>14</sup>.

Viceversa, la stragrande maggioranza delle altre legislazioni europee attribuisce rilevanza esclusiva o preminente ai soli rapporti di ordine patrimoniale, dedicando al più qualche generico cenno all'esistenza tra i conviventi di obblighi personali dal contenuto non definito.

Sotto quest'ultimo profilo, emblematici appaiono, per un verso, l'art. 515-4 del *Code civil* francese, in cui viene stabilito che i *partenaires* «si devono sostegno reciproco e materiale. Le modalità di tale sostegno sono stabilite nel patto medesimo»; per altro verso, gli artt. 3 e 5, rispettivamente della legge catalana e aragonese, in cui si fa cenno alla possibilità di definire pattiziamente i rapporti personali tra i *partner*, senza però menzionare alcun contenuto minimo o inderogabile.

*d) La rilevanza del contratto di convivenza.* – Tutti gli ordinamenti europei di *civil* e di *common law* considerano il contratto lo strumento più efficace di tutela degli interessi della coppia poiché consente alle parti, per un verso, di far sorgere degli obblighi coercibili – o, per lo meno, di determinare il contenuto dei diritti e dei doveri eventualmente imposti in modo generico dalle legge– e, per altro verso, di non frustrare la libertà di darsi in autonomia delle regole.

In particolare, si registra la tendenza a rinviare, quanto al contenuto della disciplina, alle norme previste in generale per il contratto, entro i consueti limiti vigenti in materia. Viene così, per un verso, imposto il rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume e, per altro verso, negata la possibilità di dedurre nel patto obblighi di natura personale (come quelli di fedeltà o di coabitazione) o di patrimonializzare il loro contenuto tramite l'inserimento di clausole penali.

---

<sup>14</sup> A esse può, in parte, accostarsi anche la *Eingetragene Lebenspartnerschaft* tedesca, in cui si impone ai conviventi omosessuali di prestarsi reciproca assistenza e sostegno.

La panoramica dei singoli ordinamenti dà riscontro a quanto osservato.

Così, ad esempio, in Belgio non vigono specifiche disposizioni in materia e i *partner* sono liberi di concludere accordi di convivenza, anche in forma orale, purché abbiano contenuto economico.

L'esperienza danese, inglese, olandese e quella tedesca sono assai simili alla belga, in cui – in assenza di una legislazione *ad hoc* – si applicano le regole generali in tema di contratto.

Il *Finnish Cohabitation Act* consente alla coppia di derogare pattiziamente alle disposizioni in esso previste, senza l'imposizione di alcun onere formale; tuttavia, si nega la possibilità di operare una rinuncia preventiva al diritto sui beni comuni. In modo non dissimile, lo *Swedish Cohabitation Act* si occupa del contratto di convivenza nella misura in cui permette alle parti di escludere o limitare l'applicazione delle regole sulla divisione della «*cohabitation property*»; per il resto, si richiamano i principi della materia contrattuale.

Dell'esperienza francese dei PACS si è già ampiamente riferito; per quanto concerne quella del «concubinato», non esistono norme specifiche e la *convention de concubinage* è disciplinata dal diritto generale dei contratti.

Anche la Scozia offre ampia tutela all'autonomia negoziale delle parti: non ostante il *Family Law (Scotland) Act* del 2006 non faccia cenno all'esistenza di contratti di convivenza, la dottrina e la giurisprudenza ne ammettono la conclusione sulla base delle disposizioni poste in tema di contratto in genere.

Un'espressa menzione del patto si riscontra, invece, nell'ordinamento catalano, il cui Codice civile specifica che i *partner* possono regolare le modalità di gestione economica del rapporto e della sua cessazione tramite accordo (art. 234).

Sulla base del quadro d'insieme delineato dalle singole esperienze europee, può constatarsi una situazione di sostanziale disomogeneità delle soluzioni accolte, che si riflette sulla oggettiva difficoltà di individuare un minimo denominatore comune. Fanno eccezione le regole contrattuali previste per i rapporti patrimoniali: ai conviventi di fatto viene sempre attribuita ampia libertà di stabilire il contenuto del patto. Tuttavia, salvo quest'ultimo profilo, l'esigenza, ovunque avvertita, di offrire un riconoscimento al fenomeno delle convivenza non si è tradotta nell'adozione di una disciplina uniforme, coerentemente con la pluralità di modelli familiari esistenti nel panorama europeo.

Non sembra anzitutto emergere una preferenza in merito alle modalità di riconoscimento del rapporto affettivo non coniugale: a fronte di un gruppo di Paesi in cui è stata assegnata preminenza alle esigenze di certezza giuridica e di difesa della libertà individuale dei conviventi (tramite la previsione della «registrazione» dell'unione ai fini costitutivi), si colloca un altro gruppo di Stati che ha privilegiato le ragioni di effettività della tutela, optando per un riconoscimento *ope legis* del rapporto.

In questi ultimi ordinamenti, per voler forse controbilanciare l'automatismo della giuridicizzazione, sono state però adottate delle soluzioni volte a recuperare la dimensione volontaristica del fenomeno, evitando di imporre un'ampia serie di obblighi inderogabili di reciproca assistenza materiale o morale e ammettendo la conclusione di un contratto di convivenza dal contenuto patrimoniale assai ampio.

A esclusione delle esperienze dei paesi nordici e di quella olandese, il processo di assimilazione all'istituto matrimoniale non si è mai spinto sino a una totale parificazione. Pur assegnando ovunque al rapporto coniugale il ruolo di parametro di conformazione di una coppia alla fattispecie della convivenza di fatto, deve registrarsi la mancata adesione degli statuti minimi, variamente inderogabili, applicabili alle unioni non coniugali, alla disciplina prevista per l'istituto matrimoniale. In altri termini, solo in ipotesi circostanziate quest'ultimo è stato assunto come modello di riferimento, senza alcun meccanismo di esteso rinvio normativo. Piuttosto, sembra essere stata ovunque privilegiata la via della libera autoregolamentazione pattizia: è questo, forse, il vero dato costante rinvenibile negli ordinamenti giuridici esaminati.

Se si volesse dunque propendere per una lettura della normativa italiana aderente alle esperienze europee, dovrebbe privilegiarsi un'interpretazione delle norme, di cui ai commi 50 ss., volta a valorizzare il più possibile la libertà delle parti di darsi delle regole di natura patrimoniale, preservando le ragioni dell'autonomia e della libertà negoziale che, come si avrà modo di verificare a breve, solo un'ermeneusi delle disposizioni sul contratto di convivenza alla luce dei principi contenuti nel Libro IV del Codice civile permette di conseguire.

2. *Considerazioni generali sulla legge n. 76 del 2016.* – Con la novella introdotta nel 2016<sup>15</sup> è stato parzialmente colmato lo iato, prima

---

<sup>15</sup> È noto che la legge n. 76 del 2016, detta anche «Cirinnà» (dal nome della prima firmataria), è stata il frutto di un'accesa e travagliatissima «battaglia» parlamen-

esistente, tra la realtà storica e la forma degli enunciati, consentendo al mutato atteggiarsi della prima (rispetto ai modelli tradizionali) di non essere, per un verso, ingabbiata negli angusti schemi che le norme pre- vigenti sembravano costruire e, per altro verso, esclusa dalla giuridicizzazione proprio in ragione di tali circoscritti confini<sup>16</sup>.

Come si è già anticipato, la legge n. 76 del 2016<sup>17</sup> si è limitata, in non pochi settori, ad adeguare il diritto vigente a quello «vivente», recependo e raccordando in un unico testo gli approdi giurisprudenziali e la legislazione settoriale pre- vigenti, pur allargando il campo della rilevanza giuridica del fenomeno in alcuni determinati ambiti<sup>18</sup>.

La Novella si articola così su un doppio livello di disciplina e di rilevanza giuridica: attribuisce situazioni giuridiche soggettive ai conviventi per il solo fatto di esserlo (secondo lo schema fatto-rapporto) e, sulla base di questo presupposto, riconosce agli stessi la possibilità di darsi delle regole autonome, stipulando un contratto regolativo dei

---

tare in quanto, oltre alla disciplina delle convivenze di fatto, contiene anche quella delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Proprio per questo motivo, è stata approvata ricorrendo al c.d. voto di fiducia, il che ha comportato, da un punto di vista formale, la stesura di un unico articolo e sessantanove commi. Commentando questo profilo, vi è chi ha rilevato «indubbiamente un attentato ... all'estetica giuridica»: M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 878.

<sup>16</sup> Sulla necessità di colmare tale divario, v. N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 8.

<sup>17</sup> Si sottolinea, sin da subito, che si eviteranno, all'interno del presente scritto, note polemiche sulla più volte denunciata carenza di competenza tecnica e redazionale del legislatore che, anche in questa legge, ha avuto modo di confermare l'opinione di quanti denunciano da tempo la pessima qualità dell'attuale normazione. Emblematica di questo aspetto, a voler tacere d'altro, è la «dimenticanza» all'interno del comma 65 della congiunzione semplice «e» («in caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno»). Sulla qualità della legislazione, in generale, si limita il rinvio allo scritto di P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, Napoli, 2007, p. 7 ss.

<sup>18</sup> Nello stesso senso, v. ad esempio G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, cit., p. 1721, a detta del quale «si è trattato in realtà, più di un consolidamento e di una legittimazione (anche morale) che non di una innovazione straordinaria»; M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 475, secondo cui si è trasformato «in diritto vigente il diritto giurisprudenziale vivente e aggiungendovi poco altro». Parla di quadro dei diritti «modesto» C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 472.

rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune (secondo lo schema fatto-contratto)<sup>19</sup>. Lo scopo della nuova legge è quello di approntare uno statuto normativo minimo di tutele ai conviventi, riconoscendo loro diritti o imponendo obblighi di «protezione» del *partner* economicamente «debole».

La normativa potrebbe ad alcuni apparire fin troppo timida sotto il profilo contenutistico. Si potrebbe, infatti, obiettare che il legislatore si è limitato a trarre scontati effetti giuridici, recependoli in norme, da una situazione di fatto ormai da tempo operante e riconosciuta dall'ordinamento, senza significativi progressi verso un'opera di reale sistemazione, razionalizzazione e integrazione dei diritti e delle tutele.

In effetti, la legge non recepisce alcune delle istanze che, da tempo, settori sempre più importanti della società e della dottrina muovono. Si pensi alle aspettative in campo successorio o in materia pensionistica del convivente superstite<sup>20</sup>; alla sorte delle attribuzioni patrimoniali compiute tra i componenti della coppia durante la convivenza<sup>21</sup>; all'obbligo reciproco e proporzionale di contribuzione<sup>22</sup>; al diritto al mantenimento

<sup>19</sup> In modo non dissimile, v. G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 696. Risulterebbe un'evidente inversione logica ritenere esistente una libera unione per il sol fatto che è stato stipulato tra due soggetti un contratto di convivenza: quest'ultimo può costituire un mero indice della presenza di tutti quegli elementi strutturali della fattispecie, ma non sostituisce l'indagine – specialmente sul piano dei rapporti personali – volta a verificare la loro concreta presenza. Negli stessi termini si era già espresso F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 151. Si segnala però, da ultimo, una recente sentenza della Cassazione penale secondo cui la conclusione, da parte di uno straniero, di un contratto di convivenza con una cittadina italiana osta all'espulsione dello stesso a titolo di misura alternativa alla detenzione ex art. 16 della l. 286/98: cfr. Cass. pen., 18 ottobre 2016, n. 44182, in *Foro it.*, 2017, I, c. 39.

<sup>20</sup> Cfr. F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 30-31; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 196; E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, p. 902; F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, p. 1000-1001; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 949, nt. 30, il quale inoltre lamenta che la legge, oltre a non considerare successibile *ab intestato* il *partner*, non prevede nemmeno alcuna disposizione «agevolativa» di tipo fiscale (come accade nell'ambito della famiglia legittima) nel caso in cui egli venga istituito erede testamentario.

<sup>21</sup> F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 1001.

<sup>22</sup> Considera auspicabile un intervento legislativo in questa direzione G. RONZA, *Rapporti patrimoniali tra conviventi*, in *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, a cura di F. Bocchini, Torino, 2006, p. 254.

per il *partner* economicamente più «debole» in caso di rottura (ingiustificata) del rapporto<sup>23</sup>. Si tratta di aspetti che, secondo una certa corrente di pensiero, richiederebbero un riconoscimento formale e che sono stati, invece, esclusi dall'intervento legislativo.

Peraltro, in un'ottica comparatistica, non può non rilevarsi una linea di tendenza volta a una crescente regolazione normativa del fenomeno, anche attraverso l'applicazione, benché cauta, di una serie di disposizioni che, un tempo e per tradizione, era di esclusivo appannaggio dei coniugi.

Di fronte al panorama internazionale e alle istanze sociali, in Italia si avverte, dunque, tuttora una certa resistenza del legislatore e della giurisprudenza a compiere passi in avanti verso la direzione della più forte tutela da alcuni auspicata.

Emblematica di questa ritrosia è la sentenza n. 352 del 2000 emessa dalla Corte costituzionale, secondo cui «la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale, e a questo non meccanicamente assimilabile al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento: essa, infatti, manca dei caratteri di stabilità e certezza propri del vincolo coniugale, essendo basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile»<sup>24</sup>.

La stessa legge n. 76 del 2016, per una buona parte, si è limitata a riconoscere delle tutele già in precedenza accordate dal diritto «vivente». E l'analisi del dato normativo sembra dare ragione a quanto osservato. Così, nel testo normativo, è possibile ritrovare il diritto del convivente: *a*) a succedere al *partner* nel contratto di locazione (comma 44); *b*) a ottenere un riconoscimento economico per l'attività prestata all'interno dell'impresa dell'altro (comma 46); *c*) a conseguire il risarcimento del danno da morte del *partner* (comma 49); *d*) a essere preferito nell'assegnazione di alloggi di edilizia popolare (comma 45); *e*) a stipulare un contratto di convivenza (commi 50 ss.).

<sup>23</sup> Ritiene che il convivente, in difficoltà economiche dopo la rottura, debba essere aiutato a conservare, almeno in parte, quel tenore di vita che il *partner* gli ha garantito: P. SCHLESINGER, *Diritti e doveri nella coppia*, in *Matrimonio, matrimoni. L'alambicco del comparatista*, diretto da M. Lupoi, Milano, 2000, p. 140. In modo non dissimile, sembra orientato anche V. ROPPO, voce *Famiglia*. III) *Famiglia di fatto*, cit., p. 4.

<sup>24</sup> Così C. Cost., 25 luglio 2000, n. 352, cit. Sullo stesso piano si pone anche un'altra pronuncia, nella quale si è ribadito che «diversamente dal rapporto coniugale, la convivenza *more uxorio* ... si caratterizza per l'inesistenza di quei diritti e doveri reciproci, sia personali che patrimoniali, che nascono dal matrimonio» (così C. Cost., 3 novembre 2000, n. 461, cit.).



Risulta evidente dalla schematizzazione proposta che la Novella offre risposta a singole questioni, valorizzando esigenze particolari, senza alcuna pretesa di organicità, con un approccio al tema che potrebbe sembrare – tutto sommato – riduttivo in ordine alle possibili linee evolutive del fenomeno, e soprattutto a certe prese di posizione entusiasticamente ispirate al modello coniugale.

Sebbene questa lettura colga in parte nel segno, non devono però essere sottovalutati i fattori di novità pur sempre contenuti nella legge.

A tale scopo occorre partire da un dato: esistono delle disposizioni che introducono rispetto al passato, sebbene in ambiti specifici e non senza profili di dubbio, tutele prima sconosciute ai conviventi. Il riferimento è alle norme in cui: *a*) si attribuiscono al convivente gli stessi diritti del coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (comma 38)<sup>25</sup>; *b*) viene previsto il diritto di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali in caso di malattie o di ricovero (comma 39)<sup>26</sup>; *c*) viene accordato il potere di designazione del *partner* come rappresentante in caso di malattia, che comporti incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute e in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trat-

---

<sup>25</sup> Si è tuttavia osservato, a riprova del carattere «minimale» della regolamentazione introdotta, che il comma 38 risulta, in realtà, sostanzialmente pleonastico in quanto, per un verso, la nozione di «coniuge» appare esplicitamente nella legge sull'ordinamento penitenziario in due soli articoli e, per altro, l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale in tale materia, formatasi ben prima della Novella, era già approdata a una nozione di famiglia assai ampia, ricomprendente anche il convivente di fatto: cfr. F. MISSENERI, *Comma 38*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 513.

<sup>26</sup> Anche nei confronti di questa previsione è stato sollevato un dubbio in ordine alla reale utilità poiché, ancor prima della legge n. 76 del 2016, i regolamenti ospedalieri non limitavano il diritto di visita in ragione del diverso legame familiare esistente con il paziente (disciplinando, al più, le modalità di accesso al reparto) e il Codice per la protezione dei dati personali concedeva già al convivente il diritto di conoscere i dati sanitari del *partner*, sebbene solo in ipotesi di impossibilità fisica, incapacità di agire e di intendere o di volere dell'interessato (art. 82, comma 2, lett. *a*), d.lgs. n. 196/2003): cfr. P. SPAZIANI, *Comma 39*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 516. L'Autore riconosce però che la norma rende ora possibile individuare la fonte del diritto di visita direttamente nella legge e, inoltre, attribuisce al *partner* del malato un diritto generale a ottenere le informazioni relative al suo stato di salute, assumendo così il comma 39 «una decisiva portata innovativa in tal senso» (p. 518).

tamento del corpo e le celebrazioni funerarie (comma 40); *d*) viene attribuito al convivente superstite, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza, il diritto di abitazione su di essa per un periodo limitato di tempo (comma 42); *e*) viene estesa al convivente la possibilità di essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno del *partner* (comma 48); *f*) si consente alla coppia di optare per il regime di comunione legale con efficacia *erga omnes* (comma 53); *g*) viene concesso il diritto agli alimenti in presenza di uno stato di bisogno e dell'incapacità di provvedere al proprio sostentamento, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'art. 438, comma 2, c.c. (comma 65).

Dall'elencazione appena delineata emerge un ulteriore rilevante aspetto: la legge n. 76 del 2016 non si è limitata a rimuovere le irragionevoli disparità di trattamento che palesavano una (oramai obsoleta) visione sanzinatoria nei confronti del fenomeno, ma ha anche previsto fattispecie del tutto nuove, a vantaggio dei soli componenti di una libera unione e sconosciute in altri ambiti.

A questo proposito, significativa appare la disciplina contenuta nel comma 40, che attribuisce a un convivente potere decisionale in merito alle questioni inerenti alla salute del *partner*: la norma formalizza un'esigenza sociale che non trova analogo ed espresso riscontro normativo in tema di rapporto matrimoniale<sup>27</sup>.

Si consideri, poi, la previsione di un nuovo tipo negoziale, introdotta con il contratto di convivenza: le convenzioni matrimoniali, diverse sia nella forma che nel contenuto, non attribuiscono ai coniugi gli ampi spazi di libertà che sono, invece, concessi ai conviventi.

Si assiste dunque a un vero cambiamento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale: la materia, non più considerata accessoria a quella coniugale, acquista ora piena indipendenza concettuale e normativa, attraverso la previsione di regole proprie che non trovano

---

<sup>27</sup> Per un approfondimento del tema, si rinvia a E. CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, p. 596 ss.; P. ZATTI e M. PICCINI, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1283 ss.; G. BUFFONE, *Regime giuridico della convivenza*, in *Unione civile e convivenza*, cit., p. 472 ss.; F. MEZZANOTTE, *Commi 40-41*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 523 ss., per il quale «il legislatore italiano pare aver introdotto una prima positivizzazione dell'istituto del “testamento biologico”».

riscontro nell'ambito coniugale, ma che (forse) potrebbero persino trovare applicazione analogica in esso<sup>28</sup>.

3. *Il riconoscimento del nuovo fatto-convivenza.* – Il comma 36 della legge n. 76 del 2016 stabilisce che «ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per “conviventi di fatto” due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile»<sup>29</sup>.

Benché la norma continui, per taluni incongruamente<sup>30</sup>, a impiegare il complemento di specificazione «di fatto», il perdurante riferimento alla sfera fattuale non vale ad attribuire al fenomeno una rilevanza metagiuridica, bensì (come si è già rilevato in precedenza) si limita a evidenziare la genesi non formalizzata in un atto della fattispecie «convivenza»<sup>31</sup>. Il rapporto continua a essere considerato un fatto normativo, ossia un evento a cui il sistema attribuisce un'efficacia giuridica: non un mero fatto, ma un fatto qualificato<sup>32</sup>.

La tipizzazione della fattispecie, già in passato compiuta dalla giurisprudenza, ha ora assunto fonte legislativa: sebbene sotto il profilo contenutistico la definizione poco innovi rispetto a quella preesistente di matrice giudiziale e non abbia dato vita a un modello familiare radi-

<sup>28</sup> Per un giudizio conclusivo sintetico sulla nuova normativa si rinvia altresì a quanto si dirà nel § 21.

<sup>29</sup> Si tratta di un insieme di presupposti positivi (maggiore età, stabilità del legame affettivo, rapporto di coppia, reciproca assistenza morale e materiale) e negativi (assenza di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile).

<sup>30</sup> Sull'incoerenza dell'impiego della locuzione v. L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1785; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in *Giustiziacivile.com*, 2016, p. 8; G. BUFFONE, *Nozione ed elementi costitutivi*, in *Unione civile e convivenza*, cit., p. 443. Per una critica dell'uso di questo complemento di specificazione ancora prima della Novella, v. ad esempio G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015, p. 727, secondo cui «la descrizione del fenomeno in termini di famiglia “di fatto”, secondo una terminologia ancora diffusa, appare inadeguata a cogliere la sua attuale portata, essendo sempre più evidente che la convivenza, nella varietà delle forme in cui le unioni non coniugali possono esprimersi, costituisce non un semplice fatto, ma una realtà ormai giuridicizzata».

<sup>31</sup> Si rinvia alle considerazioni già espresse nel precedente cap. III, § 1.

<sup>32</sup> G. LEVI, *Fatto e diritto*, Milano, 2002, p. 17 ss.

calmente diverso, deve rilevarsi un mutato procedimento di recezione giuridica del fenomeno.

Anche nell'attuale contesto normativo, la convivenza continua a operare nel suo sorgere sul solo piano fattuale e il sistema assume a oggetto di qualificazione il rapporto in sé; tant'è che tuttora la verifica dell'esistenza di una libera unione non può compiersi *a priori*.

Tralasciando per un attimo il tema della rilevanza da assegnare alla registrazione anagrafica di cui al comma 37<sup>33</sup>, l'assenza nel comma 36 di riferimenti a parametri formali comporta che, pur in presenza di una fattispecie legale, ancora oggi la riconduzione del singolo rapporto di convivenza al tipo non possa che essere effettuata attraverso un'analisi *a posteriori*, in base al modo in cui si è consolidato il consorzio affettivo. La tensione tra l'essere (il fatto) e il *dover essere* (il tipo legale) non può che sciogliersi a seguito di una verifica empirica che si basa sul singolo caso concreto<sup>34</sup>.

Tuttavia, il nuovo modo di regolare il fenomeno, attraverso la sua diretta recezione normativa, colloca la fattispecie al di fuori dell'ampia categoria dei «rapporti di fatto» tecnicamente intesi<sup>35</sup>.

Non si tratta di un elemento di rottura rispetto al sistema giuridico: l'ordinamento già in passato attribuiva giuridicità a fenomeni sociali che operavano sul piano fattuale, regolandoli come rapporti di diritto. Si pensi, ad esempio, alla separazione di fatto, divenuta motivo (transitorio) di divorzio ai sensi dell'art. 3 della legge 1° dicembre

<sup>33</sup> Si rimanda all'analisi contenuta nel successivo § 5.

<sup>34</sup> Cfr. V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 283 ss.

<sup>35</sup> In generale, sui rapporti di fatto si rimanda agli scritti di C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, I, 1952, p. 103 ss.; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 353; G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 778 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 111 ss.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, *passim*; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 415 ss. (spec. p. 430 ss.); G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 ss.; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, cit., p. 18 ss.; G. LEVI, *Fatto e diritto*, cit., p. 67 ss.; R. SACCO e P. CISIANO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato Sacco*, I, Torino, 2005, p. 179 ss. Per più ampi riferimenti bibliografici, si veda V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 11 ss. Si è già osservato in precedenza che la concezione della categoria «rapporti (contrattuali) di fatto» deve la propria genesi a G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, cit., p. 5 ss.

1970, n. 898, o al militare di fatto, a cui l'art. 16 del Codice penale militare di pace rende applicabile la legge militare<sup>36</sup>.

L'aspetto di novità è un altro e può essere compreso prendendo a prestito gli esiti del dibattito dedicato al tema dei «rapporti di fatto».

Si evidenzia come sia opinione diffusa che i rapporti di fatto, in specie quelli di tipo contrattuale, non siano riducibili a una categoria realmente unitaria<sup>37</sup>. Tuttavia, nel tentativo di fornire una schematizzazione, pur non senza alcuni giudizi critici<sup>38</sup>, sono stati tracciati i seguenti elementi comuni: *a*) possesso di caratteri imitativi (anche se non del tutto speculari) di un rapporto di diritto (ossia di un corrispondente istituto «tipico» di matrice legislativa o giurisprudenziale) nel suo momento funzionale, ma non in quello genetico; *b*) assenza di un termine iniziale giuridicamente determinabile; *c*) rilevanza dell'esecuzione del rapporto nel tempo per determinarne l'esistenza<sup>39</sup>.

Tenendo fede a queste premesse stipulative, si è già fatto cenno che l'attuale tracciato normativo nulla ha innovato con riguardo agli elementi delineati nelle lett. *b*) e *c*) in quanto la convivenza continua a non avere un momento genetico solenne e a non essere verificabile *a priori*, ma ha segnato un punto di rottura rispetto al carattere di «imperfezione» della fattispecie di cui alla lett. *a*)<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Le ipotesi sono richiamate da V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 12.

<sup>37</sup> Cfr. L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 40; C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, cit., p. 268; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, cit., p. 59 ss. (spec. p. 78); C. ZAGO GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, cit., p. 23.

<sup>38</sup> Si fa riferimento alla presa di posizione assunta da L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, cit., p. 59 ss., che ha sollevato numerose obiezioni in merito alla categorizzazione di seguito schematizzata nelle lett. *a*), *b*) e *c*). L'Autore ha, in primo luogo, osservato che anche nelle situazioni di fatto è sempre esistente e accertabile un momento genetico, la cui prova risulterebbe solamente più difficile e complessa rispetto a quella relativa ai rapporti di diritto. Si è poi sostenuto che la rilevanza della fase esecutiva del rapporto per determinarne l'esistenza è riscontrabile anche in situazioni giuridiche tipiche che richiedono, per poter esistere, una certa durata nel tempo (come, ad esempio, il contratto di locazione o di assicurazione). In ogni caso, un carattere che l'Autore ha ritenuto sempre presente in tutti i rapporti di fatto è dato dalla «imperfezione» della fattispecie («ogni situazione di fatto è priva di un elemento rispetto a quella di diritto», p. 70), benché egli abbia comunque escluso che questo elemento comune possa, di per sé, fondare una categoria unitaria.

<sup>39</sup> L'elencazione è tratta da V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 211 ss.

<sup>40</sup> Sulla necessaria «imperfezione» del rapporto di fatto, v. anche F. MESSINEO, voce *Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare*, cit., p. 111-112, secondo cui

Prima della Novella, la disciplina giuridica della libera unione era tratta, in parte, da quella prevista per il rapporto di matrimonio, inteso come modello di riferimento: la regolamentazione del rapporto avveniva tramite l'applicazione indiretta a esso di alcune delle disposizioni dettate per l'istituto tipico, poiché «il rapporto di fatto, per quanto costruito a imitazione di quello di diritto, non è mai “perfetto”: costituisce cioè un *minus*»<sup>41</sup>. Il che comportava, oltre all'assenza del relativo atto fondativo, l'applicazione solamente parziale dello statuto normativo previsto per il rapporto di diritto.

Questo elemento non è più riscontrabile dopo l'introduzione della legge n. 76 del 2016: positivizzando tutti gli elementi della fattispecie, il comma 36 recepisce direttamente la convivenza, riconoscendole immediata efficacia giuridica, e detta per essa una disciplina applicabile senza intermediazioni interpretative.

Il processo di recezione della convivenza può ora dirsi integrale ed esattamente coincidente con la fattispecie tipica; viceversa, nel «rapporto di fatto» tecnicamente inteso, la fattispecie non è mai completa, ma risulta «imperfetta» non solo nel suo momento formativo, poiché mancante di un elemento che attiene al suo sorgere, ma anche sotto il profilo della disciplina. In altre parole, in un'ottica relazionale, è venuto meno quel collegamento tra situazione di fatto e situazione di diritto, da cui la prima trae parte della propria disciplina<sup>42</sup>, come una specie di immagine riflessa o di «doppione» ineguale<sup>43</sup>.

Pertanto, non si tratta più di individuare la «norma limite», ossia quella che sarebbe applicabile se il rapporto fosse «di diritto»<sup>44</sup>: il recepimento diretto e puntuale dell'unione non coniugale all'interno della Novella ha fatto perdere alla convivenza la qualifica «di fatto» e le ha attribuito una dimensione giuridica «piena»<sup>45</sup>. Ne consegue che il man-

---

«tale disciplina non può essere identica a quella dei corrispondenti contratti (o rapporti), che, per contrapposto, chiameremo “di diritto”, sebbene possa essere almeno analoga».

<sup>41</sup> Così V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 267.

<sup>42</sup> L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, cit., p. 70-71.

<sup>43</sup> In questi termini, v. M.R. HOUIN, *Rapport général sur les situations de fait*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, XI, Paris, 1960, p. 322.

<sup>44</sup> Cfr., ancora una volta, V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 266.

<sup>45</sup> In termini più generali, v. V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 279. Secondo G. STELLA RICHTER, *Appunti sulla nozione di matrimonio di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno nazionale di

tenimento del riferimento al «fatto» nella definizione legislativa si giustifica solamente in ragione dell'ormai inveterato uso terminologico e della genesi non formalizzata in un atto della fattispecie, ma non consente più di considerarla un «rapporto di fatto» in senso tecnico<sup>46</sup>.

Ciò permette di verificare, con maggiore accuratezza, lo spazio accordabile alla volontà dei conviventi nel momento formativo della fattispecie, soprattutto con riferimento alla loro possibile decisione di non voler soggiacere alla disciplina legislativa e di mantenere il rapporto sul piano metagiuridico.

Il problema dell'«intento giuridico negativo»<sup>47</sup> si pone soprattutto in vicende nelle quali (come quella che ci occupa), tra gli elementi di fatto costitutivi della fattispecie legale, assume rilevanza il comportamento delle parti<sup>48</sup>. Sotto questo profilo, alla base della convivenza, è senz'altro possibile rinvenire una scelta volontaria di instaurare un rap-

---

Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereleggio-Parma, 1977, p. 162, «l'espressione "rapporto di fatto" va intesa nel senso di situazione che per un motivo qualunque non è riconosciuta in via di principio dal diritto, ossia non è come tale qualificata direttamente dalla norma; perché, se essa invece lo è, e dal momento stesso in cui tale qualificazione avviene, la situazione stessa cessa di essere "di fatto" e diviene appunto "di diritto", facendo venir meno ogni questione relativa alla sua disciplina giuridica, che appunto è disposta in via specifica dall'ordinamento».

<sup>46</sup> Si segnala, ben prima dell'introduzione della Novella, la presa di posizione di L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, cit., p. 70-71, secondo cui la famiglia di fatto non poteva considerarsi «rapporto di fatto» (nel senso di rapporto produttivo di effetti giuridici diretti), non ostante i plurimi riconoscimenti legislativi e giurisprudenziali, in quanto «la famiglia di fatto sotto i profili della impresa familiare e delle prestazioni lavorative del convivente *more uxorio*, della filiazione e del contratto di locazione ... costituiscono fattispecie prive di effetti diretti, ed è, pertanto, impossibile considerare queste situazioni rilevanti per il nostro ordinamento in modo autonomo. Esse, pertanto, costituiscono fattispecie produttive di effetti mediati e indiretti, trattandosi, in alcuno casi, di semplici eccezioni al nostro sistema giuridico che non consentono di qualificare i rapporti di fatto secondo una categoria unitaria».

<sup>47</sup> In generale, sull'argomento si limita il rinvio a C. GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dell'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, 1936, p.109 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 212 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 84 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, p. 49 ss. Nella dottrina tedesca, noto è l'esempio di K. LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypischen Verhalten*, in *NJW*, 1956, p. 1897, del viaggiatore del tram che, dopo aver usufruito del mezzo, afferma di non aver mai voluto concludere alcun contratto di trasporto, rifiutandosi di pagare il biglietto.

<sup>48</sup> In termini assai generali, possono accumunarsi i casi della famiglia di fatto, della società di fatto, del rapporto di lavoro di fatto o dell'amministratore di fatto.

porto connotato da stabili legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, nonché di farlo perdurare nel tempo. E questa constatazione fa emergere il dubbio circa il ruolo della volontà dei soggetti e le conseguenze di un'eventuale loro decisione volta a impedire la recezione del fatto a opera della legge.

Sulla questione occorre evidenziare come la dottrina abbia già da tempo negato rilevanza all'intento giuridico negativo in un rapporto che nasce dal fatto: gli effetti che l'ordinamento a esso ricollega sono irrelati rispetto alla volontà delle parti<sup>49</sup>. Simili conclusioni valgono anche per l'attuale fattispecie legislativa: il riconoscimento della situazione di fatto derivante dalla convivenza, avente i caratteri previsti dal comma 36, consente l'attivazione dello statuto normativo, di cui ai commi 37 ss., a prescindere dalla circostanza che i componenti dell'unione lo vogliano o meno.

In altri termini, l'intenzione dei conviventi non si pone quale parametro di soluzione del procedimento qualificativo, ma costituisce solamente indice di valutazione del realizzarsi del fatto-convivenza: se un certo comportamento viene considerato dall'ordinamento produttivo di effetti, indipendentemente dalla coscienza che il soggetto ne possa avere, ne consegue che la volontà non può influire sulla recezione giuridica del fenomeno.

Sarà dunque solo la valutazione obiettiva della rilevanza della condotta dei conviventi, secondo il paradigma offerto dal nuovo comma 36 (a sua volta espressione delle correnti vedute sociali cristallizzatesi, in passato, nel c.d. diritto «vivente»), a indurre l'interprete a riconoscere o a escludere in concreto la fattispecie<sup>50</sup>.

Una riconsiderazione della componente volontaristica può però scorgersi nel momento in cui si deve verificare il successivo venire meno dell'operatività della disciplina legale. In questo caso, è demandata alla decisione autonoma delle parti l'estinzione del rapporto di diritto attraverso la scelta di far cessare quello di fatto, ossia di rompere la relazione affettiva, impedendo il perdurare della qualificazione della fattispecie a opera dell'ordinamento.

<sup>49</sup> In questo senso, v. ad esempio P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, p. 155; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, cit., p. 289; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 355; F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 243.

<sup>50</sup> G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, cit., p. 203.



Il ruolo della volontà dei soggetti non può dunque essere sottovalutato: la decisione di continuare a vivere assieme, aderendo al modello di cui al comma 36, supplisce alla mancanza di un momento genetico formale.

Discorso a parte merita la possibilità che i conviventi rifiutino, stipulando un contratto di convivenza, l'applicazione delle norme che attribuiscono diritti di natura patrimoniale: ma di ciò ci si potrà occupare solo dopo aver chiarito i presupposti soggettivi e oggettivi del patto regolato dai commi 50 ss.<sup>51</sup>

4. *La nuova nozione di «conviventi di fatto».* – Così chiarito il sistema entro cui si colloca la nuova fattispecie, vanno ora individuati gli indici di giuridicità del rapporto, e quindi i limiti di riducibilità alla previsione normativa di quella determinata relazione della vita sociale denominata «convivenza»<sup>52</sup>.

Delimitare l'ambito di applicazione della Novella risulta essenziale per individuare i presupposti soggettivi del contratto di convivenza<sup>53</sup>: solo una volta accertato quando si è conviventi di fatto, può ammettersi la conclusione del contratto di cui al comma 50, come il rinvio operato dal comma 57, lett. *b*), al comma 36 lascia chiaramente intendere<sup>54</sup>.

Dalla definizione legale emerge un primo dato: essa non introduce significativi elementi di novità rispetto al passato poiché codifica gli esiti cui erano giunte la dottrina e la giurisprudenza e dei quali ci siamo già occupati<sup>55</sup>. Pertanto, in ordine alla valenza degli elementi strutturali

<sup>51</sup> Si rinvia sulla questione alla trattazione che seguirà nel § 20.

<sup>52</sup> Cfr. N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, cit., p. 441.

<sup>53</sup> Secondo M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 478, sarebbe preferibile parlare di requisiti della fattispecie per quelli c.d. negativi (assenza di vincoli familiari) e di indici di riconoscibilità del fenomeno per quelli positivi (la «stabile unione»), «se non altro perché i primi si caratterizzano per una loro definitiva rigidità, i secondi per una conaturata flessibilità nel loro contenuto e nel relativo accertamento».

<sup>54</sup> Come è stato condivisibilmente sostenuto da G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, cit., p. 1718, il contratto di convivenza «non è, dunque, come la dichiarazione effettuata dinanzi allo stato civile per le unioni civili, elemento costitutivo della convivenza, ma non può sussistere se essa non vi sia».

<sup>55</sup> Anche nei lavori preparatori della Novella si è sempre espressa l'intenzione di recepire gli approdi dottrinali e giurisprudenziali preesistenti: «...il capo II (art. da 11

della fattispecie – offerti dalla stabilità del legame di coppia, dall'affettività e dall'assistenza morale e materiale – si rinvia integralmente alle considerazioni già espresse nel precedente capitolo, salvo analizzare le nuove limitazioni soggettive introdotte dalla legge<sup>56</sup>.

La prima di esse riguarda il carattere esclusivo del rapporto: il comma 36 stabilisce, infatti, che i conviventi non possono essere vincolati da un matrimonio o da un'unione civile<sup>57</sup>. Ma il termine di riferimento di tale esclusività va qui chiarito.

La maggioranza degli Autori ha sinora interpretato estensivamente la previsione, ritenendo preclusiva della riconduzione al tipo la mera esistenza di un legame di coniugio tra uno dei componenti dell'unione e un terzo<sup>58</sup>. Tuttavia, l'esperienza dà sovente prova dell'esistenza di coppie di conviventi, uno dei quali coniugato con altri<sup>59</sup>, in

---

a 23) reca invece una disciplina della convivenza di fatto, sia eterosessuale che omosessuale, orientata essenzialmente a recepire nell'ordinamento legislativo le evoluzioni giurisprudenziali già consolidate nell'ambito dei diritti e dei doveri delle coppie conviventi» (così si era espressa la senatrice Monica Cirinnà il 12 ottobre 2015 nella seduta della II Commissione referente del Senato della Repubblica). Sulla questione si rimanda anche a C. BONA, *Cenni sulla fattispecie della «convivenza di fatto»*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 43.

<sup>56</sup> Il richiamo è all'analisi contenuta nel precedente cap. III, § 1.

<sup>57</sup> Si precisa, inoltre, che l'unicità del legame affettivo esclude il riconoscimento della formazione poligamica: il riferimento letterale, inserito nel comma 36, a «due persone» è un chiaro indice di accoglimento del principio monogamico, coerentemente con il carattere imitativo del modello matrimoniale.

<sup>58</sup> V., ad esempio, M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 480-481; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 944-945; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 865; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 924; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 931; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 971; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, p. 205; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in *personaedanno.it*, 2016, p. 1; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 682. A nulla dunque rileva l'eventuale risultanza anagrafica ex art. 4 d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, in cui si certifichi come «famiglia» la coppia formata da uno o più soggetti legalmente separati. Autorevole, ma sinora isolata, è la tesi espressa da C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, cit., p. 471, per il quale la sussistenza del vincolo con una terza persona non impedirebbe di instaurare un rapporto di convivenza regolato dalla legge.

<sup>59</sup> La stessa considerazione vale nell'ipotesi in cui entrambi i componenti della coppia siano coniugati con altri soggetti.

cui è nondimeno possibile riscontrare la presenza di tutti quei caratteri che definiscono la fattispecie, primo fra tutti l'elemento dell'*affectio*.

Si pensi a quelle unioni in cui uno dei *partner* sia in regime di separazione legale con il proprio coniuge<sup>60</sup>: per lo meno sino all'introduzione della legge n. 76 del 2016, in adesione alle conclusioni a cui era giunta parte della dottrina, non si poteva negare a esse la qualifica di convivenze di fatto in quanto rappresentative di una comunione di vita e di affetti speculari al modello coniugale<sup>61</sup>.

Potrebbe dunque tentarsi un ripensamento del carattere dell'esclusività, sancito dalla legge n. 76 del 2016, verificando la possibilità di una sua interpretazione restrittiva, attraverso un approccio meno formalistico, che tenga conto della prassi e che cerchi di non far fuoriuscire dal cono d'ombra del diritto un numero non trascurabile di situazioni affettive.

Poiché la fattispecie opera (nel suo momento genetico) solamente sul piano del fatto, appare in effetti forse incoerente attribuire valore determinante all'(in)esistenza di un vincolo che opera in altro ambito, ossia su quello del diritto. Né varrebbe ribattere che, così opinando, si darebbe riconoscimento a convivenze *contra legem* e dunque immeritevoli di tutela<sup>62</sup>: oltre a non tenere conto che, al giorno d'oggi, il coniuge considera ormai terminata definitivamente l'esperienza matrimoniale

<sup>60</sup> In merito alla sospensione dei diritti e doveri matrimoniali per effetto della separazione legale, si limita il rinvio, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, ad A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 66 ss. Più in generale sulla separazione di fatto, v. F. REALI, *Separazione di fatto e interruzione della convivenza*, Perugia, 2007, p. 17 ss.

<sup>61</sup> Così avevano ritenuto, prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016, tra molti, F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 84 ss.; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 194; nonché A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 65-66 e G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 4-5, seppure con riferimento al solo coniuge legalmente separato. In giurisprudenza, v. Cass., 9 dicembre 1992, n. 13041, in *Foro it.*, 1993, I, c. 790; Cass., 7 marzo 2006, n. 4867, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 151; Cass., 16 dicembre 2004, n. 23379, *ivi*, 2005, p. 393. In queste sentenze, è stato considerato esistente il rapporto di convivenza anche nella fase in cui uno dei componenti della coppia era coniugato con altri. In senso contrario, v. però, sempre precedentemente alla Novella, ad esempio, T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 155, per il quale sarebbe «contraddittorio sostenere che l'ordinamento possa assicurare forme di tutela della convivenza *more uxorio* che si fondino sulla violazione del dovere di fedeltà matrimoniale».

<sup>62</sup> E. QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, cit., p. 291 ss.

già con la separazione<sup>63</sup>, l'obiezione non si giustifica considerando che la violazione dei doveri di carattere eminentemente personale non può, di per sé, impedire la tutela della famiglia di fatto, ma al più fondare un obbligo risarcitorio in capo al coniuge<sup>64</sup>.

Esisterebbe, poi, un riscontro normativo che, benché antecedente alla Novella, dovrebbe ora confrontarsi con essa: l'art. 337 *sexies* c.c. prevede il venir meno del diritto al godimento della casa familiare, in capo al coniuge separato, «nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio». La disposizione ammette perciò che un soggetto, a dispetto dello stato non libero, possa essere considerato un convivente di fatto e che, a causa di tale qualifica, perda il diritto di abitazione sulla casa familiare.

L'ipotesi da verificare è che l'esclusività possa essere ricostruita come mera unicità del legame affettivo: ciò che rileva è che il *partner* coniugato non abbia un progetto di vita in comune con il proprio coniuge e non coabiti con esso. Il vincolo matrimoniale, a cui allude la norma, andrebbe allora inteso come esistenza di un rapporto di coniugio tra i soli conviventi, come accade per gli altri impedimenti («parentela, affinità o adozione»).

La soluzione, tuttavia, non può essere accolta per una pluralità di ragioni.

Il primo dato è offerto da uno dei casi di risoluzione *ex lege* del contratto di convivenza, disciplinato dal comma 59, secondo cui l'accordo si risolve per «matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona». Alla luce di questa disposizione, la previsione di una causa di scioglimento automatico del contratto, collegata all'esistenza di un rapporto di coniugio o alla costituzione di un'unione civile con un terzo, rappresenta un importante parametro inter-

<sup>63</sup> G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 4.

<sup>64</sup> A patto di aderire a quella (discussa) corrente di pensiero secondo cui «doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del c.c., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni» (così Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Fam. dir.*, 2012, p. 159).

pretativo per valutare la portata degli impedimenti di cui al comma 36. La lettura combinata delle due norme induce, infatti, a ritenere che il legislatore abbia considerato non più conforme al tipo un rapporto affettivo tra soggetti aventi uno «stato civile non libero».

In secondo luogo, occorre prendere atto che l'esistenza di legami formalizzati con terzi farebbe sorgere insanabili conflitti di disciplina. Emblematico è il seguente caso: ammettendo la coesistenza della convivenza di fatto con il matrimonio, sorgerebbe un conflitto tra diritti di abitazione analoghi, che potrebbero vantare il coniuge e il convivente del consorte, sanciti, rispettivamente, dall'art. 540, comma 2, c.c. e dal comma 42 della legge n. 76 del 2016<sup>65</sup>.

Le considerazioni appena svolte giustificano allora una lettura estensiva dell'impedimento matrimoniale contenuto nel comma 36: benché si tratti di una soluzione non del tutto coerente con lo spirito della Novella e forse nemmeno aderente all'attuale sentire comune<sup>66</sup>, esistono chiari indici normativi e di disciplina che fanno ritenere incompatibile con la fattispecie la mera esistenza di un rapporto di coniugio, non ostante l'eventuale separazione legale o di fatto del convivente.

La valutazione normativa delle coppie di conviventi, uno dei quali coniugato, non ne preclude tuttavia una possibile diversa rilevanza giuridica. Come si vedrà, a esse devono ritenersi tuttora applicabili le re-

<sup>65</sup> Vi è poi chi ha sottolineato la contraddittorietà di un sistema che tutela un rapporto affettivo fondato sulla violazione del dovere di fedeltà matrimoniale, sancito dall'art. 143 c.c.: cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 11-12, il quale però rileva come l'obiezione risulti inappagante con riguardo all'unione civile, nell'ambito della quale non si configura il dovere di fedeltà. Verrebbe, però, forse da replicare che l'obbligo di reciproca assistenza morale, ai sensi del comma 11, potrebbe intendersi nell'ampio significato di rispetto della dignità e dei sentimenti dell'altra persona. In tal modo, lo stesso finirebbe comunque per essere d'ostacolo, sotto questo profilo, al riconoscimento di un rapporto di convivenza con un soggetto che ha costituito un'unione civile con un terzo.

<sup>66</sup> In linea generale, occorre prendere atto che settori sempre più ampi della società non percepiscono più con disvalore morale il fenomeno delle convivenze formate da una persona coniugata, benché separata legalmente dal consorte. La stessa Corte di Cassazione non sembra considerare *contra legem* questo tipo di unioni, tenuto conto, per un verso, che la violazione dei doveri matrimoniali dopo la separazione legale non è ritenuta fonte di addebito (cfr. Cass., 1994, n. 10512, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 89) e, per altro verso, che una delle cause della perdita del diritto al mantenimento è stata individuata nell'insorgere di una nuova convivenza da parte del beneficiario (cfr. Cass., 2011, n. 17195, in *Vita not.*, 2012, p. 247). Sottolinea questi due aspetti F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 1003. Per un approfondimento del tema, si rinvia a L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 931.

gole di fonte legale e di matrice giurisprudenziale preesistenti alla legge n. 76 del 2016, che non sono state da essa abrogate, neppure tacitamente<sup>67</sup>.

Un ulteriore profilo di novità, rispetto alla definizione di «convivenza» a cui era giunto il c.d. diritto «vivente», riguarda la portata dell'impedimento della parentela e dell'affinità previsto dal comma 36.

La mancanza di un chiaro riferimento all'art. 87 c.c., contenuto invece nella disciplina dell'unione civile (comma 4), solleva il dubbio che la nuova legge imponga di considerare non riconducibili al tipo tutte le relazioni affettive tra parenti e affini in qualsiasi grado o, per lo meno, sino al sesto *ex* art. 77 c.c.<sup>68</sup> Gli esiti a cui condurrebbe una simile impostazione risulterebbero irragionevoli e iniqui rispetto a quelle coppie, formate da lontani parenti, che potrebbero sposarsi, ma (paradossalmente) non convivere giuridicamente. Ne consegue che gli impedimenti non potranno valere in modo più ampio rispetto a quelli matrimoniali e si applicherà, in via analogica, il disposto di cui all'art. 87 c.c.<sup>69</sup>

Se tali sono gli elementi del tipo legale, un approccio «positivista» potrebbe condurre a un giudizio negativo sull'attuale enunciazione legislativa, che non sembra soddisfare quel grado di certezza che, idealmente, ogni definizione dovrebbe assicurare. A questo proposito, emblematico è il riferimento, assai generico, alla stabilità dei legami affettivi, che ne fa un elemento strutturale dai contorni potenzialmente indefiniti<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, p. 98; M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 481; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 865; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 924-925. Sulla questione si rinvia anche alle considerazioni che verranno svolte nel § 9.

<sup>68</sup> Di questa opinione sono G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 943; C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, II, c. 2096.

<sup>69</sup> In questo senso, v. anche T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 11, secondo cui sarebbe illogico pretendere maggior rigore per riconoscere rilevanza giuridica a un legame più tenue rispetto a quello coniugale; M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 482; G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, p. 13; F.P. LUISSO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1089; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 865; L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 98; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 924; G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1338.

<sup>70</sup> In quest'ottica, la previsione, ad esempio, di una durata minima della coabitazione avrebbe forse ovviato a questo problema. D'altra parte, il legislatore ha già dato

Non va tuttavia dimenticato<sup>71</sup> che il fenomeno della convivenza sfugge a definizioni puntuali, potendo essere delineato solo per schemi astratti: le plurime modalità di condotta, attraverso cui può atteggiarsi un rapporto non fondato sul matrimonio, impediscono di determinarne, in modo univoco e costante, gli elementi fondativi<sup>72</sup>. Il legislatore ha dato, quindi, prova di rispettare l'atipicità che connota le relazioni non coniugali, e che sarebbe risultata sacrificata dall'introduzione di un elemento genetico di tipo formale o dalla previsione di una fattispecie dai contorni definiti.

Di qui l'impiego di concetti generali e astratti – quali la stabilità del legame di coppia, l'affettività, l'assistenza morale e materiale – che presentano margini di non facile individuazione. Soccorreranno i principi ermeneutici e gli approdi già raggiunti, tenuto conto che gli attuali caratteri costitutivi dell'unione sono analoghi a quelli stabiliti dal c.d. diritto «vivente» *ante* riforma.

Sotto questo profilo, il problema qualificatorio appare dunque del tutto immutato e l'inevitabile confronto – che ogni studioso di una novità legislativa propone – tra un «prima» e un «dopo» non potrebbe che portare a risultati equivalenti. D'altra parte, qualsiasi qualificazione del fenomeno della convivenza, sia essa di matrice giudiziale o di fonte legale, si rivela necessariamente inidonea ad abbracciare l'intero spettro delle relazioni non coniugali. Sarebbe dunque illusorio pensare che l'assenza di una definizione legislativa possa ovviare a tale inconveniente<sup>73</sup>: in questa materia residueranno sempre dei rapporti affettivi che sfuggiranno alla fattispecie legale e verranno relegati nell'irrilevanza legislativa, ancorché magari non in quella giuridica.

---

prova, nella legge sull'adozione (art. 6, comma 4), di ricollegare la stabilità di una coppia a un periodo minimo predeterminato del rapporto, richiedendo tre anni di convivenza pregressa.

<sup>71</sup> Si rimanda alle considerazioni espresse nel cap. III, § 1.

<sup>72</sup> A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1308-1309.

<sup>73</sup> Secondo A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia*, cit., p. 29, l'introduzione di un tipo legale «rischia di forzare in una griglia troppo stretta il fenomeno della convivenza e lascia sempre sopravvivere una famiglia che nel "fatto" si radica, perché sfugge agli elementi strutturali della fattispecie legalmente preconstituita». In modo non dissimile, v. anche E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso* e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, cit., p. 899. In realtà, queste preoccupazioni avrebbero potuto riguardare anche la situazione creatasi prima della Novella nel diritto «vivente», in quanto la giurisprudenza aveva già da tempo cristallizzato proprio in quegli elementi, poi fatti propri dal legislatore, il minimo comune denominatore della rilevanza nel mondo del diritto di una convivenza di fatto.

In ogni caso, si consideri che l'impiego di formule generiche, per definire cos'è (e cosa non è) una «convivenza», consente ampi spazi di interpretazione poiché ammette «una pluralità teoricamente e praticamente indefinita di modi alternativi di condotta, tutti in grado, almeno in astratto, di realizzare il valore giuridico»<sup>74</sup>. Pertanto, più che dei limiti insiti in ogni forma legale di riconoscimento, occorre preoccuparsi di quelli concettuali dell'interprete, chiamato a verificare il significato di dette formule, il cui approccio al problema potrebbe risultare influenzato da apriorismi ideologici.

5. *La formalizzazione del fatto-convivenza: il valore della dichiarazione anagrafica.* – Dopo aver fornito una definizione di convivenza, la legge nel successivo comma 37 stabilisce che, «ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4<sup>75</sup> e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13<sup>76</sup> del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223»<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Così V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, cit., p. 287.

<sup>75</sup> La norma così ora dispone: «agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune».

<sup>76</sup> Secondo questa disposizione, «le dichiarazioni anagrafiche da rendersi dai responsabili di cui all'art. 6 del presente regolamento concernono i seguenti fatti: ... b) costituzione di nuova famiglia o di nuova convivenza, ovvero mutamenti intervenuti nella composizione della famiglia o della convivenza».

<sup>77</sup> A differenza di quanto previsto per il matrimonio e per l'unione civile, la formalizzazione del rapporto di convivenza non trova fonte nell'ordinamento dello stato civile (d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396), bensì nell'anagrafe della popolazione residente (l. 24 dicembre 1954, n. 1228 e d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223). In particolare, quest'ultima è costituita da schede individuali, di famiglia (art. 4) e di convivenza (previste dall'art. 5 del suddetto d.P.R. con riguardo alle convivenze «comunitarie», ossia quelle in istituti religiosi, penitenziari, strutture sanitarie, etc.). La Novella interviene imponendo ai conviventi di fatto di dichiarare ex art. 11 la costituzione di una nuova famiglia e tutti i suoi mutamenti entro 2 giorni dalla data in cui si sono verificati i fatti rilevanti. Si precisa comunque che la mera coabitazione (ossia la dimora abituale di due persone nella stessa abitazione) di per sé non vale a costituire una famiglia anagrafica ex art. 4: è sempre necessaria una dichiarazione delle parti finalizzata alla formazione di una scheda di famiglia, senza alcuna possibilità di un potere sostitutivo a opera dell'ufficio di anagrafe. La scheda sarà intestata al componente scelto dalle parti ovvero, in



La portata da attribuire alla disposizione è assai discussa e consente di chiarire il rapporto esistente tra il fatto-convivenza e la sua formalizzazione. Essa si riassume in una duplice alternativa: si può ritenere che la norma concorra alla definizione della fattispecie, completandone il contenuto, ovvero che si limiti a dettarne una parte di disciplina, acquisendo così un valore esclusivamente probatorio.

Gli Autori<sup>78</sup> che hanno aderito alla prima opinione hanno anzitutto fondato il proprio convincimento su un dato letterale: il richiamo iniziale che il comma 37 compie al precedente («ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36») testimonierebbe la rilevanza definitoria della disposizione, con l'intento di «precisarla o, meglio, circoscriverla»<sup>79</sup>.

In seconda battuta, si è sostenuto che il valore costitutivo della registrazione anagrafica realizzerebbe un doppio auspicabile risultato: per un verso, consentirebbe, sul piano della *ratio legis* e della tutela dei

---

caso di disaccordo, al componente più anziano, su cui verranno iscritte le persone che entrano a far parte della famiglia. Verrà poi annotata su ciascuna scheda individuale l'appartenenza di ogni convivente alla famiglia anagrafica. A tal riguardo, gli uffici d'anagrafe dei comuni italiani hanno predisposto un modello *standard* denominato «Dichiarazione anagrafica per la costituzione della convivenza di fatto tra due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale», in cui entrambi i conviventi attestano, mediante sottoscrizione, di essere uniti stabilmente da un legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale e di non essere vincolati da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da unione civile tra loro o con altre persone.

<sup>78</sup> Si fa riferimento a U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1755; F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1738; F.P. LUISSO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, cit., p. 1087; R. SICLARI, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1478 ss.; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, cit., p. 1; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, cit., p. 677. In una posizione isolata, benché autorevole, si colloca L. GATTI, *Comma 50, in Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 620-621, secondo la quale la registrazione della stabile convivenza, pur non condizionando la considerazione a opera della Novella del relativo rapporto affettivo, possiede valore costitutivo, assieme alla sua iscrizione, della sola fattispecie tipica contratto di convivenza. Con la conseguenza che resteranno «nel limbo altamente rischioso della atipicità» tutti i patti conclusi tra conviventi non registrati.

<sup>79</sup> Così per F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1738.

terzi, di ancorare la nozione di convivenza a un parametro oggettivo, altrimenti affidato a un incerto giudizio sulla stabilità dell'unione<sup>80</sup>; per altro verso, permetterebbe di recuperare la dimensione volontaristica del fenomeno, consentendo ai componenti di un'unione affettiva di escludere l'applicabilità a essi delle norme di legge, semplicemente evitando di rilasciare la citata dichiarazione<sup>81</sup>.

In realtà, esistono numerosi indici che depongono per una differente lettura.

Sul piano generale, la conclusione non sembra giustificarsi in nome dell'esigenza di tutelare la libertà dei conviventi di sottrarsi a qualsiasi disciplina legale eteronoma.

In primo luogo, sebbene si possa in parte convenire sul fondamento di questo rilievo, occorre prendere atto che il legislatore italiano, a differenza di quello francese o di altre esperienze europee<sup>82</sup>, ha compiuto una precisa scelta: fondare il momento genetico della convivenza non su un atto formale, ma sul perdurare nel tempo di un rapporto di fatto avente i caratteri di cui al comma 36. Con la conseguenza che né la registrazione anagrafica, né il contratto *ex* comma 50 sono diretti a costituire la convivenza, ma al più a regolarla (per fornire uno strumento di prova o attraverso l'opzione di un regime patrimoniale)<sup>83</sup>.

In secondo luogo, risulta per lo meno singolare che ci si preoccupi di difendere una condizione dei singoli – ossia l'asserita libertà di impedire la giuridicizzazione della libera unione – che, in realtà, non esiste: anche in assenza della legge n. 76 del 2016, troverebbero comunque applicazione automatica i principi giurisprudenziali sedimentatesi nel corso del tempo e le norme previgenti alla sua introduzione. Si tratta di una serie di regole che non sono state abrogate dalla Novella e

---

<sup>80</sup> Secondo U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1755-1756, dato che la stabilità è un elemento costitutivo della fattispecie, «è consequenziale ammettere che il relativo accertamento deve essere necessariamente documentale», altrimenti né il notaio, né l'avvocato potrebbero, ai sensi del comma 51, attestare la conformità del contratto alle norme imperative. Ne consegue – a detta dell'Autore – che va riconosciuta l'esistenza di uno spazio residuo per la stipula di contratti di convivenza atipici, la disciplina dei quali verrebbe mutuata da quella del contratto tipico, a opera di soggetti la cui unione non è stata registrata o non rispetta gli altri parametri stabiliti dal comma 36.

<sup>81</sup> Cfr. F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1739; F.P. LUIO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, cit., p. 1088.

<sup>82</sup> Si rinvia a quanto analizzato in precedenza nel § 1.

<sup>83</sup> G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1770.

si impongono a prescindere dal volere dei conviventi: le stesse continuerebbero allora «fatalmente» a operare, ancorché non volute, per le coppie legate da stabili vincoli affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, pur senza la registrazione anagrafica<sup>84</sup>.

Peraltro, se davvero si volesse interpretare il comma 37 alla luce del criterio della *ratio legis*, ossia guardando al fine perseguito dal legislatore<sup>85</sup>, si dovrebbe privilegiare un'interpretazione che ampli la portata della Novella, piuttosto che limitarla: la «degiuridicizzazione», conseguente all'assegnazione alla registrazione di un carattere costitutivo, determinerebbe un esito contrario allo spirito della legge, volta a predisporre una forma di tutela «minima» alle esigenze dei singoli all'interno delle unioni affettive non formalizzate<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Cfr. G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 14 ss. Tant'è che anche F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1740, finisce per ammettere che «la conclusione [*id est* l'esclusione delle convivenze non registrate dall'ambito di applicazione delle legge n. 76 del 2016] non deve tuttavia portare ad esagerare le conseguenze pratiche di questo nuovo scenario. Infatti, da un lato, constatare l'inapplicabilità della norme di cui ai commi 38° - 49° non significa in alcun modo constatare altresì l'esistenza di una statuizione negativa che impedisce radicalmente ogni tutela del convivente in tutte le ipotesi contemplate da ciascuna delle citate norme ... Dall'altro, inoltre, l'inapplicabilità ... delle norme in tema di contratto di convivenza di cui ai commi 50° - 64° dell'art. 1 della l. n. 76/2016 non può portare l'interprete a ritenere vietati altri contratti tra siffatti conviventi che non abbiano la stessa portata generale di regime (cioè generale ed astratta relativamente alla loro vita in comune), ma che rappresentino comunque una specifica e limitata attuazione di interessi patrimoniali». Benché la Novella preveda alcune tutele più forti rispetto al passato, ciò non toglie che i più ampi margini di libertà per i conviventi, a cui la disapplicazione delle nuove norme condurrebbe, risulterebbero comunque non così determinanti.

<sup>85</sup> Per una riconsiderazione critica dell'importanza di questo argomento ermeneutico, si vedano almeno R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 150 ss.; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 395 ss.; C. LUZZATTI, *L'interpretazione e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 633 ss.

<sup>86</sup> Così anche per C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, cit., p. 470. Secondo N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1030, se la convivenza non registrata venisse sottratta alla tutela giuridica riconosciuta alla relazione coniugale di fatto ex comma 36, si giungerebbe a una «soluzione certamente paradossale e che impingerebbe inesorabilmente in una sanzione di incostituzionalità, non potendo evidentemente negarsi ad un rapporto di fatto radicato nel tempo una tutela che proprio a quel fatto si riconduce sol perché manca un atto in ipotesi assunto quale modalità certificativa di quel fatto». L'Autore, però, in altro scritto, paventa il ri-

Sempre sul piano generale, appare contraddittoria l'idea che la convivenza, in quanto situazione di fatto, possa trovare formalizzazione e riconoscimento attraverso dichiarazioni aventi funzione di accertamento<sup>87</sup>.

L'espressione «di fatto», tuttora presente nella definizione legislativa, guarda anzitutto al modo in cui la fattispecie viene a esistere: non per effetto di un negozio giuridico o di un atto fondativo solenne, ma *rebus ipsis et factis*<sup>88</sup>. In altri termini, una situazione di fatto – quale continua a essere la libera unione – non si qualifica per un atto che ne sta alla base, ma in ragione di una relazione *in itinere* che si qualifica nel tempo<sup>89</sup>. Ed è proprio il fattore temporale che conferisce stabilità *ex* comma 36 a una relazione di coppia, dovendosi altrimenti ammettere che la convivenza iniziata da un solo giorno, solo perché registrata, deve definirsi stabile<sup>90</sup>.

In secondo luogo, si è osservato che «l'«accertamento» è sostantivo incompatibile con la funzione costitutiva: si accerta una fattispecie già esistente e perfetta, non la si costituisce»<sup>91</sup>.

Un ulteriore spunto critico può ricavarsi dal valore usualmente attribuito alle certificazioni amministrative. È opinione comune che queste ultime, anche in campo anagrafico, se concernono annotazioni eseguite in pubblici registri in base a dichiarazioni rese dai privati alla pubblica amministrazione, non possiedono un'efficacia costitutiva, ma

---

schio che un simile approccio «finirebbe sostanzialmente per introdurre una forma matrimoniale diversa rispetto a quella costituita innanzi all'ufficiale dello stato civile» (così N. LIPARI, *Osservazioni conclusive*, cit., p. 338).

<sup>87</sup> Cfr. E. QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 507. In modo analogo, v. anche L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 927; C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, cit., p. 470.

<sup>88</sup> G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 3; ID., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 4 ss.

<sup>89</sup> Dato che si tratta di tutelare un fatto, se esso sussiste non si può impedire all'ordinamento la giuridicizzazione che a tale fatto esplicitamente attribuisce: cfr. N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, cit., p. 1028-1029.

<sup>90</sup> Cfr. le considerazioni espresse sul punto da L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 927-928; F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia. Unione civile, convivenza, famiglia di fatto*, Milano, 2017, p. 118. Si dissente perciò dall'opinione, pur autorevolmente sostenuta, di L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 96.

<sup>91</sup> Così G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1769.

solo probatoria, che è piena, relativamente all'esistenza delle annotazioni, e indiziale in merito alla loro corrispondenza alla realtà oggettiva, potendo in tal caso concorrere al convincimento del giudice quali presunzioni semplici, comunque superabili da una prova contraria<sup>92</sup>.

Esistono, inoltre, tre dati letterali che vanno giustamente valorizzati.

Il comma 36, nella sua parte iniziale, circoscrive l'ambito di operatività della definizione di «convivenza» alle disposizioni «di cui ai commi da 37 a 67». Ne consegue che il comma 37 non può ritenersi ricompreso nella parte definitoria, bensì in quella volta a dettarne la disciplina, con ciò negando valore strutturale alla registrazione.

Non solo: il comma 65 ricollega il sorgere del diritto agli alimenti al «caso della cessazione della convivenza», ossia a un mutamento di mero fatto, senza alcun richiamo a un profilo di natura formale<sup>93</sup>.

Da ultimo, la legge fa riferimento testuale alla «dichiarazione anagrafica di cui agli artt. 4 e 13 del d.P.R. 223 del 1989», ossia a un adempimento che, per un verso, è reso dal solo «responsabile delle dichiarazioni anagrafiche» (artt. 6 e 13, comma 1, lett. *b*) del regolamento anagrafico<sup>94</sup>, ossia da uno dei componenti della coppia, e che, per altro verso, può essere «surrogato» dall'accertamento d'ufficio, stante l'obbligatorietà della dichiarazione (art. 15 del d.P.R. 223 del 1989)<sup>95</sup>. Non vi è dunque alcuna espressa manifestazione di volontà alla base della convivenza, ma vi è al più l'obbligo di rendere una dichiarazione (di scienza) ai soli fini della regolare tenuta dei registri della popolazione residente.

Sarebbe, infine, illogico sostenere che la scelta di due soggetti, legati stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non possano essere considerati conviventi sola-

---

<sup>92</sup> Così per Cass., 27 gennaio 1986, n. 524, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1567. Tant'è che, nel parere reso dal Ministero dell'Interno il 6 febbraio 2017, si afferma che le risultanze anagrafiche sono «esspressamente finalizzate all'accertamento della stabile convivenza e non già alla sua costituzione».

<sup>93</sup> Cfr. G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1769.

<sup>94</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, cit., p. 470, l'asserita necessità, ai fini costitutivi del rapporto, della resa della dichiarazione da parte dei conviventi «mal si concilia, poi, con lo specifico richiamo fatto alla disposizione del regolamento anagrafico, che prevede la sola dichiarazione del responsabile delle dichiarazioni anagrafiche (l'art. 13, comma 1, lett. *b*) del regol. anagrafico (d.P.R. n. 223/1989)».

<sup>95</sup> Cfr. M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 490.

mente perché hanno deciso, per i motivi più vari (ad esempio, esigenze di lavoro o di cura di un parente disabile, risparmio fiscale, etc.), di mantenere la residenza anagrafica in luoghi diversi<sup>96</sup>. Verrebbe così surrettiziamente introdotto un elemento costitutivo della fattispecie (*id est*, la coabitazione anagrafica) che non è presente nella definizione legislativa e che non è, peraltro, nemmeno imposto dalla legge ai coniugi<sup>97</sup>.

Diversamente opinando, diverrebbero «inspiegabili» due contenuti tipici del contratto di convivenza previsti dal comma 53: se la residenza dovesse essere necessariamente comune e registrata anagraficamente, non si comprenderebbe la ragione per cui le parti possano indicarla (lett. *a*) e siano tenute a inserire nel patto l'indirizzo al quale effettuare le comunicazioni (comma 1). In realtà, queste previsioni contenutistiche danno conferma della possibilità che i conviventi, pur essendo tali, non coabitino e dimorino abitualmente in luoghi diversi al momento della conclusione dell'accordo.

Non solo: il comma 52, nell'imporre l'obbligo per il professionista che ha ricevuto l'atto o ne ha autenticato la sottoscrizione di trasmettere copia conforme entro dieci giorni «al comune di residenza dei conviventi», non menziona la residenza «comune» della coppia, né richiama il comma 37<sup>98</sup>.

Tutto ciò conduce a una duplice conclusione.

In primo luogo, la convivenza continua ad assumere rilevanza giuridica a prescindere dall'esistenza della dichiarazione anagrafica, che

<sup>96</sup> Cfr. G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 16.

<sup>97</sup> Si ritiene che gli sposi possano anche mantenere residenze anagrafiche distinte: v., ad esempio, A. TRABUCCHI, *Sub art. 45*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 1, Padova, 1992, p. 352; P. ZATTI, *Diritti e doveri del matrimonio*, cit., p. 69; I. RIVA, *Domicilio e residenza*, in *Trattato Schlesinger*, Milano, 2015, p. 179 ss.; M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1990, p. 46. Tant'è che l'art. 3 del d.P.R. 5 dicembre 2013, n. 159 (Regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente) contempla l'ipotesi che i coniugi abbiano una diversa residenza anagrafica e li considera comunque facenti parte dello stesso nucleo familiare.

<sup>98</sup> Cfr. G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 25. Osserva, poi, P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1075, che nemmeno il comma 57, in tema di invalidità del contratto di convivenza, menziona espressamente la violazione del comma 37; con la conseguenza che la mancanza della dichiarazione anagrafica non determina la nullità del contratto, esistendo pur sempre un rapporto di convivenza ai sensi del comma 36.

possiede un valore unicamente probatorio di natura ricognitiva<sup>99</sup>: non esiste alcuna differenza sostanziale tra convivenze «registrate» e non «registrate». Si conferma, anche per via legislativa, la scelta in precedenza compiuta per via giurisprudenziale: il legislatore italiano, a differenza di quello francese<sup>100</sup>, non ha preveduto un regime *in toto* opzionale per i conviventi di fatto, a cui accedere tramite un espresso atto di volontà, bensì ha stabilito una serie di prerogative personali e patrimoniali che si applicano automaticamente sulla base del fatto-convivenza, a prescindere dal volere dei suoi componenti<sup>101</sup>.

Il vero regime opzionale è un altro: è quello dettato dai commi 50-64 in tema di contratto di convivenza, che si applica in virtù del doppio presupposto costituito dalla presenza di una convivenza *ex* comma 36 e di una concorde decisione autonoma delle parti *ex* comma 50. In altri termini, un conto è il fatto-convivenza riconosciuto dall'ordinamento in ragione della sua mera esistenza, altro è la formalizzazione del fatto compiuta attraverso la registrazione anagrafica o la stipula di un contratto di convivenza. La formalizzazione è irrelata rispetto alla giuridificazione del rapporto affettivo: a esso si applicherà la statuto normativo previsto dalla Novella a prescindere dall'esistenza di alcun atto solenne.

La seconda conclusione è nel senso che l'annotazione anagrafica, di per sé, nulla può dire in merito all'esistenza degli elementi costitutivi della fattispecie e, in particolare, di una stabile comunione di vita affettiva<sup>102</sup>. La dimostrazione di questi elementi potrà essere data con ogni

<sup>99</sup> La certificazione anagrafica è solamente una delle modalità attraverso cui può accertarsi la convivenza di fatto: così anche per Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1473. Riportano (e aderiscono a) questa presa di posizione anche C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, p. 342; G. FERRANDO, *Libertà e solidarietà nella crisi delle convivenze*, in *Famiglia*, 2017, p. 308.

<sup>100</sup> Sul tema, si rimanda al confronto comparatistico a cui è dedicato il § 1.

<sup>101</sup> È evidente che se si attribuisse alla registrazione anagrafica un ruolo costitutivo della fattispecie, tutta la nuova normativa acquisterebbe il carattere di un regime opzionale: cfr. S. PATTI, *Le convivenze «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 303 ss., secondo il quale solo la disciplina stabilita dai commi 50-64 assume un simile significato. In modo conforme, v. anche G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1770: la nuova disciplina «compie un'opzione precisa, nel senso di non richiedere una manifestazione formale di volontà volta all'instaurazione del rapporto».

<sup>102</sup> Così anche per M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 866; F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 1002.

mezzo e la registrazione farà semplicemente presumere, sino a prova contraria, che il rapporto abbia avuto inizio a partire dall'adempimento dell'onere pubblicitario<sup>103</sup>. Viceversa, la prova negativa incontrerà, per le parti, il limite dell'intangibilità della sfera giuridica e dell'affidamento altrui: i conviventi non potranno provare contro i terzi l'esistenza di una situazione di fatto difforme dalla documentazione anagrafica, mentre questi ultimi saranno sempre ammessi a provare la realtà del rapporto, pur contro le risultanze dei registri<sup>104</sup>.

6. *La convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso.* – Resta da considerare un ultimo profilo soggettivo: occorre verificare se il rapporto affettivo, rilevante *ex* comma 36 (e di riflesso *ex* comma 50), possa coinvolgere anche due soggetti dello stesso sesso.

Un approccio privo di pregiudizi ideologici o etici non esclude che la coppia sia omoaffettiva: anche questo tipo di unione, oramai divenuto un fenomeno sociale stabilizzato e accettato, rappresenta una comunità di vita e di affetti, come tale meritevole di tutela *ex* art. 2 Cost.<sup>105</sup> A que-

<sup>103</sup> Cfr. sul tema L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 96; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 204; G. BUFFONE, *Nozione ed elementi costitutivi*, cit., p. 458.

<sup>104</sup> Prima della Novella, v. F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 30. Secondo M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 494-495, sotto il profilo probatorio, occorre distinguere i rapporti tra i conviventi e i rapporti con i terzi: per questi ultimi, le risultanze anagrafiche sarebbero imprescindibili e non surrogabili dalla eventuale conoscenza o notorietà sociale del rapporto, trattandosi «di una pubblicità dichiarativa». Unica eccezione sarebbe ammissibile per i fratelli o le sorelle chiamati a prestare gli alimenti «per evitare che il mancato adempimento di quel che è previsto come un obbligo ... possa ridondare in vantaggio per l'inadempiente». La tesi ha l'indubbio pregio di offrire tutela e certezza agli estranei al rapporto familiare (ad esempio, al locatore, al responsabile per la morte di uno dei conviventi, ai concorrenti nelle graduatorie di alloggi di edilizia popolare, all'erede della casa di comune residenza appartenente al convivente defunto); tuttavia, finisce per attribuire alla certificazione anagrafica – per lo meno nelle fattispecie contemplate dai commi 42, 44, 45 e 49 – una valenza costitutiva della fattispecie o, comunque, dei diritti in essi preveduti. Si tratta di una soluzione che, per un verso, non trova espresso riscontro nel dato normativo e, per altro verso, priva il *partner* di una serie di importanti tutele per il sol fatto di non aver reso la dichiarazione anagrafica. Viceversa, non pare dubitabile che il diritto di abitazione nella casa di comune residenza in caso di decesso del convivente, di succedere nel contratto di locazione, di essere preferiti nelle graduatorie o di ottenere il risarcimento del danno *ex* comma 49, sorgano a seguito del mero fatto-convivenza.

<sup>105</sup> Hanno ritenuto giuridicamente rilevanti le convivenze omosessuali, pur nella varietà delle posizioni (e delle cautele) espresse prima dell'introduzione della legge n.



sto riguardo, non si può ignorare il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni, nel corso dei quali si è assistito al superamento del monopolio detenuto dal modello tradizionale di famiglia e al contestuale sorgere spontaneo di ulteriori forme di convivenza, le quali chiedono anch'esse protezione.

L'omoaffettività va riconosciuta come condizione dell'uomo degna di tutela, in conformità con i precetti costituzionali, ed è espres-

---

76 del 2016, tra molti, T. AULETTA, *Dal code civile del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2005, I, p. 409; ID., *Diritto di famiglia*, cit., p. 155; ID., *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, cit., p. 629-630; M. SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto, ivi*, 2004, I, p. 702; F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Studi in memoria di Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 676 ss.; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., p. 1124 ss.; F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 9; G. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., p. 125 ss. Anche per F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 58, l'unione omosessuale di fatto potrebbe astrattamente trovare riconoscimento a opera dell'ordinamento; tuttavia, l'Autore (nel 1983) esclude tale possibilità poiché non la reputa conforme al sentire comune di quel momento storico. Hanno invece sostenuto, in passato, che i conviventi debbano avere sesso diverso, ad esempio, M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 194; A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 345; ID., *Natura Legge Famiglia*, cit., p. 20; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 20, nt. 48; G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 144; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 250; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 970. In giurisprudenza, v. ad esempio Cass., 23 aprile 1966, n. 1041, in *Giur. it.*, 1967, I, p. 67; Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, p. 947; Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1849, in cui la convivenza viene definita sempre come una relazione di due soggetti «di sesso diverso» o, comunque, «tra un uomo e una donna». Sotto la vigenza della legge n. 76 del 2016, hanno considerato applicabile la Novella anche alle coppie di fatto omoaffettive, tra molti, C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, cit., p. 471; M. PARADISO, *Commi 36-37*, cit., p. 480; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 944; M. GORGONI, *Le convivenza "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 187; F. GRECO, *Il contratto di convivenza, ivi*, p. 265; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 859 e 865; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, cit., p. 879; E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, cit., p. 898; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, cit., p. 341; A. GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio tipologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 859-860.

sione della libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali, realizzando così la propria personalità<sup>106</sup>.

Conformemente a quanto appena enunciato, la stessa Corte costituzionale ha annoverato, nella pluralistica nozione di «formazione sociale», «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>107</sup>.

Si consideri, poi, la presenza di numerose norme sovranazionali che attribuiscono a ciascuno, indipendentemente dall'orientamento sessuale, il diritto a costituire una famiglia riconoscibile dall'ordinamento. A questo riguardo, si pensi agli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La lettura proposta risulta, inoltre, avvalorata dall'introduzione delle c.d. unioni civili, sempre a opera della legge n. 76 del 2016.

Su questo terreno, si consideri anzitutto l'esplicito richiamo che il comma 1 della legge compie agli artt. 2 e 3 Cost., dei quali si dichiara espressione. In secondo luogo, è evidente che l'istituzione di unioni civili nascenti da un atto formale, come fonte di diritti e obblighi legali, implica il riconoscimento di tutte quelle forme stabili di convivenza che a detto schema si ispirano. In altre parole, in modo speculare al rapporto esistente tra matrimonio e convivenze eterosessuali, le unioni civili costituiscono il modello delle relazioni affettive tra persone dello stesso sesso.

Milita, infine, un'ultima considerazione: il comma 36 inserisce, tra gli impedimenti al riconoscimento di una convivenza di fatto, anche i vincoli derivanti da un'unione civile. Ne consegue che è lo stesso legislatore a prevedere che due conviventi dello stesso sesso possano costituire tra loro un legame di cui al comma 2 e che detto rapporto ostacoli il sorgere (o decreti la fine) della fattispecie che ci occupa.

Anche sotto questo profilo, si conferma dunque la riconducibilità delle convivenze omoaffettive all'ampio *genus* delle convivenze di fatto.

<sup>106</sup> Cfr. C. Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361.

<sup>107</sup> Cass., 25 luglio 2007, n. 16417, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 271.

7. *La natura e la causa del contratto di convivenza.* – Due dei temi centrali, che la nuova legge pone, riguardano la natura e la causa del contratto di convivenza.

In termini generali, va anzitutto preso atto che il comma 50 ha introdotto un nuovo tipo negoziale<sup>108</sup> che, prima del 2016, era ammesso socialmente e nella prassi, ma non aveva ancora trovato un espresso riconoscimento normativo. Ciò non ostante, per opinione comune, la fattispecie presentava una indipendenza funzionale tale da giustificarne un' autonoma qualificazione<sup>109</sup>. Tant'è che un negozio, avente contenuto e scopo analoghi a quello di convivenza, ma stipulato tra soggetti non legati da alcun vincolo affettivo, sarebbe stato destinato, anche allora, a una declaratoria di nullità per difetto di causa.

Con l'attuale riconoscimento legislativo, la tipizzazione dell'oggetto e della funzione del contratto di convivenza può dirsi completa: esso mira ad approntare un regolamento di interessi volto a stabilire la misura delle attribuzioni patrimoniali aventi fonte nel rapporto affettivo non formalizzato, le quali, in assenza di una struttura familiare di fatto, potrebbero trovare giustificazione, sussistendone i presupposti, solo in un'ottica donativa o in altro tipo contrattuale di diritto comune<sup>110</sup>.

Il riconoscimento normativo rende superflua un'indagine condotta *ex art.* 1322, comma 2, c.c. sulla meritevolezza degli interessi<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Per l'attuale tipizzazione del contratto di convivenza si sono espressi, ad esempio, U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1755; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 945; C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, cit., p. 2101; L. GATT, *Comma 50*, cit., p. 617 e 620; D. ACHILLE, *Comma 50*, *ivi*, p. 625; A.M. BENEDETTI, *Comma 51*, *ivi*, p. 633. Si dissente pertanto dall'opinione, pur autorevole, espressa da T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 16, secondo cui «la validità di tali contratti trova fondamento nel dettato generale dell'art. 1322 c.c. il quale legittima le parti a stipulare contratti atipici purché volti a realizzare interessi meritevoli di tutela»: questa affermazione, da ritenersi senz'altro fondata prima dell'introduzione della Novella, non può giustificarsi alla luce del comma 50 che rappresenta il fondamento del nuovo tipo contrattuale. Come ha sottolineato R. SACCO, *La qualificazione*, in *Il contratto*, a cura di R. Sacco e G. De Nova, Milano, 2016, p. 1415, «il numero dei tipi non è fisso: con il tempo, esso aumenta senza pause; così come potrebbe anche, in determinate fasi, decrescere. Ogni tipo, dopo la sua emersione socialgiurisprudenziale, è destinato a divenire tipo legale in occasione di questa o quella riforma legislativa».

<sup>109</sup> Si rimanda alle considerazioni già espresse nel precedente cap. III, § 8.

<sup>110</sup> Così anche per F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 169-170.

<sup>111</sup> G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1766.

La causa del contratto va rinvenuta nel progetto di vita in comune che sorregge il rapporto di convivenza e che giustifica la conclusione dell'accordo, nonché la sua vigenza nel tempo.

L'interesse non patrimoniale di natura «familiare» non può perciò essere relegato nel campo dei meri motivi, ma conferisce fondamento al contratto<sup>112</sup>. L'osservazione trova conferma in quanto dispone il comma 50, che proprio alla «vita in comune» fa riferimento, nonché in una delle ragioni di scioglimento automatico del patto, costituita dal venire meno della convivenza<sup>113</sup>.

Riecheggia qui, pur con le differenze e le precisazioni che seguiranno, quella causa «familiare», che parte della dottrina<sup>114</sup> aveva scorto nei c.d. negozi giuridici familiari<sup>115</sup>, nonché negli accordi, traslativi del diritto di proprietà o costitutivi di altri diritti reali, conclusi nell'ambito della disciplina consensuale della separazione tra coniugi; disciplina poi mutuata anche per descrivere, sotto il profilo funzionale, gli accordi di convivenza prima dell'introduzione della Novella.

Il nuovo contratto rientra dunque nell'ampia categoria, avente valore eminentemente descrittivo, degli atti «della vita familiare»<sup>116</sup> e si caratterizza per essere lo strumento attraverso il quale i conviventi attuano, tra loro, un regolamento economico che trae origine dallo stato di convivenza<sup>117</sup>: lo scopo economico perseguito dalle parti non è, infatti, esclusivo, ma esiste un *quid* ulteriore, che appartiene al campo dei

<sup>112</sup> In passato, con riferimento agli accordi traslativi conclusi tra i coniugi in occasione della separazione o del divorzio, vi era chi aveva relegato la causa «familiare» al campo dei meri motivi: V. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni tra coniugi*, in *Vita not.*, 1993, p. 1053.

<sup>113</sup> Si rinvia a quanto si dirà nel successivo § 19.

<sup>114</sup> Si fa riferimento alla tesi assunta da G. DORIA, *Autonomia privata e «causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 301 ss. Per più ampi riferimenti si rinvia al cap. III, § 8.

<sup>115</sup> Sulla categoria, si rimanda a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 12 ss., secondo cui «i negozi giuridici familiari, precisamente, sono negozi che hanno causa in un interesse familiare ... I diritti familiari hanno natura non patrimoniale ... e possono avere anche contenuto economico nel senso che possono avere ad oggetto beni o prestazioni economicamente valutabili. Ciò tuttavia non tocca la loro natura non patrimoniale trattandosi pur sempre di interessi preminenti della persona e pertanto non commerciabili» (p. 18).

<sup>116</sup> La definizione è di G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 173.

<sup>117</sup> In generale, sulla rilevanza del fatto di sentimento in ambito negoziale, si rinvia ad A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, p. 315 ss. e ora in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, p. 439 ss.

rapporti esistenziali, ed è percepibile, più che nella struttura del negozio, nella sua funzione. Il riferimento è all'interesse non patrimoniale di tipo familiare connesso al vivere *ad modum coniugii*.

Questa lettura non è in contrasto con gli effetti meramente patrimoniali nascenti dal contratto: la possibilità di una regolamentazione di interessi non economici attraverso lo strumento contrattuale rappresenta un risultato da tempo acquisito dalla dottrina e avente riscontro nel dato positivo, in virtù del combinato disposto degli artt. 1321 e 1174 c.c., oltre che nella previsione di cui all'art. 769 c.c.<sup>118</sup> E così anche nel contratto di convivenza alla non patrimonialità dell'interesse fa riscontro la patrimonialità della struttura precettiva impiegata per disciplinarne l'assetto<sup>119</sup>.

Questo carattere costituisce una delle ragioni di maggiore differenziazione della fattispecie dalla tradizionale categoria dei c.d. negozi familiari: questi ultimi «hanno ad oggetto rapporti giuridici non patrimoniali. La disciplina dei contratti, pertanto, non è direttamente applicabile, dovendosi di volta in volta accertare quali principi siano congrui con l'atto di autonomia familiare posto in essere»<sup>120</sup>.

L'assimilazione del contratto di convivenza a questa categoria di negozi va dunque negata.

La ragione giustificatrice del patto *ex* comma 50 è autonoma e non riconducibile ai tradizionali schemi causali<sup>121</sup>. Né solo una causa di scambio, né unicamente un intento liberale o solutorio: le prestazioni (oltre a non essere sempre bilaterali<sup>122</sup>) non sono legate da un vincolo

<sup>118</sup> Sul profilo funzionale del contratto di donazione, imprescindibile è l'opera di A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 275 ss., il quale descrive appunto lo spirito di liberalità in termini di «interesse non patrimoniale».

<sup>119</sup> G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, cit., p. 175.

<sup>120</sup> Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 13; in modo analogo, v. anche F. GRECO, *Il contratto di convivenza*, cit., p. 272. Per una lettura autorevole, sebbene in parte non condivisibile, dei contratti di convivenza (*ante* Novella) come «negozi (non contrattuali) di diritto familiare», v. S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, cit., p. 949.

<sup>121</sup> Sulla difficoltà di leggere le vicende nascenti in ambito familiare in termini di corrispettività o di esigibilità dei comportamenti dovuti, v. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia: dal sistema al microsistema*, in *Persona e comunità familiare*, Atti del Convegno di Salerno 5-7 novembre 1982, Napoli, 1985, p. 86-87.

<sup>122</sup> Si pensi a un contratto in cui solo un convivente assume l'obbligo di effettuare una certa prestazione a favore dell'altro poiché, ad esempio, quest'ultimo risulta privo di reddito o inabile al lavoro.

di sinallagmaticità<sup>123</sup> e l'interesse non patrimoniale che sorregge l'atto è diverso da quello donativo. Se si sposta l'attenzione sugli interessi posti dai conviventi a fondamento delle loro determinazioni d'autonomia e si ricostruisce il rapporto tra questi e la regola pattizia, «non sembra irragionevole proporre il riconoscimento della tipicità sociale della negoziabilità tra conviventi ... e, di conseguenza, fondare liceità ed efficacia di impegni e attribuzioni direttamente sull'accordo in quanto sorretto dalla *causa familiare* ampiamente intesa»<sup>124</sup>.

L'individuazione della causa del contratto di convivenza qui proposta conduce a importanti ricadute applicative.

In primo luogo, consente di verificare, in concreto, se il rapporto tra gli interessi sottostanti alla singola manifestazione d'autonomia negoziale e le strutture precettive nelle quali si articola il regolamento risulta coerente con il tipo impiegato<sup>125</sup>.

In altri termini, il concetto di causa così determinato risponde all'esigenza di esaminare il fatto negoziale usato dalle parti alla luce dei caratteri della fattispecie introdotta dalla Novella: se l'accordo disciplina rapporti patrimoniali tra i conviventi (struttura) al fine di regolare aspetti relativi alla loro vita in comune (funzione), lo stesso dovrà qualificarsi come contratto *ex* comma 50. Viceversa, se la causa del fatto negoziale supera il limite dell'«interesse non patrimoniale di tipo fami-

<sup>123</sup> Anche nei casi in cui i conviventi si obblighino a reciproche prestazioni, non si rinviene alcuna interdipendenza delle stesse, «la quale fa sì che l'una trovi la sua causa nell'altra» (è la definizione data da A. CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in *Studi senesi*, 1968, p. 133 ss. e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 39). Sul carattere della sinallagmaticità delle prestazioni, v. anche M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 240 ss.; A. DALMARTELLO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Padova, 1958, p. 192 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1276 ss. Per una analisi moderna del significato di corrispettività, si rimanda poi a G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 10 ss. A ogni modo, va precisato che l'assenza di un rapporto di corrispettività nulla può dire in merito al carattere di onerosità o gratuità del negozio in quanto trattasi di ambiti affatto distinti: cfr. G. SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 98; A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, cit., p. 98 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 228-229.

<sup>124</sup> Così G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 360.

<sup>125</sup> Per un'analisi del rapporto tra struttura e funzione del contratto, si rimanda ad A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti. Intorno alla nozione di causa*, cit., p. 229 ss.

liare» connesso al vivere *ad modum coniugii*, dovrà assegnarsi al negozio una qualificazione e una disciplina diverse, ossia quelle del tipo negoziale a cui è riconducibile<sup>126</sup>.

Sempre sul piano delle qualificazioni, andrà poi verificata la natura onerosa o gratuita del contratto di convivenza.

Anche in questo caso l'analisi si giustifica a fronte delle differenti conseguenze applicative che ne derivano e, in particolare, della disciplina peculiare di maggior favore riservata agli atti a titolo gratuito (si pensi alle disposizioni contenute, ad esempio, negli artt. 534, 1266, 1371, 1445, 2901 c.c.).

A tale riguardo, vanno recuperati gli esiti raggiunti dalla dottrina classica, che, per verificare la presenza del titolo oneroso, sotto il profilo della valutazione economica del fatto<sup>127</sup>, è ricorsa al doppio parametro rappresentato, per un verso, dall'esistenza di un nesso di causalità tra il vantaggio conseguito e il sacrificio sopportato per ottenerlo e, per altro verso, come appare forse preferibile, dal rapporto di comparazione economica corrente tra essi<sup>128</sup>.

Applicando questi canoni, oneroso sarà quel contratto di convivenza in cui vengano previsti, a carico e a favore di entrambe le parti, vantaggi e sacrifici; mentre gratuiti saranno gli accordi, nei limiti in cui ciò è consentito dalla Novella<sup>129</sup>, che presentino vantaggi economici per una sola parte e unicamente sacrifici per l'altra<sup>130</sup>. In quest'ultima

<sup>126</sup> Il particolare interesse che soddisfa il contratto dovrà risultare percepibile interpretando le circostanze di fatto e l'accordo delle parti: cfr. A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 269. Sia comunque per ora consentito limitare il discorso a questi brevi cenni, rinviando la trattazione del rapporto tra il contratto di convivenza e gli altri strumenti negoziali all'analisi che verrà compiuta nei paragrafi successivi.

<sup>127</sup> T. SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 70 ss.

<sup>128</sup> Sull'argomento si vedano almeno A. CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, cit. p. 140; G. SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, cit., p. 79 ss.; C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, cit., p. 919; G. BISCENTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, cit., p. 63 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 224; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, p. 81; A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 277-278; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 214 e 216 ss.; G. SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, cit., p. 98 ss.

<sup>129</sup> Si rimanda alle considerazioni che verranno espresse nel § 11.

<sup>130</sup> Come ha rilevato A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 277, nt. 79, non può ritenersi oneroso un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte.

situazione, manca certamente un vantaggio patrimoniale che giustifichi l'assunzione di un sacrificio unilaterale.

Verrebbe però forse da chiedersi se il contratto di convivenza non sfugga a una qualificazione in termini di onerosità e di gratuità in senso tecnico, stante la sua peculiare giustificazione causale: se si considerano le attribuzioni patrimoniali – e correlativamente gli impegni contrattuali – meramente strumentali alla realizzazione della vita in comune, potrebbe sorgere il dubbio che il patto *ex* coma 50 non sia inquadrabile negli schemi tradizionali.

In quest'ottica, anche nell'ipotesi in cui nel contratto di convivenza si prevedano attribuzioni reciproche, non si potrebbe procedere a una valutazione economica comparativa di una prestazione rispetto all'altra: gli impegni contrattuali non sono sorretti dall'interesse a ottenere le attribuzioni, ma a contribuire soltanto alla vita in comune. I vantaggi di natura patrimoniale non risulterebbero così comparabili economicamente con i corrispondenti sacrifici, in quanto il parametro di sistemazione dei rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune impedirebbe l'applicazione di un criterio valutativo in termini di mero vantaggio economico conseguibile.

Un dubbio analogo potrebbe essere sollevato anche nell'ipotesi in cui il contratto di convivenza preveda attribuzioni patrimoniali unilaterali. Se si accoglie l'idea che la gratuità è ricollegabile alla mancanza di un vantaggio patrimoniale comparabile, trasferendo l'analisi sul piano degli interessi, si potrebbe affermare che il contratto di convivenza, anche laddove realizza un'attribuzione senza corrispettivo<sup>131</sup>, viene concluso al solo scopo di soddisfare direttamente un interesse di natura non patrimoniale del disponente<sup>132</sup>.

La natura familiare dell'interesse sotteso al patto sembra perciò rendere, in parte, problematica una sua qualificazione in termini di onerosità o di gratuità sulla base dei criteri di qualificazione tradizionali.

---

<sup>131</sup> In linea generale, si sottolinea che il carattere non patrimoniale dell'interesse non è in contraddizione con la possibilità che vi sia uno scambio tra prestazioni: si pensi, nel campo donativo, alla liberalità in ragione dei servizi resi o alla donazione remuneratoria.

<sup>132</sup> Sul tema, si rinvia ad A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 262 ss., a cui hanno fatto seguito C. MANZINI, "Spirito di liberalità" e controllo sull'esistenza della "causa donandi", in *Contr. impr.*, 1985, p. 419 ss.; A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale: ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 149; A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Trattato Bessone*, V, Torino, 2005, p. 19 ss.; R. SACCO, *La qualificazione*, cit., 2016, p. 1438-1439.



8. (*Segue*) *Il contratto di convivenza e gli atti (negoziali) della vita familiare*. – Ricostruito in questi termini, il patto può allora solo accostarsi, senza confondersi, a quella serie di atti eterogenei che costituisce esplicitazione del generale potere di autonomia, riconosciuto ai privati, nell'ambito del diritto di famiglia. Si pensi, nel campo dei rapporti patrimoniali, alle convenzioni matrimoniali, agli accordi sulla separazione personale o sul divorzio e alla riconciliazione<sup>133</sup> o, in quello dei rapporti personali, agli accordi sulla residenza della famiglia o sull'indirizzo della vita familiare *ex art.* 144 c.c. Si tratta di «atti negoziali della vita familiare»<sup>134</sup> connotati da elementi propri che, sotto il profilo strutturale e funzionale, benché si muovano nella dimensione della famiglia, sono autonomi rispetto al contratto di convivenza e non possono ricevere un trattamento unificante<sup>135</sup>.

Deve perciò dissentirsi dall'opinione secondo cui il legislatore del 2016 nel comma 50 avrebbe dato vita a uno schema regolamentare omogeneo alle convenzioni matrimoniali, con la conseguenza che, in caso di lacune, le norme da applicare in via analogia dovrebbero essere quelle dettate per il matrimonio e non quelle contenute nel Libro IV del Codice<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Sulla natura negoziale della fattispecie di cui all'art. 157 c.c. v., ad esempio, A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 199 ss.; C. GANGI, *Il matrimonio*, cit., p. 311 ss.; L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, cit., p. 153; P. ZATTI e M. MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 1983, p. 371 ss. (sebbene con esclusivo riferimento all'ipotesi di riconciliazione bilaterale); G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 194-195.

<sup>134</sup> Secondo G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, cit., p. 173-174, in questa locuzione si può ricomprende una fenomenologia cospicua di atti, tra cui gli accordi *ex art.* 144 c.c., i contratti della crisi coniugale e quelli di convivenza.

<sup>135</sup> La possibilità di individuare una categoria omnicomprendente tutti gli atti negoziali influenzati dal carattere familiare del rapporto, è stata negata, ad esempio, da E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2004, p. 45; G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 96; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di F. Fuccillo, Milano, 1997, p. 24 ss.

<sup>136</sup> Si fa riferimento alla tesi espressa da F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1742 ss., a detta del quale «il contratto di convivenza guarda più a libro primo del codice civile piuttosto che al libro quarto». In modo non dissimile, v. G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 709-710, secondo cui va assunta «una direttrice indirizzata a spostare il baricentro della complessiva valutazione dell'atto in termini prettamente simil-

A una prima impressione, il richiamo alla figura del contratto potrebbe, in effetti, apparire incongruo, tenuto conto che gli impedimenti *ex* comma 57, la sospensione degli effetti in pendenza del procedimento di interdizione giudiziale o del processo penale per il delitto di cui all'art. 88 c.c., il divieto di apporre termini o condizioni e il regime delle invalidità, sembrano costituire degli indici di sostanziale devianza dal modello negoziale di cui al Libro IV del Codice.

Tuttavia, la presenza del comune ambito latamente familiare in cui operano le due fattispecie risulta un dato descrittivo troppo fragile per inferire la riconducibilità dello schema negoziale, *ex* comma 50, al modello previsto dal Libro I del Codice civile.

La correttezza di questa osservazione è avvalorata dalle peculiari caratteristiche (funzionali e strutturali) possedute dal negozio stipulato dai *partner*.

Quanto alle prime, con la conclusione di una convenzione matrimoniale, i coniugi non intendono tanto fondare e stabilire, di comune accordo, gli obblighi di assistenza materiale durante e al termine del rapporto, quanto provvedere a una sistemazione dei loro rapporti economici, all'interno del regime di comunione legale, in modo non conforme al modello generale di cui agli artt. 177 ss. c.c., ma comunque rispettoso dei limiti previsti dall'art. 210 c.c. La diversità del regolamento di interessi risulta evidente: nella rappresentazione delle parti, il contratto mira a far nascere obblighi coercibili, mentre con le convenzioni matrimoniali i consorti – a cui già si impongono *ex lege* doveri di contribuzione materiale – non hanno alcuna volontà di obbligarsi a un *quid* diverso e ulteriore, bensì solamente di regolare, in modo parzialmente difforme, alcuni degli aspetti patrimoniali discendenti dal regime di comunione legale.

A limitare l'equiparazione milita anche la diversità di presupposto e di ambito, in cui si muovono i due tipi negoziali: nel primo caso, si è a pieno titolo sul terreno della libertà del volere e dell'autonomia privata, in cui operano diritti patrimoniali disponibili tra soggetti non vincolati al rispetto di uno *status*; nel secondo ci si colloca all'interno di un sistema nascente da un atto formale, ove tradizionalmente lo spazio concesso all'autoregolamentazione è più limitato e in cui vigono norme imperative (ad esempio, artt. 143, 160, 210 c.c.).

---

matrimoniali e, correlativamente, più consapevolmente rivolta verso una configurazione sostanzialmente non contrattuale dell'accordo tra i conviventi, evidenziandone piuttosto il carattere di negozio parafamiliare».

In altri termini, i contratti di convivenza non sono riferibili a un regime patrimoniale, potendo avere un contenuto diverso o più ampio rispetto alla mera adozione della comunione legale ai sensi del comma 53, lett. c)<sup>137</sup>. Si dimostrerà, infatti, che l'elencazione presente in quest'ultima norma ha carattere esemplificativo, ben potendo le parti, in virtù del principio dell'autonomia privata, regolare *ex pacto* qualsiasi rapporto patrimoniale connesso al vivere *ad modum coniugii*<sup>138</sup>.

Appare dunque evidente che il contratto *ex* comma 50 va accostato a quelli di cui al Libro IV del Codice, con i quali condivide gli ampi margini di libertà, e non alle convenzioni matrimoniali del Libro I.

L'impostazione accolta trova conferma sul piano semantico: il legislatore ha impiegato il termine «contratto» e non quelli di «convenzione», «patto», «accordo», «negozio», «pattuizione» o «intesa». Il dato letterale non è neutro: dà prova dell'uso di un lessico distante dal tradizionale «gergo familiare» del Libro I, àmbito in cui il legislatore è tipicamente poco incline a usare espressioni caratterizzanti sul piano dei contenuti o riconducibili ai paradigmi negoziali di cui al Libro IV del Codice<sup>139</sup>.

Come è stato efficacemente osservato, nella «realtà di tipo “para-familiare” (qual è il *ménage* di fatto) ... l'autonomia negoziale può essere vista non solo come la fonte del regolamento, ma come il dato a cui riportare l'intero regime»<sup>140</sup>: risulterebbe dunque incoerente ricondurre il patto *ex* comma 50 all'interno del Libro I.

Ne viene dunque restituito un quadro in cui il comune ambito familiare non può che rimanere unicamente relegato sullo sfondo e non è in grado di offrire una visione unificante di entrambe le fattispecie.

<sup>137</sup> L'elemento caratterizzante le convenzioni matrimoniali è offerto dallo stretto legame di esse con uno dei regimi patrimoniali della famiglia, nel senso che si connaturano per essere atti da cui scaturisce un regime diverso da quello legale: B. GRASSO, *Il regime patrimoniale della famiglia in generale*, in *Trattato Rescigno*, III, Torino, 1982, p. 378; F. SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983, p. 55 ss.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 1995, p. 29 ss.; G. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione o divorzio*, cit., p. 115.

<sup>138</sup> Sulla questione si rinvia a quanto si approfondirà nel successivo § 10.

<sup>139</sup> Secondo A. SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, cit., p. 1096, «si chiude, per tal via, un ciclo storico di riflessione che, nell'arco di circa un secolo, ha spostato il baricentro della rilevanza pubblicistica dell'organismo familiare ... al pieno riconoscimento della portata privatistica degli interessi che la partecipazione a detto organismo involge».

<sup>140</sup> Così P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, cit., p. 5.

Valga, infine, un'ultima considerazione.

Chi ammette che il contratto di convivenza appartiene al medesimo *genus* delle convenzioni matrimoniali, concede poi ai conviventi *ex* comma 36 la possibilità di stipulare intese atipiche, regolanti aspetti patrimoniali della convivenza vietati dalla legge n. 76 del 2016, a cui ritiene possano applicarsi le regole stabilite per i contratti in genere.

Si tratta di un'asserzione che presenta un doppio vizio logico.

In primo luogo, si avrà modo di verificare come il legislatore con l'introduzione del nuovo tipo contrattuale di cui al comma 50 abbia inteso riservare ai conviventi «qualificati» la possibilità di disciplinare «i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune» solamente attraverso la stipula di un contratto di convivenza. Non si capirebbe altrimenti la ragione dell'introduzione di una nuova fattispecie negoziale, se poi le parti potessero adottare strumenti negoziali atipici per realizzare la medesima funzione a essa riservata.

In secondo luogo, in applicazione di un canone ermeneutico assodato, un accordo innominato non può mai essere disciplinato unicamente dalle disposizioni generali sul contratto, ma deve sempre essere ricondotto a una fattispecie nominata – o, in subordine, a un tipo giurisprudenziale – qualora si voglia positivamente individuare una disciplina applicabile<sup>141</sup>. Lo stesso art. 12, comma 2, disp. prel. c.c. colma il divario tra il sistema infinito dei fatti e rapporti umani e quello finito delle previsioni normative attraverso il ricorso all'analogia, applicando a un rapporto non immediatamente sussumibile in un modello legale la disciplina del tipo a esso più somigliante in quanto ritenuta compatibile: quando la sussunzione in un tipo non opera (e il contratto diviene formalmente atipico), la disciplina di questo sarà quella del contratto tipico a cui maggiormente si avvicina<sup>142</sup>.

<sup>141</sup> Si rinvia, tra tutti, a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 12-13; R. SACCO, *La qualificazione*, in *Trattato Rescigno*, 10, *Obbligazione e contratti*, Torino, 1995, p. 535 ss. (spec. p. 536-537), secondo il quale è noto che i tipi legali e giurisprudenziali «assorbono l'universo dei contratti, e che di fatto tutti i contratti vengono sempre ricondotti a un tipo»; nonché a ID., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 790, in cui si sostiene che il contratto atipico, al quale applicare le sole norme generali contenute negli artt. 1321-1469 c.c., non avrebbe mai fatto apparizione in un ufficio giudiziario. Per dei rilievi critici sul fenomeno della c.d. «tipizzazione giurisprudenziale» v. T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 102 ss.

<sup>142</sup> Così R. SACCO, *La qualificazione*, cit., 2016, p. 1415. In modo analogo, v. anche Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 5. Secondo

A mente di questo criterio interpretativo, il modello legale che più si avvicinerrebbe all'intesa atipica sarebbe inevitabilmente quello di cui al citato comma 50; il che comporterebbe, con un'evidente eterogenesi dei fini, la soggezione a quelle regole delle quali si predica l'estraneità.

Pertanto, se davvero si volesse preservare l'autonomia delle parti, l'unica soluzione coerente con l'attuale configurazione normativa sarebbe quella di considerare il negozio di cui al comma 50 un contratto in senso tecnico e applicare a esso, salvo quanto inderogabilmente previsto dalla Novella, le norme poste in tema di contratto in generale e non quelle, più stringenti, in tema di convenzioni matrimoniali.

9. *Spazio di operatività degli altri contratti tipici e dei contratti di convivenza «di diritto comune».* – Alla luce dei risultati sin qui raggiunti, occorre chiarire il rapporto tra il contratto di convivenza e gli altri strumenti negoziali tipici a cui i conviventi potrebbero ricorrere.

La questione muove dall'osservazione della prassi esistente prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016: non era infrequente che i componenti della coppia si avvalsero di contratti nominati per dare sistemazione a specifici aspetti economici aventi la propria ragione giustificativa nel rapporto affettivo. Si pensi alla conclusione di un contratto di comodato o all'attribuzione di un diritto di abitazione sull'immobile adibito a residenza comune o, ancora, all'assegnazione di una rendita vitalizia a favore del *partner*.

Nei casi prospettati, occorre verificare la coincidenza tra i profili funzionali e strutturali del fatto negoziale impiegato e quelli del tipo negoziale previsto dal comma 50.

In termini generali, tramite la previsione di un tipo contrattuale, il legislatore ha inteso rendere applicabile un particolare complesso di disciplina a una serie di operazioni economiche che rappresentano gli strumenti attraverso cui si realizza la funzione a esso riservata<sup>143</sup>. A

---

G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 51-53, «l'idea che le regole generali del tit. II del libro IV del codice possano essere sufficienti per dare soluzione alle controversie in materia contrattuale è destinata ad essere subito smentita; ed illusorio appare – se inteso in questo senso – il rinvio alle norme generali sul contratto operato dall'art. 1323 per i contratti innominati [stante] la carenza, nella parte generale sul contratto, di norme che attengano al contenuto, e quindi di norme atte a porsi come fonte integrativa accanto alle *leges privatae*».

<sup>143</sup> Sul tema della tipizzazione negoziale la letteratura è assai vasta. Si limita il rinvio a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 59 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella*

questo riguardo, si è sottolineato come ogni tipo negoziale non delinea solamente una struttura, ma designi uno schema funzionale: il contenuto del tipo viene modellato in base alla specifica funzione al quale è destinato<sup>144</sup>.

Ne consegue che l'inserimento in un contratto nominato di regole non compatibili con la funzione stabilita dalla legge impedisce al fatto negoziale di essere sussunto nella fattispecie legale: solo se il regolamento programmato è coerente con l'assetto di interessi previsto dal legislatore, la singola operazione può identificarsi con il tipo. E a nulla rileva la rappresentazione del programma negoziale effettuata dalle parti in vista di un determinato assetto di interessi: se la verifica degli interessi concreti, in base alla specifica situazione di fatto, offre una diversa interpretazione dell'operazione, rispetto a quella dichiarata o ipotizzata dai contraenti, l'ordinamento procederà a una sua riqualificazione fedele al modello legale<sup>145</sup>.

Pertanto, qualora si adottino strutture precettive conformi alla funzione riservata dalla legge a un determinato schema contrattuale, dovrà applicarsi lo statuto normativo, avente natura imperativa, previsto per quest'ultimo. La libertà dei privati di darsi delle regole autonome viene meno quando «la disciplina inderogabile imposta al singolo contratto sia tale, per contenuto e per *ratio*, da importare l'impossibilità di attuare nella materia regolata assetti negoziali diversi sottratti

---

*teoria del negozio giuridico*, cit., p. 251 ss.; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 487 ss.; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 128 ss.; A.A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994, p. 36 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 32 ss.; C.B.N. GIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008, p. 6 ss. e 36 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Negozi tipici e atipici*, in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 201 ss.; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 ss.; G. ALPA, *Causa e tipo*, in *Vita not.*, 1997, p. 30 ss.

<sup>144</sup> Cfr. C.B.N. GIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, cit., p. 198 ss.

<sup>145</sup> Così A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti. Intorno alla nozione di causa*, cit., p. 234-235. D'altra parte, è un principio noto e risalente che la qualificazione dell'atto negoziale – ossia la riconduzione di un contratto in un tipo contrattuale – è compito del giudice ed è sottratta alla disponibilità delle parti: cfr., ad esempio, Cass., 17 aprile 1970, n. 1098, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 236; Cass., 1 febbraio 1974, n. 282, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1388; Cass., 6 agosto 1977, n. 3592, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 175.

ai vincoli previsti per il contratto considerato»<sup>146</sup>. In altre parole, attraverso la previsione di un tipo contrattuale, l'ordinamento individua in via astratta degli elementi considerati idonei a soddisfare determinati interessi: se il regolamento pratico, adottato dai contraenti, ricalca, per struttura e funzione, la fattispecie legale, a esso si applicherà il relativo statuto normativo, comprensivo delle disposizioni inderogabili.

Declinando il discorso nella materia che ci occupa<sup>147</sup>, solo la deviazione dalla struttura contrattuale *ex* comma 50 e dall'interesse non patrimoniale di natura «familiare» del singolo negozio che dà sistemazione ai rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune, accertata a seguito di un controllo operato anche in chiave causale, può consentire alle parti di sottrarsi ai limiti che la legge n. 76 del 2016 pone. Nel qual caso sarà sufficiente che l'accordo possieda i requisiti sostanziali e formali previsti per la diversa figura negoziale all'interno della quale è inquadrabile, a seconda che esso persegua un fine liberale o avente natura meramente economica.

È noto che la causa negoziale<sup>148</sup> e il tipo contrattuale esprimono concetti differenti, tant'è che come più strumenti contrattuali possono adempiere alla stessa funzione<sup>149</sup>, così uno stesso tipo contrattuale può essere impiegato per più funzioni in concreto<sup>150</sup>. La causa del contratto concorre solamente, assieme ad altri elementi, a qualificare il modello

<sup>146</sup> Così T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, p. 33-34.

<sup>147</sup> Non esiste un unico elemento distintivo astratto per individuare i vari tipi negoziali, ma i criteri variano a seconda del tipo prescelto: cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 72 ss.

<sup>148</sup> Sulla nozione di causa, la letteratura è assai vasta e si limita il rinvio a E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nuoviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 386 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 573 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*; G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, p. 245 ss.; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, Milano, 1964, p. 11 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in *Trattato Bessone*, XIII, 3, *Il contratto in generale*, Torino, 1999, p. 5 ss.; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 4 ss.; V. SCALISI, *Il negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 92 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, p. 34 ss.

<sup>149</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 62 ss.; G. ALPA, *Causa e tipo*, cit., p. 12.

<sup>150</sup> A.A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, cit., p. 40.

legale, ma non può dall'una, in virtù di un automatismo, farsi discendere l'altro<sup>151</sup>. I criteri individuativi del tipo sono plurimi ed eterogenei, esprimendo quest'ultimo «un complesso di caratteristiche elastico, un insieme di dati individuanti che possono presentarsi con intensità variabile»<sup>152</sup>.

*In subiecta materia*, tenuto conto di queste direttrici, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile a un generico contratto stipulato tra i conviventi, con cui essi regolino tra loro aspetti di natura economica, sembra giocare un ruolo chiave (sebbene – lo si ribadisce – non sufficiente) l'interesse sotteso all'operazione negoziale, più che il mezzo prescelto per soddisfarlo. L'ampia gamma di contenuti che può assumere il contratto di convivenza (idealmente ricomprendente qualsiasi attribuzione patrimoniale, unilaterale o reciproca, tra le parti) impedisce di considerare la sua struttura bastevole per la qualificazione: è anche (e forse soprattutto) l'interesse concreto di natura familiare, volto a dare sistemazione agli aspetti patrimoniali della «vita in comune», a caratterizzare la categoria contrattuale, a contrapporre questo tipo ad altro, e a consentire di sussumere gli strumenti negoziali impiegati dai conviventi nella fattispecie di cui al comma 50.

Solo se la relazione affettiva rimane sullo sfondo e costituisce un semplice motivo che ha indotto alla stipulazione, l'analisi degli interessi sottesi all'operazione negoziale può evidenziare un intento rivolto all'adozione di un diverso schema tipico. Emblematica è la conclusione di un contratto di società tra due conviventi, che avevano comunque già intenzione di svolgere un'attività economica comune, con il conseguente assoggettamento integrale del contratto alle regole previste in campo societario<sup>153</sup>.

Il parametro dell'interesse familiare deve però essere precisato: i rapporti patrimoniali devono riguardare aspetti relativi alla costituzione e alla prosecuzione della vita in comune. Si tratta di valorizzare il richiamo contenuto nel comma 50, in cui non si fa riferimento generico a qualsiasi aspetto economico riguardante le parti, ma solo a quei rapporti patrimoniali che rappresentano le fondamenta della convivenza stessa e che ne consentono l'instaurarsi o la prosecuzione. Si pensi alla determinazione dell'obbligo di contribuzione materiale reciproca, alla

<sup>151</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 72 ss.

<sup>152</sup> Così G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 128.

<sup>153</sup> L'esempio è tratto da A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 188-189.



previsione di un diritto di abitazione per regolare la coabitazione o di un'attribuzione economica al termine del rapporto per provvedere alle esigenze del *partner* economicamente non autosufficiente.

Pertanto, non qualsiasi contratto che riguardi il *ménage* domestico rientra nella fattispecie; basterebbe, altrimenti, che un accordo tra i conviventi abbia contenuto patrimoniale e sia riferibile al rapporto familiare per ricomprenderlo nella fattispecie di cui al comma 53. In termini operativi, si immagini il seguente caso: il convivente, che volesse attribuire *causa familiae* al *partner*, benché per un breve lasso di tempo, un diritto di comodato su un bene – sarebbe tenuto a stipulare l'atto in forma pubblica o per scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato *ex* comma 51<sup>154</sup>.

Si tratta di una soluzione che pone, sotto l'aspetto pratico, notevoli ed evidenti inconvenienti e che non sembra, sotto il profilo teorico, valorizzare adeguatamente il richiamo alla «vita in comune» contenuto nel comma 50.

Se si guarda al rapporto tra gli interessi perseguiti e il regolamento che ne dà attuazione<sup>155</sup>, la concreta esigenza che sorregge il contratto di convivenza va individuata nella sistemazione dei rapporti giuridici a contenuto patrimoniale che servono strettamente alla convivenza di cui al comma 36. Diversamente opinando, qualsiasi regolamentazione patrimoniale tra conviventi, che trovi il suo fondamento nel vivere assieme o che sia a esso strumentale, rischia di essere inquadrata come contratto di convivenza<sup>156</sup>. Così, invece, non è: il comma 50 circoscrive la fattispecie a quegli accordi di natura economica relativi ad aspetti costitutivi e necessari alla vita in comune, ossia a profili che garantiscono la convivenza e che costituiscono stretta traduzione regolamentare della reciproca assistenza materiale fondante il rapporto.

Pertanto, potranno continuare a individuarsi singole operazioni economiche che, pur trovando giustificazione nella convivenza, non sono un contratto *ex* comma 50 – e saranno, ad esempio, attribuzioni donative, liberalità d'uso, negozi di comodato o di mutuo – in quanto

<sup>154</sup> È di questa opinione G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 947.

<sup>155</sup> Cfr. A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti. Intorno alla nozione di causa*, cit., p. 229 ss.

<sup>156</sup> Si arriverebbe così alla conclusione, non accettabile negli esiti, che regalare un anello o concedere in uso gratuito un qualsiasi bene al *partner*, in quanto rapporti patrimoniali connessi al vivere assieme, dovrebbero essere regolati dai commi 50 ss. della Novella.

non direttamente necessarie alla vita in comune. Solo al di fuori di simili ipotesi, va esclusa la possibilità per i conviventi *ex* comma 36 di stipulare contratti regolativi dei rapporti patrimoniali, sottraendosi alla regole inderogabili di disciplina stabilite dai commi 50 ss.

Quanto osservato rende dunque poco convincente l'opinione di chi ha ritenuto ammissibile la conclusione di accordi di convivenza «di diritto comune», tra conviventi «qualificati», purché aventi efficacia solamente *inter partes*<sup>157</sup>.

L'assunto muove dal presupposto che tutte le norme imperative previste dalla legge n. 76 del 2016 per disciplinare il contratto di convivenza (si pensi a quelle sui requisiti soggettivi, di forma e di contenuto) siano finalizzate unicamente a conseguire l'opponibilità ai terzi del contenuto del patto e a «imprimere ai beni un particolare regime di circolazione e responsabilità»<sup>158</sup>. In questa logica, sarebbe allora possibile derogare al tipo qualora il contratto di convivenza «di diritto comune» non contrasti con la *ratio* delle restrizioni imposte dalla Novella, il che accadrebbe nel caso in cui i suoi effetti siano limitati ai soli contraenti.

Ciò che si contesta a questa impostazione, pur autorevolmente sostenuta, riguarda la fondatezza della premessa logica di partenza. Non sembra che il complesso normativo di cui ai commi 50 ss. abbia come unica finalità quella di garantire l'opponibilità ai terzi del contenuto dell'accordo o di rendere efficace *erga omnes* l'adozione del regime di comunione legale dei beni. Si consideri, per un verso, l'esistenza di alcune norme imperative che non appaiono coerenti con l'individuata *ratio* (si pensi, su tutti, ai commi 58 e 65) e, per altro verso, la presenza di accordi il cui contenuto non sarebbe «utilmente» opponibile ai terzi (ad esempio, quelli aventi come oggetto il comma 53, lett. *b*). La premessa maggiore da cui muove l'opinione risulta perciò smentita dal dato positivo.

Nel nostro ordinamento, il regolamento di ciascun fatto negoziale è costituito dal complesso di norme del tipo a cui appartiene: individuati gli *essentialia negotii* di un certo modello contrattuale, ossia le ca-

<sup>157</sup> È la tesi espressa da G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1347 ss. Ammettono, pur con diversità di motivazioni, la conclusione di accordi «di diritto comune» tra conviventi «qualificati» anche F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1740; F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, p. 8; D. ACHILLE, *Comma 50*, cit., p. 627.

<sup>158</sup> Così G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1350.

ratteristiche necessarie e sufficienti per la sua riconoscibilità, si applicherà al contratto che li regola lo statuto normativo di riferimento. Il legislatore del 2016, individuando nell'interesse non patrimoniale di natura familiare (funzione) e nella regolamentazione di rapporti di natura economica tra conviventi «qualificati» relativi alla vita in comune (struttura) i criteri determinanti per la riconducibilità di un contratto alla fattispecie *ex* comma 50, ha sottoposto alla disciplina legale di cui alla Novella tutti gli accordi rispondenti al tipo normativo.

Lo spazio riservato ai c.d. «contratti di convivenza atipici» va allora circoscritto entro ambiti ben precisi.

Se con tale formula si intendono tutti quegli accordi con cui due soggetti disciplinano gli aspetti patrimoniali relativi alla loro vita in comune (nei termini già precisati), appaiono sin da subito evidenti gli strettissimi margini di operatività della figura. Tenuto conto del contenuto del tipo negoziale introdotto dalla legge n. 76 del 2016, potrebbe residuare uno spazio solamente per quegli accordi stipulati da conviventi non paraconiugali<sup>159</sup>, ossia da soggetti privi dei requisiti espressamente indicati dal comma 36 e richiamati in materia contrattuale dal comma 57.

Si pensi, ad esempio, alla convivenza assistenziale tra familiari o a quella tra una «badante» e il proprio assistito o, ancora, alla libera unione con un soggetto legalmente separato o alla coabitazione stabile tra amici stretti. Si tratta di rapporti, affettivi o meno, che esulano dalla presente indagine in quanto non conformi alla fattispecie definita dal legislatore, ma ciò non ostante da ritenersi meritevoli di tutela<sup>160</sup>.

I contratti «atipici» regolanti i rapporti economici tra questi soggetti assolvono a una funzione lecita e saranno regolati dal diritto comune; il che comporta, come si è già ampiamente dimostrato, l'applicazione a essi della disciplina del tipo, legale o giurisprudenziale, a cui più si avvicinano, tenuto conto del loro concreto contenuto.

<sup>159</sup> Il legislatore, riferendosi alla necessaria sussistenza di un legame affettivo di coppia, ha inteso escludere quelle forme di convivenza diverse da quella *more uxorio*: cfr. L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 923.

<sup>160</sup> In modo analogo, v. anche P. SIRENA, *Commi 57-58*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 682. Si dissente dunque, per le ragioni già esposte, dall'opinione, benché autorevole, espressa da L. GATT, *Comma 50*, cit., p. 620-621, secondo cui restano «nel limbo altamente rischioso della atipicità» tutti i patti non iscritti all'anagrafe *ex* comma 52 o conclusi tra conviventi non registrati *ex* comma 37.

Più in generale, poi, alle coppie a cui prima della Novella si riteneva applicabile la disciplina di fonte legale e giurisprudenziale riservata alle pregresse unioni di fatto e che sono state poi escluse dall'attuale definizione (ad esempio, i conviventi legalmente separati), continuerà ad applicarsi il c.d. diritto «vivente» anteriore al 2016<sup>161</sup>. Si tratta di un complesso di principi giurisprudenziali e di dati normativi che non sono stati cancellati o abrogati dalle nuove disposizioni, le quali non si sostituiscono *in toto* al diritto previgente, ma lo integrano o lo superano solo se incompatibile. La legge è intervenuta in un ambito già ampiamente giuridicizzato, tanto da omettere di dettare una disciplina in alcuni rilevanti settori (si pensi, su tutti, al profilo delle attribuzioni patrimoniali tra conviventi), che continueranno a essere regolati dalle preesistenti acquisizioni giurisprudenziali e legislative.

Nulla poi esclude che, in futuro, la dottrina e la giurisprudenza possano estendere in via analogica alcune delle norme della Novella anche ad altre formazioni sociali attualmente «di (mero) fatto», che, pur non qualificandosi come convivenze ai sensi del comma 36, risultano comunque meritevoli di tutela.

10. *Il contenuto di natura patrimoniale: profili generali.* – Il comma 50, coerentemente con la ricordata natura contrattuale del tipo, prevede che, con il contratto di convivenza, le parti possano disciplinare i soli rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune. Si tratta di un negozio che guarda tendenzialmente al futuro, in una dimensione anche (ma non solo) programmatica dei profili economici attinenti alle esigenze della coppia<sup>162</sup>.

In particolare, il comma 53 – dopo aver precisato che l'accordo reca l'indicazione dell'indirizzo di ciascuna parte, al quale sono effet-

<sup>161</sup> Per analoghe considerazioni, v. U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1753 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 866; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 932; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 204; E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, cit., p. 899; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, cit., p. 1; M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in *Giustiziacivile.com*, 2016, p. 11, il quale evoca il fenomeno delle famiglie poligamiche; P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, cit., p. 1072.

<sup>162</sup> Cfr. G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 700 e, ancora prima dell'introduzione della Novella, M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 744.

tuate le comunicazioni inerenti al contratto – individua alcuni dei contenuti tipici del patto che possono essere così riassunti:

- a) l'indicazione della residenza;
- b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune;
- c) il regime patrimoniale della comunione dei beni sul modello di quello previsto per i coniugi.

Il primo quesito che la norma suscita riguarda il carattere tassativo o meramente esemplificativo dell'elencazione proposta.

Il dubbio è facilmente risolvibile: come lascia intendere la formula linguistica impiegata dalla disposizione («il contratto *può* contenere...»), nonché l'ampia definizione contenuta nel comma 50, l'oggetto del patto risulta sicuramente più vasto rispetto a quello che traspare dal comma 53 e può anche ricomprendere accordi di carattere economico differenti rispetto a quelli descritti<sup>163</sup>.

A questo riguardo, merita peraltro osservare che metà dei contenuti negoziali inventariati dalla norma ha natura non patrimoniale: così per l'indicazione degli indirizzi relativi alle comunicazioni inerenti al contratto e per la residenza della famiglia. Si tratta degli unici aspetti non economici definibili *ex pacto*, che possono essere regolati purché non esauriscano il contenuto dell'accordo: dovendo il contratto di convivenza *ex* comma 50 «disciplinare i rapporti patrimoniali», sarà sempre necessario che esso contenga almeno una previsione avente carattere economico per essere definito come tale<sup>164</sup>.

Ulteriore interrogativo da sciogliere riguarda la validità di un contratto il cui oggetto sia privo di tutti i contenuti indicati dal comma 53.

Anche in questo caso la risposta non può che essere affermativa<sup>165</sup>.

Si presta anzitutto a questa lettura la ricordata formulazione della norma, secondo cui «il contratto *può* [e non *può solo*] contenere...» uno degli elementi elencati. In secondo luogo, tra le ipotesi di nullità

<sup>163</sup> Sulla stessa linea, v. ad esempio anche G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 22; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 949 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 210; E. QUADRI, «*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*» e «*convivenze*»: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, cit., p. 901-902; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 704 ss.

<sup>164</sup> U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1757.

<sup>165</sup> In modo analogo, v. anche U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1760.

del contratto di convivenza sancite dal comma 57, non vi è alcun riferimento al mancato rispetto di un contenuto minimo.

L'unico elemento che la norma sembra sempre richiedere – oltre a una clausola di natura patrimoniale – riguarda l'indicazione dell'indirizzo a cui verranno rivolte le comunicazioni inerenti al contratto. Trattasi di una previsione funzionalmente diretta a garantire alla parte (e al professionista che ha ricevuto o autenticato l'atto) l'immediata conoscenza dei recapiti dei conviventi nelle ipotesi in cui si realizzino le fattispecie contemplate dai commi 61 e 62.

L'eventuale mancato inserimento nel contratto del riferimento agli indirizzi non potrà comunque dare luogo a nullità dell'atto: oltre all'assenza di una previsione espressa, la violazione della norma non sembra nemmeno configurare una nullità virtuale, tenuto conto, per un verso, che essa non incide sulla struttura dell'atto e, per altro verso, che il mancato rispetto degli interessi protetti dal disposto non può giustificare l'applicazione di una sanzione così grave<sup>166</sup>.

Quanto osservato in tema di autonomia privata, al cui ambito il contratto di convivenza va ricondotto, milita, infine, a favore della validità del patto che non preveda alcuna delle indicazioni stabilite dalla norma.

A questo riguardo, si è criticata l'evidente sinteticità dei contenuti proposti, tenuto conto che, nella prima versione del testo del disegno di legge, erano stati inseriti riferimenti ulteriori riguardanti, ad esempio, i diritti di natura patrimoniale derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte; la possibilità di succedere *ex pacto* al *partner* in deroga al divieto di cui all'art. 458 c.c.; o, ancora, l'obbligo di corrispondere al convivente economicamente «debole» un assegno di mantenimento nei casi di risoluzione del contratto<sup>167</sup>.

Pur nel silenzio del legislatore, e ad eccezione del riferimento ai patti successori, sembra che i contenuti espunti – sebbene con qualche

<sup>166</sup> Così anche per P. SIRENA, *Commi 57-58*, cit., p. 688; A.M. BENEDETTI, *Il controllo sull'autonomia: la forma dei contratti di convivenza nella legge n. 76/2016*, in *Famiglia*, 2017, p. 22; G. BUFFONE, *Il contratto di convivenza*, cit., p. 503. L'assenza dell'indirizzo potrà, al più, configurare una responsabilità del professionista non tanto per aver violato norme imperative *ex* comma 51, ma unicamente nell'ipotesi in cui, a causa dell'omissione, venga cagionato un danno a una delle parti o a un terzo.

<sup>167</sup> Per una più approfondita disamina sul punto si rimanda a G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 948-949.

difficoltà ricostruttiva<sup>168</sup> – possano comunque essere oggetto del patto, al pari di quelli considerati ammissibili prima dell'introduzione della Novella. Non va però sottaciuto che una loro espressa indicazione nel comma 53 avrebbe senz'altro facilitato il compito dell'interprete e avrebbe costituito un importante incentivo per la promozione e la diffusione dello strumento negoziale tra i conviventi.

In questo contesto, va segnalata l'opinione di chi, per un verso, ha ritenuto che i tre requisiti, di cui alle lett. *a*), *b*), e *c*) del comma 53, rappresentino il perimetro massimo attribuito all'autonomia privata dei conviventi, sostenendo che il contratto possa avere esclusivamente una funzione programmatica di tipo informativo (parte iniziale del comma 53 e lett. *a*), contributivo (lett. *b*) o distributivo (lett. *c*); e, per altro verso, ha individuato nel riferimento alla «vita in comune» un ulteriore limite contenutistico al patto, nel senso di impedire che esso possa disciplinare quei rapporti patrimoniali che attengono allo scioglimento del rapporto di coppia e agli effetti di ordine economico che ne derivano: «una cosa sono pertanto “i contratti di convivenza” (secondo la nuova legge), altra cosa i “contratti in caso di cessazione della convivenza” (secondo il diritto generale dei contratti)»<sup>169</sup>.

Si tratta di una ricostruzione che suscita una serie di rilievi critici.

Verrebbe da replicare, con il filosofo, che la fine della convivenza, così come della vita, «è, prima di tutto, un'imminenza che sovrasta»<sup>170</sup>: non ne rappresenta solo il momento finale, ma un elemento costitutivo. Il richiamo alla «vita in comune» deve dunque ritenersi comprensivo degli aspetti relativi al suo inizio e al suo termine, poiché anche la cessazione dell'unione è un aspetto strettamente legato all'evoluzione del rapporto nel tempo.

D'altra parte, in linea generale, nessuno dubita che un contratto possa disciplinare anche profili relativi o conseguenti al suo scioglimento: risulterebbe dunque ingiustificatamente restrittivo leggere nella locuzione «vita in comune» un riferimento ai rapporti patrimoniali relativi alla sola fase della permanenza della stessa.

E a nulla varrebbe replicare argomentando, per un verso, che il comma 53 elenca solamente profili emergenti *manente relatione* o, per

<sup>168</sup> Il riferimento è alle pattuizioni relative alla cessazione della convivenza per cause diverse dalla morte: si rinvia a quanto si dirà nel successivo § 16.

<sup>169</sup> Così per F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016*, n. 76, cit., p. 1741 e 1745.

<sup>170</sup> Il passo (tradotto in italiano) è tratto da M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Halle, 1927, p. 305.

altro verso, che il diritto di recesso, *ex* comma 59, lett. *b*), presuppone un contratto che guarda al futuro e non un contratto che vuole irrevocabilmente fissare diritti e obblighi tra le parti<sup>171</sup>.

In primo luogo, si è già sottolineato come il comma 53 non esaurisca affatto i possibili contenuti di ordine economico del patto, come lascia chiaramente intendere l'ampia formula iniziale «il contratto *può* [e non *può solo*] contenere...». Quanto al recesso, esso deve essere interpretato come «recesso» dalla convivenza e non dal contratto<sup>172</sup>; ma anche a volerlo intendere come attribuzione di un diritto potestativo di scioglimento del solo accordo, la previsione comunque si giustifica a mente del carattere dispositivo della regola sancita dall'art. 1373, comma 1, c.c.

La norma ammette un patto contrario, potendo le parti prevedere l'esercitabilità del recesso anche dopo l'esecuzione, ancorché si tratti di negozi aventi effetti reali immediati<sup>173</sup>. Pertanto, se è ammessa una deroga pattizia, non si vede come non possa contemplarsi (e considerarsi comunque coerente con l'attribuzione di un diritto di recesso) una eventuale deroga *ex lege*, come quella stabilita per tale ipotesi dal combinato disposto dei commi 53 e 59. Ne consegue che il recesso potrà esercitarsi anche su quei patti che trasferiscono immediatamente la proprietà di uno o più beni, sia a titolo di contribuzione alle necessità della vita in comune, sia in vista dello scioglimento del rapporto<sup>174</sup>.

Nei limiti sanciti dal comma 50, il contratto di convivenza potrà

<sup>171</sup> Anche in questo caso si fa riferimento all'opinione espressa da F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016*, n. 76, cit., p. 1741.

<sup>172</sup> Si rinvia a quanto si approfondirà nel § 19.

<sup>173</sup> Cfr., tra molti, G. BALBI, *Il contratto estimatorio*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, p. 91 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1971, p. 1083; G. DE NOVA, *Il recesso*, in *Trattato Rescigno*, 10, *Obbligazioni e contratti*, 2, Torino, 1995, p. 641; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 738-739; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 100 (per il quale però sarebbe necessario altresì stabilire un termine per l'esercizio del recesso); M. DELLA CASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 122. In giurisprudenza, v. ad esempio Cass., 24 gennaio 1980, n. 588, in *Riv. not.*, 1980, p. 953; Cass., 25 gennaio 1992, n. 812, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 120; Cass., 27 febbraio 1990, n. 1513, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 276.

<sup>174</sup> Tuttavia, se il rapporto di convivenza è già cessato e ciò non ostante gli (ormai) ex conviventi stabiliscano *ex pacto* reciproche attribuzioni, si esulerà dal paradigma sancito dal comma 50 poiché, tra i suoi presupposti soggettivi, vi è l'esistenza di uno stabile legame affettivo di coppia. In tal caso, le attribuzioni patrimoniali potranno trovare giustificazione causale in altro schema negoziale (nella maggioranza dei casi, quello donativo).



dunque avere il contenuto economico più vario relativo alla «vita in comune» e prevedere, ad esempio, il pagamento di una somma di denaro periodica, o (come si vedrà) in un'unica soluzione al momento dello scioglimento della convivenza; il trasferimento della proprietà di uno o più beni, mobili o immobili; l'uso di un'abitazione o di altro bene sotto forma di comodato o usufrutto o altro diritto personale o reale di godimento.

Non convince, viceversa, l'opinione di chi ritiene che il contratto possa anche contemplare clausole non patrimoniali ammesse dalla vigente normativa, pur se non previste dalla Novella<sup>175</sup>.

Si fa riferimento agli accordi di maggiore interesse per i figli *ex art. 337 ter c.c.*, relativi alla loro istruzione, educazione, salute e alla scelta della residenza abituale, ovvero riguardanti la ripartizione delle spese del loro mantenimento o affidamento in caso di rottura della convivenza; nonché alle previsioni di cui ai commi 40 (designazione del *partner* quale rappresentante in caso di malattia, che comporti incapacità di intendere e di volere, o in caso di morte per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie) e 48 (designazione del convivente come futuro tutore, curatore o amministratore di sostegno).

Si tratta di clausole aventi contenuto non economico e dunque non ammesse ai sensi del comma 50, per le quali le parti potrebbero anche impiegare la forma della scrittura privata, salvo il disposto di cui al comma 41.

Tuttavia, qualora venissero inserite in un contratto di convivenza, non ostante il controllo che il notaio e l'avvocato sono tenuti a compiere *ex comma 51*, queste previsioni non potranno reputarsi nulle: dovranno solamente considerarsi estranee al contenuto tipico del contratto *ex comma 50*, benché inserite nel medesimo documento negoziale. Con la conseguenza che se il contratto di convivenza fosse nullo, ad esempio, per difetto di forma o nelle altre ipotesi contemplate dal comma 57, i contenuti atipici in parola rimarranno produttivi di effetti, salvo che la causa d'invalidità del patto non sia anche causa di nullità degli stessi<sup>176</sup>. Si è, infatti, chiarito che ciò che è «tassativo» (e dunque

<sup>175</sup> Così per G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 29-30. Per un approfondimento sulla generale deducibilità *ex pacto* di obblighi di natura personale, si rinvia a quanto verrà esposto nel § 15.

<sup>176</sup> Si immagini, a titolo esemplificativo, la conclusione di un contratto *ex comma 50* tra soggetti non conviventi: la nullità negoziale travolgerà anche le clausole con cui si avvalgono dei diritti previsti dai commi 40 e 48.

necessario tipologicamente) è il contenuto patrimoniale del contratto richiamato dal comma 50: entro quest'ambito i conviventi godono di un'ampia libertà nella regolazione delle vicende economiche relative alla loro vita in comune.

Deve, infine, ritenersi che, mediante la stipula di un contratto di convivenza, le parti possano limitarsi a qualificare le pregresse attribuzioni patrimoniali «isolate»: in questa ipotesi, il patto assumerà la veste di un negozio configurativo o ricognitivo della causa negoziale<sup>177</sup>, idoneo a dare stabilità agli intervenuti spostamenti di ricchezza soprattutto nelle ipotesi dubbie.

Nulla esclude, simmetricamente, che il medesimo effetto possa guardare al futuro, nel caso in cui i conviventi qualificano anteriormente la causa delle elargizioni che verranno in seguito compiute.

Limite comune a queste previsioni risiede nel già ricordato rapporto tra interessi sottostanti alla singola prestazione patrimoniale che s'intende qualificare e struttura precettiva nella quale si articola il regolamento: solo se l'attribuzione è funzionalmente connessa al rapporto affettivo *ad modum coniugii*, i conviventi potranno conferire alla stessa una «causa familiare» tramite un successivo accordo. Viceversa, se l'attribuzione «isolata» esula dal fine enunciato dal comma 50, la stessa non potrà comunque essere «recuperata» *ex facto* in quanto lo strumento negoziale introdotto con la Novella consente unicamente di disciplinare tra le parti i «rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune».

11. *Il regime pattizio di reciproca assistenza materiale.* – Uno dei contenuti più rilevanti di un contratto di convivenza, ancorché nella prassi risulti raramente oggetto di negoziazione, è quello stabilito dalla lett. b) del comma 53, inerente alle «modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo».

Riecheggia, nella formulazione della norma, la previsione contenuta nell'art. 143, ultimo comma, c.c. in materia matrimoniale, a riprova della logica «imitativa» che anche la regolazione della convivenza rivela rispetto al modello coniugale. Tuttavia, mentre tra gli sposi il dovere di assistenza materiale ha fonte legale e inderogabile *ex art.* 160 c.c., nella convivenza diviene un obbligo coercibile solo se assunto

<sup>177</sup> È la tesi espressa da G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1768.

volontariamente in un contratto ai sensi della citata lett. *b*). La previsione ha così eliminato qualsiasi dubbio residuo in merito alla (im)possibilità di regolare *ex pacto* i doveri morali e sociali di contribuzione, tradizionalmente ricollegati al fenomeno della convivenza<sup>178</sup>.

Sotto il profilo dell'oggetto, la disciplina della contribuzione può avere un contenuto assai ampio e riguardare, ad esempio, la corresponsione di somme di denaro periodiche o *una tantum*, la messa a disposizione di uno o più beni per il soddisfacimento dei bisogni comuni o l'apporto della propria attività lavorativa anche domestica<sup>19</sup>.

Trattandosi di diritti patrimoniali disponibili, i conviventi godono comunque di un'ampia libertà<sup>180</sup>.

Le parti potrebbero così decidere di vincolare l'obbligo contributivo (e, in particolare, il suo venire meno) a determinati eventi, come la futura perdita del posto di lavoro o l'inaffettuato esito di un investimento produttivo. Si è poi sostenuta la possibilità di ricollegare la durata del vincolo negoziale alla permanenza del rapporto affettivo<sup>181</sup>. Simili previsioni, concretando una condizione risolutiva potestativa, pongono dei problemi di coordinamento con il divieto contenuto nel successivo comma 56, sul quale ci si interrogherà poco oltre<sup>182</sup>.

Per ora è sufficiente rilevare che l'espressa subordinazione degli effetti contrattuali al persistere della convivenza rischia di essere una clausola sostanzialmente pleonastica: è evidente che, venuti meno i presupposti soggettivi del patto, a seguito della conclusione della vita in comune, cessa anche l'esigenza di contribuire ai bisogni della (ormai disciolta) famiglia, che con il contratto si è inteso regolare<sup>183</sup>.

<sup>178</sup> Si rinvia per un approfondimento della questione a quanto analizzato nel cap. III, § 9.

<sup>179</sup> È noto che l'obbligo di assistenza materiale – similmente a quanto accade nel rapporto matrimoniale – può essere assolto sia direttamente con il lavoro casalingo, sia attraverso i proventi derivanti dal lavoro professionale o con altri beni.

<sup>180</sup> Sulla generale disponibilità dei diritti patrimoniali, v. P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 2.

<sup>181</sup> G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 949-950.

<sup>182</sup> Si rinvia all'analisi contenuta nel § 14.

<sup>183</sup> Si dissente, pertanto, dalla affermazione di G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 951, secondo cui «una siffatta cautela appare consigliabile per il *partner* che figuri quale unico (o prevalente) obbligato e voglia porsi al riparo dal rischio di dover continuare ad adempiere anche dopo la rottura del legame»: trattasi, infatti, per le ragioni anzidette, di un rischio inesistente.

Un ulteriore aspetto riguarda la possibilità di fissare dei limiti temporali, massimi o minimi, all'obbligo di contribuzione.

Una simile clausola, oltre a essere in potenziale conflitto con la previsione contenuta nel comma 56 (di cui si dirà in seguito), sembra anche contrastare con l'incondizionato diritto di recesso dal patto sancito dal comma 59, lett. *b*). La norma, infatti, nel suo significato letterale – sul quale si nutrono fondati dubbi e che sarà oggetto di riconsiderazione<sup>184</sup> – pare consentire alle parti di sciogliersi *ad nutum* dal vincolo.

Ora, anche a voler attribuire alla disposizione un significato aderente a quanto dispone l'art. 1373 c.c., va comunque osservato che la natura pienamente disponibile dei diritti patrimoniali, che in essa sono disciplinati, consente ai conviventi di derogarvi, prevedendo che l'esercizio del recesso non faccia venire meno l'efficacia della clausola temporale eventualmente inserita<sup>185</sup>.

Il vero dubbio interpretativo che l'art. 53, lett. *b*), pone riguarda la portata della norma nella parte in cui parametrizza la contribuzione convenzionale tra i conviventi «alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo».

In quanto norma priva di sanzione espressa, spetta all'interprete desumerne la natura imperativa o dispositiva, sulla base dei principi generali dell'ordinamento e del complesso normativo all'interno del quale essa è inserita.

La soluzione è duplice: si può ritenere che la previsione segni il limite tassativo sotto od oltre il quale l'obbligo non può essere pattuito (con la conseguente nullità di un'intesa contraria), ovvero considerarla un canone interpretativo dell'accordo, che consente di verificare la coerenza del suo contenuto con il requisito strutturale del fatto-convivenza, rappresentato dalla reciproca assistenza materiale prevista dal comma 36. In particolare, il dubbio riguarda quegli accordi nei quali l'obbligo di soddisfare le esigenze economiche è posto in capo a una sola parte o in cui la misura della contribuzione ai bisogni comuni sia determinata in modo sproporzionato, senza tenere conto delle sostanze e della capacità di lavoro di ciascun convivente.

Deve anzitutto escludersi un'applicazione analogica di quanto dispone l'art. 143, comma 3, c.c. Questa norma, assistita dall'inderogabi-

<sup>184</sup> Si rimanda alle considerazioni che verranno esposte nel § 19.

<sup>185</sup> G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 951-952.

lità di cui all'art. 160 c.c., riguarda unicamente il rapporto di coniugio (e ora anche l'unione civile in virtù del rinvio operato dal comma 13), mentre non è richiamata in tema di convivenza. In quest'ambito, si è già dimostrato che le disposizioni previste dagli artt. 143 ss. c.c. per la famiglia legittima non possono essere estese a quella di fatto, in cui vivono spazi di autonomia assai più ampi rispetto a quelli riconosciuti ai coniugi<sup>186</sup>.

Se si guarda poi al contesto in cui la previsione del comma 53 è inserita, non sembra che a essa possa essere attribuita in via interpretativa una natura pubblicistica in quanto asseritamente attuativa dei precetti costituzionali di parità e di solidarietà tra i componenti dell'unione. Anche a questo riguardo, vale quanto osservato in ordine al principio dell'autonomia privata all'interno della famiglia di fatto e alla natura disponibile dei diritti patrimoniali dei suoi componenti. Si consideri, peraltro, che sarebbe illogico ritenere del tutto liberi i conviventi di fissare o meno l'obbligo pattizio di reciproca assistenza materiale, ma poi attribuire natura imperativa al solo criterio imposto dalla norma, con conseguente invalidità del patto contrario.

I conviventi potranno, quindi, stabilire liberamente la misura dell'obbligo di contribuzione e il modo in cui adempierlo, anche discostandosi dal canone di proporzionalità sancito dal comma 53, lett. b)<sup>187</sup>, senza che per questo l'accordo risulti nullo.

Rimane allora da chiedersi quale sia la rilevanza da attribuire al parametro fissato dalla norma al fine di non svuotarla del tutto di contenuto precettivo. Tre le possibili risposte.

<sup>186</sup> Non condivisibile appare dunque l'affermazione contenuta nella sentenza resa dal Trib. Savona, 29 giugno 2002, in *Fam. dir.*, 2003, p. 596, secondo cui l'art. 143 c.c. potrebbe essere applicato per analogia alla famiglia di fatto.

<sup>187</sup> In modo analogo, v. G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 950; U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1760; G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 26. Ancora prima della legge n. 76 del 2016, v. G. FER-RANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 603: «personalmente faccio fatica a ritenere non meritevole di tutela un accordo che determini in modo del tutto diverso rispetto ai criteri indicati dall'art. 143 c.c. i modi in cui ripartire tra i conviventi gli oneri della vita in comune». In senso contrario, v. però P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, cit., p. 1079, secondo il quale «il contratto di convivenza è nullo quando le parti contrattuali abbiano inteso derogare al dovere di contribuzione (c.d. primario) alla necessità della vita in comune ... In tali casi, la nullità si estende all'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419, comma 1°, cod. civ., trattandosi di obbligo inderogabile che è essenziale e causalmente caratterizzante del contratto».

a) Pare, anzitutto, che il riferimento «alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo» fondi un criterio interpretativo delle ipotesi dubbie, nelle quali, non ostante la previsione contrattuale, la misura della contribuzione risulti oscura o indefinita.

Si pensi, ad esempio, alla clausola con cui i conviventi stabiliscano solamente che essa spetti «in misura eguale» a entrambi, senza predefinizione del *quantum*: interpretata nel suo significato letterale, la clausola condurrebbe a una ripartizione aritmetica degli oneri; viceversa, qualora si impieghi in chiave ermeneutica il riferimento alla proporzionalità di cui alla lett. b), essa deve armonizzarsi con le capacità economiche di ciascun convivente, nel senso di ritenere che gli impegni contributivi si suddividano in misura «proporzionalmente eguale» alle possibilità di ciascuno<sup>188</sup>.

b) Il richiamo alla proporzionalità assume poi valore di canone interpretativo nei casi in cui la causa «familiare» dell'accordo risulti incerta.

La norma, di cui al comma 53, lett. b), nella parte in cui prevede il carattere di reciprocità della contribuzione, fissandone la soglia<sup>189</sup>, non fa altro che ribadire la necessità che i conviventi siano uniti da legami affettivi di «*reciproca* assistenza morale e materiale», secondo la definizione offerta dal comma 36<sup>190</sup>. E nel riaffermare questa esigenza la disposizione indica proprio nell'adeguatezza alle possibilità patrimoniali o lavorative di ciascun convivente il canone per valutare il rispetto del ricordato elemento strutturale della fattispecie.

Pertanto, ciò che impedisce alle parti di obbligarsi tramite un contratto di convivenza a prestazioni ingiustificatamente asimmetriche non

<sup>188</sup> L'esempio è tratto dalla ricordata sentenza del Trib. Savona, 29 giugno 2002, cit.

<sup>189</sup> Sotto questo profilo, dirimente appare il richiamo alle sostanze «di ciascuno» per definire il contenuto del relativo obbligo. Sulla «idea egualitaria» in cui i doveri di assistenza morale e materiale sono «assolutamente reciproci e simmetrici», cfr. V. ROPPO, voce *Coniugi*, I, *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma 1988, p. 3; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, cit., p. 1037.

<sup>190</sup> Secondo una parte della dottrina, i conviventi non potrebbero escludere *ex pacto* il dovere di contribuzione ai bisogni della vita in comune, ma solo regolarne il contenuto: cfr. E. QUADRI, «*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*» e «*convivenze*»: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, cit., p. 893; E. RUSSO, *La convivenza giuridica (di fatto)*, in *Vita not.*, 2016, p. 567 ss.; D. ACHILLE, *Comma 53*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 653.

è tanto il carattere imperativo del comma 53, lett. *b*) (con conseguente nullità di ogni patto contrario), quanto la deviazione della clausola dal contenuto del tipo contrattuale. Ciò consente di recuperare l'efficacia dell'accordo riqualificandolo, purché ne sussistano i presupposti di sostanza e di forma, in altro contratto: non può esistere una convivenza qualificata *ex* comma 36 (e dunque nemmeno un contratto regolativo degli aspetti patrimoniali del vivere in comune) in assenza di «*reciproca* assistenza morale e materiale».

Il criterio della proporzionalità delle prestazioni costituisce allora un parametro determinante per ricostruire gli interessi sottesi alla conclusione di un patto qualora vengano in esso determinate le modalità di contribuzione. A questo proposito, si immagini la previsione di un obbligo di assistenza materiale unilaterale o, sebbene gravante su entrambi, del tutto «sbilanciato» a favore di uno dei *partner*: la sproporzione, se non giustificata dallo squilibrio esistente tra i redditi e le possibilità economiche o lavorative dei conviventi o da altre cause di temporanea o permanente forza maggiore, diventa indice di deviazione del negozio dal paradigma fissato dal comma 50.

In altre parole, l'ultimo degli esempi prospettati sembra far conseguire al *partner* un arricchimento non più giustificato dall'interesse «familiare». L'accordo può allora essere letto in chiave liberale: il raffronto tra interessi perseguiti e struttura precettiva, nella quale si articola il regolamento negoziale, fa emergere una causa donativa che sorregge o affianca la previsione.

A questo riguardo, può essere valorizzato anche il riferimento alle «necessità» della vita in comune, contenuto nel comma 53, lett. *b*).

Si tratta di un ulteriore indice della presenza della causa «familiare» dell'accordo: se le attribuzioni, a cui i conviventi si obbligano, risultano non necessarie al *ménage* domestico, deve tendenzialmente escludersi che il contratto che le preveda sia volto a disciplinare le modalità di contribuzione connesse alla relazione, come impone il comma 50. In questo caso, occorrerà riqualificare l'atto in chiave donativa, poiché l'assenza di un nesso tra i doveri di apporto economico o lavorativo e le esigenze della vita in comune non permette di ricondurre il contratto al tipo legale. Emblematici appaiono i casi in cui uno dei conviventi, in ristrettezze economiche, si impegni a trasferire al *partner* un'ingente somma di denaro ogni anno o ad acquistare antichi mobili di pregio per arredare l'abitazione comune.

Va tenuto presente, tuttavia, che la verifica sulla natura della clausola *ex* comma 53, lett. *b*), deve essere sempre effettuata tenendo conto

della situazione concreta in cui si svolge il rapporto, dell'intensità del particolare legame affettivo e delle sostanze di ciascuno, nonché del tenore di vita che le parti hanno inteso darsi nel loro comune interesse; senza tralasciare un'indagine che, per un verso, guardi anche a un'eventuale futura occasione di incremento o depauperamento patrimoniale, considerata dalle parti nel momento in cui si determinavano a stabilire modalità di contribuzione non equilibrate, o che, per altro verso, tenga conto delle attribuzioni spontaneamente eseguite dal convivente esentato (in tutto o in parte) *ex pacto*.

Pertanto, solo se la sproporzione è ingiustificata e supera il limite oltre il quale l'interesse non è più originato dalla convivenza, può porsi un problema di ripetizione di quanto versato e di esperibilità del rimedio di cui all'art. 2041 c.c., qualora non si rinvenga un'altra causa (come, tipicamente, quella donativa) che sorregge l'atto<sup>191</sup>. Viceversa, in assenza di chiari indici di devianza rispetto alla causa «familiare», le attribuzioni convenzionalmente previste (durante o al termine del rapporto) troveranno giustificazione nella convivenza in sé.

In ogni caso, deve escludersi che l'eventuale domanda di restituzione delle prestazioni eseguite possa fondarsi su un giudizio in termini equitativi del patto: la sproporzione può rilevare soltanto sotto il profilo causale, ma non consente di sindacare le scelte compiute dalle parti in chiave di equità.

Sotto questo profilo, oltre al rilievo che tradizionalmente lo squilibrio in materia contrattuale non è di per sé motivo di invalidità o illegittimità, salvo le ipotesi patologiche previste dalle legge, s'impongono in tema di convivenza garanzie ulteriori<sup>192</sup>. In primo luogo, in essa

<sup>191</sup> G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 163; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 753.

<sup>192</sup> Non va, tuttavia, sottaciuta la crescente rilevanza che all'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, anche ai fini del giudizio sulla validità dell'atto negoziale, attribuisce parte, anche importante, della dottrina: cfr., ad esempio, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss., ora in *Id.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 441 ss.; V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 671 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 235 ss.; E. LA ROSA, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo di gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2003, p. 239 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20 ss.; V. ROPPO, *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 515 ss.; M. DEL-LACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in



emergono profili personalissimi dell'esistenza che non ammettono, ancor di più rispetto ai modelli di diritto comune, un controllo esterno<sup>193</sup>. In secondo luogo, la convivenza è l'emblema dei principi di autonomia privata e di libertà del volere, che governano la scelta di dare vita a un rapporto non formalizzato e sorreggono l'affidamento nella stabilità di quanto pattuito in accordo con il *partner*<sup>194</sup>. Si tratta di principi che pongono ostacoli all'intervento eteronomo, rispetto alla scelta dei conviventi in ordine al *quantum* del dovere di mantenimento, compiuto dal giudice sulla base di un parametro (l'equità) non voluto dalle parti, né determinabile in base a criteri oggettivi.

Le considerazioni che precedono consentono dunque di dissentire con quanti attribuiscono, in virtù del riferimento alla reciprocità proporzionale dei doveri di assistenza materiale, una natura sinallagmatica al contratto o mettono «in dubbio la legittimità di quelle clausole del contratto di convivenza che ponessero in capo ad uno dei conviventi doveri di contribuzione economica o lavorativa per garantire un obiettivo di vita in comune capriccioso o puramente voluttuario»<sup>195</sup>.

A prescindere dalla considerazione che il patto potrebbe anche non prevedere obblighi bilaterali se la diversità di sostanze di ciascuno lo consente, si è già dimostrato che le prestazioni, pur se reciproche, non si giustificano comunque l'una con l'altra, ma sono sorrette dalla causa di tipo «familiare» fondante il contratto. Inoltre, l'eventuale presenza di obblighi «sproporzionati», o che esulano dalle necessità della coppia, non può fondare il ricorso a un canone di diretta nullità dell'atto: in questa circostanza, deve essere adottato un approccio funzionale, riqualificando il negozio in termini donativi.

---

*Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 324 ss.; S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, *ivi*, 2015, p. 744 ss. Anche giurisprudenza recente ha iniziato a sindacare lo «squilibrio contrattuale inaccettabile» sulla base dei parametri offerti dagli artt. 2, 41, 42 e 44 Cost.: v. Cass., 26 novembre 2002, n. 16679, in *Vita not.*, 2003, p. 266; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, *ivi*, 2009, p. 1441; Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, in *Giur. it.*, 2012, p. 543.

<sup>193</sup> F. DE SCRILLI, *I patti di convivenza*, *cit.*, p. 852.

<sup>194</sup> M.G. GIAMMARINARO, *Gli accordi di convivenza. Un possibile approccio giuridico all'autoregolamento delle relazioni di coppia*, in *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, a cura di F. Grillini e M.R. Marella, Napoli, 2001, p. 65.

<sup>195</sup> È la tesi espressa da F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016*, n. 76, *cit.*, p. 1743. Per la natura anche sinallagmatica, v. inoltre L. NONNE, *Commi 59-60*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 706.

c) Il terzo e ultimo profilo di rilevanza si coglie con riguardo alla natura di contratto di durata o a esecuzione differita del patto di convivenza e al controllo delle c.d. sopravvenienze.

Il percorso compiuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema della rinegoziazione ha evidenziato l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un dovere che impone alle parti di contrattare nuovamente in presenza di una sopravvenienza secondo il parametro della buona fede<sup>196</sup>. Su queste premesse, il richiamo alla proporzionalità può fungere da canone di valutazione (anche giudiziale) del perdurare degli obblighi di contribuzione, fissati nel contratto, qualora si verificano circostanze successive che rendano inadeguato l'accordo alla luce di esse.

A questo riguardo, vanno segnalati i casi della perdita del posto lavorativo, del verificarsi di un dissesto patrimoniale, dell'insorgere di una malattia, del trasferimento in altro luogo di lavoro, e così via, che non siano stati espressamente contemplati dai conviventi nel patto<sup>197</sup>. Se si riscontrassero questi eventi impreveduti e sorgesse un contenzioso sull'*an* e sul *quantum* del dovere pattizio di assistenza materiale, il riferimento *ex* comma 53, lett. b), «alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo» consentirebbe alle parti di rintracciare un chiaro parametro legale per valutare la doverosità della revisione dell'accordo e della rideterminazione del suo contenuto, eventualmente anche per via giudiziale.

Un ultimo profilo controverso riguarda l'applicabilità al patto *ex* comma 50 della disciplina contrattuale sull'inadempimento prevista dagli artt. 1453 ss. c.c.

Il dubbio si giustifica solo con riferimento a quei contratti in cui le parti prevedano reciproche prestazioni volte a soddisfare le esigenze comuni; mentre deve senz'altro escludersi nei casi in cui vengano stabi-

---

<sup>196</sup> Imprescindibili sul tema risultano, ad esempio, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 774 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801 ss.

<sup>197</sup> Cfr. anche U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1760; D. ACHILLE, *Comma 50*, cit., p. 631-632.

liti, nelle ipotesi considerate ammissibili, obblighi unilaterali di contenuto economico.

Per comprendere i termini del problema, occorre rievocare alla mente le considerazioni espresse in precedenza sulla natura del contratto di convivenza.

Si è detto che la funzione di natura «familiare» attribuibile al negozio impedisce di scorgere in esso una causa di scambio, che giustificerebbe l'applicabilità delle norme previste per i rapporti sinallagmatici. Risulta inesistente alcun rapporto di corrispettività tra le attribuzioni patrimoniali contemplate nell'accordo, le quali si giustificano a mente delle esigenze connesse alla vita in comune delle parti. Pertanto, a mero titolo esemplificativo, in caso di inadempimento, il contratto di convivenza non potrà risolversi *ex art. 1453 c.c.*, né produrrà effetto un'eventuale diffida *ex art. 1454 c.c.*<sup>198</sup>

Una conferma di questo assunto può ricavarsi anche in quanto dispone il comma 59 che, nell'elencare le cause di risoluzione del patto, non contempla la risoluzione per inadempimento.

In ogni caso, il convivente che subisce la mancata esecuzione dell'altrui prestazione non rimane privo di tutela: egli avrà comunque a disposizione l'azione di adempimento e quella per il risarcimento del danno, potendo comunque determinare lo scioglimento del rapporto ai sensi del comma 59.

12. *Il regime pattizio della comunione legale dei beni.* – Il comma 53, lett. c), introduce l'elemento di maggiore novità rispetto al passato, attribuendo ai conviventi la possibilità di optare per la comunione degli acquisti prevista per i coniugi nella sezione III del capo IV del titolo VI del Libro I del Codice civile<sup>199</sup>.

Diversamente da quanto accade per la famiglia legittima, il regime «legale» dei conviventi è quello della separazione dei beni o, più esattamente, dell'assenza di un regime speciale<sup>200</sup>: mentre per i coniugi val-

<sup>198</sup> Ritiene viceversa applicabili le norme di cui agli artt. 1453 ss. c.c., ad esempio, T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 17.

<sup>199</sup> Osserva condivisibilmente F. MACARIO, *Comma 52*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 645, che l'ipotesi di ricorso dei conviventi al regime di comunione legale, attualmente recessivo e in declino, sarà verosimilmente assai marginale.

<sup>200</sup> Cfr. G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 954.

gono comunque delle regole particolari sull'amministrazione e sul godimento dei beni in proprietà esclusiva (artt. 217-219 c.c.), nella libera unione un regime speciale è applicabile solo in base a una scelta espressa comune alle parti; essa consente di far rientrare in comunione legale qualsiasi acquisto compiuto, insieme o separatamente, dai conviventi. La disciplina sarà del tutto speculare a quella prevista per il rapporto matrimoniale, a cui la Novella rinvia integralmente<sup>201</sup>.

Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il comma 52 prescrive al professionista, che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51, di trasmetterne copia, entro i successivi dieci giorni, al Comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli artt. 5 e 7 del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223<sup>202</sup>.

S'impone così ai terzi un nuovo onere in sede di contrattazione con un soggetto convivente e, più in generale, ogniqualvolta ci si interroghi sul regime di titolarità in ordine a un determinato bene: dovrà sempre verificarsi, anche con riguardo a persone non coniugate o non unite civilmente, il regime patrimoniale, richiedendo l'esibizione della certificazione anagrafica<sup>203</sup>.

Il comma 54 stabilisce, poi, che il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51. Non si richiede perciò la forma dell'atto pubblico e la presenza di due testimoni, come avviene per le convenzioni tra i coniugi, a conferma della diversità esistente tra queste e il nuovo tipo negoziale.

<sup>201</sup> Si precisa che l'art. 191 c.c., relativo alla scioglimento della comunione legale, deve essere interpretato nel senso che la cessazione della convivenza determina il venire meno del regime di comunione degli acquisti in virtù di quanto dispone il combinato disposto dei commi 59 e 60.

<sup>202</sup> Numerose sono state le critiche e le perplessità sollevate dalla maggioranza della dottrina in ordine alla scelta di attribuire alle informazioni anagrafiche una funzione pubblicitaria, che è del tutto estranea alla loro natura: cfr., ad esempio, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 953 ss.; F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1746; G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 23; F. MACARIO, *Comma 52*, cit., p. 646. Per un approfondimento sul punto, si rinvia anche a quanto verrà esposto nel § 17.

<sup>203</sup> Rileva F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1746, che la scelta legislativa, per lo meno, «consente al notaio, o altro soggetto interessato, di fare affidamento esclusivo, ai fini di tali verifiche, sulle risultanze dei registri anagrafici, senza necessità di alcuna ulteriore verifica in registri diversi (di stato civile, immobiliari, delle imprese, ecc.)».

Quanto alla reale portata del potere di modifica del regime legale in capo ai conviventi, ci si deve chiedere se sia consentito avvalersi degli altri istituti previsti nella materia matrimoniale, quali la comunione convenzionale e il fondo patrimoniale.

Il primo dato testuale su cui riflettere è offerto dal comma 53, lett. c), nella parte in cui richiama la sola sezione III del capo IV del titolo VI del Libro I del Codice civile<sup>204</sup>, che, disponendo un preciso rinvio a un determinato settore normativo, sembra precludere ai conviventi un'ulteriore estensione di disciplina.

In realtà, il dato appare decisivo per quanto riguarda la sola sezione II, dedicata al fondo patrimoniale, istituto peculiare strutturalmente diverso rispetto a quello della comunione legale e dunque, in quanto riservato ai coniugi, inapplicabile analogicamente: tale esclusione non priva, peraltro, i conviventi di tutela, tenuto conto della possibilità di avvalersi dello strumento, in qualche misura analogo, previsto dall'art. 2645 *ter* c.c.<sup>205</sup>

L'argomento risulta, invece, troppo debole con riguardo al regime della comunione convenzionale. Soccorrono in questo caso, sia l'ampia formulazione della norma di cui al comma 54, sia l'operatività del principio di libertà negoziale. Senza considerare, poi, che la comunione convenzionale viene generalmente ricostruita come *minus* rispetto a quella legale e può dirsi ricompresa in essa<sup>206</sup>.

Questi rilievi sembrano fornire sostegno positivo all'applicazione, anche nelle libere unioni, delle norme di cui agli artt. 210 e 211 c.c.<sup>207</sup>

<sup>204</sup> Cfr. G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 28.

<sup>205</sup> Sull'impiego dello strumento dell'atto di destinazione a favore dei conviventi, si rinvia a G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 133 ss.

<sup>206</sup> Cfr. C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, cit., p. 2102. Sul dibattito in merito alla ricostruzione della convenzione matrimoniale *ex artt.* 210 ss. c.c. come una semplice variante del regime di comunione legale, si rimanda, tra molti, a E. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita not.*, 1982, p. 503 ss.; E. QUADRI, *Della comunione convenzionale*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 390 ss.; M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 285 ss.

<sup>207</sup> Escludono, invece, che i conviventi possano modificare il regime di comunione dei beni, ad esempio, G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 28; F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1742; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n.*

Diversamente opinando, non si comprenderebbe la ragione per cui i coniugi possano sempre modificare il regime di comunione legale, mentre quest'ultimo diverrebbe una «gabbia» per i conviventi, i quali sarebbero posti di fronte alla sola scelta del «prendere o lasciare».

In quest'ottica, la previsione *ex* comma 54 si giustifica proprio al fine di chiarire che lo strumento negoziale, impiegabile per modificare convenzionalmente in qualunque momento il regime di comunione dei beni tra i conviventi, non è dato dalla convenzione matrimoniale, ma dal contratto di convivenza<sup>208</sup>.

Il potere di modifica si estende sino a ricomprendere la facoltà di apporre un termine, iniziale o finale: la soluzione non può considerarsi vietata dal comma 56, né impedita dall'esistenza di norme imperative o regole generali inderogabili; tanto più ove si consideri che essa viene oramai ammessa dalla maggioranza della dottrina anche in relazione alle convenzioni matrimoniali tra coniugi<sup>209</sup>.

In ogni caso, stante la natura disponibile dei diritti patrimoniali in gioco e il principio di autonomia privata a cui la Novella non ha inteso derogare, sarà comunque consentito ai conviventi dotarsi di altri regimi patrimoniali atipici, come quelli ipotizzati prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016, con il limite della inopponibilità ai terzi<sup>210</sup>.

13. *Le attribuzioni patrimoniali ex pacto in contemplazione della morte di uno dei conviventi.* – In linea generale, la Novella apporta limitate novità in merito agli aspetti successori collegati al decesso di uno dei conviventi<sup>211</sup>. In particolare, la rilevanza dell'evento morte si

76), cit., p. 706; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, cit., p. 348; G. BUFFONE, *Il contratto di convivenza*, cit., p. 506.

<sup>208</sup> Un dubbio permane se si considerano i riflessi pratici della soluzione accolta. La pubblicità anagrafica può indicare l'adozione del regime di comunione legale, ma risulterebbe difficile segnalare la scelta della comunione convenzionale, a meno di non ammettere che il certificato, rilasciato dall'anagrafe, possa riportare i contenuti del contratto. Si tratta però di una soluzione che sembra vietata da un'interpretazione letterale dell'art. 37 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, secondo cui «è vietato alle persone estranee all'ufficio l'accesso all'ufficio stesso e quindi la consultazione diretta degli atti anagrafici». Basterebbe, in realtà, aggiungere nel certificato dello stato di famiglia un'indicazione completa in merito al regime prescelto per ovviare al problema.

<sup>209</sup> Sulla questione si rinvia a G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 2010, p. 1669 ss. e a quanto si dirà nel § 14.

<sup>210</sup> Si rinvia alle considerazioni espresse nel cap. III, § 7.

<sup>211</sup> In caso di morte di uno dei conviventi, anche sotto l'impero della legge n. 76 del 2016, il componente superstite non gode di alcun diritto successorio nella veste né

rinviene in due sole norme: il comma 42 prevede il diritto del *partner* di continuare ad abitare nella casa di comune residenza qualora il defunto ne sia stato proprietario, per un periodo di tempo di due anni o pari alla convivenza se superiore a due anni, ma comunque non oltre un quinquennio; viceversa, il comma 44 ribadisce il diritto di succedere nel contratto di locazione dell'immobile di comune residenza<sup>212</sup>.

Nulla spetta, invece, al convivente superstite che versi in stato di bisogno: il comma 65, riconoscendo un diritto agli alimenti in senso proprio, rende intrasmissibile agli eredi del soggetto tenuto a corrispondersi l'obbligo alimentare<sup>213</sup>.

Sotto il profilo pattizio, il perdurare del divieto sancito dall'art. 458 c.c. rende nulli tutti quegli accordi con cui i componenti di una libera unione dispongono della propria successione o si attribuiscono diritti che possono a loro spettare da una successione non aperta o, ancora, rinunciano a essi<sup>214</sup>. Sono perciò nulle tutte quelle pattuizioni in cui si preveda che il convivente superstite riceva una somma di denaro ovvero ottenga il trasferimento della proprietà di un bene alla morte del *partner*<sup>215</sup>.

---

di erede legittimo, né di legittimario. A questo riguardo, la Corte costituzionale ha da tempo escluso la possibilità di assimilare il *partner* al coniuge ai fini della successione legittima: C. Cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit.

<sup>212</sup> Per un'analisi più approfondita di queste due disposizioni si rinvia a L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 939 ss.; S. PARDINI, *I diritti post mortem del convivente superstite*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 246 ss.; G. FREZZA, *Comma 44, in Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 546 ss.; A. ZINI, *Comma 44, ibi*, p. 557 ss.

<sup>213</sup> Cfr. F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1818.

<sup>214</sup> F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 165. In modo parzialmente difforme, v. F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, cit., p. 10, secondo cui la specificità dell'attribuzione tra i conviventi e la sicura meritevolezza di tutela degli interessi rappresenterebbero ragioni sufficienti a «sorreggere e giustificare la validità della pattuizione, in deroga alla norma invalidante generale, quale donazione *mortis causa* (del tipo *si praemoriar* o *cum moriar*, con attribuzione attuale e produzione differita dell'effetto finale)». La soluzione, pur autorevolmente sostenuta, sembra però scontrarsi con il diverso interesse che sorregge la clausola contrattuale costituente patto successorio: con essa le parti non intendono tanto compiere un'attribuzione per spirito di liberalità, quanto dare attuazione a quegli interessi di natura familiare di cui si è fatto ampio cenno. Da qui la difficoltà di (ri)qualificare l'atto come donazione *mortis causa*, mandandone i presupposti.

<sup>215</sup> M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 764.

Il quadro appena delineato rende evidente la sostanziale inutilizzabilità del contratto, introdotto dalla Novella, a fini successori o parasuccessori, per dare sistemazione alle aspettative del convivente. Sarà il testamento a fungere da dispositivo negoziale capace di attribuire al superstite diritti collegati alla morte del disponente, pur con i limiti del rispetto della posizione di eventuali legittimari (ossia di figli o ascendenti del *de cuius*, con esclusione del coniuge ancorché separato, la cui presenza renderebbe irricognoscibile *ex* comma 36 la convivenza).

Potrà al più residuare uno spazio di autonomia contrattuale nei limiti in cui vengano ammesse attribuzioni con effetto *post mortem*<sup>216</sup>, eventualmente anche tramite la stipula di contratti di diritto comune qualora non si ritenesse ricompresa nel contenuto del contratto di convivenza la materia parasuccessoria.

Si fa riferimento al tentativo dottrinale di superare il divieto di cui all'art. 458 c.c. attraverso il ricorso agli «atti sotto modalità di morte», ossia (recuperando l'insegnamento di Giorgio Giampiccolo<sup>217</sup>) ai negozi immediatamente rilevanti *inter vivos*, la cui sola efficacia finale è differita al momento del decesso, costruito come termine o condizione<sup>218</sup>.

In quest'ottica, si pensi alla conclusione di un contratto a favore di terzo da eseguire dopo la morte dello stipulante, come ad esempio un contratto di assicurazione sulla vita a favore del convivente o a un

<sup>216</sup> Cfr. G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1333; E. MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 148 ss.

<sup>217</sup> Il riferimento è a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss.

<sup>218</sup> Sul tema si rinvia, tra molti, a G. GIAMPICCOLO, voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 48; R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 147 ss.; M. IEVA, *I fenomeni cc.dd. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1188; A. CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1990, p. 91 ss.; D. FEOLA, *La donazione mortis causa*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni*, diretto a G. Bonilini, VI, *La donazione*, Milano, 2009, p. 213 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 116 ss.; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 50 ss. In senso critico rispetto all'ammissibilità dell'istituto, v. R. CASULLI, voce *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 1004; T. FORMICHELLI, *Riflessioni sulla qualificazione del contratto di attribuzione dopo la morte*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 104; A.A. CARRABBA, *Le donazioni «mortis causa»*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1449 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 27 settembre 1954, n. 3136, in *Giust. civ.*, 1955, p. 244; Cass. 1976, n. 2619, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Successione ereditaria*, n. 21; Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. not.*, 2001, p. 227.



contratto di rendita vitalizia<sup>219</sup>. O, ancora, all'accordo con cui le parti stabiliscono, al momento della stipula di un contratto di (co)acquisto compiuto da entrambe, che la morte del primo di esse funga da condizione risolutiva del suo acquisto e sospensiva del trasferimento in capo al superstite<sup>220</sup>. Altra vicenda negoziale parasuccessoria è costituita dall'acquisto in comune di un bene, in cui si preveda che la quota di ciascuno venga gravata da usufrutto vitalizio a favore dell'altro, cosicché – al momento del decesso del primo convivente – si avrà il consolidamento della piena proprietà a favore dell'altro e la permanenza dell'usufrutto sulla quota appartenuta al defunto (non ostante la nuda proprietà cada in successione)<sup>221</sup>.

Il pericolo, comune a tutte queste ipotesi (la cui ammissibilità è pacifica), è che lo strumento negoziale venga letto in chiave di liberalità non donativa, con le note conseguenze in materia di riduzione.

Proprio nel tentativo di superare il problema della stabilità delle attribuzioni in contemplazione della morte di uno dei *partner*, va segnalata la presa di posizione di chi ha ritenuto che la successione del convivente di fatto possa essere considerata distintamente rispetto a quella che l'ordinamento riserva all'«uomo qualunque»<sup>222</sup>.

Sul presupposto che la convivenza generi obbligazioni naturali e che esse non si estinguano alla morte di uno dei componenti della cop-

<sup>219</sup> Fanno riferimento a questi due strumenti negoziali, ad esempio, G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 302 ss.; G. BONILINI, *Il mantenimento post mortem del coniuge e del convivente more uxorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 246 ss.; G. SAPORITO, *La regolamentazione convenzionale dei rapporti patrimoniali tra i conviventi in vista della cessazione della convivenza more uxorio*, cit., p. 205; C. COPPOLA, *I diritti successori del convivente more uxorio*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, Torino, 2016, p. 1100 ss.; U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1761-1762; E. MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, cit., p. 149.

<sup>220</sup> È l'ipotesi, tratta dall'esperienza francese dell'acquisto *en tontine*, prospettata da G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 305, secondo il quale la clausola, non prevedendo un trasferimento *mortis causa*, sfuggirebbe al divieto dei patti successori. Si è tuttavia rilevato che il patto si risolve in una condizione subordinata alla premorienza del donante, con la conseguente necessità che rivesta la forma dell'atto pubblico: così per E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 986.

<sup>221</sup> Cfr. U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1762; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 987; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 306.

<sup>222</sup> È la tesi espressa da V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 6 ss., da cui sono tratte le osservazioni che seguiranno.

pia, si sono qualificate le disposizioni testamentarie a titolo particolare, previste a favore del *partner* del *de cuius*, come attribuzioni compiute in adempimento dei doveri morali e sociali nascenti dal rapporto affettivo di coppia. Purché proporzionato e adeguato al dovere morale e sociale, si è attribuito al legato di debito (a efficacia immediata)<sup>223</sup> una funzione solutoria di detto dovere. Con la conseguenza che l'attribuzione *mortis causa*, non avendo carattere liberale, non potrebbe essere imputata alla quota del convivente superstite quand'anche fosse erede, né potrebbe essere considerata eccedente la quota disponibile. Quanto legato in adempimento di un'obbligazione (benché naturale), costituendo esecuzione della prestazione dovuta, andrebbe a comporre la voce di *debitum*, che va sottratto al *relictum* nella riunione fittizia: pertanto, non potrebbe essere soggetto a riduzione da parte dei legittimari, con piena stabilità dell'attribuzione a favore del convivente superstite.

Si tratta di una tesi, sebbene non priva di problemi ricostruttivi<sup>224</sup>, che ha l'indubbio vantaggio di impedire il vittorioso esito dell'azione di restituzione nei confronti del legatario che ha ricevuto un bene in esecuzione dei doveri morali e sociali dal *partner* e che, in definitiva, avvicina la posizione del convivente a quella del coniuge.

14. *Il divieto di apporre termini e condizioni.* – Il comma 56 impedisce di sottoporre il contratto di convivenza a termine e a condizione, che, se preveduti, si considerano come non apposti.

La previsione riecheggia le disposizioni previste in altri settori dell'ordinamento che, in ambito personale o patrimoniale, delineano delle fattispecie simili: si pensi alla materia matrimoniale (art. 108 c.c.), a quella successoria (art. 475 c.c.) o a quella cambiaria (artt. 1 e 2 r.d. n. 1669 del 1933). Tuttavia, l'evidente eterogeneità di tali fattispecie impedisce di attribuire alla stesse il valore di parametro interpretativo della previsione contenuta nel comma 56, riferendosi ad ambiti del tutto dissimili<sup>225</sup>.

<sup>223</sup> Primo fra tutti, come bene ha evidenziato lo stesso Autore, quello della persistenza in vita dell'obbligazione naturale alla morte del creditore naturale: cfr. V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, cit., p. 12.

<sup>224</sup> Per un approfondimento sul tema della successione del convivente, cfr. V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1 ss., con particolare riguardo al profilo del legato di debito naturale (p. 12 ss.).

<sup>225</sup> La legge ricollega a queste ipotesi effetti diversi: talora il termine o la condizione si considerano non apposti (art. 108 c.c.); talvolta si sancisce la nullità della di-

La norma è stata oggetto di numerose critiche ed è stata considerata, dalla maggioranza della dottrina, il frutto di un fraintendimento legislativo: se intesa in senso letterale, impedirebbe ai conviventi di condizionare o sottoporre a termine qualsiasi attribuzione patrimoniale, soprattutto quelle in vista della futura crisi del rapporto<sup>226</sup>.

Tale esito non appare condivisibile per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, se così fosse, si finirebbe per avvalorare l'equivoco in cui è incorso l'estensore che, nel vietare l'apposizione di termini o condizioni, sovrappone il contratto al rapporto affettivo, confondendoli, non ostante le altre disposizioni non parifichino mai i due fenomeni ma, anzi, ne impediscano una considerazione unitaria.

Né si potrebbe equiparare la convivenza (e il relativo accordo *ex* comma 50) al legame matrimoniale al fine di giustificare in qualche modo la previsione. La *ratio*, comunemente attribuita all'art. 108 c.c., risiede nell'esigenza di certezza dello *status* coniugale<sup>227</sup>, collegata al carattere personalissimo e formale del matrimonio<sup>228</sup>. Si ritiene, inoltre, che il divieto sancito nel Codice sia volto a conferire serietà al rapporto<sup>229</sup> e a impedire agli sposi di rimettere alla loro volontà la disci-

---

chiarazione negoziale (art. 475 c.c.); in altri casi, la presenza di questi due elementi impedisce la riconducibilità dell'atto alla fattispecie legale (art. 2 r.d. n. 1669 del 1933). Come ha condivisibilmente osservato M. GRONDONA, *Comma 56*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 673, la corrispondenza del comma 56 nell'art. 108 c.c. è certamente impropria.

<sup>226</sup> Cfr., ad esempio, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 951 ss.; G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 29; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 397; M. GRONDONA, *Comma 56*, cit., p. 674. *Contra*, v. però F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1743, nonché L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 932, i quali però ammettono che i conviventi possano ricorrere alla stipula di contratti di convivenza atipici regolati dal diritto comune; G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1341 ss.; C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, cit., p. 2102.

<sup>227</sup> Cfr., tra molti, L. BARBIERA, *Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, II, Padova, 1992, p. 206; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Commentario Scialoja e Branca*, II, Bologna-Roma, 1993, p. 84; A.M. BENEDETTI, *Il procedimento di formazione del matrimonio e le prove della celebrazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, 1, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, 2011, p. 850.

<sup>228</sup> G. FERRANDO, *Il Matrimonio*, cit., p. 365.

<sup>229</sup> V.G. PALMERI, *Il procedimento di formazione al matrimonio e le prove della ce-*

plina degli effetti del matrimonio, sottraendola così alla legge e ai procedimenti da essa previsti<sup>230</sup>. Tutte esigenze non rinvenibili nella libera unione, vuoi per la possibilità di recedere liberamente e senza formalità dal vincolo, vuoi per l'inesistenza di *status* nascenti dalla convivenza.

A ciò si aggiungano l'operatività in questa materia dei più volte richiamati principi dell'autonomia negoziale e la disponibilità dei diritti patrimoniali regolati dal contratto, in virtù dei quali deve tendenzialmente ammettersi l'inserimento nel contenuto dell'accordo di elementi accidentali riguardanti le singole clausole.

D'altra parte, una simile eventualità veniva pacificamente riconosciuta prima dell'introduzione della legge n. 76 del 2016: la regolamentazione del rapporto in vista della sua cessazione risultava, anzi, uno degli esempi paradigmatici del contenuto di un patto collegato alla convivenza<sup>231</sup>. Risulterebbe dunque quanto meno incongruo che la Novella finisca ora per limitare *in toto* la libertà delle parti su un profilo che dottrina e giurisprudenza del passato avevano, viceversa, sempre ammesso.

Valga, infine, un'ultima considerazione.

Un'interpretazione letterale del comma 56 finirebbe, paradossalmente, per imporre alla negoziabilità tra conviventi limiti ancora più stringenti di quelli che incontrano i coniugi nella stipula di una convenzione matrimoniale: pochi oramai dubitano che sia ammissibile l'apposizione di termini e condizioni agli accordi conclusi *ex art.* 210 c.c.<sup>232</sup>

I dati sin qui discussi fanno dunque propendere per una lettura non letterale della norma.

Il punto di partenza va individuato nel ricordato fraintendimento in cui è incorso il legislatore nell'introduzione del comma 56: a dispetto dell'incongrua formulazione, è al rapporto di convivenza (e non al contratto) cui l'estensore ha inteso riferirsi quando ha vietato l'ap-

---

lebrazione, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Bologna, 2007, p. 181 ss.

<sup>230</sup> A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 114.

<sup>231</sup> G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 119 ss.

<sup>232</sup> Sulla questione v., ad esempio, E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 227; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 2002, p. 202 ss.; E. PEREGO, voce *Separazione dei beni*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, p. 3; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1989, p. 70.

sizione di termini e di condizioni. Ciò che la norma intende impedire è che la decisione sulla prosecuzione della vita in comune venga influenzata da fattori esterni, idonei a coartare la libera e autonoma determinazione dei soggetti di continuare o meno il rapporto.

Il profilo funzionale del comma 56, così individuato, induce perciò a reinterpretare il disposto e a restringerne il campo di applicazione. Solo se l'evento dedotto come condizione (o il termine di efficacia della clausola patrimoniale) assume una funzione incentivante o disincentivante la decisione stessa di proseguire la relazione affettiva, esso deve considerarsi come non apposto. Viceversa, qualora l'evento venga assunto come mero presupposto di fatto della disciplina patrimoniale, senza realizzare un intento ulteriore che interferisce con l'assetto di interessi disciplinabile *ex pacto*, non opererà la sanzione di cui al comma 56<sup>233</sup>.

In altri termini, ciò che non può essere condizionata o sottoposta a termine è la convivenza e dunque sono solo le condizioni o i termini incidenti direttamente sul rapporto a essere vietati dalla norma. Occorrerà perciò indagare se la subordinazione degli effetti al verificarsi dell'evento si traduce nella prospettazione di un vantaggio, il cui conseguimento o la cui conservazione vengono fatti dipendere dalla realizzazione di una determinata situazione di fatto che funge da fattore coartante la volontà dei soggetti di continuare la vita in comune<sup>234</sup>.

Traducendo l'affermazione in termini concreti, sarà consentito, ad esempio, subordinare il venir meno di un'attribuzione patrimoniale alla perdita (prospettata dalle parti come certa o incerta)<sup>235</sup> del posto di lavoro ovvero prevedere la corresponsione periodica di un congruo «assegno» in caso di cessazione della convivenza a favore del *partner* sprovvisto di mezzi propri. Per converso, incorrerà nella sanzione l'obbligo di attribuire un'ingente somma di denaro, non adeguata alla situazione economica delle parti, nascente in caso di rottura del rapporto: una simile clausola funge da elemento incentivante la prosecuzione della convivenza e risulta indice sintomatico della disciplina di interessi «esterni» al tipo negoziale.

<sup>233</sup> Sulla questione v. G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1772.

<sup>234</sup> In generale sul tema, v. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 186 ss.

<sup>235</sup> Si immagini una clausola contrattuale con cui le parti stabiliscano che il convivente, lavoratore subordinato a termine, si impegni a versare una certa somma di denaro, per contribuire ai bisogni della famiglia, sino alla cessazione del rapporto di lavoro. Oppure si pensi a una pattuizione in cui uno dei conviventi condizioni risolutivamente il proprio obbligo di contribuzione all'eventuale licenziamento.

Risolta in questi termini la questione, va dato atto che la dottrina ha ideato ulteriori soluzioni per tentare di limitare la portata della norma.

Così, per un verso, è stata ritenuta ammissibile l'apposizione di termini o di condizioni limitatamente a specifiche clausole negoziali, purché non venga condizionato l'intero contenuto dell'accordo<sup>236</sup>. Una conferma dell'assunto è stata rinvenuta nella formulazione del comma 56, il quale fa riferimento al «contratto di convivenza» in generale e non alle sue singole pattuizioni.

Per altro verso, una differente proposta ricostruttiva è stata tentata ricorrendo ora al carattere di estraneità al rapporto di libera unione che deve possedere l'evento futuro, da cui si fanno dipendere gli effetti del contratto, affinché sia vietato dal comma 56 (in tal senso, non rientrerebbero nel divieto quelle pattuizioni «formulate in relazione a quella che è la normale dinamica del rapporto di convivenza»)<sup>237</sup>; ora ritenendo il patto, contenente un termine o una condizione, estraneo al tipo negoziale di cui al comma 50 e rientrante nel diritto comune dei contratti (con applicazione allora delle disposizioni di cui agli artt. 1353 ss. c.c.)<sup>238</sup>.

Si tratta di tentativi che hanno l'evidente obiettivo di superare l'incongruente formulazione della norma che, se intesa in senso letterale, risulterebbe non coerente con la *ratio* della Novella, volta a offrire una tutela minima, anche per via negoziale, ai conviventi di fatto. Tenuto conto che l'unica disposizione che disciplina gli aspetti patrimoniali conseguenti alla cessazione dell'unione è offerta dal solo comma 65, il ricorso al contratto di convivenza per tutelare il *partner*, che subisce una diminuzione di reddito a seguito del venir meno del rapporto, risulta particolarmente appropriato, se non necessario.

<sup>236</sup> Aderiscono a questa opinione, ad esempio, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 951-952; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 709; M. GRONDONA, *Comma 56*, cit., p. 675; G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1341; F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia. Unione civile, convivenza, famiglia di fatto*, cit., p. 161.

<sup>237</sup> Così G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 29 e p. 31. Più in generale, nel senso di ammettere la pattuizione di un compenso per la cessazione della convivenza imputabile alla volontà ovvero alla condotta del soggetto obbligato, v. F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, cit., p. 9 ss.

<sup>238</sup> È l'opinione di F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1743; M. GRONDONA, *Comma 56*, cit., p. 678.

Si tenga peraltro conto che la prassi della contrattazione tra conviventi ha sinora registrato la presenza di negozi con cui le parti, nella maggioranza dei casi, più che regolare il *ménage* domestico, si limitavano a fissare delle regole per la definizione dei reciproci futuri rapporti al momento della cessazione della vita in comune. Un'interpretazione letterale del comma 56 decreterebbe dunque, sotto il profilo operativo e con un'evidente eterogenesi dei fini, il sicuro fallimento del nuovo strumento negoziale introdotto dalla legge n. 76 del 2016<sup>239</sup>.

Prima di concludere, occorre farsi carico di un'ultima obiezione<sup>240</sup>.

Si è paventato il rischio che l'avveramento di un evento dedotto in condizione nel contratto di convivenza non potrebbe ricevere idonea pubblicità e risulterebbe dunque conoscibile solamente dai contraenti; parimenti, l'inserimento di un termine imporrebbe «oneri di verifica per i terzi che la legge ha evidentemente considerato eccessivi»<sup>241</sup>. In questa prospettiva, la previsione di cui al comma 56 sarebbe coerente con le esigenze di certezza del traffico giuridico.

L'opinione, pur autorevolmente sostenuta, può considerarsi superabile.

La finalità di tutela della circolazione dei beni impone un tributo eccessivo alla (forte limitazione della) autonomia privata derivante dall'esclusione integrale dell'apposizione di termini e condizioni, tenuto conto che questa esigenza potrebbe manifestarsi soprattutto nel caso in cui i conviventi abbiano optato per il regime di comunione legale, ma risulterebbe di fatto assente qualora abbiano adottato un diverso contenuto del patto.

Non ostante quest'ultimo profilo problematico, sembra dunque possa essere confermata la conclusione a cui si è giunti.

Tuttavia, al pari di ogni contratto di durata o a esecuzione differita, il convivente obbligato avrà diritto, al mutare delle condizioni patrimoniali, a ottenere la modifica delle pattuizioni dettate in vista dello scioglimento del rapporto nel momento in cui questo si verificherà, sulla base dei principi generali previsti in tema di sopravvenienza, rinegoziazione o eccessiva onerosità<sup>242</sup>. Non potrà però farsi applicazione,

<sup>239</sup> Così anche per G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 29.

<sup>240</sup> Si fa riferimento all'opinione espressa da G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1346.

<sup>241</sup> G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1347.

<sup>242</sup> G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1772.

nemmeno in via analogica, della disciplina prevista per la revisione delle condizioni di separazione o divorzio, previste dalle legge n. 898 del 1970, in quanto normativa speciale stabilita per i soli coniugi al di fuori da una logica di tipo contrattuale.

15. *Le clausole sui rapporti di natura personale.* – Anche l'attuale normativa, nel ribadire che il contratto di convivenza riguarda i soli «rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune», esclude che gli obblighi di natura personale, modellati sul paradigma delineato dall'art. 143 c.c. – ossia quelli di coabitazione, di fedeltà, di assistenza morale – possano divenire oggetto di regolamentazione *ex comma* 50<sup>243</sup>.

Esula dunque dal contenuto del patto il «dover essere» della convivenza<sup>244</sup> o il modo di condurla<sup>245</sup>: si pensi, ad esempio, alle clausole

<sup>243</sup> Cfr., ben prima della Novella, tra gli altri, A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 349 ; C. COPPOLA, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, I, Torino, 2016, p. 691-692; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 164; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 746; R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, cit., p. 683. *Contra*, sempre prima della legge n. 76 del 2916, v. però A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 52, secondo cui gli accordi potrebbero avere contenuto sia personale, sia patrimoniale; nonché F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 515 ss., per il quale «ben possono considerarsi valide, purché non limitino eccessivamente tali manifestazioni del diritto alla libertà, clausole che impongano ai conviventi la reciproca prestazione di assistenza morale, la convivenza o la coabitazione»; S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, cit., p. 949 ss.; M.G. GIAMMARINARO, *Gli accordi di convivenza. Un possibile approccio giuridico all'autoregolamento delle relazioni di coppia*, cit., p. 51 e 64. Sotto la vigenza della Novella, nel senso di escludere che il contratto possa avere a oggetto rapporti diversi da quelli patrimoniali, v. ad esempio G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 945 ss.; G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 22 e 31; G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1329. Si è però osservato che nelle premesse (ma non nel contenuto) del contratto potrebbe trovare spazio la dichiarazione d'intenti dei *partner* di osservare un determinato comportamento reciproco di fedeltà, lealtà e solidarietà: cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 164-165; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 94. Minoritaria, ma autorevole, è l'opinione di C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, cit., p. 473, secondo cui non sembra che la mancata menzione dei rapporti personali nel contenuto del contratto vieti alle parti di regolare diritti di tale natura quando si tratti di diritti disponibili.

<sup>244</sup> E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 976.

<sup>245</sup> M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p.



con cui i *partner* si impegnino per un certo periodo a coabitare, a rimanere fedeli, a spendere del tempo assieme, a ricorrere a tecniche di procreazione assistita, a non avere figli, etc.<sup>246</sup>

L'inammissibilità della deduzione *ex pacto* di simili obblighi è stata, in passato, variamente fondata: si è fatto ricorso all'assenza di patrimonialità *ex art.* 1174 c.c.<sup>247</sup>, alla carenza di coercibilità<sup>248</sup> o, ancora, alla contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume<sup>249</sup>. Si è, infine,

---

1852; ID., *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 740; P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, cit., p. 1071.

<sup>246</sup> In generale, sui «negozi della vita familiare» che danno vita a un rapporto a contenuto esclusivamente non patrimoniale, si rimanda a G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, cit., p. 176 ss.

<sup>247</sup> Cfr. L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, cit., p. 1038 e 1047; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 194; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 1852. Per analoghe ragioni, si è escluso che il loro adempimento spontaneo possa essere ricondotto nell'alveo dell'obbligazione naturale poiché risultano insuscettibili di essere adempiuti attraverso una prestazione economica: v. L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 1038. In merito al più ampio problema della patrimonialità della prestazione oggetto di un rapporto obbligatorio, parte della dottrina ha fatto riferimento non solo al carattere oggettivamente patrimoniale della prestazione, ma anche alla valutazione compiuta dalle parti del rapporto: v., ad esempio, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 78 ss.; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 242 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 256 ss.; G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all'attività di culto e di assistenza spirituale svolte dal religioso per contratto in casa di cura privata*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 186 ss. La dottrina maggioritaria ritiene, invece, che la patrimonialità debba essere valutata in termini rigorosamente oggettivi: cfr., tra molti, F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 5; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica e Zatti*, 1991, p. 48 ss.; A. CHECCHINI, voce *Prestazione*. I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 3; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, cit., p. 138; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 34 ss.

<sup>248</sup> Cfr., ad esempio, F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 116-117; L. BALESTRA, *Il rapporto tra conviventi di fatto: contratti di convivenza e obbligazioni naturali*, cit., p. 39-40; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 426.

<sup>249</sup> Cfr. L. BALESTRA, *I contratti di convivenza*, cit., p. 43 ss.; U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1756; F. TASSINARI, *Funzioni e limiti dello strumento negoziale nella disciplina dei rapporti tra familiari di fatto*, in *La famiglia di fatto ed i rapporti patrimoniali tra conviventi*, Atti del XXXIII Convegno nazionale del notariato (Napoli 29 settembre – 2 ottobre 1993), Milano, 1993, p. 88 ss. Considera parimenti illecite queste pattuizioni M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 1852, perché «si porrebbero come sostitutive della previsione degli effetti legali discendenti dal matrimonio». Tuttavia, va segnalato che, in tema di rapporti tra coniugi, la Corte di Cassazione considera, da tempo, leciti gli accordi familiari a contenuto non patrimoniale: cfr. Cass., 4 settembre

negato che l'autonomia privata possa ricreare obblighi analoghi a quelli nascenti dall'atto di matrimonio poiché, per un verso, quest'ultimo costituirebbe l'unico strumento previsto dall'ordinamento per fondare quegli effetti tipici<sup>250</sup> e, per altro verso, vi osterebbe irrimediabilmente la natura del tutto libera del rapporto di convivenza<sup>251</sup>.

Coerentemente con queste premesse, si è esclusa la possibilità di giuridicizzare e patrimonializzare gli accordi di contenuto personale ricorrendo al loro adempimento (o alla loro inosservanza) l'obbligo di corrispondere una determinata somma di denaro attraverso l'inserimento di una clausola penale<sup>252</sup>.

Imporre il rispetto di questi doveri *ex art. 1382 c.c.* comporterebbe un'inammissibile limitazione del principio – di ordine pubblico – di tutela della libertà personale<sup>253</sup>: tali pattuizioni incidono sulle

---

2004, n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, p. 508, secondo cui «la separazione coniugale omologata è essenzialmente costituita dalla volontà concorde dei coniugi di separarsi (e di definire altri eventuali aspetti della vita coniugale e familiare), mentre la successiva omologazione assume una valenza di semplice condizione (sospensiva) di efficacia delle pattuizioni contenute in tale accordo (salvo per quanto riguarda i patti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli minorenni, sui quali il giudice è dotato di un potere d'intervento più penetrante: articolo 158, 2° co., c.c.). Nell'ambito di questa concezione, gli aspetti privatistici della separazione coniugale omologata – riguardata nella sua natura di negozio familiare – ottengono la massima considerazione, sicché la validità del consenso come effetto del libero incontro delle volontà delle parti, è presidiata dall'esperibilità dell'azione di annullamento per vizi, non limitata alla materia contrattuale (articolo 1321 c.c.), ma estensibile ai negozi relativi a rapporti giuridici non patrimoniali, *genus* cui appartengono quelli di diritto familiare».

<sup>250</sup> Cfr. A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 87, nonché N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 102-103, secondo il quale i contratti di convivenza non potrebbero disciplinare aspetti di natura personale «non tanto, come si suol dire, per la violazione di un principio di ordine pubblico, quanto per l'impossibilità da parte di chi ha, per scelta consapevole, rifiutato la formalizzazione del vincolo secondo lo schema legislativamente previsto, di surrogarne gli effetti attraverso uno schema alternativo di contenuto sostanzialmente analogo».

<sup>251</sup> Cfr. F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 426; R. TOMMASINI, *Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento della convivenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 264.

<sup>252</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alle seguenti pattuizioni: «ti darò 100 se cesserò la convivenza prima di un certo termine o se mi darai un figlio». A questo riguardo, si è osservato che occorre distinguere il problema della valutazione della patrimonialità della prestazione *ex art. 1174 c.c.* da quello della valutazione della rilevanza giuridica o della obbligatorietà della prestazione: v. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 37 ss.

<sup>253</sup> Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 195-196; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 747; M. MESSINA e

scelte più intime della vita di ciascuno – le quali non possono essere influenzate dal timore di sopportare conseguenze economiche magari gravose – e risultano inconciliabili con lo strutturale carattere di libertà che connatura il fenomeno della convivenza<sup>254</sup>. Devono perciò, ad esempio, considerarsi nulli gli accordi che pongano una penale a carico del convivente che abbandonerà l'altro, «poiché questo evento potrebbe essere disciplinato solo attraverso il matrimonio e ... ne deriverebbe una disciplina del rapporto ancora più rigorosa»<sup>255</sup> di quella derivante da un'unione formalizzata.

Di fronte a queste obiezioni, si è allora tentato il ricorso allo schema condizionale in una duplice direzione: riconnettendo l'obbligo di eseguire una determinata prestazione patrimoniale all'inosservanza del dovere di natura personale in capo al soggetto tenuto a compierla (emblematica è la clausola «ti darò cento se sarai fedele») ovvero subordinando l'esecuzione dell'obbligo di natura patrimoniale al rispetto di quello non patrimoniale da parte del beneficiario dell'attribuzione (ad esempio, «ti darò 100 se coabiterai con me nei prossimi cinque anni»).

È evidente che la prima pattuizione si risolverebbe, nella sostanza, in una clausola penale nulla, poiché alla inosservanza del dovere personale si ricollega pur sempre l'insorgere di un effetto negativo che incide sulla sfera economica del convivente. Viceversa, si è sostenuto che la seconda previsione di tipo premiale potrebbe essere sottratta al giudizio di nullità in quanto «diretta ad attribuire una sorta di compenso

---

S. SICA, *Famiglia non fondata sul matrimonio ed autonomia negoziale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Trattato teorico-pratico diretto da G. Autorino Stanzone, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, I, Torino, 2011, p. 431; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 27-28; nonché E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 977, il quale però fa leva sull'assenza di causa della penale, poiché la convivenza, in sé, sarebbe insuscettibile, direttamente o indirettamente, di valutazione patrimoniale. Si veda anche, pur con riguardo all'art. 79 c.c., F. FINOCCHIARO, *Nullità della caparra come negozio accessorio alla promessa di matrimonio*, in *Giur. it.*, 1976, I, p. 167, secondo cui «i negozi accessori disciplinati dagli artt. 1382-1386 codice civile non possono essere utilizzati ... con riferimento ad alcuno negozio attinente a rapporti giuridici non patrimoniali». Nell'ambito del contratto di mantenimento vitalizio, la Cassazione ha negato la validità di una clausola con cui il vitalizante si era assunto l'obbligo di coabitare con il vitaliziato, salvo che non fosse prevista la possibilità di prevedere un modo alternativo alla coabitazione per soddisfare le esigenze di salute del beneficiario: Cass., 27 aprile 1982, n. 2629, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 72.

<sup>254</sup> F. DE SCRILLI, *I patti di convivenza*, cit., p. 1158.

<sup>255</sup> Così M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 749.

per l'effettuazione di una prestazione (non patrimoniale) da parte del promissario»<sup>256</sup>.

Si è altresì sottolineato come la promessa di una certa prestazione patrimoniale non costituisca, in tali casi, il corrispettivo per una controprestazione di carattere personale considerata come dovuta, ma rappresenti un semplice premio condizionato all'assunzione di una determinata condotta, il che è quanto similmente accade in ipotesi di donazione obnuziale tra nubendi<sup>257</sup>.

A questa impostazione è stato obiettato che anche una pattuizione premiale, dal punto di vista soggettivo, finirebbe comunque per coartare, sebbene in via indiretta, la libertà delle scelte di vita del convivente<sup>258</sup>; inoltre, dal punto di vista oggettivo, consentirebbe di introdurre nella convivenza, tramite la condizione, elementi che devono invece essere disciplinati unicamente dal matrimonio (come, ad esempio, l'obbligo di fedeltà)<sup>259</sup>. Seguendo questa opinione, vi è poi chi ha sostenuto che si sottrarrebbe alla sanzione della nullità la sola clausola con cui si ricollegasse la promessa di corresponsione del denaro a una certa durata della convivenza, potendo essere interpretata in una logica di corrispettività rispetto all'assistenza materiale e morale prestata durante il rapporto<sup>260</sup>.

<sup>256</sup> Così G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 198, il quale poi sottolinea che la prima clausola sarebbe anche contraria alla di cui all'art. 1355 c.c. e riporta l'esempio del patto con cui i conviventi dovessero condizionare l'esigibilità dell'obbligo di restituzione di una somma presa a mutuo alla cessazione della convivenza.

<sup>257</sup> G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1329. Più in generale, sul tema delle promesse premiali, v. G. BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000, *passim*.

<sup>258</sup> V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., p. 313.

<sup>259</sup> È la critica espressa da M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 1862; ID., *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 750-751; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 95 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 522-523. Aderisce a questa linea di pensiero, sebbene in forma dubitativa, anche E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 977, secondo il quale «il carattere meramente sociale del rapporto è insufficiente alla creazione di un vincolo giuridico al di fuori dell'obbligazione naturale», con la conseguenza che il mezzo per imprimervi tale rilevanza dovrebbe essere individuato nella donazione.

<sup>260</sup> M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 1863. *Contra*, v. però A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 96, secondo cui anche questa clausola assumerebbe un'indubbia potenzialità coercitiva di intensità proporzionata all'ammontare della prestazione patrimoniale.

Questi due orientamenti esprimono, ciascuno per proprio conto, due diverse istanze: quella di libertà negoziale dei contraenti e quella di libertà personale dell'obbligato.

Ora, se si tiene fede alle premesse da cui si è mossa l'indagine, di fronte alle ipotesi dubbie, in cui appare incerto l'esito del confronto tra le due opposte esigenze, l'interprete dovrebbe probabilmente considerare prevalente la scelta, adottata in piena autonomia, di darsi delle regole rispetto all'opzione interpretativa volta a vanificarla attraverso l'impiego di clausole generali che ne sanciscono la nullità. In altre parole, il conflitto tra scopi e bisogni soggettivi, da un lato, e valori oggettivi dell'ordinamento, dall'altro, sembra doversi sciogliere, nei casi dubbi, a favore dei primi: la norma pattizia è in grado di rispondere in modo più efficace, modellandosi sul caso concreto, alle esigenze dei singoli rispetto a quelle che l'ordinamento tutela per categorie astratte.

Tuttavia, conformemente a questa direttrice, anche a voler ammettere le clausole premiali collegate agli accordi sui «doveri» di natura esclusivamente non patrimoniale (coabitazione, fedeltà, assistenza, etc.), finisce comunque per residuare più di un dubbio sulla reale vincolatività (e dunque negoziabilità) di tali intese: anche per esse, similmente a quanto si è sostenuto in materia matrimoniale, opera un'illimitata facoltà di revoca da parte dei conviventi. Risulta, infatti, un principio pacifico che gli accordi sulla vita familiare (tra cui devono farsi rientrare la citate clausole premiali) possono essere in ogni momento rivisti anche in base alla volontà contraria di una sola delle parti<sup>261</sup>.

A ciò si aggiunga un'ultima considerazione.

Mentre nei rapporti di coniugio il patto si limiterebbe a dare attuazione (conforme o meno) ai diritti e doveri già cogenti *ex artt.* 143 ss. c.c., nel rapporto di convivenza l'accordo, ancorché «premierale», fungerebbe da fonte autonoma di nuovi obblighi di natura personale. Si riproporrebbe così il problema dell'indebita compromissione del principio (di ordine pubblico) della libertà individuale: la regola negoziale non può che cedere di fronte all'assunzione di obblighi che, sebbene a vincolatività precaria, coartano comunque sensibilmente le de-

---

<sup>261</sup> Possono qui richiamarsi le osservazioni che la dottrina ha già svolto in tema di rapporto coniugale: si limita il rinvio, in giurisprudenza, a Cass., 1 febbraio 1983, n. 858, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2003 e, in dottrina, a M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi*, cit., p. 161; L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 139; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, cit., p. 1070 ss. Più in generale sull'argomento, v. G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, cit., p. 181 ss.

cisioni sulle proprie scelte di vita. Ne è testimonianza la presenza di norme codicistiche, come quelle di cui gli artt. 79 e 636 c.c., che sono espressione del generale divieto di influire *ex pacto* sulle determinazioni più intime riguardanti la sfera personale dei soggetti.

I rilievi appena svolti gettano dunque più di un'ombra sull'ammissibilità delle intese con cui si subordini la corresponsione di denaro o altro bene al verificarsi della violazione dell'obbligo non patrimoniale a opera del *partner* del beneficiario. Ciò non ostante, l'impostazione di matrice liberale qui accolta sembra forse far propendere per una soluzione positiva.

Sulla questione, è intervenuta anche la Corte di Cassazione in una celebre sentenza in cui ha considerato lecito e meritevole di tutela l'accordo con il quale un convivente, «in corrispettivo di servizi e prestazioni già forniti e fornendi», aveva concesso in comodato al proprio *partner* un immobile, subordinandone la restituzione al venire meno della convivenza<sup>262</sup>. È evidente che, se si aderisse all'opinione restrittiva di quanti vedono, nella deduzione in condizione di un comportamento di natura personale (come la prosecuzione o meno della convivenza), un'inammissibile coazione del soggetto obbligato o del beneficiario, tutti i patti, sospensivamente o risolutivamente condizionati al termine del rapporto, difficilmente sfuggirebbero a una declaratoria di invalidità, poiché si dovrebbe coerentemente sostenere che i contraenti sarebbero sospinti a convivere (o meno) per evitare (o realizzare) il verificarsi dell'evento e sottrarsi così alle relative conseguenze di ordine patrimoniale<sup>263</sup>.

In realtà, in base alla valutazione del rapporto causale esistente tra l'evento dedotto in condizione e il contratto al quale è collegato<sup>264</sup>, si è già chiarito che deve considerarsi lecita e meritevole di tutela la pattuizione con cui i conviventi subordinano l'attribuzione *ex pacto* al venire meno della vita in comune, purché quest'ultimo evento venga assunto come mero presupposto di fatto dell'applicazione della disciplina pattizia e non come causa della mancata acquisizione (o mancata conservazione) del vantaggio promesso<sup>265</sup>.

<sup>262</sup> Così Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, cit.

<sup>263</sup> Così per A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 104.

<sup>264</sup> R. SACCO, *La condizione*, in *Trattato Rescigno*, 10, II, Torino, 1995, p. 395 ss.

<sup>265</sup> Si rimanda alle considerazioni espresse da G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1772 e all'analisi svolta nei § 14 e 16.

16. *La cessazione della convivenza: i riflessi patrimoniali.* – La rottura del rapporto rappresenta il momento di maggiore conflittualità in cui emerge gran parte dei profili problematici della fattispecie.

La convivenza può cessare per volontà di uno dei due conviventi (o di entrambi) oppure per morte di uno di essi.

In quest'ultimo caso, già prima dell'introduzione della Novella, la legge e la giurisprudenza accordavano al *partner* superstite alcune limitate tutele. Si era così equiparata la posizione del convivente a quella del coniuge, per quanto attiene alla successione del rapporto locativo<sup>266</sup>, e si era affermata la risarcibilità del danno per morte del *partner*, estesa sia ai danni patrimoniali, sia a quelli morali<sup>267</sup>.

La cessazione volontaria può, invece, avvenire per comune accordo o per abbandono unilaterale. Va naturalmente esclusa qualsiasi assimilazione al procedimento di separazione o di divorzio: in quanto fenomeno in cui non vigono obblighi coercibili<sup>268</sup> e in cui manca un atto fondativo, il rapporto di convivenza si caratterizza per la recedibilità *ad nutum* e l'assenza di qualsiasi impegno vincolante in ordine alla sua prosecuzione.

Coerentemente con questi caratteri, era opinione comune che dovesse escludersi il sorgere di un obbligo al risarcimento del danno causato dalla rottura del rapporto a carico del *partner* che abbia unilateralmente deciso di porre termine alla relazione: originando da una scelta libera, non vi sono margini per qualificare come illecita la decisione di terminare la relazione<sup>269</sup>.

Ciò non ostante, era stata da alcuni ipotizzata la possibilità che alla cessazione si ricollegasse un «compenso» per il soggetto economi-

<sup>266</sup> C. Cost., 7 aprile 1988, n. 404, cit.

<sup>267</sup> Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, cit.; Cass., 16 settembre 2008, n. 23725, cit.

<sup>268</sup> Parla, invece, della presenza di «un preciso dovere giuridico a prestare, che nasce dalla convivenza» G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 268. Contro questa impostazione si sono espressi, ad esempio, F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 123 ss., G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 149; oltre alla maggioranza della dottrina (si rinvia alle considerazioni espresse nel cap. III, § 3).

<sup>269</sup> Cfr. Cass., 17 gennaio 1958, n. 84, cit.; Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, cit.; Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, cit. In dottrina v., ad esempio, F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, cit., p. 105 ss.; M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, cit., p. 131. M. PARADISO, *La comunità familiare*, cit., p. 108; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 758; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 132 ss.; L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 475-476.

camente «debole» – in ragione, ad esempio, dell'attività prestata, del contributo offerto al *ménage* domestico, delle occasioni di lavoro eventualmente perdute durante il rapporto – sotto forma di corresponsione di una somma *una tantum*<sup>270</sup>. In modo non dissimile, altri avevano auspicato il sorgere di un obbligo risarcitorio o un'azione di arricchimento conseguente a una rottura unilaterale, specie se improvvisa e palesemente ingiustificata<sup>271</sup>. La base normativa su cui fondare una simile asserzione era stata individuata tanto nell'esistenza tra i conviventi di un ampio dovere inderogabile di solidarietà *ex art. 2 Cost.*<sup>272</sup>, quanto nell'applicazione analogica dell'art. 129, comma 1, c.c., che costituirebbe manifestazione diretta di detto dovere<sup>273</sup>.

A limitare assonanze con la vicenda matrimoniale e relative estensioni di disciplina si oppongono numerose obiezioni.

Al riguardo, è opportuna una considerazione preliminare.

Si è già avuto modo di verificare che, stante la diversità dei due fenomeni, l'applicazione analogica di norme previste espressamente per i coniugi deve ritenersi sempre preclusa laddove non emerga un'esigenza concreta di salvaguardia dell'interesse del singolo protetta da disposizioni pubblicistiche. Ora, la chiara scelta dei conviventi di vivere informalmente la vita affettiva è diretta a non consentire l'operatività delle disposizioni stabilite in tema di matrimonio: la volontà degli interessati verrebbe irrimediabilmente frustrata dalla previsione (*rectius*, imposizione) di un «indennizzo» economico, in qualsiasi modo lo si ricostruisca, al termine del rapporto. La vera «ingiustizia» sarebbe dunque quella di creare «diritto ove diritto non esiste e il legislatore ha chiaramente inteso non esista»<sup>274</sup>.

In secondo luogo, si consideri l'assenza, in una simile ipotesi, di

<sup>270</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 196; F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, cit., p. 141; L. BARBIERA, *Conseguenze giuridiche della cessazione delle convivenze paraconiugali*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 672.

<sup>271</sup> F. BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., p. 92 ss.; F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto: profili patrimoniali*, cit., p. 140; M. SANTILLI, *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»*, cit., p. 801-802.

<sup>272</sup> F. BILE, *op. cit.*, p. 95-96; F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 140. Richiama il principio costituzionale di solidarietà, unitamente a quelli di buona fede e correttezza, per fondare un obbligo di provvedere alle esigenze di vita del *partner*, anche M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 321.

<sup>273</sup> F. PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, cit., p. 268-269.

<sup>274</sup> Così F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 128.



alcuna lacuna legislativa legittimante l'estensione analogica della normativa matrimoniale: non essendo individuabile uno stesso fondamento tra le due fattispecie, non può dirsi presente un caso non preveduto o «ancora dubbio» ai sensi dell'art. 12 delle preleggi<sup>275</sup>.

Esiste poi un'ultima obiezione, che è la più ovvia. Richiamare l'art. 128 c.c. in caso di rottura della convivenza comporta l'erroneo accostamento di due vicende opposte, «dal momento che l'una presuppone l'esistenza di un atto (sia pure invalido) e l'altra per definizione ne prescinde»<sup>276</sup>.

Risulta perciò confermata l'impossibilità di invocare *in subiecta materia* tutele o rimedi stabiliti per la cessazione del rapporto di coniugio.

La giurisprudenza di legittimità sembra essersi mossa, ormai da tempo, nella medesima direzione, ritenendo che una relazione amorosa, sia pure prolungata, senza promessa di matrimonio, non comporta, in caso di interruzione, una qualsiasi responsabilità giuridica, in quanto essa sorge, si svolge e cessa con i connotati di una permanente e illimitata libertà reciproca ed è soltanto questa che, come estrinsecazione della persona, acquista rilevanza nel mondo del diritto, restando ogni altra implicazione affidata al campo dei doveri morali o sociali<sup>277</sup>.

La legge n. 76 del 2016 nulla ha innovato sul punto, con la conseguenza che gli esiti a cui era giunta la preesistente elaborazione teorica possono confermarsi anche oggi.

La Novella si è limitata ad attribuire al convivente, in caso di cessazione del rapporto, il diritto di ricevere dall'altro gli alimenti, qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. Il comma 65 limita però temporalmente l'obbligo di corresponsione: gli alimenti sono assegnati «per un periodo proporzionale alla durata della convivenza».

<sup>275</sup> Sull'analogia, si limita il rinvio a L. CAIANI, voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 349 ss.; G. CARCATERRA, voce *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 320 ss. Sul nuovo modo di intendere il procedimento analogico e sugli «equivoci» giurisprudenziali in merito al suo utilizzo, v. di recente N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 59 ss.

<sup>276</sup> Così F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 131. Precisava poi G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., p. 144-145, prima della Novella, che nel caso del matrimonio nullo il termine «fatto» viene contrapposto a «negoziato», mentre nelle convivenze il termine «fatto» deve contrapporsi, in senso proprio, a «diritto».

<sup>277</sup> Così per Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, cit.

Si deve ritenere che il criterio di determinazione del *dies ad quem* sia diverso da quello stabilito dal comma 42: non «pari» alla durata della convivenza, ma determinato dal giudice proporzionalmente a essa<sup>278</sup>.

In ogni caso, il contenuto dell'obbligo in parola potrà essere pattiziamente ampliato a beneficio dell'avente diritto, ma non potrà essere limitato convenzionalmente, ostandovi la natura indisponibile e irrinunciabile<sup>279</sup>.

Il convivente è comunque tenuto all'adempimento solamente dopo il donatario, i figli e gli ascendenti del *partner*, ma con precedenza rispetto ai fratelli o sorelle.

Al di fuori di questa ipotesi legale, deve escludersi l'esistenza di alcun obbligo giuridico di mantenimento. Tuttavia, ciò non toglie che le attribuzioni patrimoniali spontaneamente eseguite al venire meno del rapporto o in vista del suo scioglimento, purché funzionalmente collegate all'unione affettiva, debbano considerarsi irripetibili in quanto riconducibili, secondo l'impostazione tradizionale, al paradigma dell'obbligazione naturale. È ormai un dato di comune esperienza nell'attuale contesto storico considerare dovuta, moralmente e socialmente, in un rapporto affettivo l'eventuale elargizione di somme o di beni al fine contribuire ai bisogni dell'*ex partner*.

Si è perciò, ad esempio, considerato irripetibile il pagamento delle spese funerarie per il convivente defunto<sup>280</sup> ovvero il trasferimento di titoli azionari, al termine di una lunga e stabile relazione, al fine di offrire un sostegno economico per la futura vita da *single*<sup>281</sup>.

Più in generale, in un'ottica pattizia, può ammettersi tanto la stipulazione di accordi «pre-crisi» in cui si stabilisca, ad esempio, il trasferimento di un bene immobile sottoposto alla condizione della rottura della relazione affettiva, quanto di accordi «per (o nella) crisi», contenenti clausole che fanno sorgere anche obblighi di mantenimento (oltre che alimentari, purché derogativi *in melius* rispetto alla previsione di cui al comma 65)<sup>282</sup>.

Devono però essere compiute due precisazioni.

<sup>278</sup> L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 109.

<sup>279</sup> Per un approfondimento della questione si rimanda alle considerazioni che verranno svolte nel § 20.

<sup>280</sup> App. Genova, 4 maggio 2005, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 362.

<sup>281</sup> App. Napoli, 5 novembre 1999, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 273.

<sup>282</sup> Cfr., tra molti, G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1332; F. RUSCELLO, *La rottura della convivenza di fatto*, in *Trattato di diritto*

La prima: i patti devono intervenire durante la crisi e non quando possa ormai dirsi che le parti hanno definitivamente cessato di convivere. In altri termini, qualora i contraenti da tempo non fossero più uniti stabilmente da legami affettivi di coppia, e ciò non ostante regolassero *ex* comma 50 i rapporti patrimoniali correlati alla pregressa cessazione del rapporto, il patto dovrebbe considerarsi nullo per violazione del comma 57, lett. *b*). Tuttavia, come si avrà modo di verificare quando si sottoporrà ad analisi questa ipotesi normativa<sup>283</sup>, potrà operare l'istituto della conversione e l'accordo potrebbe divenire un contratto «di diritto comune» pienamente valido ed efficace.

La seconda precisazione: l'evento «cessazione della convivenza» deve essere ricostruito dalle parti come mero presupposto di fatto della vigenza della disciplina pattizia e non come causa della mancanza acquisizione (o mancata conservazione) del vantaggio contrattualmente stabilito<sup>284</sup>. Si è già evidenziato che, in quest'ultima ipotesi, è dubbia la validità dell'impegno assunto in quanto involge profili personalissimi e finisce per condizionare illecitamente la decisione di proseguire o meno la convivenza. Pertanto, solo se la condizione non funge da meccanismo premiale, ma si configura come strumento di regolazione del conflitto di interessi che il patto intende regolare, potrà ritenersi ammesso il suo inserimento nel negozio<sup>285</sup>.

17. *La forma del contratto di convivenza e l'opponibilità ai terzi.* – L'attuale disciplina prescrive che il contratto di convivenza, le sue modifiche e la sua risoluzione, «sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico» (comma 51).

La norma ha ovviato ai problemi che l'assenza di una specifica previsione aveva sollevato prima dell'introduzione della Novella. L'af-

*di famiglia*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, Padova, 2011, p. 1974; G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, cit., p. 274; L. BALESTRA, *I contratti di convivenza*, cit., p. 46; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 165.

<sup>283</sup> Si rimanda alle considerazioni che verranno svolte nel successivo § 18.

<sup>284</sup> Così per G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1772.

<sup>285</sup> Così sempre per G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1772. Più in generale sul tema, v. ancora G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, cit., p. 186 e 295 ss. Si rinvia, inoltre, a quanto esposto nel precedente § 14.

fermata atipicità del contratto di convivenza aveva, infatti, indotto la maggioranza degli interpreti a ritenere libera la forma per la sua conclusione e a imporre la necessità di quella scritta o dell'atto pubblico, secondo quanto dispongono gli artt. 1350 e 782 c.c., solamente in caso di adempimento di obblighi di trasferimento (o costituzione) di diritti immobiliari o di prestazioni in cui emergeva un interesse donativo<sup>286</sup>.

Non solo: era sorta la convinzione (minoritaria in dottrina, ma autorevolmente sostenuta) che, anche in mancanza di un esplicito accordo, il contenuto del contratto potesse «essere desunto dal comportamento reale dei conviventi, nella loro vita comune, come espressione di una loro volontà attuosa»<sup>287</sup>. In altri termini, vi era l'idea che – per il sol fatto di aver intrapreso una convivenza – le parti avessero anche raggiunto un'intesa implicita sulle condizioni economiche del vivere in comune attraverso comportamenti concludenti.

In realtà, la maggioranza della dottrina aveva ritenuto non persuasiva questa opinione per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, il comportamento tacito delle parti sarebbe risultato inidoneo ad assumere rilevanza giuridica, stante l'assenza di un modello normativo che lo rendesse «concludente» ai sensi dell'art. 1326 c.c.<sup>288</sup> Inoltre, la conclusione tacita del contratto avrebbe irrimediabilmente leso la scelta dei *partner* di non vincolarsi giuridicamente<sup>289</sup>: la libera unione sarebbe altrimenti divenuta fonte di obbligazioni anche in assenza di una chiara volontà delle parti, in contrasto con quell'approdo giurisprudenziale, mai sinora smentito, secondo cui «la convivenza *more uxorio* ... non può essere configurata, nel nostro ordinamento come fonte di obbligazione non potendo considerarsi né un fatto illecito, né un contratto e nemmeno un “quasi contratto” e, in

<sup>286</sup> Cfr., ad esempio, G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 395 ss.; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 987; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, cit., p. 759-760; F. DE SCRILLI, *I patti di convivenza*, cit., p. 1164-1165.

<sup>287</sup> Così A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 52. In modo analogo, v. anche G. PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, p. 66 ss.; M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, cit., p. 287; G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, cit., p. 729; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1993, p. 159 ss.; R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, cit., p. 685; D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, cit., p. 473.

<sup>288</sup> E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 988.

<sup>289</sup> G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 220 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 512.

particolare, una “promessa di matrimonio”»<sup>290</sup>. Senza considerare, poi, che la pattuizione espressa, benché non formale, magari stipulata in forma scritta, sarebbe stata la sola a offrire una solida prova della esistenza di un patto.

L'attuale disciplina, stabilendo una forma *ad substantiam*, ha eliminato qualsiasi incertezza: ora il mancato rispetto della norma stabilita dal comma 51 determina la nullità del contratto e legittima i soggetti all'esercizio delle azioni di ripetizione di quanto prestato in esecuzione dell'atto invalido.

A questo riguardo, non sembra che la stabilità delle attribuzioni eseguite in adempimento del patto nullo possa essere in altro modo recuperata: ancorché le stesse configurino astrattamente un'esecuzione di doveri morali e sociali, l'art. 2034 c.c. ammette la non ripetibilità solo di quanto è stato «spontaneamente» prestato. Ed è opinione comune e consolidata che il requisito presupponga un adempimento non coatto, eseguito in assenza di un vincolo giuridico, benché nullo<sup>291</sup>.

Come si è già evidenziato, potrebbe, al più, non ammettersi la ripetizione qualora si aderisca a quell'opinione che giustifica causalmente le attribuzioni in quanto elemento costitutivo della fattispecie tipica o, ancora, nel caso in cui si ritengano sorrette da quella «causa familiare» di cui si è già ampiamente fatto cenno<sup>292</sup>.

La *ratio* della previsione *ex* comma 51 risiede nell'esigenza di certezza delle regole e di responsabilizzazione dei conviventi nel momento in cui stabiliscono le norme patrimoniali del vivere assieme, nonché di garantire ai terzi la conoscenza (*rectius*, conoscibilità) di queste pattuizioni<sup>293</sup>.

L'adozione della forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata risulta, infatti, funzionale per l'adempimento degli oneri «pubblicitari» sanciti dal comma 52.

La norma impone che, ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto deve provvedere, entro i successivi dieci giorni, a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli artt. 5 (*rectius*, art. 4) e 7 del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223<sup>294</sup>.

<sup>290</sup> Così Trib. Roma, 10 ottobre 1985, in *Temi romana*, 1985, p. 953.

<sup>291</sup> Per un approfondimento della questione, si rinvia al cap. III, § 3.

<sup>292</sup> Si rimanda a quanto analizzato nel cap. III, § 6.

<sup>293</sup> Così anche per A.M. BENEDETTI, *Comma 51*, cit., p. 637.

<sup>294</sup> A dimostrazione della pessima qualità dell'intervento normativo, la legge n. 76 del 2016 fa erroneamente riferimento all'art. 5, anziché al 4, del d.P.R. 30 maggio

Si è già detto come la previsione risulti essenziale per rendere efficace *erga omnes* l'adozione del regime di comunione legale. A questo riguardo, è stata peraltro sottolineata, per un verso, l'estraneità, sia per finalità che per modalità operative, del registro anagrafico a fungere da strumento pubblicitario<sup>295</sup> e, per altro verso, la parziale inadeguatezza del meccanismo di pubblicità previsto dalla Novella<sup>296</sup>. In particolare, si è dubitato della reale affidabilità del sistema, poiché basato su notizie acquisite con modalità non autentiche, e della sua idoneità a rendere opponibile il contenuto dell'accordo, tenuto conto dell'inesistenza di alcun espresso obbligo di legge di deposito della copia del contratto negli uffici comunali. Ciò renderebbe particolarmente complessa per i terzi la reperibilità del documento negoziale in originale,

---

1989, n. 223: come si è visto, la convivenza di fatto rientra nella nozione di famiglia anagrafica di cui all'art. 4 del regolamento e non in quella di comunità residenziale di cui all'art. 5. Il contratto di convivenza deve essere riportato sia nella scheda di famiglia, sia in quella individuale dei contraenti, in modo che i terzi possano avere notizia della sua esistenza anche dalla sola certificazione di residenza che riporta i dati principali ricavati dalla scheda individuale: cfr. circolare del Ministero dell'Interno n. 7 del 1° giugno 2016. Inoltre, sarebbe necessario che gli uffici anagrafici assicurino la conservazione agli atti dell'ufficio della copia del contratto a loro pervenuto, che potrà essere esaminata dai terzi che lo richiedano.

<sup>295</sup> Cfr. G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 953 ss.; F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016*, n. 76, cit., p. 1746; G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 23; F. MACARIO, *Comma 52*, cit., p. 646. Secondo E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, cit., p. 12, «l'incongrua formulazione accennata pare probabilmente da ricollegare alla utilizzazione, come punto di partenza, di un progetto elaborato in sede notarile nel 2011, tendente a veicolare il sorgere di una sorta di *status* personale proprio attraverso il ricorso al "patto di convivenza" (tracce di una simile impostazione emergendo ancora, peraltro, nel comma 57, lett. a), laddove si commina la "nullità insanabile" del contratto di convivenza, tra l'altro, "in presenza [...] di un altro contratto di convivenza")»: comunque, l'operatività del modello ipotizzato, ai fini della opponibilità ai terzi del regime contrattualmente prescelto, era affidata – e pur non prevedendosi neppure la possibile instaurazione del regime patrimoniale di "comunione legale", ma solo di una "comunione ordinaria" – alla programmata istituzione di un "Registro nazionale dei patti di convivenza"». Per analoghe considerazioni, v. anche G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 700 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, cit., p. 397.

<sup>296</sup> Cfr. M. LEO, *Forma e pubblicità dei contratti di convivenza*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, I quaderni della Fondazione italiana del Notariato, Milano, 2017, p. 69 ss.

salvo che non sia il notaio a redigere e a conservare presso di sé l'atto<sup>297</sup>.

Resta da chiedersi se residuino ulteriori contenuti del contratto di convivenza idonei a essere opposti ai terzi in contrasto con la disposizione di cui all'art. 1372 c.c.<sup>298</sup>

Il dubbio si giustifica non tanto con riguardo ai diritti di credito (la cui cessione, se considerata ammissibile in quest'ambito<sup>299</sup>, è governata dalle regole di cui agli artt. 1260 ss. c.c.) o alla circolazione dei diritti immobiliari (regolata dal Libro VI del Codice), quanto a quei diritti personali di godimento che, pur in presenza della data certa anteriore rispetto all'acquisto del terzo, non risultano secondo le regole comuni a esso opponibili.

Si pensi, ad esempio, all'attribuzione al *partner* di un diritto di comodato su di un immobile che viene poi alienato<sup>300</sup>. È noto che l'acquirente a titolo particolare di un bene, che in precedenza il venditore aveva dato in comodato, non può subire alcun pregiudizio dall'esistenza di tale contratto e ha il diritto, esercitabile in ogni momento, di far cessare il godimento del bene da parte del comodatario, in quanto l'art. 1599 c.c. non è estensibile, per il suo carattere eccezionale, a rapporti diversi dalla locazione<sup>301</sup>.

Così inquadrato il problema, va preso atto dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di «tassatività degli effetti» che possono essere resi opponibili ai terzi: la disposizione, di cui all'art. 2645 c.c., pone un principio di tipicità dei risultati, nel senso che può essere trascritto qualsiasi atto che, pur non rientrando nello schema dei con-

<sup>297</sup> L'ufficio dell'anagrafe non è tenuto a rilasciare estratti autentici o copie autentiche integrali. All'oggi, saranno dunque la prassi interna a ciascun ufficio o eventuali indicazioni ministeriali a risolvere la questione, con l'auspicio (*de iure condendo*) che la certificazione, rilasciata dall'anagrafe ai terzi, non si limiti a segnalare l'eventuale presenza di un contratto di convivenza, ma riporti anche i contenuti del patto che li riguardano, per lo meno tramite estratto della convenzione.

<sup>298</sup> Secondo G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 948, «l'unico punto in relazione al quale siffatta opponibilità potrebbe avere un qualche rilievo sarebbe quello del regime di comunione legale».

<sup>299</sup> In realtà, deve ritenersi che il diritto di credito che dal contratto sorge, a favore di un convivente, abbia carattere strettamente personale ex art. 1260 c.c. e non possa perciò essere trasferito.

<sup>300</sup> L'opponibilità del diritto di comodato sulla casa di abitazione, attribuito da un convivente a un altro, è ammessa da G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1340.

<sup>301</sup> V., da ultimo, Cass., 18 gennaio 2016, n. 664, in *Giur. it.*, 2016, p. 822.

tratti, degli atti o provvedimenti o delle sentenze indicati dall'art. 2643 c.c., produca uno o più degli effetti a essi rapportabili<sup>302</sup>.

Ne consegue che non può ritenersi sufficiente, a fondare l'opponibilità di un atto, la presenza di una norma a contenuto del tutto generico come quella stabilita dal comma 52: è sempre necessaria una specifica disposizione che regoli gli effetti verso i terzi. All'interno della legge n. 76 del 2016 una simile norma manca, con la conseguenza che, in assenza di deroghe specifiche, vale anche per il contratto di convivenza la regola generale sancita dall'art. 1372 c.c. L'opponibilità, a cui il comma 52 fa riferimento, non può allora che riguardare il solo regime della comunione legale dei beni: quest'ultima, stante l'impossibilità di un'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, s'imporrà ai terzi grazie al meccanismo d'iscrizione anagrafica del contratto di convivenza.

In chiusura di riflessione, occorre verificare un ultimo profilo formale riguardante il rapporto tra il contratto di convivenza e gli altri strumenti negoziali tipici.

S'intende alludere alla sorte di quelle intese, astrattamente rispondenti a schemi negoziali nominati (ad esempio, contratti di comodato, usufrutto abitativo, rendita, etc.), stipulate dai conviventi per disciplinare rapporti giuridici a contenuto patrimoniale relativi alla vita in comune, che non sono adottate con le forme stabilite dal comma 51.

Del problema si è già fatto cenno in precedenza e si è giunti alla conclusione che la nuova figura, di cui al comma 50, ricomprenda i soli strumenti negoziali impiegati dai componenti della coppia per dare sistemazione a rapporti economici aventi la propria ragione giustificativa nella «vita in comune»: si tratta di quegli aspetti patrimoniali che rappresentano le fondamenta della convivenza stessa e che servono intrinsecamente a essa, costituendo una stretta traduzione regolamentare della reciproca assistenza materiale fondante il rapporto *ex* comma 36<sup>303</sup>. Ne consegue che deve ritenersi preclusa la possibilità di avvalersi di altri strumenti negoziali, per regolare gli aspetti patrimoniali con-

<sup>302</sup> Sull'esistenza di questa regola si limita il rinvio a G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato Rescigno*, 19, *Tutela dei diritti*, Torino, 1985, p. 77 e 100 ss.; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario Utet*, Torino, 1971, p. 108; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1943, p. 180. Tuttavia, in senso contrario, si veda, per lo meno, G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 258 ss.

<sup>303</sup> Sulla questione si rimanda alle considerazioni già svolte nel § 9.



nessi strettamente al vivere assieme nei termini anzidetti, in assenza della forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato *ex* comma 51<sup>304</sup>.

Una eccezione alla regola è il ricorso a strutture precettive di diritto comune a cui la legge imponga la sola forma dell'atto pubblico, soprattutto quando si tratta di atti i cui effetti sono pregiudizievoli per i terzi o che esigono la trascrizione in pubblici registri<sup>305</sup>. Si pensi, ad esempio, alla possibilità per i conviventi di costituire un patrimonio separato per soddisfare le esigenze della vita in comune<sup>306</sup>: l'effetto di segregazione patrimoniale e l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c. non potranno che conseguirsi tramite la stipula del relativo atto avanti al notaio affinché venga trascritto<sup>307</sup>.

Si sottolinea, poi, che la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata consente al contraente, che subisce l'inadempimento degli obblighi assunti dal *partner*, di procedere immediatamente a esecuzione forzata ai sensi dell'art. 474 c.p.c. Tuttavia, se rimane inattuato un obbligo di fare o di consegna di un bene, sarà necessario che il contratto di convivenza abbia la forma notarile per avviare la procedura esecutiva, poiché la scrittura privata autenticata costituisce titolo esecutivo per il solo recupero di somme di denaro<sup>308</sup>.

Merita, infine, un breve cenno la singolare previsione contenuta nel comma 51, che onera il notaio o l'avvocato di attestare la conformità del contratto alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Riecheggia qui la disposizione di cui all'art. 1343 c.c., pur in assenza della menzione del buon costume, con la conseguente nullità del contratto *ex* art. 1418, comma 2, c.c. in caso di violazione dei parametri indicati. E assai dubbi sono gli effetti discendenti dall'attestazione e le conseguenze dell'eventuale sua omissione.

---

<sup>304</sup> Pertanto, solo la deviazione del negozio impiegato dai conviventi dal tipo introdotto dal comma 50 consente la disapplicazione del comma 51 e l'operatività delle regole sulla forma applicabili alla fattispecie prescelta. In generale sull'argomento, v. anche G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 947; A. FUSARO, *I contratti di convivenza*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 122; A.M. BENEDETTI, *Comma 51*, cit., p. 635.

<sup>305</sup> Cfr. G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1767.

<sup>306</sup> Si tratta di una eventualità che la dottrina aveva già accolto prima dell'introduzione della Novella: v. G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, cit., p. 266 ss.

<sup>307</sup> In questo senso, v. anche F. MACARIO, *Comma 52*, cit., p. 648.

<sup>308</sup> G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 22.

Se per le parti risulta sostanzialmente irrilevante, la previsione sembra al più limitarsi a ribadire (ma non a fondare) la responsabilità del professionista qualora abbia sottoscritto l'atto non ostante la presenza di clausole contrarie a norme imperative e all'ordine pubblico. Non pare nemmeno che l'assenza della clausola (di stile, a questo punto) conduca a una declaratoria di invalidità o inefficacia dell'accordo: dato il silenzio del legislatore e considerato che l'ordinamento privilegia le ragioni di conservazione del negozio, il contratto di convivenza privo dell'attestazione dovrà comunque considerarsi valido e produttivo di effetti, nonché iscrivibile anagraficamente<sup>309</sup>. La dichiarazione di conformità non incide, infatti, sulla struttura dell'atto, né la *ratio* (assai incerta)<sup>310</sup> della previsione può giustificare un giudizio di invalidità del negozio.

Non solo: l'eventuale omissione in nulla muta il profilo della responsabilità professionale del notaio o dell'avvocato, fondata su tutt'altre norme (artt. 2229 ss. c.c. e leggi speciali).

18. *La nullità del contratto.* – Il comma 57 dichiara il contratto di convivenza affetto da nullità insanabile e assoluta al verificarsi di cinque ipotesi<sup>311</sup>. La legge poi specifica che la nullità può essere fatta va-

<sup>309</sup> Cfr. G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 701, nt. 18. *Contra* v. però C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, cit., p. 2102 e L. NONNE, *Commi 59-60*, cit., p. 709, i quali ricostruiscono l'attestazione come una *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia del contratto; nonché A.M. BENEDETTI, *Il controllo sull'autonomia: la forma dei contratti di convivenza nella legge n. 76/2016*, cit., p. 24, secondo cui l'autenticazione delle sottoscrizioni e la dichiarazione di conformità, in quanto costituenti un unico atto, sarebbero «entrambe necessarie per validare, dal punto di vista formale, il contratto di convivenza concluso dalle parti; se manca la dichiarazione di conformità, il contratto è nullo per difetto di forma».

<sup>310</sup> La funzione che la previsione intende assolvere è di difficile individuazione. Si consideri anzitutto che sul notaio grava già l'obbligo, in forza dell'art. 28 della l. 89/1913, di rifiutare un atto che sia espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario all'ordine pubblico e al buon costume. E un simile obbligo deve ritenersi incombere, benché non espressamente, anche sull'avvocato in virtù del generale dovere *ex lege* di diligenza professionale. Ne consegue che la previsione si giustifica solo come mero «memento» al professionista, tant'è che, anche in sua assenza, quest'ultimo avrebbe comunque dovuto, preliminarmente all'autenticazione, accertarsi della conformità del contratto alle norme imperative e all'ordine pubblico.

<sup>311</sup> È stato condivisibilmente sottolineato che la norma, non ostante la sua formulazione letterale, non è esaustiva, poiché non contempla la disciplina contrattuale

lere da chiunque vi abbia interesse, impedendo così ogni equiparazione con l'istituto matrimoniale ed evitando l'applicazione analogica degli artt. 117 ss. c.c.

*a) La «presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza».* – La previsione richiama solamente alcuni dei vincoli menzionati dal comma 36, omettendo quelli derivanti da rapporti di parentela, affinità o adozione. Tuttavia, in virtù del rinvio che la successiva lett. *b)* compie all'intera fattispecie legislativa, anche la presenza di questi ultimi deve considerarsi fonte di nullità del patto.

Quanto all'inciso finale presente nella lett. *a)* («altro contratto di convivenza»), duplice può essere il suo significato.

Si può anzitutto ritenere che la legge imponga alle parti che abbiano già concluso un contratto di convivenza, prima di procedere con la stipula di un nuovo accordo, di sciogliere il precedente con le forme e nei modi stabiliti dai commi 51, 59 e 60<sup>312</sup>.

Si tratta di un'interpretazione letterale della norma che ne amplia notevolmente la portata applicativa, ma che non sembra coerente con l'istituto: la sanzione finirebbe per colpire anche un accordo meramente modificativo o integrativo del primo. Si pensi a un patto con il quale i conviventi si limitano ad aggiungere una clausola a un contratto preesistente o a variare l'importo di un'attribuzione patrimoniale originariamente stabilita, magari al fine di adeguarlo alle mutate sostanze o alla capacità di lavoro professionale o casalingo del *partner* su cui grava. Sarebbe irragionevole decretarne la nullità per il sol fatto che i conviventi non abbiano preventivamente sciolto il precedente accordo, il cui contenuto dovrebbe poi essere, in tutto o in parte, richiamato in quello successivo.

S'impone dunque una diversa opzione ermeneutica che non comprima indebitamente l'autonomia privata<sup>313</sup>.

---

dettata in generale dagli artt. 1418 c.c. ss., applicabile anche al patto *ex* comma 50, e le ulteriori ipotesi di nullità previste in altre disposizioni della stessa Novella (ad esempio, quella prevista dal comma 51): cfr. P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, cit., p. 1072; ID., *Commi 57-58*, cit., p. 680 ss.

<sup>312</sup> È l'opinione di P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, cit., p. 1076, secondo cui sarebbe «vietato l'accordo novativo di un contratto di convivenza precedentemente concluso tra le parti».

<sup>313</sup> In linea generale, appare sempre preferibile fornire un'interpretazione in senso restrittivo delle norme che comminano una nullità negoziale, al fine di limitare il meno possibile la libertà dei contraenti.

Il richiamo alla conclusione di «un altro contratto di convivenza» va allora riferito all'esistenza di un pregresso accordo *ex* comma 50 tra uno dei conviventi e un terzo, relativo a una precedente libera unione con costui, poi sciolta<sup>314</sup>.

È dunque ammissibile la conclusione di successivi contratti di convivenza tra le medesime parti, integrativi o modificativi di quelli preesistenti, senza dover prima sciogliere questi ultimi.

*b) La «violazione del comma 36».* – La norma sancisce la nullità del patto concluso da soggetti che non possono considerarsi conviventi ai sensi della definizione legislativa.

Come si è accennato in precedenza, il requisito soggettivo di validità dell'accordo è dato dalla qualifica di «conviventi» delle parti: in quanto regolativo dei rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune, il contratto non può che essere stipulato dai componenti di una libera unione. Ne consegue che, qualora difettino la maggiore età, la stabilità del rapporto e i legami di reciproca assistenza morale e materiale o vi siano rapporti di parentela, affinità, adozione tra di essi o la presenza di un vincolo matrimoniale o un'unione civile tra di essi o con un terzo, il contratto dovrà considerarsi nullo<sup>315</sup>.

Alla luce del combinato disposto del comma 57, lett. *b)*, e del comma 36, si può allora ritenere che il legislatore abbia introdotto una capacità giuridica speciale per la stipula di un contratto di convivenza, coerente con la declaratoria di nullità (e non di mera inefficacia) dell'atto conseguente all'accertamento della sua carenza.

Resta da chiedersi se il contratto di convivenza tipico, concluso da soggetti legati da un rapporto affettivo, nel quale difettino uno o più dei presupposti di cui al comma 36, possa essere convertito in un negozio di convivenza atipico di diritto comune, simile a quelli ammessi *ante* Novella, a patto che ne sussistano i presupposti di forma e di sostanza, e sempre che se si ritenga, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, che le stesse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità<sup>316</sup>.

<sup>314</sup> Cfr. F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1747.

<sup>315</sup> Cfr. U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1763.

<sup>316</sup> Sulla conversione del contratto nullo, si limita il rinvio a G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2012, p. 17 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 892 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e*

Si pensi, ad esempio, a un accordo regolativo del *ménage* economico familiare concluso *ex* comma 50 da una coppia in cui un componente sia separato legalmente. Si tratta di un patto della cui piena validità ed efficacia, precedentemente all'introduzione della legge n. 76 del 2016, pochi dubitavano.

È noto che la fattispecie prevista dall'art. 1424 c.c. si realizza solo una volta accertata la sussistenza di un obiettivo rapporto di continenza tra il negozio invalido e quello che dovrebbe sostituirlo<sup>317</sup>. Nel caso di specie, il patto di diritto comune finirebbe per produrre gli stessi effetti e avrebbe la stessa forza vincolante del contratto di convivenza concluso dalle parti, salvo per un unico fondamentale aspetto: l'opponibilità ai terzi. Non potendo operare il disposto di cui al comma 52, il contratto atipico avrebbe allora un'efficacia «ridotta», rispetto a quella del contratto *ex* comma 50, in quanto limitata *inter partes*.

Sussisterebbe così un rapporto di continenza tra i due negozi che, se accompagnato dall'intento pratico perseguito dai contraenti *ex* art. 1424 c.c., rende possibile l'operare della conversione negoziale.

Diverso ragionare s'impone con riguardo a quegli accordi conclusi tra soggetti in cui manchi del tutto una vita in comune o un rapporto affettivo: la carenza di tale elemento renderebbe nullo per difetto di causa, anche secondo il previgente diritto «vivente», il contratto regolativo dei rapporti patrimoniali, il quale potrà, al più, essere riqualificato come altro tipo contrattuale, purché ne ricorrano i presupposti, senza possibilità di avvalersi di quanto dispone l'art. 1424 c.c.

*c) La conclusione del contratto «da persona di minore età».* – La previsione non fa altro che ribadire quanto sancito nella lett. *b)* che, nel richiamare integralmente il comma 36, impone già alle parti di avere la maggiore età per poter essere considerati *ex lege* «conviventi». Trattasi dunque di una ipotesi di nullità pleonastica, da ritenersi già contemplata nel precedente disposto<sup>318</sup>.

---

*il contratto nullo*, in *Trattato Roppo, I rimedi*, IV, 1, Milano, 2006, p. 143 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Conversione del negozio nullo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 377 ss.; G. DE NOVA, *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 2 s.; G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, p. 231 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 492 ss.; L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 235 ss.

<sup>317</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 11 ottobre 1980, n. 5451, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1893.

<sup>318</sup> Parte della dottrina ha criticato il ricorso alla nullità nel caso in cui il contratto sia stato concluso da una persona minorenni o giudizialmente interdetti, rite-

d) ... «*da persona interdetta giudizialmente*». – La norma pone una deroga al principio di annullabilità degli atti compiuti dall'interdetto giudiziale, prevedendo che il contratto di convivenza, concluso da quest'ultimo, sia affetto da nullità assoluta.

Risulta nuovamente confermata la sensazione secondo cui il legislatore nel comma 57, al pari di quanto previsto nel comma 56<sup>319</sup>, dimostra di aver elencato una serie di ipotesi riferibili, in realtà, più che al contratto di convivenza, al rapporto di convivenza *tout court*<sup>320</sup>.

In ogni caso, v'è da chiedersi se un soggetto affetto da un vizio di mente grave e duraturo sia davvero in grado di instaurare una consapevole relazione affettiva di coppia *ex* comma 36. La questione è già stata trattata, in termini negativi, nella parte relativa alla fattispecie della convivenza di fatto, a cui si rinvia<sup>321</sup>.

e) ... *da persona condannata «per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile»*. – Anche questa sanzione, pur se riferita al contratto, trae origine da una norma prevista per il rapporto (matrimoniale), secondo cui non possono divenire coniugi le persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra. L'impedimento va ora riferito alla stipula di un contratto di convivenza: il convivente che ha ucciso (o tentato di uccidere) il coniuge del *partner* non potrà stipulare un valido accordo *ex* comma 50 con quest'ultimo.

Il comma 58, poi, precisa che gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi fino a quando non sia stata pronunciata la sentenza di proscioglimento dal reato richiamato dall'art. 88 c.c.

---

nendo la scelta, operata dal legislatore, eccessiva e impropria: cfr. G. VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1195; U. CARNEVALI, *La buona tecnica di redazione delle norme giuridiche non è un optional*, in *Contratti*, 2017, p. 129. Si è, tuttavia, osservato che il regime della nullità risulta coerente con la giustificazione causale del contratto di convivenza: in assenza di un rapporto, rispondente ai criteri di cui al comma 36, non appare irragionevole ritenere nullo l'atto. In questo senso, v. P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, cit., p. 1073, il quale poi sottolinea, in modo condivisibile, che la norma non ricomprende i casi dell'inabilitazione e dell'interdizione legale, che renderanno il contratto solamente annullabile secondo le regole generali.

<sup>319</sup> Si richiamano le considerazioni già espresse nel precedente § 14.

<sup>320</sup> Riecheggia nella lett. d) la disposizione di cui all'art. 119 c.c., che consente l'impugnazione del matrimonio di chi è stato interdetto per infermità di mente.

<sup>321</sup> Si rimanda all'analisi svolta nel cap. III, § 1 e nel precedente § 4.

Prima di concludere l'analisi, occorre da ultimo risolvere il dubbio in merito al rapporto tra le ipotesi di nullità del contratto di convivenza e l'ambito della fattispecie contenuta nel comma 36.

Vi è chi ha sostenuto, pur autorevolmente, che non sarebbe al contempo possibile «ritenere lecita una convivenza, ma nullo il contratto di convivenza»<sup>322</sup>, con la conseguenza che la sussistenza di un altro contratto di convivenza (lett. *a*), l'interdizione (lett. *d*) e la condanna *ex art.* 88 c.c. (lett. *e*) dovrebbero considerarsi elementi ostativi anche alla realizzazione di un rapporto rilevante *ex commi* 36 ss.

Le ragioni che inducono a ritenere non persuasiva questa opinione sono molteplici.

Innanzitutto, vi osta il dato positivo: per un verso, il comma 57 fa espresso riferimento alla sola ipotesi di nullità del contratto senza richiamare la convivenza e, per altro verso, il comma 36 – avente una natura dichiaratamente definitoria – non menziona i casi previsti dalle lett. *a*) (parte finale), *d*) ed *e*) del comma 57.

In secondo luogo, un conto è il potere di autonomia negoziale dei contraenti che può essere (seppure, come sembra nel caso di specie, irragionevolmente) limitato dal legislatore in determinate circostanze, altro è il riconoscimento del rapporto di fatto da cui origina la convivenza, a cui la legge comunque ricollega uno statuto normativo minimo di tutele a prescindere dalla possibilità per le parti di concludere o meno un valido contratto di convivenza.

La soluzione qui proposta appare, infine, coerente con lo spirito della Novella, che si propone di offrire protezione e concedere nuove tutele ai componenti di una libera unione: risulterebbe incoerente un'interpretazione in senso estensivo del comma 57 che limiterebbe, ancora di più, la platea dei possibili «beneficiari» della nuova legge.

Ciò non toglie che la scelta di richiedere ai conviventi requisiti ulteriori (analoghi agli impedimenti matrimoniali) per stipulare un contratto di convivenza, oltre a quelli sanciti dal comma 36, appare senz'altro poco comprensibile, salvo non considerarla il frutto della pessima qualità della produzione normativa del legislatore che avrebbe, incongruamente e per mera trascuratezza, elencato tali ulteriori ele-

---

<sup>322</sup> Così F.P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, cit., p. 1092, secondo cui «ciò che costituisce ostacolo al contratto di convivenza costituisce ostacolo alla convivenza stessa». *Contra v.*, però, M. GORGONI, *Le convivenza "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, cit., p. 213-214, il quale però parla di «soluzione almeno bizzarra».

menti ostatici nel comma 57, anziché nella parte iniziale definitiva, o avrebbe più probabilmente confuso – anche in questa norma – il contratto di convivenza con il rapporto di convivenza.

19. *Lo scioglimento del contratto di convivenza ex comma 59.* – Il comma 59 prevede delle cause tipiche di «risoluzione» *ex lege* del contratto di convivenza<sup>323</sup>: a) l'accordo delle parti; b) il recesso unilaterale; c) il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra un convivente e altra persona; d) la morte di uno dei contraenti.

Le singole ipotesi meritano una trattazione separata.

a) *L'accordo delle parti.* – Si tratta della modalità di scioglimento meno problematica ed equiparabile al mutuo dissenso di cui all'art. 1372 c.c.<sup>324</sup>

Attraverso un accordo le parti estinguono il precedente contratto, a prescindere dalla circostanza che sia stato o meno eseguito e che la convivenza prosegua o cessi<sup>325</sup>: qualora quest'ultimo abbia operato effetti traslativi o costitutivi di diritti reali, gli stessi rimarranno integri, salvo patto contrario; mentre con riguardo agli obblighi futuri, essi si estingueranno. Nulla comunque si oppone, trattandosi di diritti patrimoniali disponibili, alla possibilità che le parti prevedano liberamente, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, l'estensione dell'effetto liberatorio – *rectius*, restitutorio – a tutte o alcune delle prestazioni già eseguite, pur con la tutela della posizione dei terzi.

Si dissente, in ciò, dall'opinione di chi ha ritenuto che i conviventi non possano prevedere un effetto retroattivo «in considerazione della natura dell'obbligazione di contribuzione che trova il suo fondamento nel principio di solidarietà»<sup>326</sup>. Il tema verrà approfondito quando si

<sup>323</sup> Impropriamente la norma parla di «risoluzione» del contratto: si sarebbe più correttamente dovuto impiegare il termine «scioglimento» in quanto l'unico idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi elencate dal comma 59.

<sup>324</sup> Sul mutuo dissenso si vedano almeno M. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Trattato Bessone*, V, Torino, 2002, p. 15 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 17 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato Grosso e Santoro Passarelli*, Milano, 1977, p. 205 ss.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

<sup>325</sup> M. PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, in *Famiglia*, 2017, p. 291.

<sup>326</sup> Così C. DALIA, *Lo scioglimento negoziale del contratto di convivenza: accordo risolutorio e recesso unilaterale*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 558, secondo cui la risolu-



tratterà di verificare l'ammissibilità di un patto che preveda la retroattività degli effetti del recesso dal contratto di convivenza di cui alla lett. *b*). In questa sede, si limita il discorso a una considerazione generale: il dovere di solidarietà, nell'ambito patrimoniale della famiglia di fatto, salvo quanto dispone il comma 65<sup>327</sup>, non può mai operare contro il volere dell'avente diritto nel segno della indisponibilità. Sembra riproporsi, in questo caso, quella visione ipostatizzante della famiglia, di cui si è ampiamente detto: vietare la ripetizione concordata di quanto prestato in virtù di un dovere imperativo di solidarietà, significa scorgere nella famiglia (di fatto), pur contro la realtà del fenomeno, un soggetto «terzo» rispetto ai conviventi, come tale da tutelare oltre gli interessi (e la volontà) dei suoi due componenti. Si tratta di una visione che, per le ragioni già esposte, non sembra meritare in quest'ambito accoglimento.

I commi 51 e 60 impongono, infine, ai conviventi di redigere l'atto, di cui al comma 59, lett. *a*), in forma scritta, a pena di nullità, tramite atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato.

*b) Il «recesso unilaterale».* – Una questione primaria che il comma 59 pone e che va ora risolta, poiché consente di comprendere la previsione di cui alla lett. *b*), riguarda la portata dell'elencazione completa contenuta nella norma.

V'è da chiedersi se il patto si possa risolvere automaticamente anche per un fattore ulteriore rispetto a quelli letteralmente previsti dal comma 59. A questo riguardo, il combinato disposto dei commi 50 e 57, lett. *b*), unitamente al comma 59, fa propendere per una risposta affermativa.

La prima disposizione impone che il contratto abbia a oggetto i rapporti patrimoniali relativi alla «vita in comune», mentre la seconda colpisce con la nullità la conclusione di un accordo in violazione del comma 36, ossia stipulato da soggetti a cui non è possibile attribuire la qualifica di conviventi. Parallelamente, il comma 59 elenca, tra le varie

---

zione per accordo delle parti, di cui al comma 59, lett. *a*), rappresenta un'ipotesi connotata da elementi peculiari, che si caratterizza diversamente rispetto al mutuo dissenso contemplato dall'art. 1372, comma 1, c.c.

<sup>327</sup> Sulla natura assistenziale della previsione di cui al comma 65, fondata sul dovere di solidarietà economica esistente al momento della cessazione del rapporto, si sono espressi, ad esempio, M. PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, cit., p. 288 ss.; G. FER-RANDO, *Libertà e solidarietà nella crisi delle convivenze*, cit., p. 307.

cause di risoluzione, il matrimonio o l'unione civile tra uno dei conviventi e un terzo, nonché la morte di uno di essi: si tratta di vicende che determinano il venire meno del rapporto di fatto.

Alla luce del contenuto di queste norme è possibile concludere che la raffigurazione di un *contratto* di convivenza in assenza di un *rapporto* di convivenza, ossia di una vita in comune da regolare economicamente, priverebbe, al contempo, l'atto sia del ricordato requisito strutturale soggettivo, sia della causa «familiare» che lo fonda. La lettura da attribuire al comma 59 non può allora non tenere conto che, nella rottura volontaria del rapporto affettivo, deve riconoscersi un sicuro fattore di scioglimento automatico del contratto<sup>328</sup>.

A questo proposito, non convince l'opinione di chi ha sostenuto che «sottoporre l'efficacia di un contratto alla permanenza del rapporto di convivenza significa in realtà subordinare l'efficacia del contratto ad una condizione che è meramente potestativa sia per il debitore che per il creditore»<sup>329</sup>.

Fermo restando che l'art. 1355 c.c. non contempla la condizione risolutiva meramente potestativa<sup>330</sup>, come sarebbe quella che condizionasse lo scioglimento del contratto alla cessazione del rapporto affettivo, si osserva che, in questo caso, l'avverarsi dell'evento non dipende da un comportamento arbitrario, senza che l'agire futuro conduca all'assoggettamento del contraente ad alcuno svantaggio o che corrisponda ad altro interesse che a quello di liberarsi dal vincolo contrat-

<sup>328</sup> Così anche per G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1768; nonché per L. NONNE, *Commi 59-60*, cit., p. 705, il quale però ritiene che la cessazione della convivenza possa essere fatta valere anche nei confronti dei terzi solo se a essa segue una delle cause tipiche di risoluzione ex comma 59. In senso contrario, v. però G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., p. 1344, secondo cui può ipotizzarsi che la convivenza cessi, «ma (per quanto paradossali siano le conseguenze, peraltro derivanti da un testo normativo di non eccelsa qualità) il contratto prosegua, mancando un atto di espresso mutuo dissenso o di recesso». Anche prima della Novella, si annoverava tra le cause di scioglimento del contratto la cessazione del rapporto affettivo: v., ad esempio, F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 542 ss., il quale aveva però fatto ricorso all'istituto della presupposizione.

<sup>329</sup> Così M. IEVA, *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, cit., p. 43.

<sup>330</sup> V. in giurisprudenza, ad esempio, Cass., 10 febbraio 2004, n. 2497, in *Contratti*, 2004, p. 1110; Cass., 15 settembre 1999, n. 9840, in *Giur. it.*, 2000, p. 1161; Cass., 25 gennaio 1992, n. 812, in *Riv. not.*, 1993, p. 489.

tuale a costo zero<sup>331</sup>: la rottura della vita in comune importa sicuramente per il convivente un sacrificio e l'assoggettamento a delle conseguenze ulteriori rispetto al rapporto contrattuale condizionato (si pensi, ad esempio, alla disapplicazione per l'avvenire del nuovo statuto normativo introdotto dalla Novella e l'applicazione, ove ne ricorrano i presupposti, delle disposizioni di cui ai commi 61 e 65).

Ciò consente di chiarire la reale portata della previsione di cui alla lett. *b*): sembra che il «recesso unilaterale» *ivi* menzionato si riferisca, più che a una illimitata recedibilità dal patto *ex art.* 1373 c.c., alla sola ipotesi di scioglimento conseguente alla libera decisione di porre fine al rapporto affettivo.

Si tratterebbe di un'interpretazione del dato normativo coerente con la struttura e la funzione del contratto, di cui al comma 50, alla luce dei criteri negoziali contenuti nel Libro IV del Codice.

Ammettere che ogni convivente possa determinare, a suo piacimento, la risoluzione del patto, pur continuando la convivenza, significherebbe privare di stabilità l'impegno preso: per quanto il principio generale della non risolubilità del negozio per volontà unilaterale, sancito dall'art. 1372 c.c., conosca numerose eccezioni, lo stesso subirebbe una lesione non giustificata da un interesse meritevole se si ritenesse del tutto libero il convivente di sottostare o meno agli obblighi ch'egli intenzionalmente ha assunto<sup>332</sup>. Si tratterebbe di una soluzione con esiti iniqui: l'esercizio per tempo del diritto di recesso, a opera della

---

<sup>331</sup> Sulla nozione di condizione meramente potestativa, si rinvia a G. AMADIO, *Gli elementi accidentali*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, a cura di G. Amadio e F. Macario, Bologna, 2014, p. 635.

<sup>332</sup> È noto che il principio generale è quello della intangibilità del contratto e della irrevocabilità unilaterale del vincolo: cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2013, p. 13 ss. La regola non appare però assoluta, ma subisce numerosi temperamenti (si pensi, ad esempio, alle ipotesi di recesso legale): la modifica unilaterale rappresenta, dunque, un fenomeno «per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo» (così P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 24). Per queste ragioni, autorevole dottrina ha ritenuto che, «a causa della previsione del potere di recesso unilaterale nella disciplina di quasi tutti i tipi legali, l'art. 1372, 1° comma, prima parte è sostanzialmente svuotato» e che «il potere di recesso è la regola nella disciplina dei singoli tipi»: così G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, p. 9 e 12. In questa sede, non s'intende prendere posizione in merito alla generale vincolatività o meno dei contratti, ma si vuole unicamente evitare un esito che risulterebbe altrimenti iniquo e in danno del contraente che ne subisce gli effetti.

parte che intende poi cessare la convivenza, frusterebbe l'affidamento del *partner* nella stabilità e nella certezza delle attribuzioni patrimoniali condizionate alla fine della vita in comune. Alla meritevolezza del «recesso» dal rapporto non sembra corrispondere quella dello *ius poenitendi* dal solo contratto di convivenza.

Pertanto, occorre proporre un'interpretazione sistematica e teleologica della previsione contenuta nella ricordata lett. *b*), nel senso di leggere in essa l'espressione di un dato che altrimenti non troverebbe spazio nell'elencazione normativa se intesa in senso tecnico-letterale: posto che là dove non c'è più convivenza, non ci può più nemmeno essere alcun contratto che ne disciplini gli aspetti patrimoniali, deve ritenersi che, con il riconoscimento del diritto di «recesso» di cui alla lett. *b*), il legislatore abbia fatto riferimento alla libera scelta di scioglimento del negozio conseguente alla decisione di ciascun convivente di porre fine alla relazione affettiva.

Diversamente opinando, l'elencazione contenuta nel comma 59 diverrebbe lacunosa, poiché rimarrebbe inspiegabilmente esclusa una causa tipica, di cui pochi dubitano, di «risoluzione» del contratto di convivenza: la cessazione del rapporto.

La stessa formulazione della norma («il contratto di convivenza si risolve per» e non «può risolversi per»), differente rispetto a quella del comma 53 («il contratto può contenere»), lascia intendere che l'elencazione debba considerarsi esaustiva e non esemplificativa delle ipotesi di scioglimento del vincolo negoziale. Interpretando il riferimento alla recedibilità unilaterale del patto come un richiamo alla sola libera recedibilità del rapporto verrebbe recuperata la portata generale e omnicomprensiva che la disposizione sembra possedere.

Un'ulteriore conferma dell'assunto può ricavarsi dal comma 61, il quale stabilisce, nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, che la dichiarazione di recesso deve sempre contenere, a pena di nullità, il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al *partner* per lasciare l'abitazione<sup>333</sup>. La previsione si giustifica solo attribuendo al «recesso», di cui alla lett. *b*), il significato di «cessazione del rapporto». Viceversa, se si potesse sciogliere unilateral-

<sup>333</sup> Si è sostenuto che la previsione possa applicarsi analogicamente anche alla rottura del rapporto tra conviventi che non hanno stipulato un contratto di convivenza: cfr. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, cit., p. 392 ss.; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, cit., p. 714.

mente il contratto senza far terminare la convivenza, non si capirebbe la ragione per cui l'atto di recesso debba comunque contenere, peraltro *ad substantiam*, il termine entro il quale il *partner* è tenuto ad abbandonare la casa comune<sup>334</sup>.

Il discorso sin qui condotto sembra dunque confermare l'assunto di partenza e conduce a un'unica conclusione: il contratto avrà forza precettiva fintanto che la relazione *more uxorio* continuerà; una volta venuto meno il rapporto di convivenza, per decisione unilaterale di uno dei componenti della coppia (a seguito di «recesso» dall'unione affettiva o di matrimonio o unione civile con un terzo) oppure per accordo delle parti (per mutuo dissenso o per matrimonio o unione civile tra i conviventi), non potrà più residuare alcuno spazio di operatività del patto, salvi gli effetti delle previsioni negoziali volte a regolare il momento della rottura della relazione.

Occorre dunque distinguere tra clausole pattizie che presuppongono il vincolo affettivo e la vita in comune (si pensi, ad esempio, all'obbligo di contribuzione materiale) e previsioni che «sopravvivono» alla fine del rapporto, proprio perché dettate con riguardo a questo momento (il riferimento è alle attribuzioni condizionate allo scioglimento dell'unione): solo le prime cesseranno di avere efficacia a seguito del «recesso» dalla convivenza, mentre le seconde rimarranno vincolanti e, anzi, produrranno effetti a partire dalla cessazione della vita in comune.

La soluzione qui proposta sembra avvalorata anche dalla diversità strutturale e funzionale esistente tra i contratti di convivenza e i c.d. «negozi della vita familiare», a contenuto non patrimoniale, riguardanti il rapporto di coniugio.

Solo per questi ultimi sia la dottrina, sia la giurisprudenza ritengono pacificamente accordabile ai coniugi una illimitata facoltà di revoca unilaterale, tanto da far autorevolmente dubitare della loro vinco-

---

<sup>334</sup> Proprio riflettendo sull'argomento offerto dal comma 61, G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1768, ha negato che possa pensarsi a un venir meno del vincolo contrattuale e, contemporaneamente, al persistere della convivenza. In ogni caso, deve ritenersi che i conviventi possano stabilire pattiziamente, nell'esercizio della loro autonomia privata, un termine inferiore a novanta giorni, in deroga a quanto prevede il comma 61: la norma non ha natura imperativa, in quanto priva di finalità pubblicistiche, ed è posta a esclusivo vantaggio del *partner* che non è proprietario dell'abitazione in cui risiede la coppia. Stante l'unilateralità dell'interesse tutelato, dovrebbe anche ammettersi una rinuncia unilaterale a opera del beneficiario, senza dover necessariamente ricorrere allo schema contrattuale.

latività<sup>335</sup>. Invero, «una fondamentale caratteristica degli accordi è quella di avere una efficacia precaria e limitata nel tempo, in quanto sono destinati ad essere eliminati o sostituiti quando non saranno più ritenuti rispondenti agli interessi il cui assetto determinano. Sono cioè soggetti alla regola *rebus sic stantibus* ... Gli accordi si caratterizzano dunque rispetto al contratto, perché il consenso prestato non ha forza di legge tra le parti, ma al contrario può essere sempre revocato»<sup>336</sup>.

Le ragioni che hanno indotto ad attribuire una vincolatività «imperfetta» alle c.d. convenzioni matrimoniali atipiche o alle intese *ex art.* 144 c.c. non sono predicabili con riguardo al contratto di convivenza: il diverso contenuto, unitamente alla differente struttura e funzione di quest'ultimo, irrimediabilmente vi confliggono.

I dati sin qui discussi sembrano dunque confermare che un'interpretazione esclusivamente letterale del comma 59, lett. *b*), non consente di comprendere il reale contenuto della norma.

Tuttavia, poiché l'opinione opposta (che riconduce la previsione all'art. 1373 c.c.) è stata sinora accolta dalla dottrina sostanzialmente unanime, è necessario procedere a un'analisi della disposizione alla luce di tale diverso inquadramento; e si vedrà come la soluzione risulti inappagante per i problemi di disciplina che pone.

Sebbene, nel silenzio delle parti, nessun dubbio possa sorgere in merito alla sorte delle attribuzioni patrimoniali già eseguite – poiché l'eventuale esercizio del diritto di recesso ne impedisce la ripetizione ai sensi dell'art. 1373, comma 2, c.c. – si pone anzitutto il problema della ammissibilità di un patto che preveda la retroattività degli effetti<sup>337</sup>.

<sup>335</sup> Sul tema si rimanda alle considerazioni già svolte nel precedente § 8 e a quelle espresse da G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, cit., p. 173 ss.

<sup>336</sup> Così D. RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in genere*, diretta da G. Alpa e M. Bessone, II, 2, Torino, 1991, p. 1165, secondo il quale, poi, «per quanto concerne in particolare, gli accordi relativi all'indirizzo della vita familiare, arbitri della rispondenza degli accordi agli interessi coinvolti nella famiglia ... sono gli stessi coniugi, i quali sono liberi di revocare il consenso prestato agli accordi, ponendo nel nulla un risultato che può essere stato anche faticosamente raggiunto».

<sup>337</sup> In termini generali, sulla figura del diritto di recesso si limita il rinvio a T. TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962; A. DI MAJO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 110 ss.; S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965; W. D'AVANZO, voce *Recesso (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 1027 ss.; G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in

Al riguardo soccorre la previsione di cui all'art. 1373, comma 4, c.c. – da considerarsi applicabile anche al contratto di convivenza, stante la natura disponibile dei diritti patrimoniali in esso disciplinati – la quale conferisce una «totale delega ... all'autonomia delle parti»<sup>338</sup>, per regolare le conseguenze nascenti dalla decisione di recedere. In ogni caso, va escluso che possa qui essere richiamato quanto dispone l'art. 2034 c.c. poiché la norma nega la ripetibilità solo di quanto è stato *spontaneamente* prestato in esecuzione di doveri morali o sociali.

Il vero aspetto problematico è un altro: riguarda gli effetti dell'esercizio del diritto potestativo sulle clausole che condizionano le attribuzioni patrimoniali alla conclusione della convivenza. Si pensi, ad esempio, a un accordo con cui le parti abbiano stabilito la corresponsione di una somma di denaro o il trasferimento della proprietà di un bene nel caso in cui cessi il rapporto. Il dubbio è che l'eventuale esercizio del diritto di recesso privi di vincolatività l'impegno assunto per il futuro.

Se si accoglie l'impostazione da noi proposta, che identifica il «recesso» con la cessazione della convivenza, rimarrebbero integre la vincolatività dell'obbligo e la piena efficacia del patto, non solo con riguardo alle prestazioni già eseguite, ma anche a quelle connesse al venire meno del rapporto. D'altronde, «la facoltà di sciogliere il rapporto di libera unione non ha nulla a che vedere con l'impegno di rispettare gli accordi di vita comune e, finché il rapporto permane, di subire le conseguenze di tali accordi, come si prospettano giuridicamente all'atto della cessazione del rapporto»<sup>339</sup>. Questa osservazione, autorevolmente sostenuta quasi trent'anni or sono, conserva per intero la propria valenza anche dopo l'entrata in vigore della Novella: un conto è l'effetto dello scioglimento dell'unione sul contenuto programmatico (ossia rivolto al futuro) del patto, altro è quello sugli obblighi già assunti e condizionati alla cessazione dell'unione. Per essi il vincolo negoziale è già fermo e irrevocabile, e impone ai contraenti l'adempimento delle prestazioni pattuite in vista del termine della relazione.

---

*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 725 ss.; ID., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit.; G. DE NOVA, *Il recesso*, cit., p. 637 ss.; ID., voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 314 ss.; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, voce *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 28 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 336 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 58 ss.

<sup>338</sup> Così G. DE NOVA, *Il recesso*, cit., p. 641.

<sup>339</sup> Così A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., p. 52.

Viceversa, se si adotta un'interpretazione meramente letterale della lett. *b*), si finisce per rendere evanescenti le clausole disciplinanti gli aspetti patrimoniali conseguenti al venire meno del rapporto affettivo: come si è visto, basterebbe l'esercizio per tempo del diritto di recesso, a opera del convivente che intende poi rompere la relazione, per liberarsi anche degli obblighi a suo tempo assunti connessi alla cessazione della vita in comune. Si tratterebbe di una soluzione iniqua che conferma, ancora una volta, il significato che si è attribuito alla lett. *b*) del comma 59.

Resta, infine, da chiedersi se l'esercizio del diritto di recesso possa essere fonte di responsabilità.

Ricostruendo – conformemente a quanto qui sostenuto – la previsione di cui alla lett. *b*) come un'ipotesi di risoluzione del patto collegata al solo venir meno del rapporto affettivo, il dubbio non si pone: si è già avuto modo di verificare come sia un dato sostanzialmente indiscusso dalla dottrina l'esistenza di un'ampissima libertà delle parti di stabilire il sorgere e la cessazione della relazione, stante l'assenza di vincoli coercibili al suo mantenimento<sup>340</sup>. Questo tipo di unione soddisfa l'interesse di ciascuno dei suoi membri a vivere informalmente il rapporto: venuti meno quegli impedimenti formali che un tempo costringevano talune coppie a sottostare a una relazione *more uxorio*<sup>341</sup>, la decisione di non contrarre matrimonio non può oggi che considerarsi frutto di una scelta del tutto volontaria.

Questi fattori inducono, inevitabilmente, a ritenere inesistente alcun affidamento, giuridicamente rilevante, sulla durata del legame affettivo<sup>342</sup>: da qui il carattere della libera e insindacabile recedibilità, *ex*

<sup>340</sup> Della questione ci si è occupati in precedenza nel § 16.

<sup>341</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Sui diversi «modelli di vita familiare»*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, II, Napoli, 2002, p. 1171, il quale discorre di convivenza provvisoria, forzata e calcolata.

<sup>342</sup> L'unica disposizione che, in qualche modo, sembra fare riferimento all'affidamento sulla continuazione della vita di coppia è quella contemplata dal comma 65, in base alla quale, in caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'art. 438, comma 2, c.c. Si tratta di una norma avente carattere eccezionale, applicabile solo in rari casi, volta a dare tutela al convivente economicamente «debole», che non può essere impiegata come parametro interpretativo per giustificare inammissibili vincoli alla libera recedibilità dal legame affettivo.



comma 59, dall'unione e dunque dal relativo contratto<sup>343</sup>, senza che sorga alcun obbligo risarcitorio nei confronti del *partner* che subisce la scelta.

Maggiori problemi pone il quesito qualora si interpreti il «recesso unilaterale», di cui alla lett. *b*), ai sensi dell'art. 1373 c.c.

La soluzione si complica in ragione dell'affermarsi, in dottrina e in giurisprudenza, di un'opinione secondo la quale sarebbe ammissibile un controllo sull'esercizio del diritto di recesso in base al principio della buona fede oggettiva, che consentirebbe, in caso di abuso<sup>344</sup>, «un intervento giudiziale anche modificativo o integrativo del regolamento pattuito, a garanzia del giusto equilibrio degli interessi»<sup>345</sup>. La giurispru-

<sup>343</sup> È rimasta largamente minoritaria, già prima dell'introduzione della Novella, l'opinione di chi aveva avvertito l'esigenza di valorizzare quelle modalità di svolgimento del rapporto che – per l'intensità degli affetti, per il valore delle attribuzioni patrimoniali effettuate *manente vinculo* e per gli investimenti economici e morali sostenuti – fossero in grado di determinare, nel caso concreto, un affidamento del suo protrarsi. Si era così ritenuto che la regola sancita dall'art. 1375 c.c., contemperando libertà e responsabilità, potesse divenire applicabile anche al momento pattizio della libera unione ed essere fonte di un obbligo risarcitorio in caso di sua violazione: cfr., ad esempio, E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 989.

<sup>344</sup> Sulla figura dell'abuso del diritto, la letteratura appare sterminata. Si limita dunque il rinvio a P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 13 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 37 ss.; S. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. giorn. II, Milano, 1998, p. 1 ss.; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, p. 2 ss.; C. SALVI, voce *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; F.D. BUSNELLI ed E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, a cura di G. Furguele, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 210 ss.

<sup>345</sup> Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85. Più in generale, sull'ammissibilità di un sindacato sull'esercizio del diritto di recesso *ex art. 1373 c.c.*, v. anche Cass. 6 agosto 2008, n. 2150, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 229; Cass. 18 ottobre 2003, n. 15482, in *Dir. giur.*, 2004, p. 525; Cass., 23 settembre 2002, n. 13823, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 3; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Contratti*, 2000, p. 1115; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479. In dottrina, sul tema v., ad esempio, G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss., spec. 158 ss.; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 149 ss.; F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 809; F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n.*

denza ha da tempo sostenuto la necessità di accordare il risarcimento del danno qualora la parte si avvalga del diritto potestativo in modo non conforme alle regole di correttezza, espressione di un generale principio di solidarietà sociale avente fonte nel dato costituzionale<sup>346</sup>.

Queste considerazioni non sembrano tuttavia giustificare una semplicistica estensione di disciplina anche al contratto di convivenza<sup>347</sup>.

Se la decisione unilaterale di far cessare la convivenza non può comportare il sorgere di alcuna pretesa risarcitoria nei confronti di colui che ha determinato la rottura del rapporto (salva l'esistenza di un diverso accordo delle parti), ne consegue, con un evidente e logico parallelismo, che nemmeno l'esercizio del diritto di recesso, di cui al comma 59, lett. *b*), pur ricostruito come diritto *ex art.* 1373 c.c., consente al *partner* di pretendere alcunché. Se così fosse, dovrebbe paradossalmente ammettersi un giudizio di responsabilità anche per gli altri fattori di scioglimento *ex lege* del patto, ogni qual volta essi dipendano da una scelta considerata «arbitraria» di una delle parti. In realtà, la decisione di contrarre matrimonio o un'unione civile tra i conviventi

---

20106, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 653 ss.; M. GRONDONA, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 309 ss.; M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., p. 263 ss.; ID., *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 5 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 357 ss.; F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 25 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 740-741; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 360 ss.

<sup>346</sup> In questo senso cfr., tra le tante, Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Dir. tra sporti*, 2007, p. 87; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

<sup>347</sup> In senso contrario, v. però U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, cit., p. 1763, secondo il quale sorge un «obbligo al risarcimento del danno quando quest'ultime [*id est*, le modalità di esercizio del diritto di recesso] si provi abbiano mortificato ingiustamente il legittimo affidamento riposto dall'altra parte sulla continuazione del rapporto contrattuale». Parimenti, secondo L. NONNE, *Commi 59-60*, cit., p. 713 ss., l'esercizio del recesso dovrebbe valutarsi in base al rispetto del canone di buona fede *ex art.* 1375 c.c., il cui contrasto «condurrebbe, alternativamente, a non considerare il contratto risolto (paralizzandosi, pertanto, l'efficacia del recesso) o, nell'ottica di assicurare sempre il recupero della libertà nelle relazioni affettive, a fondare un'obbligazione risarcitoria qualora i tempi e le modalità con cui il diritto potestativo viene esercitato comportino un ingiustificato aggravio economico per la controparte». Dello stesso avviso, v. anche N.A. CIMMINO, *Comma 61*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 727.

stessi o tra uno di essi e un terzo o la scelta di terminare il rapporto affettivo non può mai divenire fonte di un diritto al risarcimento dei danni: trattasi di un risultato non coerente con la natura e la struttura della libera unione e con la libertà personale delle parti.

Si aggiunga, infine, un'ultima considerazione.

Il sindacato sull'esercizio del diritto di recesso verrebbe compiuto alla luce del parametro sancito da una clausola generale, qual è la buona fede. Si finirebbe così per consentire a un terzo (il giudice) di ingerirsi in una delle scelte più intime della vita di ogni individuo, ossia quella di continuare o meno una relazione affettiva, qualora al recesso si accompagni anche il venire meno della vita di coppia. Senza considerare, poi, che il timore per il recedente, di sottostare a un giudizio di congruità della scelta di sciogliere il contratto, determinerebbe un'indebita coartazione della sua volontà in merito alla stessa continuazione del rapporto affettivo, che verrebbe proseguito al solo fine di sottrarsi al rischio di un'eventuale pretesa risarcitoria avanzata dal *partner*.

Non può allora che negarsi l'applicazione dell'art. 1375 c.c. alle ipotesi contemplate dal comma 59. Per le medesime ragioni, non potrebbe nemmeno qualificarsi la rottura della convivenza come un inadempimento contrattuale, poiché lo scioglimento libero e unilaterale del rapporto è un carattere tipico e ineliminabile di ogni unione affettiva non coniugale.

Rimangono da analizzare alcuni ulteriori profili formali di disciplina.

Innanzitutto, il comma 60 impone che l'atto di recesso venga ricevuto da un professionista, il quale è poi tenuto a trasmetterne copia, entro i successivi dieci giorni, al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe e a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto (comma 61)<sup>348</sup>. Inoltre, si è già sottolineato che, nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve anche contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione.

L'onere formale e quello di trasmissione agli uffici anagrafici risultano essenziali sia ai fini della opponibilità ai terzi della cessazione della

---

<sup>348</sup> Mostra perplessità di fronte alla scelta di onerare di tale adempimento il professionista e non la parte: G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sul lavoro in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1028 ss.

convivenza (si pensi, ad esempio, alle conseguenze sul regime di comunione legale), sia per determinare con certezza il momento dell'efficacia di quelle attribuzioni patrimoniali che dipendono dal venir meno del rapporto. E ciò dà, ancora una volta, ragione alla tesi qui proposta: se si ritenesse il recesso di cui alla lett. *b*) come mero diritto *ex art.* 1373 c.c., e non invece solo come causa di scioglimento automatico del contratto per effetto del «recesso» dal rapporto affettivo, quest'ultima ipotesi diverrebbe priva di espresso riscontro pubblicitario nella legge.

Alla luce di queste considerazioni, il fatto «cessazione della convivenza» (causa, come si è visto, di scioglimento automatico del contratto) potrà essere opposto ai terzi solamente adempiendo le formalità di cui al comma 52, richiamato dal comma 61.

*c) Il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra un convivente e un'altra persona.* – Le ipotesi contemplate dalla lett. *c*) fanno venire meno il presupposto soggettivo dell'esistenza di un rapporto di convivenza tra le parti, determinando il conseguente scioglimento del contratto: la celebrazione di un matrimonio o la costituzione di un'unione civile tra i conviventi o tra uno di essi con un terzo sono cause estintive del rapporto, che sorregge causalmente il patto *ex comma* 50<sup>349</sup>, come è testimoniato anche dalla previsione contenuta nel comma 57<sup>350</sup>.

La libertà di stato risulta dunque un elemento che deve essere ne-

<sup>349</sup> Ritieni, ad esempio, che le ipotesi contemplate nella lett. *c*) incidano sulla causa del contratto A. FIGONE, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 281.

<sup>350</sup> Secondo L. NONNE, *Commi 59-60*, cit., p. 717, qualora la convivenza si sia svolta nella casa familiare spettante in via esclusiva a chi poi contrae matrimonio o costituisce un'unione civile, potrebbe applicarsi in via analogica quanto dispone il comma 61, con la conseguenza che colui che si sposa o si unisce civilmente con un terzo sarebbe tenuto a concedere un termine di preavviso di 90 giorni al *partner* per lasciare l'abitazione, a salvaguardia dei suoi interessi abitativi. La soluzione proposta sembra però contrastare con il carattere eccezionale della previsione di cui al comma 61, che impedirebbe una sua applicazione analogica. Si considerino, inoltre, le conseguenze di un eventuale mancato preavviso: se si applicasse la disciplina stabilita dal comma 61, dovrebbe ritenersi in qualche modo nullo il «recesso», con il paradosso di ritenere l'ormai *ex partner* (coniugato o unito civilmente) obbligato a contribuire economicamente sia alla disciolta famiglia (di fatto) *ex pacto*, sia a quella appena costituita (di diritto) *ex lege*. Con il rischio, poi, che il convivente allontanato anzitempo dall'abitazione potrebbe ottenere, ricorrendone i presupposti, una tutela possessoria ed essere riammesso nell'immobile assieme alla nuova coppia.

cessariamente presente sia al momento della stipula del contratto di convivenza, sia durante la fase esecutiva.

Il comma 62 prevede che il contraente, che ha contratto matrimonio o l'unione civile, deve notificare all'altro (purché non sia il coniuge o la parte dell'unione civile), nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile. L'avvocato o il notaio saranno poi tenuti, ai sensi del combinato disposto dei commi 51 e 52, a trasmetterne copia, entro i successivi dieci giorni, al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe.

Un dubbio da risolvere riguarda l'applicazione del comma 60, nella parte in cui prevede lo scioglimento automatico della comunione dei beni tra i *partner*, nel caso in cui essi contraggano tra loro matrimonio o un'unione civile, senza optare per la separazione dei beni.

Benché possa apparire in parte artificioso immaginare che la comunione venga meno con l'atto di celebrazione e poi si ricostituisca un attimo dopo, non sembra che il chiaro tenore del comma 61 lasci alcun margine interpretativo. Può, inoltre, ipotizzarsi un concreto interesse, in capo a uno o a entrambi i conviventi, a ottenere lo scioglimento della comunione legale *ex* comma 60, tenuto conto, per un verso, del diverso regime di appartenenza dei beni comuni che da esso discende (comunione ordinaria) e, per altro verso, del regime degli acquisti previsto nella c.d. comunione *de residuo* (artt. 177 e 178 c.c.)<sup>351</sup>.

*d) La morte di uno dei conviventi.* – Il contratto non può che sciogliersi per la morte di uno dei contraenti, la quale determina necessariamente anche il venire meno del rapporto. E, pur nel silenzio del legislatore, a questa circostanza deve essere assimilata anche la morte presunta, stante l'*eadem ratio*.

Il comma 63 stabilisce che il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare, a margine del contratto di convivenza, l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza<sup>352</sup>.

<sup>351</sup> Conformemente v. anche L. NONNE, *Commi 59-60*, cit., p. 720-721.

<sup>352</sup> Per un approfondimento, anche sotto il profilo operativo, sull'onere imposto dal comma 63, v. A. DE DONATO, *Comma 63*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 734 ss.

20. *La derogabilità ex pacto delle norme di carattere patrimoniale sancite dalla legge n. 76 del 2016.* – Una delle questioni più controverse riguarda la possibilità per i conviventi di stabilire, nel contratto di convivenza, la non applicabilità (in tutto o in parte) al loro rapporto affettivo delle regole stabilite dalla legge n. 76 del 2016.

Prima di darvi risposta, è necessario sgomberare il campo da un possibile fraintendimento.

In linea di principio, il patto *ex* comma 50 ben potrebbe ricomprendere clausole aventi funzione di «*opting out*», poiché anch'esse concernono aspetti relativi alla vita in comune dei conviventi, incidendo su situazioni giuridiche soggettive attribuite *ex lege* agli stessi<sup>353</sup>.

Tuttavia, l'oggetto dell'accordo non può riguardare la (dis)applicazione della totalità del corpo normativo disciplinante le libere unioni, ma delle sole disposizioni che prevedono, in capo ai componenti della coppia, diritti e obblighi di natura economica: la legge, nel circoscrivere espressamente il contenuto di un contratto di convivenza ai soli rapporti patrimoniali, non sembra lasciare spazio a una diversa opzione interpretativa.

Alla luce di tali premesse, possono proporsi tre profili d'indagine.

Il primo attiene alla generale natura imperativa o dispositiva dei precetti di natura economica contenuti nella Novella e, di conseguenza, involge il problema dello spazio concesso all'autonomia privata di derogarvi. Il secondo profilo riguarda l'intrinseca natura degli specifici diritti e obblighi patrimoniali previsti per i conviventi che, se li rendesse indisponibili secondo altre norme dell'ordinamento, precluderebbe alla libertà negoziale ogni margine di intervento. Il terzo profilo guarda ai terzi, al fine di verificare, con riferimento alle singole ipotesi, l'emersione di un interesse altrui, giuridicamente tutelato, alla conservazione del diritto di contenuto economico sancito dalla legge a favore dei uno dei membri dell'unione.

In ordine alla prima questione, occorrerà appurare se le disposizioni legislative di ordine patrimoniale siano effettivamente dettate a tutela di un interesse pubblico – per definizione intangibile – e non possano essere, di conseguenza, contraddette dall'autonomia privata.

---

<sup>353</sup> Si dissente dunque dall'opinione di F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1744, secondo cui la deroga potrebbe avvenire solo mediante un contratto di diritto comune e non attraverso la stipula di un contratto di convivenza *ex* comma 50.

La risposta al quesito induce a recuperare alcune delle considerazioni generali, svolte all'inizio dell'indagine<sup>354</sup>.

Si è già avuto modo di sottolineare come il fenomeno della convivenza, per lo meno sino agli anni Sessanta del secolo scorso, fosse praticamente ignorato tanto dall'ordinamento, quanto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, al più rilevando, in negativo, in termini di riprovazione sociale e normativa. Pur nel vigore della Costituzione repubblicana, l'unione affettiva non coniugale non ha trovato margini di tutela per quasi trent'anni, sino a quando la dottrina e la giurisprudenza non hanno iniziato a offrire copertura costituzionale alla coppia non coniugata attraverso il parametro di cui all'art. 2 Cost.

A tale riguardo, si è accertato che, pur ricomprendendosi la famiglia di fatto all'interno di quelle formazioni sociali in cui si esercitano e maturano i diritti inviolabili dell'uomo, queste ultime non rappresentano un valore in sé, ma ricevono tutela solo in quanto funzionali al pieno sviluppo della persona<sup>355</sup>. Si è altresì dimostrato che i principi ispiratori della materia offrono argomenti sufficienti a sostegno di una concezione individualistica, fondata sulla regola dell'autonomia privata, in cui la famiglia si colloca in una posizione sottordinata e servente rispetto agli individui che la compongono: discorrere di «interesse familiare», come di un concetto autonomo e distinto da quello dei membri dell'unione, risulta il frutto di una concezione ipostatizzante e istituzionale dei legami affettivi, da ritenersi da tempo abbandonata.

È nella sola famiglia legittima che possono individuarsi delle particolari istanze di solidarietà, presidiate da norme cogenti, attuative di precetti costituzionali. L'affermazione trova, ad esempio, riscontro in quanto dispone la seconda parte dell'art. 29, comma 2, Cost. ovvero, in ambito codicistico, nel combinato disposto di cui agli artt. 143 e 160 c.c.<sup>356</sup>. Si tratta di ipotesi non contemplate nella legge n. 76 del 2016 e, di certo, non applicabili analogicamente alla famiglia di fatto: le regole

<sup>354</sup> Si rinvia integralmente alle considerazioni espresse nel cap. I.

<sup>355</sup> In questo senso, su tutti, v. P. RESCIGNO, *La tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974, p. 4003 ss., nonché gli Autori citati nel cap. II, § 3.

<sup>356</sup> È noto che la famiglia nascente dal matrimonio è il terreno d'elezione dell'operatività degli *status*, ossia di qualifiche soggettive a cui si ricollegano diritti e doveri determinati dalla legge, rispetto ai quali il volere dei privati risulta irrilevante. Sull'argomento si limita il rinvio, anche per eventuali riferimenti bibliografici, a F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 ss.

sulla convivenza danno attuazione al solo art. 2 Cost., posto a tutela della personalità dei singoli in ogni fenomeno associativo. La volontà negoziale sembra allora operare con assai maggiore libertà rispetto ai limiti stabiliti per la famiglia legittima.

In un'ottica di pieno sviluppo della autonomia privata in ambito patrimoniale, va primariamente preservata la scelta di libertà insita nella decisione di convivere informalmente, senza cedere a interpretazioni di tipo assistenzialistico, sulla base dell'indimostrato presupposto che esista un *partner* aprioristicamente «debole» o dipendente economicamente dall'altro. I migliori interpreti dei propri interessi devono essere i privati, poiché la disciplina che l'ordinamento detta per tutelare categorie astratte non può che cedere di fronte alla scelta, operata dal singolo di non avvalersi (nel caso concreto) della situazione di vantaggio attribuitagli dalla legge. Non va, infatti, dimenticato che, dal punto di vista dei diritti individuali, uno dei pilastri di una società liberale è rappresentato anche dalla libertà di ciascuno di fare delle cattive scelte.

Se si vuole evitare una visione paternalistica dei rapporti tra Stato e destinatari delle norme giuridiche, i privati devono sempre essere considerati in grado di comprendere appieno gli effetti delle proprie azioni e di soddisfare nel modo migliore le proprie esigenze<sup>357</sup>, salvo le ipotesi patologiche o legali di incapacità.

Accogliendo tale impostazione, l'imperatività delle nuove norme va ridimensionata in nome del valore dell'autonomia privata. Ne consegue, in linea generale, che la disciplina legale è chiamata a regolare i rapporti economici tra i conviventi, attraverso *default rules*, e dunque solo in assenza di una diversa scelta contenuta nel contratto di convivenza.

Questo dato sembra trovare ulteriore conferma nell'aspetto temporale riguardante l'emanazione della Novella: è evidente che un inter-

---

<sup>357</sup> Si rimanda a quanto espresso da E. DI ROBILANT, *La rilevanza degli ordini dinamici nella società complessa*, cit., p. 222 ss., secondo il quale «ciò che nella società complessa appare interessante e fecondo, sul piano della conoscenza e dell'operatività, è costituito dalla presenza di ordini dinamici, vale a dire di ordini di principio che si autocorreggono e lasciano più spazio alla selezione critica nel corso del processo dell'evoluzione. La presenza di ordini dinamici dà luogo a una competizione fra gli ordini dinamici stessi e fra gli ordini dinamici e gli ordini statici, il più incisivo dei quali è quello dello stato. Nella società complessa, perciò, si viene a creare una competizione fra l'ordine statico (o prevalentemente statico) dello stato, da una parte, e gli ordini dinamici posti dalla società e dai singoli, dall'altra parte».



vento legislativo, effettuato a distanza di quasi ottant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, difficilmente potrebbe ritenersi attuativo dei suoi precetti. Le stesse statuizioni della Corte costituzionale, ossia dell'unico organo istituzionalmente preposto a giudicare della conformità dell'ordinamento alla Carta, depongono tutte per una simile lettura: pur a fronte di numerose pronunce, mai il giudice delle leggi ha lamentato la mancata attuazione, in questo specifico ambito, di principi costituzionali, né ha mai sollecitato un qualche chiaro e ampio intervento legislativo di carattere imperativo in tema di convivenze di fatto.

Prima di accogliere tale prospettiva, occorre chiedersi se essa non trascuri un dato presente nelle disposizioni di carattere patrimoniale introdotte dalla legge n. 76 del 2016.

Il fondamento di esse va senz'altro individuato nel principio solidaristico, in quanto il legislatore ha previsto una serie di tutele di carattere personale e patrimoniale applicabili automaticamente in ragione della presenza del fatto-convivenza<sup>358</sup>. In particolare, sono stati imposti a ogni convivente degli obblighi di solidarietà nei confronti del *partner*, attribuendo a ciascuno, in determinate circostanze, il diritto di pretendere dall'altro la soddisfazione di un proprio interesse economico.

Questo rilievo non consente tuttavia all'interprete di attribuire a tali norme il carattere della indisponibilità: un conto è imporre un obbligo di solidarietà contro la volontà dell'obbligato; altro è, invece, pretendere che tale dovere trovi applicazione anche contro il volere dell'avente diritto<sup>359</sup>.

Tale lettura non intende offrire tutela al convivente che subisce la coazione e che vuole sottrarsi agli obblighi legali, ma vuole piuttosto consentire al beneficiario di decidere, in via preventiva e d'accordo con il *partner*, di non avvalersene *in toto*. La solidarietà non può essere imposta inderogabilmente dall'alto a favore di un soggetto che, sino a prova contraria, deve ritenersi pienamente capace di giudicare del proprio interesse, salvo considerare i conviventi alla stregua di individui irresponsabili e inabili a essere artefici delle proprie scelte di ordine patrimoniale.

---

<sup>358</sup> La disciplina introdotta nella Novella nei commi 36-49 e nel comma 65 è volta a offrire una tutela minima ai conviventi, assegnando loro prerogative di carattere personale e patrimoniale: cfr. S. PATTI, *Le convivenze «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, cit., p. 303 ss.

<sup>359</sup> In questi termini si era già espresso G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 455, con riferimento agli accordi preventivi di separazione e di divorzio.

Tanto meno, il principio di solidarietà può essere invocato ai fini protettivi della donna all'interno della libera unione.

La concezione della famiglia che vuole la presenza al suo interno di un soggetto «debole», individuato (quasi sempre) nella componente femminile della coppia, costituisce il retaggio della coesistenza, protrattasi per un lustro, di due normative sull'unione legittima tra loro potenzialmente antitetiche: quella sul divorzio (datata 1970) e quella sui rapporti tra coniugi previgente alla riforma del 1975<sup>360</sup>. In quella fase, si sentì la necessità di dare protezione alla donna, subordinata *ex lege* al «capo della famiglia», e che, sovente senza un reddito proprio, avrebbe potuto subire la separazione dal marito in una situazione di forte disagio economico.

Oltre quarant'anni sono passati da allora: con la riforma dei rapporti tra i coniugi in una logica egualitaria e con il miglioramento delle condizioni sociali della donna, ben consapevole ora dei propri diritti, non sembra che i componenti di un'unione affettiva non siano in condizioni di sostanziale parità.

Il fondamento di una concezione restrittiva della libertà negoziale nel campo patrimoniale della famiglia di fatto va, piuttosto, rinvenuto *aliunde*: sono le concezioni personali dell'interprete circa il ruolo dell'individuo e della sua libertà, più che la presenza di singole disposizioni di legge, a guidare l'esegesi delle norme in questo settore dell'esperienza giuridica<sup>361</sup>. Non a caso, in ottica comparatistica, l'unico ordinamento del passato a contemplare espressamente il divieto di stipulare accordi preventivi sul divorzio era quello della *Deutsche Demokratische Republik*<sup>362</sup>.

Chiara è la matrice ideologica di una simile rappresentazione che va dunque rifiutata<sup>363</sup>: i privati devono essere intesi quali soggetti pienamente capaci di darsi delle regole di ordine patrimoniale o di non darsene affatto, in modo che il loro interesse concreto prevalga su quello previsto per categorie astratte dall'ordinamento. Solo in questo

<sup>360</sup> F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 175.

<sup>361</sup> Sia consentito richiamare sul punto R. MAZZARIOL, *Il giurista liberale*, cit., p. 385 ss., nonché quanto riportato nel cap. I, § 1.

<sup>362</sup> Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 556-557.

<sup>363</sup> Si ribadisce che nessun soggetto, in ambito negoziale, è mai «sovrano» in quanto l'autonomia non può che manifestarsi in forme bilaterali. Cfr. anche P. BARCELONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 785-786, secondo cui «l'idea che la disciplina della famiglia esprime l'esigenza di tutelare interessi superiori diventa una vera petizione di principio, manifestando in tal modo una chiara ispirazione ideologica».

modo i conviventi, grazie allo strumento negoziale, sono in grado di soddisfare pienamente i propri bisogni anche all'interno della famiglia di fatto da essi costituita.

In linea di principio, risulta perciò confermata l'attribuzione di una natura non pubblicistica alle norme di carattere patrimoniale sulla convivenza. Ma questa conclusione non sottrae l'interprete a una verifica di ulteriori due parametri di valutazione dell'ambito di operatività dell'autonomia privata.

Il primo potrebbe consistere nella diretta attribuzione, a opera di altre norme dell'ordinamento, di una peculiare natura agli specifici diritti e obblighi previsti per i conviventi, in quanto attuativi di precisi interessi primari aventi fonte costituzionale. E a tale verifica dovranno sottoporsi le singole situazioni giuridiche di vantaggio (di natura patrimoniale) attribuite dalla Novella.

Parimenti preclusiva della libertà del volere (nella direzione di un «*opting out*») sarebbe la presenza di un meritevole interesse, in capo ai terzi, al mantenimento delle posizioni debitorie e creditorie fissate dalla fonte legislativa. Si pensi alle ipotesi in cui l'obbligazione *ex lege*, di cui è gravato il convivente, attribuisca una situazione di vantaggio patrimoniale a un terzo, anch'esso (potenziale) debitore nei confronti del *partner*, in modo tale che il venire meno del rapporto obbligatorio tra la coppia, in virtù della scelta pattizia, finisca per incidere sulla esigibilità del credito nei confronti dell'estraneo. È, ad esempio, l'ipotesi prevista dal comma 65: i fratelli e le sorelle del convivente in stato di bisogno risultano obbligati di grado successivo rispetto al *partner*.

A evitare il rischio di concettualizzazioni<sup>364</sup>, sarà opportuno verificare singolarmente le norme che attribuiscono ai conviventi diritti di natura economica alla luce dei principi sinora espressi.

Le situazioni di carattere patrimoniale possono così sintetizzarsi: *a*) diritto (temporaneo) di abitare la casa di comune residenza in caso di decesso del convivente proprietario di quest'ultima (comma 42); *b*) diritto di succedere nel contratto di locazione in caso di morte o di recesso del conduttore-convivente (comma 44); *c*) diritto (di credito) a una partecipazione agli utili dell'impresa familiare e ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avvia-

---

<sup>364</sup> In modo condivisibile, Salvatore Pugliatti scriveva che «il procedimento astrattivo che tende alla costruzione del concetto non deve oltrepassare quel segno oltre il quale il concetto perde ogni contatto con la realtà» (ID., *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 147).

mento, commisurata al lavoro prestato (comma 46); *d*) diritto (di credito) a ottenere il risarcimento del danno da morte del *partner* derivante dal fatto illecito di un terzo (comma 49); *e*) diritto (di credito) agli alimenti in presenza di uno stato di bisogno e della incapacità di provvedere al proprio sostentamento, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'art. 438, comma 2, c.c. (comma 65).

*Sub a): il comma 42.* – La norma configura una situazione giuridica patrimoniale di vantaggio<sup>365</sup> in capo al convivente, condizionata dall'evento morte del *partner*, ispirata al modello di cui all'art. 540, comma 2, c.c. Trattasi di un diritto, per sua natura, disponibile<sup>366</sup> e a termine, che possiede l'attitudine a incidere (negativamente) sulla sfera dei terzi, successori *mortis causa* del proprietario dell'abitazione, i quali saranno tenuti ad astenersi dal compiere atti pregiudizievoli al libero godimento del superstita.

Non pare potersi sostenere che l'attribuzione *ope legis* di questa situazione giuridica di vantaggio sia diretta a realizzare una finalità pubblicistica o a tutelare un'esigenza superindividuale: l'interesse protetto è quello del convivente di continuare a godere dell'immobile in cui era stabilita la residenza comune.

Tuttavia, a limitare la derogabilità *ex pacto* del comma 42, potrebbero militare due considerazioni.

In primo luogo, l'eventuale accordo avrebbe a oggetto un diritto che sorge al tempo della morte del convivente (proprietario dell'abitazione) e produrrebbe effetti a partire da tale momento: il dubbio è che esso configuri una rinuncia a un diritto che può spettare su una succes-

<sup>365</sup> Discussa è la natura reale o personale del diritto: per un'analisi sul punto, si rinvia, ad esempio, a L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 939 ss.; G. FREZZA, *Comma 44*, cit., p. 552 ss.

<sup>366</sup> Tant'è che, recentemente, anche a voler attribuire al diritto in parola una natura reale, si è sottolineato che il divieto di cessione, stabilito dall'art. 1024 c.c., non è di ordine pubblico e può essere derogato con apposita pattuizione tra le parti: cfr. Cass., 2 marzo 2006, n. 4599, in *Arch. loc.*, 2006, p. 530. Nel senso, invece, della inderogabilità della disposizione codicistica, v. in dottrina G. PALERMO, *L'uso e l'abitazione*, in *Trattato Rescigno*, 8, *Proprietà*, II, Torino, 1982, p. 149; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto. Uso. Abitazione*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1979, p. 303. In ogni caso, si rileva che le opinioni contrarie non assegnano comunque una natura pubblicistica all'art. 1024 c.c., ma fanno unicamente leva sulla peculiarità della situazione giuridica disciplinata dalla norma.

sione non ancora aperta. La risposta dipende dall'accertamento di una effettiva natura *mortis causa* della previsione pattizia, ovvero dalla possibilità di configurarla come «atto sotto modalità di morte», ossia come un negozio immediatamente rilevante *inter vivos*, la cui sola efficacia finale è differita al momento del decesso, costruito come termine o condizione<sup>367</sup>.

Ora, sembra difficile sostenere che la premorienza del convivente costituisca la causa dell'accordo, piuttosto che un semplice evento dedotto in condizione: con il contratto, le parti non dispongono della loro successione, bensì di un diritto che sorgerà al tempo del decesso del proprietario dell'immobile qualora il rapporto di convivenza sia ancora esistente<sup>368</sup>. Ma proprio quest'ultimo aspetto fonda una insormontabile obiezione.

Seppur in un diverso ambito, la dottrina considera valide le donazioni sotto modalità di morte solamente nel caso in cui il donatario possa considerarsi acquirente, a termine iniziale o sotto condizione sospensiva, del donante: titolare, cioè, di un'aspettativa protetta dall'ordinamento, grazie alla possibilità, ad esempio, di compiere atti conservativi e cautelari, o di disporre *medio tempore* del diritto condizionato *ex art. 1357 c.c.* Nel caso di specie, invece, sembra carente l'attualità della rinuncia: il comma 42, nel tempo che precede la morte del *partner*, non attribuisce al convivente una situazione giuridica soggettiva piena, ma una mera aspettativa di fatto, priva di tutela giuridica. L'accordo non potrebbe allora dirsi immediatamente rilevante proprio perché è doppiamente condizionato: dall'evento morte e della persistenza della convivenza al momento del decesso.

Vi è poi un ulteriore ostacolo.

Si è detto che la presenza di situazioni, in cui vengono in rilievo esigenze riferibili a soggetti oggettivamente «deboli» e bisognosi di protezione, può giustificare limitazioni al contenuto dei negozi giuridici anche familiari. Emblematici sono gli esempi tratti dalla materia giuslavoristica o dalla presenza di prole minorenni o non autosufficiente. Questa constatazione impedisce di assegnare, al diritto di cui al

<sup>367</sup> Per un approfondimento del tema si rinvia a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 37 ss., nonché a quanto osservato nel precedente § 13.

<sup>368</sup> Per G. FREZZA, *Comma 44*, cit., p. 551, si tratterebbe di un acquisto *iure proprio*, pur se in occasione della morte, e non *mortis causa*, non presupponendo esso la chiamata all'eredità.

comma 42, il carattere della piena disponibilità nell'ipotesi prevista dall'ultimo periodo della norma, in cui si stabilisce che «ove ... coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni».

La disposizione mira ad assicurare alla prole una soluzione abitativa stabile, al fine di sottrarla a un forzoso allontanamento dal focolare domestico nel quale è cresciuta. Non può allora dubitarsi che, sotto questo specifico profilo, la previsione tuteli interessi trascendenti quelli dei componenti della coppia, riferibili a soggetti obiettivamente «deboli» e incapaci di attendere ai propri bisogni; attribuendo così, quanto meno in presenza di figli minori o disabili del convivente superstite, una natura imperativa alla norma, con conseguente nullità di ogni convenzione contraria.

A una più attenta visione, potrebbe però recuperarsene la validità in un'ipotesi peculiare.

Facendo applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza in tema di pattuizioni tra coniugi, anteriori o coeve al decreto di omologazione, ma non trasfuse nell'accordo omologato, la deroga pattizia al comma 42 risulterebbe efficace se si collocasse, rispetto alla previsione legale, «in una posizione di conclamata e incontestabile maggiore (o uguale) rispondenza all'interesse tutelato»<sup>369</sup>. Potrebbe quindi ritenersi valido, ad esempio, il contratto nel quale i conviventi avessero previsto, in favore del *partner* superstite e dei figli, su un differente immobile, un diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento opponibile ai terzi, avente, ad esempio, una durata più lunga rispetto a quella di cui al comma 42 o comunque risultante, nelle concrete circostanze, idoneo a garantire alla prole (minorenne o non autosufficiente) una soluzione maggiormente rispondente al proprio interesse.

*Sub b): comma 44.* – Anche la questione relativa alla derogabilità del comma 44, che prevede il diritto patrimoniale (e potestativo) di succedere nel contratto di locazione in caso di morte o di recesso del conduttore-convivente, presenta delle difficoltà ricostruttive.

A una prima analisi, la previsione è senz'altro posta nell'esclusivo interesse del convivente e attribuisce a questi, nel linguaggio del legislatore, una mera «facoltà». Ne consegue che, in virtù dei principi già

<sup>369</sup> In questi termini, v. ad esempio Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, p. 147.

espressi, dovrebbe riconoscersene la natura non imperativa. Tuttavia, prima di ammetterne la derogabilità, vanno affrontati due ulteriori profili.

Il primo riguarda l'ammissibilità di una rinuncia preventiva a una situazione giuridica non ancora sorta.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, sarebbe valida soltanto la rinuncia riferibile a diritti già maturati e dal contenuto definito, argomentando *ex artt.* 458 e 2937 c.c.<sup>370</sup> Tuttavia, la dottrina dominante e la giurisprudenza più recente hanno da tempo ritenuto non condivisibile tale generalizzazione<sup>371</sup>, poiché esistono indici sia normativi, sia di struttura, che depongono a favore della rinunciabilità tanto del diritto futuro<sup>372</sup>, quanto dell'aspettativa<sup>373</sup>.

In primo luogo, se si analizzano le ragioni giustificatrici dell'opinione avversa, ci si avvede che le pronunce riguardano, quasi unicamente, l'ambito giuslavoristico, in cui sorgono situazioni giuridiche indisponibili o sussistono espressi divieti di legge. Pertanto, i principi di diritto sottesi a tali sentenze non sono pienamente compatibili con la materia contrattuale, in cui opera, con ben poche limitazioni, l'autonomia privata. Ed è proprio questo secondo fattore a far ritenere pienamente valida la rinuncia a un diritto eventuale o non ancora sorto, a condizione che il suo oggetto risulti determinato o determinabile ai

<sup>370</sup> Si rinvia, ad esempio, a Cass., 8 febbraio 2013, n. 3064, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Contratti pubblici*, n. 1433; Cass., 26 maggio 2006, n. 12561, *ivi*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1612; Cass., 10 maggio 2005, n. 9747, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 108; Cass., 25 maggio 1973, n. 1537, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *Rinuncia in genere*, n. 5.

<sup>371</sup> V., tra le molte, Cass., 17 luglio 2014, n. 16365, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Contratti pubblici*, n. 1039; Cass., 18 febbraio 1977, n. 745, *ivi*, 1977, voce *Rinuncia in genere*, n. 1; Cass., 17 gennaio 1975, n. 204, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1089; Cass., 1 giugno 1974, n. 1573, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 116; Cass., 9 marzo 1971, n. 3163, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Rinuncia in genere*, n. 1. Per i riferimenti dottrinali, si rinvia alle note successive.

<sup>372</sup> V., ad esempio, F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, Napoli, 1992, p. 187 ss.; L.V. MOSCARINI, voce *Rinuncia (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 5; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, p. 322). *Contra*, v. però F. ATZERI VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1915, p. 320; A. BOZZI, voce *Rinuncia (dir. pubbl. e priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1142. Secondo parte della dottrina, la rinuncia a diritti futuri dovrebbe configurarsi come un rifiuto, ossia come un atto impeditivo dell'ingresso del diritto nella sfera giuridica del soggetto: cfr. L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 16.

<sup>373</sup> Sulla rinuncia a un'aspettativa di diritto, cfr., tra molti, F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 185; p. 1141 ss.; L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 4 ss.

sensi dell'art. 1346 c.c. Sotto questo profilo, il diritto di succedere nel contratto locatizio sembra rispettare entrambi questi parametri.

Con riguardo al secondo aspetto, il comma 44 incide su un rapporto giuridico che non intercorre tra i componenti dell'unione, bensì tra uno di essi e un terzo (il locatore), il quale non può che essere estraneo alla convenzione *ex* comma 50. Il contratto assume dunque una rilevanza, per così dire, «esterna», poiché incide non tanto sulla sfera giuridica dell'altro convivente, quanto su quella del locatore, eliminando la situazione di soggezione a cui è sottoposto: trattasi però di un mero effetto riflesso, poiché quello principale e diretto è di natura esclusivamente estintiva<sup>374</sup>.

La struttura unilaterale del negozio rinunciativo<sup>375</sup> potrebbe allora far revocare in dubbio la stessa necessità della stipula di un contratto di convivenza, per conseguire un risultato derogativo alla previsione di cui al comma 44, e ritenere viceversa sufficiente, a tal fine, una semplice dichiarazione unilaterale indirizzata al locatore.

In ogni caso, qualora l'operazione venga compiuta tramite contratto di convivenza, il terzo – venuto a conoscenza del relativo contenuto – potrà opporre al convivente la scelta compiuta e impedire ch'egli succeda al *partner* nel rapporto locatizio.

*Sub c): comma 46.* – È noto che la materia giuslavoristica è tradizionalmente dominata da norme inderogabili, le quali assegnano diritti indisponibili al lavoratore, inteso come contraente «debole», al fine di tutelare interessi personali di quest'ultimo (ad esempio, a un lavoro dignitoso o a una remunerazione adeguata), che assurgono al rango di interessi pubblici<sup>376</sup>.

<sup>374</sup> Cfr., ad esempio, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 320 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 278 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 51 ss.; F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 80 ss.

<sup>375</sup> Per la struttura unilaterale si sono espressi, tra molti, D. BARBERO, *op. cit.*, p. 324; A. BOZZI, voce *Rinunzia (dir. pubbl. e priv.)*, cit., p. 715; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., p. 295 ss.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968, p. 87 ss.; F. MACIOCE, *op. cit.*, p. 157 ss. Pochi Autori Ammettono che l'atto possa avere struttura bilaterale, tra cui M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 88.

<sup>376</sup> Si rimanda, tra molti, a C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 341 ss.; M. NOVELLA,



Risulta parimenti noto che l'istituto dell'impresa familiare, previsto dall'art. 230 *bis* c.c., è diretto ad approntare una tutela minima a quei rapporti di lavoro comune che si svolgono negli aggregati familiari e che, prima della sua introduzione, venivano ricondotti a una *causa affectionis vel benevolentiae* o a un contratto innominato di lavoro gratuito<sup>377</sup>. La norma esclude ora una presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative, sicché si richiede la prova che l'assenza di onerosità dipenda da relazioni personali e affettive di mera benevolenza tali da giustificarla<sup>378</sup>.

Sulla scorta di queste considerazioni, non sembra che possa sottrarsi al regime della inderogabilità il comma 46, il quale assegna al convivente, che presta stabilmente la propria opera all'interno dell'im-

---

*L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009, p. 1 ss.; G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino, 2010, p. 1 ss.; A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità?*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, p. 53 ss.; nonché a R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 46, secondo cui «nel diritto del lavoro ... il ricorso allo strumento dell'inderogabilità – lungi dal connettersi ad una vicenda evolutiva – trova giustificazione nelle stesse caratteristiche genetiche ovvero appare coesenziale al suo stesso porsi. Sin nella sua origine storica (e nella sua essenza più profonda) l'ordinamento del lavoro rivela, infatti, la propria vocazione a contrapporsi al principio della libertà contrattuale ed a sottrarre gli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia privata». Si percepisce però, di recente, un cambiamento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale, che ha ricevuto l'avallo non solo di parte della dottrina, ma anche dello stesso legislatore, laddove ha ammesso (all'art. 8, comma 2 *bis*, d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011) che i contratti collettivi di lavoro, sottoscritti a livello aziendale o territoriale (da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti), operano anche in deroga alle disposizioni di legge, che disciplinano le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione, e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro. Per un approfondimento sulla novità legislativa, si rinvia, ad esempio, a F. ROSSI, *Comma 46*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 591 ss.

<sup>377</sup> Così per Cass., 19 luglio 1996, n. 6505, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 83. Sull'impresa familiare e sulla inderogabilità delle garanzie offerte dall'art. 230 *bis* c.c. si limita il rinvio, anche per ulteriori riferimenti, a F. PROSPERI, *Impresa familiare*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006, p. 52 ss. e 145 ss.; G. OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 518 ss.; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, p. 102.

<sup>378</sup> Cfr. Cass., 1 marzo 1988, n. 2138, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 644.

presa del *partner*, il diritto di ottenere una partecipazione agli utili dell'impresa familiare e ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, salvo che «tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato» o anche autonomo<sup>379</sup>.

Ne consegue che l'eventuale pattuizione rinunciativa, contenuta nel contratto di convivenza, non produrrà effetto e non potrà, di per sé, essere sufficiente a fondare una presunzione di gratuità del lavoro prestato, ma dovranno concorrere ulteriori fattori idonei a dimostrare la *causa affectionis vel benevolentiae*.

*Sub d): comma 49.* – La previsione riconosce a ciascun convivente il diritto, di natura patrimoniale, di ottenere il risarcimento del danno da decesso del *partner* derivante dal fatto illecito di un terzo<sup>380</sup>. Si tratta di un diritto di credito collegato all'evento morte (che ripropone i rilievi già mossi in relazione al comma 42), non ancora esistente al tempo del patto e relativo a un rapporto giuridico in cui il soggetto obbligato è ignoto ed estraneo alla convivenza.

Il carattere di futurità della posizione soggettiva di vantaggio pone, nel caso di specie, ostacoli forse insuperabili all'ammissibilità di una rinuncia preventiva.

Si è detto che l'oggetto della rinuncia a un diritto non ancora sorto deve risultare, nel contenuto e nella estensione, conforme a quanto dispone l'art. 1346 c.c.<sup>381</sup> A questo riguardo, non sembra che il

<sup>379</sup> Conformemente al testo, v. anche F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1743; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 277. In merito alla previsione di cui al comma 46, si è osservato come la norma operi una discutibile disparità di trattamento rispetto al coniuge in quanto, non solo considera soltanto il lavoro nell'impresa e non quello casalingo, ma non riconosce al *partner* nemmeno il diritto al mantenimento e a concorrere nelle decisioni più rilevanti: cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 14; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, cit., p. 1787; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, cit., p. 10; F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *Giustiziacivile.com*, 2016, p. 8.

<sup>380</sup> Per un approfondimento sulla questione, si rinvia, ad esempio, a L.A. SCARANO, *Comma 49, in Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 591 ss.

<sup>381</sup> V., tra le molte, Cass., 17 luglio 2014, n. 16365, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Contratti pubblici*, n. 1039; Cass., 18 febbraio 1977, n. 745, *ivi*, 1977, voce *Rinuncia in*

diritto al risarcimento del danno sia determinabile *a priori*, sulla base di elementi obiettivi conosciuti dal convivente al tempo del patto: risultano ignoti sia il soggetto tenuto ad adempiere, sia il *quantum* della pretesa, che dipende da una pluralità di fattori non conoscibili al momento dell'accordo. Peraltro, dato che la rinuncia avrebbe a oggetto un risarcimento, la stessa si risolverebbe in una limitazione preventiva di responsabilità a vantaggio del terzo<sup>382</sup>, a sua volta sottoposta ai limiti previsti dall'art. 1229 c.c., norma ritenuta pacificamente applicabile al campo della responsabilità extracontrattuale<sup>383</sup>.

Ne viene dunque restituito all'interprete un quadro di assoluta indeterminazione dell'oggetto contrattuale e di parziale indisponibilità dello stesso, tale da sorreggere il fondato dubbio sulla validità di un simile accordo rinunciativo<sup>384</sup>.

*Sub e): comma 65.* – Rimane, da ultimo, da verificare la derogabilità dell'obbligo alimentare previsto dal comma 65<sup>385</sup>.

In questo campo, l'analisi non può che partire dai risultati a cui è sinora giunto il dibattito in merito alla indisponibilità del credito di cui agli artt. 433 ss. c.c.

Al riguardo, è noto che al diritto agli alimenti viene attribuita una natura personale e incedibile *ex art.* 447, comma 1, c.c., avente fonda-

*genere*, n. 1; Cass., 17 gennaio 1975, n. 204, in *Foro it.*, 1976, I, p. 1089; Cass., 1 giugno 1974, n. 1573, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 116; Cass., 9 marzo 1971, n. 3163, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Rinuncia in genere*, n. 1. Per i riferimenti dottrinali, si rinvia alle pagine precedenti, sub *b)*.

<sup>382</sup> G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 659.

<sup>383</sup> Così, ad esempio, per Cass., 3 luglio 1968, n. 2240, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2467.

<sup>384</sup> In merito alla derogabilità *ex pacto* del comma 49, possono dunque riproporsi le questione già affrontate sopra, a cui si rinvia integralmente, relative alla futuità del diritto e alla sua insorgenza al tempo della morte del convivente.

<sup>385</sup> In generale, sull'obbligazione alimentare si vedano, per tutti, i contributi di G. PROVERA, voce *Alimenti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 260 ss.; T. AULETTA, voce *Alimenti (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, in *Trattato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, 4, a cura di T. Auletta, Torino, 2011, p. 571 ss.; M. DOGLIOTTI e M. GIORGIANNI, *L'obbligazione alimentare: fondamento ed oggetto*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 465 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Trattato Rescigno*, 4, *Persone e famiglia*, Torino, 1997, p. 887 ss.; R. PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di L. Balestra, 3, Torino, 2009, p. 469 ss.; A. FIGONE, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto della famiglia*, I, 1, *Famiglia e matrimonio*, diretto da P. Zatti, Milano, 2011, p. 237 ss.

mento nella solidarietà familiare<sup>386</sup> e nella esigenza di tutela della vita umana<sup>387</sup>: benché l'alimentando possa disporre come meglio crede delle prestazioni ricevute, egli non è parimenti libero nei confronti del credito non ancora soddisfatto<sup>388</sup>.

Nel silenzio del Codice attuale, si ritiene comunemente che il diritto sia anche irrinunciabile<sup>389</sup>, non ostante si registrino brevi fughe in avanti verso una parziale disponibilità del credito definito con sentenza<sup>390</sup>.

Anche se con qualche perplessità, alla normativa in parola si riconosce carattere imperativo in quanto attuativa di valori costituzionalmente protetti. Non solo: si è anche precisato che devono considerarsi nulle tutte quelle rinunce vevoli per il futuro, che riguardano la determinazione convenzionale degli alimenti<sup>391</sup>.

La rinunciabilità appare dunque assai ardua. Ma vi è un'ulteriore considerazione ostativa.

Se si ammettesse la rinunciabilità *ex pacto* del credito alimentare, verrebbero eluse le disposizioni contenute negli artt. 433 e 440, comma 2, c.c.: la prima prevede un preciso ordine di soggetti tenuti al relativo

<sup>386</sup> Così, ad esempio, per A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015, p. 375; A. FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 238; M. DOGLIOTTI e M. GIORGIANNI, *L'obbligazione alimentare: fondamento ed oggetto*, cit., p. 465; M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 571-572.

<sup>387</sup> In questo senso, v. F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 29; G. PROVERA, voce *Alimenti*, cit., p. 261; T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, p. 24; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 123; G. TAMBURRINO, voce *Alimenti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 26.

<sup>388</sup> D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 929.

<sup>389</sup> Cfr., tra molti, A. CICU, *La natura dell'obbligo alimentare tra congiunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 157; A. FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 257; G. PROVERA, voce *Alimenti*, cit., p. 158; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 59 e 65; T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 166; G. TAMBURRINO, voce *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 28-29; M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 611; M. PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, cit., p. 295. In giurisprudenza, v. Cass., 20 aprile 1942, n. 1081, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Alimenti*, n. 2; Cass., 23 ottobre 1996, n. 9238, in *Fam. dir.*, 1998, p. 16.

<sup>390</sup> Per D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 930-931, «imprescrittibile, irrinunciabile, intransigibile ecc. non è il diritto di credito costituito con sentenza (o con accordo), ma quello, potestativo, di avvalersi della assistenza delle persone indicate dalla legge in caso di bisogno».

<sup>391</sup> Cfr. G. PROVERA, voce *Alimenti*, cit., p. 158; A. FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 257. In giurisprudenza, v. Cass., 28 febbraio 1966, n. 616, in *Foro it.*, 1966, I, c. 184.

obbligo, a cui la legge n. 76 del 2016 aggiunge il convivente di fatto, con precedenza sui fratelli e sulle sorelle dell'alimentando; la seconda prescrive che, quando uno degli obbligati di grado anteriore è in condizione di poter somministrare gli alimenti, quello di grado posteriore può essere liberato dall'autorità giudiziaria.

Si comprende allora come l'eventuale rinuncia, che i conviventi dovessero (vicendevolmente o unilateralmente) prestare, finirebbe per incidere – in negativo – sulla sfera giuridica dei fratelli o delle sorelle del soggetto che versa in stato di bisogno: costoro, tenuti *ex lege* a corrispondere l'assegno alimentare per ultimi, di fronte al patto derogativo, si vedrebbero costretti alla somministrazione con precedenza rispetto al *partner* dell'alimentando. Il contratto di convivenza (e la relativa rinuncia in essa contenuta) finirebbe perciò per recare pregiudizio al patrimonio di terzi, in violazione del principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica, attraverso una modificazione dei soggetti legalmente obbligati *ex artt.* 433 e 440 c.c.

Il che lascia ben poco spazio alla rinuncia ai diritti attribuiti dal comma 65<sup>392</sup>. Nulla esclude, però, che i conviventi possano stabilire pattiziamente *ex comma* 50 un importo dell'assegno alimentare in misura maggiore rispetto a quello risultante dall'applicazione dei parametri legali<sup>393</sup>.

L'analisi delle singole fattispecie ha permesso di verificare che – a dispetto del ruolo assunto, nella materia in esame, dal principio della libertà negoziale – le ipotesi in cui può ammettersi la disapplicazione *ex pacto* delle norme, che attribuiscono situazioni giuridiche di ordine patrimoniale, risultano limitate. E ciò, si ribadisce, non tanto in ragione del generale carattere imperativo delle disposizioni previste dalla No-

<sup>392</sup> Sono di questa opinione L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 109; E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, cit., p. 901; S. PATTI, *Le convivenze «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, cit., p. 307; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, cit., p. 277; G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., p. 1771. In senso contrario, v. però F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, cit., p. 1744, secondo il quale, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, dovrebbe prevalere, sull'interesse degli obbligati alimentari in subordine, quello dei conviventi di non sopportare l'obbligo alimentare.

<sup>393</sup> Così anche per G. FERRANDO, *Libertà e solidarietà nella crisi delle convivenze*, cit., p. 310; M. PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, cit., p. 293 ss.

vella, quanto piuttosto a causa del carattere futuro o della peculiare natura superindividuale che, da sempre, si attribuiscono ad alcuni degli specifici diritti e obblighi di natura economica, richiamati dalla legge n. 76 del 2016, a vantaggio dei conviventi di fatto.

21. *Considerazioni conclusive.* – Nel sintetizzare i risultati raggiunti, si può concludere che il fenomeno della convivenza difficilmente si presta a divenire oggetto di una disciplina realmente organica e pervasiva: la ricchezza di sfumature e la tendenziale refrattarietà alla giuridicizzazione giustificano la regolazione settoriale e diversificata introdotta con la Novella<sup>394</sup>.

Si consideri, poi, come è già stato più volte rilevato, che nella convivenza devono essere preservate le ragioni dell'individuo che ha deciso, per motivi non censurabili eticamente o giuridicamente, di non optare per il regime di coniugio. L'idea di base è che la libertà del singolo di non darsi delle regole coercibili debba essere rispettata, salve le esigenze di responsabilizzazione personale, di eguaglianza e di certezza del diritto già evidenziate. Si giustifica, dunque, un intervento regolatore dell'ordinamento limitato a specifici settori e rispettoso del principio di autodeterminazione dei singoli.

La soluzione preferibile consiste nel lasciare il più possibile spazio all'autonomia privata attraverso lo strumento tipico attraverso cui essa si esprime: il contratto. L'intervento giudiziale sarà ammissibile solo in funzione dell'osservanza di doveri imposti da norme inderogabili e a tutela del convivente in una situazione di concreta e reale «inferiorità»<sup>395</sup>. Il contratto di convivenza – ricostruito come negozio riconducibile al Libro IV del Codice – costituisce così lo strumento più efficace di tutela degli interessi della coppia, poiché consente alle parti, per un verso, di far sorgere degli obblighi coercibili e, per altro verso, di non frustrare la libertà di darsi in autonomia delle regole<sup>396</sup>.

<sup>394</sup> Anche da un punto di vista sociologico, la famiglia di fatto non costituisce un modello unitario, ma rappresenta un fenomeno a cui corrispondono situazioni diverse non omogenee: cfr. F. DELL'AVERSANA, *Il «regime patrimoniale» della famiglia di fatto*, cit., p. 996 ss.

<sup>395</sup> Cfr. G. MERCOLINO, *I rapporti patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 936-937; M. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive*, *ivi*, 1999, p. 1462; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 13.

<sup>396</sup> Secondo L. GATT, *Comma 50*, cit., p. 619-620, è auspicabile una interpretazione delle norme sul contratto di convivenza il più ampia possibile, coerente con la

Si noti: non s'intende qui assegnare preminenza alle ragioni individualistiche in contrapposizione ai bisogni della coppia. Questi ultimi non esistono poiché non esiste un interesse che trascende quello dei membri dell'unione<sup>397</sup>. L'idea di una famiglia, come realtà autonoma e distinta dagli individui che la compongono, è un'evidente ipostasi e conduce a quello che Karl Popper riteneva essere uno degli errori più gravi dell'intelletto: «credere che una cosa astratta sia concreta. Si tratta della peggiore ideologia»<sup>398</sup>. Le nozioni di «famiglia» o di «interesse familiare» risultano dunque fuorvianti se non vengono correttamente intese come concetti ausiliari rispetto alla tutela della individualità di ogni suo componente.

Il quadro d'insieme così delineato non deve però fondare aprioristicamente un giudizio di completa adesione al nuovo impianto normativo, poiché esistono comunque dei profili che avrebbero meritato maggiore o migliore attenzione (*rectius*, disciplina)<sup>399</sup>.

Un primo aspetto è offerto dalla sorte delle attribuzioni patrimoniali tra i conviventi, ossia a uno degli elementi tipici e ineliminabili di ogni rapporto non fondato sul matrimonio, in assenza di un contratto che le regoli: tenuto conto che la loro considerazione a opera della dottrina risulta tutt'altro che pacifica, la legge avrebbe dovuto prevedere dei parametri il più possibile obiettivi per offrire stabilità agli spostamenti di ricchezza e non frustrare una ragionevole esigenza di certezza<sup>400</sup>.

---

scelta di campo fatta dal legislatore verso la tipicità della regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi.

<sup>397</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, cit., p. 7, secondo il quale «la famiglia non è un ente giuridico, e cioè un autonomo centro di imputazione di diritti e doveri. Nessuna posizione giuridica è infatti attribuita alla famiglia come tale, né vi sono competenze riservate alla decisione e alla gestione del gruppo familiare. La mancanza di posizioni giuridiche della famiglia risponde alla mancanza di interessi familiari collettivi».

<sup>398</sup> Così K.R. POPPER, *La scienza e la storia sul filo dei ricordi*, Intervista di Guido Ferrari, Bellinzona, 1990, p. 25.

<sup>399</sup> A questo riguardo, M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, cit., p. 879, parla di «legge superficiale, affrettata e lacunosa»; mentre L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 931-932, discorre di «un coacervo di norme incoerenti, senza una linea di politica del diritto chiara e definita, ove sembrano regnare sovrane la casualità e l'urgenza del momento».

<sup>400</sup> A opinione di M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 862, «il legislatore, con l'eccezione della previsione del contratto di convivenza, non fornisce una

Parimenti, sono state del tutto ignorate le vicende successorie: la previsione di una qualche forma di considerazione del *partner* come possibile successore *mortis causa*, magari ancorata a dei predefiniti parametri temporali, avrebbe tradotto in norma un'istanza sociale assai sentita, che, invece, è rimasta inappagata<sup>401</sup>. Non solo: la previsione di una durata minima della convivenza (ovvero di una presunzione *iuris tantum* correlata a essa), ai fini della riconduzione al tipo, avrebbe ovviato ai problemi di ordine probatorio che non sembra possano ritenersi risolti con l'attuale definizione legislativa<sup>402</sup>.

Da ultimo, una migliore tecnica legislativa<sup>403</sup> avrebbe senz'altro facilitato il compito dell'interprete e avrebbe costituito un importante incentivo per la promozione e la diffusione dello strumento negoziale tra i conviventi, i quali, di fronte ai numerosi dubbi interpretativi che la Novella pone, saranno presumibilmente riluttanti ad avvalersi del nuovo strumento negoziale.

Pur di fronte a questi rilievi, l'impianto normativo introdotto con la legge n. 76 del 2016 deve, nel suo complesso, ritenersi convincente, attuando un sufficiente temperamento tra le esigenze di responsabilità e quelle di libertà<sup>404</sup>. A una visione generale, la Novella rimane nei limiti che un ordinamento di matrice liberale si pone, senza introdurre disposizioni imperative eteronome lesive della decisione dei conviventi di vivere informalmente il rapporto.

La scelta della via legislativa risulta appropriata per un'ulteriore ragione: continuare ad affidare alla sola giurisprudenza l'ideazione delle regole della convivenza<sup>405</sup> avrebbe attribuito alla stessa un ruolo che, invece, istituzionalmente compete al legislatore, tenuto anche conto dell'importanza politico-sociale del fenomeno, che coinvolge la sfera più intima dei privati.

---

risposta organica, adeguata e soddisfacente, ad alcune fondamentali questioni da tempo insorte ... sarebbe, quindi, stato opportuno – ma la nuova legge, tanto attesa da lunghi anni, tace su queste e altre questioni – che si regolasse la sorte dei conferimenti di ciascuno alla vita in comune».

<sup>401</sup> F. BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio. Una disciplina possibile*, cit., p. 30.

<sup>402</sup> Secondo F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 29, l'esperienza delle relazioni sociali farebbe ritenere ragionevole la durata di tre anni della convivenza fattuale, con la fissazione di una comune dimora abituale, affinché assuma rilevanza giuridica.

<sup>403</sup> Si pensi, ad esempio, alla previsione contenuta nel comma 56.

<sup>404</sup> Si rimanda alle considerazioni svolte nel cap. I.

<sup>405</sup> Hanno prospettato, in passato, questa soluzione F.D. BUSNELLI e M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, cit., p. 130; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 558.



Ciò non toglie che, come in tutte le situazioni di fatto, la cui rilevanza non è riconducibile a un atto genetico di tipo formale, il compito attribuito al giudice si fa comunque molto più ampio, poiché l'accertamento della presenza o meno di un legame affettivo non può che essere compiuto caso per caso, alla luce del valore sociale espresso dall'*opinio iuris ac necessitatis*.

In ogni caso, pur registrandosi, da tempo, una sostanziale concordia degli interpreti sulla necessità di un approccio normativo al fenomeno, è inevitabile che le opinioni poi divergano sensibilmente quando si debba, in concreto, fissare il livello di protezione minimo. Anche in questo caso, a stabilire il punto di equilibrio tra le istanze di libertà e quelle di responsabilità, concorrono necessariamente la personale visione dell'interprete circa il ruolo dell'individuo nella società, compresa quella familiare, e gli inevitabili convincimenti (*rectius*, condizionamenti) ideologici. Da qui l'opinabilità delle scelte compiute e dei giudizi su di esse espressi, che confermano – ancora una volta – come nel campo giuridico la decisione «giusta» o l'interpretazione «vera» siano solo un breve sogno.

Finito di stampare  
nel marzo 2018  
PL Print - Napoli















