



Università degli Studi di Cagliari

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE**

**Ciclo XXIX**

**IL CONTRATTO NELLA FAMIGLIA E NELLA CONVIVENZA:  
RIFLESSIONI E PROSPETTIVE A SEGUITO  
DELL'APPROVAZIONE DELLA LEGGE 20 MAGGIO 2016, N. 76**

<b>Tesi presentata dal Dott.</b>	<b>STEFANO PRINCIVALLE</b>
<b>Coordinatore del Dottorato</b>	<b>Chiar.mo Prof. CRISTIANO CICERO</b>
<b>Tutor</b>	<b>Chiar.mo Prof. CRISTIANO CICERO</b>

Settori scientifico disciplinari di afferenza: IUS/01, IUS/02

Esame finale anno accademico 2015 – 2016  
Tesi discussa nella sessione d'esame marzo – aprile 2017



# INTRODUZIONE

All'alba del triennio di ricerca che ha portato alla stesura del presente lavoro, il Consiglio Nazionale del Notariato promuoveva una pubblica iniziativa<sup>1</sup> al fine di promuovere la conoscenza e la diffusione dei limiti e delle possibilità di accordi tra soggetti conviventi e non coniugati, in risposta ad una serie di richieste fattesi sempre più frequenti e pressanti nei confronti della categoria notarile.

La frequentazione di uno studio notarile, finalizzata alla partecipazione al relativo concorso, ha contribuito a chiarire a chi scrive che tale iniziativa era quanto mai opportuna, potendosi riscontrare, nella pratica quotidiana della professione, una moltitudine di fattispecie discendenti dalla medesima situazione di partenza: il rapporto tra due soggetti legati da vincoli affettivi non sanciti dal matrimonio, per scelta o per necessità. Impossibile citare qui le molteplici esigenze derivanti da una convivenza: l'esigenza di garantirsi una adeguata esistenza dopo la morte del *partner*, la sorte del patrimonio comune, la spettanza dei debiti comuni, primo fra tutti quello relativo al mutuo, la pianificazione della fine traumatica della convivenza, l'attribuzione al *partner* dei diritti di decidere per conto proprio, nei limiti del consentito, in caso di incapacità sopravvenuta.

Del resto, da più parti, e da tempo, si poteva notare come l'evoluzione dei costumi ha mutato il concetto e il perimetro della famiglia. La società contemporanea è caratterizzata da un accentuato polimorfismo familiare, impensabile solo pochi decenni fa, quando il concetto di famiglia era fortemente e indissolubilmente legato al matrimonio, che era una sorta di passaggio obbligato per passare dall'individualità alla pluralità della famiglia, non a caso "*società naturale fondata sul matrimonio*", come essenzialmente e significativamente definito dalla Costituzione Repubblicana (art. 29). Tale affermazione, se pur ancora ricca di significato etico, oggi non è più un'affermazione totalizzante: la convivenza e la famiglia sviluppate e costituite fuori dal matrimonio sono divenute parte integrata del costume della società moderna.

<sup>1</sup> Contratti di convivenza open day, 30 novembre 2013, v. [www.contrattidiconvivenza.it](http://www.contrattidiconvivenza.it).

La comune percezione trova conforto nelle più recenti indagini statistiche<sup>2</sup>, le quali attestano come (anche) in Italia sia costante la diffusione delle famiglie costituite al di fuori del matrimonio: le convivenze censite in Italia, a fronte di una diminuzione dei primi matrimoni, di fatto sono più che raddoppiate dal 2008, superando il milione nel 2014, quasi il doppio di quante erano appena un decennio prima<sup>3</sup>. Più in particolare, le convivenze *more uxorio* tra partner celibi e nubili sono la componente che fa registrare gli incrementi più sostenuti, essendo cresciute di quasi dieci volte rispetto al 1993-1994.

Il fatto che le libere unioni siano una modalità sempre più diffusa di formazione della famiglia trova conferma anche nei dati sulla natalità, dai quali emerge che oltre un nato su quattro nel 2014 ha genitori non coniugati<sup>4</sup>. Nel frattempo, i matrimoni hanno subito una contrazione del 4,5%: numeri che aumentano il proprio significato sostanziale in quanto riferiti all'Italia, Paese in cui è tradizionalmente radicato il culto sociale, religioso e giuridico del matrimonio e della famiglia su esso fondata.

La realtà sociale pone, ancora, all'attenzione il fenomeno delle famiglie ricomposte, che ricorre allorquando, a seguito di separazione o divorzio, si instauri una nuova unione affettiva, con formazione di una diversa "famiglia" cui partecipano i figli nati dal precedente matrimonio e figli nati dalla nuova unione.

In questo processo di estrema "mobilità" ed eterogeneità dei modelli familiari, si inserisce la legge sul "divorzio breve" (l. 22 aprile 2015, n. 55), che riduce significativamente il termine necessario per la proponibilità della domanda di scioglimento del matrimonio, rispettivamente da tre ad un anno per chi si separa con rito giudiziale ed a sei mesi per le separazioni consensuali. Il matrimonio è sempre meno un

---

<sup>2</sup> Rilevamento ISTAT *Matrimoni, separazioni e divorzi*, 12 novembre 2015, riferito all'anno 2014. Dapprima, rilevamento ISTAT 28 novembre 2012, consultabile su <http://www.istat.it/it/archivio/75517>. Il calo della nuzialità in Italia è stato già evidenziato in passato, con dovizia di dati, da DE SANDRE, *Matrimonio e celibato*, in CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE SULLA POPOLAZIONE, *Secondo rapporto sulla situazione demografica italiana*, 1988, 23-28.

<sup>3</sup> SABBADINI, *Modelli di formazione ed organizzazione delle famiglie*, in *Le famiglie interrogano le politiche sociali*, Atti del Convegno di Bologna, 29-31 marzo 1999, 2000, 32: i dati ivi citati sono tratti dal rapporto ISTAT su *La vita di coppia. Indagine multiscopo sulle famiglie. Famiglia, soggetti sociali, e condizione dell'infanzia. Anno 1998*.

<sup>4</sup> SAVORANI, *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Pol. Dir.*, 2014, 37.

“patto vitalizio”, nella realtà sociale le famiglie si scompongono e si ricompongono, costituiscono forme autopoietiche, sempre più gruppo e meno istituzione; il che impone una declinazione al plurale di un fenomeno che, plasmato dalla storia, presenta un’ampia eterogeneità di manifestazioni.

Le cause di questa robusta inversione di tendenza, e della sua successiva tenuta, sono le più varie. Schematizzando<sup>5</sup>, e senza alcuna pretesa di esaustività, si annoverano la convivenza come matrimonio non ancora perfezionato, stanti oggettive difficoltà (economico-lavorative in primo luogo) di emancipazione completa dalle famiglie originarie, che precede il matrimonio stesso; la convivenza come “prova” di idoneità alla vita in comune stabile e strutturata, in generale, o con il partner; convivenze per convinzione, dettate dal rifiuto ideologico del matrimonio, da scelte religiose, personali, “libertarie”; convivenze forzate dall'impossibilità di contrarre matrimonio, perché in essere tra uno o due soggetti coniugati, o dello stesso sesso, o ancora perché conviventi, ma non *more uxorio*. Ma si tratta, per l'appunto, di una schematizzazione: quello della convivenza è un fenomeno eterogeneo a tutto tondo, e ciò si coglie ancor più se dall'indagine nazionale, si passa ad una visione continentale del fenomeno.

Le proporzioni del fenomeno hanno dapprima impegnato la giurisprudenza e la letteratura giuridica; soprattutto alla prima possono ascriversi alcune importanti conquiste sul tema della affermazione della famiglia di fatto e dei diritti dei conviventi. Il legislatore, dal canto suo, ha impiegato molto più tempo per entrare in campo, senza riuscire, per molto tempo, a varare l'anelato statuto della famiglia di fatto. Le motivazioni di questa inerzia non sono facilmente riassumibili: non può certo negarsi l'alto grado di difficoltà tecnica imposto dalla redazione di uno statuto della famiglia di fatto, all'interno di un ordinamento formatosi sotto l'indissolubilità del binomio famiglia-matrimonio; difficoltà che emerge dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza prodotte sui problemi connessi al riconoscimento dei legami familiari extra-matrimoniali. Ma non è tutto qui: l'analisi dei progetti di legge, copiosamente e periodicamente proposti all'esame del

---

<sup>5</sup> DONATI, *L'emergere della famiglia "auto-poietica"*, 1989, 23 e ss.; BARBAGLI, *Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, 1990, 23 e ss.

Parlamento nell'ultimo decennio, denuncia una limitata concezione del problema da parte della classe politica nazionale, intenta a cercare il tassello giusto per questo o quel vuoto normativo, senza mai tentare di andare alla radice della questione: “guardare in faccia” la convivenza, stabilirne l'identità giuridica, risolvere il problematico rapporto tra il rifiuto di un vincolo formale (il matrimonio) e l'acquisto di diritti e obblighi di rilievo pubblico-costituzionale, pensati e codificati per chi ha scelto quel vincolo.

Tale difficoltà non è esclusivamente nostrana: l'indagine comparatistica dimostra che anche in altri ordinamenti, non meno civili di quello italiano, si è dovuto lavorare alacremente per trovare il punto, e a ciò si è arrivati percorrendo strade diverse, attraverso costruzioni e ragionamenti del tutto peculiari, e cambi di rotta lungo il percorso. L'incapacità delle forze politiche in seno al Parlamento italiano di percorrere la stessa via, alla ricerca di un minimo comune denominatore<sup>6</sup> tra le tante idee di “famiglia” (il tema è tuttora un tema “di bandiera”, per cui assolutamente indisponibile; allo stesso tempo, tutti annoverano “la famiglia” tra le priorità di una qualunque legislatura), ha prodotto solo tentativi scadenti, fino al varo di una norma, l. 76/2016, della quale si parlerà diffusamente, ispirata alla *Lebenspartnerschaft* tedesca, nella parte relativa alle unioni civili omosessuali, e alla legislazione di alcune *Comunidades Autonomas*, nella parte relativa alla convivenza. Quando si dice, “una decisione chiara”!

Il varo della legge sulle unioni civili e le convivenze registrate ha portato con sé un inevitabile cambio di programma nella presente ricerca: non più e non solo indagine sul contratto di convivenza, e sul tema generale dell'autonomia contrattuale nei rapporti familiari, ma una ricerca sul significato della famiglia, sulla sua importanza costituzionale, e sui motivi della contrapposizione tra la fu famiglia legittima, e la famiglia moderna, basata sull'effettività dei rapporti e la spontaneità dei vincoli.

Ed è proprio da questa indagine, ancor più che da quella tecnico-privatistica, che la legge si dimostra essere inadeguata alla sfida posta al legislatore da decenni di letteratura giuridica e giurisprudenza di legittimità. Ed è forse per questo (e non per la “stagionalità” delle celebrazioni, come inopinatamente asserito dalla prima firmataria della legge, per la

---

<sup>6</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1981, 150.

quale le unioni civili e i contratti di convivenza prolifereranno con la bella stagione...) che, nonostante l'incredibile *battage* mediatico creatosi intorno alla legge, e la spinta emotiva che accompagna generalmente il *quid novi*, non sembra potersi parlare, numeri alla mano, di una rivoluzione, nonostante la norma sia stata spesso presentata come tale, nel lungo dibattito mediatico che ne ha accompagnato la genesi<sup>7</sup>.

Il duplice impianto della l. 76/2016 ha distinto tra unioni omosessuali, cui è stato dato un succedaneo del matrimonio, e gli altri conviventi *more uxorio*, omosessuali ed eterosessuali, ai quali è stato dato, in più rispetto a quanto già non gli fosse riconosciuto dal diritto giurisprudenziale consolidato, un embrione di contratto di convivenza, appena poco più sviluppato rispetto a quanto l'autonomia privata era stata in grado di elaborare, in una sorta di autodifesa rispetto ai tempi che cambiavano, e che imponevano di far da sé. Autodifesa che si scontrava con i limiti invalicabili dell'ordinamento: la natura eccezionale delle norme sul regime patrimoniale della famiglia, l'inderogabilità delle norme sugli alimenti, la tutela dei diritti dei legittimari, il divieto dei patti successori. Il varo di una legge sulla convivenza avrebbe potuto e dovuto testare la tenuta e l'attualità di questi antichi presidi dell'ordinamento: ma il legislatore, come detto, ha esclusivamente badato a portare a casa il risultato, senza farsi domande troppo difficili.

Resta dunque l'idea che la tanto agognata legge, al di là del suo indubbio valore simbolico, non sia l'auspicato salto nella modernità. Ciò è utile per ricordare che la norma non va mai, al contrario di come accade nell'attualità, sopravvalutata: essa è per sua natura uno strumento statico, il cui destino è quello di inseguire i fenomeni sociali, i quali perennemente fuggono in avanti. E difatti, la l. 76/2016 arriva in ritardo rispetto ad una decennale giurisprudenza, e si limita a "ricopiarne" i risultati, e arriva in ritardo anche rispetto all'autonomia privata, la quale è invece, per sua natura, strumento ad alta velocità ed elasticità. Bene avrebbe fatto il legislatore a tener conto del *mismatch* esistente tra fenomeno sociale e strumento legislativo, e perciò lasciare campo aperto all'autonomia contrattuale, scegliendo un concetto di convivenza ampio, non limitato alla sola

---

<sup>7</sup> Nel primo anno di vita della legge si stima, sulla base dei dati attuali, che le unioni civili saranno molte meno di mille in tutta Italia, e ancor meno saranno le convivenze registrate: v. *Milano capolista delle (poche) unioni civili*, in *www.ilsole24ore.com*, articolo del 26 settembre 2016, di Antonello Cherchi.

convivenza *more uxorio*, capace di svolgere il doppio ruolo di “atto genetico” della convivenza nei confronti dell'ordinamento, e di regolamento della convivenza stessa. Le premesse, va detto, si erano create, riconsiderando il nucleo familiare sulla base degli affetti (come in occasione del varo della l. 219/2012), e gettando la maschera sul tema della “liberalizzazione” del diritto di famiglia (come in occasione della riforma del divorzio); in questo modo, si sarebbe portata la convivenza al centro dell'ordinamento, lontana da ambiguità, con una dignità tale da poter mettere in discussione financo le regole della successione necessaria, ancora legate a doppio filo alla fu famiglia legittima. Ma sarà probabilmente per la prossima volta.



# CAPITOLO I

## FAMIGLIA E CONVIVENZA: TRA STORIA E ATTUALITÀ

SOMMARIO: 1. *Excursus* storico-giuridico. 1.1 Il *concubinatus: inaequale coniugium* nel diritto romano. 1.2 Varietà di modelli e fattispecie nel diritto medievale. 1.3 La Rivoluzione francese e il monopolio della famiglia legittima nel *Code civil*. 2. Sociologia della famiglia fondata sul matrimonio: obsolescenza di un simbolo? 3. L'emersione della convivenza nei formanti del diritto contemporaneo. 3.1 Le fonti sovraordinanti. 3.2 La giurisprudenza della Corte Costituzionale: visione d'insieme. 3.3 La convivenza nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. (3.3.1. Prestazioni patrimoniali tra i conviventi. 3.3.2 Diritto al risarcimento del danno per l'uccisione del convivente. 3.3.3 Successione nel contratto di locazione (art. 6 l. 392/1978). 3.3.4 Prestazioni lavorative del convivente nell'ambito dell'impresa familiare (art. 230-bis cod. civ.) 3.3.5 Assegno di separazione e di divorzio in favore (e a carico) del convivente; il diritto (e l'obbligo) agli alimenti 3.3.6 La sospensione della prescrizione (art. 2941 cod. civ.). 3.3.7 Tutela possessoria del convivente-non proprietario sull'abitazione comune. 3.3.8 Doveri personali tra i conviventi. 3.3.9 Giurisprudenza penale. 3.4 Dottrina. 3.5 La convivenza nella legislazione nazionale. (3.5.1 La convivenza nella legislazione nazionale prima della pianificazione degli status di filiazione. 3.5.2 La parificazione degli status di filiazione e la l. 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e le convivenze. 3.5.3 La legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e le convivenze. Rinvio. 4. Prassi. 4.1 Provare la convivenza. 4.2 Rapporti patrimoniali tra i conviventi. 4.3 Negozi finalizzati al riequilibrio dei contributi economici. 4.4 La casa di comune residenza. 4.5 Obbligazioni contratte dai conviventi nell'interesse comune. 4.6 Tutela *post mortem* del convivente superstite. 4.7 Disposizioni per la propria infermità. 4.8 Contratto (atipico) di convivenza. Rinvio. 5. Comparazioni. 6. La legge italiana sulle unioni civili e le convivenze di fatto. Genesi, esegesi, critica. 6.1 Genesi: panormica sui progetti di legge di iniziativa parlamentare. 6.2 La proposta del Consiglio Nazionale del Notariato (2011). 6.3 L. 20 maggio 2016 n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Considerazioni generali. 6.3.1 Considerazioni generali. 6.3.2 Le unioni civili tra persone dello stesso sesso. 6.3.3 Le convivenze. 6.3.3.1 La fattispecie. 6.3.3.2 Gli effetti. 6.3.3.3 Il contratto di convivenza. Rinvio.

### 1. *Excursus* storico.

#### 1.1 Il *concubinatus: inaequale coniugium* nel diritto romano<sup>8</sup>.

Nel diritto romano preclassico, il *concubinatus* (da *cum cubare*, "giacere insieme")

coesisteva con le diverse forme di *iustum matrimonium*<sup>9</sup>: consisteva nell'unione duratura di

<sup>8</sup> Per una più ampia trattazione della convivenza fuori dal matrimonio nel diritto romano, si rinvia, tra i molti a BONFANTE, *Nota sulla riforma giustiniana del concubinatus*, 1924; SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 2002, 170 e ss.; FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari. Concubinatus. Divorzio. Adulterio*, 2005, III, *passim*; SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, 2012.

<sup>9</sup> Il *justum matrimonium* poteva celebrarsi solo tra cittadini romani in possesso dello *ius connubii*, il quale fu in una prima fase privilegio esclusivo del patriziato; a partire dall'anno 445 a.C., tale diritto fu esteso a tutti i cittadini romani, in forza della *Lex Canuleia*, e in seguito a tutti gli abitanti liberi dell'Impero, che divennero cittadini, conformemente a quanto nella Costituzione Antoniniana del 212 d.C., emanata dall'Imperatore Caracalla. Le *iustae nuptiae* si celebravano mediante *coemptio*, *confarreatio* e *usus*.

un uomo e una donna, liberi da matrimonio, i quali vivevano in comune, come se fossero tra loro sposati. Questa unione era di ordine giuridico inferiore rispetto al matrimonio, ma, per la sua durata, si distingueva da illecite relazioni saltuarie.

Alla donna non era data la qualità di *uxor*, ma solo quello di concubina, ragion per cui non poteva accedere al rango sociale del marito. I figli nati dal concubinato erano denominati *liberi naturalis*, nascevano *sui iuris* e non erano sottoposti alla potestà paterna; erano cognati della madre e dei parenti materni.

Il concubinato, pur nelle evidenti analogie, deve tenersi distinto dalla diversa fattispecie del matrimonio contratto tramite l'*usus*: per attenuare il rigido formalismo della *coemptio* e della *confarreatio*<sup>10</sup> si introdusse ed accettò l'*usus*, come mezzo complementare di celebrazione del *iustum matrimonium*, il quale si dava con l'esercizio della vita matrimoniale tra l'uomo e la donna, per un periodo minimo di un anno, continuo ed ininterrotto. Così, l'uomo acquistava con l'*usus* la *manus mariti*, contraendo un matrimonio legittimo e valido per il diritto civile. Come l'idea dell'*usus* originò dall'usucapione, così si accettò l'*usurpatio* come causa di interruzione del termine acquisitivo di un anno di cui sopra: se prima che si compiesse un anno di vita coniugale, la moglie si allontanava dalla casa per tre notti consecutive, interrompeva il decorso del tempo, e dunque non rimaneva sottoposta alla potestà del marito; se questo *trinoctium* si reiterava annualmente, la *manus mariti* non si sarebbe comunque consolidata, secondo la legge delle XII Tavole.

Conformemente all'antico diritto romano, l'interruzione implicava l'assenza della volontà di sposarsi; tuttavia, ciò non impediva la validità del matrimonio, che si caratterizzava, coerentemente, per essere *sine manu*, per via dell'allontanamento, più simbolico che reale, dalla comunità coniugale. Nel matrimonio *sine manu*, la sposa continuava a far parte della sua famiglia agnatzia e non entrava a far parte di quella del marito. Solo in conseguenza delle *iustae nuptiae*, la moglie partecipava al rango sociale del

---

<sup>10</sup> La *coemptio* era la forma primitiva di matrimonio, un acquisto immaginario della moglie; questa forma matrimoniale, praticata in epoca classica, permise ai plebei, che non potevano fare uso della *confarreatio*, di imporre la *manus*. La *confarreatio* era riservata ai patrizi, ed era una cerimonia religiosa celebrata innanzi al *Flamen Dialis* e a dieci testimoni, con la pronuncia di parole solenni, offrendo della farina (*farreum*) a *Jupiter Farreus*. Queste due forme matrimoniali si caratterizzavano per far uscire la sposa dalla propria famiglia agnatzia e farla entrare nella famiglia e nella potestà del marito (*uxor in manu*).

marito e agli onori di cui questo era investito.

Il concubinato deve la sua denominazione alla *Lex Iulia de Adulteriis*, emanata da Augusto nell'anno 9 d.C., e la sua regolamentazione sia a quest'ultima legge, sia alla *Lex Poppea*, sia ancora ai compilatori giustinianeî, che sotto il titolo di “*de concubinis*” lo disciplinarono minuziosamente.

La *Lex Iulia de Adulteriis* tipizzava e sanzionava lo *stuprum*, il rapporto carnale con tutte le giovani e le vedove onorate al di fuori delle *iustae nuptiae*; unica eccezione consentita era il concubinato, ammesso però solo tra uomini e donne non onorate. Il *concubinatus* fu denominato anche *inaequale coniugium* perché, a causa della diversità di classe, in origine fu lo strumento con il quale si unirono cittadini romani con donne non di pari rango, indegne di essergli spose: tali erano schiave, liberte, o donne libere di bassa estrazione sociale, che non potevano acquistare la qualità di *uxor*. Col passare del tempo, si permise il *concubinatus* con una donna onesta, richiedendosi come presupposto la dichiarazione espressa di concubinato da parte dell'uomo (c.d. *testatio*).

Quanto al regime giuridico, il concubinato aveva molteplici somiglianze con il *iustum matrimonium*: era ammesso tra soggetti puberi che non fossero parenti nei gradi che impedivano la celebrazione del matrimonio, e che non fossero legati da altro matrimonio, ed era necessariamente monogamico. Nel concubinato non esisteva la dote, tanto che la concubina era considerata *uxor gratuita*, né avevano luogo *donationes propter nuptias*, né era applicabile ai concubini il divieto stabilito per gli sposi in materia di donazioni reciproche. La fine del concubinato era priva di formalità.

Con l'avvento del cristianesimo, il concubinato fu osteggiato, in quanto considerato immorale. Imperatori cristiani come Costantino e Zenone si adoperarono perché i concubini celebrassero tra loro le *iustae nuptiae*, e l'imperatore Anastasio, come incentivo per i concubini che decidevano di celebrare *iustae nuptiae*, concesse la possibilità di legittimare i figli: una misura che fu conservata dall'imperatore Giustiniano. Nonostante questa tendenza moraleggiante, e il divieto fattone in Oriente da Leone VI, il concubinato sopravvisse come istituzione giuridica ancora a lungo.

Coerentemente coi principi della morale cristiana, la Chiesa, in occasione del

Concilio di Toledo (400 d.C.), proibì nel suo canone IV la simultaneità di matrimonio e concubinato, ma ammise la unione monogamica tra concubini<sup>11</sup>.

### 1.2 Varietà di modelli e fattispecie nel diritto medievale<sup>12</sup>.

Il concubinato passò al diritto medievale così, come un *inferior coniugium*; non venne mai assimilato *tout court* al meretrice, perché non era, come questo, caratterizzato dalla promiscuità. Infatti, per i canonisti medievali, il tratto qualificante e particolarmente peccaminoso del meretrice non era la venalità dei rapporti, ma la sua promiscuità che astrattamente poteva dar luogo all'incesto. Proprio per questo motivo, la condanna da parte della Chiesa della concubina fu per lungo tempo assai meno dura di quella della meretrice<sup>13</sup>. D'altra parte il diritto civile, in continuità con il diritto romano classico, continuava a parlare di legittima concubina, quando fossero rispettate le condizioni imposte dalla legge.

Tra le classi sociali più basse, il concubinato era vissuto e considerato come qualcosa di non molto diverso da un vero matrimonio: si trattava di unioni tra persone entrambe di estrazione sociale assai modesta, per le quali non era facile affrontare né il versamento di una piccola dote, né il costo delle solennità del rito. Il diritto civile, nel medioevo, era incline a riconoscere in esse una presunzione di matrimonio<sup>14</sup>. Per la Chiesa non era così semplice riconoscerle, anzi, era piuttosto difficile fare i conti con questo tipo di convivenza che, non di rado, assomigliava ad un valido matrimonio non formale, e che era assai diffusa anche fra i religiosi<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> L'abitudine, verosimilmente diffusa, di avere due o più concubine era stata condannata già da Agostino, nell'opera *De Bono Coniugali* del 401.

<sup>12</sup> Per una più ampia trattazione del concubinato nel diritto medievale e moderno si rinvia a ESMIEN, *Le mariage en droit canonique*, 1929-1935; BRUNDAGE, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, 1987; AUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, 1989; DE GIORGIO-KLAPISCH-ZUBER (a cura di), *Storia del matrimonio*, 1996; FERRANTE, *Legittima concubina, quasi moglie, anzi meretrice. Note sul concubinato tra medioevo ed età moderna*, in *Modernità: definizioni ed esercizi*, a cura di Biondi, 1998, 123-141; GODOY, *Famiglia e matrimonio in Europa. Origini e sviluppi dei modelli familiari dell'Occidente*, 1991; PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero alla codificazione*, 1966.

<sup>13</sup> ESMIEN, *op. cit.*, II, 129; BRUNDAGE, *op. cit.*, 23-25; GAUDEMET, *op. cit.*, 23.

<sup>14</sup> BRUNDAGE, *op. cit.*, 436, cita Bartolo, il quale riteneva che la semplice coabitazione di un uomo e di una donna appartenenti allo stesso ceto costituisse presunzione di matrimonio per la legge civile, anche senza *verba de futuro*, ossia le promesse di futuro matrimonio che i fidanzati si rivolgevano vicendevolmente.

<sup>15</sup> Il concubinato era stato proibito ai religiosi dal Concilio Lateranense II del 1139, per ragioni di ordine

Tra soggetti di diverso ceto sociale, il concubinato assunse, per tutto il medioevo, una connotazione di tipo contrattuale: la figura della serva-concubina, legata all'uomo da un contratto consensuale, fu abbastanza comune<sup>16</sup>, tanto che le conseguenze pratiche dell'ospitare in casa una simile donna divennero oggetto di dibattito<sup>17</sup>. Il contratto in parola era stipulato davanti a un notaio, e in esso venivano descritti scrupolosamente diritti e doveri dei contraenti<sup>18</sup>. Questo tipo di concubinato, radicatosi nel tempo, rispondeva alle esigenze di una società segnata da profonde disegualianze tra i ceti e tra i generi: la sperequazione nella distribuzione delle risorse e la debolezza economica e sociale di moltissime donne sono sufficienti a spiegare la disponibilità di serve-concubine.

È altresì comprensibile che chi poteva permetterselo trovasse talvolta conveniente procurarsi una sorta di “coniuge a termine”, tanto più che un simile comportamento, ancorché osteggiato dalla Chiesa, non aveva alcuna rilevanza penale e non doveva nemmeno suscitare particolare scandalo, perché la condizione di concubina non era assimilata automaticamente a quella di meretrice da parte della legge ecclesiastica e, la legge civile le riconosceva la possibilità di appartenere alla categorie delle donne oneste.

Per definire simili contratti, si usò talvolta la definizione di contratti “*per verba de*

---

morale ed economico (ai figli delle unioni dei religiosi venivano destinati beni ecclesiastici). In argomento, GODOY, *op. cit.*, 84-90. Il comportamento sessuale dei religiosi era ovviamente un problema innanzi tutto per la Chiesa, ma, talvolta, di esso si occupava anche l'autorità civile, con apposite promulgazioni nelle quali si ordinava ai chierici di abbandonare la propria concubina. Come riporta FERRANTE, *op. cit.*, 129, i parrochiani esprimevano una certa tolleranza nei confronti dei religiosi concubinari, ed erano piuttosto disattenti verso i comportamenti sessuali dei laici, che venivano stigmatizzate quasi solo se ad esse si associava l'adulterio, e in particolare quando la moglie veniva costretta a convivere con la concubina.

<sup>16</sup> BRUNDAGE, *op. cit.*, 548; GAUDEMET, *op. cit.*, 129.

<sup>17</sup> FERRANTE, *op. cit.*, 127, cita un passo di Bernardino da Siena (*Le prediche volgari*, 1935, II 87, 238 e II 117, 260-261), ove si afferma che la concubina, conscia che una volta invecchiata sarà scacciata, non abbia nessun interesse a governare la casa con cura. L'ansia per il proprio avvenire la indurrà invece a sottrarre quanto potrà dei beni del padrone, lasciando che tutto vada in malora.

<sup>18</sup> FERRANTE., *op. loc. ult. cit.*, cita il contratto stipulato l'8 dicembre 1287 in Corsica, all'epoca sotto il dominio genovese, davanti al notaio genovese, Emanuele Nicola De Porta, alla presenza di tre testimoni, tra Johaneta Oliveti, di Bonifacio, e il mercante veneto Marco Bentrane che si trovava nel porto con la sua nave. Johaneta si impegnava a stare con Marco come serva e *amaxia* per i sei anni a venire, seguendolo dovunque egli andasse. La donna prometteva di conservare e custodire il padrone e i suoi beni “in buona fede e senza inganno”; l'uomo di darle “vitto e vestito conveniente”. Inoltre, se alla fine dei sei anni uno dei due avesse voluto interrompere il rapporto, Johaneta avrebbe ricevuto 10 lire genovesi. L'episodio è tratto da VITALE, *Documenti sul Castello di Bonifacio nel secolo XIII*, in *Atti della Regia Deputazione di storia patria per la Liguria*, 1936, 1, 290, e citato anche da BARNI, *Un contratto di concubinato in Corsica nel XIII secolo*, in *Rivista di storia del Diritto italiano*, 1949, 12, 138.

*presenti*" (i conviventi si impegnavano solo a convivere, ma non a sposarsi), in contrapposizione ai contratti *per verba de futuro*, ove i conviventi si impegnavano a contrarre matrimonio in futuro. Questi contratti non corrispondevano alla *testatio* romana, con la quale l'uomo dichiarava *ab initio* la sua intenzione di tenere presso di sé una donna come concubina, in quanto incorporavano in sé un duplice consenso concubinario<sup>19</sup>.

Ricapitolando, l'idea di fondo era dunque che un uomo si macchiasse di adulterio soltanto quando aveva una relazione con una donna sposata, mentre non c'era nulla di riprovevole nell'averne una concubina pur avendo moglie. La giustificazione di queste asserzioni stava semplicemente nel fatto che "*mulieres magis decet esse pudicas, quam mares*"<sup>20</sup>.

Particolare attenzione merita, nella valutazione sociale e giuridica del concubinato nel medioevo, l'opera del giurista estense Ludovico Sardi, il quale studiò il concubinato in maniera singolarmente approfondita; nel suo *Tractatus de naturalibus filiis, legitimatione ac successione eorum*, composto tra il 1426 e il 1428, nonostante l'adesione dichiarata ai principi del matrimonio cristiano, ritenne il concubinato tra laici del tutto ammissibile.

Nel *Tractatus*, il Sardi esamina una serie di casi, articolando delle distinzioni: la prima, fondamentale, tra diritto civile e diritto canonico; la seconda, tra uomini e donne, che si iscrive nella prima, perché il genere risulta indifferente per il diritto canonico, ma non per il diritto civile. Egli cerca innanzi tutto di stabilire quando vi sia vero matrimonio e quando vi sia concubinato e, in questo caso, chi possa essere concubina. I parametri fondamentali su cui basa la sua analisi sono il *consensus* e l'*affectus*, gli elementi che sia il diritto romano, sia il diritto canonico, avevano sempre individuato come necessari ad un vero matrimonio; tuttavia egli ne dà un'interpretazione fortemente condizionata dall'appartenenza al ceto sociale e dalla presenza o meno della dote. Sardi parte dalle premesse del diritto canonico, e afferma che per la Chiesa era lecito avere la concubina

---

<sup>19</sup> FERRANTE, *op. cit.*, 138-139.

<sup>20</sup> FERRANTE, *op. cit.*, 130, cita il giureconsulto medievale Carlo Ruini (*Responsa et consilia*, in *Tractatus Universi Iuris, Venetiis*, 1571, III, c. 8v. b.), che ancora nel XVI secolo sosteneva che un uomo sposato potesse tranquillamente tenersi una concubina senza il pericolo di essere bollato d'infamia, purché la donna fosse nubile. Infatti in tal caso egli non avrebbe potuto essere accusato di adulterio "*cum non sit accessus ad alienum thorum*".

“*quae loco uxoris habetur*”, ma nessun'altra “*cum quo non intervenit consensus matrimonii*”<sup>21</sup>; inoltre afferma che la Chiesa accettava un concubinato basato sul consenso, assimilando di fatto il concubinato stesso al matrimonio non formale, caratterizzato come questo dall'*affectus coniugalis* e che si presumeva basato su un *consensus matrimonii* esistente fin dall'inizio del rapporto. L'Autore passa poi al diritto civile, differenziando i soggetti secondo le categorie sociali della legislazione romana: gli uomini erano suddivisi in *illustres et maiores* da un lato e *minores* dall'altro, mentre le donne erano suddivise in *maiores, liberae et honestae, obscuro loco natae, non liberae, quae quaestum corpore fecerint*<sup>22</sup>. Il giurista si propone di distinguere le situazioni in cui era ravvisabile un matrimonio non formale da quelle in cui si ravvisava un concubinato, individuando i casi in cui le interpretazioni coincidevano *utroque iure*, e quelli in cui erano discordanti. In primo luogo egli affronta il caso in cui il consenso al matrimonio era certo, ed evidenzia la prima differenza tra i due sistemi normativi: mentre per la Chiesa il solo *consensus matrimonii* faceva di un'unione un matrimonio valido, il diritto civile pretendeva, almeno nel caso dei *maiores*, che esso fosse accompagnato dalle solennità di rito e, soprattutto, dalla dote: tutto secondo quanto era già stato disposto da una novella giustiniana, varata per combattere i *matrimonia clandestina* tra cittadini appartenenti a differenti classi sociali. La donna unita ad un uomo di ceto sociale alto senza dote e solennità nuziali, per il diritto civile, rimaneva una concubina, nonostante la dichiarata volontà dell'uomo di riconoscerla come moglie (*testatio*), il ceto di appartenenza, e l'indubitato *affectus maritalis*<sup>23</sup>. Una contraddizione cui si faceva ricorso per tutelare gli interessi patrimoniali e di prestigio dei ceti più elevati, minacciati dal rischio di imbarazzanti *mésalliances*; e pare allora quasi

---

<sup>21</sup> SARDI, *Tractatus de naturalibus liberis, legitimatione, ac successione eorum*, in *Tractatus Universi Iuris, Venetiis*, 1584, c. 30.

<sup>22</sup> Il giurista si occupa delle donne appartenenti al ceto più elevato soltanto nel caso in cui accettino un matrimonio clandestino, perché ovviamente tutto concorre a garantire loro un matrimonio legittimo. La sua attenzione è invece maggiore per le *liberae et honestae*, dove la libertà è riferita alla condizione giuridica ed è componente, insieme alla onestà, di uno stato sociale complessivamente modesto, ma non infame. Con l'*obscuro loco nata* egli individua la donna di infima condizione sociale. La meretrice è spesso indistinta dalla *obscuro loco nata* e dalla schiava. Le categorie sociali usate dal Sardi sono quelle individuate dalla legislazione romana (*Cod.* 5. 27.1. e *Dig.* 25.7.3 pr.), anche se è evidente che queste non potessero corrispondere perfettamente alla realtà del XV secolo.

<sup>23</sup> SARDI, *op. cit.*, c. 30 v. a.

contraddittorio che la concubina, sostiene ancora il giurista, doveva essere unica, e doveva convivere con l'uomo affinché l'*indubitatus affectus* che ci doveva essere tra i due si potesse ritenere *indubitatus*<sup>24</sup>: la concubina doveva essere *retenta in domo*, per provare l'esistenza di un affetto che la qualificasse come tale, distinguendola dalla meretrice, e questo affetto dev'essere certissimo, non già coniugale.

Nonostante il problema non si ponesse per i *minores*, si diffuse anche fra loro l'osservanza delle formalità nuziali, e la costituzione, anche tra la povera gente, di doti di bassissimo valore, al fine di levare qualsiasi dubbio sul carattere matrimoniale e non concubinario dell'unione<sup>25</sup>: il che si spiega anche col fatto che la morale cristiana, endemica nei ceti economicamente meno abbienti, continuava a dare un giudizio negativo sul concubinato.

Sardi passa poi ad analizzare i casi in cui il consenso al matrimonio sia incerto o assente. Queste unioni non potevano essere interpretate come legittimi matrimoni né dal diritto canonico, né da quello civile, ma mentre il primo le condannava in quanto fornicazione continuata, il secondo, in determinate circostanze, le ammetteva in quanto legittimo concubinato. A questo riguardo, di fondamentale importanza era la condizione sociale, sia dell'uomo sia della donna; discriminante in base alla quale si poteva determinare un concubinato o uno stupro. Infatti, nel caso di incerto consenso al matrimonio, gli uomini *maiores* potevano essere accusati di stupro nei confronti di donne oneste e libere, o reputati meri *concupinarii* di donne *obscuri loco natae* o di meretrici. Nella medesima situazione di incertezza i *minores*, qualunque sia la condizione della donna, saranno considerati *concupinarii*<sup>26</sup>. Scopo di questa distinzione era evidentemente quello di scoraggiare uomini di ceto alto dal lusingare con vaghe promesse donne di ceto inferiore, ma di buona reputazione e libere, poiché l'incerto consenso al matrimonio è proprio solo degli uomini.

Nel caso poi che il *consensus matrimonii* fosse stato chiaramente assente, si doveva appurare l'esistenza, quanto meno, di un *consensus concubinarius*; ed è significativo che il

---

<sup>24</sup> SARDI, *op. cit.*, c. 31 r. a.

<sup>25</sup> TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto*, 1910, 222.

<sup>26</sup> SARDI, *op. cit.*, c. 30 v. b.; *Dig.* 25. 7. 1. 1; *Dig.* 48.5.35.1.



Sardi non usi il termine *testatio*, con cui già il giurista Marciano (ma assai più verosimilmente i compilatori di epoca giustiniana) delimitava l'area di legittimità del concubinato, bensì il termine *consensus*<sup>27</sup>. I due vocaboli non sono e non erano sinonimi: nel diritto romano la *testatio* era la dichiarazione unilaterale con la quale l'uomo prendeva presso di sé la donna in qualità di concubina, e il suo significato differente da quello di *consensus*, che esprime l'incontro delle volontà delle due parti alla base dei negozi giuridici bilaterali.

Se in epoca romana la *testatio* garantiva, in principio, l'uomo dal vedersi attribuire una moglie sgradita e, soprattutto, dall'essere accusato di stupro, nel mutato contesto medievale, essa non era più sufficiente, dovendosi ad essa sostituire il *consensus*, cui il Sardi unisce l'aggettivo *concubinarius*. Egli completa così la costruzione dell'analogia tra un concubinato basato sul consenso maritale e caratterizzato dall'affetto coniugale, ammesso dal diritto canonico, e un concubinato basato sul consenso concubinario e caratterizzato da un affetto certissimo, ammesso dal diritto civile. La logica che sostiene questa ricostruzione sembrerebbe essere quella di un avvicinamento, per quanto possibile, dei parametri propri del diritto civile a quelli del diritto canonico, al fine di riaffermare la liceità, anche morale, del concubinato. E ancora, c'è l'acquisizione del significato del consenso nel matrimonio cristiano in quanto espressione di volontà individuali liberamente espresse: il che è del tutto coerente con la collocazione del matrimonio tra i contratti *personarum*<sup>28</sup>, operata dai glossatori. Sardi ripete il medesimo schema del matrimonio, applicandolo però al concubinato, che con il consenso di entrambi i concubini assume una dimensione contrattualistica<sup>29</sup>. Il che è singolare, in una società che, nonostante l'influenza cristiana, non pone uomini e donne sullo stesso piano, in quanto riserva sempre e soltanto ai primi la capacità di scegliere tra il concubinato e il

---

<sup>27</sup> ID., *ivi*, e Dig. 25.7.3; LONGO, *Presunzione di matrimonio*, in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, 1956, 486.

<sup>28</sup> Così FERRANTE, *op. cit.*, 136; GAUDEMET, *op. cit.*, 144; RASI, *Il diritto matrimoniale nei glossatori*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, Milano, 1940, 145-146, in cui la concezione contrattualistica viene piuttosto vista come autonomo sviluppo del diritto civile, slegato dai mutamenti sociali del matrimonio.

<sup>29</sup> BRUNDAGE, *op. cit.*, 370; FERRANTE, *op. loc. ult. cit.*, ritiene assimilabile al concubinato contrattuale l'accordo che nel 1228 fu stipulato tra il re Giacomo I d'Aragona e la contessa Aurembaix di Urgel, con il quale veniva regolata la posizione degli eventuali figli, la divisione dei beni in comune e l'assetto ereditario di tali beni.

matrimonio: vi sarebbe stata dunque uno spazio, nell'ambito del diritto civile, nel quale il rapporto tra i sessi sembrerebbe paritario; l'accettazione esplicita da parte della donna del rapporto concubinario corrisponde ad un'affermazione di libertà e di onestà, ed è la premessa alla nascita di una *societas* in cui diritti e doveri dei consociati sono definiti dalla volontà degli stessi.

La formalizzazione del rapporto concubinario teneva al riparo l'uomo dall'accusa di stupro, e la donna dal declassamento: libertà e buona reputazione erano requisiti soggettivi essenziali per essere legittime concubine. Le schiave e le meretrici, per via della loro condizione, non davano problemi di sorta, poiché il loro consenso si riteneva tacito o presunto<sup>30</sup>.

Può quindi affermarsi che nel tempo trascorso tra l'epoca giustiniana, quando fu introdotta l'obbligatorietà della *testatio*, e il pieno medioevo, il rapporto concubinario caratterizzato dall'asimmetria sociale si è evoluto, dall'esercizio di una potestà individuale da parte dell'uomo, a un contratto, una sorta di *locatio operis* comprendente in maniera chiara e distinta sia l'aspetto sessuale che quello lavorativo. Le donne-parti di questo contratto erano donne non sottoposte alla tutela di alcuno, di condizione libera, di onesta vita, non necessariamente indigenti, seppur tuttavia economicamente e socialmente inferiori alle controparti maschili. Ma tale ricostruzione non deve essere interpretata come umiliante o degradante per la donna, e prova significativa ne sia il fatto che la stipulazione di questo contratto non comportava di per sé la perdita della onorabilità, e non degradava la concubina a meretrice.

L'organica ricostruzione fatta dal Sardi non doveva comunque essere espressione di un punto di vista unanime di quel tempo, essendo note sia differenti ricostruzioni

---

<sup>30</sup> SARDI, *op. cit.*, c. 30 v. b.

normative<sup>31</sup>, sia critiche di tipo squisitamente morale<sup>32</sup>.

Il Concilio di Trento (1545-1563) costituisce un vero e proprio spartiacque nell'atteggiamento della Chiesa nei confronti della sessualità dei laici<sup>33</sup>. Dopo di esso, l'unico vero matrimonio è soltanto quello celebrato in ossequio al dettato conciliare (matrimonio contratto soltanto alla presenza del parroco e dei testimoni, di fronte alla chiesa, avendone data notizia preventiva alla comunità dei fedeli), non c'è più spazio né per i matrimoni non formali né, tanto meno per altre ambigue relazioni quali il concubinato, i contratti concubinari, i *verba de futuro*, e tutta la grande varietà di usi locali, tradizioni, e contaminazioni del diritto giustiniano che caratterizzavano l'Europa medievale: tutto questo patrimonio è definitivamente assimilato al meretricio, in quanto fornicazione continuata.

Al contrario di quanto era avvenuto negli ultimi secoli del medioevo, ove la dottrina canonica aveva operato per trasportare questi tipi di rapporto in un legittimo matrimonio non formale<sup>34</sup>, dopo il Concilio, essi diventano semplicemente illeciti, e perseguiti con determinazione dai tribunali ecclesiastici, prevedendo per il loro compimento sanzioni tanto sul piano spirituale che su quello penale; in particolare le donne (ma non solo) sono passibili di pubbliche esecuzioni, d'esser bandite dalla città, eventualmente con l'aiuto del braccio secolare, incarcerate, addirittura giustiziate. Sebbene

---

<sup>31</sup> FERRANTE, *op. cit.*, 140, cita il giurista medievale Bermondus Choveronius (*De publicis concubinariis commentaria*, in *Tractatus illustrium in utraque tam pontificii, tam cesarei iuris facultate iurisconsultorum, Venetiis*, 1584, XI, c. 167 v.), il quale dà conto del fatto che il Concilio lateranense del 1514 aveva duramente criticato il concubinato, e che dunque per aversi un rapporto di concubinato legittimo, lo stesso doveva soddisfare una lunga serie di requisiti necessari: addirittura la *testatio*, già tramutatasi nella prassi in un consenso concubinario, avrebbe dovuto contenere una dichiarazione formale nella quale l'uomo doveva esprimere la propria speranza di poter, in futuro, sposare la concubina, e di avere dei figli da lei. Poiché, a tale dichiarazione, farà verosimilmente seguito la copula, tale promessa si sarebbe trasformata in un consenso attuale, dando vita a un matrimonio non formale.

<sup>32</sup> Per il giurista bolognese Gabriele Paleotti (*De nothis spuriiisque filii liber*, 1550, cap. XIII) non vi era turpitudine nel concubinato, che era comunque da rifiutarsi in quanto fornicazione continuata, e mera immagine scolorita del matrimonio: "*Quid est enim alius concubinitus nisi obumbrata matrimonii imago, quae ab eo sola ordine dignitate differt? [...] Quid aliud concubina quam ficta quaedam uxor?*".

<sup>33</sup> R. DE FILIPPIS, *Osservazioni storico-giuridiche sul concubinato nel Medioevo (dal Concilio di Toledo del 400 a Tommaso d'Aquino)*, in *La separazione nella famiglia di fatto*, a cura di B. De Filippis, 2008, 309, ritiene che le prime censure nei confronti dei laici concubinari si ebbero già nel canone VIII di un Concilio di Narbona del 1227.

<sup>34</sup> FERRANTE, *op. loc. ult. cit.*

le legislazioni civili dell'epoca non si siano affrettate, negli anni successivi al Concilio di Trento, a vietarlo, la giustizia ecclesiastica cerca di perseguire il concubinato con ogni mezzo, tanto da poter dire che l'obiettivo delle battaglie moralizzatrici della chiesa post-tridentina è assai più il concubinato che non la prostituzione<sup>35</sup>.

Nella società post-tridentina, la dicotomia profonda era tra le donne "per bene", collocate all'interno di un legittimo matrimonio, e tutte le altre, e non c'era più una via di mezzo tra il legittimo matrimonio e il meretricio: escono dalla legalità molte relazioni ambigue, e molte donne possono uscire dall'ombra, e godere di una posizione sociale più dignitosa; ma allo stesso tempo, è espunta dalla società una libertà che prima esisteva, e a molte donne è tolta la speranza di una evoluzione positiva della propria condizione<sup>36</sup>.

La rigida legislazione religiosa uscita dal Concilio di Trento perdurò immutata nella modernità, ma le vecchie tradizioni non si lasciarono di certo cancellare facilmente. Nelle campagne e nelle zone rurali, ancora nel Settecento, fu viva la consuetudine di considerare come legame matrimoniale a tutti gli effetti lo scambio di *verba de futuro* seguito dalla consumazione di rapporti sessuali<sup>37</sup>, e in certe aree dell'Europa continentale, i rapporti sessuali tra persone non sposate continuarono a venir considerati leciti o comunque tollerati<sup>38</sup>.

La lotta al concubinato fu condotta a ondate, e non sempre con lo stesso vigore<sup>39</sup>: nelle grandi e medie città, presso la nobiltà e la borghesia, dove il controllo era più forte, si continuò a praticare clandestinamente il concubinato, cercando di sfuggire all'occhio degli inquisitori di Stato.

Per altro verso, nei centri urbani più eclettici circolavano, già dalla fine del Seicento temi politici irreligiosi e libertini, e venivano diffuse idee che mettevano in dubbio la sacralità dell'autorità, e che sfociavano in critiche alla morale religiosa e alla concezione del

---

<sup>35</sup> FLANDRIN, *La famiglia. Parentela, casa, sessualità nella società preindustriale*, 1979, 23; FERRANTE, *op. cit.* 125-126.

<sup>36</sup> FERRANTE, *op. cit.*, 141,

<sup>37</sup> CARGNELUTTI, *Il "divorzio" in Friuli dopo il Concilio di Trento*, in *Interni di famiglia. Patrimonio e sentimenti di figlie, mogli, vedove*, a cura di Corbellini, 1994; SARTI, *Donne e famiglia*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1994, 3, 685.

<sup>38</sup> STONE, *The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800*, 1977, trad. it. 1983, 684-686.

<sup>39</sup> CASEY, *The History of the Family*, 1989 (trad. it. *La famiglia nella storia*, 1991), 133.

peccato attinente a scambi sessuali tra liberi<sup>40</sup>. Nelle discussioni si affacciavano anche questioni legate alla libertà matrimoniale, al dubbio sulla concezione sacramentale del matrimonio stesso, e i comportamenti sentimentali sempre più erano associati a una sfera esclusivamente individuale, sorretti dal teatro, dalla musica e dalla letteratura.

La classe dirigente iniziò un processo di adattamento e consolidamento, al fine di rendersi più coesa e forte, in grado di sopportare la fine delle strutture dell'antico regime<sup>41</sup>.

Il nuovo assetto politico si reggeva su un fragile equilibrio: se le basi consuetudinarie, giuridiche e ideologiche degli Stati rinviavano al corpo collettivo delle famiglie nobiliari, tra loro idealmente pari, la realtà vedeva una parte della nobiltà perdere potere politico ed economico, stringendo ancor di più la cerchia degli oligarchi<sup>42</sup>.

L'aristocrazia aveva mutato obbiettivi: prima della metà del Cinquecento, in una fase espansiva dell'economia europea, trainata dalle conquiste coloniali, la nobiltà partecipava attivamente alla vita economica, attraverso la partecipazione in imprese commerciali, e si tendeva a creare una fitta rete di alleanze attraverso numerosi matrimoni, e a favorire uno sviluppo della parentela anche in senso orizzontale. I secoli successivi, funestati da guerre ed epidemie, avevano suggerito di abbandonare i traffici e i commerci, e di puntare nuovamente sulla proprietà fondiaria. Ciò comportò una modificazione della struttura familiare: non più ramificata, ma verticistica e patrilineare, al fine di conservare il patrimonio, e quindi il potere politico-economico, nelle mani di un solo erede maschio. Il carattere sacramentale del matrimonio aveva consentito al medesimo di divenire uno strumento di consolidamento del sistema patrilineare e di perpetuazione delle *élites* di governo<sup>43</sup>.

La risposta alla rigida dittatura della famiglia patrilineare è nel ricorso ai *matrimonia clandestina*<sup>44</sup>, non celebrati *in facie Ecclesiae*, ma in segreto, ad opera di religiosi conniventi e

<sup>40</sup> BARBIERATO, *Politici e miscredenti. Percorsi della miscredenza a Venezia tra Sei e Settecento*, 2006.

<sup>41</sup> DEWALD, *La nobiltà europea in età moderna*, 2a ed., 2001.

<sup>42</sup> BIROCCHI-MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio. Tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, 2006.

<sup>43</sup> JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al codice del 1917*, 1993, 44-48; SEIDEL MENCHI – QUAGLIONI, *Introduzione*, in *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII)*, a cura di Seidel Menchi e Quaglioni, 2004, 7.

<sup>44</sup> Nella letteratura italiana, tale è il matrimonio che Renzo e Lucia, nell'ottavo capitolo de *I promessi sposi* di

alla presenza di testimoni fidati, senza pubblici avvisi alla comunità e senza l'annotazione nel registro dei matrimoni<sup>45</sup>: in periodo di censura, la legittimazione sociale del rapporto ben poteva prescindere da certe sottigliezze. Tali matrimoni erano l'epilogo naturale di un rapporto concubinario più o meno lungo, o di situazioni non ufficializzate, sulla cui legittimità i concittadini e le autorità potessero avanzare dei sospetti<sup>46</sup>.

L'ampia e articolata casistica riflette a quanto già visto nel medioevo: concubinato affettivo, concubinato contrattuale, *verba de futuro*, seconde nozze, volontà di legittimare la prole naturale, esigenza delle donne di conseguire una stabilità economica o di non essere sospettate di meretricio, ed infamate<sup>47</sup>.

### 1.3 La Rivoluzione francese e il monopolio della famiglia legittima nel Code civil.

La Rivoluzione francese ha inciso in maniera evidente sul diritto di famiglia. Il legislatore rivoluzionario, in chiara discontinuità con le rigide norme tipiche dell'*ancien régime*, ha trasposto nel suo diritto positivo la fondamentale distinzione tra il contratto di matrimonio e sacramento, rievocando le conclusioni già raggiunte, nel Medioevo, da giuristi laici e canonisti. La stessa Costituzione del 1791 affermava, all'articolo 7, che "*la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*"; la legge 20-25 settembre 1792

---

Alessandro Manzoni, cercano di contrarre innanzi ai testimoni e al Don Abbondio, il quale però interrompe la formula e si mette in fuga, impedendo la celebrazione del rito; v. poi DORSI – RAUSA, *Storia dell'opera italiana*, 2000, 216, ove si evidenzia che la produzione teatrale del tempo ha spesso ad oggetto il tema del matrimonio segreto notturno: *The clandestine Marriage* di George Colman e David Garrick del 1766, *Sophie ou le mariage caché* di Marie Jeanne Riccoboni del 1768, e *Il matrimonio segreto* di Domenico Cimarosa del 1792.

<sup>45</sup> JEMOLO, *op. cit.*, 244-260; BELLABARBA, *I processi per adulterio nell'Archivio Diocesano Tridentino (XVII-XVIII secolo)*, in *Trasgressioni, cit.*, 214-216.

<sup>46</sup> DI SIMPLICIO, *Peccato, penitenza, perdono. Siena 1575-1800: la formazione della coscienza nell'Italia moderna*, 1994, 183-202, dà conto che a Siena si denunciarono 291 coppie di concubini tra il 1604 e il 1628, 78 tra il 1629 e il 1653, solo 21 nei 120 anni successivi, tra il 1654 e il 1773. Questo andamento in parte forse riflette lo zelo iniziale di chi deve imporre le nuove regole, nonché la presenza, nella prima fase, di unioni che nella situazione precedente sarebbero state considerate veri matrimoni; LUPERINI, *Il gioco dello scandalo. Concubinato, tribunali e comunità nella diocesi di Pisa (1597)*, in *Trasgressioni, cit.*, 383-397; PLEBANI, *Matrimoni segreti a Venezia tra XVII e XVIII secolo*, in *La justice des familles: autor de la transmission des biens, des savoirs et des pouvoirs (Europe, nouveau monde, XIIe-XIXe siècles)*, a cura di Chabot e Bellavitis, 2011, 82, dà conto che sovente, nelle richieste, si afferma che il vicinato crede la coppia regolarmente sposata, e che la consueta pubblicizzazione del matrimonio andrebbe a smentire tale opinione pubblica, provocando mormorazione.

<sup>47</sup> PLEBANI, *op. loc. ult. cit.*; JEMOLO, *op. cit.*, 254.

secolarizzava gli atti dello stato civile, sino ad allora tenuti dal clero cattolico, e sul matrimonio, ribadendo il predetto principio costituzionale, affermava che “*La constitution appelle le mariage un contrat civil*”, e “*ses bases tiennent uniquement au droit civil et naturel et il faut bien se garder de confondre le contrat et le sacrement. Le mariage n’est donc qu’un contrat civil, et, si c’est contrat, c’est la à la puissance seculière d’en régler les formes*”. Se la laicizzazione del matrimonio non valeva ad escluderne il valore religioso, non di meno, il solo matrimonio produttivo di conseguenze giuridiche era il matrimonio civile, disciplinato dalla legge della Repubblica. La stessa legge introduceva infine il divorzio, anche per mutuo consenso: in ossequio all'affermata natura contrattuale del matrimonio, esso, come ogni contratto, poteva risolversi per mutuo dissenso dei contraenti, lungi dall'essere un vincolo indissolubile. La legge del 2 novembre 1793 sanciva l'uguaglianza del figlio naturale con il figlio legittimo, ammettendo i primi (se non adulterini) alla successione dei genitori, la piena efficacia dell'adozione, la patria potestà condivisa da padre e madre (seppur controllata dalla giustizia), la comunione dei beni generalizzata e l'amministrazione comune dei beni familiari da parte dei coniugi<sup>48</sup>.

La Rivoluzione aveva sospinto i sentimenti antiautoritari covati per due lunghi secoli: venivano per la prima volta affermate e codificate l'emancipazione della donna, l'autodeterminazione degli individui, l'adozione di regole democratiche per il governo della famiglia.

L'ascesa di Napoleone travolse gran parte delle storiche conquiste rivoluzionarie. L'idea, cara all'Imperatore, era quella di una famiglia forte in un forte Stato; mentre la legislazione rivoluzionaria aveva voluto fare della famiglia un'istituzione libera, per i compilatori del *code civil*<sup>49</sup> del 1804, essa doveva tornare ad essere un pilastro della società, e riacquistare una rigida tipicità<sup>50</sup> e i connotati autoritari del passato. In particolare, il

---

<sup>48</sup> UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1952)*, 1974, 98.

<sup>49</sup> In generale, sui principi alla base della codificazione napoleonica, v. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, 2015; CAPPELLINI, *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, 2002; CAVANNA, *Storia del Diritto Moderno in Europa*, II, 2005; GAMBARO - SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2008; VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, 2003; VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, I, 2004

<sup>50</sup> SBISÀ, *Ragioni storico-politiche della tutela esclusiva della famiglia legittima. Profili costituzionali dell'equiparazione tra figli legittimi e naturali, della ricerca della paternità e dell'intervento del giudice nel governo*

marito-padre doveva tornare ad essere il titolare unico del potere, e il *code civil* ricostituì in ampia parte l'antico dispotismo paterno<sup>51</sup>: il potere penale, correttivo e repressivo sui figli era assoluto, nel *code civil*, fino al sedicesimo anno di età del figlio, ed era condiviso con il giudice minorile dai sedici anni fino alla maggiore età: in concreto, egli poteva addirittura sollecitare l'arresto e la detenzione in carcere dei figli in caso di cattiva condotta, e nessuna norma sanzionava l'abuso, da parte del padre, del proprio potere correttivo<sup>52</sup>.

All'educazione della prole concorreva anche la madre, ma in caso di disaccordo sull'educazione dei figli, il parere del marito era sempre quello prevalente. I figli non potevano lasciare la casa paterna o viaggiare senza la sua autorizzazione; per coniugarsi, anche compiuta la maggiore età, essi dovevano ancora chiedere, per i cinque anni successivi e a mezzo di un atto rispettoso e formale, il *placet* del padre; in mancanza di consenso, la richiesta andava fatta per altre due volte, a distanza di un mese l'una dall'altra, e solo alla terza richiesta, la libertà di matrimonio diventava piena ed assoluta. Il mancato rispetto della procedura poteva essere fatta valere dal padre quale causa di nullità del matrimonio.

Quanto alle donne, il *code civil* le considerava affette da debolezza fisica e intellettuale, e perciò sempre sottomesse ad un tutore, prima il padre, poi il marito. La donna maggiore d'età non sposata vedeva ridotti i propri diritti civili (in taluni casi la sua testimonianza non aveva alcun valore legale), e la sua ineguaglianza con l'uomo diveniva lampante proprio nella legislazione familiare: se la Rivoluzione aveva considerato il regime della comunione legale dei beni tra i coniugi come l'unico possibile, essendo la famiglia una repubblica caratterizzata dalla parità dei diritti, per il *code civil* i diritti patrimoniali della donna erano sottoposti al controllo del marito, che li amministrava e doveva prestare il proprio consenso agli atti di disposizione. La moglie doveva seguire il marito ovunque egli avesse posto la sua residenza, pena l'incriminazione per il reato di abbandono. L'adulterio del marito costituiva causa legittima di divorzio solo se costui

---

della famiglia, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, 1986, 247-248.

<sup>51</sup> UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1952)*, 1974, 98.

<sup>52</sup> SCHWARZENBERGER, voce *Patria potestà (diritto intermedio)*, in *Encicl. Dir.*, XXII, 1962, 252-253.



avesse dato pubblico scandalo portandosi in casa l'amante, mentre quello della moglie era in tutti i casi causa legittima di divorzio. Mentre il marito adultero e pubblico concubino era tenuto al solo pagamento di un'ammenda, la donna adultera doveva subire la reclusione in una casa di correzione, per un periodo che andava da tre mesi a due anni. Inoltre, il codice napoleonico ammetteva la figura del delitto d'onore, compiuto dal marito tradito.

Il divorzio, caposaldo del liberalismo rivoluzionario<sup>53</sup>, fu visto con sfavore, in quanto istituto pericoloso per la stabilità familiare, e tramutato da diritto a rimedio limitato a tre sole fattispecie, rigidamente tipizzate: l'adulterio (con le precisazioni di cui in precedenza), la condanna a pena afflittiva o infamante, le sevizie o l'ingiuria grave. Rigida anche la procedura: poteva essere chiesto solo dopo due anni di matrimonio, e non oltre i vent'anni dall'istituzione del vincolo. Non potevano domandarlo gli uomini minori di venticinque anni, e le donne minori di ventuno e con più di quarantacinque anni. Al consenso dei coniugi, doveva aggiungersi il consenso dei genitori o degli ascendenti di entrambi gli sposi, e il consenso dei coniugi doveva essere confermato per quattro volte nell'anno. Infine, i divorziati potevano contrarre un nuovo matrimonio solo dopo tre anni dal divorzio, con l'obbligo di riservare ai figli la metà dei beni familiari.

La famiglia legittima, nello scacchiere napoleonico, rappresentava uno strumento di controllo politico, poiché sostituiva a un potere diffuso tra gli individui, un potere concentrato e incanalato in un modello sociale gerarchizzato e verticistico. Non tutte le aperture liberali della Rivoluzione si persero: il matrimonio rimase, sotto il vigore del *code civil*, un istituto di esclusiva competenza del diritto civile, in quanto contratto; restò la parificazione tra figli legittimi maschi e femmine, anche nel diritto successorio; restarono alcuni dei limitati diritti riconosciuti ai figli naturali<sup>54</sup>; la fine della sottoposizione alla *patria potestas* rimaneva fissata al compimento del ventunesimo anno d'età. La famiglia era laica, emancipata da antiche regole consuetudinarie, divenute, con la codificazione,

---

<sup>53</sup> UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1952)*, 1974, 98.

<sup>54</sup> Pur non potendo essere riconosciuti dal padre se questi, al momento del concepimento, era marito legittimo di una donna che non fosse la di loro madre, ad essi spettava un terzo della quota spettante ai figli legittimi, chiamati, con essi, alla successione (in assenza di concorso la quota era più alta).

retaggio del passato e non più vincolanti.

Le unioni tra soggetti non uniti in matrimonio, certamente compatibili con lo spirito liberale della Rivoluzione, non interessarono il legislatore napoleonico<sup>55</sup>: convivere senza matrimonio costituiva una scelta legittima, seppur priva di riconoscimento, conseguenze e tutele giuridiche; l'importanza politica, sociale e giuridica della famiglia legittima, all'interno dell'architettura napoleonica, giustificava il disinteresse per qualsiasi altra forme di organizzazione familiare<sup>56</sup>. I limitati diritti riconosciuti ai figli naturali non incestuosi erano diritti individuali, residuati dalla Rivoluzione, e non erano in nessun modo legati a un qualche interesse per la famiglia non fondata sul matrimonio.

La convivenza restava invece un fatto deprecabile per la Chiesa, che criticò anche per questo le aperture rivoluzionarie.

Le conquiste napoleoniche portarono all'introduzione del codice napoleonico anche negli Stati italiani preunitari<sup>57</sup>; alla caduta di Napoleone, furono dapprima ripristinate le antiche leggi, e, successivamente, si procedette, alla formulazione di codici sul modello del *code civil*<sup>58</sup>: i governi restaurati recepirono ampiamente le norme napoleoniche sulle attività economiche, sui contratti e sul diritto di proprietà: la sintesi tra i principi liberali della Rivoluzione Francese, e la tradizione giuridica europea, fondata sul sistema del diritto romano comune, furono alla base del successo e della diffusione di quel modello di

---

<sup>55</sup> RODIERE, *Le ménage de fait devant la loi française*, in *Les situations de fait, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, 1960, XI, 56, riferisce di un celebre aforisma napoleonico: “*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*”. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di Patti e Cubeddu, 2011, 686, ritiene che il disinteresse napoleonico, se non altro a livello verbale, si sia conservato nel linguaggio del legislatore francese il quale, nell'introdurre, con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999, la disciplina del patto civile di solidarietà, chiude la novella con l'art. 515-8 del *code civil* che seguita a definire “concubinato” l'unione tra soggetti che rifiutano (anche) questa forma riconoscimento e continuano a radicare la loro unione nel mero fatto.

<sup>56</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 24-25, nota tuttavia che l'indifferenza della codificazione per la convivenza è in realtà un punto d'arrivo: un legislatore laico guarda con distacco un istituto reputato immorale per molti secoli.

<sup>57</sup> In argomento, GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, 2007, 223 e ss.; CORTESE, *Per la storia del Regno delle Due Sicilie dal 1815 al 1820 in Il Mezzogiorno ed il Risorgimento italiano*, 1965, 324 ss.; ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli Stati sabaudi in Storia del Piemonte*, vol. I, 1969, 538 ss.; ID., *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, in *Annali di Storia del diritto XIV – XVII*, 1970-1973, 58 e ss.

<sup>58</sup> In argomento, GHISALBERTI, *op. ult. cit.*, 230 e ss.; CORTESE, *op. cit.*, 324 ss.; ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli Stati sabaudi in Storia del Piemonte*, vol. I, 1969, 538 ss.; ID., *Il Code Napoléon, cit.*, 58 e ss.

codice<sup>59</sup>. Ma sul fronte del diritto di famiglia e delle successioni, l'opposizione ai principi laici e moderatamente liberali di quel codice fu invece radicale: si ebbe infatti una inflessibile reazione moraleggiante in tutti gli Stati preunitari<sup>60</sup>, che azzerò il matrimonio civile e il divorzio, accentuò la posizione di inferiorità della donna nei rapporti tra coniugi e in ordine alla titolarità e all'esercizio della potestà sui figli, la riduzione dei figli stessi in uno stato di più pesante soggezione nei confronti del padre, l'innalzamento dell'età di cessazione della *patria potestas*<sup>61</sup>.

Il codice civile Pisanelli del 1865, attenuò in parte il rigore del suo illustre predecessore in tema di diritto di famiglia<sup>62</sup>: limitò l'arbitrio del padre nell'esercizio dei suoi poteri correttivi e punitivi verso i figli, e attribuì la titolarità della potestà anche alla madre dei minori, seppur nel solo caso di morte o di impedimento fattuale o giuridico del padre, altrimenti titolare esercizio esclusivo della potestà stessa.

Il codice confermò i limitati diritti civili dei figli naturali, ma anche il divieto di riconoscerli da parte del padre che fosse coniugato con altri al momento del concepimento. Confermò inoltre la necessaria autorizzazione del marito per gli atti di disposizione dei beni di proprietà della moglie, nonché il carcere per la donna adultera<sup>63</sup>.

Così come il codice napoleonico, anche il codice del 1865 ignorò del tutto ogni organizzazione familiare non fondata sul matrimonio<sup>64</sup>: il legislatore post-unitario condivideva con quello napoleonico l'interesse ad inquadrare gli individui in quella

---

<sup>59</sup> ASTUTI, *op. ult. cit.*, 5. e ss.

<sup>60</sup> SCHWARZENBERGER, *op. loc. ult. cit.*; UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia*, 1970, 134.

<sup>61</sup> UNGARI, *ibidem*, precisa che la patria potestà cessava a venticinque anni secondo il codice borbonico; a trenta per i maschi e a quaranta per le femmine nel granducato di Toscana (ma con il *motu proprio* del 1838 cesserà ai trenta); addirittura solo alla morte del padre nelle leggi di Carlo Felice per la Sardegna, così come poi nel codice albertino, e ciò anche se il figlio si fosse sposato generando prole: su di essa, la patria potestà spettava all'avo, se non fosse intervenuta emancipazione per atto formale.

<sup>62</sup> UNGARI, *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967, 118 e ss.; CORRADINI, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento in Il diritto privato nell'età moderna. Saggi a cura di Rodotà*, 1971, 56 e ss.; BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, 1980, 18 e ss.; GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, 1985, 90 e ss.

<sup>63</sup> La sanzione era prevista nel codice penale, e fu trasposta nell'art. 559 del successivo codice Rocco del 1930: la donna adultera e il suo correo erano punibili con la reclusione fino a due anni.

<sup>64</sup> VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, 1932, 20-21: "Il nostro codice civile non dà alcun valore al concubinato *more uxorio* (...). Siffatta convivenza non produce di per sé effetti rispetto ai conviventi, né produce effetto rispetto alla prole che eventualmente si generi in codesta convivenza".

società, rigida e gerarchizzata, che era la famiglia legittima, “contratta nelle forme volute dalla legge<sup>65</sup>”. Tanto bastò ad escludere ogni altra organizzazione familiare dalla codificazione<sup>66</sup>; con tale inquadramento, il legislatore delegava la funzione educativa e correttiva delle nuove generazioni, infondeva le sue regole morali di buona condotta, preveniva la diffusione di ideali rivoluzionari e potenzialmente pericolosi per la stabilità del giovane e fragile Regno d'Italia.

Il matrimonio “forte” e la simmetrica debolezza delle altre forme di organizzazione familiare caratterizzò pure il codice civile del 1942, ove tutta via la convivenza assume un suo volume iniziale: l'abrogato art. 269 n. 1 cod. civ., prevedeva la dichiarazione giudiziale di paternità quando la madre e il presunto padre avessero notoriamente convissuto come coniugi al tempo del concepimento<sup>67</sup>, e il diritto successorio riconosceva anche ai figli naturali lo *status* di eredi legittimari (art. 536 cod. civ.).

Venne infine la Costituzione Repubblicana, la quale si pronunciò in maniera “non effimera<sup>68</sup>” sul tema della famiglia, a partire dall'art. 29: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”, la norma sulla quale si è costruito il vivace dibattito dottrinale di cui si darà conto successivamente.

Il vigore della Costituzione impiegò del tempo a dispiegare i suoi effetti: nei primi anni della Repubblica, la famiglia legittima mantenne i suoi connotati storici e la sua struttura verticistica; del resto, una priorità del Dopoguerra fu quella di ricostruire la società civile, dilaniata al suo interno da conflitti e divisioni radicali, più che di liberalizzarla. E in quest'ottica, un istituto altamente tradizionale e collaudato come la famiglia legittima tornava più che utile: le sue regole rigide, gerarchiche e verticistiche, erano il primo codice al quale uniformarsi. Lo Stato, una volta di più, delegava al padre di famiglia la funzione di educare le nuove generazioni secondo i principi e la morale imposti dallo Stato stesso, reprimendo spinte ed eccessi eversivi, e la famiglia era ancora la prima

---

<sup>65</sup> Con esclusione, fino alla stipula del Concordato, anche dei matrimoni celebrati secondo il solo rito ecclesiastico.

<sup>66</sup> Sulle differenze tra il matrimonio napoleonico e quello di cui al cod. Civ. 1865, MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, 107.

<sup>67</sup> JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, II, 398-408.

<sup>68</sup> Il corsivo è di MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 70.

sentinella dell'ordine pubblico, strumento di pacificazione della società.

E non è allora un caso che la famiglia legittima disegnata dal codice civile del 1942 non subì, con l'avvento della Repubblica, modifiche strutturali, ma anzi, conservò a lungo l'impostazione codicistica<sup>69</sup>, nonostante i contrasti concettuali che tale impostazione evidenziava, rispetto ai principi di uguaglianza e di parità (dei genitori, dei sessi, dei figli) che si affermavano nelle righe della Costituzione repubblicana del 1948 (artt. 3, 29 e 30 Cost.)<sup>70</sup>. Allo stesso tempo però, l'inquadramento della famiglia tradizionale nella rassicurante cornice del matrimonio cattolico, contribuiva a sbiadirne la organizzazione verticistica, e a dare della stessa una immagine positiva, in quanto istituto caratterizzato da solidarietà, parità di diritti, desiderabilità sociale: la dottrina ha sottolineato l'influenza, in questa linea conservatrice, della Chiesa cattolica, con la sua visione del matrimonio e la riconferma della tradizione cristiana in materia di vita familiare<sup>71</sup>.

Il valore giuridico aggiunto della famiglia legittima risiedeva nella suo essere stabile ed irreversibile: la Corte Costituzionale, fin dagli albori della sua produzione giurisprudenziale, ha sottolineato la stabilità dell'unione matrimoniale, in antitesi alla precarietà delle diverse forme di vita familiare, le quali, basate su un consenso mai sancito formalmente e pubblicamente, possono venir meno in qualsiasi momento<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, 1957, 223 e ss.: "Noi giuristi diciamo famiglia, e constatiamo con un po' di sorpresa che il nostro codice non la definisce. La nostra Costituzione vi ha dedicato tre articoli, di carattere eminentemente programmatico (...). Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare: che è una delle tante affermazioni della Costituzione che restano sterili per un rinvio a leggi di là da venire"; CARDIA, *Famiglia e diritto negli anni '30-'50*, 1999, 863 e ss..

<sup>70</sup> L'illegittimità delle norme del codice civile rispetto al nuovo dettato costituzionale fu oggetto di numerose pronunce della Corte Costituzionale: C. Cost. 28 novembre 1961, n. 64; C. Cost. 22 febbraio 1964, n.9; C. Cost. 15 dicembre 1967, n. 143; C. Cost. 19 dicembre 1968, n. 127; C. Cost. 3 dicembre 1969, n. 147; in dottrina da subito DEL GIUDICE, *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nel matrimonio e unità familiare*, in *Jus*, 1950, 300; SANTORO-PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, in *Iustitia*, 1953; NICOLO', *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1960, II, 3-18; GIORGIANNI, *Problemi di diritto familiare*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1956, 783-796.

<sup>71</sup> PARADISO, *La comunità familiare*, 1984, 24.

<sup>72</sup> C. Cost. 15 luglio 1976 n. 179, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2035 ; C. Cost. 12 gennaio 1977 n. 6, in *Giust. Civ.*, 1977, I, 29 e ss.; C. Cost. 18 novembre 1986 n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353 : "La convivenza di fatto, si assume, rivestirebbe oggettivamente connotazioni identiche a quelle scaturenti dal vincolo matrimoniale: e dunque una diversità di garanzie - o addirittura l'assenza di queste - verrebbe a vulnerare il principio di uguaglianza. Orbene, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi, in passato, sul merito della situazione di convivenza *more uxorio* anche nei termini del confronto sopra descritti. E, in punto specifico, ebbe già a rilevarsi la inapprezzabilità del rapporto di fatto poiché privo esso delle caratteristiche di certezza e di

## 2. Sociologia della famiglia fondata sul matrimonio: obsolescenza di un simbolo?

Una meditata riflessione sociologica porta a sottolineare come l'abbandono del matrimonio sia diretta conseguenza della crisi della famiglia su di esso fondata: una crisi dalle radici profonde e complesse, a lungo analizzate dalla dottrina sociologica, da ricercarsi nelle modificazioni funzionali e strutturali in essa, prodotte specialmente a partire dal secondo Dopoguerra<sup>73</sup>.

Per quanto attiene ai mutamenti funzionali, il passaggio da una società agricola ad una prevalentemente industriale e con ampio sviluppo del settore terziario<sup>74</sup> si è risolto nella "perdita delle funzioni politiche ed economiche della famiglia", trasformando il nucleo familiare da "azienda di produzione e consumo ad azienda di semplice consumo"<sup>75</sup>, essendosi progressivamente estinta in essa ogni funzione, religiosa, culturale e politica<sup>76</sup>.

---

stabilità, proprie della famiglia legittima, osservandosi - tra l'altro - che la coabitazione può venire a cessare unilateralmente e in qualsivoglia momento (sentenza n. 45 del 1980). Va poi ricordato, per completezza, come non avesse mancato la Corte, peraltro, di porre l'accento (sentenza n. 6 del 1977) sulla opportunità di una valutazione legislativa degli interessi dedotti, carenti, allo stato, di tutela positiva"; C. Cost., 14 aprile 1980, n. 45 in *Foro It.*, 1980, I, 1565; C. Cost. 20 dicembre 1989 n. 599, in *Riv.dir. Civ.*, 1991, 88; C. Cost. 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, I, c. 446, secondo cui "l'art. 29 Cost., pur non negando dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono solo dal matrimonio"; C. Cost., 18 gennaio 1996 n. 8, in *Famiglia e diritto*, 1996, 107; C. Cost. 16 maggio 1998, n. 166, in *Famiglia e diritto*, 1998, 205; C. Cost., 3 novembre 2000, n. 461, in *Giur. Cost.*, 2000, 6. In dottrina STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1965, 1123; BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, 1989, 130; TRABUCCHI, *E così, la famiglia conserva ancora un suo valore nell'ordine civile!*, in *Riv. dir. civ.*, II, 234-240.

<sup>73</sup> Sui cambiamenti cui nel secolo scorso e in quello attuale è stato sottoposto il nucleo familiare, l'alterazione progressiva della sua fisionomia strutturale e funzionale, e l'emergere di nuovi interessi al suo interno, v. per tutti, ARDIGO', *Sociologia della famiglia*, in *Questioni di sociologia*, vol. I, 1966, 581-680; CERRONI, *Famiglia e società*, in *La libertà dei moderni*, 1968, 256 e ss.; ID., *La società industriale e le trasformazioni della famiglia*, in *Studi sassaresi*, II, *Famiglia e società sarda*, 1971, 13 e ss.; KONIG, voce *Famiglia*, in *Sociologia dell'Enciclopedia Feltrinelli-Fischer*, 1974, 137 e ss.; BURGALASSI, *La famiglia nella storia della sociologia della famiglia*, a cura di Burgalassi, 1974, 9 e ss.; MANOUKIAN, *La famiglia tra continuità e mutamento*, in *Relazioni sociali*, 1978, 15 e ss. Sotto il profilo più strettamente giuridico, UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia*, 1970; VISMARA, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, 1975; ID., *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici. Appunti*, 1978.

<sup>74</sup> Sul punto, ARDIGO', *op. cit.*, 590 e ss.

<sup>75</sup> Corsivi di DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, 1962, 219.

<sup>76</sup> CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma*

Per quanto invece attiene ai mutamenti strutturali, l'accentuata mobilità delle persone al seguito delle espansioni industriali e della dislocazione dei luoghi di lavoro ha veicolato il passaggio dalla famiglia patriarcale alla c.d. "famiglia nucleare", producendo l'allentamento dei vincoli affettivi e solidaristici, e la recisione dei rapporti gerarchici ed autoritativi che prima legavano i membri del gruppo familiare<sup>77</sup>.

All'interno del nucleo familiare si è verificato un processo di progressiva democratizzazione dei rapporti tra i coniugi, e tra genitori e figli, che hanno portato all'instaurazione di relazioni paritetiche, fondate sull'accordo più che sull'autorità<sup>78</sup>: causa ed effetto della emancipazione della donna, e della più precoce autonomia della prole, entrambe ormai in grado di raggiungere da sole l'indipendenza economica e culturale<sup>79</sup>. Il risultato di tutto questo mutamento è la sostituzione del tradizionale gruppo familiare, portatore di funzioni sociali ed economiche, con un modello di famiglia ridotto a funzioni più essenziali: riproduzione della specie, educazione e sviluppo degli individui, sostegno affettivo e solidale<sup>80</sup>; un gruppo non più stabilito su regole ferree e su una rigida gerarchia, ma interiorizzato e privatizzato<sup>81</sup>, basato sulla armonia dei sentimenti dei suoi componenti

---

*del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, I, 2, 1977, 72: "Persino nel campo educativo e formativo la funzione della famiglia appare oggi limitata alla cosiddetta socializzazione primaria del bambino, mentre le sfugge quasi completamente il compito dell'inserimento dell'individuo negli organismi sociali maggiori". La progressiva perdita delle funzioni politiche della famiglia è enunciata altresì da BELLOMO, voce *Famiglia (diritto intermedio)*, in *Encicl. Dir.*, XVI, 1967, 768 e ss.; D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, 2001, 5, precisa che, pur in mancanza di una esplicita attribuzione di compiti politici, una residua influenza stabilizzatrice viene comunque svolta dalla famiglia per il fatto stesso che l'educazione familiare tende a trasmettere ai figli la cultura dei genitori e, con essa, la tradizione di certi valori morali e politici; nello stesso senso, BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 1989, 7.

<sup>77</sup> Analizza il rapporto tra lo sviluppo della società industriale e capitalista, e la riduzione dimensionale della famiglia, CERRONI, *La società industriale e le trasformazioni della famiglia*, cit., 13-27. *Contra*, nel senso che la restrizione del nucleo familiare sia fenomeno slegato dal mutamento economico della società, GOODE, *Famiglia e trasformazioni sociali*, 1982, *passim*.

<sup>78</sup> CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 4a ed., 1979, 146 e ss.; HORKHEIMER, *Parte generale*, in *Studi sull'autorità e la famiglia*, 1974, 81.

<sup>79</sup> ARDIGO', *Emancipazione femminile ed urbanesimo*, 1974, *passim*; CERRONI, *Il rapporto uomo-donna nella società borghese*, 1975, 18 e ss.

<sup>80</sup> Così già CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, 1975, 48 e ss.; SARACENO, *Anatomia della famiglia. Strutture sociali e forme familiari*, 1977, 54 e ss.

<sup>81</sup> Questo aspetto della famiglia moderna è, a parere della dottrina sociologica, tipico di tutte le società industrializzate: così ARDIGO', *Sociologia della famiglia*, cit., 580 e ss., e 634-637; GOODE, *op. loc. ult. cit.*; DONATI, *Le famiglie di fatto come realtà e come problema sociale oggi in Italia*, in *Iustitia*, 1990, 239, parla di "famiglia autopoietica", ossia famiglia che "genera da se le proprie strutture" e si fa norma di sé stessa.

e sulla loro riconferma quotidiana<sup>82</sup>, ma anche esposto al rischio di rottura, in caso di crisi di tale armonia. Una sorta di “affermazione dell'autonomia negoziale privata<sup>83</sup>” nel diritto di famiglia: l'accordo è lo strumento unico della gestione familiare; gestione dalla quale è espulsa qualsiasi ingerenza del potere pubblico, divenuto un estraneo rispetto al *ménage* familiare<sup>84</sup>.

Sul piano legislativo, un adeguamento ai principi costituzionali si è avuto in più tappe, la prima delle quali è senz'altro la riforma del diritto di famiglia introdotta dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, che ha smantellato la struttura gerarchica della famiglia istituzionalizzata nel codice civile del 1942, al fine di dare attuazione ai principi costituzionali di eguaglianza tra i coniugi nei rapporti personali e patrimoniali, e nei rapporti coi figli (art. 29, comma secondo Cost.; artt. 143 e ss., 159 e ss., 316, 320, 324 cod. civ.), e di parificazione quasi totale dei figli legittimi e naturali, divenuta poi totale solo cinque anni fa, a seguito della l. 10 dicembre 2012 n. 219, e del successivo decreto legislativo n. 154 del 2013.

A ciò si aggiunga l'affievolimento della stabilità del vincolo matrimoniale veicolata da due coeve introduzioni legislative: il divorzio<sup>85</sup>, e la liberalizzazione della separazione,

---

<sup>82</sup> Sotto il profilo giuridico, il superamento della famiglia istituzionale è trattato, in generale, da MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 1-14; RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, 109-117; MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in *Stare insieme*, a cura di Marella e Grillini, 2001, 3-50.

<sup>83</sup> RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 110

<sup>84</sup> FORTINO, *Verso una nuova “privatizzazione” della famiglia nella società globale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, 172; ZATTI, *Famiglia, Familiae – Declinazione di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 22 e ss.

<sup>85</sup> Per tutti, in questo senso, D'ANGELI, *op. ult. cit.*, 8; LIPARI, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, 1996, 8; HORKHEIMER, *L'autoritarismo e la famiglia d'oggi*, in *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, a cura di Manoukian, 1974, 313 e ss., ove si sottolinea come a seguito dell'introduzione del divorzio gli individui finiscono per essere intercambiabili nel matrimonio come nei contratti e nelle relazioni commerciali, a misura che un nuovo matrimonio può contrarsi se prometta di funzionare meglio di quello in essere; CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, I, 2, 1977, 74, per il quale l'introduzione del divorzio sembra avere introdotto nell'ordinamento il principio dello scioglimento del vincolo per volontà unilaterale. Considerazioni rese ancor più attuali dalla recente introduzione del c.d. divorzio breve, a seguito dell'approvazione della l. 6 maggio 2015, n. 55. *Contra*, RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Milano, 1976, 3 e ss., per il quale l'istituto del divorzio esalterebbe la spontaneità degli affetti, la cui forza prescinderebbe del tutto, con l'introduzione del divorzio, dalle costrizioni formali.



che portano alla considerazione che la sopravvivenza del rapporto coniugale è affidata alla sola volontà individuale e agli interessi dei coniugi<sup>86</sup>, e che la stessa superiorità morale del matrimonio nei confronti di altre forme di convivenza familiare “libere<sup>87</sup>”, non è più una certezza<sup>88</sup>.

Per altro verso, non si può nascondere che la democratizzazione della famiglia nucleare ha fatto sì che i rapporti tra coniugi, e quelli tra coniugi e figli, abbiano assunto una dimensione più spontanea, autentica e solidale, e la perdita della funzione politica della famiglia ne abbia normalizzato il rapporto con le altre comunità familiari e civili, a tutto vantaggio degli individui, più liberi e meno costretti nella esplicazione della loro personalità<sup>89</sup>: il che costituisce, in astratto, una sicura conquista liberale<sup>90</sup>.

Inoltre, la nuova famiglia “democratizzata” costituirebbe un rifugio sicuro, forse il solo, dai pericoli di una società segnata da una crisi complessiva di valori e da forti spinte prevaricatrici: in un nucleo familiare più solidale e meno rigido, l'individuo può sperimentare e vivere una reale esperienza di libertà e di uguaglianza. In questa prospettiva, la famiglia può costituire un punto di riferimento certo, in cui si articolano il pubblico e il privato, in cui si congiungono una certa vita sociale e una certa vita intima<sup>91</sup>.

Può allora ipotizzarsi che l'abbandono del matrimonio altro non è che l'abbandono di un modello familiare percepito come antico, rigido, gerarchizzato, poco funzionale alla società attuale, liquida e mutevole, ma anche dura e sclerotizzata, il cui necessario temperamento è un nucleo familiare solidale, equo, democratico, privo di asprezze. È perciò probabile che il matrimonio, visto come il simbolo su cui si fonda un modello obsoleto di società, viene per primo, oggi, guardato con sospetto, ed abbandonato,

---

<sup>86</sup> Così già CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I, 105-106, ove si ritiene che la svalutazione della famiglia fondata sul matrimonio, operata dal legislatore degli anni Settanta, non sarebbe conforme alla mentalità e al costume italiani. Più recentemente, D'ANGELI, *op. cit.*, 9. *Contra*, BESSONE – ALPA – D'ANGELO – FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, 2a ed., 1980, 1 e ss.; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979, *passim*.

<sup>87</sup> LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, 1978, 20 e ss.

<sup>88</sup> D'ANGELI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>89</sup> DONATI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>90</sup> ARDIGO', *op. loc. ult. cit.*; GOODE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>91</sup> D'ANGELI, *op. cit.*, 10.

condannato alla medesima obsolescenza<sup>92</sup>; e questo anche, per paradosso, ad opera delle generazioni cresciute nella famiglia legittima e istruite con gli insegnamenti del credo cattolico.

Usare la parola “matrimonio” ha assunto un sapore terribilmente *retrò*, a causa di un tramutamento dell'uomo di oggi, il quale non si sente più sovrastato da qualcosa di eterno, è estraneo al proprio passato e confonde il presente col futuro, si reputa forte per via del progresso tecnologico, che lo illude di essere indipendente da tutto quel che non è liquido come il tempo in cui vive, costruisce a piacimento, anche servendosi del diritto, modelli di società basate sulle esigenze del momento.

Sarà poi compito della storia, in un futuro più o meno prossimo, quello di stabilire se la moderna famiglia “democratizzata” si sarà rivelata un modello adatto alle sfide del suo tempo (come, in buona sostanza, lo fu il modello precedente), oppure no.

La polverizzazione del modello familiare tradizionale si è accompagnato al radicamento di forme alternative di organizzazione della famiglia<sup>93</sup>, rimaste per lungo tempo prive di attenzione da parte del legislatore nazionale, competente *ratione materiae* ai sensi dell'art. 117, comma 2°, lett. i) della Costituzione, incapace, nel corso del tempo, di fare tesoro delle opinioni e degli spunti offerti dal mondo scientifico, dalla prassi e dalla giurisprudenza. Ciò in quanto ostaggio della contrapposizione tra le formazioni politiche, che della questione hanno sovente una questione identitaria, “di bandiera”, rifiutando ogni forma di compromesso e di riformismo. Non deve sorprendere perciò che l'abbondante produzione di progetti normativi non abbia prodotto, all'esito di decenni di dibattito, nessun risultato: si è trattato, spesso e volentieri, di testi demagogici, ispirati a ideali parziali e non condivisi, tecnicamente non funzionali, tutti condannati alla pietrificazione nel lunghissimo *iter* parlamentare.

---

<sup>92</sup> POCAR-RONFANI, *La convivenza: un'alternativa al matrimonio?*, in ID., *Coniugi senza matrimonio. La convivenza nella società contemporanea*, 1992, 185; DONATI, *Matrimonio e coppia; riflessioni sociologiche su una crisi*, in *La famiglia*, 112 (1985), 5-36.

<sup>93</sup> FORTINO, *op. ult. cit.*, 167, ove si afferma che non sia più possibile individuare un modello unitario di famiglia.

### 3. L'emersione della convivenza nei formanti del diritto contemporaneo.

#### 3.1 Le fonti sovraordinanti.

L'art. 12 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'uomo unisce testualmente il diritto di sposarsi e di formare una famiglia all'interno dello stesso precetto normativo; analogamente, l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo allo stesso modo lega il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, non dissimilmente da quanto fa la coeva Costituzione della Repubblica Italiana, che all'art. 29 lega "famiglia" e "matrimonio" in maniera solenne, quasi sacramentale: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

L'assoluta autorevolezza delle fonti in parola non deve lasciare adito a dubbi sul fatto che, all'epoca della loro formazione, il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia fossero come due facce della stessa medaglia.

Un diritto di fondare una famiglia puro e semplice, slegato dal vincolo matrimoniale, non può dirsi sia negato: l'art. 16 della Dichiarazione universale stabilisce che la famiglia "è il nucleo naturale e fondamentale della società ha diritto ad essere protetta dallo Stato"; la stessa Costituzione repubblicana riconosce diritti alla famiglia, senza distinzioni tra famiglia legittima e non (artt. 30, 31, 36 e 37 Cost.); e ancora, l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ove, nello stabilire il diritto al matrimonio "e" di fondare una famiglia, distingue, e non sovrappone i due concetti.

Insomma, nessuna delle fonti citate mette in dubbio che la costituzione di una famiglia sia prima di tutto il risultato di una serie di comportamenti fattuali: ma ciò non sembra sufficiente a dubitare che, a metà del secolo scorso, matrimonio e famiglia fossero concetti tendenzialmente inscindibili<sup>94</sup>.

Pur negando qualsiasi confusione tra lo *status* di coniugi e di conviventi, la giurisprudenza europea, per altro verso, ha sempre riconosciuto legittimità e tutela alla

---

<sup>94</sup> Commissione Europea, Rapp. 12 dicembre 1984 a *Rees c. Regno Unito*, in *Pubbl. Corte, Serie A*, n. 106, par. 54; TOSI, *Diritto al Matrimonio*, in *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, 2001, 374 e ss.

famiglia non fondata sul matrimonio, e ciò sulla base degli articoli 8 e 14 CEDU<sup>95</sup>, i quali rispettivamente riconoscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare, e il divieto di operare discriminazioni nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute ai cittadini.

L'art. 8 della CEDU, la cui finalità consiste nel proteggere la sfera privata del soggetto da ingerenze ingiustificate da parte dello Stato, contiene una previsione con la quale garantisce anche il profilo de "il rispetto della vita individuale e familiare". Il riferimento al concetto di "vita familiare" rappresenta l'indice di protezione del soggetto da ingiustificate interferenze dello Stato nazionale nello svolgimento delle relazioni familiari.

Il concetto, nel non fare rinvio ad un determinato modello familiare, porta con sé un interrogativo: se la garanzia dettata dall'art. 8 della CEDU possa abbracciare anche i modelli di relazione familiare che non coincidono con la famiglia fondata sul matrimonio.

Il momento storico in cui la norma viene formulata suggerisce l'idea che la garanzia per il "rispetto della vita familiare" fosse destinata a tutelare il soggetto all'interno del nucleo familiare che trova origine nella celebrazione del matrimonio: si tratta di un dato che può essere agevolmente dimostrato dalla lettura dei lavori preparatori della CEDU. E prova di ciò sia<sup>96</sup> che ancora molti anni dopo la redazione della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo affermava (con robusta dose di buon senso) che la stabilità del matrimonio fosse una esigenza essenziale in una società bene ordinata<sup>97</sup>.

Nemmeno l'introduzione, in taluni ordinamenti nazionali, di leggi e provvedimenti che riconoscevano i rapporti tra conviventi e davano ad essi tutele e diritti, ha mutato l'orientamento giurisprudenziale comunitario: il termine "matrimonio", secondo la

---

<sup>95</sup> Corte EDU, 19 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in *Riv. Dir. Int.*, 1980, 233 e ss.; Corte EDU, 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, in *Corr. Giur.*, 2000, 69 ss.; per una disamina della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto, v. UCCELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in *Giur. it.*, 1997, pt. IV, coll. 125 e ss.

<sup>96</sup> Corte Giust. Com. Eur., 17 aprile 1986, *Reed c. Paesi bassi*, in *Racc.*, 1986, 1283 e ss., ove si afferma che i conviventi non possono essere in alcun caso equiparati a i coniugi; Corte Giust. Com. Eur., 13 febbraio 1985, *Diatta c. Land Berlin*, in *Racc.*, 1985, 567 e ss., ove si afferma che solo con il matrimonio si crea (e solo col divorzio si estingue) lo *status* di familiare ed i diritti ad esso connessi.

<sup>97</sup> Corte EDU, 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1995, 65 e ss., ove si afferma che la mancata previsione del divorzio in una normativa nazionale non viola l'art. 12 CEDU.

definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione di persone di sesso diverso<sup>98</sup>, e la parziale equiparazione di un'unione di fatto alla famiglia legittima, operata da alcuni Stati membri, non può avere come conseguenza di ricomprendere nella nozione di coniuge, "per via semplicemente interpretativa", persone soggette ad un diverso regime<sup>99</sup>.

L'applicazione dell'art. 8 CEDU non è rimasta immutata nel tempo, ma si è espansa fino a tutelare anche le relazioni di natura familiare che non trovano origine all'interno del matrimonio: particolare attenzione è stata rivolta alla convivenza omosessuale<sup>100</sup>. La norma viene anche applicata al fine di migliorare il trattamento giuridico dei figli naturali riservato dagli ordinamenti nazionali, sia in ordine alla relazione educativa con i genitori naturali sia rispetto al loro accesso ai diritti di contenuto patrimoniale, negli ordinamenti nazionali. Nel realizzare questa tutela, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo opera un'interpretazione dell'art. 8 nel senso di non ricavarne soltanto i limiti dell'intervento dello Stato nell'ambito delle relazioni familiari, ma anche fondando su di essa un obbligo positivo, da parte degli ordinamenti nazionali, d'intervenire al fine di favorire lo svolgimento delle relazioni tra soggetti uniti da un rapporto di filiazione naturale<sup>101</sup>.

Il nuovo orientamento si manifesta però con qualche incertezza, in ragione delle cautele adottate dalla Corte, la quale si premura costantemente di non valicare i limiti delle prerogative del legislatore nazionale<sup>102</sup>, al punto che una netta e determinata apertura

---

<sup>98</sup> Corte EDU, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, in *Riv. Dir. Int.*, 1987, 735 e ss.; Corte EDU, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1991, 193 e ss..

<sup>99</sup> Corte Giust. Com. Eur., 31 maggio 2001, *D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione Europea*, in *Racc.*, 2001, I-4319 e ss.; Corte Giust. Com. Eur., 17 febbraio 1998, *Grant c. South West Train Ltd*, in *Racc.*, 1998, pp. I-621 ss., in cui si parla di "matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico diverso". Tali pronunce risultano ancora più significative in quanto coeve o successive alla promulgazione Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.. In argomento si vedano anche MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Iustitia*, 2008, 135 e ss.; ALONSO PEREZ, "Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. *Rassegna della legislazione europea*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2003, 343 e ss.; PANNARALE, *Le regole dell'amore. Famiglie e diritti in Italia ed in Europa*, in *Pol. dir.*, 2007, 225 e ss.

<sup>100</sup> Corte EDU, 19 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in *Riv. Dir. Int.*, 1980, 233 e ss.; Corte EDU, 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1995, 65 e ss..

<sup>101</sup> Corte EDU, 19 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in *Riv. Dir. Int.*, 1980, 233 e ss.; Corte EDU, 25 aprile 1999, *A.C. c. Bulgaria*; Corte eur. Dir. uomo, 13 luglio 2000, *Elsholz c. Germania*.

<sup>102</sup> Corte EDU, 26 gennaio 1999, *Saucedo Gomez c. Spagna*; Comm. eur. dir. uomo, 16 maggio 1986, *Simpson c.*

nell'interpretazione più ampia dell'art. 8 CEDU si avrà solo in tempi recenti<sup>103</sup>, a riprova di quanta (opportuna) delicatezza abbia usato la Corte Europea in questo ambito.

Un differente concetto è alla base della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la cd. Carta di Nizza, divenuta vincolante per gli Stati membri in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona dal 1° gennaio 2009; l'art. 9 della Carta, in chiara discontinuità con l'art. 12 della CEDU, al di là del superamento del requisito della diversità di sesso dei soggetti rispetto al momento dell'accesso al matrimonio, ha separato testualmente (e quindi anche concettualmente) il diritto di sposarsi dal diritto di costituire una famiglia<sup>104</sup>, ponendo i due diritti su un piano di parità, tale che il matrimonio non possa porsi quale preconditione o limitazione del diritto di fondare una famiglia. I due diritti sembrano così attratti maggiormente nella sfera delle libertà di pensiero e di opinione, di cui all'art. 10 della stessa Carta di Nizza, rilevando quali adesioni a modelli di vita e di relazione.

Parte della dottrina<sup>105</sup> ritiene che le ragioni di questa diversa formulazione della garanzia risiedano nella circostanza che l'ingresso della Carta dei diritti fondamentali nel sistema di diritto dell'Unione Europea necessariamente doveva tenere conto che la quasi totalità degli ordinamenti membri presentano una legislazione di diritto di famiglia che prevede forme di riconoscimento delle convivenze sia eterosessuali che omosessuali ed, in alcune di queste esperienze, è ammesso l'accesso dei soggetti omosessuali al matrimonio; e l'apertura ora presente nella Carta dei diritti rappresenterebbe un indice significativo di evoluzione del diritto dell'Unione Europea, nel senso di dare rilevanza giuridica alla

---

*Regno Unito; Corte EDU, 15 maggio 1996, Rössli c. Germania. In dottrina, STALFORD, Concepts of Family Law Under the EU Law - Lessons from the ECHR, in International journal of law of persons and family, 2002, 413.*

<sup>103</sup> Il nuovo orientamento è adottato da Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, in *www.hudoc.echr.-coe.int*. In dottrina, tuttavia, ritengono debbano limitarsi valutazioni circa la portata innovativa della sentenza citata REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in *Riv. Aic*, 2010; CASTELLANETA, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la Convenzione*, in *Famiglia e minori*, 2010, 86 e ss.. Nel senso che la CEDU non imponga agli Stati di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso cfr. anche Corte EDU, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia* (ric. n. 25951/07).

<sup>104</sup> CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, 2005, 187-191 e 237-241; GROPPI, *Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Bifulco, Cartabia, Celotto, 2001, 88-92; CELOTTO, *Non discriminazione*, *ibidem*, 171-178.

<sup>105</sup> CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di Patti e Cubeddu, 2011, 704.

pluralità di modelli con cui oggi si manifestano le relazioni familiari negli ordinamenti nazionali membri.

Ma l'indubbia dose di innovazione non deve far dimenticare che tanto l'articolo 12 della CEDU, quanto l'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rinviano alle legislazioni nazionali quanto alle modalità di esercizio del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia; rinvii dai quali si comprende la scelta degli Stati contraenti di non voler entrare in un terreno il cui dominio è rimesso alla sensibilità dei legislatori nazionali, e ciò in considerazione del fatto che il matrimonio, la famiglia, e le tematiche ad essi correlate sono strettamente legate alle tradizioni culturali e storiche delle società nazionali ed alla concezione che in esse si ha della famiglia<sup>106</sup>.

Del resto, anche la Carta di Nizza si basa sulla logica del "minimo comune denominatore"<sup>107</sup>, per cui gli Stati membri non possono essere costretti a garantire *status* e discipline pur accettati da altri Paesi, qualora essi non li vogliano riconoscere<sup>108</sup>. Perciò, in ipotesi, non pare possibile supplire alla mancanza di una specifica normativa nazionale di riconoscimento di questa o quella forma di convivenza organizzata, utilizzando, come criterio interpretativo, l'art. 9 della Carta di Nizza, che sottolineerebbe la legittimità del diritto di fondare una famiglia senza celebrare un matrimonio, ove la legge nazionale colleghi la celebrazione del matrimonio alla fondazione della famiglia o all'applicazione di determinate leggi a tutela della stessa<sup>109</sup>. Secondo tale predetta logica, nemmeno il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), l'uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge (art. 20), e il divieto di "qualsiasi forma di discriminazione, fondata in particolare, sul sesso o le tendenze sessuali" (art. 21) potrebbero utilmente interpretarsi per veicolare equiparazioni tra famiglia legittima e altre forme di organizzazione familiare.

---

<sup>106</sup> Corte EDU, 18 dicembre 1987, "F" c. Svizzera, in *Foro it.*, 1988, pt. IV, 402 e ss..

<sup>107</sup> TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di Pezzini, 2008, 9.

<sup>108</sup> Sul punto si veda MARELLA, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di Panunzio, Napoli, 2005, 555 e ss..

<sup>109</sup> Così BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2002, 510 e ss.; FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Pol. Dir.*, 2003, 353.

Analogamente, la dottrina preferibile<sup>110</sup> ritiene non si debba sopravvalutare la portata di atti normativi quali, ad esempio, la Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, recepita dall'Italia con decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30; tale Direttiva, innovando rispetto al regolamento n. 1612 del 1968, assimila al coniuge il *partner* che abbia contratto un'unione registrata con un cittadino dell'Unione, sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio, e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante (art. 2, co. 1, lett. b), n. 2), d.lgs. n. 30 del 2007); pertanto, è previsto che lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevoli l'ingresso e il soggiorno del *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile, debitamente attestata dallo Stato del cittadino dell'Unione. Tali disposizioni, come altre simili, sono finalizzate a rafforzare il diritto, cardine dell'architettura comunitaria, alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea all'interno della stessa, evitando che tale diritto sia limitato da discriminazioni basate sulla nazionalità; non sono invece finalizzate a creare un diritto europeo della famiglia di fatto.

La portata della norma va dunque limitata al suo campo di applicazione: un Paese membro accetterà l'ingresso del *partner* di un altro cittadino dell'Unione sul proprio territorio, in questa sua qualità, soltanto se a) la normativa dello Stato ospitante disciplina altre forme di famiglia, prevedendone un sistema di pubblicità (unione registrata), b) equipara queste forme di unione al matrimonio, e c) ne detta una disciplina sostanzialmente analoga a quella del Paese nel quale la registrazione è avvenuta. Così deve interpretarsi l'inciso "nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante", contenuto nell'art. 2, co. 1, lett. b), n. 2.

Ancor meno cogenti devono considerarsi le numerose risoluzioni<sup>111</sup> adottate, in più

---

<sup>110</sup> In argomento si veda MOSCONI, *op. ult. cit.*, 133 e ss.

<sup>111</sup> Risoluzione 8/2/1994 (A3-0028/94), Sulla parità dei diritti degli omosessuali; Risoluzione 16/3/2000 (A5-0050/2000), sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea, e in particolare all'art. 56; da ultimo, Risoluzione 9/6/2015.



d'una occasione, dal Parlamento europeo, che ha sollecitato gli Stati membri a garantire a famiglie monoparentali, a coppie non sposate e, in particolare, a *partner* dello stesso sesso, parità di diritti rispetto alle unioni matrimoniali, in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali, modificando la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio, indipendentemente dal sesso dei conviventi. Del resto, la materia non è di competenza dello stesso Parlamento europeo, che, per occuparsene, è costretto a farla rientrare nel variegato ambito della "tutela dei diritti umani".

### 3.2 La giurisprudenza della Corte Costituzionale: visione d'insieme.

La Corte Costituzionale, emancipandosi da una diffusa coscienza sociale<sup>112</sup>, ha guidato il processo di legittimazione giuridica della convivenza di fatto, pronunciando due storiche sentenze, con le quali ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei reati di adulterio e concubinato, previsti dagli artt. 559 e 560 del codice penale<sup>113</sup>: la Corte ha argomentato nel senso che il bene giuridico dell'unità familiare, tutelato dall'art. 29 della Costituzione, fosse minacciato maggiormente dal diseguale trattamento del tradimento dei due coniugi (la legge penale puniva più severamente il tradimento della moglie rispetto a quello del marito) che non dal tradimento stesso: se per l'unità familiare costituisce

---

<sup>112</sup> C. Cost., 64/1961, in *www.giurcost.org*.

<sup>113</sup> C. Cost., 19 dicembre 1968 n. 126, in *www.cortecostituzionale.it*: "Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma, quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti. La Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità"; C. Cost. 19 dicembre 1968 n. 127, in *www.gazzettaufficiale.it*.; C. Cost. 3 dicembre 1969 n. 147, in *www.cortecostituzionale.it*: "Nel contesto normativo dell'art. 29, comma secondo, della Costituzione, la tutela della esigenza di salvaguardare la famiglia si coordina necessariamente col principio della parità dei coniugi. Per potere quindi sostenere che la punizione della sola moglie fedifraga risponde all'esigenza di salvaguardare la famiglia occorrerebbe dimostrare una ipotesi assolutamente irrazionale, e cioè che una volta stabilito che la relazione adulterina della donna debba costituire reato, punire il marito per una identica fattispecie metterebbe in pericolo l'unità familiare. Pertanto il trattamento, più severo per l'infedeltà della moglie e più indulgente per l'infedeltà dell'uomo, posto in essere dagli artt. 559, terzo comma, e 560, primo comma, del cod. penale, non potendo considerarsi finalizzato alla tutela dell'unità familiare, è in contrasto con l'art. 29 Cost.".

indubbiamente un pericolo l'adulterio tanto del marito, quanto della moglie, il differente trattamento fatto dal legislatore fa assumere a questo pericolo proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento dei coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui medesimi.

Legittimata giuridicamente la convivenza *more uxorio*, la Corte Costituzionale ha affrontato il delicato tema della sua rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico. La giurisprudenza della Consulta si è orientata nel senso di mantenere netta la distinzione tra la "società naturale fondata sul matrimonio" e la famiglia di fatto, in ossequio al precetto fondamentale sancito dall'art. 29 Cost. (assecondando, in un sol colpo, sia coloro i quali davano un'interpretazione giusnaturalistico-cattolica della norma<sup>114</sup>, sia coloro i quali ne davano una lettura laica e storicista<sup>115</sup>): tale norma veicolava il primato della famiglia legittima nel vasto universo delle formazioni sociali, in virtù della sua primaria funzione pubblica e della sua (tendenziale) solennità e stabilità, che marcava la differenza determinante tra essa e altre forme di convivenza familiare, caratterizzate al contrario dalla (tendenziale) instabilità<sup>116</sup>. Tale giudizio comparato, seppur "sfavorevole" per la

---

<sup>114</sup> BARCELLONA, voce *Famiglia (Diritto civile)*, in *Encicl. del dir.*, XVI, 1967, 781; BESSONE, *L'ordinamento costituzionale del diritto di famiglia e le prospettive di evoluzione della società italiana*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1976, 16; PARADISO, *La comunità familiare*, 1983, 53.

<sup>115</sup> GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana* diretto da Calamandrei e Levi, 1950, 289 e ss.

<sup>116</sup> C. Cost. 15 luglio 1976 n. 179, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2035; C. Cost. 12 gennaio 1977 n. 6, in *Giust. Civ.*, 1977, I, 29 e ss.; C. Cost. 18 novembre 1986 n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353: "La convivenza di fatto, si assume, rivestirebbe oggettivamente connotazioni identiche a quelle scaturenti dal vincolo matrimoniale: e dunque una diversità di garanzie - o addirittura l'assenza di queste - verrebbe a vulnerare il principio di uguaglianza. Orbene, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi, in passato, sul merito della situazione di convivenza *more uxorio* anche nei termini del confronto sopra descritti. E, in punto specifico, ebbe già a rilevarsi la inapprezzabilità del rapporto di fatto poiché privo esso delle caratteristiche di certezza e di stabilità, proprie della famiglia legittima, osservandosi - tra l'altro - che la coabitazione può venire a cessare unilateralmente e in qualsivoglia momento (sentenza n. 45 del 1980). Va poi ricordato, per completezza, come non avesse mancato la Corte, peraltro, di porre l'accento (sentenza n. 6 del 1977) sulla opportunità di una valutazione legislativa degli interessi dedotti, carenti, allo stato, di tutela positiva"; C. Cost., 14 aprile 1980, n. 45 in *Foro It.*, 1980, I, 1565; C. Cost. 20 dicembre 1989 n. 599, in *Riv.dir. Civ.*, 1991, 88; C. Cost. 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, I, c. 446, secondo cui "l'art. 29 Cost., pur non negando dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono solo dal matrimonio"; C. Cost., 18 gennaio 1996 n. 8, in *Famiglia e diritto*, 1996, 107; C. Cost. 16 maggio 1998, n. 166, in *Famiglia e diritto*, 1998, 205; C. Cost., 3 novembre 2000, n. 461, in *Giur. Cost.*, 2000, 6. In dottrina STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1965, 1123; BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, 1989, 130;

convivenza organizzata, aveva l'indubbio effetto di includerla nel vasto ed articolato insieme delle "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost.. In particolare, si riconosceva alle famiglie di fatto la meritevolezza di tutela, in quanto tali formazioni assumevano su di sé l'onere di adempiere le medesime funzioni sociali tipicamente demandate alla famiglia legittima: educazione ed istruzione della prole, solidarietà sociale, sostentamento economico.

La rilevanza costituzionale della famiglia di fatto era sintetizzata nella lettura combinata degli artt. 2 e 29 Cost.: essa doveva considerarsi quale formazione sociale ove l'individuo svolge la sua personalità, differente dalla famiglia legittima, pur svolgendo le relevantissime funzioni tipiche di quest'ultima<sup>117</sup>.

L'orientamento della Corte Costituzionale è ribadito nelle motivazioni di una sua celebre sentenza<sup>118</sup>, nella quale si è dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 6 della l. 27 luglio 1978 n. 392, nella parte in cui essa non prevede, in caso di morte del conduttore, la successione<sup>119</sup> nel contratto di locazione, oltre che del coniuge, dei parenti e degli affini che con lui coabitano, anche del convivente *more uxorio*<sup>120</sup>. Nella sentenza, la Corte conferma la differenza sostanziale tra la posizione del coniuge e quella del convivente; estende sì il diritto alla successione nel contratto al convivente *more uxorio*, ma lo fa perché il mancato inserimento del convivente *more uxorio* nel catalogo degli aventi diritto contrasta con la *ratio legis*: la quale non è, come potrebbe ritenersi *prima facie*, la tutela della famiglia legittima (anche perché, banalmente, la norma include, tra i successibili nel contratto, gli "eredi conviventi" col conduttore, e non invece i suoi discendenti legittimi), bensì la tutela del cd. "diritto alla casa", affermatosi progressivamente in seno alla dottrina e alla

---

TRABUCCHI, *E così, la famiglia conserva ancora un suo valore nell'ordine civile!*, in *Riv. dir. civ.*, II, 234-240.

<sup>117</sup> BIAGI GUERINI, *op. cit.*, 120.

<sup>118</sup> Corte Cost. sentenza 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. Cost.* 1988, 1789, con note di PACE e LENZI, e in *Dir. Famiglia* 1988, 766, con nota di DOGLIOTTI.

<sup>119</sup> La dottrina prevalente ricostruisce il diritto alla successione nel contratto di locazione come legato *ex lege* in favore degli aventi diritto: così GENOVESE, *La successione nel contratto di locazione di immobile ad uso abitazione per morte del conduttore*, in *Codice delle Successioni e donazioni*, a cura di Bonilini, Conforti, Mariconda, 2015, 2216-2221; GABRIELLI-PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2001, 748-749 e 752.

<sup>120</sup> La sentenza in commento ha innovato il precedente orientamento della Corte di Cassazione, che interpretava l'art. 6 l. 392/1978 in quanto norma suscettibile di sola interpretazione tassativa: Cass. civ. sent. n. 7392 del 12 dicembre 1986, in *Arch. Loc. cond.*, 1987, 70. In dottrina, FERRARI – REDIVO, *Patti in deroga e legge equo canone*, II ed., 1996, 22.

giurisprudenza nel corso degli anni Settanta, sulla scorta dell'art. 47, comma secondo Cost..

Per altro verso, deve affermarsi che, seppur la Corte non abbia ampliato il perimetro di legittimazione della famiglia di fatto, il solo mero confronto con la precedente giurisprudenza sviluppatasi attorno all'interpretazione della medesima norma, rivelava una sempre crescente sensibilità rispetto ai diritti di soggetti legati al conduttore da rapporti affettivi di mero fatto<sup>121</sup>.

Nondimeno, si tratta, dell'unico caso di sentenza additiva nella quale la Corte Costituzionale ha esteso al soggetto convivente gli effetti di una norma che non lo contemplava, testualmente, tra i destinatari degli stessi: in tutti gli altri casi in cui è emerso un dubbio di legittimità costituzionale per mancata inclusione del familiare "di fatto", la Corte ha sempre respinto la questione di legittimità<sup>122</sup>, seppur confermando, con vigore sempre maggiore, il valore positivo della famiglia di fatto, divenuta "società naturale", portatrice di diritti, obblighi, caratteri e scopi di grande rilevanza sociale, tali che essa divergerebbe dalla omologa famiglia legittima per il solo procedimento costitutivo<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> C. Cost. 14 aprile 1980, n. 45, in *Foro It.*, 1980, I, 1565: "In ordine, poi, alla disparità di trattamento tra convivente superstita, che non ha diritto alla proroga, e figlio naturale dei conviventi, che vi ha diritto, è sufficiente rilevare che l'attribuzione ai figli naturali, del diritto alla proroga legale realizza la tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio espressamente prescritta dall'art. 30, comma terzo, della Costituzione, laddove il precedente art. 29, nel riconoscere i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, considera il matrimonio elemento che distingue la famiglia legittima e ne giustifica la particolare rilevanza giuridica. Le caratteristiche del rapporto tra i conviventi *more uxorio*, sopra indicate, escludono pure che la situazione dei conviventi possa essere considerata assimilabile a quella degli altri soggetti, ai quali, insieme al coniuge ed ai figli, le norme impugnate attribuiscono il diritto alla proroga legale del contratto di locazione. Questi soggetti sono legati al conduttore da rapporti giuridici di parentela o di affinità o sono eredi dello stesso; proprio per questi precisi legami giuridici il legislatore ha voluto loro attribuire il diritto di permanenza nell'abitazione, nella quale hanno convissuto con il conduttore medesimo".

<sup>122</sup> Corte Cost. 26 maggio 1989, n. 310, in *Dir. Fam.*, 1989, II, 474, con nota di SCALISI; Corte Cost. 28 gennaio 1998 n. 2, in *Giur. Cost.* 1998, 4; Corte Cost. 13 maggio 1998, n. 166; Corte Cost. 20 luglio 2000, n. 313, in *Foro It.*, 2002, I, 335, con nota redazionale; Corte Cost. 25 luglio 2000 n. 352, in *Giur. Cost.* 2000, 987; Corte Cost. 3 novembre 2000 n. 461 in *Giur. Cost.* 2000, 3642; Corte Cost., ord. 14 novembre 2000, n. 491; Corte Cost., ord. 6 luglio 2001, n. 239.

<sup>123</sup> C. Cost. 17 giugno 1997 n. 203, in *Giur. cost.* 1996, 1812; C. Cost. sentenza 6 maggio 1998, n. 166, in *Guida al Diritto*, 1998, 21, 40; C. Cost. 14 novembre 2007, n. 379, in *Giur. cost.* 2007, 6 ; C. Cost. 22 ottobre 1996 n. 356, in *Foro It.*, 1997, I, 1306; C. Cost. ordinanza n. 87/2007.

### 3.3 La convivenza nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Come già si è detto in precedenza, il giudizio sociale sull'unione di fatto tra soggetti liberi restò tendenzialmente negativo fino agli anni Settanta. Ancora in quel periodo, tali unioni erano identificate come "concubinato": parola antica e dall'indubbia connotazione negativa, che sintetizzava l'occasionalità dei rapporti, la riluttanza all'assunzione di responsabilità, la lontananza volontaria dal modello, socialmente e moralmente accettato, della famiglia legittima, fatta, al contrario di impegni stabili e irretrattabili. Ed è curioso notare che in Francia, il Paese più prossimo all'Italia per cultura, lingua e tradizioni, il termine *concubinage* non assumesse allora, né assume oggi, la medesima accezione negativa.

La giurisprudenza italiana non fu tuttavia influenzata da simili pregiudizi morali: le sentenze che per prime decisero dei diritti della famiglia di fatto si limitarono ad affermare che il legislatore non aveva inteso assicurare alcuna protezione, diretta o indiretta, agli interessi scaturenti da una convivenza *more uxorio*<sup>124</sup>, assecondando la via tracciata dal codice civile del 1942.

La coscienza sociale mutò progressivamente, atteggiandosi con sempre maggiore tolleranza rispetto ai rapporti tra persone libere. Ciò può percepirsi da alcuni elementi oggettivi: in primo luogo, dalla terminologia utilizzata per definire il fenomeno e le sue fattispecie: dal citato "concubinato", carico di riprovazione, quando non di devianza o di marginalità sociale (soprattutto per la donna)<sup>125</sup>, al neutrale "convivenza *more uxorio*", fino al positivo "famiglia di fatto", nella quale si incorpora il concetto stesso di famiglia<sup>126</sup>.

In secondo luogo, il *referendum* popolare che confermò l'introduzione del divorzio nell'ordinamento giuridico, celebratosi in quegli stessi anni, comprova che il monopolio culturale della famiglia legittima stava progressivamente ridimensionandosi.

Nondimeno, la giurisprudenza della Cassazione ha seguito la medesima linea

---

<sup>124</sup> Trib. Vigevano 24 aprile 1964, in *Dir. Ecclesiastico* 1966, II, 303: "Il legislatore non ha fornito, in sede civilistica, alcuna protezione diretta o indiretta agli interessi che possono scaturire da una convivenza *more uxorio*".

<sup>125</sup> MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2001, 9.

<sup>126</sup> DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, 4a ed., vol. VIII, 1992, 192; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 25.

evolutiva, superando gli antichi pregiudizi nascenti dalla mancata formalizzazione del vincolo, e spostando l'attenzione dalla "istituzione" familiare alla "funzione" familiare<sup>127</sup>.

Poiché vi sia funzione familiare, la Suprema Corte esige che la comunanza di vita sia contraddistinta da una generale stabilità e certezza.

Il nuovo corso giurisprudenziale si è sviluppato attorno a diversi filoni tematici, dei quali si citano di seguito i più importanti.

### 3.3.1 Prestazioni patrimoniali tra i conviventi.

La comunione di vita che contraddistingue la famiglia di fatto determina inevitabilmente dei riflessi sul piano dei rapporti patrimoniali tra i conviventi *more uxorio*, che vengono in rilievo in particolar modo nel momento della cessazione del *ménage*, palesando le esigenze di tutela della parte debole della coppia che si ritrova spesso in una posizione sfavorevole a seguito dell'interruzione del rapporto<sup>128</sup>. È in tale fase terminale della convivenza, infatti, che sorgono i problemi in ordine alla ripetibilità di quelle dazioni precedentemente intercorse tra i conviventi, volte al soddisfacimento delle necessità materiali della vita comune.

L'orientamento tradizionale ricostruiva le prestazioni patrimoniali fatte da un soggetto nei confronti del proprio convivente nell'ambito dei rapporti contrattuali, coerentemente con la tradizionale irrilevanza che si attribuiva al rapporto di convivenza: tali potevano, a seconda della fattispecie, integrare liberalità dirette indirette<sup>129</sup>, queste ultime sotto forma di adempimenti del terzo, accolti, espromissioni, fidejussioni.

Successivamente, la giurisprudenza ha mutato opinione, considerando tali prestazioni quali donazioni con funzioni remuneratorie (art. 770 cod. civ.): la

---

<sup>127</sup> Cass. Civ. 24 marzo 1977 n. 1161, in *Giust. Civ.* 1977, I, 1190, con nota di MAZZOCCA: "L'unione di due conviventi avente il carattere della stabilità e della certezza rappresenta una vera e propria comunità familiare, dovendo qualificarsi non già come un mero rapporto affettivo e sessuale, di carattere cd. ancillare, bensì come una vera e propria comunanza spirituale ed economica".

<sup>128</sup> BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di Dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 2004, 63.

<sup>129</sup> Cass. Civ. 17 gennaio 1958, n. 84, in *Foro it.*, 1959, I, 470; Cass. Civ. 25 gennaio 1960, n. 68, in *Foro it.*, 1961, I, c. 2017 (quest'ultima pronuncia, pur se fondata sull'idea del pregiudizio morale, menziona anche l'eventualità di un pregiudizio di carattere economico); Cass. Civ. 15 gennaio 1969, in *Foro it.*, 1969, I, 1512.

rimunerazione consisterebbe, stando ad alcune sentenze, nel ristoro del pregiudizio sociale causato dall'uomo alla donna, seppur ella fosse consenziente, per la mancata celebrazione delle nozze<sup>130</sup>; in altre, nel ristoro dovuto per aver l'uomo precluso alla compagna la possibilità di convolare a giuste nozze, o per averla indotta a confidare in un matrimonio con lui stesso, impedendo il conseguimento di una migliore condizione economica e sociale<sup>131</sup>. Si tratta, come può evincersi facilmente, di punti di vista figli di una concezione tradizionale del matrimonio e dei suoi riflessi sulla sorte sociale della donna. Conseguenza della funzione remuneratoria della donazione era la non revocabilità della medesima (art. 805 cod. civ.).

In seguito, dottrina<sup>132</sup> e giurisprudenza<sup>133</sup> hanno affermato la fortunata teoria per la quale le prestazioni fatte tra conviventi dovessero ricostruirsi quali adempimenti di obbligazioni naturali, ai sensi dell'art. 2034 cod. civ.: fonte dell'obbligazione naturale sarebbe il rapporto parafamiliare, e contenuto della stessa sarebbe l'obbligo di adempiere ai doveri di solidarietà e assistenza materiale analoghi a quelli gravanti sui coniugi ai sensi dell'art. 143 cod. civ.<sup>134</sup>, nonché l'obbligo far fronte a singole necessità del convivente-

<sup>130</sup> Cass. Civ. 7 ottobre 1954 n. 3389, in *Giur. it.*, 1955, I, 872: "esiste a carico dell'uomo un obbligo morale e sociale di riparare il pregiudizio da lui causato, sia pure a donna consenziente"; Cass. Civ. 12 ottobre 1955, 3046, in *Rep. Foro it.*, 1955; Cass. Civ. 25 gennaio 1960, n. 68, in *Foro it.*, 1961 I, 2017.

<sup>131</sup> Cass. Civ. 15 gennaio 1969 n. 60 in *Foro it.*, 1969, I, 1512; Cass. Civ. 14 aprile 1966 n. 945, in *Rep. Foro it.*, 1966.

<sup>132</sup> OPPO, *Adempimento e liberalità*, 1947, 264; ID. *Sulla definizione di obbligazione remuneratoria*, in *Giur. It.*, 1955, I, 1, c. 872 e ss.; BALBI, *Liberalità e donazione*, in *Riv. Dir. comm.*, 1948, I, 181; GANGI, *Le obbligazioni*, 1951, 98; PROVERA, *Degli alimenti*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da Scialoja e Branca, 1972, 35 e ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, 1968, 128; più recentemente OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 88; BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 233; SPADAFORA, *L'obbligazione naturale tra conviventi e il problema della sua trasformazione in obbligazione civile attraverso lo strumento negoziale*, in *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, 2002, 157 e ss.. Contra, nel senso dell'inesistenza di un dovere morale di assistenza e mantenimento reciproco tra i conviventi, CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. Tri. Dir. e proc. Civ.*, 1948, 555 e ss.; TORRENTE, *La donazione*, 1956, 199; BARASSI, *La famiglia legittima*, 1947, 25, il quale ammetteva l'esistenza di un'obbligazione naturale solo tra i conviventi legati da matrimonio canonico non trascritto.

<sup>133</sup> Da ultimo, Cass. Civ., 22 gennaio 2014, n. 1277, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di VASSALLO; Cass. Civ., 15 maggio 2009, n. 11330, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di PONTICIELLO; Cass. Civ., 13 marzo 2003, n. 3713; Cass. Civ., 14 gennaio 1992, n. 324, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 630; Cass. Civ. 1° febbraio 1992, n. 1077, in *Riv. Not.*, 1993, 150; Cass. Civ., 20 gennaio 1989, n. 285, ove si tratta come convivenza anche una mera "relazione sentimentale".

<sup>134</sup> Cass. Civ. 3 febbraio 1975 n. 389 in *Foro It.* 1975, I, 2301, con nota di FLORINO; Cass Civ. Sent. 26 gennaio 1980, n. 651, in *Rep. Foro it.*, 1980. In dottrina, CUBEDDU, *Il rapporto di convivenza*, 1990, 327; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra i coniugi nel nuovo diritto*, 1979, 34; prima ancora, in tempi non sospetti, DE CUPIS, *Il*

creditore di tali obblighi; l'effettuazione di tali contribuzioni, si è affermato, deve tuttavia essere continua e non occasionale, fatta ora in denaro, ora in natura, a seconda delle specificità, e proporzionata alle capacità lavorative e reddituali dell'adempiente, tale che sussista un rapporto di proporzionalità tra esborso e intensità dei doveri morali e sociali assunti reciprocamente<sup>135</sup>.

La ricostruzione della fattispecie quale obbligazione naturale comporta la *soluti retentio* della prestazione: ciò è sistematicamente coerente col processo di approssimazione tra famiglia legittima e famiglia di fatto; ma dal punto di vista patrimoniale, comporta serie conseguenze per il caso di rottura del *menàge* familiare, dal momento che il convivente adempiente non potrà riottenere quanto spontaneamente prestato in caso di rottura della convivenza.

Tale inconveniente ha spinto la giurisprudenza più recente ad assecondare autorevole dottrina<sup>136</sup>, la quale teorizza l'esperibilità dell'azione di arricchimento senza giusta causa anche nell'ambito delle convivenze *more uxorio*. Pertanto, si consente così al convivente che abbia versato delle somme per l'acquisto di beni funzionali alla convivenza, e rimasti nella titolarità dell'*ex partner*, di recuperare quanto anticipato, in presenza di determinate condizioni. L'opinione prende le mosse dalla critica alla tradizionale impostazione giurisprudenziale<sup>137</sup> e dottrinale<sup>138</sup> secondo cui la volontaria prestazione escluderebbe l'ingiusto arricchimento<sup>139</sup>, argomentata dal fatto che l'arricchimento ha luogo ogni volta che la prestazione ricevuta non può intendersi come compiuta gratuitamente, in base alle peculiari relazioni sussistenti *inter partes*, a

---

*concubinato nel diritto privato*, in *Foro padano*, 1961, III, 78. *Contra* ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia ed in Europa*, 2003, 231, il quale ritiene che l'analogia sia approssimativa.

<sup>135</sup> Cass. Civ. 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro It.* 1975, I, 2301, con nota di FLORINO

<sup>136</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 105 e ss.; ID., *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, 2003, 49 e ss. e 92 e ss..

<sup>137</sup> Cass. Lav. 27 febbraio 1978, n. 1024, in *CED Cassazione*; Cass. civ., 26 ottobre 1968, n. 3592; Cass. 11 febbraio 1989, n. 862, in *Massim. Giur. Civ.*, 1989, 2; Cass. lav. 21 novembre 1996, n. 10251, in *CED Cassazione* e per esteso in *Banca dati Dejure*.

<sup>138</sup> BILE, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 646.

<sup>139</sup> La motivazione alla base dell'impostazione tradizionale sarebbe il fine di evitare che un'indiscriminata concessione dell'azione di arricchimento in funzione di recupero di una prestazione di *facere* (eseguita in assenza di obblighi legali o contrattuali) si possa tradurre nell'imposizione di uno scambio non desiderato dal soggetto arricchito: così TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, 11 e ss.; ID., *Istituzioni di diritto privato*, 1975, 377.



prescindere dalla volontarietà della prestazione.

L'azione in parola ha come presupposto l'arricchimento di un soggetto a danno di un altro, avvenuto in assenza di giusta causa, sicché non è dato invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa qualora l'arricchimento sia conseguenza di un contratto, di impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale<sup>140</sup>.

Sarebbe invece possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *more uxorio* nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo "esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza (il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto) e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza".

Il principio di diritto ben si attaglia ad almeno tre fattispecie molto frequenti:

a) l'acquisto di beni immobili da destinarsi a comune abitazione, pagato con denaro di uno dei conviventi, b) la ristrutturazione di beni immobili finanziata da uno solo dei conviventi, c) la restituzione di beni mobili di proprietà esclusiva di uno solo dei conviventi.

Rispetto alla prima ipotesi (*sub a*) la Suprema Corte è giunta a riconoscere il diritto del convivente ad ottenere, tramite l'esperimento dell'azione di arricchimento, la restituzione delle somme versate per l'acquisto della casa intestata all'ex convivente, una volta cessata la convivenza<sup>141</sup>. Rispetto alla seconda ipotesi (*sub b*), analogamente, è stato riconosciuto il diritto del convivente alla restituzione di quanto corrisposto all'ex convivente per la ristrutturazione dell'immobile di proprietà di quest'ultima, e dove entrambi hanno abitato in costanza di affetto: gli esborsi non possono infatti considerarsi come contributo alla vita comune, ove si tratti di opere destinate a migliorare ed incrementare il valore di un bene di proprietà e non a rendere il medesimo immobile

---

<sup>140</sup> Cass. Civ., 22 settembre 2015, n. 18632, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Cass. Civ., 15 maggio 2009, n. 11330, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>141</sup> Cass. Civ., 22 settembre 2015, n. 18632, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Cass. Civ., 15 maggio 2009, n. 11330, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

funzionale alle concrete esigenze quotidiane della famiglia di fatto<sup>142</sup>. Relativamente alla terza ipotesi prospettata (*sub c*), la Suprema Corte ha stabilito che la proponibilità, da parte del proprietario di un bene, dell'azione di arricchimento nei confronti del terzo che ne abbia goduto senza titolo, va riconosciuta indipendentemente dalla possibilità, per il proprietario medesimo, di richiederne la restituzione<sup>143</sup>.

### 3.3.2 Diritto al risarcimento del danno per l'uccisione del convivente.

Sull'inefettibile presupposto che la convivenza tra il defunto e l'istante sia caratterizzata da tendenziale stabilità e mutua assistenza affettiva e materiale<sup>144</sup>, e che l'istante abbia provato la propria dipendenza economica dalle prestazioni patrimoniali del defunto, sussiste il diritto al risarcimento, sia del danno morale *ex art. 2059 cod. civ.*, per un "patema" analogo a quello che si ingenera in caso di morte del coniuge, sia del danno patrimoniale *ex art. 2043 cod. civ.*, per la perdita del contributo patrimoniale e personale apportato in vita, con carattere di stabilità, dal convivente defunto (da distinguersi da irrilevanti elargizioni meramente episodiche, o dalla mera ed eventuale aspettativa)<sup>145</sup>. Ciò,

<sup>142</sup> Tribunale di Treviso, 3 febbraio 2015, n. 258, su [www.questionididirittodifamiglia.it](http://www.questionididirittodifamiglia.it).

<sup>143</sup> Cass. Civ. 30 novembre 2011, n. 25554, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>144</sup> Il giudice è chiamato a verificare la stabilità e la serietà della convivenza, in modo da escludere risarcimenti in caso di situazioni di mera occasionalità, che non configurino certamente ipotesi di famiglia di fatto.

<sup>145</sup> Cass. civ. 16 giugno 2014, n. 13654, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di IASELLI; Cass. Civ., 21 marzo 2013 n. 7128, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Cass. Civ., 7 giugno 2011, n. 12278, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di FERRETTI; Cass. civ. 16 settembre 2008, n. 23725; Cass. Pen., sent. 8 luglio 2002, n. 33305, in *Archivio giuridico della circolazione*, 2003, 1, e in *Ced Cass.*, n. 222366: "La lesione di qualsiasi forma di convivenza, purché dotata di un minimo di stabilità, tale da non farla definire episodica, ma idonea a ragionevole presupposto per un'attesa di apporto economico futuro e costante, costituisce legittima *causa petendi* di una domanda di risarcimento danni proposta di fronte al giudice penale chiamato a giudicare dell'illecito che tale lesione ha causato"; Cass. civ., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1849: "La morte del coniuge non comporta necessariamente un danno patrimoniale, se non nei limiti in cui venga meno il suo contributo ai bisogni del coniuge superstite (o dei figli). Il medesimo ragionamento vale ovviamente, nell'ambito della famiglia di fatto e della convivenza *more uxorio*, in cui spetta al convivente che afferma di aver subito un danno patrimoniale in dipendenza della morte dell'altro, dare la prova del contributo patrimoniale o personale apportatogli in vita, con carattere di stabilità, dal convivente, e che è venuto a mancare in conseguenza della sua morte. La morte del convivente provocata da fatto ingiusto fa nascere il diritto dell'altro al risarcimento del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. (per il patema analogo a quello che si ingenera nell'ambito della famiglia) e del danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. (per la perdita del contributo patrimoniale e personale apportato in vita, con carattere di stabilità, dal convivente defunto, irrilevante essendo invece la sopravvenuta mancanza di elargizioni meramente episodiche o di una mera ed eventuale aspettativa). Tanto l'art. 2043 cod. civ. quanto l'art. 2059 cod. civ. ricomprendono nell'ambito dell'obbligazione risarcitoria -accanto al danno subito dal soggetto verso cui è stato diretto il fatto ingiusto- anche il danno che abbiano risentito, in modo ugualmente immediato e

vien da sé, si riflette sul piano processuale, implicando l'idoneità del convivente superstite a costituirsi parte civile: agli effetti della *legitimatio ad causam* del soggetto che convive con la vittima del reato commesso dal terzo, viene in considerazione non il rapporto interno tra i conviventi di fatto, ma l'aggressione che tale rapporto ha subito ad opera del terzo<sup>146</sup>.

Alle conclusioni qui prospettate, la Cassazione è giunta all'esito di una evoluzione: se anche in un momento iniziale si riconosceva il diritto al risarcimento del danno morale ex art. 2059 cod. civ. al convivente superstite, lo stesso non poteva dirsi per la risarcibilità del danno patrimoniale, che ha scontato per lungo tempo un orientamento negativo da parte della Suprema Corte<sup>147</sup>, la quale non ammetteva la configurabilità, all'interno della famiglia di fatto, dell'esistenza di diritti la cui lesione ammettesse l'esercizio della tutela aquiliana<sup>148</sup> (salvi i casi in cui fosse provata la sussistenza di un obbligo contrattuale assunto dal defunto in favore del partner superstite, alla corresponsione di prestazioni

---

diretto, sotto forma di *deminutio patrimonii* o di danno morale, eventuali altri soggetti, per i rapporti (di natura familiare o parafamiliare) che li legano a quello direttamente e immediatamente leso"; Cass. Civ., 1° agosto 1987, n. 6672, in *Ced Cass.*, n. 454890: " Il risarcimento del danno compete, sia sotto il profilo patrimoniale che extrapatrimoniale, a tutti coloro che abbiano subito, sul piano economico e/o su quello morale, grave perturbamento dall'evento, sia a cagione del trauma affettivo patito, con tutte le implicazioni derivatene, sia per la privazione di un sostegno morale, sia infine per la perdita di un'entrata che ragionevolmente si sarebbe potuto presumere come duraturo vantaggio economico proveniente dall'attività lavorativa del congiunto, a nulla rilevando il fatto della convivenza con la vittima o le stesse qualità di erede di colui che ha diritto al risarcimento, posto che il diritto spetta a chi di ragione *iure proprio*"; Trib. Milano 21 luglio 1998 in *Nuova Giur. Civ.* 1999, I, 598, con nota di GHISIGLIERI; Cass. Pen., 12 maggio 2014, n. 19487. La stessa questione ha dato luogo a soluzioni piuttosto divergenti tra loro nella giurisprudenza di merito: Trib. Verona 3 dicembre 1980, in *Riv. Pen.* 1981, 251 ha riconosciuto al convivente *more uxorio* il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, ma non del danno patrimoniale; Ass. Genova 24 ottobre 1984, in *Foro It.* 1986, II, 621, ha negato il diritto al risarcimento del danno patrimoniale, perché la convivenza non è fonte di diritti soggettivi aventi contenuto patrimoniale, ma riconosciuto il risarcimento al danno non patrimoniale, perché questo tipo di danno richiede esclusivamente la lesione di una situazione giuridicamente protetta, come deve considerarsi la convivenza *more uxorio*; Ass. Milano, 30 maggio 1998 in *Nuova Giur. Civ.* 199, I, 598, con nota di GHISIGLIERI, nega alla convivente della vittima persino la legittimazione a costituirsi parte civile, nonostante il prevalente orientamento che le riconoscerebbe almeno il risarcimento del danno non patrimoniale, perché il rapporto di convivenza non sarebbe produttivo di obbligazioni *ex lege*.

<sup>146</sup> Cass. Pen., 4 febbraio 1994 n. 3790, in *Riv. pen.*, 1995, 7, 921, in *Ced Cass.*, n. 199108.: "La convivenza costituisce esercizio di un diritto di libertà, attribuito direttamente dalla Costituzione e, come tale, di carattere assoluto e tutelabile *erga omnes* senza interferenze da parte dei terzi".

<sup>147</sup> Cass. civ. 24 gennaio 1958 n. 169 in *Resp. Civ. Prev.*, 1958, 495; Cass. Pen. 21 settembre 1981 n. 405, in *Dir. e prat. assicur.*, 1982, 716; Cass. Pen. 24 aprile 1987, in *Riv. Pen.*, 1988, 507; Cass. Pen. 12 giugno 1987, *ivi*, 1988, 253.

<sup>148</sup> Cass. SS. UU. 30 marzo 1972, n. 1008, in *Giust. Civ.* 1972, I, 809; Cass. SS. UU. 24 giugno 1972, n. 2135.

economiche<sup>149</sup>); tale orientamento si poneva in netto contrasto con la dottrina, schieratasi da subito, in prevalenza, per la risarcibilità del danno patrimoniale anche ex art. 2043 cod. civ.<sup>150</sup>.

Coerentemente, nel caso in cui la condotta lesiva del terzo non abbia causato la morte del convivente, ma sia stata comunque causa di una lesione patrimoniale, la Corte<sup>151</sup> ha ritenuto avente diritto al risarcimento del danno aquiliano anche il convivente della persona offesa dal terzo.

Situazione analoga a quella del convivente *more uxorio* è quella dell'affidatario di minore, sul presupposto che il rapporto di affidamento, al momento del fatto lesivo, sia già consolidato e prolungato nel tempo, e si manifesti con caratteristiche di stabilità e tendenziale definitività, in modo tale da rendere evidente la sussistenza di una relazione affettiva interpersonale fondata su una duratura comunanza di vita e di interessi, assimilabile nei fatti ad un vero e proprio rapporto familiare, nel quale il minore abbia

---

<sup>149</sup> Cass. Pen. 5 dicembre 1980, in *Riv. Pen.*, 1982, 940; Cass. Pen. 8 luglio 1980, in *Giust. Pen.*, 1981, III, 623; Cass. Civ., 8 ottobre 1992, n. 9708, in *Giur. it.*, 1993, 10, 2, 659; in *Ced. Cass.*, n. 191885.

<sup>150</sup> BRANCA, *Morte di chi convive more uxorio e risarcimento del danno*, in *Foro It.*, IV, 1970, 142; BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli 27-30 maggio 1976, 136; ALPA, *Famiglia di fatto e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1976, IV, 64; SANTILLI, *Note critiche in tema di famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 816 e ss.; FLAMINI, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale per l'uccisione del convivente di fatto*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1981, 645; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 1983, 486; D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, 1989, 528; BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, 1992, 72, ove si precisava che il danno ingiusto non era solo quello lesivo di un diritto soggettivo, ma anche di un interesse legittimo o di una mera aspettativa; ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia ed in Europa*, 2003, 311 e ss.; BALESTRA, *Rapporti di convivenza*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, II, 3790; BARBANERA, *Ancora sulla tutela aquiliana dei rapporti di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 450 e ss.; FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, 2003, 397, la quale ricollega le aperture della giurisprudenza ai cambiamenti paralleli del costume sociale e della dogmatica della responsabilità civile; nello stesso senso AMBANELLI, *Convivenza more uxorio: il risarcimento dei danni per la morte del convivente*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 251 ss., e già SBISÀ, *Risarcimento di danni in seguito a morte di un familiare di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1965, 1256.

<sup>151</sup> Cass. Civ., 29 aprile 2005, n. 8976, su *www.altalex.com*; nella fattispecie, il ricorrente domandava il risarcimento del danno biologico, patrimoniale e morale subito, quale vittima secondaria della collisione stradale tra la convivente del ricorrente e il convenuto, che aveva cagionato alla convivente del ricorrente gravi lesioni fisiche, con conseguente invalidità e diminuzione della capacità lavorativa. La Suprema Corte ha ritenuto la convivenza quale rapporto meritevole di tutela giuridica anche di fronte ai terzi, sul presupposto che la vittima del danno secondario dimostri l'esistenza e la durata della comunanza di vita e di affetti, la vicendevolesse assistenza morale e materiale e la portata dell'equilibrio affettivo-patrimoniale instaurato con la vittima diretta dell'atto lesivo, non essendo sufficiente a tal fine la prova di una relazione amorosa, per quanto possa essere caratterizzata da serietà di impegno e regolarità di frequentazione nel tempo.

ricevuto costante ed affettuosa assistenza da parte dell'adulto<sup>152</sup>.

### 3.3.3 Successione nel contratto di locazione (art. 6 l. 392/1978).

Con una celebre pronuncia, anticipatrice della già citata sentenza n. 404 del 7 aprile 1988 della Corte Costituzionale<sup>153</sup>, e innovando rispetto all'orientamento giurisprudenziale precedentemente affermatosi<sup>154</sup>, un giudice di merito<sup>155</sup> riconobbe al convivente *more uxorio* il diritto a succedere nel contratto di locazione, purché la convivenza fosse stata caratterizzata da una comprovata “serietà e stabilità”. La giurisprudenza successiva ha pianamente recepito il principio di diritto enunciato<sup>156</sup>, precisando che il diritto del convivente prescinde dalla conoscenza che il locatore abbia avuto della convivenza, e sussiste anche se la convivenza sia nata durante la vigenza del contratto<sup>157</sup>.

Il diritto di succedere nel contratto integra una c.d. vocazione anomala, per effetto della quale succede nel rapporto facente capo al *de cuius* un soggetto privo della qualità di erede<sup>158</sup>; ciò, coerentemente, anche nel caso in cui manchino del tutto gli eredi legittimi del conduttore<sup>159</sup>.

La *ratio* della disposizione legislativa consisterebbe, a parere della dottrina pressoché unanime, nella volontà di assicurare una stabilità del rapporto contrattuale in

---

<sup>152</sup> Cass. Pen., 27 settembre 2001, n. 35135, in *Ced. Cass.*, n. 219877.

<sup>153</sup> C. Cost. 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. Cost.* 1988, 1789, con note di PACE e LENZI, e in *Dir. Famiglia* 1988, 766, con nota di DOGLIOTTI, di cui più diffusamente al paragrafo precedente.

<sup>154</sup> Cass. Civ., 28 novembre 1983 n. 7133, in *Foro It.* 1984, I, 2277: “Il convivente *more uxorio* non rientra tra i soggetti a favore dei quali la L 392/1978 prevede la successione nel contratto di locazione”.

<sup>155</sup> Pret. Milano, 30 novembre 1983 in *Foro It.* 1984, I, 2278.

<sup>156</sup> Tra le altre, Cass. civ., 1° agosto 2000, n. 10034, in *Arch. loc. e cond.*, 2000, 891; Cass. civ., 8 giugno 1994, n. 5544.

<sup>157</sup> Cass. civ. 25 maggio 1989, n. 2524; Cass. civ., 10 ottobre 1997, n. 9868. In dottrina, FERRARI – REDIVO, *Patti in deroga e legge equo canone*, II ed., 1996, 22.

<sup>158</sup> Si tratta di una successione ereditaria in senso tecnico, in quanto mediante la disposizione il beneficiario acquista non già un diritto autonomo, ma una situazione giuridica soggettiva già ricompresa nel patrimonio del defunto, che prosegue inalterata. Trattasi senza dubbio di successione a titolo particolare, un legato ex lege di posizione contrattuale, operativo in assenza di accettazione del beneficiario per il noto meccanismo disposto dall'art. 649 cod. civ.: cfr. GABRIELLI – PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2001, 748-749 e 752; GENOVESE, *La successione nel contratto di locazione di immobile ad uso abitazione per morte del conduttore*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Bonilini, Confortini e Mariconda, 2015, 2217.

<sup>159</sup> Cass. Civ. 8 giugno 1994, n. 5544.

favore di soggetti vicini al *de cuius*, affinché possano continuare a godere del luogo ove si svolge la loro vita, con logica inclusione dunque anche del convivente di fatto<sup>160</sup>.

La giurisprudenza ha affermato che il diritto del convivente sussiste anche ove il *de cuius* fosse contitolare del rapporto contrattuale insieme con altri soggetti<sup>161</sup>.

Sempre in tema di diritti legati all'abitazione, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che la parentela o la convivenza di fatto con l'assegnatario di una casa popolare non costituisce un titolo di per sé sufficiente per poter subentrare nel godimento della casa alla morte del conduttore: affinché, infatti, un terzo soggetto possa ottenere la voltura del contratto di assegnazione della casa popolare in proprio favore, occorre che egli fosse già stato indicato all'ente assegnante come membro del nucleo familiare di appartenenza dell'originario conduttore<sup>162</sup>. La materia risente fortemente della legislazione speciale di fonte regionale, che offre una disciplina variabile da regione a regione, con la quale l'interprete è tenuto a confrontarsi.

#### 3.3.4 Prestazioni lavorative del convivente nell'ambito dell'impresa familiare (art. 230-bis cod. civ.).

Precedentemente alla introduzione dell'art. 230-bis nel codice civile, la Corte di Cassazione aveva già accomunato il lavoro, prestato nell'impresa familiare dal convivente *more uxorio* a quello prestato dal coniuge, applicando ad entrambe la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative.

Sotto il vigore dell'art. 230-bis cod. civ., tale presunzione è stata prepotentemente ridimensionata, e ciò portò parte della giurisprudenza ad estendere il nuovo regime anche

---

<sup>160</sup> GABRIELLI – PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2001, 745-747; GENOVESE, *La successione nel contratto di locazione di immobile ad uso abitazione per morte del conduttore*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Bonilini, Confortini e Mariconda, 2015, 2217. Di diverso avviso parte della giurisprudenza, la quale ritiene che la norma (e la sua estensione al convivente *more uxorio*) sarebbe l'espressione di un dovere sociale collettivo di impedire che le persone vicine al *de cuius* restino prive di abitazione, cui corrisponderebbe un diritto sociale all'abitazione: v. da ultimo T. A. R. Lombardia, 287/2011.

<sup>161</sup> Cass. Civ. 17 giugno 1995, n. 6910.

<sup>162</sup> Cass. Civ. 13 maggio 2015 n. 9783; v. anche Cass. Civ. SS. UU., 17 maggio 2007 n. 11334. Nel senso della trasmissibilità *mortis causa* dei diritti sugli alloggi di edilizia popolare, Cass. SS. UU. 27 giugno 2002 n. 9342, in *Giur. It.*, 2002, I, 1029.

ai conviventi-collaboratori, purché in presenza della dimostrazione rigorosa di una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi, tale che non si esaurisca in un rapporto meramente spirituale, affettivo e sessuale, ma che, analogamente al rapporto coniugale, dia luogo anche alla partecipazione, effettiva ed equa, del convivente *more uxorio* alle risorse della famiglia di fatto, presupposti tali da escludere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato<sup>163</sup>.

Di diverso avviso si è dimostrata la giurisprudenza prevalente, la quale ha ritenuto di dover differenziare le due fattispecie, e ritenere che le prestazioni lavorative del convivente siano rese, salvo prova contraria, "*affectionis vel benevolentiae causa*"<sup>164</sup>. Ciò poiché l'art. 230-bis cod. civ. sarebbe, secondo questa interpretazione, una norma di

<sup>163</sup> Cass., 24 marzo 1977, n. 1161, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1190, con nota di MAZZOCCA; Cass., 19 marzo 1980, n. 1810, in *Rep. Giust. civ.*, 1980, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 65. Cass. Civ. 13 dicembre 1986 n. 7486, in *Mass. Giur. It.*, 1986, 1260: "al fine di stabilire se le prestazioni lavorative, svolte nell'ambito di una convivenza *more uxorio*, diano luogo ad un rapporto di lavoro subordinato oppure siano riconducibili ad una diversa relazione, dalla quale esuli il requisito della subordinazione, il giudice (...) può escludere l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato solo in presenza della dimostrazione rigorosa di una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi (famiglia di fatto), che non si esaurisca in un rapporto meramente spirituale, affettivo e sessuale, ma, analogamente al rapporto coniugale, dia luogo anche alla partecipazione, effettiva ed equa, della convivente *more uxorio* alle risorse della famiglia di fatto"; Cass. Civ., sentenza 19 dicembre 1994, n. 10927; Cass. Civ. sentenza 9 agosto 1997, n. 7438. Cass. Civ. Sez. lav, sentenza 15 marzo 2006, n. 5632, su *www.altalex.com*: "L'attività lavorativa e di assistenza svolta all'interno di un contesto familiare in favore del convivente di fatto trova abitualmente la sua causa nei vincoli di solidarietà ed affettività esistenti, che di regola sono alternativi ai vincoli tipici di un rapporto a prestazioni corrispettive, qual è il rapporto di lavoro subordinato, mentre talvolta è possibile inquadrare il rapporto stesso nell'ipotesi dell'impresa familiare, applicabile anche alla famiglia di fatto in quanto essa costituisce una formazione sociale atipica a rilevanza costituzionale *ex art. 2 Cost.*"; Trib. Milano, sentenza 5 ottobre 1988; Trib. Palermo, sentenza 3 settembre 1999, in *Famiglia e diritto*, III, 2000.

<sup>164</sup> Cass. Sent. 2 maggio 1994, n. 4204, in *Foro It.*, 1995, I, 1936; Cass. 19 luglio 1996, n. 6505, in *Il Fallimento*, 1997, 155; Cass. 24 marzo 1977, n. 1161, in *Giur. It.*, 1977, I, 1190. Da ultimo, Cass. civ. 19 settembre 2015, n. 19304, in *Famiglia e diritto*, 2016, 132 e ss.: "La prestazione di una attività lavorativa, per oltre sei anni, tra due parti legate da una relazione sentimentale, che sia oggettivamente configurabile come di lavoro subordinato, si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta ad un diverso rapporto, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa, per una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi tale da realizzare una partecipazione, effettiva ed equa, del convivente alla vita e alle risorse della famiglia di fatto". Tale impostazione era criticata dalla dottrina giuslavoristica, poiché contrastava con i principi costituzionali: la presunzione di gratuità, pur potendo attenere indifferentemente ad entrambi i coniugi o conviventi, in realtà concerneva il lavoro della donna, e finiva col svalutarlo del tutto, ponendola in uno stato di dipendenza economica e morale che minava alla radice ogni principio di parità, di effettiva libertà e di possibilità di crescita della persona: così MENGHINI, *Il lavoro familiare nella giurisprudenza: questioni chiuse ed ancora aperte*, in *Lavoro nella giur.*, 2015, 221 e ss.; ID., *Lavoro familiare e nell'impresa familiare*, in *Il rapporto di lavoro: costituzione e svolgimento*, a cura di Cester, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da Carinci, 1998, 72; NUNIN, *Lavoro familiare e nell'impresa familiare*, ivi, 2007, 125 e ss.; COTTRAU, *Il lavoro familiare*, 1984, 14 ss..

carattere eccezionale<sup>165</sup>, con la conseguenza che il convivente-prestatore d'opera non avrà altra via che domandare l'*indebiti solutio* (art. 2041 cod. civ.), a sua volta negata da una precedente giurisprudenza<sup>166</sup>, e da negarsi alla luce della regola giurisprudenziale, di cui si è detto in precedenza, per cui le prestazioni patrimoniali tra i conviventi debbano considerarsi adempimento di obbligazioni naturali, con esclusione del diritto alla ripetizione della prestazione, e sostanziale abbandono delle ragioni del convivente-prestatore d'opera.

Il contrasto di opinioni si è registrato anche in dottrina, tra chi ha sostenuto coerente con la *ratio legis* la sua estensione al convivente, per l'identità di posizioni con il coniuge rispetto all'impresa e al lavoro svolto<sup>167</sup>, e chi invece ha ritenuto l'elenco dei soggetti dell'impresa familiare avente carattere tassativo<sup>168</sup>, e i diritti dei collaboratori inevitabilmente connessi alla titolarità di uno *status* familiare formale e duraturo<sup>169</sup>.

### 3.3.5 Assegno di separazione e di divorzio in favore (e a carico) del convivente; il diritto (e l'obbligo) agli alimenti.

È tuttora arduo rinvenire un orientamento prevalente in seno alla giurisprudenza della Suprema Corte in merito alla sorte dell'assegno di mantenimento per il caso in cui il beneficiario intraprenda una convivenza *more uxorio*.

Di segno certamente conservatore sono le sentenze per le quali solo le nuove nozze,

---

<sup>165</sup> Al punto di spingersi a dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost., con la motivazione che dalla convivenza non possono sorgere gli analoghi doveri che discendono dal matrimonio: così Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *Foro It.*, 1995, I, 1936; Cass., 29 novembre 2004, n. 22405, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 77, c. 1182. *Contra*, in dottrina, PALMIERI, *Del regime patrimoniale della famiglia*, II, Art. 230-bis, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, 2004, 75.

<sup>166</sup> Cass. 27 febbraio 1978, n. 1024, in *Rep. Foro It.*, 1978, voce *Arricchimento*; Cass. 6 marzo 1986, in *Rep. Foro It.*, 1986, voce *Arricchimento*.

<sup>167</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 135; BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli 27-30 maggio 1976, 139; PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 306; IANNARELLI, *Famiglia di fatto ed impresa familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 1976, 1839-1844; LIUZZO, *Alcuni aspetti civilistici della convivenza more uxorio alla luce dei più recenti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 804.

<sup>168</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 428.

<sup>169</sup> BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, 1992, 65 e ss.



e non la mera convivenza, causino la perdita del diritto al mantenimento<sup>170</sup>.

Di segno innovativo, al contrario, le sentenze che applicano estensivamente il comma decimo dell'art. 5 della legge sul divorzio al convivente divorziato che abbia intrapreso con altri una stabile convivenza, argomentando nel senso che una convivenza *more uxorio* fa venir meno il diritto all'assegno di mantenimento essendo la convivenza idonea, così come un nuovo matrimonio, a sollevare il divorziato-convivente da una situazione di bisogno<sup>171</sup>.

Tra le due teorie si colloca una terza, di segno intermedio, per la quale la convivenza intrapresa dal coniuge beneficiario dell'assegno, non implicando di per sé la nascita di alcun diritto a suo vantaggio, non comporta la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto *ex art. 5*, comma sesto l. div. da parte dell'obbligato, salvo il caso in cui la convivenza intrapresa dal beneficiario si caratterizzi per particolare stabilità e di affidabilità, tale da garantire al coniuge beneficiario dell'assegno i mezzi adeguati<sup>172</sup>: in tali casi, l'assegno può sospendersi, ridursi, o addirittura cessare. Tale orientamento può dirsi senz'altro prevalente e preferibile.

---

<sup>170</sup> Cass. civ., 22 gennaio 2010 n. 1096, in *www.altalex.com*, con nota di RINALDI; Cass. Civ. 30 ottobre 1996 n. 9505 in *Famiglia e dir.* 1997, 29, con nota di FERRANDO: "L'art. 5 della legge 898 del 1970, modificata dalla legge n. 74 del 1987, secondo cui l'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile cessa col passaggio a nuove nozze del coniuge beneficiario dell'assegno non si applica, né in via estensiva, né in via analogica alla diversa ipotesi di convivenza extraconiugale, atteso che tale situazione non implica alcun diritto al mantenimento nei confronti del convivente"; Cass. civ. 22 aprile 1994, n. 4761, in *Giur. It.*, 1994, I, 1831; Cass. civ. 20 novembre 1985, n. 5717, in *Foro It.*, 1986, I, 1369; Cass. civ. 11 novembre 1978, n. 5173, in *Rep. Foro It.*, 1978.

<sup>171</sup> Cass. Civ. 3 aprile 2015, n. 6855, in *www.altalex.com* con nota di SCALERA, e in *www.personaedanno.it* con nota di MAZZOTTA; Cass. Civ. 11 agosto 2011 n. 17195, in *www.altalex.com* con nota di LODOVICI e in *www.personaedanno.it* con nota di PIRILLI; Cass. civ. 8 agosto 2003 n. 11975; Cass. Civ. 2 maggio 2002 n. 17246 in *Guida al diritto* 2003, IX, 60; Cass. Civ. 9 settembre 2002 n. 13060 in *Arch. Civ.* 2003, 32; Cass. Civ. 2 giugno 2000 n. 7328 in *Giust. Civ.* 2000, 2225; Cass. civ. 8 febbraio 1977, n. 556, in *Dir. Fam. Pers.*, 1977, 514; Trib. Lamezia Terme, Decr. 1° dicembre 2011, su *www.altalex.com* con nota di BAGNATO; Trib. Genova 20 luglio 1982, in *Giur. Merito*, 1984, 350, con nota di TRUCCONE.

<sup>172</sup> Cass. Civ., ordinanza 2 marzo 2016, n. 4175, su *www.altalex.com*, con nota di VASSALLO, che ha confermato la sentenza della Corte d'appello con la quale si disponeva l'assegno divorzile nei confronti di una donna che, pur avendo intrapreso una nuova convivenza, continuava a versare in stato di bisogno in quanto tale convivenza non aveva il carattere della stabilità; Cass. civ. 14 ottobre 2010, n. 23968, in *www.altalex.com*: "La convivenza del coniuge con altre persona non incide di per sé direttamente ed in astratto sull'assegno di mantenimento"; Cass. civ. 3 novembre 2004, n. 21080; Cass. Civ., 6 febbraio 2004 n. 2251, in *Guida al Diritto*, 2004, 13, 49; Cass. civ. 24 novembre 1999, n. 13053, in *Guida al Diritto*, 1999, 56; Cass. civ. 4 giugno 1998, n. 3503, in *Guida al diritto*, 1998, 33 e ss.; Cass. civ. 22 aprile 1993, n. 4761; Cass. civ. 11 maggio 1983, n. 3253, in *Giur. It.*, 1983, I, 1225.

Quando invece sia l'obbligato a intraprendere una stabile convivenza, la giurisprudenza si mostra ben meno sensibile alle ragioni della “nuova” famiglia, le quali non sono suscettibili di alterare gli obblighi imposti a vantaggio della “prima” famiglia dell'obbligato<sup>173</sup>; tale orientamento è fortemente criticato dalla dottrina più innovativa, la quale ritiene ingiustamente trascurate le esigenze della famiglia di fatto dell'obbligato, la quale diviene oggetto di una sorta di pretesa sanzionatoria da parte di una giurisprudenza eccessivamente conservatrice<sup>174</sup>.

Analoghe conclusioni possono trarsi dall'analisi della giurisprudenza in tema di diritto ed obbligo agli alimenti: se il coniuge-convivente avente diritto al credito alimentare (art. 156, comma terzo cod. civ.), nonostante il rapporto intrapreso, versi in stato di bisogno (per la instabilità del rapporto medesimo, o per l'incapacità reddituale del convivente), il coniuge obbligato resterà tale<sup>175</sup>.

Identiche conclusioni possono trarsi inoltre con riferimento all'obbligo alimentare gravante sugli eredi del coniuge divorziato ai sensi dell'art. 9-bis l. div. a prescindere che si ricostruisca l'assegno come diritto di credito alimentare-peso ereditario con funzione assistenziale<sup>176</sup> (posto che è lo stato di bisogno a caratterizzare l'intera disciplina dell'istituto), sia che lo ricostruisca come legato alimentare *ex lege*<sup>177</sup>, sia ancora che lo si ricostruisca, come fa la dottrina prevalente, come diritto avente natura ereditaria<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> Cass. civ. 22 novembre 2000, n. 15065, in *Famiglia e diritto*, 34 e ss.: “La formazione di una nuova famiglia non legittima di per sé una diminuzione del contributo per il mantenimento dei figli nati in precedenza, in quanto costituisce espressione di una scelta e non di una necessità e lascia inalterata la consistenza degli obblighi nei confronti della prole”; Cass. civ. 24 novembre 1999, n. 13053: “[...] ai fini della determinazione dell'ammontare dell'assegno dovuto, non può darsi rilievo ai redditi della persona che conviva col coniuge tenuto al pagamento dell'assegno”.

<sup>174</sup> ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, 2003, 248, il quale da atto che la convivenza non possa alterare le primitive condizioni di vita dell'ex coniuge o dei figli nati nel matrimonio, ma ritiene ingiustificata qualsiasi forma di pretesa sanzionatoria nei confronti della “nuova famiglia”; FERRANDO, *Il rapporto di filiazione naturale*, in *Il Diritto di famiglia*, 1997, 33.

<sup>175</sup> Cass. Civ. 8 febbraio 1977, n. 556, in *Dir. Fam. Pers.*, 1977, 514.

<sup>176</sup> BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, 1988, 110; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, 1991, 394; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, 1995, 268.

<sup>177</sup> CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 2009, 420; SCHIAVONE, *Commento all'art. 9-bis l. 1 dicembre 1970*, n. 898, in *Codice della separazione e del divorzio*, a cura di Anelli e Borghesi, 2010, 654.

<sup>178</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, in *Tr. Cicu-Messineo*, XLIII, 1, 1999, 198; CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, 1979, 236; BONILINI, *Divorzio ed effetti di diritto ereditario*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di Bonilini e Tomaseo, in *Comm. Schlesinger*, 2010,

### 3.3.6 La sospensione della prescrizione dei diritti (art. 2941 cod. civ.).

Il principio di tipicità delle cause di sospensione della prescrizione (artt. 2941-2942 cod. civ.) è stato sovente riaffermato dalla Suprema Corte<sup>179</sup>; tali cause sono perciò insuscettibili di applicazione analogica<sup>180</sup> o estensiva<sup>181</sup>.

La dottrina ritiene ammissibile la sospensione della prescrizione anche in casi non previsti espressamente dalle norme, purché si tratti di veri e propri impedimenti di ordine giuridico (e non di mero fatto) all'esercizio del diritto<sup>182</sup>. È pertanto opinione assolutamente prevalente, in dottrina<sup>183</sup> e in giurisprudenza<sup>184</sup>, è che la sospensione della prescrizione disposta tra i coniugi non possa aver luogo anche tra i conviventi; tale opinione è criticata da altra parte della dottrina, sul presupposto che tra i conviventi si instaura una situazione affettiva, solidaristica, e di condivisione reddituale e patrimoniale equiparabile a quella dei coniugi, tale da rendere impraticabile l'esercizio di azioni e diritti contro il proprio convivente<sup>185</sup>: la critica è portata in punto di equità, specie alla luce di una consolidata giurisprudenza<sup>186</sup> che estende l'operatività dell'art. 2941 cod. civ. al coniuge separato, riguardo al quale non si può aprioristicamente dire sussistano, secondo la comune esperienza, ragioni morali o affettive per non far valere diritti e azioni, e usufruire

---

1039.

<sup>179</sup> Cass. Civ. SS. UU. 16 gennaio 2003, n. 575, su *www.infoi.us.it*; Cass. Civ., 4 giugno 2007 n. 12953, in *www.fog.it*; Cass. Civ. n. 1080/2002.

<sup>180</sup> Cass. Civ., 4 giugno 2007 n. 12953, in *www.fog.it*; Cass. civ. sez. lav., 12 aprile 2006 n. 8533; Cass. civ. sez. lav., 13 aprile 2006, n. 8677; Cass. civ. sez. lav., 1 marzo 1993, n. 2509.

<sup>181</sup> Cass. Civ., sez. Lav., 10 febbraio 2009, n. 3270, in *www.ilcaso.it*.

<sup>182</sup> TESCARO, *Decorrenza della prescrizione ed autoresponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, 2006, 212 e ss.; AZZARITI-SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Esecuzione forzata. Prescrizione e decadenza*, a cura di Micheli, Azzariti e Scarpello, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1977, 253 e ss.; ROSELLI-VITUCCI, *La prescrizione*, in *Tr. Rescigno*, XX, 2012, 510 e ss.. Per esemplificare, tali casi sarebbero: la confusione tra debitore e creditore originata da un atto risolto *ex tunc* (es. Tizio, debitore di Caio, ne diviene erede in forza di un testamento annullato), la rinuncia a un diritto in forza di una transazione che sia successivamente annullata, l'impedimento a far valere un'azione in pendenza di una azione pregiudiziale o connessa (ma *contra*, Cass. n. 747/1981), impossibilità di agire derivante da *pactum de non petendo*.

<sup>183</sup> ROSELLI-VITUCCI, *op. ult. cit.*, 415.

<sup>184</sup> Corte Cost. 29 gennaio 1998, n.2, in *Foro It.*, 1998, III, 214: "I diritti e I doveri inerenti al matrimonio si caratterizzano per la certezza e la disciplina legale del rapporto su cui si fondano: e da ciò consegue che la non omogeneità delle due situazioni non consente di estendere dall'una altre regole sulla sospensione della prescrizione"; Cass. civ. 23 agosto 1985, n. 4502; Cass. Civ. 19 giugno 1971, n. 1883.

<sup>185</sup> ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, 2003, 339-341; FIGONE, *Famiglia di fatto e sospensione della prescrizione tra I conviventi*, in *Famiglia e diritto*, 1998, 214.

<sup>186</sup> Cass. Civ. ord. 7533/2014, su *www.altalex.com*; Cass. civ. 19 giugno 1971, n. 1883.

della sospensione della prescrizione<sup>187</sup>.

### 3.3.7 Tutela possessoria del convivente-non proprietario sull'abitazione comune.

La più recente affermazione giurisprudenziale del valore della convivenza si è avuta con riferimento alla tutela possessoria del convivente rispetto alla comune abitazione che sia di proprietà dell'altro convivente o di terzi.

La Corte di Cassazione afferma che la convivenza *more uxorio*, quale formazione sociale che dà vita ad un consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente, diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità e tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare. Pertanto, l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente-proprietario in danno del convivente-non-proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio per il reintegro del possesso quand'anche non vanti un diritto reale o personale sull'immobile che, durante la convivenza, sia stato nella disponibilità materiale di entrambi<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, 2003, 341, sostiene che distinguere tra coniuge separato e convivente violi il principio di eguaglianza, non potendosi ritenere diversa la sostanza del rapporto tra conviventi e coniugi, soprattutto se separati. Tale teoria non sembra potersi condividere, in quanto considera la separazione quale causa estintiva dei vincoli (anche morali) nascenti dal matrimonio, secondo l'*id quod plerumque accidit*, mentre è opinione largamente condivisa e condivisibile quella per la quale la separazione determina solo una attenuazione dei vincoli da esso nascenti

<sup>188</sup> Cass. Civ., 15 settembre 2014, n. 19423, su *www.altalex.com*, con nota di FIORETTI; Cass. civ. 14 giugno 2012, n. 9786: "Al convivente che goda con il partner-possessore *iure proprietatis* del medesimo bene va riconosciuta una posizione riconducibile alla detenzione autonoma (qualificata dalla stabilità della relazione familiare e protetta dal rilievo che l'ordinamento a questa riconosce)"; Cass. Civ. 21 marzo 2013, n. 7214, su *www.altalex.com*, con nota di VASSALLO: "La convivenza *more uxorio* determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su un interesse proprio ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità; conseguentemente, l'estromissione violenta o clandestina del convivente dall'unità abitativa, compiuta dal partner, giustifica il ricorso alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio nei confronti dell'altro quand'anche il primo non vanti un diritto di proprietà sull'immobile che, durante la convivenza, sia stato nella disponibilità di entrambi. La tesi secondo cui la relazione di fatto del convivente sarebbe un mero strumento del possesso o della detenzione di altro soggetto, paragonabile a quella dell'ospite o del tollerato, è contraria alla rilevanza giuridica e alla dignità stessa del rapporto di convivenza di fatto, la quale - con il reciproco rispettivo riconoscimento di diritti del partner, che si viene progressivamente consolidando nel tempo, e con la concretezza di una condotta spontaneamente attuata - da vita,

La Cassazione ha inoltre ritenuto che il principio deve trovare applicazione anche qualora lo spoglio sia compiuto da un terzo nei confronti del convivente del detentore qualificato del bene, come ad esempio l'erede del convivente-proprietario defunto<sup>189</sup>.

Tale orientamento innova il precedente, per il quale il solo fatto della convivenza, anche se determinata da rapporti intimi, non porrebbe di per sé in essere, nelle persone che convivono con chi possiede il bene, un potere sulla cosa che possa essere configurato come possesso autonomo sullo stesso bene o come una sorta di compossesso. In questa prospettiva, il consolidamento della relazione tra i conviventi non darebbe luogo, in capo al soggetto non proprietario dell'immobile, ad una situazione tutelabile con l'azione di spoglio, tale che il convivente non proprietario sarebbe relegato nell'indifesa posizione dell'ospite, del tollerato o del detentore per ragioni di servizio<sup>190</sup>.

### 3.3.8 Doveri personali tra i conviventi.

Nella sua produzione più recente, la Corte ha ritenuto che la domanda di un soggetto, diretta ad ottenere il risarcimento del danno per violazione degli obblighi familiari da parte del convivente, non può ritenersi manifestamente infondata sul solo rilievo della "insussistenza, sia normativa che giurisprudenziale, dell'ipotesi di violazione degli obblighi familiari in ipotesi di persone unite dal solo vincolo *more uxorio*"; si deve al contrario, verificare in concreto la sussumibilità di tale posizione nell'ambito della categoria dei diritti fondamentali della persona, senza che assuma rilievo il tipo di unione al cui interno la lamentata lesione si sarebbe verificata<sup>191</sup>.

La Cassazione rileva che i componenti della coppia hanno diritto a ricevere tutela e riconoscimento prima ancora che come coniugi, come persone, sulla base della previsione di cui art. 2 Cost.. Ne consegue il diritto al risarcimento del danno per la violazione degli obblighi familiari in ipotesi di persone unite dal solo vincolo di convivenza, quando la

anch'essa, ad un autentico consorzio familiare"; inoltre, in tempi non sospetti, Cass. Civ. 7 ottobre 1971, n. 2753: "tra persone legate da rapporti di parentela o di affinità e conviventi, un rapporto di condetenzione tutelabile con l'azione di spoglio anche nei riguardi del condetentore titolare del rapporto di locazione non si può escludere".

<sup>189</sup> Cass. Civ., 2 gennaio 2014, n. 7, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di IPPOLITI.

<sup>190</sup> Cass. Civ. 2 ottobre 1974, n. 2555; Cass. civ. 14 giugno 2001, n. 8047.

<sup>191</sup> Cass. Civ., 20 giugno 2013, n. 15481, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di VASSALLO.

lesione rientra nella categoria dei diritti fondamentali della persona; e ciò, precisa il Supremo Collegio, a prescindere dal tipo di unione al cui interno detta lesione si sarebbe verificata<sup>192</sup>.

Tale orientamento si connette alle altre pronunce con le quali la Corte ha esteso anche alla convivenza prematrimoniale la responsabilità per la violazione degli obblighi di lealtà, correttezza e solidarietà<sup>193</sup>, nonché a quelle con le quali la medesima Corte ha attribuito rilevanza alla condotta prematrimoniale per l'emissione della pronuncia di addebito della separazione<sup>194</sup>.

### 3.3.9 Giurisprudenza penale.

Anche la giurisprudenza penalistica ha affrontato il tema della convivenza nei più vari ambiti della sua giurisdizione, con varietà di soluzioni, delle quali si intende qui offrire una rapida sintesi.

Con riferimento all'estensibilità al convivente *more uxorio* della scriminante disposta dall'art. 649, comma primo, n.1 c. p. in favore del coniuge non separato legalmente, la giurisprudenza di legittimità si è tradizionalmente orientata in senso sfavorevole<sup>195</sup>, con riferimento a beni mobili insuscettibili di detenzione comune.

Analogamente si è interpretato l'art. 384 c. p., norma che prevede al comma 1 che “nei casi previsti dagli artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella

<sup>192</sup> Cass. Civ., 15 marzo 2012, n. 4184, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di MARANI.

<sup>193</sup> Cassazione Civile, 10 maggio 2005, n. 9801, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>194</sup> Cass. Civ., 20 giugno 2013, n. 15486, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di VASSALLO: “Il periodo di convivenza pre-matrimoniale non è affatto irrilevante allorché si colloca, rispetto al matrimonio, come un periodo di convivenza continuativo e che consente di valutare complessivamente la vita della coppia”.

<sup>195</sup> Cass. Pen., 16 giugno 1986, n. 5630, in *Ced Cass.*, n. 173142: “In tema di reati contro il patrimonio, nel caso di convivenza *more uxorio*, non viene meno il carattere personale di alcuni beni che per loro natura, come è per i preziosi (sottratti nella specie dal convivente) non possono essere oggetto di detenzione comune, ma conservano il connotato di disponibilità autonoma, la cui lesione, pertanto, integra il delitto di furto e non quello di appropriazione indebita”; Cass. Pen., 26 settembre 2005, n. 34339, in *Ced Cass.*, n. 232253: “Deve ritenersi integrato il reato di furto nel caso di sottrazione, da parte del convivente, di beni che per loro natura, come gli oggetti preziosi, non possono essere oggetto di detenzione comune, in quanto la convivenza *more uxorio* non fa venir meno il loro carattere personale e il connotato di disponibilità autonoma da parte dell'originario detentore”.

libertà e nell'onore”.

La causa di non punibilità, dunque, opera in relazione a reati che vanno dall'omessa denuncia di reato all'omissione di referto, dall'autocalunnia alle false informazioni al pubblico ministero, dalla falsa testimonianza al favoreggiamento personale.

Il richiamo, dunque, alla luce del combinato disposto degli artt. 384 e 307 c. p., è alla specifica figura del coniuge, e la giurisprudenza di legittimità si è perciò occupata in più occasioni della possibile equiparabilità a tale figura del convivente *more uxorio* ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità *ex art.* 384 c. p., soprattutto in materia di favoreggiamento personale.

L'opinione nettamente prevalente, ribadita in più circostanze, anche dalla Corte Costituzionale, è tuttavia nel senso della non estensibilità della norma al convivente<sup>196</sup>, argomentando che la richiesta piena assimilazione è in contrasto con la valutazione differenziatrice data dalla stessa Costituzione, che ha ricollegato il rapporto *more uxorio* all'ambito della protezione dell'individuo nelle formazioni sociali, ed il rapporto coniugale all'ambito dell'art. 29 Cost.; valutazione questa che costituisce un criterio vincolante di comprensione e classificazione, quindi di assimilazione e differenziazione, di fatti giuridicamente rilevanti.

In tema di immigrazione la Suprema Corte, richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>197</sup>, ha di recente affermato il principio che la convivenza *more uxorio* con una cittadina italiana non è ostativa all'applicazione dell'espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione<sup>198</sup>. Scrivono in proposito i giudici di legittimità che la convivenza *more uxorio* con una cittadina italiana non può costituire legittimo motivo ostativo all'espulsione, in quanto nella giurisprudenza è stato ripetutamente stabilito che il divieto di espulsione di cittadino extracomunitario coniugato con cittadino

---

<sup>196</sup> C. Cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Cass. Pen.*, 1996, 1378; C. Cost. 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353; C. Cost. 22 giugno 1989, n. 352, in *Cass. Pen.*, 1989, 2135; *Cass. Pen.*, 26 ottobre 2006, n. 35967, in *Fam. e dir.*, 2007, 3, 275, con nota di PITTARO, e in *Riv. pen.*, 2007, 2, 156; in *Ced Cass.*, n. 234862. *Contra*, in giurisprudenza, *Cass. Pen.* Sentenza 11 maggio 2004, n. 22398, in *Cass. pen.*, 2005, 7, 8, 2231; in *Ced Cass.*, n. 229676; in dottrina FERRANDO, *La famiglia senza matrimonio*, in *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, a cura di Spallarossa, 2a ed., 2008, 134).

<sup>197</sup> C. Cost. ordinanza n. 313 del 2000

<sup>198</sup> *Cass. Civ.*, 18 giugno 2008, n. 24710, in *Ced Cass.*, n. 240596; *Cass. civ.*, 24 febbraio 2004, n. 3622.

italiano o convivente con parenti entro il quarto grado di cittadinanza italiana, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 19 comma 2, lett. c), risponde all'esigenza di tutelare da un lato l'unità della famiglia e dall'altro il vincolo parentale che riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici; certezza che è invece assente nella convivenza *more uxorio*<sup>199</sup>.

In tema di reati di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, la mera convivenza di un individuo con una prostituta, anche *more uxorio*, non assurge, in sé e per sé, ad elemento integratore, ove non sia acclarata l'effettiva agevolazione e il profitto in danno della medesima da parte del convivente, dei reati stessi<sup>200</sup>.

Il punto di vista fin qui restrittivo della giurisprudenza penale muta però se si entra nel campo dei maltrattamenti familiari: quivi è ormai pacifica in giurisprudenza la equiparabilità del convivente *more uxorio* al coniuge ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 572 c. p. (maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli) che incrimina chiunque “maltratta una persona della famiglia o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte”, ad eccezione del caso in cui all'abuso dei mezzi di correzione e di disciplina sanzionato dall'art. 571 c. p.. Ciò, si badi, nonostante il dato letterale faccia riferimento alla “famiglia”, come anche l'art. 29 Cost..

Tale orientamento si riscontra già in sentenze risalenti ad oltre quarant'anni or sono e, quindi, ad un'epoca in cui non era neanche all'orizzonte la riforma del diritto di famiglia e, ancor meno, la diffusione nella società delle unioni di fatto<sup>201</sup>, ove si rilevava come agli effetti dell'applicazione della norma dovesse considerarsi “famiglia” ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione per cui anche il legame di puro fatto stabilito tra un uomo e una donna vale pertanto a costituire una famiglia, quando risulti da una

---

<sup>199</sup> Cass. Civ., 18 giugno 2008, n. 24710, in *Ced Cass.*, n. 240596.

<sup>200</sup> Cass. Pen., 8 febbraio 1983, n. 1260, in *Ced Cass.*, n. 157383.

<sup>201</sup> Cass. Pen., sentenza 26 maggio 1966, in *Ced Cass.*, n. 101563.



comunanza di vita e di affetti analoga a quella che si ha nel matrimonio<sup>202</sup>. La giurisprudenza successiva è rimasta attestata nell'affermazione di tale principio<sup>203</sup>.

L'interpretazione della giurisprudenza è però nuovamente restrittiva nell'interpretare la circostanza aggravante di cui all'art. 577 c. p., che prevede, al secondo comma, una specifica circostanza aggravante se l'omicidio volontario è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi o il figlio adottivo o contro un affine in linea retta. Il differente trattamento rispetto all'ex coniuge e al convivente *more uxorio* è stato ritenuto dalla Cassazione fondato, in quanto tale diverso trattamento normativo si motiva per l'esistenza del rapporto di coniugio e del carattere di tendenziale stabilità e riconoscibilità del vincolo coniugale<sup>204</sup>.

Va detto, in ogni caso, che il convivente *more uxorio* gode della maggiore tutela che gli offre, anche per i casi in cui sia vittima di reati contro la persona, la possibilità che al reo sia applicata la circostanza aggravante a carattere generale ex art. 61, n. 11, c. p. (di cui si dirà *infra* in questo stesso capitolo).

In materia di gratuito patrocinio a spese dello Stato, la Cassazione ha precisato che per la individuazione del reddito ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato occorre tenere conto, a norma dell'art. 76 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della somma dei redditi facenti capo all'interessato e agli altri familiari conviventi, compreso il convivente *more uxorio*; in quest'ultimo caso, poiché tale convivenza realizza una situazione di fatto e non di diritto, la sua prova non può scaturire solo dalle risultanze anagrafiche, ma può essere tratta da ogni accertata evenienza fattuale che dia contezza della sussistenza del

---

<sup>202</sup> Cass. Pen., sentenza 26 maggio 1966, in *Ced Cass.*, n. 101563.

<sup>203</sup> Cass. 22 marzo 1980, n. 4084, in *Ced Cass.*, n. 144802; Cass. 20 febbraio 1986 n. 1691, in *Ced Cass.*, n. 171979; Cass. 18 maggio 1990, n. 7073, in *Ced Cass.*, n. 184342; Cass. Pen. n. 1067 del 1991, in *Ced Cass.*, n. 186276; Cass. Pen. 18 ottobre 2000 n. 12545, in *Ced Cass.*, n. 218173; Cass. Pen., 5 dicembre 2005, n. 44262, in *Ced Cass.*, n. 232904: "Il reato di maltrattamenti in famiglia è configurabile anche al di fuori della famiglia legittima, in presenza di un rapporto di stabile convivenza, come tale suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza, senza che sia richiesto che tale convivenza abbia una certa durata, quanto piuttosto che sia stata istituita in una prospettiva di stabilità, quale che sia stato poi in concreto l'esito di tale comune decisione"; Cass. Pen., 31 maggio 2007, n. 21329, in *Cass. pen.*, 2008, 855, 2858, con nota di BELTRANI, e in *Ced Cass.*, n. 236757; Cass. Pen., 22 maggio 2008, n. 20647, in *Ced Cass.*, n. 239726; in *Guida al diritto*, 2008, 34, 93, con nota di VIOLA.

<sup>204</sup> Cass. Pen., 18 maggio 1988, n. 6037, in *Giust. Pen.*, 1989, 4, 2, 207, e in *Ced Cass.*, n. 178415.

rapporto<sup>205</sup>. Per il gratuito patrocinio, dunque, quello che conta è il reddito di coloro che convivono insieme, tanto è vero che, nel caso in cui un soggetto sia separato dal coniuge (che giuridicamente è ancora tale) e conviva *more uxorio* con altri, è del reddito di quest'ultimo che si tiene conto ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato<sup>206</sup>.

A parere di autorevole dottrina, le oscillazioni della giurisprudenza penale si motivano con l'obbligata adesione al dato normativo, che talvolta richiama i "familiari conviventi", altre volte la specifica figura del coniuge: mentre nel primo caso, è consentito ricomprendere il convivente tra i familiari, senza operare strappi del tessuto normativo, e interpretazioni analogiche (se non addirittura *contra legem*), il riferimento al coniuge si lega alle caratteristiche specifiche della situazione presa in considerazione, e perciò non estensibili ad altri casi<sup>207</sup>; l'estensione delle cause di non punibilità, che costituiscono deroghe a norme penali generali, comporta una ponderazione tra interessi in conflitto che attiene in primo luogo alla discrezionalità del legislatore, una volta confrontati gli opposti interessi (tutela della efficacia della funzione giudiziaria penale e tutela di aspetti della vita familiare): in questo senso, non necessariamente la posizione del convivente deve essere coincidente con quella del coniuge, stanti i citati tratti differenziali quanto a stabilità del rapporto<sup>208</sup>.

### 3.4 Dottrina.

Sulla natura e la rilevanza della famiglia di fatto nell'ordinamento giuridico italiano si sono confrontate sia la dottrina pubblicistica che quella privatistica, producendo una grande varietà ed eterogeneità di posizioni, che devono necessariamente schematizzarsi, al fine di offrire un quadro non certamente esaustivo e rispettoso delle specialità di ogni singola opinione, ma quanto meno intelligibile<sup>209</sup>.

<sup>205</sup> Cass. Pen., 20 maggio 2005, n. 19349, in *Ced Cass.*, n. 231357; Cass. Pen., 28 gennaio 2004 n. 13265.

<sup>206</sup> Cass. Pen., 18 marzo 2004, n. 13265, in *Ced Cass.*, n. 228035.

<sup>207</sup> FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., 2005, 110.

<sup>208</sup> Cass. Pen., sentenza 26 ottobre 2006, n. 35967, in *Fam. e dir.*, 2007, 3, 275, con nota di PITTARO, e in *Riv. Pen.*, 2007, 2, 156.

<sup>209</sup> Pregevoli sono le schematizzazioni operate da MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 91-107 e 197-216; in precedenza, FRANCESCHIELLI, *La famiglia di fatto da deviant phenomenon a istituzione sociale*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1980, 1264.

La dottrina pubblicistica si è principalmente confrontata sul terreno dell'art. 29 Cost.<sup>210</sup>; le prime interpretazioni si sono soffermate sull'inciso "società naturale" che completa la descrizione della famiglia, che quindi, in ossequio alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, viene ritenuta da taluni una società di *ius naturale*, che precede la legge e lo Stato: una comunità originaria e necessaria, un organismo sociale ed etico, primordiale rispetto al diritto, cui si intende riconoscere una autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione<sup>211</sup>.

La ricostruzione proposta ha creato da subito numerosi interrogativi<sup>212</sup>: la famiglia è una entità naturale aliena al diritto? Ovvero, è parte del diritto, ma i suoi diritti primordiali non devono essere alterati dalla legge dello Stato, che dunque nella famiglia trova un limite al suo potere legislativo?

A tali interrogativi, si aggiunge poi una chiosa determinante: la famiglia è sì società naturale, ma (se ed in quanto) "fondata sul matrimonio". Il che, sarebbe a dire, che la società naturale, preesistente al diritto, è tale se fondata su un atto giuridico, ossia sul diritto stesso; in sostanza, l'unica famiglia-società naturale è la famiglia legittima, e non anche la famiglia naturale<sup>213</sup>.

In questo genere di idea di famiglia vi è una forte influenza dell'idea napoleonica di

---

<sup>210</sup> Art. 29 Cost.: "1. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. 2. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare". CARDIA, *La famiglia di fatto negli anni '30-'50*, 1999, 863 e ss., tratta diffusamente e senza schematismi (in questa sede necessari) degli orientamenti e delle scuole di pensiero fiorite intorno all'interpretazione dell'art. 29 Cost.

<sup>211</sup> GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, 1950, 290-295; ID., *Famiglia (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, 50 e ss.; JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, 1957, 223 e ss.; più di recente, PULEO, voce *Famiglia. II) Disciplina privatistica in generale*, in *Enc. Giur.*, XIV, 1989, 6; ID., *Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, I, 382-416; LOMBARDI, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, 3 e ss..

<sup>212</sup> MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 72.

<sup>213</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, 1961, 393-394; ID., *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II convegno di Venezia, 11-12 marzo 1972, 3 ess.; GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, 1950, 295; SCADUTO, *Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione*, in *Iustitia*, 1965, 43-69; LOMBARDI, *La riforma dell'ordinamento italiano*, *ivi*, 3-26.

famiglia, la quale è alla base della società e portatrice di interessi collettivi<sup>214</sup>, “*seminarium rei publicae*”<sup>215</sup>.

Milita in questo senso il richiamo ai “diritti della famiglia”, operato dall'art. 29 Cost., e l'esigenza di riassetto della giovane società repubblicana, ripartendo proprio dalla delega alla famiglia del dovere di istruzione, educazione e controllo.

Inoltre, più autori<sup>216</sup> fanno riferimento all'influenza esercitata dalla Chiesa cattolica, desiderosa di riconfermare la propria visione del matrimonio nella prassi quotidiana della tradizione cattolica in materia di vita della famiglia, e dunque interessata ad una applicazione della Costituzione quanto più confermativa della previgente intangibilità dell'istituto della famiglia legittima.

Le tendenze conservatrici sono state a lungo maggioritarie: gli scritti in tema di famiglia di fatto, ancora da considerarsi mero concubinato, non suscitavano l'interesse dei giuristi, o comunque non in chiave comparativa con la famiglia legittima<sup>217</sup>; ma ciò non vale ad affermare che quella prospettata fosse l'unica ipotesi in campo.

Parte della dottrina<sup>218</sup> criticò l'inquadramento della famiglia quale società naturale con diritti propri ed indipendenti dall'ordinamento statale: i costituenti non avrebbero proclamato i diritti della famiglia “contro” lo Stato, ma, più semplicemente, i diritti della famiglia e nella famiglia. Il riferimento alla “società naturale” altro non è che la presa d'atto che all'interno di quella società, i rapporti non sono esclusivamente giuridici, ma anche e soprattutto affettivi, sentimentali e spontanei, mentre il “fondato sul matrimonio” esprime una mera preferenza normativa che il legislatore accorda alla famiglia legittima, senza per questo escludere dalla sua definizione famiglie fondate su altri atti.

Parallelamente, si sviluppa l'idea per la quale dall'art. 29 Cost. si ricaverebbe una tutela “in negativo”, consistente nel divieto, per il legislatore ordinario, di vietare o punire

---

<sup>214</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Status familiae*, in *Saggi di diritto civile*, 1961, 421.

<sup>215</sup> CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1939, 5

<sup>216</sup> PARADISO, *La comunità familiare*, 1984, 24, ove si fa riferimento al tentativo di “costituzionalizzazione” del Concordato.

<sup>217</sup> DE CUPIS, *Il concubinato nel diritto privato*, in *Foro padano*, 1961, III, 75-84; JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, II, 398-408; STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. Trim. Dir. E proc. civ.*, 1965, 1118-1128.

<sup>218</sup> ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, 1954, 136

persone libere da vincoli matrimoniali che intendano fondare una famiglia non sul matrimonio.

Altra parte della dottrina<sup>219</sup>, sull'onda dei mutamenti sociali in atto negli anni Sessanta del Novecento, approfondisce il filone appena tracciato, e ritiene che il riferimento alla società naturale altro non sia che una “norma in bianco”, che rinvia al concetto di famiglia che è proprio del tempo nel quale ci si trova di volta in volta. La formula costituzionale avrebbe dunque un valore recettizio: essa permetterebbe di dare della famiglia non una visione fotografica, bensì cinematografica, storica, che si riempie dei significati del presente, in modo da ottenere una perfetta sintesi tra norma giuridica e realtà sociale. Tale opinione è fortemente contraria alla concezione giusnaturalistica della famiglia che “precede” lo Stato; coerentemente, il matrimonio non è che una delle possibili genesi di quella società dal contenuto astratto e mutabile. Ma anche, allo stesso tempo, l'unica che garantisce alla stessa riconoscimento e protezione da parte dell'ordinamento.

Quest'ultima lettura del significato della “società naturale” segna il passaggio dalla “famiglia istituzione”, statica, alla “famiglia funzione”, dinamica, che non va più vista come un unico corpo dotato di scopi ed interessi superiori propri, ma come un insieme di individui che in essa si promuovono<sup>220</sup>. Sono dunque da rigettare teoremi di interesse superiore della famiglia contrapposto al resto della collettività, perché sulla base di tale superiore interesse, il legislatore potrebbe operare discriminazioni arbitrarie tra individui e conculcare la personalità dei membri della famiglia, in contrasto con la stessa Costituzione<sup>221</sup>. La famiglia ha, secondo questa teoria, una sua rilevanza autonoma, una

---

<sup>219</sup> MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, 225-226; BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 780 e ss.; ROPPO – BENEDETTI, *Famiglia, III) Famiglia di fatto (aggiornamento)*, in *Enc. giur.*, XIV, 1999, 1; BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066, ove si afferma che questa norma rappresenti uno dei più alti esempi di mediazione linguistica nella scrittura della Costituzione, ma anche “una proposizione impossibile”, munita di senso ma priva di preciso significato), e 1067-68, ove si rileva che “predicare della famiglia che essa è una società 'naturale' e, ad un tempo, 'fondata sul matrimonio' è predicare attributi tra loro incompatibili, dato che il matrimonio è un istituto giuridico che non appartiene affatto alle forme “naturali” dell'organizzazione sociale, ma a quelle convenzionali, determinate dalle regole contingenti poste dalla legislazione vigente”; VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, 2007, 92 e 94, secondo cui definire la “famiglia” è soprattutto una “questione politica e legale”, agganciata a trasformazioni sociali e d'opinione; per cui non sarebbe soddisfacente ricavare dall'art. 29 Cost. neppure “un nucleo duro”.

<sup>220</sup> MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 79.

<sup>221</sup> MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, 1965, *passim*.

“soggettività di diritto costituzionale<sup>222</sup>”: ma tale è funzionale allo sviluppo della personalità e dei diritti degli individui, e non in contrasto con essi.

L'enfaticizzazione della “funzione” rispetto alla “istituzione” ha introdotto la questione della legittimità del diverso trattamento previsto per la famiglia naturale, rispetto alla tutela offerta alla famiglia legittima: stante la prospettata identità dal punto di vista funzionale, tale discriminazione appariva qualcosa di non più accettabile. Ma il quesito si dimostrò ben lontano da una risposta.

Sulla scorta delle opinioni prospettate, l'opinione più moderna ritiene superata l'idea tradizionale per cui la tutela della famiglia legittima non possa che realizzarsi in forma esclusiva, con conseguente sacrificio e negazione di tutte le altre situazioni di carattere familiare; ciò in quanto l'art. 30 Cost., al comma terzo stabilisce che “la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale”; dal che dovrebbe trarsi non un primato generale della famiglia legittima su quella naturale, ma una ristretta tutela particolare, a far da eccezione a un principio di parità, che la norma citata sancirebbe pienamente.

Non sarebbe infatti, ad opinione dei fautori di questa impostazione, né giusto seguire a concepire la famiglia legittima così come era uscita dall'Ottocento<sup>223</sup>, né, per di più, determinare tra varie situazioni familiari, un regime di concorrenza, creando posizioni di esclusività<sup>224</sup> e di soggezione.

La famiglia fondata sul matrimonio allora degrada, rispetto alle teorie tradizionali e conservatrici, da “società naturale” a “formazione sociale”, non dovendosi in essa riconoscere nessuna “naturalità” ulteriore che non sia propria di ogni formazione sociale basata sulla condivisione di affetti e di valori costituzionali: ciò che caratterizza le relazioni familiari, si sostiene, non è tanto la struttura estrinseca della fonte, quanto la tutela giuridica di interessi fondamentali, quali il reciproco rispetto, la fedeltà, la non ingerenza

---

<sup>222</sup> MAJELLO, *ibidem*; BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, 1953, 54 e ss.

<sup>223</sup> CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, 1966, 89, il quale definisce la famiglia del Codice napoleonico come un organo politico, ugualmente lontana sia dalla famiglia tradizionale a base etica e religiosa, sia dalla famiglia naturale vagheggiata dalla Costituzione; eppure, l'unica e vera famiglia dal punto di vista giuridico.

<sup>224</sup> CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, 1966, 89-96.

di terzi estranei, la coesione e l'unità del gruppo, che si manifestano unicamente nell'ambito di questo tipo di comunità sociale<sup>225</sup>.

L'illegittimità costituzionale dei reati di concubinato ed adulterio<sup>226</sup> ha dato ulteriore vigore a questa idea, la quale ha potuto affermare che, data per acquisita la funzione della famiglia quale luogo eletto di esercizio dei diritti della persona costituzionalmente garantiti, la stessa nasce non in seguito all'atto formale del matrimonio, che è mero requisito documentale, ma naturalmente e spontaneamente, con la presenza degli uomini, e prima che lo Stato le assegni uno statuto giuridico<sup>227</sup>.

La costruzione interpretativa proposta, divenuta largamente maggioritaria, orienta fortemente il legislatore dell'epoca<sup>228</sup>, che vara in quegli anni la riforma del diritto di famiglia<sup>229</sup>, caratterizzata dall'accentuata impostazione consensuale<sup>230</sup> (avvalorata dalla introduzione dell'invalidità del matrimonio per simulazione), dalla parità giuridica ed economica dei coniugi, dal superamento della contrapposizione tra filiazione legittima e naturale con la sostanziale equiparazione delle due situazioni giuridiche, e, novità di diretto interesse per i conviventi *more uxorio*, l'introduzione dell'art. 317-bis, secondo

---

<sup>225</sup> BARCELLONA, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1967, 779-789.

<sup>226</sup> C. Cost. sent. 19 dicembre 1968 n. 126, in *www.cortecostituzionale.it*; C. Cost. sent. 19 dicembre 1968 n. 127, in *www.gazzettaufficiale.it*; C. Cost. sent. 3 dicembre 1969 n. 147, in *www.cortecostituzionale.it*, delle quali si è già detto *supra*, in questo capitolo.

<sup>227</sup> PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. E proc. Civ.*, 1972, 1433-1456, e in particolare 1455; ma MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 86, sottolinea argutamente l'incoerenza dell'Autore citato, il quale premette di partire, nella sua indagine, dallo "stretto diritto positivo".

<sup>228</sup> RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, 1973, 3-50.

<sup>229</sup> Sul nuovo diritto di famiglia si rinvia alle numerose opere sistematiche e manualistiche tra le quali: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, 1977-1979; A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975 n. 151. Legislazione, dottrina, giurisprudenza*, 1984; BESSONE – ALPA – D'ANGELO – FERRANDO - SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, 1997; AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 1993; SBISA', *Riforma del diritto di famiglia*, in *Noviss. Dig.It., App.*, VI, 1986, 797-800; CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I, 93-106; RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1998, I, 112; TRABUCCHI, voce *Matrimonio*, in *Noviss. Dig. It., App.* IV, 1983, 1184-1202. *Contra*, nel senso che il passaggio dal matrimonio fondato sull'autorità maritale a quello fondato sull'uguaglianza dei coniugi sia una innovazione da ascrivere all'art. 29 della Costituzione, e non alla riforma del 1975, MENGONI, *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, 111; CUOCOLO, voce *Famiglia. 1) Profili costituzionali*, in *Encicl. Giur.*, XIV, 1989, 2.

<sup>230</sup> PIETROBON, *Il matrimonio*, in *Jus*, 1974, 35-56; MARZANO, *Natura contrattualistica speciale del matrimonio riformato e regime delle nullità: aspetti pubblicistici e processuali*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1983, 738-754; MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 86.

comma<sup>231</sup>, cod. civ., a mente del quale, riconosciuto il figlio naturale da entrambi i genitori, la potestà su di esso spettava ad entrambi congiuntamente “qualora siano conviventi”.

La dottrina dell'epoca salutò in maggioranza la riforma come il passo che aveva avvicinato il diritto alla realtà sostanziale<sup>232</sup> (nella quale non esisteva più la famiglia verticistica), e che aveva sostituito al modello familiare napoleonico<sup>233</sup> una famiglia senza modello, più libera al suo interno e più aperta verso l'esterno<sup>234</sup>.

La dottrina conservatrice, divenuta largamente minoritaria, non parlò con una sola voce, lasciando a pochi suoi interpreti l'onere del lamento accorato<sup>235</sup>. Fu piuttosto brillante dottrina<sup>236</sup>, da sempre attestata su posizioni riformiste, a sottolineare che all'indomani della riforma del 1975, fosse illusorio sostenere la piena parificazione e la possibilità di superare, sulla base della normativa, anche solo formalmente, il divario tra i due *status*, laddove, nonostante la riforma stessa, l'ordinamento giuridico manteneva il tradizionale atteggiamento “agnostico” nei confronti della famiglia di fatto, a fronte della sua progressiva diffusione, rivelando l'infondatezza e la pericolosità delle posizioni di chi, scambiando le proprie aspirazioni con i dati normativi, continuava a proclamare la acquisita piena rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*, o addirittura la completa parificazione di questa con la famiglia fondata sul matrimonio.

Tali sagge deduzioni, segnano, in sostanza, la fine della disputa sulla rilevanza

---

<sup>231</sup> Norma inserita nel corpo del codice civile dall'art. 140 l. 19 maggio 1975 n. 171, e poi sostituita dall'art. 42 D. Lgs. 28 dicembre 2013 n. 154 a far data dal 7 febbraio 2014; il primo periodo del comma 2° della norma disponeva: "Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi. Si applicano le disposizioni dell'art. 316 (...)".

<sup>232</sup> SBISÀ, *Riforma del diritto di famiglia*, in *Noviss. Dig.It., App.*, VI, 1986, 800.

<sup>233</sup> SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 153-195, e FERRANDO, voce *Matrimonio civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Civile*, XI, 1994, 241, e ancora EAD., *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 1998, 185, con una robusta dose di ideologia, parleranno, venti anni dopo la riforma, di “definitivo tramonto” della famiglia istituzionale.

<sup>234</sup> RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori ed ipotesi sistematiche*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, 1976, 677.

<sup>235</sup> DE CUPIS, *Debitazione legislativa della famiglia legittima*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1972, I, 317-319.

<sup>236</sup> DOGLIOTTI, *Per un riconoscimento effettivo della famiglia di fatto. Spunti per una discussione*, in *Giur. It.*, 1980, IV, coll. 161-162; più recentemente, in senso critico rispetto interpretazioni creative, tendenti a svuotare la portata precettiva dell'art. 29 Cost., generando interpretazioni infedeli al tenore letterale del dettato costituzionale, sacrificato sull'altare dell'adesione alla mutata realtà sociale, economica e culturale, LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, III, 2006, 2419 e ss.; RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 752 e 762 e ss..



costituzionale della famiglia di fatto, che è oramai un dato acquisito: la copertura costituzionale della famiglia di fatto si ricava, secondo l'opinione dominante, attraverso l'interpretazione sistematica degli artt. 2 e 29 Cost., stante l'identità obbiettiva tra la famiglia legittima e la famiglia di fatto sul piano della funzione (gratificazione affettiva, realizzazione della persona, prevalenza del rapporto rispetto all'atto): l'art. 29 fissa la funzione, l'art. 2 estende tale funzione, onorando il suo ruolo di norma "in bianco", tale da ricomprendere tutte le forme associative che si sviluppano nella realtà sociale in vista dello svolgimento della personalità dei singoli<sup>237</sup>.

Perciò, il terreno del confronto si sposta sul diritto civile; ossia non (più) sul "se" la convivenza abbia un volume, ma sul "quanto" ampio sia questo volume<sup>238</sup>.

Anche nell'ambito della dottrina privatistica, gli orientamenti sono i più vari e contrastanti, e si rende necessario schematizzare per filoni di pensiero. Volendo da subito rifuggire categorizzazioni semplicistiche<sup>239</sup>, ci si rifà alla schematizzazione proposta da autorevole dottrina<sup>240</sup>, la quale ha distinto tra gli Autori che hanno riconosciuto alla convivenza una mera rilevanza generica, e chi invece, con le distinzioni e le specificità dei singoli casi, ha riconosciuto alla convivenza una rilevanza specifica.

Nel primo gruppo, si attesta la dottrina più conservatrice, la quale ha preso atto

---

<sup>237</sup> Questa la brillante sintesi di P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, 39; condivisa da DOGLIOTTI, *Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto. Spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 347; RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia, Quaderni del CSM*, 1980, 12; TERRANOVA, *Convivenza e rilevanza delle unioni cc.dd. di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, 806 e ss. L'opinione non è comunque unanime, in quanto vi è chi si è spinto a ritenere che il fondamento costituzionale della famiglia di fatto risieda nella tutela della libertà individuale di convivere *ad modum coniugii*: BARBERA, *Art. 2, Principi fondamentali*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, 1975, 66 e ss.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (parte generale)*, 4 e ss. e 45; ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzioni e prospettive*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1999, 1474; MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Encicl. del dir.*, vol. XXXIII, 1983, 371; MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, 1984, 24 e ss.; PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, 1988, 329 e ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, 1972, 175.

<sup>238</sup> ROSSI, *La tutela costituzionale delle forme di convivenza diverse dalla famiglia*, in *L'attuazione della Costituzione*, a cura di Panizza e Romboli, 2004, 157 e ss.; CALIFANO, *La famiglia e i figli nella Costituzione italiana*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania e Ridola, 2006, III, 929.

<sup>239</sup> Con rispetto assoluto per ZAMBRANO, *La famiglia di fatto, epifanie di un fenomeno giuridico*, 2005, 13, non pare corretto etichettare la dottrina tradizionale o comunque più conservatrice come gli "oppositori della famiglia di fatto".

<sup>240</sup> ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. Trim. Dir. E proc. civ.*, 1980, 738-739

della rilevanza generica della formazione sociale, ma non per questo ritiene possa sminuirsi la rilevanza dell'atto del matrimonio (e di conseguenza, della famiglia legittima); il matrimonio è, in questa area di pensiero, un “punto importante nella costruzione della civiltà<sup>241</sup>”, non semplice regola di un rapporto, ma atto essenziale, creatore di situazioni giuridiche<sup>242</sup> le quali per loro natura (rapporti tra coniugi, filiazione, parentela) non richiedono soltanto un regolamento di situazioni passate, mirando piuttosto alla loro proiezione nell'avvenire<sup>243</sup>. Su questa fondamentale istituzione giuridica, la Costituzione, all'art. 29, si è espressa senza equivoci: lo Stato riconosce i diritti della famiglia *in quanto* essa è fondata sul matrimonio, che è alla base della nozione giuridica di famiglia<sup>244</sup> stessa, e la Costituzione garantisce la famiglia fondata sul matrimonio “di diritto”, non sul matrimonio “di fatto<sup>245</sup>”.

Il rapporto famiglia-diritto si impernia sull'atto giuridico formale, tipico e solenne, da cui scaturisce la giuridicità del rapporto e degli *status* che ne derivano<sup>246</sup>.

In conclusione, per tale dottrina, anche successivamente alla riforma del 1975, al di là di interessanti disquisizioni sociologiche, resta invariata la *concezione giuridica* della famiglia<sup>247</sup> che esclude qualsiasi assimilazione funzionale con altre formazioni sociali, pur se incluse nell'ampio contenitore rappresentato dall'art. 2 Cost<sup>248</sup>. Coerentemente, parlare di famiglia di fatto come entità giuridicamente rilevante è un semplice *non-sense*; né può ritenersi che il legislatore abbia inteso sovvertire i principi generali dell'ordinamento per aver approvato questa o quella norma speciale che attribuisce qualche rilevanza a un rapporto parafamiliare di fatto<sup>249</sup>.

---

<sup>241</sup> 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, 1986, 181.

<sup>242</sup> TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. Civ.*, 1977, 7.

<sup>243</sup> TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 341.

<sup>244</sup> PULEO, *Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, 384.

<sup>245</sup> F. FINOCCHIARO, *Libertà primarie della persona e criteri configuratori del sistema matrimoniale italiano*, in *Dir. eccl.*, 1989, I, 97.

<sup>246</sup> MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 105.

<sup>247</sup> TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. Civ.*, 1977, 3.

<sup>248</sup> DE CUPIS, *Famiglia e diritto*, in *Dir. Fam.*, 1983, 1116; ma v. BUSNELLI-SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, VI, 98 ove si ritiene che lo schema delle formazioni sociali sia troppo generico e neutrale per collocarvi utilmente la famiglia di fatto.

<sup>249</sup> TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 26; PIETROBON,

Nel secondo gruppo, più vasto ed eterogeneo, si annida una serie di diversi orientamenti, il cui punto di partenza è comune: la famiglia di fatto non è un mero fenomeno sociale, ma una vero e proprio istituto giuridico, cui trovare una consacrazione nel diritto, in attesa che il legislatore adeguasse il diritto positivo tenendo conto di questa realtà.

Una prima possibile soluzione è stata avanzata da chi, muovendo dalla identità funzionale di famiglia legittima e famiglia di fatto, ha ritenuto applicabili analogicamente a quest'ultima le norme dettate per la prima<sup>250</sup>. L'atto giuridico del matrimonio, secondo questa impostazione, rileva in quanto al modo di costituzione del rapporto (configurando il rapporto scaturente secondo la forma legittima a norma dell'art. 29, comma primo, Cost.<sup>251</sup>); ma si tratta di una distinzione esclusivamente formale, irrilevante sul piano degli effetti, sul quale le due formazioni sono identiche<sup>252</sup>. Il matrimonio, in sostanza, consentirebbe solo di distinguere formalmente tra una fattispecie negoziale tipica e un rapporto di fatto socialmente tipizzato<sup>253</sup>.

Il punto di debolezza di una tale ricostruzione risiede nel metodo analogico stesso, che richiede, per potersi applicare, "analogia" tra le fattispecie: quali caratteristiche deve presentare la convivenza, per potersi dire analoga al matrimonio? Davanti a tale interrogativo, i fautori della teoria si disperdono in mille rivoli<sup>254</sup>. Inoltre, il procedimento

---

*Sull'essenza del matrimonio civile*, in *Rass. dir. Civ.* 1985, 712 e ss.; PASCALINO, *Famiglia naturale e ordine pubblico*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 344, il quale contesta che alla convivenza *more uxorio*, pur in presenza di prole, possa attribuirsi anche solo la denominazione di "famiglia".

<sup>250</sup> BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 71-107; SALARIS, *Famiglia di fatto, parità di trattamento ed uguaglianza*, ivi, 431-439; PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980; ID., *Convivenza more uxorio e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della famiglia di fatto*, in *Rass. Dir. civ.*, 1981, 177-187; ID., *A proposito di una recente monografia in tema di famiglia di fatto*, ivi, 1984; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979.

<sup>251</sup> FURGIUELE, *op. Ult. cit.*, 1979, 250.

<sup>252</sup> FURGIUELE, *op. ult. cit.*, 1979, 287.

<sup>253</sup> PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 221 e ss..

<sup>254</sup> BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 91, la famiglia di fatto è qualificata dalla coabitazione, dalla fedeltà, dall'assistenza, dalla collaborazione, dalla contribuzione, da tutti i connotati che testimoniano senza possibilità di dubbio l'esistenza di un rapporto finalizzato alla stessa funzione; PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 85, ritiene che il *minimum* che accerti l'esistenza della struttura familiare sia la diversità di sesso dei conviventi, la stabilità e la durata, non necessariamente la presenza di prole; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979, 281, dapprima esclude che la convivenza tutelabile sia la mera coabitazione o il

analogico non è applicabile universalmente alla convivenza, come risulta evidente dal contrasto creatosi in dottrina in ordine a singoli aspetti del rapporto tra i conviventi: estensibilità analogica della disciplina che regola i diritti e i doveri che nascono dal matrimonio<sup>255</sup>, comunione legale dei beni<sup>256</sup>, mantenimento in caso di separazione<sup>257</sup>, successione *mortis causa*<sup>258</sup>, tutti istituti inapplicabili *de iure condito*. Ancor più netta e compatta è stata la Corte Costituzionale, che ha sempre sottolineato la netta diversità tra famiglia di fatto e matrimonio<sup>259</sup>.

Altra parte della dottrina, partendo dai medesimi presupposti di quella appena prospettata (identità funzionale di famiglia legittima e famiglia di fatto), ha ritenuto impercorribile la via dell'analogia: per rispettare le peculiarità della famiglia di fatto, ed assicurarne al contempo la dignità giuridica di formazione sociale e familiare insieme, non può utilizzarsi la legge della famiglia legittima, ma deve impiegarsi un *corpus* normativo apposito. L'invocazione era chiaramente rivolta al legislatore, il quale avrebbe dovuto, in primo luogo, dare una definizione della famiglia di fatto, e selezionare alcuni diritti tipici della famiglia legittima da estendervi<sup>260</sup>; si invocava, in sostanza, una duplicità di statuti

---

mero scambio sessuale occasionale, e quindi la identifica come il rapporto basato su stabilità e solidarietà riassunto nella locuzione "vita con vita". Il tentativo di definire la famiglia di fatto è proprio anche di chi non le ritiene applicabile per analogia la disciplina normativa della famiglia legittima (ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 1983, 414-415 e 417, il quale la definisce come una formazione sociale caratterizzata dalla solidarietà attiva e passiva, che è un effetto naturale della scelta di base dei conviventi; l'Autore tuttavia pare confondere la definizione della fattispecie con taluni dei suoi effetti), nonché da parte della giurisprudenza, come si è avuto modo di vedere *infra* in questo stesso capitolo.

<sup>255</sup> FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979, 288, che non ritiene applicabili analogicamente ai conviventi *more uxorio* gli artt. 143-bis, 143-ter e 145 cod. civ.; PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 260, ritiene inapplicabile l'art. 143 cod. civ., in quanto tale norma costituisce un modello eventuale per la convivenza, ma non una regola, in quanto il rapporto è retto dalla sola mera volontà dei conviventi.

<sup>256</sup> Applicabile analogicamente ai conviventi, seppur con diverse incertezze, per il solo PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 288 e ss.; *contra*, BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 90.

<sup>257</sup> Applicabile per BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 92 e ss.; *contra* PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 268, il quale ritiene applicabile ai conviventi al più l'art. 129, comma primo, cod. civ.

<sup>258</sup> Applicabili per PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 294; SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, 475-488; *contra* FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979, 290.

<sup>259</sup> Corte Cost., sentenze n. 45 del 1980, n. 237 del 1986, n. 423 del 1988, n. 310 del 1989, n. 559 del 1989, n. 8 del 1996, n. 127 del 1997, n. 2 del 1998, n. 166 del 1998, n. 461 del 2000.

<sup>260</sup> GANDOLFI, *Alcune considerazioni (de iure condendo) sulla famiglia naturale*, in *Foro It.*, 1974, V, col. 222.

normativi della famiglia<sup>261</sup>, ossia la coesistenza del modello tradizionale della famiglia legittima, e di un *corpus* più o meno sviluppato, minimale o articolato, con il quale dare diritto alla famiglia di fatto<sup>262</sup>.

Altra parte della dottrina, rigettando entrambe le posizioni da ultimo prospettate, ha ritenuto doversi abbandonare una logica di compartimenti stagni, e introdurre un tipo di ragionamento più evoluto<sup>263</sup>, che oltrepassi la logica della “parificazione” tra famiglia di fatto e famiglia legittima<sup>264</sup> nonché il suo inevitabile esito di “appiattare<sup>265</sup>” la famiglia legittima sul modello dal quale essa intenderebbe distinguersi, finendo per diventare una sorta di *inferiore coniugium*<sup>266</sup>. Si sottolineò all'uopo che accostare due entità differenti rischia di produrre una fuorviante unicità, disperdendo il reale e complesso significato del nuovo modello familiare<sup>267</sup>; del resto, perché accostarsi a ciò dal quale si intende distinguersi?

Tale opinione ha l'indubbio merito di individuare uno dei punti decisivi alla base del problema, ossia il complesso rapporto tra il rispetto della libertà dei conviventi e della loro autonomia nella regolazione del rapporto tra essi, e responsabilità sociale<sup>268</sup>: in altre parole, se da un lato la convivenza è la scelta di creare un rapporto alternativo a quello legale proposto e indicato dall'ordinamento, e tale scelta deve rispettarsi e garantirsi da parte dell'ordinamento stesso, dall'altro è necessario enfatizzare il significato e gli effetti giuridici e sociali delle proprie scelte, specie quando queste riguardino altri soggetti della

---

<sup>261</sup> SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie”*, in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, 1986, 288; ID., *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 193-195; ROPPO, *Come tutelare la famiglia di fatto?*, in *Pol. Dir.*, 1980, 24.

<sup>262</sup> DOGLIOTTI, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e principi costituzionali*, in *Giust. Civ.*, 1978, III, 192.

<sup>263</sup> FERRANDO, *Convivenza more uxorio e diritto all'abitazione di nuovo all'esame della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 1984, I, 2, 745-748; EAD. *Il matrimonio*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* a cura di Cicu, Messineo e Mengoni, V, 1, 2002.

<sup>264</sup> FERRANDO, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e reato di favoreggiamento*, in *Fam. Dir.*, 1996, 107-110.

<sup>265</sup> SANTILLI, *Note critiche in tema di famiglia di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. E proc. civ.*, 1980, 776.

<sup>266</sup> BUSNELLI – SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, I, VI, 795; FERRANDO, voce *matrimonio civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XI, 1994, 243; EAD. *Il matrimonio*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* a cura di Cicu, Messineo e Mengoni, V, 1, 2002, 195 e 228, che parla di “matrimonio di serie B”.

<sup>267</sup> SANTILLI, *Note critiche in tema di famiglia di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. E proc. civ.*, 1980, 776.

<sup>268</sup> BUSNELLI-SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, I, VI, 802.

famiglia, quali in particolare il *partner* e la prole<sup>269</sup>.

Individuato tale passaggio determinante, tale dottrina ritiene che, perciò, non servano leggi organiche sulla convivenza, ma sia sufficiente fare ricorso al diritto comune, integrandolo con talune pezze poste qua e là dal legislatore di settore<sup>270</sup>, ed affidando la maggior parte del lavoro al giudice; il quale sarebbe, in buona sostanza, ed anche per ammissione della citata dottrina, l'unico arbitro dell'anzidetto confronto tra libertà e responsabilità; il quale, però, non potrebbe giudicare "secondo la legge" (che non c'è), come dovrebbe secondo la Costituzione, ma solo sulla base del caso concreto<sup>271</sup>, e possibilmente, senza farsi influenzare dal proprio vissuto personale: cosa altamente complicata, quando si giudica di questioni familiari. Ed è proprio questa dichiarata "insufficienza del diritto", che implica, quasi invoca, il soccorso equitativo del giudice, ad essere l'esiziale punto di debolezza di questa teoria: in tale modo, si è arguito, i risultati non sarebbero meno che contraddittori<sup>272</sup>.

Il rilievo critico appena prospettato proviene da altra parte della dottrina, la quale ritiene che l'intera problematica sia da circoscrivere al di fuori del diritto di famiglia, nel campo dell'autonomia privata e segnatamente, del contratto<sup>273</sup>.

Il punto focale dell'intera questione, squisitamente privatistica, è nei rapporti patrimoniali tra i conviventi, esistenti durante e dopo il periodo del *menàge*<sup>274</sup>. La premessa è il complesso rapporto tra libertà e responsabilità: in assenza del vincolo matrimoniale, fonte di responsabilità, non resta sul campo che la libertà, la quale può tutelarsi e

<sup>269</sup> FERRANDO, voce *matrimonio civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XI, 1994, 242.

<sup>270</sup> BUSNELLI-SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, I, VI, 801-802; BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, *passim*; SANTILLI, *Note critiche in tema di famiglia di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. E proc. Civ.*, 1980, 841 e ss.; D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, 1989, 549 e ss.. FERRANDO, *La famiglia di fatto: verso una svolta?*, in *Pol. Dir.*, 1979, 234-238.

<sup>271</sup> D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, 1989, 558; BUSNELLI-SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, I, VI, 797.

<sup>272</sup> QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, 1999, 39-40.

<sup>273</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983; ID., *La famiglia di fatto tra legge ed autonomia privata*, in *Giust. Civ.*, 1981, II, 260-269; QUADRI, *op. ult. cit.*, 1999, 41 e ss.; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991; ID., *Convivenza (contratti di)*, in *Contratto e impresa*, 1991, 369-412; FRANZONI, *I contratti tra conviventi more uxorio*, in *Il regime patrimoniale della famiglia*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia*, diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 1997, 461-489.

<sup>274</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 1983, 43.

“giuridicizzarsi” solo in quanto sia tutelato lo strumento giuridico (contratto) con il quale tale libertà è stata regolamentata dai conviventi<sup>275</sup>. Si ha dunque una struttura che è priva di rilevanza giuridica sul piano dei rapporti esterni<sup>276</sup>, e che assume, nei rapporti interni, l'esatta rilevanza che i costituenti (conviventi) hanno voluto attribuirgli, senza che tale scelta sia influenzata o influenzi le analoghe scelte altrui.

L'impostazione prospettata ha l'indubbio merito di uscire dalle secche dogmatiche del rapporto tra famiglia legittima e famiglia naturale, semplicemente rifacendosi al dettato normativo e costituzionale<sup>277</sup>, lungi dal voler assegnare all'autonomia privata il diritto di stabilire cosa sia e cosa non sia la famiglia, la cui definizione è, senza alcuna discussione, affidata al legislatore<sup>278</sup>. Coerentemente, l'assenza di una stipulazione tra i conviventi espone la convivenza all'irrilevanza giuridica, con conseguente applicazione delle norme di diritto comune ai rapporti patrimoniali tra i conviventi<sup>279</sup>.

Le difficoltà proprie di tale impostazione risiedono nel difficoltoso passaggio dall'obbligazione naturale all'obbligazione civile, ossia, più propriamente, nel difficile rapporto causale tra convivenza e contratto, e dal considerare taluni aspetti morali della convivenza (fedeltà, assistenza, solidarietà) quali prestazioni suscettibili di valutazione economica: in questo, il contratto non è sufficiente, e solo il legislatore può imporre doveri personali.

Quella dei contratti di convivenza è una via perseguita con un certo successo nell'area del *common law*<sup>280</sup>, dove i penetranti poteri del giudice in sede di divorzio spingono sempre più coppie a formalizzare questo genere di stipulazioni<sup>281</sup>.

Anche in Europa, in un momento iniziale, la via contrattuale è parsa essere la via maestra, sulla scorta della coraggiosa scelta dei legislatori belga e (soprattutto) francese,

---

<sup>275</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 1983, 43.

<sup>276</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 106 e 170.

<sup>277</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 1983, 168.

<sup>278</sup> TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 341.

<sup>279</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991; PARADISO, *La comunità familiare*, 1984, 108 e ss.

<sup>280</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 1991, *passim*.

<sup>281</sup> ROPPO, *Sul trattamento giuridico delle coppie che convivono fuori del matrimonio. Uno sguardo alla California*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1982, 1066-1112, il quale riferisce che già a quel tempo proliferavano, sul mercato editoriale americano, guide legali di *cohabitation law*.

che hanno spezzato le catene dell'autonomia privata, consentendole di regolare aspetti del diritto positivo che le erano considerati inaccessibili; ma già prima che il legislatore belga introducesse la *cohabitation légale*, e quello francese il *pacte civil de solidarité*, anche la prassi nostrana aveva sviluppato forme atipiche di contratto di convivenza<sup>282</sup>, sulle quali si dirà maggiormente *infra*. Ciò a significare che, nell'ultimo ventennio, quello contrattualistico è stato il fronte più indagato dalla dottrina (anche sulla scia di un più vasto processo di contrattualizzazione dei rapporti familiari<sup>283</sup>, che investe anche la giurisprudenza), essendosi persuasi anche autorevoli interpreti di diverse teorie che la soluzione passante per la valorizzazione degli accordi sia quella meno irta di ostacoli<sup>284</sup>.

Contemporaneamente, la dottrina privatistica si è confrontata sui “requisiti” della famiglia di fatto, questione già disputata anche in giurisprudenza. Dato per presupposto il contenuto essenziale della fattispecie, costituito dalla coesistenza di un elemento oggettivo, ossia la comunione di vita caratterizzata da stabilità e certezza, e uno soggettivo, ossia l'*affectio*, la comunione di affetti tra i conviventi, volendo ancora una volta schematizzare, può distinguersi tra chi, ha ritenuto preponderante il primo aspetto<sup>285</sup>, e chi al contrario ha ritenuto preponderante il secondo<sup>286</sup>, sulla base di differenti ragioni. Altri, ancora, hanno sostenuto che tali criteri distintivi non siano utili, poiché la famiglia di fatto presenta, nella sostanza, lo stesso contenuto della famiglia legittima, dalla quale si distingue per la sola modalità, informale, di costituzione: tra i soggetti che vivono come coniugi *more uxorio*, si stabiliscono vincoli di fedeltà, coabitazione, assistenza, e di reciproca contribuzione agli oneri patrimoniali tali e quali a quelli esistenti tra i coniugi<sup>287</sup>,

<sup>282</sup> Da ultimo, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La convivenza, regole e tutele della vita insieme*, a cura di Farina, 2014.

<sup>283</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, 1999; ID., “Prenuptial agreements in contemplation of divorce” e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, 171-229; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997.

<sup>284</sup> FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di Brunetta D'Usseaux e D'Angelo, in *L'alambicco del comparatista*, diretto da Lupoi, 2000, 301-325; GIAMMARINO, *Gli accordi di convivenza. Un possibile approccio giuridico all'autoregolamento delle relazioni di coppia*, in *Stare insieme. I regimi della convivenza tra status e contratto*, a cura di Grillini e Marella, 2001, 51 e ss.

<sup>285</sup> Per tutti, DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, 4a ed., vol. VIII, 1992, 194.

<sup>286</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 69

<sup>287</sup> RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, ed. a cura di Cirillo, 2000, 309; PALAZZANI, *La famiglia di fatto è giustificabile giuridicamente?*, in *Iustitia*, 1999, 46; BALESTRA, *Del patto di famiglia*, in *Codice della Famiglia*, a cura di Sesta, II edizione, 2009, 3769 e ss.; CALO', *Le convivenze registrate in Europa*, 2000, 10. In



con la sola immanente differenza che se nella famiglia legittima si impone il “dover essere”, nella famiglia di fatto si impone “l'essere” del rapporto: ogni valutazione sulla “familiarità” deve avvenire sulla base del principio di effettività<sup>288</sup>.

Non pochi problemi sono sorti quando parte della dottrina ha tentato di meglio definire il requisito oggettivo della “stabilità” e della “certezza” della convivenza: si è ritenuto, da parte di taluni, che stabilità e certezza si acquisiscano solo con la nascita della prole, in quanto ciò rafforzerebbe gli obblighi di tutela e protezione tra i componenti del nucleo familiare<sup>289</sup>: l'opinione pare tuttavia risolversi in una petizione di principio.

Altra opinione, portata avanti soprattutto in giurisprudenza<sup>290</sup>, ha ritenuto “stabile” la convivenza perdurante da almeno tre anni, argomentando *ex art. 6 l. 28 marzo 2001, n. 149*, che ha novellato la disciplina delle adozioni e dell'affidamento dei minori, ove (art. 6, comma sesto, l. 4 maggio 1983, n. 184<sup>291</sup>) si ritiene realizzato il requisito della stabilità della coppia quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo, prima del matrimonio, per almeno tre anni: anche questa tuttavia parrebbe essere una petizione di principio, fermo restando che la norma è dettata per le adozioni, e come tale insuscettibile di estensione analogica al di là della materia speciale alla quale è rivolta. Resta inoltre il problema di fondo della carenza di un atto genetico che segni senza dubbi l'emersione della convivenza stessa.

Altra dottrina<sup>292</sup> ha poi voluto estendere significativamente i confini della famiglia

---

giurisprudenza, Cass. pen. 27 settembre 2001, n. 35212, in *Famiglia e diritto*, 2002, 278: “Muovendo dalla evidente necessità di porre l'accento sulla realtà sociale piuttosto che sulla veste formale dell'unione tra due persone conviventi, è stata dunque riconosciuta valenza giuridica a quella relazione interpersonale che presenti carattere di tendenziale stabilità, natura affettiva e parafamiliare, che si espliciti in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale”; Cass. civ. 23 aprile 1966 n. 1041, in *Giur. It.*, 1967, 67.

<sup>288</sup> BUSNELLI – SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, I, VI, 760 e ss.; MAZZOCCA, *Prestazioni lavorative “affectionis vel benevolentiae causae” tra persone conviventi more uxorio*, in *Giust. Civ.* 1977, I, 1191.

<sup>289</sup> SGROI, *La famiglia di fatto*, in *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, a cura di Cassano, 2002, 275.

<sup>290</sup> Cass. Civ. sent. 17 giugno 1995 n. 6866, in *Massimario della giustizia civile*, 1995, 6; Trib. Brescia, sez. II, sent. 10 aprile 2003, in *Famiglia e diritto*, 2003, 476.

<sup>291</sup> Art. 6, quarto comma, l. 4 maggio 1983, n. 184: “Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto”.

<sup>292</sup> MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in

di fatto, ricomprendendovi le cc.dd. famiglie monoparentali, le cc.dd. unioni di mutuo aiuto, ossia unioni di persone il cui rapporto non si caratterizza per il *mos uxorius*, eventualmente anche legate da vincolo di parentela, nonché le cc.dd. famiglie ricomposte o *stepfamily*, ossia il nucleo di cui facciano parte due soggetti conviventi (generalmente, ma non necessariamente, *more uxorio*) insieme coi figli nati dalle rispettive precedenti relazioni, siano esse coniugali o di fatto: tutti casi nei quali non può escludersi l'esistenza di una comunione di vita tra soggetti legati tra loro da vincoli affettivi<sup>293</sup>.

Ci si è allora domandati se possa considerarsi meritevole di tutela la convivenza *more uxorio* che coinvolga uno o due conviventi privi dello stato civile libero. La dottrina più conservatrice<sup>294</sup> sostiene che, nell'ipotesi in cui uno dei conviventi difetti della libertà dello stato civile, la convivenza sarebbe priva di rilevanza giuridica, in quanto lederebbe i diritti di un nucleo familiare solennemente costituitosi: opinione che affonda le sue radici in una lettura fedele dell'art. 29 Cost..

L'opinione prevalente<sup>295</sup> è nel senso di distinguere tra la convivenza che coinvolga soggetti coniugati, rilevante, ma che non esimerebbe dal rispetto degli obblighi derivanti dal matrimonio, e la convivenza che coinvolga soggetti separati personalmente dal proprio coniuge, la quale, anche alla luce della novellata disciplina del divorzio, non porrebbe particolari problemi, essendo ormai la separazione, secondo l'*id quod plerumque accidit*, una mera, tediosa, anticamera del divorzio stesso: il coniuge separato, nella maggior parte dei casi, considera l'esperienza matrimoniale già terminata ben prima della sentenza di divorzio, la cui funzione è solo quella di concludere il procedimento. Sul tema, la recente l.

---

*Stare insieme*, a cura di Marella e Grillini, 2001, 22: l'opinione ha l'indubbio merito di porre la convivenza come *genus* rispetto alla convivenza *more uxorio*, che di tal *genus* non è che una specificazione.

<sup>293</sup> MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1999, 369-384; RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 1-8; GALLETTA, *I nuovi assetti familiari e l'interesse del minore*, in *Famiglia*, 2004, 794-811; BILO', *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 2004, 831-865; DE MAURO, *Le famiglie ricomposte*, in *Famiglia*, 2005, 767-775; DELL'UTRI, *Famiglie ricomposte e genitori "di fatto"*, in *Famiglia*, 2005, 275-322; PASTORE, *La famiglia di fatto. Analisi e disciplina di un modello attuale e diffuso*, 2007, 24-26.

<sup>294</sup> Per Tutti, QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in *Dir. Fam.*, 94, 291 e ss..

<sup>295</sup> BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, II, 1039 e ss.; OBERTO, *op. ult. cit.*, 209 e ss.

20 maggio 2016, n. 76 ha fatto una scelta netta: nessuna forma di convivenza è rilevante se coinvolge soggetti di stato civile non libero: una scelta che, più che un ossequio al dettato dell'art. 29 Cost., appare maggiormente determinata da esigenze di coerenza sistematica, dato che la convivenza rilevante (unione civile o convivenza, anche non registrata) può comportare l'instaurazione di un regime patrimoniale che andrebbe a sovrapporsi con quello esistente col coniuge.

### *3.5 La convivenza nella legislazione nazionale.*

#### *3.5.1 La convivenza nella legislazione nazionale prima della parificazione degli status di filiazione.*

Stretto tra la tradizionale impostazione della società, imperniata sulla centralità della famiglia legittima, e le spinte innovative provenienti dal costume sociale, e recepite da parte della letteratura sociologica e giuridica e della giurisprudenza, il legislatore nazionale non ha, fino al 2016, avuto il coraggio di affrontare il grande tema della convivenza in maniera organica ed analitica.

In ciò, gravi responsabilità possono additarsi ai fossati ideologici scavati dalle formazioni politiche, incapaci non solo di mediare, ma anche di trovare un punto di partenza comune sul tema, sul quale avviare la mediazione. La stessa riforma del diritto di famiglia, varata nel 1975, nel pieno del dibattito sulla reale consistenza della convivenza all'interno dell'ordinamento giuridico, ha sì adeguato il dettato del codice civile ai principi costituzionali, ma non è uscita dal tracciato della famiglia legittima.

Ciò non vale tuttavia a significare che la convivenza di fatto sia qualcosa di sconosciuto alla legislazione nazionale: sono infatti varie e variegate le norme che, singolarmente e incidentalmente, prevedono un rapporto di fatto tra conviventi<sup>296</sup>.

I primi riferimenti si trovano in due leggi previdenziali dei due Dopoguerra: il d. l. lt. 27 ottobre 1918, n. 1726, che ai fini della corresponsione della pensione di guerra, parificava alla vedova la donna non sposata, a patto che la morte del militare sia avvenuta

---

<sup>296</sup> Per una ampia rassegna di norme di interesse ai fini della trattazione, si rinvia, tra i molti, a DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, 192 e ss.; BUSNELLI - SANTILLI, *op. cit.*, 760 e ss.; OBERTO, *Lezioni sulla famiglia di fatto*, su [www.giacomooberto.com](http://www.giacomooberto.com), III.

entro tre mesi dalla data della procura o dalla dichiarazione di contrarre matrimonio, se la stessa fosse diretta a riconoscere una preesistente convivenza; l'art. 6, l. 13 marzo 1958, n. 356, che prevedeva l'assistenza per i figli naturali non riconosciuti dal padre caduto in guerra, quando la madre e il presunto padre abbiano convissuto *more uxorio* nel periodo del concepimento. Si tratta, come è evidente, di norme dal carattere assolutamente eccezionale, volte a ricondurre nella legittimità situazioni di diritto naturale private di legittimità dall'impellenza delle due guerre mondiali.

Riferimenti più cospicui e significativi si rinvencono nella legislazione degli ultimi cinquanta anni: è significativo che la legge sull'anagrafe<sup>297</sup> consideri "famiglia" anche un insieme di persone coabitanti, legate da vincoli affettivi<sup>298</sup>; in realtà, la funzione dei registri anagrafici è quella di monitoraggio della popolazione, per cui tale definizione non deve essere sopravvalutata, in quanto funzionale allo scopo.

L'abrogato testo sulle imposte dirette<sup>299</sup> considerava familiari a carico i figli minori, compresi i figli naturali riconosciuti, adottivi, affiliati, ma anche, in quanto conviventi, i figli naturali non riconosciuti, i figliastri e i trovatelli, e analoga equiparazione *ante litteram* fra figli legittimi e naturali fanno le norme sugli assegni familiari<sup>300</sup>, sulle pensioni di

---

<sup>297</sup> D.P.R. 30 maggio 1989 n. 223, *Nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*, in *GU* 8 giugno 1989 n. 132, Art. 4. Famiglia anagrafica. "1. Agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o *da vincoli affettivi, coabitanti* ed aventi dimora abituale nello stesso comune. 2. Una famiglia anagrafica può essere costituita da una sola persona". Il successivo art. 5, al comma primo, precisa che "agli effetti anagrafici per convivenza s'intende un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune". Anche l'abrogato regolamento anagrafico (D.P.R. 31 gennaio 1958, n. 136) all'art. 2 portava una analoga definizione di famiglia.

<sup>298</sup> Sul punto DOGLIOTTI, *Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto: spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. It.*, 1980, I, c. 347; 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 di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 53 e ss.; DE PAOLA-PARENTI, *Brevi osservazioni sui rapporti tra famiglia di fatto e famiglia legittima nel contesto della legge di riforma del diritto di famiglia*, *ivi*, 217 e ss.; ALAGNA, *La famiglia di fatto al bivio: rilevanza di singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno*, in *Giust. civ.*, 1982, II, 25.

<sup>299</sup> Art. 138 D.P.R. 29 gennaio 1958 n. 645, *Testo Unico delle leggi sulle imposte dirette*, in *G.U.* 7 luglio 1958 n. 162, abrogato. In giurisprudenza, Cass. civ. sentenza 10 luglio 1957 n. 2744, in *Giustizia Civile*, 1957, I, 2109.

<sup>300</sup> Art. 3, comma terzo, D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797, *Testo Unico delle norme concernenti gli assegni familiari*, in *G.U.* 7 settembre 1955 n. 206.

invalidità<sup>301</sup> e la legge sulla pensione di reversibilità<sup>302</sup>; peraltro tale parità di trattamento non costituiva di per sé alcun riconoscimento della famiglia di fatto<sup>303</sup>.

Sembra riferibile anche alla convivenza di mero fatto l'espressione "coppie", di cui fanno utilizzo la legge sui consultori familiari<sup>304</sup>, e la successiva legge sulla procreazione medicalmente assistita<sup>305</sup> del 2004, ove in particolare si prevede che alla tecnica della fecondazione assistita siano ammesse solo "coppie" di maggiorenni, di sesso diverso<sup>306</sup>, coniugate o conviventi.

In campo penalistico, l'art. 30, l. 26 luglio 1975, n. 354, sull'ordinamento penitenziario, prevede la possibilità di un permesso di uscita per il detenuto che debba recarsi in vita al familiare o al convivente in pericolo di vita, e l'art. 35 del regolamento penitenziario, introdotto con D.P.R. del 29 aprile 1974, n. 431<sup>307</sup>, tratta in maniera equanime

---

<sup>301</sup> Art. 30 l. 20 febbraio 1950, n. 64, e art. 4 D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124; taluni Autori di importanti pagine di letteratura sulla convivenza (DOGLIOTTI, *Personne fisiche: Capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, 2014, 337; ID., *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 873, seguitano a citare erroneamente la data del 30 giugno 1975.

<sup>302</sup> Art. 13 l. 4 aprile 1952 n. 218, *Riordinamento delle pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia*, in *G.U.* 25 aprile 1952 n. 89

<sup>303</sup> DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 873.

<sup>304</sup> Art. 1, l. 29 luglio 1975 n. 405, *Istituzione dei consultori familiari*, in *GU* 27/8/1975 n. 405: "Il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha come scopi: a) l'assistenza psicologica e sociale per la preparazione alla maternità ed alla paternità responsabile e per i problemi della coppia e della famiglia, anche in ordine alla problematica minorile; b) la somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti". In argomento LOJACONO, *I consultori familiari pubblici e privati, nella legge quadro e nelle leggi regionali*, in *Dir. Fam.*, 1977, 1305; GRANDI, *La famiglia fattuale e i consultori familiari*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 333 e ss.; SANTILLI, *Note critiche in tema di famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 826. In dissenso con la dottrina qui riportata, si ritiene, anche in questo caso, che la finalità speciale della norma non avrebbe dovuto indurre ad estenderne il significato, fino a scorgervi impliciti riconoscimenti della famiglia di fatto.

<sup>305</sup> Art. 5 l. 19 febbraio 2004 n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *G.U.* 24 febbraio 2004 n. 45: "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

<sup>306</sup> Precisazione e distinzione utilizzata con buonsenso dal legislatore; meno logica appare l'utilizzo della distinzione sull'orientamento sessuale fatta con la l. 20 maggio 2016, n. 76: su tale distinzione si tornerà infra, cap. IV.

<sup>307</sup> Art. 35, comma secondo, D.P.R. 29 aprile 1974, n. 431, come modificato dal D.P.R. 18 maggio 1989, n. 248 (*Gazz. Uff.* 7 luglio 1989, n. 157) : "I colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi e sono comunicati all'ispettore distrettuale, corredati della documentazione opportuna". L'impiego, nella stessa norma, dell'espressione "congiunti o conviventi" (commi sedicesimo, diciassettesimo e diciannovesimo), nonché dell'espressione "familiari" (comma ventesimo), fa ritenere che il legislatore si sia voluto riferire proprio ai conviventi diversi dai

i coniugi e i conviventi ; la legge 15 febbraio 1996 n. 66 sulla violenza sessuale<sup>308</sup>, inserendo gli artt. 609-*quater* e 609-*septies* del codice penale, attribuisce rilevanza alle relazioni di convivenza, sanzionando gli atti sessuali compiuti col minore da chi con lui conviva<sup>309</sup>, e stabilisce, per tali reati commessi dal convivente, la procedibilità d'ufficio<sup>310</sup>; l'art. 199 comma 1 c.p.p., alla lettera a) equipara il convivente di fatto (attuale o passato) ai prossimi congiunti nella facoltà di astenersi dal testimoniare, riconoscendo quindi l'esistenza di una sfera di interessi umani che possono prescindere da un rapporto formale con l'imputato<sup>311</sup>; si ritiene inoltre che il rapporto di convivenza sia ricompreso nelle "relazioni domestiche"<sup>312</sup> di cui all'art. 61, n. 11 c.p.<sup>313</sup>: non sarebbe infatti il vincolo, ma il rapporto, a generare responsabilità, e i legami di assistenza e protezione violati prescinderebbero dal modo col quale gli stessi si sono instaurati.

I richiami e i riferimenti alla convivenza si sono fatti ancor più frequenti negli ultimi quindici anni. Il comma secondo dell'art. 3, l. 1° aprile 1999, n. 91 sui trapianti, parifica al

---

propri familiari.

<sup>308</sup> Sul punto, FIGONE, *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2001, 355.

<sup>309</sup> Art. 609 *quater*, comma secondo c.p.: "Fuori dei casi previsti dall'articolo 609-bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni".

<sup>310</sup> Art. 609-*septies* c.p.: "1. I delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter e 609-*quater* sono punibili a querela della persona offesa. 2. e 3. *omissis*. 4. Si procede tuttavia d'ufficio: 1) se il fatto di cui all'articolo 609-bis è commesso nei confronti di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni diciotto; 2) se il fatto è commesso dall'ascendente, dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia o che abbia con esso una relazione di convivenza; 3), 4), 5) *omissis*".

<sup>311</sup> Art. 199 c.p.p.: "1. I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato. 2. Il giudice, a pena di nullità, avvisa le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene. 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale: a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; b) al coniuge separato dell'imputato; c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato".

<sup>312</sup> Già da Cass. pen., 20 febbraio 1986, n. 1691, in in *Ced Cass.*, n. 171979.

<sup>313</sup> Art. 61 c.p.: "Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: 1), 2), 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9) e 10) *omissis*, 11) l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di *relazioni domestiche*, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità".

coniuge non separato il convivente *more uxorio*, al pari degli altri familiari, tra i destinatari delle in formazioni rese dal medico, una volta avviato il procedimento di accertamento della morte cerebrale<sup>314</sup>. L'art. 4 della l. 8 marzo 2000, n. 53<sup>315</sup>, relativa ai congedi parentali, riconosce al convivente stabile la facoltà di assentarsi dal lavoro in caso di decesso del di lui convivente, o per assisterlo in malattia, sul presupposto che la convivenza risulti dai registri anagrafici. La già citata l. 28 marzo 2001, n. 149, nel modificare l'art. 6 della l. 4 maggio 1983, n. 184 in tema di adozione, ha ritenuto "stabile" il rapporto tra coniugi che, prima del matrimonio, abbiano convissuto in modo stabile e continuativo per (almeno) un triennio<sup>316</sup>, e sempre la stessa legge consente la c.d. adozione di minori in casi particolari (art. 44, comma terzo) anche a chi non è coniugato<sup>317</sup>. La legge 4 aprile 2001, n. 154 ha inserito nel corpo del codice civile il Titolo IX-*bis* del Libro I, ove si prevede che il giudice possa impartire provvisori ordini di protezione avverso situazioni di grave pregiudizio all'integrità fisica e morale ovvero alla libertà del soggetto protetto causate dal coniuge o

---

<sup>314</sup> Art. 3, comma secondo, l. 1° aprile 1999, n. 91: "All'inizio del periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e del decreto del Ministro della sanità 22 agosto 1994, n. 582, i medici delle strutture di cui all'articolo 13 forniscono informazioni sulle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto nonché sulla natura e sulle circostanze del prelievo al coniuge non separato o al convivente *more uxorio* o, in mancanza, ai figli maggiori di età o, in mancanza di questi ultimi, ai genitori ovvero al rappresentante legale".

<sup>315</sup> Art. 4 (Congedi per eventi e cause particolari) 1. La lavoratrice e il lavoratore hanno diritto ad un permesso retribuito di tre giorni lavorativi all'anno in caso di decesso o di documentata grave infermità del coniuge od un parente entro il secondo grado *o del convivente, purché la stabile convivenza con il lavoratore o la lavoratrice risulti da certificazione anagrafica (...)*".

<sup>316</sup> Sul punto, DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori d'età*, in *Comm. Schlesinger*, 2002. Sempre in tema di adozione, la dottrina prevalente ritiene possibile per ha interpretato l'art. 44 l. 184/1983 (c.d. adozione in casi particolari, ossia quei casi nei quali non sia possibile dichiarare l'adottabilità ai sensi dell'art. 7 della stessa legge) in maniera estensiva, ricomprendendo tra i soggetti legittimati all'adozione anche i conviventi *more uxorio*, già prima del vigore della legge stessa: BESSONE – FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1979, 1336; LOJACONO, *Brevi note su alcune proposte di modifica dell'adozione, ordinaria e speciale, e della affiliazione*, in *Dir. Fam.*, 1980, 160.

<sup>317</sup> Art. 44, l. 4 maggio 1983, n. 184: "1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. 2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli legittimi. 3. *Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato.* Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. *omissis*".

“altro convivente” (spesso ritenute penalisticamente irrilevanti, o trattate con soluzioni meno congeniali come la separazione personale), salva sempre la tutela penale<sup>318</sup>; la medesima legge ha anche introdotto l'art. 282-*bis* del codice di procedura penale, che istituisce la misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare dell'imputato; tale norma riguarda anche i meri conviventi, per il richiamo fatto dal comma terzo<sup>319</sup>. L'art. 3 della l. 9 gennaio 2004, n. 6, ha introdotto nel codice civile l'istituto dell'amministratore di sostegno (artt. 404–413 cod. civ.), e in argomento, il primo comma dell'art. 408 cod.civ. prevede “la persona stabilmente convivente<sup>320</sup>” tra i soggetti cui il giudice tutelare affida

<sup>318</sup> Si veda in particolare l'art. 342-*ter*, comma primo, cod. civ.: “Con il decreto di cui all'articolo 342bis il giudice ordina *al coniuge o convivente*, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro”.

<sup>319</sup> Art. 282-*bis* c.p.c.: “1. Con il provvedimento che dispone l'allontanamento il giudice prescrive all'imputato di lasciare immediatamente la casa familiare, ovvero di non farvi rientro, e di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice che procede. L'eventuale autorizzazione può prescrivere determinate modalità di visita. 2. *omissis* 3. Il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può altresì ingiungere il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto della misura cautelare disposta, rimangano prive di mezzi adeguati. Il giudice determina la misura dell'assegno tenendo conto delle circostanze e dei redditi dell'obbligato e stabilisce le modalità ed i termini del versamento. Può ordinare, se necessario, che l'assegno sia versato direttamente al beneficiario da parte del datore di lavoro dell'obbligato, detraendolo dalla retribuzione a lui spettante. L'ordine di pagamento ha efficacia di titolo esecutivo. 4., 5. e 6. *omissis*”.

<sup>320</sup> Parte della dottrina (CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, 2004, 68) ha interpretato la locuzione in senso ampio, tale da comprendervi colui che conviva a qualsiasi titolo con il beneficiario (M. MORETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di Rossetti, M. Moretti e C. Moretti, 2004, 51), e finanche chiunque vi coabiti (CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione ed inabilitazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, 132; MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, 2004, 324; BONILINI, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di Bonilini e Chizzini, 2007, 129: particolarmente articolata è l'opinione di ROMA, *Convivenza e coabitazione*, 2005, 335 e ss., il quale ritiene che si debba utilizzare il verbo convivere in maniera più consona rispetto a quanto non si faccia nel linguaggio comune, nel quale convivere e coabitare sono sostanzialmente utilizzati indistintamente, in favore di un criterio sistematico: la persona stabilmente convivente è posta, in ben quattro articoli, subito dopo al coniuge, inducendo a ritenere che le norme operino un'assimilazione tra il rapporto di coniugio e quello esistente tra l'incapace e la persona stabilmente convivente. Tale interpretazione restrittiva non porta necessariamente ad escludere anche un mero coabitante, magari legato da rapporti profondi con il beneficiario, quale una risalente amicizia, ma comunque a prescindere dall'esistenza di una unione spirituale). Altra parte della dottrina (DANOVI, *Il procedimento per la nomina di amministratore di sostegno*, in *Riv. Dir. proc.*, 2004, 800; FERRANDO, *Il beneficiario*, in *L'amministratore di sostegno*, a cura di Patti, 2005, 44; DELLE MONACHE, *Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2004, II, 45; NADDEO, *Dell'interdizione, dell'inabilitazione e della incapacità naturale*, in *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, a cura di Autorino Stanzione e Zambrano, 240 e 253;



l'amministrazione di sostegno, in assenza di indicazioni da parte del beneficiario o in presenza di gravi motivi<sup>321</sup>; ha inoltre novellato il capo II del titolo XII del libro I del codice civile, inserendo riferimenti alla "persona stabilmente convivente" agli artt. 417 (Istanza di interdizione o inabilitazione), 426 (Durata dell'ufficio), e indirettamente (per il rinvio all'art. 408) 424 cod. civ. (Tutela dell'interdetto e curatela dell'inabilitato)<sup>322</sup>. L'art. 1, comma 598, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in materia di semplificazione delle norme in materia di alienazione degli immobili di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari, elenca il convivente *more uxorio* tra coloro i quali possono, in subordine rispetto all'oblatore, esercitare il diritto di opzione per l'acquisto<sup>323</sup>. L'art. 1, comma secondo, della l. 8 febbraio 2006, n. 54, ha introdotto nel codice civile l'art. 155-*quater* (oggi abrogato e riscritto nell'art. 377-*sexies* cod. civ.)<sup>324</sup>, ai sensi del cui comma primo il provvedimento di

---

ZAMBRANO, *ivi*, 155; TOMMASEO, *Il procedimento di ammissione dell'amministrazione di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del Convegno di Studi su Capacità ed autonomia delle persone, Roma, 20 giugno 2002, a cura di Patti, 2002, 146) ha invece ritenuto che il legislatore abbia inteso limitarsi a legami particolarmente significativi, siano essi di parentela o di convivenza *more uxorio*, o comunque che presuppongano una qualche forma di solidarietà.

<sup>321</sup> Art. 408, comma primo, cod. civ.: "La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario. L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso. Nella scelta, il giudice tutelare preferisce, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata". Ulteriori riferimenti alla "persona stabilmente convivente" si rinviengono negli artt. 406, comma primo, 407, 410, comma terzo, 411, comma terzo cod. Civ..

<sup>322</sup> Sulle perplessità di parte della dottrina circa l'utilizzo dell'espressione "persona stabilmente convivente" nell'ambito delle misure di protezione delle persone incapaci di attendere ai propri interessi, e delle possibili conseguenze, ROMA, *Convivenza e coabitazione*, 2005, 327-334; CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, 481 e ss. e 493; NAPOLI, *L'interdizione e l'inabilitazione*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di Patti, 2005, 19 e ss., dove si avanzano sospetti di illegittimità costituzionale; PATTI, *Introduzione*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del Convegno di Studi su Capacità ed autonomia delle persone, Roma, 20 giugno 2002, a cura di Patti, 2002, 26.

<sup>323</sup> *In subiecta materia*, l'art. 13, comma secondo, del D. L. 25 giugno 2008, n. 112, prevede tra i criteri di priorità in ordine alle procedure di alienazione degli immobili di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari, il diritto di opzione all'acquisto in favore dell'assegnatario, unitamente al convivente, purché (previsione unica nel suo genere) la convivenza duri da almeno cinque anni.

<sup>324</sup> Art. 377-*sexies*, comma primo, cod. Civ. (già art. 155-*quater*, comma primo, cod. Civ.): "Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o *conviva more uxorio* o contragga nuovo matrimonio. Il

assegnazione della casa familiare in favore di uno dei genitori nell'ambito della separazione personale possa<sup>325</sup> revocarsi nel caso in cui il genitore assegnatario conviva *more uxorio* con altra persona.

All'esito della rassegna di norme proposta, può affermarsi con certezza che la convivenza non sia mai stato qualcosa di completamente sconosciuto al legislatore nazionale<sup>326</sup>. Per altro verso, spicca l'assenza, in questa mole di norme speciali, di una normativa organica di riferimento, che anche solo allo stato embrionale, definisca la convivenza e ne individui i caratteri distintivi e le funzioni: le norme citate infatti trattano sempre e comunque singoli e isolati aspetti della più ampia fattispecie, e non c'è in esse niente di organico o di definitorio, nemmeno provando a darne una lettura sistematica complessiva. Ed è anzi proprio la lettura sistematica ad evidenziare quanto appena sostenuto: la convivenza esiste nella legislazione, ma la legislazione non sa cosa essa sia.

Né la prospettiva muta se l'indagine si estende alla legislazione locale, e in particolare ai già menzionati pubblici registri delle convivenze istituiti presso alcuni Comuni italiani<sup>327</sup>, sull'esempio di alcune esperienze straniere<sup>328</sup>; l'iscrizione nel registro è operata in funzione dell'accesso a trattamenti economici e di solidarietà sociale, nei limiti delle competenze (e dei bilanci) comunali<sup>329</sup>. In taluni di questi registri è prevista la

---

provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643''.

<sup>325</sup> C. Cost., sentenza 30 luglio 2008, n. 308, su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>326</sup> BUSNELLI - SANTILLI, *op. cit.*, 778

<sup>327</sup> Tra gli altri Arezzo, Bologna, Campi Bisenzio, Cogoleto, Desio, Empoli (il primo a deliberare l'istituzione di un registro delle unioni civili, il 21 ottobre 1993, delibera poi annullata con provvedimento del Co.re.co Toscana e ripristinata a partire dal giugno 2001 da una sentenza del TAR Toscana), Fano, Ferrara, Fiorenzuola, Firenze, Gubbio, Ivrea, Perugia, Pisa, Rosignano, San Giovanni Valdarno, San Sepolcro, Scandicci, Sesto San Giovanni, Tarcento, Terni, ed altri ancora, cfr. MAIO, *I registri delle unioni civili*, in *Fam. Pers. e Succ.* 07, 59 ss; PASTORE, *Le unioni registrate e i PACS in Europa*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, 202 ss.; PANNARALE, *Le regole dell'amore. Famiglie e diritti in Italia ed in Europa*, in *Pol. Dir.*, 2007, 238. La prassi degli enti comunali ha visto impiegarsi, ai fini della istituzione di registri di unioni di conviventi, due metodi differenti: l'istituzione di un registro distinto e autonomo rispetto a quello anagrafico (opzione seguita, tra gli altri, dai comuni di Milano, Firenze e Napoli), ed il rilascio di una attestazione di costituzione di famiglia anagrafica, ai sensi dell'art. 4 del D.P.R. 223 del 1989, sulla base delle risultanze dei registri anagrafici (opzione seguita, tra gli altri, dai comuni di Torino, Padova, Bologna e Bari). Per un discorso complessivo sui due metodi citati, si veda IMARISIO, *Il registro delle unioni civili*, in *"La famiglia davanti ai suoi giudici"*, Atti del convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, 6.

<sup>328</sup> OBERTO, *La famiglia di fatto nel diritto comparato*, in *Giur. It.* 1986, IV, 108; LONGO, *Famiglia di fatto: le convivenze registrate nei paesi UE*, in *Notariato*, 2000, 186.

<sup>329</sup> DONATI, *Le famiglie di fatto come problematica sociale oggi*, 1990, 256, sottolineava in tempi non sospetti i

iscrivibilità, oltre che delle convivenze *more uxorio*, anche di ogni altro tipo di convivenza, come quelle tra parenti o amici, a scopo assistenziale (ma più sovente, si tratta di registri dedicati al censimento delle sole “unioni civili”, ossia delle convivenze *more uxorio*, non necessariamente o esclusivamente tra soggetti di sesso differente<sup>330</sup>, secondo un criterio distintivo del quale non si comprende la ragione).

Il limite di questa prassi amministrativa risiede nella sua stessa natura di “doppione” del registro anagrafico: al pari di quest'ultimo, i registri comunali delle unioni civili svolgono una sorta di “censimento” delle coppie di fatto, che vi si iscrivono volontariamente e facoltativamente, tali per cui le loro risultanze non servono a più che a dare una mera pubblicità notizia, e a contribuire a costituire prova della convivenza: esattamente come farebbe una banale iscrizione anagrafica, basata proprio sulla coabitazione (art. 4 D. P. R. 30 maggio 1989 n. 223)<sup>331</sup>. Ulteriori perplessità si sollevano, infine, sulla capacità effettiva di tali registri di essere uno strumento di generale pubblicità, trattandosi di raccolte di dati coperti dal diritto alla riservatezza<sup>332</sup>. L'impressione finale è che lo strumento del registro comunale, seppur concepito con i migliori intenti, non costituisca una soluzione rispetto ad esigenze di carattere pratico, e che l'iscrizione in uno di questi registri abbia più che altro un valore simbolico e personale<sup>333</sup>.

La stessa legislazione regionale è ricca di riferimenti alla convivenza<sup>334</sup>, tanto che

---

rischi per la tenuta del *welfare state* a fronte di una indifferenziazione delle famiglie.

<sup>330</sup> Il comune di La Spezia è stato il primo in Italia, nel giugno del 2006, a consentire a coppie omosessuali l'iscrizione nel locale registro delle unioni civili.

<sup>331</sup> MARANO, *I registri comunali delle unioni civili: considerazioni per un ripensamento critico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, 247 ss.; PAZÈ, *Le ragioni contro un'anagrafe delle famiglie di fatto*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2003, 192 ss.

<sup>332</sup> ALLEGRI, *Rimedi palliativi all'inerzia del legislatore: i registri comunali delle unioni civili*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 10 e ss..

<sup>333</sup> ALLEGRI, *ibidem*.

<sup>334</sup> Molte Regioni italiane presentano nel loro sistema di norme disposizioni dal seguente tenore: “Agli effetti della presente legge, per nucleo familiare si intende la famiglia costituita dai coniugi e dai figli legittimi, naturali, riconosciuti ed adottivi e dagli affiliati con loro conviventi. Fanno altresì parte del nucleo il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il richiedente abbia avuto inizio due anni prima della data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge”. Così l'art. 2 l.r. Emilia-Romagna 16 marzo 1995, n. 13, l'art. 6, co. 4, l.r. Liguria n.10 del 1994; l'art. 5, co. 2, l.r. Toscana n. 96 del 1996, l'art. 7, co. 2, l.r. Calabria n. 32 del 1996, l'art. 2, co. 4, l.r. Veneto n. 10 del 1996, l'art. 11, co. 5, l.r. Lazio n. 12 del 1999; ancora, l'art. 2, co. 1, reg. r. Lombardia n. 1 del 2004, per il quale è sufficiente un anno di convivenza.

taluno ha parlato, con riguardo al sistema dei servizi socio-assistenziali erogati dagli enti locali, di un “diritto regionale di famiglia<sup>335</sup>”.

### 3.5.2 La parificazione degli status di filiazione e la l. 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e le convivenze.

Negli ultimi cinque anni, il legislatore ha mutato decisamente il suo atteggiamento deferente verso il diritto di famiglia, modificandolo in profondità, come non faceva dal 1975. L'innovazione è stata promossa per due vie: in primo luogo, unificando lo *status* di figlio, e rimuovendo la distinzione tra figli naturali e figli legittimi; in secondo luogo, licenziando, dopo anni di dibattiti e battute d'arresto, un testo organico sulla convivenza.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219, e il D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 hanno sancito il principio di unicità di stato giuridico della filiazione<sup>336</sup>. Peculiare è stata, invero, la tecnica normativa utilizzata dal legislatore: all'articolo 1 si sono sanciti i principi fondamentali in materia, con disposizioni immediatamente operative; nel successivo articolo 2, si è data una corposa delega al Governo finalizzata alla revisione di tutte le disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità, al fine di “eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 della Costituzione”.

In attuazione di tale delega, il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, ha attuato una “riscrittura” delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di filiazione, coerente con il principio cardine del nuovo quadro normativo, per il quale tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico, con il conseguente abbandono dei riferimenti a “figli legittimi e naturali”, che, ovunque ricorrano, vengono sostituiti dalla parola “figli”, eliminando in tal modo, anche sul piano lessicale, ogni rischio di discriminazione<sup>337</sup>.

<sup>335</sup> MARCHETTI, *Verso un diritto regionale della famiglia?*, in *Famiglia*, 2005, pp. 985 e ss.

<sup>336</sup> Per una più ampia trattazione sul tema, si rinvia a SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. E dir.*, 2013, 3, 231 e ss.. Ritiene che la riforma non abbia affatto raggiunto l'unicità dello status di figlio PALAZZO, *Lacune nella novella n. 219/2012 sugli effetti dell'accertamento dello status di figlio*, in *Le “nuove famiglie” e la parificazione dello status di filiazione ad opera della legge 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, 84 e ss..

<sup>337</sup> ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, in *Notariato*, 2014, 2; ID., *Autonomia privata, famiglie ricomposte, unioni non coniugali: la vicenda successoria*, in *Le “nuove famiglie” e la parificazione*

Il limite maggiore del regime previgente era rappresentato dalla relatività del riconoscimento, come sancita dall'art. 258 cod. civ. ("il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu fatto, salvi i casi previsti dalla legge"), sicché il profilo di più marcata differenziazione nella condizione giuridica dei figli naturali riconosciuti era rappresentato dall'assenza di ogni legame parentale, giuridicamente rilevante, con la famiglia del genitore; si da potersi affermare che, anche dopo la riforma del '75, la relazione di parentela presupponesse l'esistenza di un vincolo matrimoniale tra genitori. All'accertamento formale della filiazione naturale non era collegato l'effetto dell'ingresso del figlio nella famiglia di origine del genitore, e dunque non conseguiva uno *status* familiare. Tra le conseguenze di detto sistema giuridico, vi era il caso dei figli nati da medesimi genitori fuori dal matrimonio, che non potevano essere considerati fratelli. Al solo matrimonio veniva, dunque, riconosciuta l'idoneità a porsi quale fonte di stabili relazioni familiari; il riconoscimento di figlio naturale, soggetto a revoca, non era ritenuto in grado di fornire certezza di rapporti<sup>338</sup>.

A distanza di circa quarant'anni dalla legge 151/75, il legislatore del 2012 realizza il definitivo superamento delle residue differenziazioni, con la piena affermazione del principio di unicità di stato giuridico della filiazione, attraverso una serrata trama normativa, che si articola in quattro principali disposizioni: gli artt. 315 (unicità di stato), 315-bis (diritti dei figli), art. 258 (effetti del riconoscimento) e 74 (parentela) cod. civ..

L'art. 315 cod. civ., "norma manifesto"<sup>339</sup> della riforma, nella sua rinnovata formulazione sancisce, come detto, l'unificazione dello *status filiationis*, sganciato dall'appartenenza ad una comunità familiare (*status familiae*) o comunque a comportamenti che possano riguardare i genitori<sup>340</sup>. L'eguaglianza dei figli realizza la piena attuazione del comma terzo dell'art. 30 Cost., assicurando ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale<sup>341</sup>.

*degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014.

<sup>338</sup> DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione. Una prima lettura*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 291.

<sup>339</sup> Corsivo di GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al Tribunale Ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013.

<sup>340</sup> M. BIANCA, *L'eguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 5-6, 205.

<sup>341</sup> V. CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *La riforma della filiazione*, 2013, 225 e ss.

L'art. 315-*bis* cod. civ. enuncia i diritti fondamentali del figlio come persona<sup>342</sup>, il che implica un deciso ribaltamento di prospettiva rispetto al passato, in cui la condizione del figlio veniva identificata con esclusivo riferimento ai doveri dei genitori. Nel nuovo statuto della filiazione, accanto ai tradizionali diritti al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, viene enunciato il diritto all'assistenza morale dei genitori (c.d. "diritto all'amore")<sup>343</sup>; più in generale, l'interesse del figlio assurge a nuovo principio ispiratore del legislatore.

Il nuovo testo dell'art. 258 cod. civ. implica il superamento del principio di relatività: il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio produce i suoi effetti non più soltanto nei riguardi del genitore che lo ha compiuto, ma altresì rispetto ai suoi parenti<sup>344</sup>. Appare allora sovrabbondante la modifica dell'art. 74 cod. civ., che definisce la parentela come vincolo tra persone che discendono dallo stesso stipite, "sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo". Una volta conseguito lo stato di figlio (a seguito della nascita da genitori coniugati, del riconoscimento, della dichiarazione giudiziale), il soggetto diventa parente delle persone che discendono dallo stesso stipite dei suoi genitori ed entra a far parte della loro famiglia (estesa). In questo modo, tutti i figli conseguono un'unica identità familiare, con eguali rapporti di parentela cui fanno riscontro i medesimi diritti, patrimoniali e successori.

Volgendo lo sguardo ai rapporti tra genitore e figli, vengono abrogate le norme in materia di commutazione che segnavano l'ultimo residuo *discrimen* sul piano del trattamento successorio tra figli legittimi e naturali. La piena eguaglianza di stato ora non ammette alcuna discriminazione, né sul piano della delazione ereditaria, né su quello divisionale, non dovendo i figli naturali soggiacere a scelte potestative di altri eredi, ma

---

<sup>342</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 2001, 16.

<sup>343</sup> SANTARSIERE, *Le nuove norme sui figli nati dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori*, in *Giur. mer.*, 2013, 3, 522.

<sup>344</sup> Il principio di relatività aveva le proprie radici nel Codice del 1865, il cui art. 182 così prevedeva: "Il riconoscimento non ha effetto che riguardo a quello dei genitori da cui fu fatto e non dà al figlio riconosciuto alcun diritto verso l'altro genitore": così ROMANO, *Autonomia privata, famiglie ricomposte, unioni non coniugali: la vicenda successoria*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 342.

anzi avendo il diritto di partecipare ai negozi divisorii insieme coi figli legittimi.

Di particolare impatto sono poi le conseguenze prodotte dal superamento del principio di relatività del riconoscimento, con il nuovo “perimetro” riconosciuto al rapporto di parentela: viene, in primo luogo, in considerazione l’istituto della rappresentazione, (artt. 467 e ss. cod. civ.)<sup>345</sup>, oggi pacificamente operante, alla luce dei principi sottesi al combinato disposto degli artt. 74 e 258 cod. civ., anche in linea collaterale, essendo chiamati a succedere anche i discendenti dei fratelli naturali del defunto, la cui comune paternità o maternità sia stata riconosciuta o accertata giudizialmente<sup>346</sup>; termina così la lunga disputa sulla idoneità dei fratelli e delle sorelle naturali del defunto ad essere rappresentati dai loro discendenti, nata a causa di un testo legislativo sibillino<sup>347</sup>, che ha portato parte della dottrina<sup>348</sup> ad affermare l’operatività della

---

<sup>345</sup> ROMANO, *Autonomia privata, famiglie ricomposte, unioni non coniugali: la vicenda successoria*, in *Le “nuove famiglie” e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 343, ricorda come l’istituto della rappresentazione abbia risentito, nel corso degli anni, dei differenti modelli familiari di riferimento della vicenda successoria, subendo sensibili modifiche nel suo fondamento e negli ambiti applicativi: nel codice del 1942, la rappresentazione era prevista a beneficio dei soli discendenti legittimi di figli o fratelli e sorelle del *de cuius*; coerentemente, la *ratio* dell’istituto veniva ravvisata nella tutela della stirpe legittima del defunto (Cfr. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 1961, 111); con pronunzia n. 79 del 14 aprile 1969 (C. Cost. sentenza 14 aprile 1969 n. 79, in *Giur. it.*, 1969, I, c. 1220; in *Foro it.* 1969, I, 1033) la Corte Costituzionale riconosceva ai figli naturali di figli e fratelli del *de cuius* il diritto a succedere per rappresentazione, a condizione però che i rappresentati non avessero discendenti legittimi. Entro tali limiti, i figli naturali potevano succedere per rappresentazione al *de cuius*, in luogo del proprio genitore naturale, anche in caso di concorso con il coniuge. Successivamente, con le modifiche apportate al primo comma dell’art. 467 c.c. dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, veniva realizzata una piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali riconosciuti nella rappresentazione in linea retta, potendo operare detto istituto a beneficio dei discendenti, legittimi e naturali riconosciuti (c.d. *rappresentanti*) del figlio, legittimo o naturale riconosciuto (c.d. *rappresentato*), del defunto. In conseguenza, risultava modificato il fondamento dell’istituto, ravvisato da una parte della dottrina nella tutela della famiglia del *de cuius* nella sua accezione allargata (Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 1985, 519; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2009, I, 208), da altra tesi nella tutela della stirpe del mancato successore, formata da tutti i discendenti dello stesso (legittimi, legittimati, naturali, adottivi: cfr. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, artt. 456 - 535, in *Comm. cod. civ.* diretto da De Martino, 1982, 158).

<sup>346</sup> ROMANO, *Autonomia privata, famiglie ricomposte, unioni non coniugali: la vicenda successoria*, in *Le “nuove famiglie” e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 344, sottolinea che la norma dell’art. 468 cod. civ., nella parte in cui ammette la rappresentazione a beneficio di figli di fratelli e sorelle del defunto, non contempla l’aggettivo legittimo, e dunque non ha necessitato dell’intervento “correttivo” del decreto 154/2013.

<sup>347</sup> ROMANO, *op. ult. cit.*, 343.

<sup>348</sup> CARRARO, *Parentela e vocazione a succedere dei fratelli naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 218; GRASSI, *Operatività della rappresentazione a favore dei discendenti di fratelli naturali*, in *Famiglia*, 2003, 240; PROSPERI, *Ambito della rilevanza della parentela naturale e successione tra fratelli*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 1119.

rappresentazione anche a beneficio dei discendenti di fratelli e sorelle naturali, sulla base di diverse considerazioni: si richiamava, in particolare, il disposto dell'art. 737 cod. civ. quale riconoscimento della giuridica rilevanza di un rapporto di parentela anche tra fratelli naturali, con conseguente reciproca successibilità, e il riconoscimento, sia pur limitato, di una successione tra fratelli naturali operato dalla Corte Costituzionale<sup>349</sup>.

L'orientamento prevalente, da ritenersi, come detto, superato alla luce delle nuove norme, escludeva l'operatività della rappresentazione a beneficio dei discendenti dei fratelli naturali del *de cuius*, e ciò in ragione della relatività del riconoscimento, quale sancita dall'art. 258 cod. civ., e dunque dell'assenza di qualsivoglia legame giuridicamente rilevante tra fratelli naturali al di fuori dei casi testualmente contemplati dal legislatore<sup>350</sup>.

La possibilità di ravvisare un rapporto di parentela tra persone discendenti dallo stesso stipite, a prescindere da un vincolo matrimoniale, influisce anche sul piano della *vocatio ab intestato*. Anteriormente alla riforma, invero, la dottrina ravvisava quattro classi di successibili *ex lege*, in ragione della *ratio* che ne giustificava la vocazione<sup>351</sup>: la prima classe era quella formata *jure familiae*, costituita dai parenti legittimi, cui venivano equiparati gli adottati; la seconda classe era formata *jure coniugii* e comprendeva il coniuge legittimo ed eventualmente il coniuge putativo; la terza classe era formata *jure sanguinis* dai parenti naturali, ed infine la quarta classe ("*jure imperii*") era formata dallo Stato.

La riforma del 2012 incide profondamente sul sistema così esposto, impostato sul *discrimen* tra parentela (quella derivante dall'appartenenza ad una famiglia fondata sul matrimonio) e consanguineità. Non ha più senso tenere distinte, oggi, la classe *jure familiae* da quella *jure sanguinis*, atteso che, in ragione del rinnovato disposto dell'art. 74 cod. civ., i consanguinei entrano a pieno titolo nella classe dei parenti. Coerentemente, la nuova formulazione dell'art. 565 cod. civ., nel tracciare le categorie di successibili *ex lege*, prevede che "Nella successione legittima, l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti, agli

---

<sup>349</sup> C. Cost., 4 luglio 1979, n. 55, in *Foro it.*, 1980, I, 1, c. 908; in *Giur. it.* 1980, I, 1, c. 1121; C. Cost., 12 aprile 1990, n. 184, in *Rass. dir. Civ.*, 1991, 421.

<sup>350</sup> FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da De Martino, 1982, 207; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 1968, 112; PEREGO, *La rappresentazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, V, I, 1997, 123.

<sup>351</sup> CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, tomo I, 623.



ascendenti, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite dal presente titolo", eliminando ogni riferimento a parenti legittimi ed a legami meramente naturali. I rinnovati principi investono, in primo luogo, i rapporti del figlio naturale con la famiglia del genitore che ha effettuato il riconoscimento: il figlio naturale riconosciuto potrà succedere a fratelli o sorelle del genitore che ha effettuato il riconoscimento, nonché ad altri parenti entro il sesto grado. Viene, poi, in considerazione il caso dei rapporti tra "fratelli naturali", che per lunghi anni ha animato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale: il sistema normativo risultante dalla disciplina del codice civile riformato dalla legge 151/75 negava un reciproco diritto a succedere tra fratelli e sorelle naturali, determinando un grave ritardo del legislatore nel dare risposta ad istanze prepotentemente emerse nel tessuto sociale. Basti pensare al caso delle famiglie di fatto: all'indomani della riforma del '75, i figli nati da tali unioni avevano pieno diritto a succedere ai genitori, ma non si vedevano riconosciuto alcun titolo alla successione reciproca, non essendo, a rigore, configurabile un rapporto di parentela, giuridicamente rilevante, tra fratelli naturali<sup>352</sup>.

Sollevata questione di legittimità costituzionale, la Consulta dichiarò<sup>353</sup> costituzionalmente illegittima (per contrasto con gli art. 3 e 30, comma terzo, Cost.) la norma dell'art. 565 cod. civ., nella parte in cui escludeva dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali, riconosciuti o dichiarati: soluzione di compromesso<sup>354</sup>, che lasciava persistere un trattamento discriminatorio, dal momento che creava di fatto una nuova categoria di successibili, collocata in posizione peggiore rispetto a tutti gli altri parenti legittimi, con precedenza sul solo Stato.

Successivamente, la stessa Consulta, confermando in linea di principio il precedente orientamento, riconosceva il diritto a succedere anche ai fratelli e alle sorelle naturali unilaterali, dei quali fosse stato riconosciuto o accertato giudizialmente lo *status* di

<sup>352</sup> ROMANO, *Autonomia privata, famiglie ricomposte, unioni non coniugali: la vicenda successoria*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 345.

<sup>353</sup> C. Cost. 4 luglio 1979, n. 55, in *Foro it.*, 1980, I, 1, c. 908; in *Giur. it.* 1980, I, 1, c. 1121.

<sup>354</sup> ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

filiazione nei riguardi di un solo genitore comune<sup>355</sup>.

Con ulteriore pronunciamento, la Corte Costituzionale rigettava la questione di legittimità costituzionale degli artt. 565 e 572 cod. civ., nella parte in cui non prevedevano la successione dei fratelli e delle sorelle naturali del *de cuius* in mancanza di membri della famiglia intesa in senso stretto: ma in quell'occasione, la Corte, pur respingendo la questione di legittimità, ritenendosi incompetente a giudicare tra i diritti conseguenti ad una situazione di mera consanguineità, ed i diritti riconducibili alla parentela, quale rapporto derivante dall'appartenenza ad una famiglia fondata sul matrimonio, riconosceva l'inopportunità, alla luce dei mutamenti del costume sociale, di un sistema successorio che escludesse dalla successione fratelli e sorelle naturali a beneficio di parenti legittimi di grado remoto.

La nuova formulazione degli artt. 74 e 258 cod. civ., espressione dell'impianto normativo risultante dalla riforma del 2012, orienta in modo diverso l'interpretazione dell'art. 565 cod. civ. e delle categorie di successibili, dovendosi ricomprendere tra i parenti collaterali anche fratelli e sorelle naturali del *de cuius*, la cui comune paternità sia stata riconosciuta o accertata giudizialmente<sup>356</sup>. Ciò dà luogo ad ipotesi di concorso nella successione *ab intestato* in precedenza sconosciute al sistema: il pensiero va alla successione tra fratelli nati dal comune genitore e cresciuti nell'ambito delle cc.dd. famiglie ricomposte.

Il mutato quadro normativo di riferimento ha importanti conseguenze anche rispetto alla successione degli ascendenti, sia in tema di diritti dei legittimari, sia per quel che concerne la successione legittima: il sistema previgente aveva determinato una equiparazione tra filiazione legittima e naturale in linea retta discendente, ma non in linea ascendente, residuando rilevanti differenze, sul piano del trattamento successorio, tra genitori (e ascendenti) legittimi e naturali<sup>357</sup>; con riguardo ai diritti dei legittimari, il nuovo testo dell'art. 536 cod. civ., al primo comma dispone che "le persone a favore delle quali la

<sup>355</sup> C. Cost., 12 aprile 1990, n. 184, in *Rass. dir. Civ.*, 1991, 421.

<sup>356</sup> SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. E dir.*, 2013, 3, 239.

<sup>357</sup> PADOVINI, *I diritti successori dei figli: problemi aperti*, in *Quaderni del Notariato, Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, a cura di Ferrando e Laurini, 2013, 131, il quale nota come l'eliminazione della discriminazione tra figli legittimi e naturali comporta anche un ampliamento dei chiamati alla successione di un figlio naturale, ricomprendendovi gli ascendenti superstiti, i fratelli e le sorelle e, più in generale, tutti gli altri parenti.

legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli, gli ascendenti". Quanto a questi ultimi, scompare, rispetto alla precedente formulazione, la limitazione ai soli ascendenti legittimi. Pertanto, può oggi dirsi che gli ascendenti, i quali abbiano riconosciuto persona successivamente premorta senza figli, hanno diritto ad una quota di legittima nella misura di un terzo del patrimonio del *de cuius* (art. 538, comma primo cod. civ.) qualora non concorrano con il coniuge del defunto; ove, invece, con quest'ultimo concorrano, la quota loro riservata è pari ad un quarto *ex art.* 544 cod. civ..

Quanto alla vocazione legale, la norma dell'art. 578 cod. civ. ammetteva la successione del genitore naturale al figlio premorto senza prole né coniuge; tuttavia, con una intricata progressione normativa, precisava che, in caso di riconoscimento da parte di entrambi i genitori, l'eredità sarebbe spettata a ciascuno di essi; ove però uno solo dei genitori avesse legittimato il figlio, il genitore naturale sarebbe stato escluso dalla successione. In tal modo, ancora una volta, il legislatore sanciva la prevalenza della parentela legittima su quella naturale, lasciando irrisolti peraltro gravi problemi di ordine pratico, quale quello relativo alla sorte dell'eredità nel caso in cui il genitore "legittimante" vi avesse rinunciato. Tale disposizione risulta oggi abrogata: i principi che regolano la successione del genitore naturale sono comuni a quelli relativi alla successione del genitore legittimo (art. 568 e 571 cod. civ.), sull'ovvio presupposto che la filiazione sia stata riconosciuta o accertata giudizialmente.

Quanto invece agli ascendenti naturali, nessun diritto era previsto per gli stessi dalla precedente normativa: l'art. 565 cod. civ. prevedeva i soli ascendenti legittimi, e l'art. 582 cod. civ. chiariva l'entità delle quote in caso di concorso del coniuge con ascendenti, fratelli e sorelle.

Nonostante autorevole dottrina ritenesse argomentabile la successione dell'ascendente naturale<sup>358</sup>, l'orientamento prevalente escludeva che gli ascendenti naturali avessero titolo a succedere<sup>359</sup>, per via del principio di relatività del riconoscimento come

---

<sup>358</sup> CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, 1979, 166, il quale argomentava dalla disciplina dettata in materia di alimenti (art. 433 cod. civ.) e di rappresentazione (art. 467 cod. civ.).

<sup>359</sup> CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 1997, 497.

sancito dall'art. 258 cod. civ.<sup>360</sup>. L'eliminazione, imposta dalla riforma del 2012, di ogni discriminazione tra figli legittimi e naturali, nonché l'esistenza di un legame di parentela rispetto a questi ultimi, porta oggi a riconoscere la idoneità alla successione *ex lege* del discendente premorto anche degli ascendenti naturali.

### 3.5.3 La legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e le convivenze. Rinvio.

Per la centralità della legge 76/2016 rispetto al tema della presente ricerca, alla stessa è dedicato un apposito spazio *infra*, cap. III.

## 4. Prassi.

### 4.1 Provare la convivenza.

Mentre il tema della convivenza animava il dibattito dottrinale, e la giurisprudenza si produceva nel suo sforzo di assicurarle (prima) rilevanza e (dopo) spazi di giuridicità, la prassi, soprattutto quella notarile, sviluppava strumenti di tutela e di progettazione della vita in comune dei soggetti uniti da legami affettivi non matrimoniali, muovendosi negli spazi di libertà lasciati dall'ordinamento.

La prima esigenza pratica è stata quella di costituire una prova della convivenza, al fine di poter usufruire dei diritti sparsi qua e là per la legislazione (di cui si è dato un corposo elenco *supra*, in questo capitolo), o di provare l'esistenza del rapporto di fatto in sede contenziosa: l'unico documento in grado di attestare legalmente la convivenza è tutt'ora il certificato di stato di famiglia, da richiedersi all'ufficio anagrafe del comune di residenza.

L'attuale normativa in materia<sup>361</sup> stabilisce, infatti, che agli effetti anagrafici, per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune. L'iscrizione anagrafica ha, quanto meno, natura dichiarativa, che è

---

<sup>360</sup> RONCHI, *La successione legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, 2009, 844.

<sup>361</sup> Art. 4, comma primo, D. P. R. 30 maggio 1989 n. 223, *supra* riportato.

comunque, in determinati casi, ritenuta sufficiente in ordine agli effetti e agli scopi di tutela attivati dalla pubblica amministrazione (quali ad esempio la posizione nelle graduatorie per l'accesso agli alloggi di edilizia popolare, salvo gli ulteriori requisiti richiesti); può inoltre costituire un utile strumento probatorio in tutte le ipotesi in cui la giurisprudenza ha attribuito qualche rilevanza alla stabile convivenza di fatto.

Nondimeno, questa certificazione non è, o non dovrebbe essere, di per sé, sufficiente ai fini del riconoscimento di uno specifico diritto a favore del convivente, soprattutto in ordine alla prova della stabilità della convivenza stessa (la stabilità del rapporto è, come si è visto *supra*, un requisito imprescindibile per il diritto giurisprudenziale) e la reciproca solidarietà tra i conviventi.

Alla luce di quanto appena evidenziato, appaiono del tutto sovrabbondanti ed inutili le iscrizioni nei Registri comunali delle convivenze, ove istituiti, dal momento che agli stessi non possono certo demandarsi funzioni diverse di quelle che già svolge il registro anagrafico.

Giova qui, per altro, rimarcare che gli unici registri a rilevare ai fini dell'attribuzione degli *status* sono e restano i registri di nascita, che forniscono la prova della venuta ad esistenza di un soggetto in una certa data e da individuati genitori (effettuando l'attribuzione e la pubblicità dello stato di figlio), ed i registri di matrimonio, che provano il realizzarsi del vincolo matrimoniale ed attribuiscono e pubblicizzano lo stato di coniuge<sup>362</sup>; la giurisprudenza amministrativa ha precisato che la definizione di famiglia di cui al citato art. 4 D. P. R. 30 maggio 1989 n. 223 deve intendersi valida esclusivamente agli effetti anagrafici<sup>363</sup>.

#### *4.2 Rapporti patrimoniali tra conviventi.*

Problema ben più annoso era costituito dalla mancanza di una disciplina organica dei rapporti patrimoniali tra i conviventi, assimilabile a quella prevista per i coniugi agli artt. 159-211 cod. civ. per i coniugi. Tale assenza creava una situazione di precarietà, che

---

<sup>362</sup> SCOGNAMIGLIO, *Famiglia (stato di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991, p. 219.

<sup>363</sup> Cons. Stato, 13 luglio 1994, n. 770, in *Cons. St.*, 1994, I, 1063 ss..

assumeva particolare rilevanza soprattutto nel caso di cessazione della convivenza.

Spettava pertanto ai conviventi supplire al vuoto normativo, disciplinando i reciproci rapporti patrimoniali con le convenzioni più adeguate alle loro esigenze. Gli strumenti negoziali messi a disposizione dall'ordinamento assumevano un rilievo fondamentale, perché, se utilizzati durante la convivenza, permettevano di evitare, al momento della sua cessazione (per volontà dei conviventi o per il decesso di uno di essi), situazioni di alta criticità e litigiosità. Attività negoziale che era in quest'ottica, l'unica via per i conviventi, al fine di assicurarsi quel minimo di tutela reciproca che per i coniugi è garantita dall'ordinamento: un'attività di supplenza indispensabile per colmare il vuoto legislativo.

D'altro canto, abbandonando per un attimo la prassi e tornando alla riflessione sui principi, è opinione del tutto prevalente e preferibile in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, che debba ripudiarsi senza tentennamenti l'estensibilità in via analogica della comunione legale ai conviventi, oltre che per le evidenti differenze tra unione matrimoniale e unione di fatto, per via della "fondamentale scelta operata dai *partners* del *faux ménage* a vantaggio del *non-matrimonio*<sup>364</sup>", che impedisce di applicare ad essi le conseguenze di quello che finirebbe invece con l'essere un vero e proprio "matrimonio forzoso"<sup>365</sup>. Va del resto rilevata la legittimità costituzionale della mancata estensione legislativa<sup>366</sup>, dandosi anche atto delle gravissime obiezioni di carattere pratico che

---

<sup>364</sup> Corsivo di OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, 2011, 302.

<sup>365</sup> CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, 1995, 1215 ss.; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 43 e ss., 59 e ss.; in giurisprudenza, App. Firenze, 12 febbraio 1991, in *Dir. fam.*, 1992, 633, che espressamente rigetta la via dell'analogia, essendo l'applicabilità del regime ex artt. 177 ss. cod. civ. ricollegata dalla legge al dato formale del vincolo matrimoniale, e come tale non estensibile analogicamente ad una situazione non caratterizzata da un connotato di istituzionale stabilità (anche se non di indissolubilità), essendo invece la durata del *ménage* di fatto "rimessa, giorno per giorno, alla mera volontà di ciascuno dei conviventi. Tali considerazioni valgono anche a negare l'estensibilità in via analogica, alla famiglia di fatto, anche della comunione *de residuo*, con particolare riguardo a quella dei proventi dell'attività separata di ciascun coniuge, ex art. 177, lett. c), cod. civ., unitamente alla constatazione che questa particolare forma di comunione si presenta come indissolubilmente legata al momento dello scioglimento del regime legale, di cui presuppone pertanto la possibilità di una esatta individuazione (*contra* BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 141; BESSONE - FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. Fam.*, 1979, 1339).

<sup>366</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 53 e ss..

potrebbero sollevarsi di fronte ad una ipotetica applicazione ai conviventi del regime *ex artt. 177 ss. cod. civ.*, in assenza di una qualche forma di consacrazione e di pubblicità del rapporto (di fatto)<sup>367</sup>.

Il problema può dirsi oggi superato dall'approvazione della l. 76/2016, che all'art. 1, comma 53, prevede la possibilità (di cui si dirà *infra*, nel prossimo capitolo terzo) di stipulare un apposito contratto col quale regolare i rapporti patrimoniali secondo il regime della comunione legale.

#### 4.3 Negozi finalizzati al riequilibrio dei contributi economici.

Per riequilibrare i rapporti economici tra conviventi, in relazione al diverso contributo di ciascuno alla vita comune, si attua generalmente una redistribuzione patrimoniale, tramite negozi quali la donazione (con o senza riserva del diritto di usufrutto in favore del donante<sup>368</sup>, con o senza onere a carico del donatario<sup>369</sup>, con o senza esplicitazione della funzione remuneratoria<sup>370</sup>, con o senza patto di reversibilità<sup>371</sup>), il contratto atipico di cessione a titolo di vitalizio assistenziale<sup>372</sup>, la cessione a titolo

<sup>367</sup> OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, 2011, 303, sottolinea come la principale difficoltà sarebbe costituita non solo e non tanto quella di individuare caso per caso la sussistenza del rapporto, quanto piuttosto quella di appurare l'esatto momento di inizio e di cessazione del medesimo, posto che con questi termini andrebbero raffrontate le date d'acquisto dei singoli beni. D'altronde, come l'Autore citato evidenzia, non va dimenticato che i singoli aspetti del regime giuridico della comunione legale appaiono inscindibilmente connessi l'uno all'altro: la tutela "esterna" del regime, costituita dalla sua opponibilità *ex lege*, anche in difetto di espressa risultanza dello stesso sui pubblici registri mobiliari e immobiliari, è proprio lo strumento attraverso cui il legislatore ha voluto perseguire il risultato di attribuire alla comunione la massima capacità espansiva (cfr. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, I, 1979, 72; OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 195) e non può essere pertanto avulsa dal sistema della comunione, senza snaturarne irrimediabilmente l'essenza.

<sup>368</sup> Art. 796 cod. Civ.

<sup>369</sup> Art. 793 cod. Civ.

<sup>370</sup> Art. 770 cod. Civ.

<sup>371</sup> Artt. 791-792 cod. Civ.

<sup>372</sup> Nel contratto atipico di cessione a titolo di vitalizio assistenziale, una parte (vitalizzante) si impegna nei confronti dell'altra (vitaliziato) a prestare a quest'ultima assistenza morale e materiale, provvederne al vitto, all'alloggio, alla cura e alle spese mediche, a fargli visita periodica e in generale a provvedere a quanto necessario ad assicurarne una decorosa esistenza, a fronte del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale su beni immobili, o della dazione di una determinata somma di danaro. L'appartenenza di tali prestazioni (o comunque, di quelle preponderanti) al novero di quelle di fare più che a quelle di dare, ha da sempre indotto la dottrina maggioritaria a evidenziare l'atipicità del contratto in esame rispetto alla rendita vitalizia, secondo una tesi che riscuote ora anche il consenso della Suprema Corte, e

transattivo previo riconoscimento dell'indebitato arricchimento, la cessione a titolo oneroso previo riconoscimento di debito, l'adempimento di obbligazione naturale, la costituzione del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. (con o senza trasferimento contestuale dei beni vincolati al beneficiario del vincolo), il *trust*.

Tali strumenti negoziali non erano e non sono tuttavia privi di criticità: in particolare, l'acquisto proveniente da donazione può venir meno per effetto dell'eventuale esperimento vittorioso dell'azione di riduzione da parte di legittimari lesi nei propri diritti; poiché gli immobili restituiti in conseguenza del vittorioso esperimento delle azioni di cui agli artt. 561 e 563 cod. civ., tornano al legittimario vittorioso liberi dai pesi e dalle ipoteche apposti su di essi *medio tempore*, si era diffusa, nella prassi della contrattazione in materia di mutui fondiari, la non "mutuabilità" degli immobili di provenienza donativa, che gli istituti di credito non accettavano in garanzia fino a che non si fosse prescritto il diritto di agire in riduzione (dieci anni dalla morte del donante)<sup>373</sup>. Tale prassi non è stata completamente debellata né con la riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ., operata dalla l. 14 maggio 2006, n. 80, in quanto essa prevede la possibilità per i legittimari di opporsi al decorso dei venti anni necessari a paralizzare l'azione di restituzione, sul presupposto che la domanda di riduzione sia stata trascritta entro dieci anni dalla apertura della successione (art. 2652 n. 8 cod. civ., espressamente richiamato da entrambe le disposizioni novellate); né, per il momento (ma si tratta probabilmente solo di tempo), tramite la

---

che pare senz'altro preferibile, anche in considerazione del cospicuo numero di altri elementi differenziatori nei riguardi della figura regolata dall'art. 1872 e ss. c.c. ; in argomento, CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, nota a Cass., 11 novembre 1988, n. 6083, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1171. , c. 1165; ANDREOLI, *La rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1958, VIII, 47 e ss.

<sup>373</sup> IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante*, in *Fam, Pers. Succ.*, 2012, 90; SALA, *Art. 563*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Bonilini, Confortini e Mariconda, 2015, 563; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di dir. Priv.* Diretto da Rescigno, 2a ed., 5, I, 1997, 467. La modifica della norma, apportata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, ha notevolmente temperato l'originaria portata della disposizione, per favorire la circolazione dei beni donati, indebolendo la tutela dei legittimari (IACCARINO, *op. ult. cit.*, 85 e ss.; BUSANI, *L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma 4 cod. Civ.)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, 17 e ss.; TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, 168 e ss.; VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, 555 e ss.), che con il decorrere del tempo vedono attenuato il loro diritto reale sul bene donato, soprattutto se il beneficiario lo ha alienato a terzi (sulla natura reale delle azioni di cui agli artt. 561 e 563, v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2a ed., I, 2002, 317 e ss.; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, successione necessaria*, 4a ed., in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 2000, 314 e ss..



rinuncia, onerosa o gratuita, all'azione di restituzione, che parte sempre crescente della dottrina<sup>374</sup> e della giurisprudenza<sup>375</sup> ritiene ammissibile anche vivente il donante, in quanto non contrastante con il divieto dei patti successori rinunciativi: rinuncia all'azione di restituzione che pone problemi di minor conto, dal punto di vista teorico, e minor dispendio fiscale, rispetto sia alla cd. "risoluzione della donazione per mutuo dissenso"<sup>376</sup>, sia rispetto alla tuttora dibattuta "modifica della causa" della donazione, da tramutarsi in

---

<sup>374</sup> IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante*, in *Fam, Pers. Succ.*, 2012, 85 e ss.; GIANOLA-DI SAPIO, *La rinuncia del legittimario alla restituzione del bene immobile donato da parte del terzo acquirente dal donatario*, in *Studi del Consiglio Notarile di Cuneo*, 2014; TORRONI, *La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile*, Relazione svolta alla giornata di studio sul tema "La tutela dei legittimari tra novità legislative, prospettive di riforma e prassi giurisprudenziale" organizzato dal Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Forlì e Rimini a Rimini l'11 maggio 2012, 8, su [www.notaiforlirimini.com](http://www.notaiforlirimini.com).

<sup>375</sup> Tribunale di Torino, Decreto n. 2298 del 26 settembre 2014, su [www.federnotizie.it](http://www.federnotizie.it), con nota di LAFFRANCHI. La sentenza è doppiamente utile in quanto stabilisce non solo la gittimità della rinuncia all'azione di restituzione durante la vita del donante, ma ne ammette inoltre la trascrivibilità nei registri immobiliari mediante annotazione a margine della trascrizione della donazione.

<sup>376</sup> Secondo l'opinione prevalente (ALCARO, *Il mutuo dissenso*, Studio CNN n. 434-2012/C, 17 gennaio 2013; CEOLIN, *Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale del contratto di donazione*, Studio CNN n. 52-2014/C, 4 aprile 2014; SRAFFA, *Mutuo dissenso e remissione del debito*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, 426; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, IV, 2, 1972, 210; FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. di dir. Priv.* diretto da Bessone, V, 2002, 24; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, 1980, *passim*; GALGANO – VISINTINI, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja - Branca*, sub art. 1372, 1993, 17 e ss.; CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, 635; MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, 1961, 815; COGOLI, *Lo scioglimento della donazione per mutuo dissenso*, in *Contratti*, 2006, 619; GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 181), avallata anche dalla recente giurisprudenza (Cass. Civ. sentenza 6 ottobre 2011 n. 20445, in *Riv. Not.*, 2012, 1181: "La risoluzione convenzionale integra un contratto autonomo con il quale le stesse parti o i loro eredi ne estinguono uno precedente, liberandosi dal relativo vincolo e la sua peculiarità è di presupporre un contratto precedente fra le medesime e di produrre effetti estintivi delle posizioni giuridiche create da essi") e dalla prassi tributaria (Agenzia delle entrate, Risoluzione n. 20 del 14 febbraio 2014), il mutuo dissenso è un negozio risolutorio (detto anche negozio annientativo o *contrarius consensus*) con cui le parti pongono nel nulla, sia per il futuro, che per il passato, l'originario atto o contratto. Le caratteristiche del mutuo dissenso così inteso sono l'essere un negozio autonomo ed unitario, riconosciuto dall'ordinamento (artt. 1321, 1372 c.c.), avente una causa, unica ed unitaria, consistente nella risoluzione del precedente negozio; sul piano degli effetti, le parti riottengono quanto precedentemente dato poiché, risolto il negozio, le prestazioni costituiscono un indebito oggettivo, che va pertanto restituito; si incide direttamente sul negozio originario. L'opinione tradizionale (Cass. civ. sentenza 10 marzo 1966, n. 638, in *Mass. Foro it.*, 1966; Cass. 7 marzo 1997, n. 2040; Cass. 16 luglio 1997, n. 6488; Cass. 30 agosto 2005, n. 17503; DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. Civ.*, 1939, 104; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 1987, 871; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, 1980, 290) ritiene all'opposto che la risoluzione altro non sia che un *contrarius actus*, ovvero un contratto uguale e contrario a quello da risolvere (ma le contraddizioni di questa impostazione, nella fattispecie del contratto di donazione, sono evidenti: donante e donatario dovrebbero stipulare una nuova donazione a posizioni invertite; ma in una fattispecie di tal fatta non pare proprio rinvenibile alcun *animus donandi* in

*causa venditionis* con un accordo modificativo cui si accompagna il pagamento “ora per allora” di un corrispettivo<sup>377</sup>, rimedi studiati e in uso alla prassi notarile per “stabilizzare” gli acquisti con causa liberale.

I limiti del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* e del *trust* (data ormai per acquisita l'ammissibilità di quest'ultimo, anche in assenza di elementi di estraneità all'ordinamento, c.d. *trust* interno<sup>378</sup>), risiedono: nella loro natura di negozi integranti liberalità indirette (e dunque attaccabili con l'azione di riduzione da parte di eventuali eredi legittimari del *settlor*, lesi nei loro diritti); nella diffidenza con cui autorevoli operatori guardano ai negozi con effetti segregativi in cui vi sia sovrapposizione tra le figure necessarie del negozio (disponente e *trustee*, *trustee* e beneficiario, disponente e – parziale – beneficiario, a maggior ragione quando non sia previsto un guardiano: del resto, se il *trust* ha la funzione di vincolare determinati beni ai bisogni di una famiglia di fatto, è impensabile che la gestione dei beni vincolati sia affidata ad un terzo estraneo), dal momento che tali fattispecie sarebbero più funzionali a perpetrare frodi a danno dei

---

capo al soggetto chiamato a “ritrasferire”, perché le parti non vogliono stipulare una nuova donazione bensì soltanto porre nel nulla quella precedentemente intercorsa tra di loro: v. CEOLIN, *op. ult. cit.*, par. 1; CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, 1983, 284; FRANZONI, *op. loc. ult. cit.*); altra teoria, con maggiore raffinatezza, ritiene che, pur assodata la funzione risolutoria del mutuo dissenso, sostiene che, con riguardo agli atti traslativi, esso non sia sufficiente, da solo, a realizzare il ri-trasferimento: le parti, oltre a convenire un negozio risolutorio con effetti *ex tunc* sull'atto negoziale precedentemente posto in essere, dovrebbero, per determinare un ritrasferimento del bene, convenire un atto ulteriore, il c.d. pagamento o adempimento traslativo (così GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2006, 1032; TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 284).

<sup>377</sup> Secondo parte della dottrina (ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2007, 947; SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, in *Notariato*, 2011, 646 e ss.) sarebbe possibile estendere l'ambito applicativo della novazione dal rapporto obbligatorio, che ne costituisce oggetto nel tipo normativo, al contratto, o più specificamente, alla causa di esso. L'idea di fondo è la sostituibilità della *causa donationis* senza passare da un negozio estintivo-costitutivo (e dunque non facendo ricorso a una caducazione degli effetti della donazione, in questo discostandosi dalla pratica del mutuo dissenso di cui in precedenza), ma piuttosto mantenendone l'effetto traslativo, e rideterminandone la causa. Tale teoria incontra la severa censura di AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, 2016, 197-202.

<sup>378</sup> Sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito assolutamente prevalenti, e ora anche dalla giurisprudenza della Cassazione (Cass. Trib., Sentenze 18 dicembre 2015, nn. 25478, 25479, e 25480, su banca dati [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it); Cass. Trib., ordinanza 25 febbraio 2015 n. 3886; Cass. trib. ordinanze 24 febbraio 2015, nn. 3735 e 3737); isolati pareri negativi persistenti (quale ad esempio, Trib. Udine, sentenza 28 febbraio 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) vengono giudicati (non a torto) “sbalorditivi” da autorevole dottrina (BUSANI, *Negata la validità del trust italiano*, in *Il Sole 24 ore*, 3 aprile 2015, 40).

creditori<sup>379</sup>; nella clausola di ri-trasferimento, che se legata alla morte del *trustee*, potrebbe invero incorrere nella nullità per violazione del divieto dei patti successori. Si tratta di criticità che portano a ritenere tanto il *trust*, quanto il vincolo *ex art. 2645-ter* cod. civ., sicuramente più adatti ad assicurare stabilità economica al *partner* superstite attraverso l'erogazione di redditi (derivanti dal capitale vincolato) o la messa a disposizione dei beni vincolati (es. la casa di abitazione), che non attraverso il trasferimento *post mortem* della proprietà sui cespiti vincolati<sup>380</sup>.

#### 4.4 La casa di residenza comune.

Un aspetto molto sentito è tutt'ora quello della disponibilità della casa di residenza comune, qualora essa sia di proprietà esclusiva di uno solo dei conviventi. Per costoro, infatti, non esiste una norma analoga all'art. 143 cod. civ., per la quale “dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione”, con la conseguenza che al coniuge non proprietario, tenuto all'obbligo di coabitazione, deve riconoscersi il diritto di abitare nella casa familiare di proprietà dell'altro coniuge. Il convivente non proprietario non matura alcun diritto sulla casa di residenza comune se essa è di proprietà del partner, e se l'unione dovesse rompersi rischia di rimanere senza un “tetto”.

---

<sup>379</sup> Art. 2 Schema rappresentativo di comportamenti anomali ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. b) del d.lgs 231/2007, “Operatività connessa con l'anomalo utilizzo di *trust*”, emesso dalla Banca d'Italia – comunicazione unità di informazione finanziaria, 2 dicembre 2013: “In particolare, pur avendo presente che nella pratica le diverse figure del *disponente*, del *trustee*, del *beneficiario* e del *guardiano* possono legittimamente non corrispondere ad altrettanti soggetti distinti, occorre considerare che nei casi di cumulo di ruoli in capo al medesimo soggetto appare più elevato il rischio che il *trust* sia utilizzato per realizzare situazioni di mera interposizione soggettiva per finalità improprie o illecite”; ma v. anche *sub* nota 5: “Nei *trust* interni la previsione di una coincidenza tra disponente e *trustee* (c.d. *trust* autodichiarato) ovvero tra disponente e guardiano può essere considerato il segnale dell'assenza di effettiva volontà del disponente di modificare il suo rapporto con i beni conferiti in *trust*. Peraltro nei *trust* familiari, la coincidenza tra disponente e *trustee/guardiano*, l'esistenza di rapporti di parentela tra gli stessi e la coincidenza tra disponente e beneficiari possono essere fisiologici”. In giurisprudenza, sia pure latamente, v. Cass. Pen. Sentenza 18 dicembre 2001, su [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it); Trib. Milano, sentenza 3 maggio 2013; Commiss. Trib. Prov. Veneto Treviso, 25 ottobre 2010, n. 108; Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza 14 maggio 2007; Trib. Torino ordinanza del 9 febbraio 2004; Trib. Firenze, ordinanza 9 giugno 2002.

<sup>380</sup> OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le “nuove famiglie” e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 51.

A questa situazione di debolezza del convivente non proprietario, la prassi è solita ovviare attribuendogli un diritto di comproprietà, o un diritto reale di godimento sulla casa adibita ad uso comune, ricorrendo ai medesimi negozi di cui *supra*: la donazione, la cessione a titolo transattivo previo riconoscimento dell'indebito arricchimento, la cessione a titolo oneroso previo riconoscimento di debito, la cessione a titolo di vitalizio assistenziale, l'adempimento di obbligazione naturale. Altrettanto efficacemente, la prassi ha impiegato all'uopo, anche in favore dei figli nati dal rapporto di convivenza, gli atti cc.dd. programmatici, la costituzione di vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter cod. civ.*, e il *trust*. In virtù di tali atti, la casa di residenza comune viene sottratta alla piena e libera disponibilità del proprietario/disponente, per essere destinata a far fronte ai bisogni della vita in comune.

Nel caso in cui l'abitazione comune non sia di proprietà di uno dei conviventi, ma sia oggetto di un contratto di locazione, si è già avuto modo di vedere *supra* come la giurisprudenza abbia riconosciuto al convivente *more uxorio*, in presenza di prole naturale, il diritto di subentrare nel contratto di locazione, non solo nel caso di morte del *partner*-conduttore, ma anche quando questi abbia lasciato l'abitazione per la fine del rapporto. Il diritto è stato poi espressamente previsto nella legge sulle unioni civili e sulle convivenze, di cui si dirà *infra*, cap. III.

Si è anche già visto come una specifica forma di tutela sia stata recentemente introdotta per i figli nati fuori dal matrimonio: la cessazione della convivenza, infatti, è stata equiparata alla separazione, allo scioglimento, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. In tutti questi casi, il godimento della casa di residenza comune è attribuito, dal giudice tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli<sup>381</sup>.

#### 4.5 Obbligazioni contratte dai conviventi nell'interesse comune.

Problematica assai frequente è quella relativa alla sorte delle obbligazioni contratte dai conviventi nel comune interesse: è il caso del contratto di mutuo ipotecario stipulato dai conviventi per l'acquisto della casa di comune abitazione, da intestarsi ad entrambi;

---

<sup>381</sup> Art. 377-*sexies* cod. civ.

con la fine del rapporto, l'interesse all'estinzione del debito contratto verso la banca sarà proprio del solo convivente che resterà nel possesso dell'abitazione, il quale dovrà dunque far fronte da solo alla restituzione delle residue somme mutate, nonché, verosimilmente, corrispondere all'ex convivente quanto da questi prestato in costanza di convivenza, in adempimento della parte di prezzo pagata, e della quota di mutuo estinta dall'ex convivente, per così dire, "recedente".

Al fine di evitare situazioni di alta criticità, la prassi usualmente consigliata (ma non sempre seguita) è la sottoscrizione, contestuale all'atto della stipula della compravendita e del mutuo ad essa collegato, di un accordo preliminare col quale i conviventi si impegnano reciprocamente, in caso di fine della convivenza, a consolidare la proprietà in capo a uno solo di essi (scelto precedentemente, o identificato, ad esempio, in colui il quale risulterà assegnatario della casa *ex art. 377-sexies* cod. civ.), mediante trasferimento della quota di proprietà del convivente "recedente" all'altro, a fronte della corresponsione delle somme pagate per l'acquisto (sul presupposto, tutt'altro che scontato, che sia agevole dimostrare la provenienza delle somme pagate dal patrimonio del recedente).

Ulteriore criticità si ha nel caso in cui, per la presenza di figli, l'abitazione sia assegnata a uno dei conviventi *ex art. 377-sexies* cod. civ.: l'esecuzione di un simile accordo non potrà godere del trattamento fiscale di favore riconosciuto ai trasferimenti immobiliari ricompresi in accordi di separazione tra i coniugi<sup>382</sup>.

Nel caso in cui il mutuo sia collegato a un atto avente efficacia traslativa non immediata (es. il cd. *rent to buy*, di cui all'art. 23 D. L. 11 settembre 2014, n. 133), è opportuno che i conviventi stipulino col cedente un contratto preliminare di cessione del contratto (art. 1406 e ss. cod. civ.) subordinato alla cessazione della convivenza, a fronte dell'obbligo, per il convivente cessionario, di restituire le somme prestate al convivente cedente.

---

<sup>382</sup> Art. 19 l. 6 marzo 1987 n. 74. L'esenzione ivi contenuta riguarda tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi, anche relativi ai patti che trovino solo occasione nella separazione, costituiti da accordi patrimoniali del tutto autonomi, che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata; cfr. Cass. Trib. Civ., sentenza 3 febbraio 2016, n. 2111, in *www.laleggepertutti.it*, con nota di MONTELEONE; Cass. 19 agosto 2015, n. 16909; Cass. 22 novembre 2007, n. 24321.

Nel raro caso in cui l'immobile sia intestato a uno solo dei conviventi, mentre il mutuo sia contratto da entrambi, sarà invece opportuno stipulare apposito patto volto alla restituzione delle somme corrisposte dal convivente-non intestatario dell'immobile.

In tutti i casi prospettati, l'evento condizionante, ossia la rottura della convivenza, dovrà constare da apposito atto di avveramento, sottoscritto da entrambi i conviventi: non sarà possibile dunque attivare nessuno strumento di tutela preventiva in caso di rottura unilaterale della convivenza. Si tratta di condizione risolutiva ordinariamente (e non meramente) potestativa<sup>383</sup>, e lecita, in quanto la convivenza, come si è già visto, storicamente non contrasta né con norme imperative, né con l'ordine pubblico, che comprende i principi fondamentali informatori dell'ordinamento giuridico, né con il buon costume, inteso, a norma delle disposizioni del codice civile (artt. 1343 e 1354), come il complesso dei principi etici costituenti la morale sociale di un determinato momento storico<sup>384</sup>.

#### *4.6 Tutela post mortem del convivente superstite.*

Nella prassi notarile, è usuale avere dai cittadini richieste sull'ammissibilità di negozi o clausole negoziali aventi effetti giuridici destinati a prodursi dopo la morte di uno dei contraenti e a beneficio dell'altro, quale strumento al fine di assicurare la tranquillità economica del *partner* superstite<sup>385</sup>. Tale esigenza, nel nostro ordinamento, si scontra inevitabilmente con il divieto dei patti successori istitutivi<sup>386</sup>, il quale, come noto, investe non soltanto i negozi con cui un soggetto dispone della propria successione, ma anche quelli con i quali ci si obbliga a istituire erede taluno<sup>387</sup>: come in quei casi, sui quali

<sup>383</sup> OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 41.

<sup>384</sup> Cass. civ., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 339, con nota di BERNARDINI.

<sup>385</sup> Ne danno conto OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 35; ID., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 295 e ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 986 e ss.; COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Familia*, 2003, 695 e ss..

<sup>386</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 165.

<sup>387</sup> FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 1964, 83 e ss.; GROSSO - BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, 1977, 94; DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. dir.*,

la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunziarsi, che vedevano lo scambio tra la promessa di istituzione di erede da una parte, a fronte dell'impegno della controparte di accudire alle faccende domestiche del promittente (nel frattempo divenuto *de cuius*<sup>388</sup>), ovvero di fornire a quest'ultimo alloggio e assistenza per il resto dei suoi giorni<sup>389</sup>.

Inoltre, la dottrina e la giurisprudenza nettamente prevalenti affermano da tempo la nullità non solo del patto successorio, ma anche del testamento che vi abbia dato esecuzione, dal momento che la presenza di un impegno a testare in un determinato modo escluderebbe la spontaneità dell'atto di ultima volontà, pur restando salva la possibilità (assai remota) di una convalida *ex art. 590 cod. civ.*<sup>390</sup>. La gravità di tali conseguenze deve indurre dunque alla massima attenzione circa l'eventuale predisposizione in un accordo negoziale tra i conviventi che preveda effetti destinati a operare sul patrimonio di una delle parti dopo la sua morte.

Al riguardo, c'è da chiedersi quale sia l'interesse dei conviventi medesimi a concludere un patto successorio, e in quale modo lo stesso possa essere soddisfatto mediante negozi che non siano vietati, né direttamente, né mediante la regola della frode alla legge.

Sul primo interrogativo, l'interesse in discorso è senz'altro quello di operare trasferimenti di diritti che godano delle caratteristiche dell'irrevocabilità, da un lato, e della operatività dal momento della morte del dante causa, dall'altro<sup>391</sup>. Caratteristiche che

---

XXXII, 1982, 535. Nello stesso senso è orientata la giurisprudenza: Cass., 10 aprile 1964, n. 835, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1604; Cass., 24 luglio 1971, n. 2477, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce "Successione ereditaria", 31; Cass., 21 aprile 1979, n. 2228, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce "Successione ereditaria", 55.

<sup>388</sup> Cass., 10 aprile 1964, n. 835, cit.; Cass., 8 marzo 1985, n. 1896, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce "Lavoro (rapporto)", 1985, 496. Nello stesso senso, in dottrina, DE GIORGI, *op. ult. cit.*, 542 e ss.; PALAZZO, *I negozi trans-morte nell'ambito familiare*, in *I trasferimenti patrimoniali nell'ambito della famiglia. Aspetti civili e tributari*, Convegno organizzato dal comitato Regionale Notarile della Sicilia, Taormina 20 e 21 novembre 1987, 1987, 95 e ss..

<sup>389</sup> Cass., 6 gennaio 1981, n. 63, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce "Successione ereditaria", 20.

<sup>390</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, p. 547. In giurisprudenza, Cass., 22 febbraio 1974, n. 527, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce "Successione ereditaria", 20.

<sup>391</sup> Diversa è la posizione di PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, 1983, 3 e *passim*, secondo cui l'interesse che giustificerebbe la conclusione dei patti successori sarebbe rivolto a realizzare trasferimenti soggetti ad una qualche forma di revoca da parte del disponente. *Contra*, con argomentazione certamente condivisibile, OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 36-37, nella maggior parte dei

richiamano proprio la configurazione del patto successorio istitutivo, i cui requisiti caratteristici sono notoriamente: a) la anteriorità rispetto all'apertura della successione; b) il programma negoziale, inerente, in tutto o in parte, alla successione del disponente, che così si priva dello *ius poenitendi*; c) la qualità di avente diritto alla successione del disponente, nella quale l'acquirente contratta e stipula; d) i diritti oggetto del patto, parte di una successione ancora da aprirsi; e) acquisto che avviene *successionis causa*, e non ad altro titolo<sup>392</sup>.

Al riguardo, autorevole dottrina ha individuata la categoria dei negozi *inter vivos post mortem*, nei quali l'evento del decesso di uno dei contraenti non è considerato o elevato dalle parti a causa dell'attribuzione, bensì è ritenuto un mero requisito procedimentale, condizionante la produzione degli effetti definitivi propri del negozio; senza perciò escludere la efficacia immediata dei negozi medesimi, limitatamente agli effetti prodromici tipici dei contratti sottoposti a condizione sospensiva, consistenti nell'aspettativa, tutelata dalla legge (art. 1356 cod. civ.), dell'acquisto del diritto<sup>393</sup>.

Tuttavia, la possibilità di sottoporre gli effetti di una donazione alla morte del disponente è negata da dottrina e giurisprudenza prevalenti, sia con riguardo alla c.d. *donatio mortis causa*, la quale non si distingue da un patto successorio istitutivo a titolo gratuito<sup>394</sup>, quanto con riferimento alla liberalità sottoposta alla condizione della morte (*si moriar*) o della premorienza (*si praemoriar*) del donante<sup>395</sup>, la cui invalidità andrebbe comunque affermata sotto il profilo della frode alla legge<sup>396</sup>.

---

casi, il desiderio di colui che intende disciplinare la propria successione con un atto *inter vivos*, specie se in favore di una persona cui il disponente è legato da speciali vincoli di carattere affettivo, sia quello non già di lasciarsi aperto uno spiraglio per un eventuale pentimento, bensì di operare un trasferimento dotato della definitività, anche se non immediatamente efficace. L'atto idoneo a soddisfare *mortis causa*, con disposizione revocabile, il trasferimento di diritti, è sicuramente costituito dal testamento.

<sup>392</sup> GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, in *Commentario a cura di magistrati e docenti*, 1971, 2821; DE GIORGI, *op. ult. cit.*, 535; in giurisprudenza, Cass. 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, I, c. 700.

<sup>393</sup> GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, 1954.

<sup>394</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, 536 e ss.; Cass., 9 aprile 1947, n. 526, in *Monitore dei tribunali*, 1947, 143; Cass., 27 settembre 1954, n. 3136, in *Giust. civ.*, 1955, I, 244.

<sup>395</sup> TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 580; DE GIORGI, *op. cit.*, p. 536 e ss.

<sup>396</sup> Del resto, la semplice costituzione di un'aspettativa di diritto a beneficio del donatario non sembra molto distante dall'effetto tipico del fenomeno successorio, vale a dire il trasferimento di un diritto per effetto del decesso di un soggetto: risulterebbe così evidente quell'identità di "risultati giuridici" che (a



Pertanto, la prassi ha elaborato soluzioni alternative. Con riferimento alla donazione, la stessa è idonea ad assicurare il prospettato interesse dei conviventi se stipulata con riserva di usufrutto a favore del donante (art. 796 cod. civ.), salvi i ricordati rischi legati all'azione di riduzione esperita da eventuali eredi legittimari lesi del donante<sup>397</sup>.

Altro strumento che può consentire di raggiungere lecitamente risultati sostanzialmente analoghi a quelli di un patto successorio è costituito dal contratto a favore di terzo con prestazione da effettuarsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 cod. civ.), tipizzato nell'assicurazione sulla vita a favore di un terzo (art. 1920 e ss. cod. civ.). In entrambi i casi, infatti, la causa dell'acquisto da parte del terzo (cioè il convivente superstite) è rappresentata non già dalla morte dello stipulante, bensì dal contratto. Inoltre, ogni dubbio in punto di frode alla legge è eliminato dall'evidente diversità di "risultati giuridici" rispetto al patto successorio, posto che il rapporto contrattuale intercorre non già fra il beneficiario e lo stipulante, ma tra quest'ultimo e il promittente.

Per di più, il diritto acquistato, stando almeno all'opinione prevalente, non proviene dal patrimonio dello stipulante, ma è un rapporto autonomo, che trae la sua origine dal contratto e che si trasmette al terzo *inter vivos*<sup>398</sup>.

---

differenza della semplice identità di "risultati economici") determina l'illiceità della causa *ex art. 1344 c.c.*: così SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 1970, 345; nel senso della nullità per *fraus legi* anche DE GIORGI, *op. cit.*, p. 536 e ss.; IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, I, 1190 e ss..

<sup>397</sup> MAZZOCCA, *La famiglia di fatto. Realtà attuale e prospettive*, 1989, 114 e ss.; DE GIORGI, *op. cit.*, 536; PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, 1983, 50 e ss.; ID., *I negozi trans-morte nell'ambito familiare*, in *I trasferimenti patrimoniali nell'ambito della famiglia. Aspetti civili e tributari*, Convegno organizzato dal comitato Regionale Notarile della Sicilia, Taormina 20 e 21 novembre 1987, 1987, 79 e ss.. OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 38, menziona tra gli espedienti possibili (ma assai improbabile e raro nella prassi) anche la "trasformazione" del convivente in legittimario mediante adozione, ovviamente a condizione che di tale atto sussistano i presupposti, al fine di stabilizzare le liberalità fatte a vantaggio di quest'ultimo. Il rimedio è però, per ammissione dello stesso Autore, sconsigliabile, dato il suo carattere intimamente irreversibile: in caso di rottura, invero, i *partners* si vedrebbero condannati, paradossalmente, a restare uniti per il futuro da un rapporto indissolubile (quello di filiazione), anche più dello stesso rapporto coniugale.

<sup>398</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, 538 e ss.; PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, *cit.*, 76 e ss.; ID., *I negozi trans-morte nell'ambito familiare*, *cit.*, 92 e ss.; IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, *cit.*, 1149 e ss.; MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, 1962, 201 e ss.; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, 1970, 219 e ss..

La tranquillità del convivente superstite potrà allora garantirsi anche per il periodo successivo alla morte del *partner* per mezzo di un contratto di assicurazione sulla vita di quest'ultimo, ancora meglio in caso di due accordi analoghi reciproci, meglio ancora se accompagnati dalla reciproca rinuncia, *uti stipulantes* al potere di revoca del beneficio, prevista dagli artt. 1412 e 1921 comma secondo cod. civ., che, secondo taluni, costituirebbe un'eccezione al divieto dei patti successori<sup>399</sup>, e magari anche alla reciproca dichiarazione, *uti beneficiarii*, di voler profittare del beneficio<sup>400</sup>.

Autorevole dottrina<sup>401</sup> ritiene che, sulla base di un risalente precedente giurisprudenziale<sup>402</sup>, potrebbe suggerirsi la costituzione di un deposito bancario con intestazione del libretto di risparmio nominativo al terzo, ma con riserva in capo al solo costituente della facoltà di effettuare prelevamenti, e con conferimento del diritto di prelievo all'intestatario sospensivamente subordinato alla morte del costituente; di diverso avviso la dottrina prevalente, secondo cui invece la pattuizione in esame sarebbe nulla per frode alla legge<sup>403</sup>.

Un'ulteriore applicazione del contratto a favore di terzo può poi essere ravvisata nella costituzione di una rendita vitalizia a vantaggio del convivente, oppure di un vitalizio alimentare, in relazione ai quali occorrerà però avere l'accortezza di pattuire espressamente l'intrasmissibilità del potere di revoca agli eredi dello stipulante<sup>404</sup>.

Non va però trascurato che tutti i negozi in questione, trattandosi di liberalità indirette sono assoggettabili all'azione di riduzione (art. 809 cod. civ.).

Uscendo fuori dallo schema del contratto a favore del terzo, la prassi, mutuando una *practice* in uso in Francia, ha elaborato, in sede di acquisto immobiliare, la tecnica

---

<sup>399</sup> PALAZZO, *I negozi trans-morte nell'ambito familiare*, cit., 93; IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., 1155.

<sup>400</sup> Ai sensi dell'art. 1921, comma secondo cod. civ., nel caso di assicurazione sulla vita a favore del convivente superstite, la rinuncia del contraente e la dichiarazione del beneficiario di voler profittare devono essere notificate all'assicuratore.

<sup>401</sup> OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 39.

<sup>402</sup> Trib. Catania, 5 marzo 1958, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, II, 311, con nota di MAJELLO;

<sup>403</sup> V. per tutti, NICOLÒ, *Disposizioni di beni mortis causa in forma indiretta*, in *Riv. not.*, 1967, I, 641 e ss.,

<sup>404</sup> PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 95; ID., *I negozi trans-morte nell'ambito familiare*, cit., p. 96 e ss.

dell'acquisto cd. "incrociato"<sup>405</sup> in capo, rispettivamente, all'uno e all'altro dei conviventi, della nuda proprietà su di una metà del bene e dell'usufrutto sulla rimanente metà. Così, alla morte del primo degli acquirenti, il superstite acquisterà la proprietà piena della quota del bene di cui era nudo proprietario, mentre, rimanendo usufruttuario dell'altra quota, eviterà di perdere la disponibilità del bene medesimo<sup>406</sup>.

I già ricordati *trust* e vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ., come si è già detto, a causa della possibile contrarietà della clausola di trasferimento a favore del beneficiario finale al divieto dei patti successori (art. 458 cod. civ.), appaiono sicuramente più adatti ad assicurare stabilità economica al *partner* superstite attraverso l'erogazione di redditi (derivanti dal capitale vincolato) o la messa a disposizione dei beni vincolati (es. la casa di abitazione), che non attraverso il trasferimento *post mortem* della proprietà sui cespiti vincolati<sup>407</sup>.

#### 4.7 Disposizioni per la propria infermità.

Altra preoccupazione ricorrente nella prassi è quella di sottrarre a familiari più o meno lontani il diritto di prendere decisioni importanti per conto di uno dei conviventi, ove questi dovesse trovarsi a versare in condizione di totale o parziale incapacità di attendere ai propri interessi, e di attribuire tale diritto al *partner*, il quale è reputato dall'istante la persona più "vicina", e quindi più idonea a prendere le decisioni più aderenti alla volontà dell'istante medesimo.

Alla luce delle norme vigenti, anche precedentemente all'introduzione della l. 76/2016, i conviventi possono prevedere che, in tutti i casi di malattia fisica o psichica, anche grave, di lesioni o infortuni di ogni genere, ovvero di compromessa capacità di intendere e di volere di uno di essi, il partner possa accedere ed assisterlo, sia in casa che

---

<sup>405</sup> Corsivo di OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 42.

<sup>406</sup> AA.VV., *Couple et modernité*, 84ème congrès des notaires de France, La Baule, 29 mai - 1er juin 1988, 1988, 408

<sup>407</sup> OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2014, 51.

in qualsiasi struttura esterna, privata o pubblica, visitarlo periodicamente, nonché, ai sensi dell'art. 82 D. Lgs. n. 196 del 2003, di conoscere ogni dato o informazione, anche sensibile, riguardante lo stato di salute, le cure e le terapie a cui il convivente venga sottoposto.

I conviventi possono poi reciprocamente designarsi, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata (solo se la nomina di tale soggetto sia impossibile, o in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso); benché il giudice in mancanza di siffatta designazione, nella nomina dell'amministratore di sostegno per persone non coniugate, debba preferire il convivente, è consigliabile procedere comunque alla designazione preventiva mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, al fine di evitare qualsiasi incertezza o contestazione circa l'individuazione della persona stabilmente convivente, in assenza di un sistema di pubblicità della convivenza.

Ancor più opportuna risulta la designazione nei casi di unioni di fatto cui sia parte un soggetto separato meramente "di fatto" dal proprio coniuge.

La nomina di un amministratore di sostegno è di fondamentale importanza per chi vuole tutelare i propri interessi, non solo patrimoniali, ma anche di natura strettamente personale, quali ad esempio gli interessi connessi alle cure sanitarie e alle terapie mediche cui sottoporsi, nel caso in cui si venga a trovare in condizioni di incapacità di intendere e volere e quindi nelle condizioni di non poter esprimere autonomamente la propria volontà. Potersi affidare a persona di fiducia, nel caso di incapacità, è un'opportunità da valutare seriamente al fine di evitare insidiosi vuoti decisionali.

In questo senso, la recente l. 76/2016, si è di fatto limitata a ribadire diritti già esistenti, salvo quanto si dirà *infra*, relativamente all'art. 1, comma quarantesimo, di quella stessa legge.

#### *4.8 Contratto (atipico) di convivenza. Rinvio.*

Per la centralità che il contratto di convivenza assume nella trattazione, ad esso è dedicato il prossimo capitolo III, cui si rinvia

## 5. Comparazioni.

L'individuazione della rilevanza giuridica della convivenza non è, e non è stata solamente un affare italiano: tutti gli ordinamenti democratici si sono, prima o dopo, misurati con la questione, e un'analisi comparatistica delle esperienze e delle tecniche utilizzate al fine di dare una legislazione alle convivenze rivela una grande varietà di modelli e soluzioni. Tale varietà può spiegarsi anche, ma non solo, con le molteplici differenze storiche, culturali, etiche, sociali e religiose che distinguono Paese da Paese, ordinamento da ordinamento<sup>408</sup>, e che certamente esulano dalla trattazione, la quale si limita, in questo frangente, ad osservare tecniche normative differenti, al fine di aggiungere elementi alla riflessione complessiva.

Come prima considerazione di tipo generale, si dirà che la tendenza al progressivo riconoscimento delle convivenze è un fenomeno diffuso e comune; è singolare come le varie esperienze legislative e giurisprudenziali, seppur differenti per segno ed intensità, inizino tutte, compresa quella italiana, nel medesimo torno di tempo, ossia all'incirca nell'ultimo mezzo secolo; se il fondamento comune risiede, come evidenziato con riferimento all'evoluzione italiana, sulla mutata percezione sociale e giuridica della libera convivenza, le differenze tra le varie soluzioni affermatesi si percepiscono in vari ordini di considerazione: rispetto al modo di inquadrare il fenomeno da un punto di vista dogmatico, dal tipo di tecnica legislativa utilizzata, dagli ambiti di applicazione, soggettivo ed oggettivo, dei sistemi varati.

In generale, dal punto di vista concettuale, la maggioranza degli ordinamenti ha inserita la convivenza tra i diritti della persona e dell'individuo, facendone un peculiare *status familiae*, regolato da norme in gran parte "esterne" alla convivenza, più o meno convergenti con quelle dettate per i coniugi (il matrimonio resta, pur nella volontà dei conviventi di discostarsene, il modello di riferimento), e quindi tendenzialmente rigide. Mentre è ad oggi minoritaria la scelta di quei legislatori che, delineando la convivenza rilevante come un accordo contrattuale tra i conviventi, hanno coerentemente deciso di

---

<sup>408</sup> Corte EDU, 18 dicembre 1987, "F" c. Svizzera, in *Foro it.*, 1988, pt. IV, 402 e ss..

lasciare che le regole della convivenza venissero “dall'interno” della coppia, entro i limiti consentiti dall'ordinamento<sup>409</sup>.

Autorevole dottrina<sup>410</sup> non manca comunque di notare che anche nei sistemi che hanno fatto della convivenza uno status familiare, al di là dell'ovvio rilievo costituito dal fatto che l'unione nasce comunque sulla base dell'accordo delle parti, si nota come un profilo contrattuale, inerente ai rapporti patrimoniali tra i conviventi, emerge comunque: ad esempio, il Legislatore tedesco, premesso il requisito della dichiarazione in fronte al pubblico ufficiale, richiede, affinché vi sia unione registrata, che i conviventi medesimi optino, in un apposito atto notarile, per il regime della *Ausgleichsgemeinschaft* (una sottospecie di quella *Zugewinnngemeinschaft* che governa i rapporti patrimoniali tra coniugi come regime legale), ovvero per un diverso *Lebenspartnerschaftsvertrag*.

L'enfasi posta sul negozio di tipo patrimoniale risulta, anche in relazione agli ordinamenti dell'area “mitteleuropea-nordica”, addirittura maggiore di quella che caratterizza il momento costitutivo dell'unione matrimoniale, in relazione al quale i legislatori non si curano di prevedere, tra gli elementi essenziali della celebrazione, alcun tipo di dichiarazione sul regime che reggerà la futura famiglia, prevedendo l'automatica instaurazione di un regime legale, in caso di mancata effettuazione della scelta.

Optare per il modello dello status o per quello contrattuale è una scelta dalla quale ne deriva un'altra: ossia quella relativa al momento “genetico” della convivenza: nel caso delle legislazioni basate sullo *status*, tale consiste in una manifestazione di volontà (dichiarazione, convenzione, *affidavit*, a seconda dei casi<sup>411</sup>) effettuata di fronte all'ufficiale

<sup>409</sup> L'art. 515-1 del *code civil* enuncia che “*un pacte civil de solidarité est un contrat*”; enunciazione fiera ed ambiziosa, cui però fa da contraltare la collocazione del medesimo *pacte civil de solidarité* nel Libro I del *code civil*, intitolato “*Des personnes*”. L'uso del *cohabitation contracts* è molto diffusa, come già si è detto, negli ordinamenti di *common law*; al fine della validità di tali accordi, da essi deve risultare la concreta volontà dei contraenti di vincolarsi con lo scambio di mutue *considerations*, ovvero attraverso la redazione di un atto formale (*deed*), e il loro contenuto non deve contrastare con principi di *public policy*. La scelta di una disciplina che, al fianco di una forma di registrazione, preveda anche un regime dei rapporti interni alla convivenza meno stringente rispetto a quella prevista per il rapporto coniugale, e quindi più aperto a valorizzare le scelte dei *partners*, ha anche il senso di riaffermare, simbolicamente, il valore e l'impegno che comportano il vincolo matrimoniale: così CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di Patti e Cubeddu, 2011, 694; ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il “nuovo” diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, 2002, 16.

<sup>410</sup> OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, su [www.giacomooberto.com](http://www.giacomooberto.com), par. 2.

<sup>411</sup> Ma non mancano casi in cui taluni ordinamenti hanno imposto ai conviventi determinati effetti giuridici

dello stato civile (o ad altro pubblico ufficiale, variamente designato dalla legge), che viene ad assumere, anche nei suoi profili esteriori, il significato di una vera e propria celebrazione, con la pubblica esternazione di un consenso in grado di produrre effetti di tipo para-matrimoniale<sup>412</sup>.

Al contrario, le legislazioni basate sul contratto caratterizzano il momento genetico della convivenza nella manifestazione di una volontà negoziale dei *partners*, volontà principalmente diretta a disciplinare i rapporti patrimoniali, ancorché estesa a ricomprendere profili di carattere personale. Il negozio viene comunque inserito in un meccanismo pubblicitario tendente ad apprestare forme di opponibilità ai terzi, nonché un surrogato di “celebrazione” che si sostanzia, in realtà, nella registrazione dell’accordo (ma che, nell’intento iniziale, per lo meno “politico”, dei legislatori che hanno abbracciato questa scelta, avrebbe dovuto soddisfare le istanze dei movimenti per la parità dei diritti tra tutti i soggetti dell’ordinamento, a prescindere dalla loro inclinazione sessuale)<sup>413</sup>.

---

per la sola sussistenza del *ménage de fait* (alla maniera di alcuni ordinamenti dell’America Latina: l’art. 173 del *codigo civil* del Guatemala; la *ley* 12 dicembre 1956 del Panama; la Costituzione della Bolivia; v. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 22 e ss., il quale ricorda come la scelta di politica legislativa volta ad applicare alla famiglia di fatto il regime matrimoniale, pur in assenza di una manifestazione di volontà al riguardo, risponda storicamente ad una intenzione “punitiva”).

<sup>412</sup> In Germania, il § 1 della norma sulle unioni civili prevede una dichiarazione delle parti, di fronte al pubblico ufficiale competente; in Svezia la cerimonia assume aspetti del tutto analoghi a quelli di una celebrazione nuziale, ivi compresa la dichiarazione, da parte del pubblico ufficiale, che i contraenti sono divenuti “*partners registrati*” (*Registered Partnership Act* (1117, 23 giugno 1994), *Section 7*: “*At the registration both partners shall be present at the same time. Each of them separately shall, in response to a question put to them by the person conducting the registration, make it known that they consent to the registration. The person conducting the registration shall thereafter declare that they are registered partners*”. Allo stesso modo, le altre legislazioni nordeuropee richiamano le norme in tema di celebrazione del matrimonio: cfr., per la Norvegia, la *Section 2 dell’Act on Registered Partnership* (n. 372, 7 giugno 1989); per l’Islanda l’art. 4 *Act on Registered Partnership* (n. 87, 12 giugno 1996); per i Paesi Bassi l’art. 80a del codice civile, introdotto dalla legge 1 gennaio 1998).

<sup>413</sup> Così, in Francia, le parti debbono avere previamente stipulato una *convention*, che devono produrre al cancelliere del *tribunal d’instance* ove è situata la residenza comune; questi, ai sensi dell’art. 515-3 del *Code Civil*, “*enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité*”. Analogamente, in Belgio, la *Loi instaurant la cohabitation légale* del 23 Novembre 1998, modificando l’art. 1476 del codice civile, ha stabilito che la *déclaration de cohabitation légale* sia compiuta *au moyen d’un écrit remis contre récépissé à l’officier de l’état civil du domicile commun*. Quest’ultimo, verificata la sussistenza, nella dichiarazione di provenienza degli interessati, nonché degli elementi richiesti dalla legge, “*acte, dans l’affirmative, la déclaration dans le registre de la population*”. In Spagna, la legge catalana n. 10 del 15 luglio 1998 (“*D’unions estables de parella/de uniones estables de pareja*”, confluita nel codice civile catalano agli artt. 234-4-234-14 dal 1° gennaio 2011) stabilisce che l’unione stabile omosessuale si costituisca per atto pubblico, mentre quella eterosessuale può risultare da una convivenza di durata almeno triennale o dalla nascita di un figlio; peraltro questa disciplina, così come quelle di altre comunità autonome di quel regno, autorizzate a legiferare nel campo

Non mancano tuttavia soluzioni dal chiaro sapore di compromesso, sia esso definitorio<sup>414</sup>, sia esso sistematico<sup>415</sup>.

Con l'emersione della convivenza tramite il momento genetico, i conviventi acquistano i diritti e gli obblighi attribuiti loro dalla legge (e dagli accordi tra essi eventualmente) stipulati.

Dal punto di vista della tecnica legislativa, in talune realtà (come ad esempio, nelle Comunità autonome spagnole e in Germania) si è fatto ricorso alla normativa speciale, in altre (quali siano, ad esempio, Francia, Olanda e Belgio) si è percorsa la via della novellazione del codice civile: una scelta, quest'ultima, che premia sì l'organicità della legislazione, ma che al contempo presuppone che il legislatore abbia in mente un disegno complessivo chiaro e coerente, così da poter modificare il sistema senza comprometterne la tenuta e il funzionamento.

Va poi aggiunto che un sempre maggiore numero di parlamenti nazionali, dopo aver varato un sistema di norme più o meno efficace sulla convivenza, ha rimesso mano alla propria legislazione, venendo incontro agli auspici delle comunità omosessuali

---

del diritto di famiglia (Aragona, Navarra, Isole Baleari, *Comunidad Autónoma* di Valencia, *Comunidad Autónoma* di Madrid, Asturie, Andalusia, Paesi baschi, Isole Canarie, Extremadura), si completa con un'articolata normativa locale, che consente la registrazione dei contratti di convivenza negli atti di stato civile.

<sup>414</sup> L'art. 1475, primo comma, del *code civil* belga, quasi a non voler dire cosa sia la convivenza, la definisce quale "*la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476*".

<sup>415</sup> Il caso assolutamente più emblematico in questo senso, si rivelerà comunque quello italiano, nel cui sistema convivono il modello familiare tradizionale basato sul matrimonio tra uomo e donna, l'unione civile, la convivenza "contrattualizzata" (l'espressione equivarrebbe al neologismo francese "*pacsé*", nato proprio per distinguere i conviventi che hanno stipulato un *pacs* da i meri *concubines*, ossia "*deux personnes qui vivent en couple*", a norma dell'art. 515-8 del *code civile* francese), la convivenza registrata ma non contrattualizzata, la convivenza non registrata.



organizzate<sup>416</sup>, finendo per legittimare (forse senza troppe riflessioni<sup>417</sup>) il matrimonio tra persone dello stesso sesso, stravolgendo la storia millenaria di quell'istituto<sup>418</sup>, talvolta a dispetto di inequivocabili (a differenza di quello italiano, come si è visto *supra*) dettati costituzionali, rimasti peraltro immutati<sup>419</sup>.

Con riguardo all'ambito soggettivo poi, si può notare una maggior parte di casi in cui le norme non fanno distinzioni tra l'orientamento sessuale dei conviventi, e una

---

<sup>416</sup> È notorio che autorevoli associazioni rappresentative della comunità omosessuale abbiano da sempre giudicato le leggi sulle unioni civili e sulle convivenze come ad un falso obiettivo, o, nel migliore dei casi, come una tappa intermedia, lungo la strada che porta al cd. matrimonio egualitario, laddove questo obiettivo sia ad essi precluso. In questo senso, v. da ultimo, Comunicato stampa Arcigay, Bologna, 13 ottobre 2016, ove si legge che “il vero traguardo è sempre stato e resta ancora la piena uguaglianza e questa battaglia resta ancora da vincere”. Il diritto degli omosessuali al matrimonio è questione che (fortunatamente!) esula dalla presente trattazione, i cui termini possono dirsi riassunti nelle motivazioni, favorevoli e contrarie, alla notissima sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of health, et al.*, no. 14–556, argued april 28, 2015—decided june 26, 2015, visibile sul sito internet [www.supremecourt.gov](http://www.supremecourt.gov), cui si rinvia. Si ricorda inoltre che in Italia, la giurisprudenza ha fin qui escluso l'ammissibilità del matrimonio omosessuale, sulla base della legislazione vigente, dovendosi ritenere la diversità di sesso quale presupposto implicito, nella disciplina del codice civile, per contrarre matrimonio: v. Cass. civ., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 10649, con nota di AULETTA; Cons. di Stato, 26 ottobre 2015, n. 4897, *ibidem*, 397, con nota di AZZARRI. La dottrina afferma a gran voce che la nozione di matrimonio presupposta dal codice non dev'essere riferita a quella esistente al tempo della Costituente, e che l'art. 29 della Costituzione può consentire una lettura evolutiva (v. FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2015, 38 ss.), dando evidentemente per scontata ed acquisita una evoluzione della millenaria storia del matrimonio.

<sup>417</sup> L'espressione non è (solamente) critica, ma oggettiva: dal punto di vista della tecnica legislativa, laddove si è esteso il diritto al matrimonio a persone dello stesso sesso, si è proceduto semplicemente a una modifica delle parole “marito” e “moglie” con la parola “coniugi”, nella legislazione (in qualche caso, nella stessa carta costituzionale: è il caso dell'Irlanda) o comunque eliminando qualsiasi riferimento al sesso dei nubenti. Dal punto di vista concettuale, una simile rivoluzione non ammette, per la sua stessa natura, forme di ragionamento, di mediazione, o di attenuazione: *o si fa, o non si fa*.

<sup>418</sup> I Paesi Bassi sono stati il primo Paese al mondo a concedere a individui dello stesso sesso di accedere al matrimonio, novellando l'art. 30, comma 1 del *Burgerlijk Wetboek*, per il quale “possono sposarsi due persone di genere differente o dello stesso genere”. A breve distanza di tempo (*loi du 13 février 2003* n. 36), il Belgio ha modificato l'art. 143 del *code civil*, analogamente a quello olandese, dispone al comma primo che “*deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage*” (sul punto, v. AREND-CHEVRON, *La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe*, 2002; RENCHON, *Mariage, cohabitation légale et union libre*, in *Liber Amicorum M-Th. Meulders-Klein*, 1998, 549 e ss.; DERMAGNE, *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale: quel usage faire d'une coquille vide?*, in *Journal des procès*, 2000, n. 391; DE SCHUTTER - WEYEMBERGH, *La cohabitation légale: un étape vers la reconnaissance des unions de même sexe*, in *Journal des tribunaux*, 2000, 93 e ss.); Nelle carte costituzionali dei due regni non si fa riferimento al matrimonio come unione di uomo e donna. Hanno modificato i connotati classici dell'istituto matrimoniale, aprendolo anche alle coppie omosessuali: la Spagna nel 2005, (la *ley 13/2005, de 1 de julio*, ha introdotto il comma secondo nell'art. 44 del *codigo civil*, a mente del quale “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*” (sul punto v. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “¿Es constitucional, hoy, el matrimonio 'homosexual'”

residua parte di ordinamenti che rivolgono la legislazione esclusivamente alle convivenze omosessuali, in quegli ordinamenti in cui il matrimonio è riservato a soggetti di sesso differente<sup>420</sup>, e dove, si ritiene, una norma sulla convivenza eterosessuale metterebbe a repentaglio la funzione sociale del matrimonio<sup>421</sup>.

Residuale è il numero di ordinamenti che hanno previsto e regolamentato una unione di soggetti liberi fondata sull'*affectio*, ma non contraddistinta dal *mos uxorius*,

---

(entre personas de identico sexo)?", in *Revista de Derecho Privado*, 2005, 37-56; CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, 2007; FERNANDEZ - CORONADO GONZALEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual*, in *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2006, 3, 93-112; MARTINEZ CALCERRADA, *La homosexualidad y el matrimonio: (Ley 1 de julio de 2005, n. 13-2005)*, 2005; POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*, 2006; RAMOS CHAPARRO, *Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre "matrimonio homosexual"*, in *Aranzadi civil: revista doctrinal*, 2006, 1, 2035-2046; FERNANDEZ, AURELIO, *Matrimonio de homosexuales: una contradicción*, 2005), la Svezia e la Norvegia nel 2009 (*lag* 2009:259), il Portogallo nel 2010 (*lei n. 9/2010, de 8 de janeiro*, che ha modificato, tra gli altri, l'art. 1577 del codice civile portoghese, dal quale sono stati espunti i riferimenti alla diversità di sesso dei coniugi: la norma oggi prevede che "*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*"). La riforma del matrimonio ha fatto seguito alla riforma del divorzio, *Lei n. 61/2008, de 31 de Outubro*, che ha tra l'altro ammesso il divorzio per mutuo consenso, e ancora il "divorzio rottura", fondato sulla mancanza di comunione di vita per più di un anno e sulla volontà di uno solo dei coniugi di porre fine al progetto coniugale: norme che danno l'idea dell'ondata progressista che ha investito quel Paese; v. CORTE REAL - PEREIRA, *Direito da Família – Tópicos para uma reflexão crítica*, 2008; DIAS, *Manual de direito das famílias*, 9a ed., 2013; SANTOS, *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos? O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Direito Português*, 2009.), come anche l'Islanda e la Danimarca (ove la riforma del matrimonio ha modificato l'art. 1 della legge sul matrimonio, cancellando dalla legislazione danese il requisito di essere un uomo e una donna per poter contrarre matrimonio), la Francia nel 2013 (*Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, che ha novellato l'art. 143 del codice civile francese, a mente del quale "*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*"; la legge sul matrimonio omosessuale ha superato il giudicato di legittimità costituzionale: *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2013-669 DC du 17 mai 2013*), come la Finlandia (a partire dal 1° marzo 2017), l'Inghilterra e Galles (*Marriage - Same sex couple – act 2013*, che all'art. 1, comma primo, sancisce che "*Marriage of same sex couples is lawful*"), e modifica le leggi inglesi e gallesi in materia di matrimonio, cancellando da queste il requisito di diversità di sesso degli sposi), la Scozia nel 2014 (*Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*; l'Irlanda del Nord è ad oggi la sola parte del Regno Unito il cui Parlamento non ha approvato l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso) come il Lussemburgo (*loi n. 125 du 17 juillet 2014 - Réforme du mariage*, che ha modificato l'art. 143 del codice civile, che ora dispone che "*Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage*"), la Repubblica d'Irlanda nel 2015 (ove il matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato riconosciuto addirittura a livello costituzionale – art. 41, comma quarto: "*Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex*"). Al di fuori dell'Europa, in Canada il matrimonio è aperto alle coppie dello stesso sesso in tutto il territorio federale dal 20 luglio 2005 (*Civil Marriage Act* o *Loi sur le mariage civil*, ma già prima di quella data, erano già otto - su dieci - le province che autorizzavano il matrimonio tra *partners* dello stesso sesso), in Nuova Zelanda dal 17 aprile 2013, in Argentina dal 15 luglio 2010, in Uruguay dal , nella Repubblica del Sudafrica dal 30 novembre 2006.

<sup>419</sup> È il caso della Spagna, ove il matrimonio omosessuale è stato introdotto nonostante l'art. 32, primo

contratta a scopi eminentemente solidaristici tra soggetti legati o no da vincoli di parentela, i quali mettono in comune abitazione e reddito al fine di far fronte insieme alla vita in comune: essa può riguardare tanto, per esemplificare, una persona anziana e bisognosa di aiuto e una persona più giovane, priva di reddito e di abitazione, o un gruppo di persone che per un periodo indefinito condivide un'abitazione e ne gestisce la comune economia<sup>422</sup>.

Dal punto di vista oggettivo, con la sola eccezione della legge olandese, che ha

---

comma, della Costituzione spagnola disponesse e disponga che “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”. Investito della questione di legittimità costituzionale della norma, il *Tribunal Constitucional español*, con la sent. 6 de novembre 2012, n. 198, su [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es), ha dichiarato il citato secondo comma dell'art. 44 *codigo civil* conforme all'art. 32, primo comma della Costituzione spagnola: la Corte ha distinto tra la natura pubblicistica del matrimonio, quale istituto posto a presidio di interessi costituzionali, e la natura individualistica del matrimonio, come diritto soggettivo del singolo cittadino. Quanto al primo profilo, la Corte ha ritenuto che l'identità di sesso dei coniugi non altera i tratti salienti della famiglia, che resta una “*sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma*”; quanto al secondo profilo, la Corte ha ritenuto che la costituzione voglia garantire la libertà matrimoniale sia agli uomini, sia alle donne, senza distinzione di genere, ma non necessariamente a un uomo e una donna; così ragionando, la Corte ha ritenuto che l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali realizzi pienamente la parità tra tutte le persone. Sulla sentenza del *Tribunal Constitucional*, v. BONILLA SÁNCHEZ, *Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario*, in *Espacio y tiempo, Revista de Ciencias Humanas*, 2013, 27, 39-50; M. M. SÁNCHEZ, *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España, Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2010, 1, 241-275.

<sup>420</sup> È il significativo caso delle legge tedesca, la celeberrima *eingetragene Lebenspartnerschaft* (entrata perentoriamente nel dibattito politico italiano nella - poco elegante - locuzione “unione civile *alla tedesca*”), ma anche delle leggi sulle convivenze registrate in vigore in Austria, Danimarca, Islanda, Ungheria, Slovenia, Croazia, nonché a Malta.

<sup>421</sup> ZAMBRANO, *op. ult. cit.*, 146.

<sup>422</sup> Significative in questo senso sono le legislazioni norvegesi (*registrert partnerskap*, approvata nel 1991 e abrogata nel 2009 dalla legge che ha esteso il diritto al matrimonio a soggetti dello stesso sesso) e portoghese (la *Lei n. 1 6/2001, de 11 de maio, adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum*, definisce all'art. 2 l'*economia comum* come “la situazione di persone che vivano in comunione di vitto e alloggio da più di due anni ed abbiano stabilito un genere di vita in comune basato sull'assistenza reciproca o la ripartizione delle risorse”. La legge si applica a nuclei di due o più persone purché una di queste sia maggiorenne. La legge prevede diritti riguardo al godimento di ferie, permessi e congedi familiari, diritto di preferenza nei trasferimenti riguardanti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, applicazione del regime delle imposte sul reddito, protezione particolare per la residenza in comune e diritto, nella trasmissione ereditaria, sulla comune abitazione).

equiparato completamente i conviventi ai coniugi<sup>423</sup>, le leggi sulla convivenza hanno voluto marcare la differenza tra essa e il matrimonio, con sensibili differenze da caso a caso: se, per esemplificare, il legislatore belga si è premurato di regolare i soli rapporti patrimoniali tra conviventi, quello francese e catalano si sono spinti oltre, investendo anche aspetti previdenziali, successori e fiscali; quello estone e tedesco hanno consentito al partner l'adozione dei figli naturali ed adottivi di uno dei conviventi (cd. *stepchild adoption*), meno di quanto si è fatto a Gibilterra, ove il legislatore locale ha consentito ai *civil partners* l'adozione congiunta di minori.

6. La legge italiana sulle unioni civili e le convivenze di fatto. Genesi, esegesi, critica.

6.1 Genesi: panoramica sui progetti di legge di iniziativa parlamentare.

La recente approvazione della l. 76/2016 sulle unioni civili e le convivenze di fatto ha tolto all'esame dei progetti di legge che l'hanno preceduta, senza fortuna, il valore prognostico che ha avuto in recenti, approfondite disamine<sup>424</sup>. Tuttavia, può essere comunque utile ad argomentare una delle premesse di cui si è dato conto in precedenza: l'incapacità del legislatore di redimersi dalle catene ideologiche che lo hanno imprigionato per decenni. Catene delle quali non si è liberato nemmeno in occasione della approvazione della recente legge sulle unioni civili e sulle convivenze.

Per quanto premesso, la disamina dei progetti di legge non approvati sarà limitata ad alcuni casi emblematici, rinviando chi intenda approfondire questa tematica (oggi un po' *demodé*) a lavori più specifici ed autorevoli<sup>425</sup>.

Ai fini proposti, si possono dividere i progetti di legge sulla convivenza in tre grandi filoni: quelli che intendono stabilire un modello familiare con caratteristiche analoghe alla famiglia legittima, e istituire diritti e doveri tra i conviventi come ve ne sono

<sup>423</sup> ZAMBRANO, *op. ult. cit.*, 147.

<sup>424</sup> La più approfondita delle quali è ad opera di OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 165 e ss.

<sup>425</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*.

tra i coniugi; quelli, che si inseriscono nei primi, che intendono riconoscere diritti e tutele specifici e limitati, lasciando per altro insoluti tutti i problemi esistenti; ed infine, quelli che rinviando interamente all'autonomia privata.

La maggior parte dei progetti di legge identifica la convivenza rilevante nella coppia formata da due individui maggiorenni, di sesso opposto oppure no, conviventi *more uxorio*, costituenti una comunione materiale e spirituale che, con il linguaggio della giurisprudenza, potremmo definire "analoga alla famiglia legittima"<sup>426</sup>; il che rivela da subito una scarsa attenzione del legislatore per quelle che si sono definite "unioni di mutuo aiuto"<sup>427</sup>, delle quali infatti non c'è traccia nemmeno nella l. 76/2016.

Varie le proposte circa il criterio di riconoscimento della famiglia di fatto: si è fatto spesso riferimento all'iscrizione negli appositi registri comunali, meno frequentemente a una riforma dello stato civile che preveda una pubblicità di queste unioni; si è talvolta prevista una durata minima per il riconoscimento, sulla base del modello catalano, anche fino a tre anni, non sempre chiarendo i termini di tale riconoscimento automatico; si è talvolta prevista come necessaria la nascita di figli, assecondando autorevole dottrina minoritaria<sup>428</sup>.

Apparteneva al filone dei disegni di legge che hanno cercato di dare una disciplina legislativa pubblicistica alla convivenza l'unico progetto di legge di elaborazione governativa, ossia quello deliberato dal Consiglio dei Ministri l'8 febbraio 2007<sup>429</sup>, nel corso della XV legislatura, la più breve della storia repubblicana, il quale avrebbe formalizzato il riconoscimento delle unioni civili sotto il nuovo nome di "DI.CO."; frutto di un compromesso tra forze cattoliche e progressiste coalizzate in Consiglio dei Ministri, esso presentò criticità sia dal punto di vista tecnico che politico; rimanendo esclusivamente sulle prime, la norma escludeva che il rapporto di fatto potesse sancirsi con una dichiarazione rituale dei conviventi, e prevedeva dunque un meccanismo basato sulle

<sup>426</sup> Lo denotava già NAPPI, *Riconoscimento e limiti della famiglia di fatto nel rispetto del diritto vigente*, in *Dir. Famiglia*, 1988, 1818; più recentemente MARVASI, *Nella costruzione normativa la famiglia "tradizionale" resta il punto di riferimento*, in *Il Sole – 24 Ore – Famiglia e minori*, n. 3, 1° marzo 2007, 29 e ss.

<sup>427</sup> COLLICELLI, *Famiglia e famiglie nella società italiana*, in *Iustitia* 1999, 227.

<sup>428</sup> DOGLIOTTI, *Due progetti di legge per la famiglia di fatto*, in *Giust. Civ.*, 1989, II, 328

<sup>429</sup> Disegno di legge n. 1339 presentato al Senato il 20 febbraio 2007 dai Ministri Bindi e Pollastrini, su [www.senato.it](http://www.senato.it).

risultanze anagrafiche, con la conseguenza che i conviventi avrebbero potuto dichiararsi tali anche unilateralmente<sup>430</sup>.

La proposta si guadagnò diverse critiche<sup>431</sup> in quanto si limitava ad istituzionalizzare diritti già consolidati nel diritto giurisprudenziale, e per via delle condizioni (sarebbe più giusto parlare di ostacoli) che in essa si prevedevano per accedere a tali diritti: in particolare, il subingresso nel contratto di affitto era condizionato alla durata della convivenza per almeno tre anni, o alla nascita di figli, mentre i diritti successori, una sorta di quota di legittima, sarebbero maturati dopo ben nove anni di convivenza. Si escludeva (art. 2) categoricamente la possibilità che i conviventi potessero essere legati tra loro da “rapporti contrattuali, anche lavorativi, che comportino necessariamente l’abitare in comune”, creando una insensata disparità rispetto alla famiglia legittima, ove la collaborazione tra coniugi ha un suo preciso riconoscimento nell’impresa familiare (art. 230-bis cod. civ.); ancora, si introduceva una spropositata condanna alla reclusione, da uno a tre anni, per le false dichiarazioni sulla convivenza (col sovrabbondante richiamo all’art. 2033 cod. civ. per quanto ricevuto sulla base di un rapporto di convivenza insussistente), e si rimetteva le norme sull’assistenza ospedaliera e carceraria ai regolamenti delle strutture in questione, senza prevedere diritti certi. Vi si istituiva, per il convivente superstite, un peculiare regime fiscale, per il quale questi non era né un terzo, né assimilabile al coniuge; ed infine, e trattasi di mancanze certamente rilevanti, non si disponeva alcunché circa il regime patrimoniale della convivenza, né circa la cessazione della stessa; e non poté certo giustificarsi tale ultima mancanza adducendo il fatto che non vi fosse, a fondamento della convivenza, nessuna dichiarazione rituale, contrariamente al matrimonio, e dunque non dovendosi modificare in alcun modo gli atti

---

<sup>430</sup> MARVASI, *Coppie di fatto: un progetto ibrido dai contorni giuridici poco chiari*, in *Guida al diritto*, 8, 2007, 11, riteneva incoerente che si volesse far discendere gli effetti della legge esclusivamente dalla registrazione, senza alcun presupposto di fatto.

<sup>431</sup> GIO. GRASSO, *Dico sì, Dico no: prime impressione sul disegno di legge Pollastrini-Bindi*, in *I Paper del forum*, 2007, sul sito [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1-7; PIGNATELLI, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *I Paper del Forum*, 2007, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2; ROSSI, *La Costituzione e i Dico, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del Diritto*, 2008, 129-30; TROILO, *op. ult. cit.*, 7; DE MARZO, *Brevi considerazioni sul disegno di legge in tema di Dico*, in *Foro it.*, 2007, pt. V, col. 62; GIA. GRASSO, *Tiziano o Duchamp: sul disegno di legge in tema di “Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi”*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 732.

dello stato civile. La mancata previsione di un procedimento di scioglimento della convivenza costituiva un punto di incoerenza con la proposta stessa, la quale ricollegava al momento della cessazione della convivenza la nascita del diritto agli alimenti (art. 12); né poteva, in via interpretativa, ritenersi che tale certezza avrebbe potuto conferire l'invio di una lettera raccomandata: una sorta di divorzio *ad nutum*, tramite lettera di licenziamento.

Si è poi criticata la previsione per cui i conviventi dovessero essere “due persone”, escludendo in partenza dal perimetro della proposta le unioni non paraconiugali<sup>432</sup>.

Alla pochezza tecnica del testo, si univa il conflitto ideologico tra una timida anima riformista, e una più rapace volontà conservatrice, ma che sarebbe più giusto definire vessatoria, rendendo i diritti dei conviventi una sorta di corsa ad ostacoli: per esemplificare, la morte del convivente prima del novennio dalla dichiarazione anagrafica lo avrebbe relegato al grado di mero “terzo”, la sopravvivenza a quel termine, al grado di legittimario.

Nella XVI legislatura, due senatori da sempre sensibili al tema delle unioni civili presentarono un disegno di legge<sup>433</sup>, il quale, a fronte delle ambizioni di migliorare il precedente tentativo di marca governativa, presentava criticità non meno gravi di quello: il progetto prevedeva (art. 5) l'inapplicabilità dei divieti di cui ai nn. 3) e 5) dell'art. 87 cod. civ. ai conviventi omosessuali, senza chiarire per quale motivo potesse esservi senz'altro convivenza *more uxorio* tra zio e nipote maschio, ma non tra zio e nipote femmina, se non previo decreto autorizzativo emesso dal tribunale competente ai sensi dell'art. 87, quarto comma, cod. civ., espressamente richiamato dalla norma per i conviventi di sesso diverso. Il progetto taceva sulla materia dei rapporti patrimoniali tra i conviventi, sulla fine della convivenza, e riproponeva (art. 6) la cessazione dell'unione civile per la “richiesta” di uno dei conviventi, senza specificare a chi tale richiesta andasse fatta, né se essa fosse sufficiente (e dunque fosse una dichiarazione, più che una richiesta). La legge presentava una chiara matrice ideologica, che fu la causa del suo insuccesso annunciato.

---

<sup>432</sup> GIO. GRASSO, *op. loc. ult. cit.*.

<sup>433</sup> Disegno di legge n. 14/XVI/S presentato al Senato il 15 marzo 2013 dai Senatori Manconi e Corsini, su [www.senato.it](http://www.senato.it).

La XVII legislatura tenne a battesimo un progetto di legge<sup>434</sup> dai contenuti tecnici e programmatici più pregevoli: la pubblicità della convivenza passava (finalmente) per gli atti dello stato civile, al cui Ufficiale doveva indirizzarsi anche la richiesta di scioglimento della stessa (art. 9), si prevedeva una disciplina dei rapporti patrimoniali tra i conviventi, e una sistemazione dei rapporti patrimoniali alla cessazione della convivenza per causa diversa dalla morte di uno dei conviventi, nella quale si privilegiava l'accordo dei conviventi (artt. 9, comma 3°, e 13). Vi si trovava infine, e si trattava di spunto interessante, una regolamentazione delle unioni di mutuo aiuto, definite anche "forme di convivenza non basate necessariamente e costitutivamente sulla relazione sessuale", da iscriversi in un apposito registro istituito presso ogni comune, cui si riconoscevano diritti essenziali. Il tutto però sancito in un testo normativo costellato di imprecisioni: ad es., la contribuzione ai bisogni della convivenza doveva essere "equitativa" e anche proporzionata alle "risorse individuali" (ostica formulazione, sia nell'utilizzo dell'espressione "risorse", sia nel conflitto tra il criterio delle risorse individuali e quello che si richiama all'equità); si definivano poi "in ogni caso nulle le disposizioni di ordine patrimoniale contrarie alla legge" (*sic!*); gli eredi del convivente che avesse mantenuto l'altro avrebbero avuto l'obbligo di prestare a questo gli alimenti, salvo che le parti dell'unione non l'avessero precedentemente escluso (innovando la materia introducendo la rinunziabilità preventiva al diritto alimentare, ritenuto unanimemente irrinunciabile<sup>435</sup>: ed è del tutto evidente che un simile scostamento dalla disciplina legale del diritto agli alimenti non possa farsi per il tramite di una norma speciale dettata in tutt'altro argomento). In sintesi: un testo di legge ideologicamente neutrale, reso incommestibile dalla vacuità di certi passaggi tecnici.

Il disegno di legge 1211/XVII/S<sup>436</sup> merita di essere menzionato non per il suo contenuto brillante, ma perché in esso si intravede la struttura e il contenuto della futura l. 76/2016: due titoli, uno destinato a regolamentare le coppie conviventi omosessuali unite da reciproco vincolo affettivo, definite "unioni civili", l'altro destinato a regolamentare il

---

<sup>434</sup> Disegno di legge n. 909/XVII/S presentato il 3 luglio 2013 dai Senatori Petraglia, De Cristofaro, De Petris, Barozzino, Cervellini, Stefano e Uras, su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>435</sup> Per tutti, v. Cass. Civ. sentenza 21 maggio 1984 n. 3115.

<sup>436</sup> Disegno di legge presentato il 19 dicembre 2013 dai Senatori Marcucci, Lanzillotta ed altri, visibile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it).



“patto di convivenza”, ossia l'accordo tra “due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso”, per organizzare la loro vita in comune. È comune alla legge approvata nel 2016 anche la pubblicità fatta tramite l'anagrafe, e lo scioglimento della convivenza per decisione unilaterale. L'oggetto del patto di convivenza era ancor più ridotto di quello della futura legge (assistenza sanitaria e penitenziaria e successione nel contratto di locazione), e, per di più, difettava di un vero e proprio contenuto negoziale. La critica a questo progetto è in buona parte la stessa critica da farsi alla l. 76/2016, cui si rinvia (la proposta aveva il merito di novellare il codice civile, nel punto giusto, ossia il libro I, con riferimento alle unioni civili, e non di alimentare il *mare magnum* della legislazione speciale: il legislatore del 2016 non avrà questa sensibilità). Il disegno di legge, al pari del già citato progetto governativo, può iscriversi alle proposte dettate dallo stallo tra schieramenti ideologici: né una riforma coraggiosa del diritto di famiglia, né una affermazione per via legislativa della privatizzazione di una parte importante del diritto di famiglia.

Per tornare alle catene ideologiche, è utile raffrontare i disegni di legge 1360/XVII/S<sup>437</sup> e 1475/S/XVII<sup>438</sup>: se dal punto di vista tecnico non c'è partita, dato che il primo dei due disegni ha un testo caratterizzato da una sciatteria difficilmente eguagliabile<sup>439</sup>, dal punto di vista ideologico, le due norme si distinguono per essere il manifesto di due fronti contrapposti, privi di spunti riformisti; la prima non si cura della convivenza eterosessuale, limitandosi a dettare una normativa caricaturale per la sola convivenza omosessuale, la seconda si apriva con enunciati di principio a ribadire l'unicità della famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna, e a codificare gli indirizzi giurisprudenziali divenuti nel tempo consolidati. Più che due proposte, due provocazioni cariche di ideologia.

Le proposte fin qui sommariamente ricordate si rifacevano ad un approccio

---

<sup>437</sup> Disegno di legge presentato il 5 marzo 2014 dai Senatori Fattorini, Lepri ed altri, su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>438</sup> Proposta di legge presentata il 21 gennaio 2015 dai Senatori Sacconi, Aiello ed altri, su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>439</sup> Il disegno di legge, tra le altre cose, non sanciva l'incompatibilità tra lo *status* di coniuge e quello di “partner” dell'unione civile omosessuale (*partner*, si noti, costantemente declinato al singolare, anche quando riferito ad entrambi i *partners*), aprendo inconsciamente le porte della poligamia, e statuiva che “i *partner* (*sic*) mantengono ciascuno il proprio regime patrimoniale”.

“pubblicistico”, volto a inquadrare la convivenza come un autonomo *status* giuridico. Un ulteriore filone di proposte di legge, ispirato al Pacs di diritto francese, e incoraggiato da autorevole dottrina, che affermava, in anticipo sui tempi, la certa ammissibilità dei contratti destinati a disciplinare i profili patrimoniali del *faux ménage*<sup>440</sup>, ha tentato di tipizzare il contratto di convivenza<sup>441</sup>; in questo caso, la difficoltà del legislatore stava nell'istituzionalizzare, senza traumi eccessivi, la privatizzazione di un piccolo pezzo di diritto di famiglia, e all'opposto, di non accostarsi troppo alla disciplina del matrimonio, del quale la convivenza era e restava una sorta di nemesi.

Il primo tentativo risale alla X legislatura<sup>442</sup>, vi si pretendeva di inserire nel libro I del codice civile (ricopiando il paradosso francese, che vede il *pacte civile* collocato nel libro *des personnes*), un diritto dei contraenti a dividere tra loro, mediante apposito atto pubblico di divisione, il patrimonio costituito in costanza di convivenza, o, in caso di mancato accordo, di rivolgersi al giudice per chiedere a questi la divisione giudiziale del patrimonio medesimo: il giudice avrebbe valutato la richiesta e, indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, dalla consistenza del patrimonio costituito dai conviventi con apporti di lavoro professionale, o casalingo, avrebbe dovuto procedere alla divisione del patrimonio ai sensi dell'art. 194 del codice civile. Il contratto di convivenza (o più verosimilmente, un contratto di “fine convivenza”) era niente più che una mera divisione di beni indivisi, o uno scambio (vendita, permuta, trasferimento a titolo gratuito, *negotium mixtum cum donatione*), o nel caso più fantasioso, una richiesta al giudice di dividere tra

<sup>440</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 151 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, 81 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La Convivenza. Regole e tutele della vita insieme*, a cura di Farina, 2014.

<sup>441</sup> Anche in questo caso, si tratta di una sintesi; per una disamina più approfondita dei progetti di legge in tema di contratto di convivenza si rinvia ancora ad OBERTO, *I Contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 165 e ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, in *Tratt. Dir. civ.*, a cura di Cicu e Messineo, 2010, 305 e ss.; v. anche TOMMASINI, *La Famiglia di fatto*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di Auletta, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, IV, 2010, 395 e ss.; DOGLIOTTI - FIGONE, *Famiglia di fatto e DICO: un'analisi del progetto governativo*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 416 e ss.; LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2007, 1025; GALUPPI, *Brevi note sulla proposta di legge relativa ai diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in *Diritto di famiglia*, 2008, 1930 e ss.; COCUCCIO, *Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 908 ss.

<sup>442</sup> Proposta 9 ottobre 1987, n. 1647, d'iniziativa dei deputati Calvanese e altri, “Nuove norme in materia di diritto di famiglia”.

essi un compendio non necessariamente indiviso, come avrebbe potuto fare un giudice di *common law*<sup>443</sup>.

Risale alla più recente XIV legislatura il progetto di legge intitolato “Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto<sup>444</sup>”. Il contratto tra i conviventi ivi delineato aveva, come oggetto, la scelta di un regime patrimoniale comune ai contraenti, da scegliersi (art. 11, commi terzo e quarto) tra il regime di comunione legale (regime che, a ben vedere, non si sarebbe più potuto definire, nel caso di specie, come “legale”, nascendo dall’accordo delle parti) e quello di “comunione convenzionale regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione IV, del codice civile”, come alternative al regime ordinario: si sarebbe trattato di una convenzione matrimoniale tra soggetti non coniugati, priva di qualsivoglia pubblicità legale, dato che la proposta taceva in tal senso<sup>445</sup>.

Nella XV legislatura si elaborò una proposta di legge<sup>446</sup> che ampliava, prima nel suo genere, l’oggetto del contratto tra i conviventi: oltre la scelta di un regime patrimoniale e sue successive modificazioni, i contraenti avrebbero potuto disciplinare il regime di contribuzione alle spese comuni, tanto nei rapporti interni, quanto verso i terzi, e vincolarsi reciprocamente a non assumere, per quello dei due che premorisse, decisioni relative alle modalità di svolgimento della cerimonia funebre, della scelta del luogo di sepoltura, della cremazione del corpo del contraente premorto; lasciando desumere, *a contrariis*, che in difetto di siffatta previsione, il convivente superstite avrebbe potuto decidere per il premorto, sentiti gli ascendenti e i discendenti del soggetto interessato.

Ebbe ampio risalto mediatico, conseguente all’approvazione della Commissione

---

<sup>443</sup> Lo stesso impianto si ripropose nel progetto di legge presentato nella XV legislatura, n. 1563/XV/C, presentato il 2 agosto 2006 dal deputato De Simone e altri, su [www.camera.it](http://www.camera.it), progetto di legge di difficilissima interpretazione, dato che vi si pretendeva di applicare ai conviventi il regime della comunione legale (senza prevederne una pubblicità), ma anche la possibilità di permanere in regime separatista, cui si ricollegava l’obbligo di dividere il patrimonio o consensualmente, o con l’intervento del giudice, indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, tenuto conto degli apporti di ciascuno valutati coi criteri...della comunione legale, e “fatta salva la possibilità per le parti agire per il risarcimento del danno eventualmente subito”.

<sup>444</sup> Proposta di legge n. 3296/XIV/C, presentata alla Camera il 21 ottobre 2002 di iniziativa del deputato Grillini, su [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>445</sup> Coeva ed analoga a quella citata la proposta di legge n. 4334/XIV/C (“Disciplina del patto civile di solidarietà”), presentata il 2 ottobre 2003, di iniziativa del deputato Rivolta e altri, su [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>446</sup> Art. 8, terzo, quarto e quinto comma, della proposta n. 33/XV/C, presentata il 28 aprile 2006 dal deputato Grillini e altri, visibile sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it).

Giustizia del Senato, competente *ratione materiae*, in data 4 dicembre 2007, e il plauso di parte della dottrina<sup>447</sup>, il progetto di legge sui cc.dd. “c.u.s.” (contratti di unione solidale)<sup>448</sup>, con il quale i conviventi avrebbero potuto metter gli acquisti fatti nella vigenza del contratto in regime di “comunione in generale”, anche quando l’acquisto fosse compiuto da una sola delle parti: espressione atecnica che parrebbe significare una comunione ordinaria (con possibile determinazione convenzionale delle quote in misura diversa da quella paritaria, non applicandosi l’art. 210 cod. civ.), che si sarebbe però costituita *ex lege* anche in caso di acquisto da parte di uno solo dei conviventi. La proposta non chiariva, peraltro, a quale regime di pubblicità sarebbero stati assoggettati tali contratti.

La proposta di legge n. 91/XVI/S<sup>449</sup> prevedeva che i contraenti dell’unione civile potessero scegliere tra il regime della comunione legale e il regime della comunione convenzionale, come regolate dal codice civile, in alternativa al regime ordinario. Della scelta si sarebbe data pubblicità nel registro dello stato civile. La previsione di un regime di pubblicità è un sicuro merito della proposta, per il resto, non meno esigua e limitata delle sue simili.

Di altri progetti non resta che lo sbiadito ricordo dei curiosi acronimi ricevuti<sup>450</sup>, di altri ancora i (relativamente) pregevoli spunti<sup>451</sup>, di altri l’ovvietà delle previsioni<sup>452</sup> mista

---

<sup>447</sup> LAURINI, *Le convivenze extra-familiari. Una proposta di disciplina rispettosa dei principi etici e costituzionali*, in *Notariato*, 2008, 362 e ss.

<sup>448</sup> Disegno di legge in tema di “Contratti di unione solidale”, presentato il 12 luglio 2007 dal senatore Salvi, Presidente della Commissione Giustizia del Senato, su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>449</sup> Proposta di legge presentata dalla senatrice Franco il 29 aprile 2008.

<sup>450</sup> È il caso dei cc.dd. “Di.do.re”, “Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi”, progetto di legge n. 1756/XVI/C presentato l’8 ottobre 2008 dal deputato Barani ed altri, su [www.camera.it](http://www.camera.it), ove si ignorava puramente e semplicemente ogni questione attinente al regime patrimoniale dei conviventi. Analoga mancanza si riscontrava nella proposta n. 1862/XVI/C, d’iniziativa del deputato Mantini ed altri, presentata il 3 novembre 2008.

<sup>451</sup> Proposta n. 1065/XVI/C (“Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di unione civile”), presentata il 15 maggio 2008 dai Deputati Bernardini e altri, ove, copiando la soluzione francese, si introduceva, alla fine del libro I del codice civile, il diritto dei conviventi di stipulare tra essi una convenzione, ai sensi delle disposizioni del presente codice e delle leggi speciali vigenti in materia di contratti, con la quale disciplinare gli aspetti patrimoniali della stessa, nonché i termini per la sua cessazione unilaterale e le conseguenze patrimoniali di tale cessazione. Tale proposta recepiva le proposte della miglior dottrina sul tema (OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 262 e ss., 268 e ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, 2012, 120 e ss.), ma dimenticava ancora una volta di risolvere il problema della pubblicità dell’accordo rispetto ai terzi.

<sup>452</sup> Proposta n. 1858/XVI/C («Riconoscimento giuridico di diritti, responsabilità e facoltà alle persone che fanno parte di unioni di fatto e delega al Governo per la disciplina della successione tra le medesime»),

alla illogicità delle medesime<sup>453</sup>.

I vari progetti di legge presentati nel corso della attuale XVII<sup>454</sup> legislatura, sono confluiti nello schema di testo unificato proposto dalla relatrice Sen. Cirinnà alla Commissione Giustizia del Senato nel giugno 2014, avente ad oggetto il “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, approvato nel 2016, cui è *infra* dedicato un paragrafo apposito.

### 6.2 La proposta del Consiglio Nazionale del Notariato (2011).

Nel corso della XVI legislatura, e precisamente nel 2011, il Consiglio Nazionale del Notariato formulava la sua proposta<sup>455</sup> di regolamentazione del contratto di convivenza; essa merita un trattamento di maggior riguardo rispetto ai progetti di iniziativa parlamentare, in quanto essa si fa tuttora apprezzare, sia per la compiutezza e la chiarezza tecnica, sia per la sua libertà da implicazioni ideologiche: essa proponeva l'introduzione, nel libro IV del codice civile, di un capo rubricato “Del patto di convivenza”.

Dal punto di vista formale, il patto, le sue successive modifiche ed il suo

---

presentata il 3 novembre 2008 dal Deputato Lucà ed altri, ove si prevedeva (art. 4) la separazione dei beni quale “regime patrimoniale legale” tra le persone componenti l'unione di fatto. Peraltro, nessuna menzione era fatta della possibilità che le parti convenissero un regime diverso; una dottrina estremamente magnanima (OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprecindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 168) ha ritenuto che l'aggettivo “legale” potesse presupporre una sua modificabilità convenzionale.

<sup>453</sup> La medesima proposta si preoccupava poi di precisare (art. 4, comma 3°) che gli atti di disposizione patrimoniale effettuati tra i contraenti in proporzione ai rispettivi redditi, alle rispettive sostanze e alle rispettive capacità lavorative, costituissero adempimento di obbligazione naturale *ex art.* 2034 cod. civ., mentre, salvo prova contraria, gli atti di disposizione patrimoniale eccedenti la misura individuata dal comma terzo (cioè, non proporzionati) costituissero donazioni, valide nella misura in cui fossero osservati i requisiti stabiliti per le donazioni (tale per cui il pagamento, ad es., di una spesa urgente di valore non modico, fatta in misura non proporzionale al reddito, avrebbe richiesto, per la parte più che proporzionale, la forma pubblica a pena di nullità). Sulle donazioni tra conviventi e la loro natura e proporzionalità rispetto alle possibilità economiche di questi ultimi, OBERTO, *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d'attualità*, 2002, 1057 e ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., Appendice B, VII, 367 e ss.; ID., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, 87 e ss.

<sup>454</sup> Per la disamina dei quali si rinvia al già citato OBERTO, *I Contratti di convivenza nei progetti di legge...*, cit., 170-171.

<sup>455</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Nuove regole. Tra affetti ed economia. Le proposte del notariato. Accordi pre-matrimoniali. Convivenze. Successioni*, 2011. Il contenuto della proposta sarà poi interamente trasposto, con differenze marginali, nel d.d.l. 239/XVII/S d'iniziativa del senatore Giovanardi, comunicato alla presidenza il 20 marzo 2013, e nel d.d.l. n. 1072/XVII/C dal titolo “Introduzione del titolo XIII-bis del codice civile, e altre disposizioni concernenti l'istituzione e la disciplina del patto di convivenza”.

scioglimento avrebbero dovuto rivestire la forma dell'atto pubblico (senza la presenza dei testimoni) sotto pena di nullità<sup>456</sup>, ed essere iscritti in un apposito pubblico registro dei patti di convivenza. Il patto di convivenza avrebbe scontato la sanzione della nullità 1) se uno dei contraenti fosse stato vincolato da precedente matrimonio, per il quale non sia stata pronunciata separazione giudiziale o sia stata omologata separazione consensuale; 2) se una delle parti fosse stata vincolata da un altro patto di convivenza trascritto; 3) se tra i contraenti vi fosse stato un vincolo di parentela in linea retta o collaterale entro il secondo grado, o vi fosse un rapporto di adozione o di affiliazione, o fossero entrambi figli adottivi della stessa persona.

Con la convenzione, le parti avrebbero potuto stabilire: 1) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, anche in riferimento ai termini, alle modalità e all'entità delle rispettive contribuzioni; 2) che i beni acquistati a titolo oneroso anche da uno dei conviventi successivamente alla stipula del patto fossero soggetti al regime della comunione ordinaria regolata dagli articoli 1100 e seguenti c.c.; 3) i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte; 4) che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre nove anni dalla stipula del patto sarebbe spettato al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile pattiziamente sarebbe potuta arrivare fino a un terzo dell'eredità.

Il patto di convivenza si sarebbe risolto per: 1) mutuo dissenso; 2) recesso unilaterale; 3) matrimonio di uno dei contraenti; 4) morte di uno dei contraenti; 5) mancanza di effettiva convivenza per oltre tre anni; 6) sopravvenuto matrimonio tra i

---

<sup>456</sup> Non condivide *in toto* l'obbligo della forma pubblica OBERTO, *I Contratti di convivenza nei progetti di legge...*, cit., 168-170: l'Autore ritiene che la disposizione, se sicuramente commendevole per ciò che attiene alla scelta del regime patrimoniale, vada ad introdurre una prescrizione eccessivamente onerosa per quanto riguarda profili quali l'obbligo di contribuzione o l'opponibilità del rapporto al locatore, nel caso di successione *ex latere conductoris* per morte o crisi della convivenza. Allo stesso modo, reputa eccessiva l'imposizione dell'onere di attuazione della pubblicità mediante trascrizione nell'istituendo Registro nazionale dei patti di convivenza ai fini della generica "opponibilità ai terzi", laddove si pensi che tra tali terzi dovrebbero ricomprendersi, allora, ad esempio, anche i soggetti tenuti ad erogare prestazioni "in materia di assistenza, informazione e misure di carattere sanitario e penitenziario" (art. 186-septies c.c.).

contraenti.

In tema di successione nel contratto di locazione della casa familiare, si stabiliva, novellando l'articolo 6 l. 27 luglio 1978, n. 392, che nel contratto sarebbe subentrato il convivente, se il patto fosse stato sottoscritto da almeno cinque anni, ed egli vi avesse stabilmente convissuto col *de cuius*: proposta contrastante con il principio espresso della Corte Costituzionale, per il quale la norma mira non a tutelare i legami familiari o parafamiliari, ma il cd. "diritto alla casa", che dunque non tollererebbe i requisiti di tempo più restrittivi.

In tema di impresa familiare, il progetto prevedeva per il convivente-collaboratore un regime differente e deteriore rispetto a quello previsto dal vigente art. 230-*bis* cod. civ. per il coniuge e gli altri familiari-collaboratori nell'impresa (trattamento deteriore che, in assenza di chiare motivazioni, è arrivato nella legge approvata).

Al di là del maggior rigore tecnico, già elogiato, il progetto aveva il merito di ampliare notevolmente la portata applicativa del contratto tra i conviventi, non confinato alla sola scelta del regime patrimoniale (che è invero disciplinato in un modo lineare, senza complicazioni eccessive), ma esteso alle contribuzioni alle comuni necessità, alle disposizioni per la fine della convivenza per causa diversa dalla morte di uno dei conviventi. Ma soprattutto, il progetto di legge oltrepassava il guado, e affrontava senza timori uno dei più delicati nodi legati alla convivenza, ossia quello dei diritti successori. La soluzione proposta era quella del superamento esplicito ("la quota *attribuibile pattizamente*") del divieto dei patti successori, stabilendo la validità di una disposizione *mortis causa* contenuta in un atto *inter vivos* (cd. patto successorio dispositivo), ad ampliare il varco apertosi con la codificazione del patto di famiglia, prima eccezione espressa al divieto. Ma non solo: si travolgeva il cd. principio di personalità delle disposizioni *mortis causa*, presidiato dall'art. 589 cod. civ., posto che il patto sarebbe stato necessariamente bilaterale, probabilmente anche reciproco (reciprocità che può anche essere implicita).

Il progetto non era ovviamente perfetto: prevedeva l'istituzione dell'ennesimo registro pubblico, laddove le finalità perseguite potevano raggiungersi ricorrendo al registro dello stato civile; riproponeva il "recesso unilaterale"; poneva, in relazione a

taluni diritti, restrizioni e limitazioni confliggenti col principio di eguaglianza sostanziale affermato dalla giurisprudenza; non spiegava perché solo i conviventi avrebbero potuto porre in essere negozi giuridici *mortis causa* tra vivi, in deroga all'art. 458 cod. civ., mentre per tutti gli altri il divieto sarebbe rimasto valido.

Altre questioni (es. il novennio utile ad acquisire lo *status* di legittimario, termine probabilmente eccessivo) non sono certo dirimenti nella valutazione dell'impianto complessivo, che restava apprezzabile e coraggioso.

*6.3 L. 20 maggio 2016 n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Considerazioni generali.*

*6.3.1 Considerazioni generali.*

“E tanto tuonò, che piovve”: se la legge sulle unioni civili e sulle convivenze, varata dal Parlamento nel 2016, avrà cambiato la storia, lo dirà il tempo: i primi numeri, tuttavia, fanno capire che, a fronte dell'imponente attenzione mediatica esercitata sull'approvazione della legge, la stessa ha avuto, per il momento, una applicazione ben più limitata delle attese<sup>457</sup>. Dissenso, disinteresse, diffidenza, o forse, più semplicemente, cauta attesa verso qualcosa di nuovo e ignoto, è certamente presto per parlare di (in)successo.

Come già si è detto, la parte più esposta della comunità omosessuale (la più avvantaggiata dalla norma, se si considera il regime previgente) non si è detta soddisfatta, seppur per ragioni di principio e non di merito<sup>458</sup>, condivise anche dalla dottrina pubblicistica più progressista, favorevole all'introduzione del matrimonio egualitario; la dottrina privatistica ha invece dato giudizi più cauti, tendenti al positivo per quanto attiene alla parte relativa alle unioni civili omosessuali, che ricalca, con pochissime divergenze, la disciplina dei coniugi, tendenti al negativo per quanto riguarda le

---

<sup>457</sup> *Milano capolista delle (poche) unioni civili*, in *www.ilsole24ore.com*, articolo del 26 settembre 2016, di Antonello Cherchi.

<sup>458</sup> È noto che autorevoli associazioni rappresentative della comunità omosessuale abbiano da sempre giudicato le leggi sulle unioni civili e sulle convivenze come ad un falso obiettivo, o, nel migliore dei casi, come una tappa intermedia, lungo la strada che porta al cd. matrimonio egualitario, laddove questo obiettivo sia ad essi precluso. In questo senso, v. da ultimo, Comunicato stampa Arcigay, Bologna, 13 ottobre 2016, ove si legge che “il vero traguardo è sempre stato e resta ancora la piena uguaglianza e questa battaglia resta ancora da vincere”.



convivenze di fatto, rimaste imprigionate tra *status* e contratto.

Il testo di legge si divide idealmente in due titoli, dei quali il primo è dedicato alla disciplina delle “unioni civili” omosessuali, ispirato alla *eingetragene Lebenspartnerschaft*<sup>459</sup>, mentre il secondo è volto alla “disciplina delle convivenze”, senza distinzione di orientamento sessuale, ma con esclusione implicita delle unioni di mutuo aiuto, dato che l'art. 1, comma 36 della norma, definisce conviventi “due persone maggiorenni *unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza (...)*, non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, etc.”, ed esplicitamente le unioni di mutuo aiuto tra soggetti legati da vincoli di parentela.

Il testo è composto da un solo articolo diviso in un'infinità di commi, ben 69, secondo la tecnica comunemente usata per la cd. legge di stabilità: è il risultato, un po' ridicolo, del concorso di contingenza politica e di norme regolamentari delle Camere parlamentari. Ciò ha permesso di saltare la discussione parlamentare, fatta per lo più di emendamenti presentati a fini meramente ostruzionistici, “per lo più mal scritti e nella loro gran maggioranza irragionevoli o addirittura privi di qualunque senso<sup>460</sup>”.

Trattandosi di una legge che interviene all'esito di un ampio dibattito culturale e politico, prima ancora che giuridico, il legislatore vi impiega un lessico cauto e compromissorio: le unioni civili sono fatte a immagine e somiglianza del matrimonio, ma di matrimonio non si parla mai<sup>461</sup>; riconosce ai conviventi, eterosessuali o *same sex*, taluni diritti, ma non li definisce mai “famiglia”.

---

<sup>459</sup> Sull'istituto in generale si veda RAUSCHER, *Familienrecht*, II, 2008, 630 e ss.

<sup>460</sup> È l'opinione, in concreto più che condivisibile di LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), ove l'Autore rincara la dose, affermando (anche qui, non senza ragione) che “La loro pubblicazione non credo gioverebbe alla stima di cui il nostro ceto politico-parlamentare oggi gode, ma sarebbe interessante per studiarne i connotati socio-culturali e psicologici. Tralasciando i molti privi di ogni senso, riporto un emendamento di esemplare irragionevolezza, (...) il quale (...) proponeva di sostituire l'attuale comma 2 con il seguente: “Due persone omosessuali (purché non sposati ovvero accompagnanti, nemmeno all'estero o per altro ordinamento riconosciuto dall'ONU) costituiscono un concubinato quando dichiarano di voler fondare tale unione di fronte al medico di famiglia, ovvero a mezzo posta elettronica (eventualmente certificata) inviata per conoscenza all'ufficiale di stato civile della residenza di entrambi i concubini”.

<sup>461</sup> Scelta contestata da CASALBURI, *Il Sillabo delle Unioni civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali*, in *Articolo29.it.*, 2015; l'Autore sottolinea come “la ratio sia quella di prendere le distanze dal matrimonio, ed anzi dalla famiglia (anche nella loro portata simbolica), quindi quella di ridimensionare la funzione, ed anzi la stessa identità dell'istituto (strozzato, quindi, sul nascere).

### 6.3.2 Le unioni civili tra persone dello stesso sesso.

La necessaria considerazione di carattere preliminare è che prima della L. 76/2016, in Italia non era prevista alcuna formalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso<sup>462</sup>. Al di là delle forti pressioni culturali esercitate sul tema dell'omosessualità, una spinta determinante<sup>463</sup> a legiferare sul punto è giunta dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>464</sup>, la quale ha condannato, con una discussa sentenza, la Repubblica Italiana, per il mancato riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano delle unioni civili costituite da persone dello stesso sesso, in violazione dell'articolo 8 CEDU<sup>465</sup>.

Come si è già rilevato, il legislatore costruisce quasi interamente l'istituto sul modello del matrimonio, ispirandosi al modello *separate but (un)equal*<sup>466</sup>; l'unione civile è equiparata al matrimonio tanto nei rapporti patrimoniali (regime patrimoniale, vicenda successoria, diritto al mantenimento) quanto nei rapporti con la pubblica amministrazione (graduatorie per alloggi e accesso a servizi, *welfare*, assegni familiari, etc.).

L'equiparazione viene realizzata con la clausola di salvaguardia, anche detta di equivalenza, di cui al comma 20: "Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello

<sup>462</sup> FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della Riforma*, in *www.juscivile.it*, 2016, 3.

<sup>463</sup> ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 335.

<sup>464</sup> Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 918.

<sup>465</sup> In particolare, si legge nella pronuncia, non risulterebbe, al contrario di quanto affermato dalla difesa, un interesse prevalente della comunità nazionale con il quale bilanciare gli interessi dei ricorrenti, rimanendo così inadempita l'obbligazione positiva di assicurare ai ricorrenti uno specifico quadro legale che preveda il riconoscimento e la tutela delle unioni omosessuali. La Corte Europea reputa, dunque, infondato l'argomento relativo all'esistenza, nella società italiana, di "diverse sensibilità". La sentenza viene posta, dalla dottrina prevalente, in continuità con alcune pronunce della Cassazione (Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. e dir.*, 2012, 665; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. Giur.*, 2015, 909) e della Corte Costituzionale (Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361, e in *Iustitia*, 2010, 311; Corte cost. 170/2014 in *Foro it.*, 2014, I, 2685), che esulano dalla generale trattazione della convivenza, e per una disamina delle quali si rinvia a ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 335-336.

<sup>466</sup> Corsivo di ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 336.

stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge". Trattasi di disposizione rivolta in primo luogo al giudice ed alla Pubblica Amministrazione, che reca una regola sull'interpretazione e sull'applicazione di altre disposizioni normative.

Dal sistema di rinvii operato dal legislatore emerge che, per le disposizioni codicistiche, valgono quelle espressamente richiamate, restando escluse, ad esempio, quelle relative ai rapporti tra genitori e figli; per le leggi speciali vale invece il principio opposto: esse, con la sola eccezione dell'adozione, si applicano anche ai *same sex partners*. Il pensiero va, in primo luogo, alla disciplina in materia previdenziale, pensionistica, sanitaria<sup>467</sup>.

La principale differenza tra matrimonio e unioni civili riguarda i rapporti con i figli: non sono richiamate la presunzione di paternità (art. 231), la disciplina degli effetti del matrimonio nei rapporti con i figli (artt. 147 e 148), le disposizioni in materia di adozione. L'impianto normativo può essere suddiviso in tre parti: la prima concerne la costituzione dell'unione civile (commi 2-10); la seconda disciplina gli effetti, personali e patrimoniali (commi 11-21); la terza regola lo scioglimento dell'unione (commi 22-27).

Il comma 2 dispone: "due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni".

Il legislatore non definisce le unioni civili, che si limita a qualificare in termini di "specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione". Diversamente dal matrimonio, non sono previste pubblicazioni e, a fronte della dichiarazione delle parti di voler costituire l'unione civile, non è prevista alcuna formula da parte dell'Ufficiale dello Stato Civile, il quale sembra doversi limitare a prendere atto delle dichiarazioni delle parti. Il comma 3 prevede che "L'ufficiale dello stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile": gli

---

<sup>467</sup> ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 336, ritiene che la disposizione del comma 20 sarà cruciale per delineare la portata applicativa della tutela delle parti delle unioni civili; sul solco dell'acceso dibattito che ha accompagnato la genesi del testo normativo, il rinvio sarà oggetto di differenti interpretazioni da parte dei sostenitori del matrimonio egualitario e di quanti, invece, continuano a sottolineare le differenze tra gli istituti.

aspetti tecnici relativi alla registrazione si trovano disciplinati all'art. 3 del successivo D. P. C. M. del 23 luglio 2016, n. 144.

Dal testo normativo si desume che sono legittimati a costituire l'unione civile unicamente i soggetti maggiorenni: non viene richiamata la disposizione dell'art. 84 cod. civ. in ordine alla possibilità di autorizzazione al matrimonio di ultrasedicenni: scelta comprensibile, stante la desuetudine in cui è caduto l'istituto dell'emancipazione di minore.

Mediante dichiarazione all'ufficiale dello stato civile, le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione, un cognome comune.

Il comma 4 è dedicato alla disciplina degli impedimenti, anch'essa costruita sul modello delle disposizioni dettate in materia di matrimonio. Il successivo comma 5 dispone che la sussistenza di una delle cause impeditive comporta la nullità dell'unione civile; il comma 6 prevede che l'unione costituita in violazione di una delle cause impeditive possa essere impugnata da ciascuna delle parti, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo ed attuale all'impugnativa.

Gli effetti personali e patrimoniali dell'unione civile sono in larga parte simili a quelli del matrimonio, in alcuni casi in virtù del diretto rinvio alle disposizioni codicistiche, in altre ipotesi parafrasando i corrispondenti articoli dettati in materia del matrimonio<sup>468</sup>.

Con la sola eccezione per l'obbligo reciproco di fedeltà<sup>469</sup>, presente nel disegno di

---

<sup>468</sup> Cfr. Art. 1, comma 11 ("Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale ed alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni") e 12 ("Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato") della legge.

<sup>469</sup> Obbligo di fedeltà da intendersi, come è ovvio, nel significato evoluto e costituzionalmente orientato attribuitogli dalla costante giurisprudenza di legittimità: non obbligo di non tradire fisicamente il coniuge, ma obbligo a tener vivo il rapporto di dedizione fisica e spirituale e reciproca fiducia sancito col consenso matrimoniale; tale che, seguendo questo criterio, provoca violazione dell'obbligo di fedeltà, con conseguente addebito della separazione, anche la relazione del coniuge con estranei che sebbene non sfoci in un vero e proprio adulterio, sia comunque idonea, per le modalità con cui è condotta in concreto, ad offendere la dignità e l'onore del coniuge tardito (cfr. Cass. Civ., 12 aprile 2013, n. 8929, in *Foro it.*, 2013, I, 1878, e su *www.personaedanno.it*, con nota di MAZZOTTA). Alla luce di tale interpretazione dell'obbligo

legge ma poi scomparso nel testo definitivo<sup>470</sup>, il legislatore “guarda” alle disposizioni dettate dagli artt. 143 e 144 cod. civ. in materia di matrimonio: la posizione delle parti dell’unione civile, così come quella dei coniugi, è di perfetta uguaglianza, morale e giuridica, nei rapporti personali e patrimoniali. L’obbligo reciproco di assistenza deve essere inteso come esteso a tutte le esigenze di vita del partner quando questi non sia in grado di provvedervi da solo, operando per stabilire e mantenere le condizioni più adeguate all’unità e continuità del gruppo familiare, attraverso la concorde individuazione e la soddisfazione solidale dei bisogni comuni. A tal fine, ciascuno contribuisce in proporzione alla capacità di lavoro.

I *partners* concordano, inoltre, attraverso un negozio giuridico di tipo familiare, l’indirizzo della vita familiare, che si concreta nelle scelte sul tenore di vita della famiglia, sulla distribuzione dei compiti, sulla determinazione delle rispettive contribuzioni. Ciascuno di essi ha, poi, il potere personale di attuazione dell’indirizzo concordato.

Come rilevato da autorevole dottrina, i diritti e i doveri di cui all’art. 143 cod. civ. si configurano quali clausole generali, il cui contenuto specifico emerge in relazione alle dinamiche sociali e culturali del concreto momento in cui trovano attuazione<sup>471</sup>.

Quale corollario del mutuo dovere di solidarietà, vengono richiamate le disposizioni in materia di alimenti (artt. 433 - 448-*bis* cod. civ.).

Sul piano patrimoniale, all’unione civile si applicano le disposizioni relative al regime patrimoniale della famiglia: sono espressamente richiamate le disposizioni su comunione legale, separazione dei beni, fondo patrimoniale, impresa familiare. A norma del comma 13, il regime patrimoniale dell’unione civile, in mancanza di diversa

---

di fedeltà, apprezzato in quanto non incentrato sulla mera sessualità, ma su un ventaglio di valori civili e sociali di indubitata rilevanza, è doveroso domandarsi quale bene giuridico abbia inteso tutelare il legislatore “dispensando” gli uniti civilmente da questo obbligo. La sensazione è che il legislatore, ignorando il significato contemporaneo dell’obbligo, abbia assecondato un pregiudizio ideologico, gravando *ex lege* gli uniti civilmente dello stigma dell’incapacità di darsi dignità nella conduzione di un rapporto.

<sup>470</sup> CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in *Articolo29.it*, ritiene che, al di là delle giustificate critiche per l’estromissione dell’obbligo di fedeltà, lo stesso debba in realtà ritenersi sussistente, poiché si tratta di dovere connotato all’essenza stessa del consorzio familiare, riconducibile all’assistenza morale, alla stabilità del rapporto, al comune indirizzo di vita.

<sup>471</sup> PARISI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, a cura di Autorino Stanzione, 2011, 424.

convenzione matrimoniale, è quello della comunione dei beni. Le parti possono pattuire diversamente, con una convenzione soggetta alle stesse regole formali operanti per le convenzioni matrimoniali tra coniugi. La comunione è dunque il regime patrimoniale legale, derogabile dalle parti.

Pertanto, se richiesto di stipulare un atto pubblico avente ad oggetto un trasferimento immobiliare, il notaio incaricato dovrà appurare: a) l'identità delle parti, che potranno aver assunto un cognome diverso da quello indicato in precedenti rogiti; b) la sussistenza di un'unione civile; c) il regime patrimoniale (legale, di comunione dei beni; pattizio, di separazione); d) l'eventuale sussistenza di un vincolo di destinazione (fondo patrimoniale) finalizzato ai bisogni della famiglia fondata ma sull'unione civile.

In materia successoria, sono espressamente richiamate (comma 21) le disposizioni in tema di indegnità, di eredi legittimari, di successioni legittime, di collazione, e di patto di famiglia.

Il richiamo alle disposizioni in materia di legittimari impone di ritenere che, a seguito di unione civile, sorga il diritto per i *partners* ad una quota di riserva, da far valere quale che sia (ed eventualmente pure contro) la volontà del testatore. Per di più, l'ampio rinvio operato dal legislatore impone altresì di ritenere che il partner superstite abbia diritto all'abitazione sulla casa già adibita a residenza familiare ex art. 540, comma 2, cod. civ..

Quanto alla successione legittima, a seguito del riconoscimento "pieno" di diritti successori alle coppie omosessuali legate da unione civile, può affermarsi che la classe *jure coniugii* possa ora esser composta, alternativamente, da coniugi (uniti da matrimonio) o da uniti civilmente. In ragione del nuovo *status*, il *partner* rientra tra i soggetti tenuti alla collazione ex artt. 737 e ss. cod. civ..

Il comma 17, prevede che, in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità previste dagli artt. 2118 e 2120 cod. civ. devono corrispondersi anche alla parte dell'unione civile.

Quanto allo scioglimento dell'unione civile, si registra un brusco scostamento rispetto alla disciplina del divorzio, prevista per i coniugi: in forza della nuova disciplina,

si passa direttamente alla cessazione degli effetti dell'unione civile, e non è previsto il preventivo periodo di separazione (da sei mesi ad un anno) imposto ai coniugi.

Il comma 22 contempla due distinte categorie di cause del divorzio: una prima, di carattere obiettivo, rappresentata dalla morte, dalla dichiarazione di morte presunta di uno dei partner, nonché dalle ipotesi previste dall'art. 3, nn. 1 e 2, 2, lett. "a", "c", "d" ed "e" della L. 10 dicembre 1970, n. 898 (trattasi di fattispecie connesse a pronunzie penali o anche al divorzio ottenuto all'estero); a tali cause il legislatore aggiunge una ulteriore fattispecie, di carattere soggettivo: il comma 24 prevede, infatti, che "l'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tal caso, la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione". La dichiarazione rilevante ai fini dello scioglimento può essere sia congiunta sia unilaterale, di carattere potestativo, dato che non è previsto alcun dovere di motivazione; in particolare, non va dedotta la intollerabilità della convivenza o il venir meno della comunione spirituale e materiale, né è richiesto un controllo giudiziale, non potendosi reputare tale il tentativo di conciliazione condotto dal Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 4, comma 7 della legge sul divorzio, applicabile, ove ritenuto compatibile, ai sensi del rinvio operato dal comma 25 della legge 76/2016. Decorsi tre mesi da tale dichiarazione, sarà possibile dare inizio alla procedura del divorzio, con l'applicazione delle stesse norme in materia di divorzio in sede matrimoniale. Il comma 25 richiama, infatti, quanto al procedimento, e nei limiti di compatibilità, le disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 della L. n. 898/1970. Trovano, inoltre, applicazione i procedimenti semplificati (*rectius*, degiurisdizionalizzati, secondo la inquietante rubrica della legge che li introduceva) di cui agli artt. 6 e 12 del D.L. n. 132/2014 convertito in L. n. 162/2014, relativi alla convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di divorzio ed al c.d. divorzio "municipale" innanzi al sindaco.

L'attenzione legislativa si rivolge alla tutela della parte economicamente più debole, con l'applicazione dei diritti riconosciuti dalla legge sul divorzio. Il comma 25 rinvia, infatti, mediante la clausola di compatibilità, a numerose disposizioni della legge in

materia, quali quelle relative all'assegno divorzile (art. 5), alle garanzie a tutela di tale assegno (art. 8), al procedimento di revisione delle condizioni di divorzio ed al riparto della pensione di reversibilità (art. 9), all'assegno a carico dell'eredità (art. 9 bis), al diritto del coniuge divorziato ad una quota del TFR dell'altro (art. 12 bis). Infine, le disposizioni dei commi 26 e 27 disciplinano le conseguenze della rettificazione dell'attribuzione di sesso.

### 6.3.3 *Le convivenze*

#### 6.3.3.1 *La fattispecie.*

La seconda parte della legge, a partire dal comma 36, è dedicata al riconoscimento di diritti ai conviventi di fatto, eterosessuali o dello stesso sesso. Il legislatore si limita a prevedere taluni effetti della convivenza: in dottrina<sup>472</sup> si è parlato di "disciplina leggera", che, salvaguardando la scelta di libertà compiuta dai conviventi, si indirizza verso la positiva attribuzione di taluni diritti, soprattutto nell'ambito dei rapporti esterni.

Il legislatore prevede un quadro di tutele minime delle parti di unioni affettive non matrimoniali (etero o omosessuali<sup>473</sup>), con riferimento soprattutto alla interazione con i terzi ed allo scioglimento del rapporto; offre, poi, ai conviventi la possibilità di ampliare, su base convenzionale, queste forme di tutela attraverso la stipula di un contratto di convivenza. Il legislatore non detta una trama, neppure essenziale, di diritti e doveri tra conviventi durante la vita del rapporto, soffermandosi invece su alcuni temi particolari, cercando di aderire quanto più possibile alla copiosa giurisprudenza in materia.

L'impressione, condivisa da autorevole dottrina<sup>474</sup>, è che all'auspicata disciplina in materia di famiglia di fatto abbia nuociuto l'inserimento nella stessa legge recante la disciplina delle unioni civili<sup>475</sup>; del resto, la richiesta sociale di disciplinare per legge le

---

<sup>472</sup> ROMEO - VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 5, 971.

<sup>473</sup> È isolata l'opinione di MAGLIONE - PASCASI, *Coppie di fatto: la legge "segue" i giudici*, in *Il Sole 24 ore*, lunedì 9 maggio 2016, n. 126, 26, ove le Autrici danno assolutamente per scontato che le norme in commento si applichino esclusivamente alle coppie eterosessuali.

<sup>474</sup> ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 341.

<sup>475</sup> Si ritiene in dottrina che la scelta di introdurre le due legislazioni in un unico strumento normativo sia fondato sull'idea (implicita e mai apertamente dichiarata, per ragioni di mera opportunità) che "la



unioni omosessuali aveva ed ha un fondamento del tutto diverso, se non addirittura opposto, rispetto alla richiesta sociale di disciplina organica delle conseguenze derivanti dal mero fatto della convivenza: la prima reclama, in nome del principio di eguaglianza, che cada ogni distinzione fondata sull'orientamento sessuale, e che sia quindi introdotta anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso una disciplina legale della vita di coppia, che preveda diritti e obblighi, a somiglianza di quelli stabiliti per il matrimonio. Chiede dunque per queste coppie un *quid pluris* di legge rispetto al passato.

La seconda richiesta sociale esprime invece il progressivo allontanamento dal matrimonio, la sempre minore accettazione delle regole etiche e comportamentali che per tradizione lo caratterizzano, cui consegue la crescente diffusione delle convivenze libere. Chiede dunque per queste coppie un "di meno" di legge rispetto al matrimonio, ma non la totale mancanza di regolazione, tipica dell'epoca napoleonica e del Novecento: chiede in particolare una disciplina minima e al tempo stesso razionalmente costruita, capace di regolare in modo quanto più completo possibile soprattutto i rapporti fra la coppia e i terzi.

L'unificazione in un unico progetto di legge ha fatto sì che le nuove norme sulla convivenza di fatto siano rimaste completamente oscurate da quelle sull'unione civile: l'indubbia grande importanza di queste ultime sul piano dei principi ha ingiustamente trasformato quelle sulla convivenza in una sorta di appendice secondaria. Eppure è facile prevedere che tali norme siano destinate ad essere applicate, nella pratica quotidiana, con frequenza maggiore rispetto a quelle sull'unione civile<sup>476</sup>.

L'ideologia ha giocato un brutto scherzo al legislatore, che ostenta continuamente la prossimità dell'unione civile al matrimonio, mentre non perde occasione di ricordare che la convivenza è sempre e comunque di "fatto", a marcare la differenza col matrimonio, che è invece "atto". Così che se l'unione civile è un "matrimonio di serie B", la convivenza

---

famiglia era, è e sempre sarà quella fondata sul matrimonio di due persone di sesso diverso, in qualche modo finalizzata alla procreazione, e che i cosiddetti nuovi modelli di famiglia – come la coppia omosessuale o la convivenza libera – siano soltanto una versione minore, impoverita, desacralizzata di questo archetipo": così LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it).

<sup>476</sup> LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it).

rilevante è relegata ben al disotto della immaginaria cadetteria.

Addirittura, l'intera premessa su cui si basa l'intervento legislativo, ossia la funzione familiare della convivenza, sembra volersi negare quando si richiamano per la sola unione civile gli artt. 2 e 3 Cost., e non anche per la convivenza; funzione familiare che però non è mai menzionata nella legge, nemmeno per l'unione civile, non volendosi evidentemente parlare di famiglia laddove non vi sia matrimonio.

Il comma 36 dell'art. 1 prevede che "Ai fini delle disposizioni di cui al comma da 37 a 67<sup>477</sup> 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<sup>478</sup>, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile<sup>479</sup>": il *nomen* utilizzato crea delle perplessità, posto che la convivenza nasce sì come "fatto", ma intende diventare "diritto": ancorarla alla sua dimensione fattuale non rappresenta un *incipit* incoraggiante. La contrapposizione tra "rapporti di diritto" e "rapporti di fatto" si sviluppa pur sempre all'interno del mondo del diritto<sup>480</sup>. L'espressione "di fatto" connota dunque semplicemente il modo in cui la fattispecie viene in essere (*rebus ipsis et factis*, e non per effetto di un negozio giuridico), non già le sue conseguenze<sup>481</sup>, che sono necessariamente di diritto.

Il riferimento ai "legami di coppia", pur nella sua cripticità, taglia fuori dalla definizione di convivenza le cc.dd. unioni di mutuo aiuto, basate sulla solidarietà, ma non sulla sessualità (a questo sembra alludere il requisito dei "rapporti di coppia"); nella stessa

---

<sup>477</sup> Il comma 36 menziona erroneamente anche i commi 66 e 67: questi infatti riguardano la previsione di spesa pubblica derivante dall'attuazione della legge stessa, spesa che riguarda la sola unione civile ed è dovuta soprattutto all'estensione delle regole previdenziali previste per il matrimonio.

<sup>478</sup> Balza all'occhio la differenza tra il tenore di questa disposizione e quello dell'art. 87 cod. civ.: se si applicasse la norma alla lettera, gli impedimenti riguardanti la convivenza risulterebbero più ampi di quelli riguardanti il matrimonio. Dal momento che ciò è ovviamente assurdo, occorre non badare troppo al tenore letterale della norma, che manifesta l'evidente disattenzione e superficialità di chi l'ha scritta, e invece interpretarla in modo ragionevole, vale a dire estendendo anche ai conviventi di fatto gli stessi limiti di grado previsti per gli impedimenti al matrimonio.

<sup>479</sup> LUIISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, su [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it), osserva che dunque vi sono, paradossalmente, ipotesi in cui due soggetti non possono accedere agli effetti previsti dalla L. 2016/76, ancorché si verifichino tutti i presupposti di cui alla prima parte del comma 36.

<sup>480</sup> FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, 8ss.; SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. priv.*, 4a ed., II, 521 e ss.

<sup>481</sup> OBERTO, *op. loc. ult. cit.*.

direzione conduce il requisito della dualità<sup>482</sup>, che contemporaneamente esclude l'operatività della convivenza rispetto ai rapporti poligamici<sup>483</sup>.

Porre come requisito un "legame affettivo di coppia" dà certamente l'idea dell'approssimazione con la quale il legislatore si è approcciato alla fattispecie: una simile espressione non ha nessuna valenza tecnico-scientifica, e la sola notazione che nella legislazione speciale si fa *una tantum* ricorso al termine "coppia"<sup>484</sup> per delineare il rapporto tra due persone che vivono *ad modum coniugii*, non esime il legislatore da questo rilievo.

Problemi non terminologici, ma concettuali e profondissimi pone il regime delle incompatibilità con gli *status* di coniuge e di unito civilmente, nonché con quello di (sia concessa l'espressione) "convivente altrui": la norma copia l'art. 515-2 del *code civil* francese, ove si stabiliscono i requisiti soggettivi per la stipulazione di un *pacs*. Il legislatore nostrano equivoca però la funzione del *pacs*, e cade perciò in una ineliminabile contraddizione: poiché nell'ordinamento francese, come si vedrà, il *pacs* segna la fine della convivenza non rilevante (*concubinage*) e l'inizio della convivenza rilevante, la sua stipulazione attribuisce uno *status* (comunemente detto di *pacsé*, ma è espressione, non tecnica) che è incompatibile con altri *status* familiari. Ma nella legge italiana, poiché la convivenza è ostentatamente e pedissequamente "di fatto", si crea un conflitto tra un fatto e uno *status* giuridico che tuttavia il legislatore non risolve, lasciando all'interprete il compito di capire quanta e quale parte della legge debba applicarsi al convivente di fatto che risulti essere ancora sposato o unito civilmente<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> Dimenticanza notata anche da LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it) e RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 1, 2017, 13-14.

<sup>483</sup> RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, 2016, *passim*.

<sup>484</sup> L. 29 luglio 1975 n. 405, *Istituzione dei consultori familiari*; L. 19 febbraio 2004 n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

<sup>485</sup> LUISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, su [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it), osserva che dunque vi sono, paradossalmente, ipotesi in cui due soggetti non possono accedere agli effetti previsti dalla L. 2016/76, ancorché si verificano tutti i presupposti di cui alla prima parte del comma 36; LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), osserva invece come residui il dubbio se possano essere parte di una convivenza rilevante soggetti separati legalmente, ma non ancora divorziati (la separazione, come è noto, non scioglie il matrimonio): la soluzione più logica è quella che porta a ritenere tali soggetti impossibilitati a stabilire una convivenza rilevante, anche in presenza della dichiarazione anagrafica. Dello stesso avviso è RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*,

Il successivo comma 37 dispone 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 e alla lettera b) comma 1 dell’art. 13 del regolamento di cui al D. P. R. 30 maggio 1989 n. 223”.

Elemento costitutivo della convivenza di fatto è, attenendosi al mero testo legislativo, la “stabile convivenza”, mentre strumento di accertamento (del tutto indiziario) di detto requisito è la verifica anagrafica: ciò è sufficiente a stabilire che la dichiarazione anagrafica non ha, dunque, valenza costitutiva del rapporto, e dunque non è presupposto per l’applicazione della novella<sup>486</sup>, né costituisce l’unico mezzo di accertamento. Tuttavia, esso costituisce, allo stato delle cose, l’atto giuridico che determina

---

*in Notariato*, 1, 2017, 13-14.

<sup>486</sup> Trib. Milano, ordinanza 31 maggio 2016, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com) con nota di SCALERA: “Avendo la convivenza natura fattuale, e cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale, la dichiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo”; in dottrina, ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016; OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016; BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, su [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 2016, n. 4, 4; ID., *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione, cessazione*, in *Fam. E dir.*, 2016, 10, 927; TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 866; PACIA, *Unioni civili e convivenze*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it); FUSARO, *I contratti di convivenza*, in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it); LUISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, su [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it), il quale ritiene che la norma si applichi indistintamente a tutti i conviventi (salvo i casi espressamente esclusi dalla legge), anche a coloro i quali per assurdo non la vogliono applicare (così anche MIGLIETTA, *Convivenze di fatto: gli spiacevoli effetti collaterali*, in *Guida al Diritto*, 2016, 25, 8 e ss.; FINOCCHIARO, *Sottoposti a norme due maggiorenni con un legame stabile*, *ibidem*, 59, il quale peraltro ritiene, con valutazioni assolutamente condivisibili, contrario ai principi costituzionali “fare acquisire un nuovo *status* ai cittadini pur in assenza di qualsiasi loro manifestazione di volontà”); ritiene l’Autore che argomentare *a contrario* porterebbe a conclusioni incongruenti con il pensiero sviluppatosi in precedenza sulla rilevanza esatta della convivenza: si sarebbe dovuto dire che, sussistendo la possibilità di contrarre matrimonio, nessun diritto doveva essere riconosciuto alle coppie di fatto che, pur potendolo, non si volevano sposare (l’Autore sembra tuttavia contraddirsi quando *ibidem* sostiene che la dichiarazione anagrafica sia “requisito necessario ma non sufficiente”). *Contra*, nel senso che la legge 76/2016 avrebbe “selezionato” tra le convivenze quelle destinatarie delle nuove previsioni legislative: solo “il convivere” costituito mediante dichiarazione anagrafica consentirebbe la qualifica come “conviventi di fatto” ai sensi della legge 76/2016. Ne deriverebbe una suddivisione tra “convivenza di fatto” o “dichiarata” rilevante ai sensi della legge stessa, e “convivenza mera” o “non dichiarata” (non rilevante ai fini della legge n. 76 del 2016): così FIORINI - LEO, *Formazioni sociali con doppia disciplina a “geometria variabile”*, in *Guida al Diritto*, 2016, 25, 62; BUFFONE, *Convivenza di fatto, si “gioca la partita” degli orientamenti*, in *Guida al diritto*, 2016, 26, 14 e ss.; ID., *L’elemento costitutivo passa per l’iscrizione agli uffici anagrafici*, *ivi*, 22 e ss.; RIZZUTO, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, su [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 2016, n. 5, 9; LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), il quale argomenta provocatoriamente che, se così non fosse, potrebbe accertarsi la stabilità di una convivenza dichiarata all’anagrafe da un solo giorno.

l'emersione pubblica dell'instaurata convivenza. Del resto, attribuire valenza costitutiva alla dichiarazione anagrafica potrebbe creare un conflitto con le restrizioni di cui al precedente comma 36, dal momento che un soggetto separato legalmente potrebbe già coabitare con il proprio convivente<sup>487</sup>, e rendere l'apposita dichiarazione anagrafica; questo ragionamento evita pure che si creino problemi di non facile soluzione nel caso di riconciliazione del convivente separato col proprio coniuge.

Nonostante la giurisprudenza abbia da tempo indicato nella "stabilità" il valore aggiunto della convivenza, rispetto alla mera relazione occasionale e temporanea<sup>488</sup>, è impossibile definire cosa si intenda per convivenza "stabile", in assenza di una definizione legislativa<sup>489</sup>.

Appena meglio descritto risulta il rapporto tra i conviventi: il riferimento alla "reciproca assistenza morale e materiale" richiama la norma giurisprudenziale che identifica il rapporto, pur nella costante revocabilità dell'impegno, in una comunione spirituale e materiale, un progetto di vita comune che presuppone assistenza e protezione reciproca, in attuazione di un dovere di solidarietà che è alla base di qualsiasi comunità di tipo familiare; la relazione affettiva fa sorgere un mutuo dovere di solidarietà economica che, sul solco di quanto previsto per il matrimonio, si traduce nel mutuo dovere di

---

<sup>487</sup> Per tutte v. Cass. Civ. sentenza 7 dicembre 1994, n. 10512, in *Foro It.*, 1995, 4, 1202 e ss.

<sup>488</sup> BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione, cessazione*, in *Fam. E dir.*, 2016, 10, 926.

<sup>489</sup> IORIO, *Il disegno di legge sulle "Unioni Civili" e sulle "Convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 5, 1014, ritiene inopportuno e fonte di dubbi il riferimento ad una unione fondata stabilmente su legami affettivi di reciproca assistenza senza indicare i criteri per determinare detta stabilità, la cui definizione e valutazione è ancora una volta rimessa al giudice; ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 343, ritiene che sia il vivere insieme come "famiglia" a distinguere la stabile convivenza da rapporti episodici, assurgendo a rilevanza sociale e giuridica, e che ancora, la stabilità non dipenda necessariamente dalla durata del rapporto, ma dalla sostanza e intensità dei comportamenti e dall'impegno dei conviventi, che può dirsi anche maggiore di quello dei coniugi se si considera che, essendo esso connotato da perdurante precarietà, è legato ad un consenso che può venir meno in ogni momento. Si noti infine che anche le SS. UU. della Corte di Cassazione si sono, per così dire, iscritte al concorso, stabilendo apoditticamente (così TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 866) che sia stabile una convivenza durata almeno tre anni (Cass. SS. UU. 17 luglio 2014, n. 16379, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di VASSALLO, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 36, con nota di ROMA), mentre per la Corte EDU (sent. 7 novembre 2013, nn. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e altri c. Grecia*, su [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)), l'esistenza di un'unione stabile è indipendente dalla convivenza, almeno se intesa in senso rigidamente formalistico, essendo oggi normale, per qualsiasi coppia, vivere la relazione anche a distanza, per motivi professionali o di altro tipo: una posizione che, a giudizio di LENTI, *La convivenza di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 933, il legislatore ha volutamente ignorato, per ragioni strettamente ideologiche.

contribuzione ai bisogni della famiglia di fatto e di assistenza morale e materiale<sup>490</sup>.

Resta sullo sfondo il drammatico dubbio se le limitazioni imposte dalla norma in questione limitino anche il campo di applicazione della vasta e disomogenea normativa speciale che tratta della convivenza: e dunque, per esemplificare, se essa continui ad applicarsi a conviventi minori di età, o di stato civile non libero<sup>491</sup>; al fine di circoscrivere i guasti dovuti a questa impostazione (peraltro non in linea con le finalità della stessa legge), si deve ritenere che i diritti spettanti ai conviventi *more uxorio* contenuti nella legislazione speciale, continuino ad essere garantiti a tutte le coppie, mentre i (pochi) nuovi diritti introdotti dalla L. n. 76 spettino solo ai conviventi non legati a terzi da matrimonio o unione civile<sup>492</sup>.

#### 6.3.3.2 *Gli effetti.*

Le prime disposizioni attengono ad una sfera prettamente personale.

Così, il comma 38 prevede che “i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall’ordinamento penitenziario”; il comma 39 prevede che “in caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza<sup>493</sup>, nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate previste per i coniugi e i familiari<sup>494</sup>”; il comma 40 prevede che “ciascun

<sup>490</sup> Il dovere di solidarietà trova riscontro nella disciplina degli alimenti, di cui al comma 65.

<sup>491</sup> LENTI, *Convivenze di fatto, gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 931, nota come l'esclusione dei soggetti separati dall'ambito di operatività della normativa manifesti implicitamente l'idea del legislatore che la convivenza di due persone, una delle quali è separata, legalmente o di fatto, sarebbe contro la legge, quindi indegna di essere tutelata. L'Autore sottolinea che tale idea è in contrasto logico con gran parte della legislazione speciale assistenziale, e con la giurisprudenza prevalente (Cass. civ. n. 10512/1994, in *DeJure*; Cass. civ. n. 17195/2011, in *DeJure*).

<sup>492</sup> QUADRI, *op. cit.*, 930; LENTI, *op. cit.*, 98; TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 865.

<sup>493</sup> La norma ha una portata pratica modesta: può essere effettivamente innovativa soltanto nel caso, non frequente, di ospedali che permettano ai soli congiunti legati con il ricoverato da un rapporto giuridico familiare, l'accesso a quei reparti in cui motivi sanitari impongono di limitare quanto più possibile i visitatori esterni, quali, per esempio i reparti di rianimazione. Al di fuori di questi, è risaputo che tutte le strutture sanitarie regolano solo gli orari di visita e il numero dei visitatori, senza occuparsi del loro stato civile.

<sup>494</sup> La menzione normativa è posta in parallelo a quella sulle visite e sembrerebbe presupporre, stando al suo tenore letterale, che anche l'accesso alle informazioni sia disciplinato dai regolamenti interni delle strutture. Ciò sarebbe in aperto, evidente conflitto con il diritto vigente, in particolare con le regole sul

convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri propri o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie<sup>495</sup>, prevedendo (comma 41) che la designazione di cui al comma 40 sia effettuata in forma scritta e

---

trattamento dei dati sanitari dettate dal codice per la protezione dei dati personali. Onde evitar di attribuire alla nuova norma un significato del tutto assurdo, LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.iuscivile.it](http://www.iuscivile.it) ritiene che si debba superare la lettera della legge e interpretare il richiamo alle regole interne delle strutture come riferibile alle sole visite. La norma è, a giudizio di detto Autore, dettata dalla conoscenza della consuetudine ospedaliera, spesso rimessa all'arbitrio di chi ha il potere di rivelare i dati richiesti, ma non delle norme: l'art. 82 comma 2 lett. a) d.lgs. n. 196/2003 espressamente prevede che le informazioni sanitarie possano essere comunicate soltanto al paziente e alle persone cui questi autorizza la comunicazione. In via di eccezione però, eseguita la prestazione sanitaria senza il consenso del paziente medesimo per motivi di emergenza, le informazioni possono essere comunicate ai suoi "prossimi congiunti" e ai suoi "familiari" (tra i quali è espressamente compreso il convivente), anche senza il suo consenso, qualora sia in stato di incapacità fisica, legale o naturale. Può quindi affermarsi che il comma 39 della l. 76/2016 non introduce, dal punto di vista delle informazioni sanitarie, nessuna effettiva innovazione. Lo scenario descritto segna il profondo distacco, a sfavore dell'ordinamento italiano, tra esso e ordinamenti "più capaci del nostro di affrontare questi temi, come per esempio la Francia" (corsivo di LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 935; l'ordinamento francese è citato come esempio di diritto evoluto anche da CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, 6, 596-600), ove il *Code de la santé publique* stabilisce che chiunque, prevedendo di trovarsi in futuro in una situazione patologica grave, tale da non permettergli di ricevere le informazioni necessarie per esprimere il suo consenso informato ai trattamenti sanitari suggeriti dai medici, o di manifestare la sua volontà in proposito, possa nominare, con atto scritto revocabile, una persona *de confiance*, liberamente scelta, che dovrà essere consultata (art. 1111-6 *Code de la santé*). Nel decidere se effettuare o sospendere un trattamento sanitario, i medici devono tener conto sia delle eventuali direttive anticipate, sia del parere del fiduciario, ma non sono tenuti a seguire né le une, né l'altro, qualora siano ragionevolmente convinti che possa derivarne un rischio per la vita del paziente: in tal caso, decidono sulla base della procedura collegiale prevista dal codice di deontologia medica (artt. L.1111-4, c. 5 e R.4127-37 *Code santé*). Tuttavia, se si tratta di un malato terminale, il parere della persona di fiducia deve avere la prevalenza (art. 1111-12 *Code santé*). Un altro modello degno di considerazione, forse anche più del celebrato modello francese, è quello svizzero: l'art. 374 del codice civile svizzero, al primo comma, contiene la regola generale sulla rappresentanza delle persone che perdono la capacità naturale, rappresentanza che spetta al coniuge o al partner registrato che vive con l'infermo in comunione domestica, o a colui che a questi presta di persona regolare assistenza, salvo che non sussista un "mandato precauzionale", né una corrispondente curatela. L'art. 377 disciplina i poteri del rappresentante; l'art. 378 stabilisce una gerarchia completa dei rappresentati e i criteri di condotta del medico in caso di più rappresentanti. Il legislatore svizzero si fa apprezzare, oltre che per l'ordine sistematico (la disciplina è chiara e contenuta nel codice civile), per la valorizzazione dei legami elettivi: coniuge, partner registrato e convivente, persona che presta assistenza regolare, precedono ascendenti e discendenti, e anche tra questi ultimi, è richiesto il requisito della regolare assistenza all'infermo.

<sup>495</sup> LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.iuscivile.it](http://www.iuscivile.it), nota che le disposizioni sul trattamento del corpo e sulle celebrazioni funerarie, se contenute nella designazione del

autografa<sup>496</sup> oppure, in caso di impossibilità a redigerla, alla presenza di un testimone<sup>497</sup>.

Il legislatore interviene, in tal modo, sul delicato tema delle direttive anticipate di trattamento terapeutico nonché sulle disposizioni *post mortem*, e il primo dei due richiami merita senz'altro attenzione, per apparire come la norma che introduce nell'ordinamento (in maniera del tutto inconsapevole, a giudizio di autorevole dottrina<sup>498</sup>) il cd. testamento biologico<sup>499</sup>; al di là dei legittimi dubbi sul fatto che un simile passaggio, che avrebbe i tratti della rivoluzione epocale, avvenga tra le pieghe di una legge che tratta tutt'altro<sup>500</sup>, il problema è nel fatto che il legislatore strappa violentemente il tessuto costituzionale, assegnando al convivente un diritto che non è proprio né del coniuge, né del soggetto "unito civilmente", né di qualsiasi altro parente; e che soprattutto, è, in assenza di limitazione del potere stesso, assoluto, sulla vita e sulla morte del convivente divenuto incapace di intendere e di volere, potendo apparentemente prescindere dal parere medico:

---

fiduciario (comma 41), possono eventualmente derogare le eventuali diverse disposizioni date in precedenti testamenti, purché la designazione del fiduciario sia fatta in forma olografa (e, allora forse anche, si aggiunge, ma non senza dubbi, anche nelle forme di cui all'art. 603 del codice civile); la funzione del fiduciario presenterebbe una qualche somiglianza con quella dell'esecutore testamentario. Quel che non è ammissibile, a giudizio dell'Autore, è che possano essere revocate dall'interessato con uno scritto non olografo, o con una dichiarazione orale alla presenza di un testimone (ma si stabilirebbe, così argomentando, una gerarchia delle forme di designazione delle quali non si rinviene alcun riscontro normativo), né tanto meno che possano "revocate" dal fiduciario in attuazione dell'ultima volontà oralmente espressa dal paziente.

<sup>496</sup> Chissà se con l'uso della parola "autografa", il legislatore ha inteso dire "olografa" ovvero "sottoscritta": la prima interpretazione parrebbe anche essere quella preferibile per ragioni di certezza, la seconda, per ragioni di speditezza.

<sup>497</sup> In entrambi i casi, sul presupposto implicito che il malato sia ancora in condizioni di capacità naturale di agire.

<sup>498</sup> CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, 6, 596-600.

<sup>499</sup> Sul testamento biologico, v. in giurisprudenza (in senso negativo), Cass. civ., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Dir. fam. Pers.*, 2013, 1316; in dottrina, v. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, 2008; MARISI, *Il testamento biologico: le problematiche giuridiche connesse con il rifiuto delle cure*, 2008; in generale, per un punto di vista non esclusivamente giuridico, ma anche scientifico ed etico, VERONESI, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, 2011.

<sup>500</sup> LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), tenta di "salvare" un legislatore insalvabile introducendo l'idea di una intenzione "sotterranea" del medesimo, il quale avrebbe così gettato le basi di una legge generale sul consenso in sostituzione dell'interessato, introducendo surrettiziamente la figura del "fiduciario per i trattamenti sanitari", figura della quale si discute da tempo, seppur con poco costruito. Di sicuro, se si introduce questa figura per il convivente di fatto, ragionevolezza impone che sia applicata anche ad altri strettissimi familiari come il coniuge non separato, i figli maggiorenni, i genitori non più esercenti la responsabilità parentale.



una lettura assurda, se non fosse quella che più immediatamente emerge dalla lettura di una locuzione drammaticamente atecnica (rappresentante con “poteri pieni o limitati”)<sup>501</sup>.

Al fine di “disinnescare la bomba” sganciata dal legislatore, giova ricordare che la possibilità di nominare una persona per il caso di malattia è già prevista dalla disciplina sull’amministratore di sostegno, all’art. 408 cod. civ. (la funzione di rappresentante per le decisioni in materia sanitaria è una delle tipiche funzioni che possono essere attribuite all’amministratore o al tutore). Pertanto, o la disposizione del comma 40 riproduce quella dell’art. 408 cod. civ., ma con la rilevante divergenza consistente nella possibilità di effettuare la scelta per scrittura privata (laddove l’art. 408 prevede l’atto pubblico o la scrittura privata con autentica delle sottoscrizioni), oppure deve concludersi che si riferisca a diversi ed ulteriori e non chiariti poteri del convivente.

Da un altro punto di vista, si nota che, in assenza di designazione, la normativa non attribuisce nessuna voce in capitolo al convivente (benché registrato e *pacsé*), il quale è perciò tagliato fuori da qualsiasi decisione nei casi in cui gli eventi anticipino e compromettano la possibilità di effettuare tale designazione (si pensi ad esempio, a un incidente automobilistico).

Quanto invece alla disciplina della donazione degli organi, la disposizione va coordinata con la L. n. 91/1999, ritenendo che, per effetto del comma 40 in commento, tutte le volte che la L. n. 91/1999 faccia riferimento al coniuge, sullo stesso piano vadano posti i conviventi di fatto.

Alla sfera personale può essere ricondotta anche la previsione del comma 48, a norma del quale “il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o

---

<sup>501</sup> Così CALÒ, *op. loc. ult. cit.*, il quale sottolinea la discrasia tra la norma in commento e l’art. 38 del Codice di deontologia medica, il quale, con formula ridondante, sancisce il principio della discrezionalità tecnica del medico ispirata al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente e al perseguimento del migliore interesse di quest’ultimo, tenuto conto della sua volontà (espressa per iscritto: ulteriore discrasia con la l. 76/2016, che consente che la designazione sia pure resa in forma orale, alla presenza di un testimone, ma, parrebbe, solo nell’impossibilità di redigerla “in forma scritta ed autografa”). L’autore sottolinea correttamente, come si è già detto *supra*, che l’aver così introdotto il cd. testamento biologico, rischia di creare enormi problemi sistemici, essendosi regolata (sommariamente) l’eccezione (delega alla prestazione del consenso), ma non la regola (consenso al trattamento); *contra*, sul punto, RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, in *Il dolore e la politica, accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà e cura*, a cura di Boraschi e Manconi, 2007, 23, ove si considerano le due tematiche collegate, ma distinte.

amministratore di sostegno, qualora l'altra parte sia stata dichiarata interdetta o inabilitata ai sensi delle norme vigenti ovvero ricorrano i presupposti di cui all'art. 404 del codice civile": una previsione che nulla aggiunge e nulla toglie a quanto già stabilito dalle norme del codice civile.

Sul piano dei diritti patrimoniali, il legislatore rivolge l'attenzione in primo luogo al tema dell'abitazione: al comma 42 della legge si prevede che "salvo quanto previsto dall'art. 337-*sexies* c.c., in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza<sup>502</sup> il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite<sup>503</sup>, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni";

La disposizione in oggetto riecheggia i diritti riconosciuti dall'art. 540, comma secondo cod. civ. al coniuge superstite; i primi commentatori ritengono, correttamente, di riconoscerne l'analoga natura di legato *ex lege* del diritto reale di abitazione (art. 1022 cod. civ.)<sup>504</sup>, con la precisazione che quest'ultimo diritto non è, nel caso di specie, vitalizio, ma

<sup>502</sup> Significativo che il legislatore non la chiami "casa familiare", come invece fa all'art. 540, comma secondo cod. civ., probabilmente per le già ricordate motivazioni ideologiche, di cui *passim* nelle pagine precedenti: ciò nonostante, è plausibile ritenere che l'abitazione debba avere i medesimi requisiti soggettivi ed oggettivi (su cui si rinvia a DOSSETTI, *La riserva a favore del coniuge*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Bonilini, Confortini e Mariconda, 2015 501-504) previsti per l'operatività dell'art. 540, comma secondo cod. civ..

<sup>503</sup> Ci si può domandare se la norma si riferisca ai figli nati dalla convivenza, o anche del solo convivente superstite.

<sup>504</sup> ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 344; COSMAI – FIGONE – SIMEONE – TAGLIAFERRI, *Unioni civili e convivenze di fatto: tutte le novità della legge*, su *ilfamiliarista.it*, ove tuttavia si dubita che il diritto sia il diritto di abitazione tipizzato dall'art. 1022 cod. civ. *Contra*, nel senso che si tratti di un diritto di natura personale, LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 939). La natura reale del diritto di abitazione riconosciuto al coniuge superstite ex art. 540, comma secondo cod. civ. ha prevalso in dottrina, stante la possibilità di ottenere la trascrizione del diritto (opportuna se non altro al fine della continuità delle trascrizioni) nei pubblici registri immobiliari, e di conseguenza, l'opponibilità ai terzi. Non può ripetersi in relazione a questo diritto, il dibattito, sviluppatosi attorno al diritto di abitazione ex art. 540, 2° comma cod. civ. (per il quale si rinvia a DOSSETTI, *La riserva a favore del coniuge*, in *Codice delle Successioni e donazioni*, a cura di Bonilini, Confortini e Mariconda, 2015, 490 e ss.), relativo alla ricomprensibilità del legato nella quota di legittima spettante al coniuge (secondo la teoria preferibile e prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza: cfr. MIRONE, *I diritti successori del coniuge*, 1984, 139 e ss.; TRINCHILLO, *Il trattamento successorio del coniuge superstite nella disciplina dettata dal nuovo diritto di famiglia*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, 2, 1992, 1244 e ss.; CANTELMO, *I beneficiari della riserva*, in *Trattato bereve delle successioni e*

temporaneo<sup>505</sup>: la limitazione temporale esclude che il diritto abbia la stessa funzione sociale del suo illustre omologo, ossia consentire al superstite di continuare a vivere nella casa dove si è svolta la vita in comune<sup>506</sup> e assicurare sicurezza, stabilità e conservazione dello *status* sociale<sup>507</sup>.

Quale *ratio* allora è alla base del medesimo? Parrebbe che il legislatore voglia concedere al convivente superstite giusto il tempo necessario per riorganizzare la propria vita e trovare una diversa sistemazione. Il che non sembra porsi in asse con l'importanza sociale che dovrebbe riconoscersi alla convivenza con questa legge.

Nessun dubbio dovrebbe porsi, accettata la natura reale del diritto, in ordine alla sua trascrivibilità nei pubblici registri immobiliari<sup>508</sup>, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.

*donazioni* diretto da Rescigno, coordinato da Ieva, 2a ed., 2010, 568 e ss.; CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. Trim. Dir. E proc. civ.*, 2006, 36 e ss.) o di prelegato a carico dell'eredità, da aggiungersi alla legittima (come sostenuto da PARENTE, *Tecniche acquisitive dei diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, in *Giur. It.*, 1982, I, 2, 153 e ss.; FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, 1993, 35 e ss.): ciò in quanto il convivente superstite non è un erede legittimario e potrebbe anche non essere nemmeno chiamato all'eredità. Per cui non ci sono dubbi che quella prevista nel d.d.l. sia una vocazione anomala a titolo particolare. Conseguentemente, il convivente leso nel suo diritto dovrà esperire l'azione di rivendica, essendo il diritto di abitazione un diritto proprio del convivente superstite acquistato automaticamente *ex art. 649 cod. civ.*

<sup>505</sup> La legge non prevede il diritto di uso sui beni mobili che arredano la casa familiare, previsto dal medesimo art. 540, comma 2° c.c.. Né potrebbe ritenersi che esso sia una articolazione del diritto di abitazione, poiché la prevalente dottrina ritiene i due diritti autonomi l'uno dall'altro: GABRIELLI, *Dei legittimari*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, V, 1992, 57 e ss.; COPPOLA, *I diritti di abitazione ed uso spettanti ex lege*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, 2009, 129 e ss.; MASCHERONI, *Art. 540 – Riserva a favore del coniuge*, in *Delle successioni*, a cura di Cuffaro e Delfini, in *Comm.* a cura di Gabrielli, I, 2010, 559.

<sup>506</sup> RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso in favore del coniuge superstite*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1978, 241.

<sup>507</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Cicu e Messineo, ed. VI, 1999, 171; CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2006, 20 e ss.

<sup>508</sup> La trascrizione del diritto di abitazione in favore del convivente superstite è da effettuarsi senz'altro con le modalità in uso per la trascrizione dell'acquisto dei legati *ex lege*: ossia, secondo una parte della dottrina, mediante trascrizione della domanda giudiziale di rivendica del diritto, in caso di disposizione testamentaria lesiva (GABRIELLI, *Pubblicità dei diritti di abitazione, reali e personali, nei registri immobiliari del codice civile e nei libri fondiari*, in *Vita notarile*, 2003, 574 e ss.); secondo altra parte della dottrina, mediante trascrizione di un atto di accettazione del legato *ex lege*, accompagnata dal certificato di morte del *de cuius* e da certificazione anagrafica (MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, 1985, 122; MENGONI, *Successione per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo, 6a ed., 1999, 186 e ss.; BOERO, *La trascrizione del diritto di abitazione del coniuge superstite*, in *Giust. Civ.*, 1984, 487 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 3a ed. rivista ed aggiornata da Ferrucci e Ferrentino, 2009, 278; MASCHERONI, *Art. 540 – Riserva a favore del coniuge*, in *Delle successioni*, a cura di Cuffaro e Delfini, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, I, 2010, 572; DOSSETTI, *La riserva a favore del coniuge*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Bonilini, Confortini

2650 cod. civ.<sup>509</sup>.

Si fatica a capire la *ratio* del *discrimen* tra il diritto assicurato dall'art. 337-*sexies* cod. civ. e quello di cui al comma 42 l. 76/2016: la norma codicistica è nettamente più favorevole per i figli per la durata e per la sicura opponibilità ai terzi (purché vi sia stata la trascrizione) del diritto attribuito. Una disparità di trattamento inaccettabile, che tuttavia si potrebbe ovviare ricorrendo all'applicazione del principio generale che vieta le discriminazioni tra figli dovute a circostanze loro estranee, qual è quella rilevata<sup>510</sup>.

In mancanza della dichiarazione anagrafica o del contratto di convivenza, potrebbe non essere semplice, per il convivente superstite, far valere il proprio diritto temporaneo di abitazione nei confronti degli eredi del *de cuius*; se si troverà nel possesso della casa comune, dovrà verosimilmente resistere in giudizio agli eredi, e in quel giudizio dovrà provare la sua qualità di convivente: tutto ciò per godere di un diritto limitato ad un massimo di cinque anni. Ancor meno favorevole la prospettiva del convivente che non si trovi nel possesso della casa comune; considerati i tempi della giustizia civile, a quest'ultimo converrà direttamente, vista la limitazione temporale del suo diritto, puntare all'equivalente: il che svuota irrimediabilmente il diritto del suo contenuto tipico. Lo scenario si complica ulteriormente ove l'erede abbia disposto del diritto di abitazione o di usufrutto sull'immobile in favore di un terzo: in tal caso infatti, l'avente causa dall'erede apparente potrà giovare del meccanismo di cui all'art. 534, comma secondo cod. civ..

Il successivo comma 43 prevede che il diritto di cui al comma 42 “viene meno” (*sic!*) nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune

---

e Mariconda, 2015, 506); *contra*, per l'intrascrivibilità del legato *de qua*, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, 2a ed., 1998, 191. Oppure, secondo parte della giurisprudenza, senza fare niente, in quanto il diritto di abitazione acquisterebbe opponibilità ai terzi *ex lege*: cfr. Cass. civ., 30 aprile 2012, n. 6625, in *Fam. e dir.*, 2012, 869, con nota di CALVO.

<sup>509</sup> È opinione maggioritaria in dottrina che gli acquisti a causa di morte si trascrivano per gli effetti dell'art. 2650 cod. civ. e non per quelli dell'art. 2644 cod. civ.: cfr. in dottrina SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, I, 1985, 259; CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, 2009, 67 e ss.; in giurisprudenza Cass. civ. 24 giugno 2003, n. 10014, in *Corr. Giur.*, 2004, 1490 e in *Giust. Civ.*, 2004, I, 3063; Trib. Roma, 13 marzo 2012, in *Banca dati Utet giuridica*.

<sup>510</sup> LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), il quale pertanto ritiene che in presenza di figli minori o disabili, nati dalla convivenza, che coabitano con il convivente superstite, si dovrebbe sempre applicare la regola a loro più favorevole, e quindi l'art. 337-*sexies* cod. civ., invece di quella della frase finale del comma 42. L'Autore richiama all'uopo Corte Cost., sentenza 27 luglio 1989, n. 454, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto<sup>511</sup>. Anche in questa previsione, s'ode l'eco delle considerazioni svolte in ordine alla sorte del diritto ex art. 540, comma secondo cod. civ. per il caso in cui si sia intrapresa una nuova relazione stabile<sup>512</sup>.

Al tema abitativo si richiamano i commi 44 e 45 della legge; il primo (comma 44), saldandosi con la previsione dell'art. 6 della l. 392/1978 prevede, che "nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto", di fatto riproducendo tale ultima norma come risultante dall'interpretazione datane a suo tempo dalla Corte Costituzionale<sup>513</sup>.

Quel che pare abnorme, è il diritto di succedere nel contratto stesso in caso di recesso da parte del contraente: non tanto per la previsione in sé e per sé, il cui scopo è la tutela del nucleo familiare della parte conduttrice<sup>514</sup>, quanto per l'essere un diritto proprio del convivente, ma non del coniuge, non essendoci traccia di tale successione nel contratto nell'art. 4 della l. 392/1978.

Si ripropone poi il problema della prova della convivenza, in assenza della dichiarazione anagrafica o di altro elemento che possa comprovarla in maniera certa. La prova dello *status* di convivente dovrà rendersi necessariamente in sede contenziosa. È per giunta incerta la natura dell'azione che il convivente dovrebbe esperire, posto che non è in discussione né l'esistenza del contratto di locazione, né la sua opponibilità originaria all'acquirente o al nuovo locatario.

---

<sup>511</sup> E salvo che non vi siano figli nel cui interesse è disposto il diritto di abitazione (art. 337-*sexies* cod. civ. e art. 1 comma 42, ultima frase, l. 76/2016): almeno così è lecito ritenere.

<sup>512</sup> Ossia che il diritto si estingue in quanto sia terminata l'esigenza abitativa del coniuge superstite; così GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 75; in giurisprudenza, Trib. Foggia 30 gennaio 1993, in *Giustizia Civile*, 1993, I, 1652; App. Venezia, 14 giugno 1984, in *Giurisprudenza Italiana*, 1986, I, 2, 28. *Contra*, FERRI, *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Libro secondo, successioni*, 1981, 59; MEZZANOTTE, *Vanificazione del diritto di abitazione spattante al coniuge separato di fatto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1986, I, 2, 28 BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, VI, 1999, 635-636, i quali ritengono non vi sia correlazione tra i diritti in parola ed esigenze abitative.

<sup>513</sup> Corte cost., 7 aprile 1988 n. 404, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1654.

<sup>514</sup> Trib. Asti, 25 febbraio 1984, in *Arch. Loc. Cond.*, 1986, 491, con nota di MARCHESI. Per l'ipotesi opposta, ossia per la tassatività delle ipotesi di successione anomala nel contratto di locazione, BOZZI, *Commento all'art.6*, in AA. VV., *Equo canone*, 1980, 56.

Il comma 45 invece prevede che, “nel caso in cui l’appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l’assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto”. La equiparazione dei conviventi ai nuclei familiari in ordine all’assegnazione di alloggi di edilizia popolare segue un *trend* consolidato nella legislazione più recente<sup>515</sup>, ed asseconda la giurisprudenza più recente, che ha ritenuto i diritti derivanti da convenzioni con enti di edilizia popolare abitativa nel senso della loro trasmissibilità *mortis causa*<sup>516</sup>.

Attenta dottrina<sup>517</sup> non manca di rilevare il possibile conflitto di attribuzione con la legislazione regionale, che è competente *ratione materiae*.

Al riconoscimento ed alla tutela dell’attività lavorativa prestata nell’ambito del “consorzio familiare” dal convivente è dedicato il comma 46, che, aggiungendo un nuovo articolo al codice civile, riconosce i diritti del convivente alla partecipazione agli utili ed alla gestione dell’impresa familiare. Per il nuovo art. 230-ter c.c., “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

---

<sup>515</sup> Cfr. art. 13, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, che prevede tra i criteri di priorità in ordine alle procedure di alienazione degli immobili di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari, il diritto di opzione all’acquisto in favore dell’assegnatario unitamente al convivente, purché la convivenza duri da almeno cinque anni.

<sup>516</sup> Nel senso della trasmissibilità *mortis causa* dei diritti sugli alloggi in parola, Cass. SS. UU. sent. 27 giugno 2002 n. 9342, in *Giur. It.*, 2002, I, 1029; nel senso della intrasmissibilità *mortis causa* dei diritti in parola, Cass. civ. sent. 5460/1980; Cass. civ. 18738/2004.

<sup>517</sup> LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it); ID., *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 942, ove l’Autore ritiene che la norma potrebbe sopravvivere al prospettato conflitto argomentando nel senso che essa determini i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.), appartenenti alla competenza dello Stato; o ancora, argomentando nel senso che essa esprima un principio generale dell’ordinamento civile, settore appartenente anch’esso alla competenza dello Stato (art. 117, comma 2, lett. l) Cost.), e tale principio sarebbe la parità di trattamento fra le coppie sposate e non sposate, ovviamente al solo fine dell’accesso alle prestazioni pubbliche di carattere assistenziale. Una limitazione che rende questa seconda argomentazione, a parere dell’Autore, difficilmente sostenibile. Se tuttavia, essa dovesse imporsi come portatrice di un principio avente valenza speciale, la sua portata sarà davvero innovativa, pur limitata, verosimilmente, ai confronti dei soli conviventi di stato civile libero. Le Regioni dovranno allora modificare le norme che chiedono alle coppie non sposate requisiti ulteriori rispetto a quelle sposate: prima fra tutte, la durata minima della convivenza. Ciò, sempre a giudizio dell’Autore, presenta il realistico rischio di indurre a dichiarare all’anagrafe convivenze nei fatti inesistenti.

diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato”.

La disposizione in oggetto chiude l'ampio dibattito sviluppatosi in passato in ordine alla applicabilità, in via analogica, dell'art. 230-*bis* cod. civ. al convivente di fatto<sup>518</sup>. Tuttavia il testo normativo (consapevolmente o no, non è dato saperlo: si tratta comunque di un torto alla *ratio* della norma originaria, la quale è stata introdotta per evitare lo sfruttamento del lavoro familiare e fornire una tutela alle prestazioni lavorative svolte nell'ambito di un'attività d'impresa, dove assume rilievo una forte componente affettiva<sup>519</sup>), disegna il trattamento del convivente di fatto in maniera deteriore rispetto a quanto la predetta norma dispone per il coniuge partecipante all'impresa familiare: mettendo a confronto le due disposizioni, si nota come l'art. 230-*ter* cod. civ. riconosca al convivente sì la partecipazione proporzionale agli utili e agli incrementi dell'impresa familiare, ma non il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia; inoltre, manca qualsiasi riferimento al diritto di partecipare all'assunzione delle decisioni gestionali indicate dall'art. 230-*bis* cod. civ.<sup>520</sup>, nonché al lavoro reso al di fuori di un'attività di impresa<sup>521</sup>: si pensi al caso della segretaria del professionista, o all'ipotesi del

<sup>518</sup> Oltre alla giurisprudenza citata supra, nel capitolo precedente, v. PROSPERI, *Art. 230 bis*, in *Commentario al cod. civ.* a cura di Schlesinger, 2006, 145; DI ROSA, *Dell'impresa familiare. Art. 230 bis*, *Della famiglia*, artt. 177-342 *ter*, a cura di Balestra, II, 2010, 361 e ss.; PALMIERI, *Regime patrimoniale della famiglia, Art. 230 bis*, II, in *Commentario* a cura di Scialoja Branca, 2004, 66 e ss..

<sup>519</sup> BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, su *giustiziacivile.com.*, 2016, n. 4, 4 e ss.

<sup>520</sup> ROMEO – VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, cit., 971 ss., ove si nota che sarebbe stato ben più semplice e lineare rinviare all'art. 230-*bis* cod. civ., o novellare quest'ultima norma inserendo, tra i familiari-collaboratori, il convivente; così anche QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, su *giustiziacivile.com.*, 2016, n. 4, 10. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 937, ritiene che si debba integrare l'art. 230-*ter* cod. civ. con i commi secondo, quarto e quinto dell'art. 230-*bis* cod. civ., in quanto tali norme connotano l'istituto dell'impresa familiare in modo essenziale: se non le si applicasse anche al convivente, la disciplina della sua partecipazione all'impresa sarebbe gravemente lacunosa, e dovrebbe comunque essere integrata per via interpretativa.

<sup>521</sup> In omaggio ad una lettura della norma codicistica invalsa in giurisprudenza (v. Cass., SS. UU., 4 gennaio 1995, n. 89, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 1037 e ss., con nota di GIUGLIANO), ma non accolta pacificamente in dottrina: nel senso che il lavoro prestato nella famiglia "libera energie lavorative a favore dell'impresa e, perciò, concorre indirettamente al lavoro nell'impresa", v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2010, 666; dello stesso avviso anche BALESTRA, *L'impresa familiare*, 1996, 851 e ss. (e *ivi* nota 105, con ulteriori indicazioni bibliografiche); meno netta la posizione di PALMIERI, *Regime patrimoniale della famiglia*, II, *Art. 230 bis*, 2004, 43 e ss. *Contra*, DI ROSA, *Dell'impresa familiare. Art. 230 bis*, in *Commentario al codice civile* a cura di Gabrielli, 2004, 376 e ss..

lavoro domestico, atteso che la disposizione non contiene neppure l'inciso "nella famiglia", espressamente posto nell'art. 230-*bis* cod. civ., alternativa rispetto alla prestazione di attività continuativa di lavoro "nell'impresa familiare".

Ad avviso di una parte della dottrina<sup>522</sup>, si configura una inspiegabile limitazione di tutela fra persone considerate tutte "familiari" (ma si ricorda per l'ennesima volta che il legislatore non considera il convivente un "familiare"), limitazione di dubbia costituzionalità. Ed in effetti, l'irrazionalità della disparità di trattamento emergerebbe con ancor più chiara evidenza laddove il convivente dovesse prestare la sua collaborazione nel contesto di un'impresa familiare del *partner* cui partecipassero anche altri parenti (si pensi ad es. ai figli) di quest'ultimo.

Se poi si vuole ragionare ex art. 29 Cost., allora si contesterà il legislatore sul piano della sottrazione selettiva di diritti della quale non si comprende la *ratio*: se infatti i diritti riconosciuti dall'art. 230-*bis* cod. civ. sono considerati la giusta remunerazione per l'opera prestata dal familiare a vantaggio dell'impresa, e quindi dovuti in luogo della retribuzione, non si comprende il motivo per cui, in una ipotetica parità del lavoro prestato, questi abbia diritto al mantenimento, mentre il convivente no.

Stupisce poi che il legislatore agisca proprio su quello dei diritti del collaboratore, che più degli altri privilegia la dimensione familiare rispetto a quella economico-patrimoniale, che è il diritto al mantenimento, che al familiare è riconosciuto secondo la condizione della famiglia, e non in relazione alla qualità e quantità del lavoro prestato. Se la negazione del diritto di partecipare alla gestione dell'impresa è, in questo senso, qualcosa di accettabile, nell'ottica di un legame meno forte rispetto al legame familiare (sul presupposto, teorico, che l'amministrazione dell'impresa deve necessariamente volgere al futuro, e dunque non deve essere influenzata direttamente dalla volontà di collaboratori, per così dire, "precari"), la negazione del diritto al mantenimento proietta la collaborazione su un piano prettamente economico, per cui l'opera si remunera con il diritto agli utili e agli incrementi, e tanto basta: in ciò, scostandosi dai rilievi di dottrina e

---

<sup>522</sup> AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 615 e ss.



giurisprudenza, che nella convivenza e nella famiglia di fatto, come si è esposto, vedono e valorizzano una società di affetti e di rapporti solidali, prima ancora che la sede di scambi di prestazioni economiche.

A norma del comma 65, in caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro [e]<sup>523</sup> gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento", innovando fortemente rispetto al passato, in cui gli alimenti all'ex convivente erano tutt'al più considerati alla stregua di una obbligazione naturale. Il legislatore definisce anche durata, misura, ordine degli alimenti, prevedendo che essi siano assegnati "per un periodo proporzionale<sup>524</sup> alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'art. 428, secondo comma, cod. civ."

Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'art. 433 cod. civ., l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle.

La disciplina degli alimenti, che riconosce al convivente meno abbiente una tutela patrimoniale proporzionata alla durata del rapporto, costituisce il corollario, sul piano patologico, del dovere di solidarietà tra conviventi durante il corso del rapporto. L'avente diritto alla prestazione alimentare non potrà avvalersi dei rimedi processuali e degli interventi cautelari concessi a garanzia del mantenimento del coniuge (o del *partner* dell'unione civile) separato (o separando). Il contributo andrà chiesto per le vie ordinarie ed eventualmente preceduto (o accompagnato), da una ordinaria domanda di sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c.

È ragionevole ritenere che il convivente obbligato agli alimenti resti a ciò obbligato anche qualora intraprenda una nuova convivenza rilevante, o contragga matrimonio o unione civile; pur nella consapevolezza che si fa largo in giurisprudenza il principio per il quale se, successivamente alla rottura del matrimonio, il coniuge economicamente forte

---

<sup>523</sup> Sic, e niente meno che sulla G. U., 21 maggio 2016, n. 118: è quanto resta dell'obbligo di mantenimento, opportunamente stralciato nel corso della votazione in Parlamento.

<sup>524</sup> Attenta dottrina (LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it)) ha notato la sottile, ma determinante differenza tra la locuzione "periodo proporzionale, e la locuzione "periodo pari a", usata a proposito dell'abitazione della casa familiare (comma 42).

forma una seconda famiglia, si impone la necessità di ridimensionare la spettanza e l'entità del mantenimento dovuto alla parte economicamente debole. Ciò in quanto diventa sempre meno sostenibile far riferimento al tenore di vita goduto nel momento in cui la famiglia era unita, e sempre più giusto perseguire il diverso obiettivo di garantire ai nuovi nuclei familiari, formatisi a seguito della separazione e del divorzio, un tenore di vita simile tra loro, in modo da realizzare un'equilibrata ripartizione delle risorse tra la prima famiglia e la seconda famiglia che l'ex coniuge obbligato al pagamento dell'assegno divorzile abbia ricostituito successivamente al divorzio<sup>525</sup>.

Manca, nel nuovo testo di legge, un trattamento successorio organico per il convivente di fatto, il che tradisce, in qualche modo, le attese riposte nel nuovo testo normativo, ed appare in controtendenza rispetto alla recente riforma della filiazione.

Può discutersi sulla "meritevolezza" del convivente rispetto a diritti che discendono da vincoli familiari (e nel lessico del legislatore del 2016, si ricorda, la parola famiglia è bandita dalla legge sulle convivenze) o dal matrimonio; ma certo, da un punto di vista sistematico, si coglie l'incongruenza tra il trattamento di sfavore riservato al convivente, e la pienezza dei diritti riconosciuti al coniuge separato, equiparato al coniuge non separato per effetto della disposizione dell'art. 585 cod. civ., nonché del coniuge separato con addebito e del coniuge divorziato, cui sono attribuiti diritti ereditari in forma di assegno a carico dell'eredità.

Resta perciò ancora imprescindibile, su questo fronte, il ricorso all'istituto testamentario per trasmettere diritti patrimoniali mortis causa al convivente, e sempre, ovviamente, nei limiti della quota disponibile; potrà allora aversi il paradosso del testatore che debba limitare le attribuzioni al proprio convivente al fine di assicurare i diritti di legittima al coniuge separato. In questo, la disciplina appare ancora fortemente "matrimonio-centrica", e non in linea con le sbandierate finalità della legge, che mirava a dare tutela e diritti ad un rapporto stabile e duraturo (cosa che non sembra poter essere il

---

<sup>525</sup> Il "diritto a riformare una famiglia", successivamente alla crisi del matrimonio, è stato evocato da Cass. Civ., sentenza 19 marzo 2014, n. 6289, in *Fam. e dir.*, 2015, 470, con nota di BUZZELLI; in dottrina v. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1043.

matrimonio giunto alla fase della separazione).

Al di là del già affrontato tema abitativo, la materia *lato sensu* successoria è interessata da un'altra disposizione (comma 49), ma sempre in una prospettiva specifica: il riferimento va al caso di decesso del convivente di fatto derivante da fatto illecito di un terzo, stabilendosi il principio per il quale, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite, vanno applicati "i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite".

Il legislatore si limita a codificare il solo caso della morte del convivente, tralasciando i casi di lesioni gravi, magari invalidanti, che possono turbare a fondo la vita della famiglia, tanto sul piano esistenziale, quanto su quello economico.

Inoltre, si fa riferimento genericamente al "risarcimento del danno", senza preoccuparsi di distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, credendo di rifarsi alla giurisprudenza consolidata, ma ignorando che le regole giurisprudenziali in materia sono diverse: come si è evidenziato nel capitolo precedente, mentre il risarcimento del danno non patrimoniale non richiede che la dimostrazione del legame tra il convivente superstite e quello defunto o leso, il risarcimento del danno patrimoniale, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, può riconoscersi a patto che il ricorrente dimostri che la convivenza era l'effettiva fonte del suo mantenimento. Tale prova deve, in ragione della norma in commento, ritenersi non più richiesta, dato che per i coniugi il mantenimento reciproco è dovuto *ex art. 143 cod. civ.* È questa, verosimilmente, la vera finalità di una norma, che perciò poteva scriversi sicuramente in maniera più intellegibile.

#### 6.3.3.3 Il contratto di convivenza. Rinvio.

Il contratto di convivenza, come delineato dalla l. 76/2016, sarà oggetto di trattazione nel prossimo capitolo III.



## CAPITOLO II

### IL CONTRATTO NELLA FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Dallo *status* al contratto: cambiamenti *in itinere* nella dottrina e nella giurisprudenza 2. Solidarietà post-coniugale, autodeterminazione ed autosufficienza. 3. Gli accordi tra coniugi in sede giudiziaria. 3.1 Oggetto. 3.2 Causa. 3.3 Forma. 3.4 Effetti.

1. Dallo *status* al contratto: cambiamenti *in itinere* nella dottrina e nella giurisprudenza.

Quello di contratto e famiglia è un accostamento che può ancora apparire ardito, per lo meno per chi ancora si collochi nell'ottica "tradizionale" che, sulla base di perduranti echi della concezione istituzionale della famiglia, enfatizza in questa materia gli aspetti d'ordine pubblico, le regole inderogabili e la tutela del soggetto "debole"; aspetti la cui centralità è ancora affermata da parte della dottrina<sup>1</sup>, ed addirittura estremizzata in taluni filoni giurisprudenziali.

Rimanendo su di un piano generale e terminologico, si nota la propensione dello stesso codice civile ad evitare il più possibile l'uso della parola "contratto" in materia di rapporti di famiglia. La parola, di fatto, compare nel solo art. 162, comma quarto cod. civ., nonché nell'art. 166, all'interno della locuzione "contratto di matrimonio", al punto da dare l'impressione che l'impiego dell'espressione nelle norme ricordate sia il frutto di una svista del legislatore, dal momento che la patrimonialità assurge ad elemento necessario

---

<sup>1</sup> BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303 e ss.; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 43 e ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali, Artt. 159-166-bis*, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, 2004, 31 e ss., 95 e ss., 288 e ss., 324 e ss.; ID., *Gli "effetti inderogabili del matrimonio" (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 569 e ss.; QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 1 e ss., 14 e ss.; per ragguagli sulle posizioni di tali Autori, cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 127 e ss., 147 e ss., 242 e ss.).

del contratto, ai sensi dell'art. 1321 cod. civ..

Ma, come osserva autorevole dottrina<sup>2</sup>, una visione liberale e moderna del diritto non dovrebbe limitare aprioristicamente l'attività negoziale, ove con tale espressione si intende la possibilità dei consociati di concludere tra essi negozi giuridici atti a disciplinare determinati aspetti, personali e/o patrimoniali, della vita, anche coniugale.

Questa idea è stata fatta propria dalla stessa Corte di Cassazione, che, giudicando di separazione consensuale dei coniugi, ammetteva che proprio in ordine alla separazione personale dei coniugi si constata una significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia<sup>3</sup>. Il concetto di attività negoziale viene dunque sostanzialmente a coincidere con quello di "autonomia (o libertà) privata", intesa appunto come indicativa del potere, attribuito dall'ordinamento ai consociati, di autodeterminare ed autoregolamentare i propri interessi<sup>4</sup>, analogamente a quanto accade in campo patrimoniale, ove la negozialità viene a collimare con quella "autonomia (o libertà) contrattuale", cui fa riferimento la rubrica dell'art. 1322 c.c.<sup>5</sup>.

Al di là di queste considerazioni generali, l'emersione della negozialità all'interno

---

<sup>2</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 38 e ss.; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 1982, 3, 125 e ss.; ID., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 1996, 3, 135-138 e sub nota 12; ZATTI - MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, 1983, 382; GALGANO, *Il negozio giuridico*, 1988, 491; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, 1992, 28; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 434.

<sup>3</sup> Cass. Civ., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, 213 e ss., con nota di SALA; Cass. Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro It.*, 1995, 2984; Cass. Civ., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. Giur.*, 2004, 309 e ss., con nota di OBERTO; Cass. Civ., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, 150, con nota di OBERTO.

<sup>4</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, 1950, 38-41; sull'autonomia privata v. inoltre, tra i tanti, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, 14 e ss.; PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 366 e ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1975, 267 e ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile* a cura di magistrati e docenti, 1980, 27 e ss.; CARRESI, *Il contratto*, I, 1987, 97 e ss., 321 e ss.; SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, 1987, 517 e ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 43 e ss.; BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 487 e ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 129 e ss.; contra, nel senso della indisponibilità degli interessi in gioco, DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, 1997, 7.

<sup>5</sup> Come osserva OBERTO, *ibidem*, l'equivalenza tra le espressioni "autonomia privata" e "autonomia contrattuale" è già riscontrabile nella stessa Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice (n. 603), che parla di "autonomia privata" proprio con riferimento all'art. 1322; contra, isolato in dottrina, CARRESI, *Il contratto*, cit., 98.

della famiglia va di pari passo, come è logico, con il tramonto della concezione della famiglia come istituzione, di cui si è già detto *supra*, in ordine alla conquista della rilevanza giuridica della convivenza.

Erano gli anni Sessanta, anni in cui insigne dottrina<sup>6</sup> giunse a teorizzare il “negozi giuridico familiare” quale istituto di carattere unitario, espressione dell'autonomia privata, ancorché caratterizzata da un livello di libertà ridotto rispetto a quello usualmente presente in materia contrattuale<sup>7</sup>.

Ma l'idea si scontrava con la codificazione del 1942, la quale aveva fondato la distinzione tra il contratto e gli altri negozi giuridici bilaterali proprio sul carattere patrimoniale dei primi, collocandosi nel solco di un'antica tradizione, che ravvisava nel contratto la fonte tipica e principale delle obbligazioni o, secondo una più evoluta qualificazione, dei rapporti giuridici che si definiscono patrimoniali<sup>8</sup>.

La materia del diritto di famiglia è stata terreno tradizionalmente poco fertile per l'autonomia dei privati, in quanto la posizione e le prerogative del singolo nella famiglia, a differenza di quanto accade all'interno di altri gruppi sociali, prescindono, almeno in gran parte, dagli accordi dei partecipanti della comunità, e dipendono dalla posizione rivestita da ciascuno al suo interno, ossia dallo *status* per il quale la legge prevede una disciplina specifica e spesso inderogabile<sup>9</sup>.

Non è solo, tuttavia, la “sacralità” del diritto di famiglia, ad aver lasciato fuori dai suoi confini l'autonomia privata: a lungo si è dubitato dell'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di regimi patrimoniali atipici, e si registrano tuttora nette divergenze di opinioni sulla configurabilità di questa esplicazione dell'autonomia privata<sup>10</sup>. Autorevole

---

<sup>6</sup> SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, 1961, 381 e ss.. Il pensiero del giurista è ripreso da OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 113 e ss., e ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 213 e ss.

<sup>7</sup> SANTORO-PASSARELLI, *ibidem*.

<sup>8</sup> SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, 1970, 16 e ss.; *contra* GANGI, *Il matrimonio*, 1969, 29 e ss., che riconduce i negozi giuridici familiari ad un concetto più ampio e generale di contratto, conforme al concetto tradizionale, da cui sarebbe assente il requisito della patrimonialità.

<sup>9</sup> RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 e ss., e in particolare 212.

<sup>10</sup> PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, a cura di Anelli e Sesta, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, 2, III, 2012, 11 e ss.

dottrina<sup>11</sup> argomenta nel senso che una base testuale certa per sostenere la tesi favorevole possa rinvenirsi più nell'art. 161 cod. civ. (seppur, si aggiunge, in combinato disposto con i limiti posti dall'art. 210 cod. civ.) che nell'art. 1322 cod. civ. A mente del citato art. 161 cod. civ., i coniugi, per "pattuire (...) i loro rapporti patrimoniali", possono anche far riferimento a norme ed usi di diritto straniero, purché enuncino "in modo concreto il contenuto dei patti". È quindi vietato il mero rinvio al regime straniero, ma non l'inserimento, nella convenzione, delle regole di quest'ultimo, e già per tale motivo, si dovrebbero ritenere ammissibili convenzioni matrimoniali atipiche.

Storicamente, la *ratio* dell'art. 161 cod. civ. si ravvisava nell'esigenza di evitare che rivivessero le consuetudini locali, combattute dal *Code Napoleon*, attraverso un mero rinvio che avrebbe reso molto semplice riferirsi ad esse, mentre si voleva comunque lasciare ai coniugi la possibilità di esplicazione dell'autonomia negoziale. La stessa situazione e una norma analoga si ritrovano nell'ordinamento tedesco, dove, tuttavia, la prassi notarile segnala un ridotto uso di questa forma di esplicazione dell'autonomia contrattuale<sup>12</sup>: considerazioni valide certamente anche per descrivere la prassi italiana.

La diffidenza dei legislatori per l'atipicità dei regimi patrimoniali della famiglia ha spinto, in alcuni ordinamenti europei, verso l'impiego di contratti matrimoniali dal contenuto più ampio e complesso rispetto alle convenzioni disciplinate dal codice civile, soprattutto perché aventi ad oggetto le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del matrimonio. Del resto, è notorio che l'emotività che accompagna il matrimonio, tenda a non far considerare le relevantissime conseguenze della sua eventuale rottura, al punto da escludere anche la sola valutazione della scelta del regime patrimoniale separatista, e ciò in quanto il rifiuto del regime legale della comunione viene generalmente avvertito come un gesto di sfiducia reciproca; ciò, nonostante la saggezza popolare ricordi che prevenire è meglio che curare<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> PATTI, *Obblighi di mantenimento dopo la separazione e il divorzio*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, 2015, 250.

<sup>12</sup> *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, a cura di Anelli e Sesta, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, 2, III, 2012, 14 e ss.

<sup>13</sup> In argomento, deve farsi inoltre menzione dell'istituto, noto agli ordinamenti tedesco e svizzero, del cd. contratto successorio. Con tale contratto, ci si spoglia del diritto di disporre per testamento dei beni oggetto del medesimo, ma non del diritto di disporre degli stessi per atto tra vivi (V. l'art. 494 del codice



Sebbene le premesse inducano a ritenere il negozio familiare destinato a permanere inesorabilmente alternativo rispetto a quello contrattuale, le successive vicende dottrinali e giurisprudenziali hanno evidenziato l'opposto, ossia l'avvicinamento del negozio familiare agli istituti del diritto dei contratti.

L'autonomia dei privati all'interno della comunità familiare trovò i suoi ulteriori sviluppi attraverso alcuni interventi della Corte costituzionale, e in alcune importanti scelte del legislatore: l'introduzione del divorzio e la riforma del diritto di famiglia del 1975.

Per quanto attiene alle decisioni della Consulta, l'abolizione del divieto di donazioni tra coniugi<sup>14</sup> ha chiaramente avuto un forte impatto sistematico. Come rilevato in dottrina, l'abrogazione del divieto ha reso legittima qualsiasi attività negoziale tra coniugi. Anzi, l'*affectio familiaris*, quale presupposto logico sul quale si sorreggono i negozi tra i coniugi, si è elevata da mero motivo a causa privilegiata di atti di attribuzione patrimoniale, in quanto il negozio tra coniugi è funzionalizzato, almeno in teoria, ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona<sup>15</sup>.

A *latere* di questa determinante decisione della Corte costituzionale possono poi ricordarsi quelle nelle quali la Corte stessa ha ricondotto, almeno tendenzialmente, le

---

civile svizzero: "1. Il disponente può obbligarsi, mediante contratto successorio, a lasciare la sua successione od un legato alla controparte o ad un terzo. 2. Egli conserva la libera disposizione del suo patrimonio. 3. *omissis*". V. inoltre DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, 1976, 201 e ss.) si tratta perciò di uno strumento che, pur senza annientare il diritto di disporre del titolare di un diritto, si dimostra una valida e differente alternativa al testamento come strumento di organizzazione patrimoniale tra i coniugi, se stipulato in occasione delle nozze ed in previsione della rottura traumatica del matrimonio (sulla sempre più avvertita esigenza di mitigare il rigore dell'art. 458 cod. civ., ancor più di quanto non si sia fatto in occasione dell'introduzione nell'ordinamento dell'istituto del patto di famiglia, v. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, 2012, 16 e ss.; ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5 e ss.; CACCAVALE - TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 74; IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. Notar.*, 1997, 1371 e ss.; DOGLIOTTI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e patti successori*, in *Fam. dir.*, 1998, 293 e ss.; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 312).

<sup>14</sup> Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Il punto è giustamente enfatizzato anche da DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 12, 182 e ss., e da ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 215.

<sup>15</sup> DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 12, 182 e ss.; SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 334.

convenzioni matrimoniali al campo contrattuale<sup>16</sup>, e quelle in cui ha esteso alla separazione consensuale alcune disposizioni dettate con riguardo alla separazione giudiziale<sup>17</sup>.

Venendo all'attività del legislatore, la riforma del diritto di famiglia, come già si è avuto modo di vedere nel precedente capitolo I, ha inteso smantellare la famiglia “verticale”, a favore di una famiglia meno istituzionalizzata, nella quale l'accordo e il consenso dei coniugi ha preso il posto dell'autorità maritale<sup>18</sup>. Depongono in questo senso, i testi riformati degli artt. 144 (regola dell'accordo circa la determinazione dell'indirizzo concordato, definita anche in dottrina come “regola del regime consensuale

---

<sup>16</sup> OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 147 e ss.

<sup>17</sup> Corte cost., 31 maggio 1983, n. 144, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 5, su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 186, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 6 luglio 1994, n. 278, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>18</sup> CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 47 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, 1977, 221 e ss.; ZATTI - MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, cit., 382; E. RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, 1983, 221 e ss.; ID., *Negozi familiari e procedimenti giudiziali attributivi di efficacia*, Nota a Trib. Prato, 25 ottobre 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 1056 e ss.; ID., *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, 1983, 45 e ss.; ID., *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti “matrimoniali” di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam.*, 1989, 1081; D'ANNA, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, nota a Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Riv. notar.*, 1984, II, 595; P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 1988, 602 e ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., 28; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, 1995, 35 e ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 1995, 7; RESCIGNO, *I rapporti personali fra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, 1995, 33 e ss.; BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, 2; QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Famiglia*, 2005, 229 e ss.; ZATTI, *Famiglia, familiae – Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 9 e ss., 28 e ss.; ALPA - FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, 1989, 505 e ss.; TRABUCCHI, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it., App.*, IV, 1983, 1189; BIANCA, *Commento all'art. 117*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 106; PIETROBON, *Note introduttive agli artt. 17 e 18 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 138, il quale osserva paradigmaticamente come si sia assistito “all'attribuzione di una maggiore, o più chiara, valutazione del consenso (fatto individuale) rispetto alla celebrazione (fatto sociale): basti ricordare la più ampia portata attribuita all'errore, alla rilevanza del timore e alla simulazione”; nello stesso senso, v. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 217.

permanente<sup>19</sup>)<sup>20</sup> e 143 comma terzo (dovere di contribuzione, in combinato disposto con l'art. 160 cod. civ.)<sup>21</sup> cod. civ., la già ricordata natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali, e il principio secondo cui l'amministrazione dei beni sottoposti al regime legale è rimessa, per gli atti più rilevanti, all'accordo dei coniugi (art. 180 cod. civ.)<sup>22</sup>.

Ancor più evidenti sul piano sistematico sono gli effetti dell'introduzione del divorzio<sup>23</sup>. Basterebbe all'uopo considerare che l'indissolubilità del vincolo, se da un lato fungeva da argomentazione per difendere la funzione istituzionale della famiglia, e dunque la sua sottrazione all'autonomia privata, dall'altro era argomentazione per dimostrare l'impossibilità di ricondurre il matrimonio e gli altri istituti familiari al concetto di atto di manifestazione di volontà. Argomenti che con l'introduzione del divorzio perdevano inevitabilmente quota e credito.

Ed ancora, la cessazione degli effetti civili del matrimonio imponeva di considerare concepibile la successione di differenti famiglie nel tempo, facenti capo agli stessi individui, con un conseguente intreccio di rapporti che inevitabilmente conducevano fuori

---

<sup>19</sup> Corsivo di FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 614.

<sup>20</sup> Per il carattere negoziale di tale intesa si esprimono SANTORO-PASSARELLI, *Note introduttive agli articoli 24-28 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 241; ZATTI - MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, cit., 380; PARADISO, *La comunità familiare*, cit., 177 e ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 491; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi*. I) *Disciplina sostanziale*, cit., 28; DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, Nota a Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 563; ID., *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 76; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, 1996, cit., 32 e ss., 80 e ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 217, 311 e ss.; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., 443 e ss.. *Contra*, CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, cit., 48, per il quale non sempre e non necessariamente le parti avranno l'intento di perseguire la produzione di effetti giuridici, ma, più genericamente e ampiamente, l'impostazione della propria vita coniugale; nello stesso senso anche FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., 142; PINO, *Il diritto di famiglia*, 1977, 92; VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, cit., 337 e ss.; COSTANZA, *Il governo della famiglia nella legge di riforma*, in *Dir. fam. Pers.*, 1976, 1890, per cui l'accordo appare un istituto di diritto familiare che sfugge all'inquadramento entro un rigido schema.

<sup>21</sup> MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in generale*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, 1989, 1012 e ss.; FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. Civ.*, 1977, I, 609 e ss., 614 e ss..

<sup>22</sup> OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 187 e ss.

<sup>23</sup> Sulla cui importanza nella contrattualizzazione del diritto di famiglia insiste particolarmente (non a torto) LIPARI, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, 1996, 8.

da una regolazione imperativa di legge, che si rilevava d'un tratto una coperta troppo corta<sup>24</sup>.

A conferma della bontà di queste impressioni, la riforma dell'istituto divorzile, varata nel 1987, ha introdotto il divorzio su domanda congiunta, del cui carattere prettamente negoziale (se non altro per quanto attiene alla regolamentazione delle relative condizioni e degli effetti) non pare lecito dubitare<sup>25</sup>.

È proprio il versante della crisi della famiglia quello che offre maggiori spunti di riflessione sul tema: si pensi solo, per esemplificare, all'accordo alla base della corresponsione *una tantum* dell'assegno<sup>26</sup>, alla separazione personale consensuale, e segnatamente, all'intesa posta a fondamento del ricorso su domanda congiunta. Appare chiaro ai più che il fondamento di una siffatta pattuizione, pur in assenza di rinvii normativi certi, è da rinvenirsi nell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), essendo palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti di dare ed avere che necessariamente si pongono all'esito del consorzio familiare<sup>27</sup>. La stessa Corte di Cassazione richiama sovente la regola dell'autonomia negoziale nelle materie legate ai rapporti tra coniugi in crisi<sup>28</sup>.

All'indomani di questi importanti mutamenti sistemici, la stessa dottrina contrattualistica affermò che necessità pratiche e progresso civile esigessero una valutazione di questi patti regolatori di rapporti di famiglia in chiave negoziale, e proiettando questa visione sul futuro, ipotizzò l'impiego di *pacta* per regolare la dissoluzione del matrimonio, il governo della famiglia, il cognome dei coniugi<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 70.

<sup>25</sup> OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 233 e ss.).

<sup>26</sup> BIANCA, *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, 1981, 18.

<sup>27</sup> Così, significativamente, un autorevole fautore della teoria della autonomia della famiglia rispetto all'ordinamento: JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 530.

<sup>28</sup> Cass. Civ., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Corr. giur.*, 1991, 891, con nota di CAVALLO; Cass. Civ., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, 213 e ss., con nota di SALA; Cass. Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro It.*, 1995, 2984; Cass. Civ., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Riv. notar.*, 1995, II, 953; Cass. Civ., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. Giur.*, 2004, 309 e ss., con nota di OBERTO; Cass. Civ., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, 150, con nota di OBERTO.

<sup>29</sup> SACCO, *Il contratto*, 1975, 493 e ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1975, 274.

Nel corso degli ultimi anni il richiamo alle regole in tema di autonomia contrattuale si è fatto sempre più frequente: autorevole dottrina constatata ormai pacificamente che la “collocazione” familiare di certi accordi tra i coniugi (in crisi), nei quali tra le parti si convenga l’attribuzione di diritti e l’assunzione di obblighi di natura patrimoniale, non presenta contraddizioni con la definizione dell’art. 1321 cod. civ.<sup>30</sup>.

Allo stesso modo, la giurisprudenza di legittimità rinvia, espressamente e senza

---

<sup>30</sup> RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, 1988, 10; E. RUSSO, *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti “matrimoniali” di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l’applicazione dell’Accordo 18.2.1984 tra l’Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1980, 1092; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, Nota a Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1326; L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, 1991, 1160 e ss.; BUSNELLI - GIUSTI, *Le sort des biens et la pension alimentaire dans le divorce sans faute*, in *Rapports nationaux italiens au XIV<sup>e</sup> Congrès International de Droit Comparé*, 1994, 93 e ss.; CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 378 e ss., 406 e ss.; EAD., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, 1999, 89 e ss.; DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 56 e ss., 63 e ss.; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1106 e ss.; PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, 2001, *passim*, 30 e ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, 1999; ID., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 155 e ss.; ID., *Prestazioni “una tantum” e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, 2000; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, 2001; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 43 e ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997; COMPORTE, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 105 ss.; CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, Nota a Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Fam. Dir.*, 1994, 141 e ss.; TRABUCCHI, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it., App.*, IV, 1983, 510 e ss.; MARTI, *Accordi non omologati tra coniugi separati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, 71; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, nota a Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1326, 1319 e ss.; L. GIORGIANNI, *Sui patti aggiunti alla separazione consensuale e sulla famiglia di fatto*, Nota a Trib. Genova, 2 giugno 1990, in *Giur. Mer.*, 1992, 60 e ss.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. Dir.*, 1994, 104 e ss.; ID., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, 1996, 12 e ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 1995, 9 e ss.; SCARDULLA, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, 1996, 363 e ss.; BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, 1 e ss.; DONISI, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, 1997, 5 e ss.; FEDERICO, *Accordi di divorzio nel procedimento a domanda congiunta*, *ivi*, 91 e ss.; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, 1997, 83 e ss.; ID., *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 229 e ss.; D’ANNA, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, nota a Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Riv. notar.*, 1984, II, 593 e ss.; PARADISO, *La comunità familiare*, 1984, 182 e ss.; A. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1659 e ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, 1988, 487 e ss.; POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. Giur.*, 1988, 107 e ss.; ALPA - FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono*

remore, al principio della libertà contrattuale consacrato dall'art. 1322 cod. civ. quando deve pronunciarsi sulla natura e sulla validità degli accordi preventivi<sup>31</sup> tra coniugi in materia di conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio<sup>32</sup>, mentre espliciti o impliciti riferimenti all'autonomia contrattuale punteggiano tutta o quasi la complessa vicenda in tema di trasferimenti immobiliari e mobiliari in sede di separazione personale tra coniugi<sup>33</sup>, fino alle decisioni nelle quali la Suprema Corte afferma non solo la legittimità e l'efficacia reale dei trasferimenti operati nello stesso accordo di separazione, ma anche la trascrivibilità del verbale giudiziale di omologazione nei pubblici registri immobiliari<sup>34</sup>.

---

*modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, 505 e ss.; ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, 1998, 19 e ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 277 e ss. Già prima della riforma del diritto di famiglia, il tema era stato indagato da FERRI, *L'autonomia privata*, 1959, 285 e ss.; BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 782 e ss.; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, 1972, 189 e ss.; LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 474 e ss..

<sup>31</sup> E, coerentemente, vengono ricondotti nell'alveo della negoziabilità familiare meritevole di tutela ex art. 1322 cod. civ. anche gli accordi non omologati con i quali i coniugi modificano le precedenti intese, anche quando contratti in presenza di figli minori, a conferma ulteriore dell'espansione della sfera dell'autonomia privata, anche al di là dei negozi familiari caratterizzati dalla patrimonialità: sul punto, v. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 236 e ss., nonché *infra*, par. di questo capitolo.

<sup>32</sup> Cass. Civ., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Contratti*, 1993, 140, con nota di MORETTI.

<sup>33</sup> Cass. civ., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. Pers.*, 1984, 922: "Sotto il profilo della meritevolezza degli interessi alla cui realizzazione il negozio era preordinato si individua la causa di quest'ultimo nell'attuazione [di] un'obbligazione di mantenimento avente causa lecita (...). La meritevolezza di tutela, ex art. 1322, viene affermata sulla base della constatazione che l'accordo opera una equiparazione fra l'interesse perseguito dalle parti e quello che, nell'ambito dei rapporti patrimoniali nascenti dal matrimonio, è previsto e tutelato espressamente dal Legislatore con apposite norme dirette a proteggere la posizione del coniuge meno abbiente (...) essendo inconcepibile sul piano logico-giuridico che lo stesso interesse riceva protezione quando sia previsto dal Legislatore e non anche quando sia ricollegato all'autonomia privata"; Cass. Civ., 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1974, I, 173, con nota di BERGAMINI. *Contra* in dottrina, tra gli altri, LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 475 e ss., il quale sostiene l'idea dell'immanenza del ruolo del giudice nei rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi.

<sup>34</sup> Secondo l'opinione avanzata da OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 1995, 155 e ss.; ID., *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, 2000, 85 e ss. Tale opinione, come si vedrà *infra*, par. di questo capitolo, non è contestata sulla base di ragioni assorbenti, ma è contraria alla prassi, ove si è sviluppata una procedura cd. "bifasica", nella quale il contenuto negoziale dell'accordo omologato è ripetuto in un atto pubblico notarile nel quale sia fatta l'*expressio causae* del trasferimento immobiliare. Tale prassi è considerata più protettiva degli interessi delle parti, con espresso riferimento alla certezza del trasferimento immobiliare e del rispetto degli obblighi delle parti relativi agli atti traslativi della proprietà o traslativo-constitutivi di diritti reale limitati.

L'estensione della disciplina contrattuale ai negozi familiari ha poi portato la giurisprudenza ad affermare, per esempio, l'applicabilità dei principi in tema di formazione del consenso contenuti agli artt. 1326-1328 cod. civ.<sup>35</sup> all'accordo di riconciliazione; dell'art. 1371 cod. civ. ad una "convenzione accessoria alla sentenza di divorzio"<sup>36</sup>; degli artt. 1362 e ss. cod. civ. per l'interpretazione delle clausole di pattuizioni *a latere* rispetto all'accordo di separazione omologato<sup>37</sup>, ed anche, addirittura, degli accordi preparatori di quest'ultimo<sup>38</sup>; delle norme in tema di simulazione<sup>39</sup> e di vizi del consenso<sup>40</sup>.

In conclusione di questo ridotto *excursus*, e seppur con le dovute cautele, sembra potersi affermare che il segnalato passaggio, nel diritto patrimoniale della famiglia, dallo *status* al contratto<sup>41</sup>, non si sia fermato ai suoi albori, ma che invece sia ancora in corso, e che, se per un verso continua a consolidarsi, per altro verso, spinge lentamente, ma inesorabilmente, i suoi confini: parafrasando un illustre autore<sup>42</sup>, si può ritenere

---

<sup>35</sup> Cass. Civ., 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1233.

<sup>36</sup> Cass. Civ., 14 luglio 2003, n. 10978, in *Rep. Foro It.*, 1993, voce *Matrimonio*, n. 155.

<sup>37</sup> Cass. Civ., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1189.

<sup>38</sup> Cass. Civ., 6 febbraio 2009, n. 2997, in *Dir. fam.*, 2009, 1147. Nella specie la Corte ha rilevato che lo scopo dell'accordo era quello di regolare i rapporti economici più importanti della coppia, prima di rivolgersi al giudice della separazione, eliminando così le controversie su questioni non strettamente attinenti alla fine dell'unione, ivi compresa la definizione dei rapporti economici con i figli maggiorenni. La Corte, in breve, ha escluso che la separazione consensuale costituisse condizione esplicita o implicita della scrittura privata

<sup>39</sup> Cass. Civ., 5 marzo 2001, n. 3149. Sul complesso tema della simulazione nella separazione v. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, Nota a Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 774 e ss.; ID., *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, Nota a Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. Giur.*, 2004, 309 e ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 290 e ss.; DANОВИ, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, Nota a App. Bologna, 7 maggio 2000, in *Riv. dir. Proc.*, 2001, 284 e ss.; ID., *E' davvero rilevante (e inattaccabile) la simulazione della separazione?*, Nota a Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Dir. fam. Pers.*, 2005, 462 e ss.; BARBIERA, *Il matrimonio*, 2006, 333.

<sup>40</sup> Cass. civ., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, 508, con nota di PAGNI; Cass. Civ., 29 marzo 2005, n. 6625, in *Giust. civ.*, 2006, I, 933; Cass. Civ., 10 gennaio 2007, n. 235, in *Contratti*, 2007, 12, 1053; Cass. Civ., 27 novembre 2007, n. 24321, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 1198; Cass. Civ., 20 marzo 2008, n. 7450, in *Guida al dir.*, 2008, 19, 35; Cass. Civ., 30 aprile 2008, n. 10932, in *Fam. Dir.*, 2008, 1117, con nota di ARCERI. In dottrina, il tema è ampiamente sviluppato da OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 234 e ss.; ID., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, in *Fam. dir.*, 2000, 88 e ss.; BASINI, *L'annullabilità della separazione consensuale omologata per vizi del consenso*, Nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Famiglia*, 2005, II, 382 e ss..

<sup>41</sup> PATTI, *Obblighi di mantenimento dopo la separazione e il divorzio*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, 2015, 250; OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 265 e ss.; Cass. Civ., 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, 459.

<sup>42</sup> JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, 1957, riportato in *Verso la terra dei figli*, a cura di Mercadante e Giuffrè,

l'autonomia privata come la marea che, centimetro dopo centimetro, sta inghiottendo il diritto di famiglia tradizionale, smontandone le istituzioni, anche quelle che potevano ritenersi basate sul diritto naturale: l'unicità dello status di figlio, l'adozione da parte di una sola persona, il diritto del minore di essere ascoltato, il divorzio "accelerato", sono già realtà dell'oggi; maternità surrogata, omogenitorialità, poligamia, transessualismo, e altro ancora, sono già ben entro l'orizzonte, e promettono nuove storie ed altrettante rivoluzioni.

## 2. Solidarietà post-coniugale, autodeterminazione ed autosufficienza.

Sotto un altro profilo, autorevole dottrina<sup>43</sup> ritiene inoltre che alla base della progressiva "contrattualizzazione" del diritto di famiglia vi sia, o vi debba essere, il superamento della cd. solidarietà post-coniugale, un tempo accolta anche in altri ordinamenti europei, ed ivi in gran parte superata, a vantaggio del principio dell'autodeterminazione, consistente nella possibilità che siano i coniugi a trovare un accordo "tombale" (ossia non soggetto alla clausola cd. *rebus sic stantibus*) sulla durata, la misura e le modalità di sostegno economico tra i coniugi a seguito del divorzio); ovvero, nella visione più estrema, alla solidarietà post-coniugale, dovrebbe sostituirsi il principio dell'autosufficienza, tale per cui, pronunciato il divorzio, ognuno degli ex-coniugi "vada per la propria strada", con i mezzi economici che gli sono propri, senza che nulla possa aversi da quello che è a tutti gli effetti un "capitolo chiuso" della propria esistenza. Il tramonto della solidarietà post-coniugale, si argomenta<sup>44</sup>, non è fantascienza, ma è tangibile nelle scelte legislative dei legislatori del nord Europa, nonché di quello francese e di quello tedesco, dove, non a caso, un ruolo centrale nella crisi della famiglia, sia stato attribuito, o si propone di assegnare, al notaio<sup>45</sup>, in luogo del giudice.

1994, 69: l'Autore definì la famiglia come "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto".

<sup>43</sup> PATTI, *Obblighi di mantenimento dopo la separazione e il divorzio*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, 2015, 249; ID., *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Familia*, 2005, 337 e ss.

<sup>44</sup> PATTI, *op. loc. Ult. cit.*.

<sup>45</sup> PATTI, *La nuova legge francese sul divorzio e il ruolo del notaio*, in *Familia*, 2008, 3 e ss.



Una simile prospettiva non può apprezzarsi e condividersi se non si accetti di mutare il punto di vista sul divorzio, che non dovrebbe più considerarsi “novecentescamente” come un evento critico, un “fallimento”, ma in chiave “contemporanea” quale mera evenienza della vita, da accettare e gestire con serenità, e dalla quale uscire contando sulle proprie forze e risorse, senza sperare in aiuti provenienti dalla pagina che si è voltata: una delle finalità della riforma francese<sup>46</sup> è per l'appunto la *dédramatisation* del divorzio. Lo stesso principio della autosufficienza, estremo opposto della solidarietà post-coniugale, è stato accolto nelle vicine Francia e Germania, dove tra l'altro è previsto l'intervento del notaio per gestire in maniera consensuale la fase della crisi e del conflitto.

L'ordinamento tedesco, in particolare, aveva codificato la solidarietà post-coniugale in maniera del tutto simile a come ha fatto il legislatore italiano, ma oggi ha mutato la propria legislazione, prevedendo l'onere, per il coniuge eventualmente privo di reddito, di iniziare a cercare fonti di sostentamento alternative. L'eventuale assegno divorzile ha inoltre carattere temporaneo, e può riattivarsi solo in ipotesi eccezionali, come grave malattia, handicap dell'ex coniuge o “situazione sfavorevole determinata dal matrimonio”. In ogni caso, l'ammontare dell'assegno non tiene (saggiamente) conto del livello di vita goduto durante il matrimonio<sup>47</sup>, ma serve a soddisfare le normali esigenze di vita. Del resto, l'obbligo di pagare un assegno “a tempo indeterminato” rende difficile, se non impossibile, la costituzione di una nuova famiglia: diritto che, come si è visto *supra*, e come confermato dalla stessa Suprema Corte<sup>48</sup>, è ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nonché dalla Carta europea dei diritti fondamentali.

Il prospettato cambio di visuale sul divorzio, che parte della dottrina auspica in

---

<sup>46</sup> *Loi du 26 mai 2004* n. 2004/439, in vigore dal 1° gennaio 2005.

<sup>47</sup> Si tratta di un contemperamento di interessi di astratto buonsenso, condiviso, nella giurisprudenza italiana, da Cass. Civ., sentenza 28 aprile 2006, n. 9878, in *Guida al dir.*, 2006, 30, 52; Cass., 16 novembre 2005, n. 23071, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11: in tali sentenze si afferma, con ampia dose di buonsenso, che l'obbligo di assicurare il precedente tenore di vita da parte del coniuge beneficiario dell'assegno e della prole costituisce un obiettivo solo tendenziale, e, nell'*id quod plerumque accidit*, del tutto irrealizzabile, dato che, a reddito invariato, i nuclei familiari da mantenere sono raddoppiati.

<sup>48</sup> Cass. Civ. 19 marzo 2014, n. 6289, su *www.personaedanno.it*, con nota di MAZZOTTA.

chiave di modernizzazione dell'ordinamento, è rifiutato, *de facto*, dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione; la quale però, dal canto suo, si attesta sull'estremo opposto, portando ad illogiche e vessatorie conseguenze<sup>49</sup> il condivisibile principio che è alla base della solidarietà post-coniugale: non si può lasciare al singolo l'arbitrio di cancellare, senza lasciar traccia, l'impegno di vita assunto col matrimonio, e non si può abbandonare alla propria sorte chi su tale impegno aveva costruito la propria famiglia e il proprio progetto di vita<sup>50</sup>.

Parrebbe allora potersi affermare che tra la *dedramatisation* assoluta invocata da certa dottrina progressista<sup>51</sup>, e la cieca affermazione della solidarietà post-coniugale applicata anche al di là dalla stessa logica, vi sia uno spazio residuo in cui l'autonomia privata può giocare il proprio ruolo di strumento per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, quali certamente sono quelli di assicurare una ordinata uscita da una situazione che, a dispetto di quanto affermato, è e resta drammatica.

### 3. Gli accordi tra coniugi in sede giudiziaria<sup>52</sup>.

#### 3.1 Oggetto.

Il solo contenuto essenziale dell'accordo di separazione è l'intesa tra i coniugi a vivere separati<sup>53</sup>, con l'obbligo del mutuo rispetto, che va omologata da parte del

---

<sup>49</sup> V. ad es. Cass. Civ., 4 novembre 2010, n. 22501, in *De jure*; Cass. Civ. 24 marzo 2010, n. 7145, in *De jure*; Cass. Civ., 27 maggio 2014, n. 11797, in *Giur. it.*, 2014, 1299.

<sup>50</sup> Così condivisibilmente BIANCA, *Diritto civile, 2, la famiglia*, I, 2014, 298.

<sup>51</sup> PATTI, *Obblighi di mantenimento dopo la separazione e il divorzio*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, 2015, 249; ID., *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Familia*, 2005, 337 e ss.

<sup>52</sup> Per ragioni di ordine logico, si omette la trattazione analitica dei pur relevantissimi accordi relativi all'assegnazione della casa familiare, disciplinata dall'art. 337-*sexies* cod. civ. (per i quali si rinvia a CONTIERO, *L'assegnazione della casa familiare*, 2014), gli accordi in sede di divorzio in merito all'attribuzione dell'assegno divorzile *una tantum* (ed il problema dell'ammissibilità o meno della liquidazione in unica soluzione dell'assegno di mantenimento con gli accordi stipulati in sede di separazione), e gli accordi di separazione e di divorzio relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli (per i quali si rinvia a NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 269-274).

<sup>53</sup> BIANCA, *Diritto civile, 5, 2.1, La famiglia*, 2014, 256, per il quale la causa dell'accordo di separazione, quale negozio giuridico bilaterale, deve ravvisarsi "nell'interesse dei coniugi a realizzare un progetto di vita

Tribunale. Si tratta di un contenuto adatto al caso più essenziale: coniugi senza figli, comproprietari della casa coniugale, entrambi economicamente autosufficienti, che non abbiano quindi interesse a richiedere l'uno nei confronti dell'altro un assegno di mantenimento.

Tuttavia, la dottrina prevalente<sup>54</sup>, seguita dalla giurisprudenza di legittimità<sup>55</sup>, tende a considerare ugualmente come accordi di separazione quelli destinati ad integrare il contenuto solo eventualmente necessario degli accordi medesimi, attinente alla disciplina dell'affidamento dei figli minori, se esistenti, e del loro mantenimento (art. 337-ter cod. civ.) e di quello dei figli maggiorenni, se conviventi con i genitori e privi di autosufficienza economica (art. 337-septies cod. civ.), all'assegnazione della casa familiare in funzione del preminente interesse della prole (art. 337-sexies cod. civ.), ed alla previsione di assegno di mantenimento in favore del coniuge che non abbia adeguati redditi propri (art. 156 cod. civ.).

L'esito comune al quale pervengono le tesi riportate è quello volto ad escludere l'accordo di separazione dalla categoria dei contratti; nel primo caso in ragione del presupposto che "esso ha ad oggetto la sospensione del rapporto di matrimonio, che non è un rapporto giuridico patrimoniale<sup>56</sup>", nel secondo perché l'accordo di separazione, pur considerato nella sua globalità, ugualmente non è qualificabile come contratto perché l'elemento portante dello stesso, cioè la decisione dei coniugi di vivere separati, non è sussumibile nel modello legale previsto dall'art. 1321 cod. civ., difettando pur sempre in esso l'elemento della patrimonialità<sup>57</sup>, ed essendo connotati anche gli accordi relativi

---

svincolato dai doveri matrimoniali della convivenza e della fedeltà".

<sup>54</sup> La distinzione tra contenuto necessario ed eventuale della separazione risale a FALZEA, *La separazione personale*, 1943, 99, il quale ricomprende però nel contenuto necessario anche i patti relativi al mantenimento del coniuge, all'assegnazione della casa familiare ed al mantenimento dei figli. L'insegnamento dell'illustre Autore è richiamato, anche con riferimento alla distinzione tra pattuizioni che hanno "causa" nella vita separata ed accordi che hanno solo "occasione" nella vita separata, da FERRANDO, *Art. 158 - separazione consensuale*, in *Della famiglia*, a cura di Balestra, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, 2010, 869-926, e in particolare 876-877. V. inoltre CECCHERINI - GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi ed autonomia privata*, 2013, 197 e ss..

<sup>55</sup> Per tutte v. Cass. Civ., 22 novembre 2007, n. 24321, in *Fam. e dir.*, 2008, 446 e ss.

<sup>56</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 5, 2.1, *La famiglia*, 2014, 446 e ss.

<sup>57</sup> FIGONE, *Sull'annullamento del verbale di separazione consensuale per incapacità naturale*, in *Fam. e dir.*, 1997, 441 e ss.

all'affidamento e mantenimento dei figli, al mantenimento del coniuge debole ed all'assegnazione della casa familiare da un preminente rilievo dell'interesse personale.

Ciò induce a distinguere dagli accordi di separazione propriamente detti quelli, stipulati "in occasione" della separazione, questi ultimi volti specificamente alla disciplina delle questioni patrimoniali maturate nel corso della convivenza<sup>58</sup>.

### 3.2 *Causa.*

Quanto al profilo causale degli accordi di separazione, posto che l'ordinamento ha nella causalità del negozio un proprio principio cardine, come è desumibile dal combinato disposto degli artt. 1325 n. 2 e 1418, comma secondo cod. civ., la difficoltà di reperire nel negozio traslativo stipulato in sede di separazione l'elemento causale ha fatto sì che la questione dell'individuazione della causa di detti accordi di separazione sia stata e sia tuttora oggetto di diffuso dibattito in dottrina ed in giurisprudenza<sup>59</sup>.

La Suprema Corte<sup>60</sup> ha da tempo rigettato l'idea dell'esistenza di una *causa donandi* nell'atto traslativo e/o costitutivo di diritto reale immobiliare limitato: ciò in quanto, primariamente, mancherebbe totalmente lo spirito di liberalità in un atto che interviene nel momento di totale mancanza di *affectio* tra i coniugi, e secondariamente, per l'impossibilità di configurare un preliminare di donazione, del quale l'attribuzione costituisca

---

<sup>58</sup> A tale distinzione si richiama espressamente Cass., 22 novembre 2007, n. 24321, cit.; in dottrina, in senso critico relativamente alla prassi di ammettere negli accordi separativi l'ingresso di un'ampia categoria di negozi, al fine di sfruttarne il trattamento fiscale di favore, cfr. ARCERI, *Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1122 e ss..

<sup>59</sup> Considerata l'aderenza marginale rispetto al tema principale della trattazione, sia consentito di rinviare, per una più completa trattazione del tema, a CARICATO, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, *Il diritto di famiglia*, a cura di Auletta, *La crisi familiare*, 4, 2, 2013, 417 e ss.; TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione di accordi di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 2007, 1417 e ss.; MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, *ibidem*, 2000, 317 e ss.

<sup>60</sup> Già Cass. Civ., 12 giugno 1963, n. 1594, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1921 e ss.; Cass. Civ., 27 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 221 e ss., ove con riferimento all'allora vigente divieto di donazione tra coniugi stabilito dall'art. 781 cod. civ., si escludeva che potesse rientrare nella sanzione di nullità prevista dalla citata norma l'attribuzione patrimoniale effettuata dal marito a favore della moglie in esecuzione di un accordo stipulato per regolare i rapporti patrimoniali in regime di separazione consensuale, pur non sussistendo a carico del marito l'obbligo legale del mantenimento; da ultimo, Cass. Civ., 12 aprile 2006, n. 8516, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 375 e ss.

adempimento traslativo<sup>61</sup>.

Per contro la stessa Suprema Corte ha frequentemente fatto riferimento alla funzione transattiva di tali accordi di separazione<sup>62</sup>. A tale ricostruzione è stato obiettato che mancherebbe in detti accordi tra i coniugi l'elemento essenziale delle reciproche concessioni, che viceversa è alla base del contratto di transazione quale disciplinato dall'art. 1965 cod. civ., mentre, quanto all'oggetto, la disciplina dei rapporti patrimoniali derivanti dalla cessazione della convivenza coniugale coinvolgerebbe diritti indisponibili, a ciò conseguendo la nullità dell'atto ai sensi dell'art. 1966, comma secondo cod. civ. Infine, si è posta in rilievo l'incompatibilità dell'efficacia preclusiva del contratto di transazione con la clausola *rebus sic stantibus*, in ragione del disposto dell'ultimo comma dell'art. 156 cod. civ.<sup>63</sup>.

La difficoltà nel rinvenimento della causa dell'atto traslativo incluso in un più

---

<sup>61</sup> Nel senso che una promessa di donazione non è giuridicamente produttiva di obbligo a contrarre, in quanto si perderebbe il requisito della spontaneità della donazione, v. in giurisprudenza Cass. Civ., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1702 e ss.; Cass. Civ. SS.UU., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, 726 e ss.; in dottrina, v. per tutti SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, artt. 1321-1352, in *Comm. Cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, 1970, 438; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, 1980, 212-213; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo, 1956, 242 e ss.; BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, 3, 2000, 182. *Contra*, per tutti, argomentando nel senso che la spontaneità resterebbe in quanto espressa dal promittente in esercizio della propria autonomia (di cui il trasferimento costituirebbe mero adempimento esecutivo; ma tale ricostruzione non sembra sopravvivere all'eccezione per cui il promittente potrebbe vedersi condannare per l'inadempimento, in caso di mancata o inesatta esecuzione dell'obbligo - *sic* - di donare, o ancor peggio, ad esser spogliato della titolarità di quanto promesso in forza di sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 cod. civ.) DIENER, *Il contratto in generale*, 2011, 196-198; GABRIELLI, *Contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, 415 e ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, 879; PALAZZO, *I singoli contratti, Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Sacco, 2, 2000, 177 e ss.

<sup>62</sup> Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 e ss., con nota di BALESTRA; Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Riv. not.*, 1995, 953 e ss., ove si ammette, nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi, il ricorso alla transazione per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, seppur nell'indisponibilità di talune posizioni soggettive; Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Corr. giur.*, 1991, 891 e ss.

<sup>63</sup> DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, 1996, 257. L'Autore, condivisibilmente, ritiene che non possa negarsi a priori la sussistenza di una causa transattiva, che deve tuttavia ricercarsi caso per caso, e che la stessa nullità di cui all'art. 1966, comma secondo cod. civ. debba accertarsi con riferimento a ciascuna fattispecie. Ammettono invece la compatibilità degli accordi *de qua* con la causa transattiva CECCHERINI - GEMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi ed autonomia privata*, 2013, 318, i quali ritengono che una negoziazione di carattere globale può essere certamente volta a prevenire l'insorgere di una controversia di separazione giudiziale tra i coniugi, e che l'efficacia preclusiva della transazione omologata riguarda unicamente la disciplina della situazione ad essa coeva, non dubitandosi che tale efficacia, per effetto della clausola *rebus sic stantibus* di cui all'art. 156 cod. civ. non si estenda alle circostanze sopravvenute che alterino l'equilibrio degli accordi di natura economica intervenuti tra le parti.

complesso regolamento negoziale, volto a definire i rapporti patrimoniali tra coniugi nell'insorgenza della crisi coniugale, ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a considerare tale atto quale atto negoziale a causa esterna<sup>64</sup>: tale causa esterna consisterebbe nell'adempimento dell'obbligo legale di mantenimento<sup>65</sup>. Ma come è chiaro ed evidente, l'atto traslativo in favore del coniuge può ben prescindere dall'esistenza di un obbligo legale di mantenimento.

Sviluppando tale rilievo, parte della dottrina<sup>66</sup> ha rilevato come il solo scopo solutorio, in particolare, possa ritenersi sussistente unicamente quando ne sia fatta in atto l'*expressio causae*, o, in ultima istanza, che il collegamento con l'obbligazione legale di mantenimento sia desumibile dallo stesso. E laddove risulti impossibile l'individuazione dell'intenzione prevalente che li caratterizzi, la dottrina ha teorizzato una *causa familiae*<sup>67</sup>, che sorreggerebbe l'intera categoria dei "contratti della crisi coniugale"<sup>68</sup>. Rifiutando la distinzione tra accordi di separazione propriamente detti ed accordi stipulati "in occasione" della separazione, la dottrina in questione ritiene che anche gli accordi che prevedano, nel contesto di una separazione tra coniugi, atti comportanti trasferimenti patrimoniali, debbano essere ricondotti nell'ambito delle "condizioni della separazione" di cui all'art. 711 comma quarto c.p.c., in considerazione del carattere di "negoziato globale", che la coppia in crisi attribuisce al momento della "liquidazione" del rapporto coniugale, ciò giustificando la configurazione dei cosiddetti contratti della crisi coniugale come contratti tipici, la cui causa è proprio quella di definire in modo non contenzioso la crisi<sup>69</sup>. Benché tale teoria stia, a poco a poco, permeando alcune recenti pronunce della

---

<sup>64</sup> Nel senso dell'ammissibilità dei negozi traslativi con causa esterna, v. MENGONI, *Gli acquisti a non domino* 3, 1975, 199 e ss.; GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 6, 1960, 547 e ss., in particolare 564 e ss.

<sup>65</sup> MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.*, 1988, 735 e ss.; ID., *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, in *Corr. giur.*, 1988, 146 e ss. (nota a Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500). In giurisprudenza, Cass. Civ., 12 aprile 2006, n. 8516, *cit.*; Cass. Civ., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 808 e ss., con nota di SINESIO.

<sup>66</sup> DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, 281.

<sup>67</sup> DORIA, *op. ult. cit.*, 303-304.

<sup>68</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, 1999, *passim*.

<sup>69</sup> OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 69 e ss.; ID., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole in sede di crisi coniugale*, *ibidem*, 2007, 64 e ss. e 71.

stessa giurisprudenza di legittimità<sup>70</sup>, può ritenersi ancora prevalente l'orientamento per il quale gli accordi traslativi della proprietà immobiliare e mobiliare e/o costitutivi di diritti reali limitati stipulati in occasione della definizione della fase patologica della famiglia debbano ricostruirsi come contratti atipici, meritevoli di tutela ex art. 1322 cod. civ.<sup>71</sup>.

L'importanza della specificazione dell'elemento causale nell'atto notarile traslativo o costitutivo di diritti reali immobiliari nel contesto degli accordi di separazione emerge allorché debba evidenziarsi la funzione solutoria legata all'obbligo legale di mantenimento, così da escludere la gratuità dell'atto<sup>72</sup>. Sarà inoltre opportuno specificare in atto il valore dell'attribuzione, in quanto tale valore costituisce il parametro economico a cui agganciare la quantificazione dell'obbligo legale di mantenimento. L'esplicitazione di una causa differente dalla liberalità donativa consentirà di rinunciare all'assistenza dei testimoni, ex artt. 47 e 48 l. not.<sup>73</sup>

### 3.3 Forma.

È tuttora discussa l'efficacia reale degli accordi di separazione dei coniugi che

---

<sup>70</sup> Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5473, in *Guida al dir.*, 2006, 21, 51 e ss.; Cass. civ., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Arch. civ.*, 2004, 1026 e ss., secondo cui gli accordi di separazione contenenti attribuzioni patrimoniali rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento della separazione consensuale.

<sup>71</sup> Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 321 e ss., con nota di OBERTO. In questo senso, si va consolidando, nella giurisprudenza di merito, l'idoneità a soddisfare l'interesse dei minori dell'accordo tra i coniugi avente ad oggetto l'adempimento *una tantum* dell'obbligo di mantenimento mediante cessione di immobili assistiti da vincolo di destinazione, costituito e trascritto ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.: Trib. Reggio Emilia, sentenza 26 marzo 2007, in *Guida al dir.*, 2007, 18, 58 e ss., con nota di TONELLI; Trib. Bologna, sentenza 5 dicembre 2009, in *Il civilista*, 2010, 9, 93; Giudice Tutelare Trib. Saluzzo, decr. 19 luglio 2012, in *Guida al dir.*, 2012, 49-50, IX e ss., inserto *Fam. e min.*, con nota di DI SAPIO e GIANOLA, ove si chiarisce, inoltre, che l'atto di destinazione di un compendio immobiliare disposto *causa familiae* ex art. 2645-ter cod. civ. in favore di minori d'età non necessita dell'autorizzazione di cui all'art. 320 cod. civ. sia per il conseguimento, sia per il consolidamento della posizione beneficiaria; con riferimento ad un *trust* disposto con le medesime finalità in parola, v. D'AMBROGIO, *Applicazioni innovative di destinazione e attribuzione nei giudizi di separazione e divorzio: il trust negli accordi di separazione*, in *Foro nap.*, 2014, 359 e ss..

<sup>72</sup> Cass. Civ., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Guida al dir.*, 2013, 42, 52 e ss., con nota di FIORINI; Cass. Civ., 21 febbraio 2006, n. 3747, in *Vita not.*, 2007, 190 e ss.; Cass. Civ., 2 febbraio 2005, n. 2088, in *Italggiure Web* (Rv 583543).

<sup>73</sup> *Contra*, isolato, nel senso che gli accordi tra i coniugi ricadrebbero nell'area concettuale delle convenzioni matrimoniali, e pertanto non potrebbero stipularsi validamente in assenza dei testimoni strumentali, v. GATT, *Convenzioni matrimoniali: verso il superamento dell'orientamento dominante della Cassazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 907 e ss..

prevedano trasferimenti di diritti reali immobiliari, e in particolare l'idoneità del verbale di separazione che documenti tali accordi a costituire titolo idoneo per la trascrizione. Ciò, nonostante la Corte di Cassazione affermi da tempo il principio secondo cui le clausole, sia che abbiano natura attributiva, sia che abbiano natura obbligatoria, in quanto inserite nel verbale di udienza sottoscritto dal cancelliere, e diretto a far fede di ciò che è in esso contenuto, assumono veste di atto pubblico ai sensi dell'art. 2699 cod. civ., divenendo, a seguito dell'omologazione, titolo idoneo per la trascrizione *ex art. 2657 cod. civ.*<sup>74</sup>. Del resto non trova riscontro nel tenore della norma di cui all'art. 2699 cod. civ., la pretesa contrapposizione tra "atto pubblico processuale", insuscettibile di poter documentare effetti reali dipendenti dal consenso negoziale delle parti, ed "atto pubblico sostanziale", idoneo a tali fini, che si è prospettata da parte della dottrina<sup>75</sup>.

La prassi, tuttavia, si discosta nettamente dai principi innanzi richiamati: non per la motivazione, talvolta evocata anche in giurisprudenza di merito<sup>76</sup>, della verosimile mancanza, nel verbale, di menzioni e/o allegazioni imposte dalla legge per la validità degli atti traslativi<sup>77</sup>, dato che tali menzioni possono evidentemente rendersi in udienza (in

<sup>74</sup> Cass.civ. 15 maggio 1997, n. 4306, in *Riv. not.*, 1998, 171 e ss., con nota di GAMMONE; Cass. Civ., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1222 e ss.

<sup>75</sup> VAGLIO, *I verbali di separazione e divorzio sono inidonei per trasferimenti immobiliari tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 1994, 685 e ss.; più articolata l'ipotesi avanzata da IEVA, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, 447 e ss., segnatamente 457, ove si sostiene che la competenza a documentare, nel verbale di separazione, dichiarazioni negoziali aventi ad oggetto il trasferimento di beni o di diritti, deve ritenersi limitata ai casi in cui queste siano causalmente connesse al mantenimento dei figli e/o del coniuge, trascrivibili in forza del solo verbale; gli altri tipi di accordi, anche se per ipotesi documentati nel verbale di separazione, avrebbero mera efficacia *inter partes*, e ai fini della loro opponibilità nei confronti dei terzi, richiederebbero la necessità di essere ripetuti in forma di atto notarile.

<sup>76</sup> Trib. Firenze, decr. 20 febbraio 2009, in *Fam. e dir.*, 597, con nota di GELLI.

<sup>77</sup> Oltre alle menzioni urbanistiche imposte dagli artt. 30 e 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, dall'art. 40 l. 28 febbraio 1985, n. 47, e dall'art. 2, comma 58 l. 23 dicembre 1996, n. 662, si fa riferimento alle dichiarazioni antiriciclaggio di cui all'art. 35, comma 22, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, alle dichiarazioni della parte intestataria circa la cd. conformità catastale oggettiva di cui all'art. 29, comma 1-bis, l. 27 febbraio 1985, n. 52 (si ritengono in errore Trib. Milano, decr. 21 maggio 2013, in *Guida al dir.*, 2013, 34-35, 34 e ss., e, in dottrina, BUFFONE, *Nel caso di trasferimenti immobiliari tra gli ex necessario rivolgersi al notaio e non al giudice*, *ivi*, 40 e ss., quando sostengono che la norma, e in particolare il suo ultimo inciso – cd. attestazione di conformità catastale soggettiva – esprima un principio di tipicità delle funzioni professionali riservate al notaio, il cui controllo non può essere sostituito da quello del giudice, ostandovi l'evidente diversità di ruolo e di funzioni: al di là del fatto che la mancanza dell'attestazione in parola non è sanzionata in alcun modo, la dottrina preferibile ritiene che non possa ritenersi che una norma speciale in tema di contrasto all'elusione fiscale abbia implicitamente novellato una norma di sistema, quale l'art. 1350 cod. civ.: in questo senso OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra i coniugi: a neverending story*, nota ad App. Milano, decr. 12 gennaio 2010 in *Fam. e dir.*, 2011, 589 e ss. ), alla eventuale menzione del vincolo di inalienabilità



manca, l'autorità precedente dovrebbe invitare le parti allo stralcio degli accordi integrativi, ovvero rifiutare l'omologazione dell'accordo separazione); ma, assai più probabilmente, per la maggiore tutela offerta alle parti dall'intervento notarile, che rende quindi preferibile la procedura cd. "bifasica".

Alla parte che subisca l'eventuale inadempimento dell'obbligo di trasferire, sarà certamente dato il diritto di tutelarsi con l'azione di cui all'art. 2932 cod. civ.<sup>78</sup>.

### 3.4 Efficacia.

Gli effetti degli accordi di separazione si producono in forza del consenso delle parti (art. 1372, comma secondo, cod. civ.): la dottrina<sup>79</sup> e la giurisprudenza<sup>80</sup> convengono nell'attribuire all'omologazione i caratteri di mero requisito legale di efficacia (*condicio iuris*), secondo il disposto del comma primo dell'art. 158 cod. civ..

L'accostamento tra accordi di separazione e negozio giuridico, se in linea teorica non sembra fare nessuna piega, non presenta la medesima linearità nella sua applicazione pratica. Autorevole dottrina<sup>81</sup> documenta di una perdurante prevalenza della tesi che afferma<sup>82</sup> la revocabilità unilaterale del consenso, nel periodo intercorrente tra la conclusione degli accordi e l'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria, benché tale teoria mal si concili con la natura negoziale dell'accordo tra le parti, che imporrebbe di ritenerne la risolubilità in forza del solo mutuo dissenso, ai sensi dell'art. 1372, comma

---

prevista dal primo periodo del comma primo dell'art. 10 della l. 21 novembre 2000, n. 353, alla eventuale (ma si tratta di caso di rara applicazione pratica) consegna della garanzia fidejussoria di cui all'art. 2 D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 (del quale invece non si applica alla fattispecie l'art. 8, che fa riferimento esclusivamente al notaio: il coniuge assegnatario si troverebbe però in una situazione assai precaria).

<sup>78</sup> L'ammissibilità, in caso d'inadempimento dell'obbligo a trasferire, della tutela ex art. 2932 cod. civ. è concordemente affermata in dottrina e giurisprudenza, pur rilevandosi la diversità dell'obbligo di trasferire rispetto a quello di concludere un contratto posto alla base della tutela offerta dall'art. 2932 cod. civ., in ragione del fatto che, ex art. 1324 cod. civ., la disciplina contrattuale è applicabile, nei limiti della compatibilità, agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. In tal senso OBERTO, *op. ult. cit.*, 606; CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991, 166; in giurisprudenza, Cass. Civ. 2 dicembre 1991, n. 12897, con nota di PALAZZO, in *Quadr.*, 1993, 799 e ss.

<sup>79</sup> CECCHERINI - GREGGIONI FRANCINI, *Famiglie in crisi ed autonomia privata*, 2013, 188-197; già anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, FALZEA, *op. cit.*, 87.

<sup>80</sup> Cass. Civ., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1862 e ss..

<sup>81</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, 1999, 1, 267 e ss.

<sup>82</sup> Trib. S. Maria Capua Vetere, 3 ottobre 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, 336 e ss. con nota di CALIENDO; Trib. Latina, 14 aprile 1988, in *Dir. fam.*, 1989, 137 e ss..

primo cod. civ.; inoltre, autorevole dottrina<sup>83</sup> riporta esservi contrasto di giurisprudenza in merito alla esperibilità dell'azione di simulazione avente ad oggetto gli accordi tra i coniugi<sup>84</sup>: contrasto che non dovrebbe sussistere, dovendosi ammettere l'esperibilità dell'azione di simulazione relativamente a qualunque contratto bilaterale<sup>85</sup>.

In passato si è avuto modo di discutere, in dottrina e in giurisprudenza, anche sull'efficacia dei cc.dd. accordi *a latere* della separazione e del divorzio. In estrema sintesi, può darsi atto dell'esistenza di un indirizzo ormai consolidato della giurisprudenza della Suprema Corte, che, negli anni Novanta del secolo scorso<sup>86</sup>, ha superato l'orientamento fin lì prevalente (che negava qualsiasi efficacia ad accordi non trasfusi nel relativo verbale di comparizione dei coniugi in sede di separazione consensuale, e dunque non sottoposti all'omologazione da parte del Tribunale<sup>87</sup>), operando al riguardo la distinzione tra, da un lato, le intese modificative degli accordi successive all'omologazione della separazione, che devono intendersi senz'altro valide ed efficaci, trovando fondamento nell'art. 1322 cod. civ.

---

<sup>83</sup> NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 267-268.

<sup>84</sup> Benché in una nota pronuncia (Cass. Civ. 20 novembre 2003, n. 17607, in *Fam. e dir.*, 473 e ss., con nota di CONTE) la Suprema Corte ha escluso che possa configurarsi una valida intesa simulatoria tra le parti, in quanto esse in realtà convengono di voler conseguire il riconoscimento di uno *status*, dal quale la legge fa derivare effetti irretrattabili tra le parti e nei confronti dei terzi, salve le ipotesi della riconciliazione e dello scioglimento definitivo del vincolo, tale assunto non pare coerente con l'indicata premessa sulla natura negoziale dell'accordo di separazione, che non può essere inciso, nel suo contenuto intrinseco, dall'omologa, di per sé priva di qualsiasi efficacia sanante (così BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 293). D'altronde in successive pronunce, la Suprema Corte, ha incidentalmente affermato l'esperibilità dell'azione di simulazione per ottenere la declaratoria d'inefficacia degli accordi simulati (Cass. civ., 20 marzo 2008, n. 7450, in *Guida al dir.*, 2008, 19, 35 e ss., con nota di ROSSI; Cass. civ., 22 novembre 2007, n. 24321, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 446 e ss.).

<sup>85</sup> Tanto più che trattandosi di negozi dispositivi del patrimonio, si è abitualmente affermato in giurisprudenza (Cass. Civ., 14 marzo 2006, n. 5473, in *Guida al dir.*, 2006, 21, 51 e ss.; Cass. civ. 23 marzo 2004, n. 5471, in *Arch. civ.*, 2004, 1026 e ss.; Cass. civ., 7 ottobre 2008, n. 24757, in *Guida al dir.*, 2008, 43, 24 e ss., con nota di COREA; Cass. civ., 26 luglio 2005, n. 15603, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1790) che l'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscono il trasferimento di beni immobili o di diritti reali minori sui medesimi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria, ordinaria o fallimentare, ricorrendone i rispettivi presupposti.

<sup>86</sup> Cass. Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, 868 e ss.; Cass. Civ., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, 213 e ss., con nota di SALA; Cass. Civ., 11 giugno 1998, n. 5829, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1292.

<sup>87</sup> Cass. Civ., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Foro it.*, 1984, I, c. 401 e ss.; Cass. Civ., 13 febbraio 1985, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1654 e ss., con nota di A. FINOCCHIARO.

e non incontrando altro limite che non sia quello di derogabilità consentito dall'art. 160 cod. civ.; e, dall'altro lato, le intese anteriori o contestuali all'accordo omologato, ma non trasfuse in esso, che sono invece efficaci in tanto ed in quanto autonome (o comunque non incompatibili) rispetto all'accordo omologato, ovvero oggettivamente più adatte all'interesse tutelato<sup>88</sup>.

Tale distinzione, seppur criticata in dottrina<sup>89</sup>, è stata costantemente ribadita, anche di recente, dalla giurisprudenza di legittimità<sup>90</sup>.

Considerazioni analoghe, evidentemente, valgono quanto ai limiti di efficacia degli accordi *a latere* nel divorzio.

Autorevole dottrina<sup>91</sup> ricorda e suggerisce, in caso di accordi migliorativi delle condizioni di separazione, di rimettere, a cura dell'interessato, l'accordo modificativo al vaglio del Tribunale, rispettivamente in sede di ricorso *ex art.* 710 c.p.c, ovvero, ove si tratti di accordi modificativi delle condizioni di divorzio, *ex art.* 9 della l. 898/1970, soprattutto al fine di munirsi di un titolo dotato d'immediata efficacia esecutiva.

### 3.5 Profili fiscali.

Quanto al regime fiscale degli accordi, è notorio che l'originario disposto dell'art. 19 della l. 74/1987, che stabiliva che "tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 1 dicembre

---

<sup>88</sup> Cass. Civ., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. e dir.*, 2006, 147 e ss., con nota di OBERTO.

<sup>89</sup> BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, cit., 290, ritiene che il criterio della "non interferenza" ovvero della "maggiore rispondenza all'interesse tutelato", sarebbe privo di riscontro testuale; OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 158-159, ritiene che l'unica distinzione sempre rilevante è quella tra accordi concernenti i rapporti tra i coniugi e accordi riguardanti la situazione dei figli minori, avuto riguardo esclusivamente al fatto che i secondi dovranno sempre superare il vaglio, sul piano della legittimità, della conformità con l'interesse dei minori; al contrario, incompatibilità tra accordi succedutisi nel tempo tra i coniugi devono dirimersi facendo ricorso alle norme di diritto comune relative all'interpretazione dei contratti che possano risultare applicabili anche ad accordi di natura non patrimoniale.

<sup>90</sup> Cass. Civ., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Guida al dir.*, 2013, 42, 52 e ss., con nota di FIORINI.

<sup>91</sup> NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 275.

1970, n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa", è stato inciso da due altrettanto note pronunce della Corte costituzionale.

Con la prima<sup>92</sup> ne è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 4 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 635 (Disciplina delle imposte ipotecarie e catastali) e relativa tariffa allegata, nella parte in cui non comprendeva nell'esenzione dai tributi anche le iscrizioni di ipoteca effettuate a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge nel giudizio di separazione. La seconda<sup>93</sup>, invece, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del succitato art. 19 della L. 74/1987, nella parte in cui non estendeva l'esenzione in esso prevista a tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi.

L'allargamento dell'ambito di applicazione della norma, che ha fatto seguito alle ricordate pronunce della Consulta, ha influenzato significativamente la successiva giurisprudenza di legittimità, nonché la stessa Amministrazione finanziaria, che ha assunto un orientamento favorevole ad una più ampia estensione della norma agevolativa in oggetto.

In particolare, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare dapprima<sup>94</sup> che le agevolazioni di cui all'art. 19 della L. 74/1987 operano con riferimento a tutti gli atti e convenzioni che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare, sotto il controllo del giudice, i loro rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio o alla separazione personale, ivi compresi gli accordi che contengono il riconoscimento o il trasferimento della proprietà esclusiva di beni mobili ed immobili all'uno o all'altro coniuge, estendendosi tale agevolazione ad ogni tipo di imposta, indipendentemente dalla natura della stessa; di seguito, poi, chiarendo che l'esenzione prevista dalla suddetta norma debba intendersi come estesa a tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale tra i coniugi atti a garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte dai coniugi separati, i cui effetti siano favorevoli ai figli<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Corte cost., 15 aprile 1992, n. 176, in *Foro it.*, 1994, I, c. 41 e ss.

<sup>93</sup> Corte cost., 10 maggio 1999, n. 154, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2168 e ss.

<sup>94</sup> Cass. Trib., 28 ottobre 2003, n. 16171, in *Italgire Web* (Rv 567736); Cass. Trib., 22 maggio 2002, n. 7493, in *Italgire Web* (Rv 554630); Cass. Trib., 3 dicembre 2001, n. 15231, in *Il fisco*, 2002, 1525.

<sup>95</sup> Cass. Trib., 28 giugno 2013, n. 16348, in *Vita not.*, 2013, 1327; Cass. Trib., 30 maggio 2005, n. 11458, in *Guida*

Dal canto suo, l'Amministrazione finanziaria ha affermato analogo principio, precisando che l'esenzione fiscale prevista dall'art. 19 della l. 74/1987 debba ritenersi applicabile anche alle disposizioni patrimoniali in favore dei figli, disposte in accordi di separazione e divorzio, a condizione che il testo dell'accordo, omologato dal tribunale, preveda esplicitamente che l'accordo patrimoniale a beneficio dei figli sia elemento funzionale e indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale<sup>96</sup>.

Infine, a sgombrare possibili dubbi circa la sopravvivenza del regime agevolativo a seguito dell'entrata in vigore, dal 1° gennaio 2014, dell'art. 10 comma 4 del D.lgs. 14 marzo 2011, n. 23<sup>97</sup>, è intervenuta l'Agenzia delle entrate, che con una propria determinazione<sup>98</sup> ha specificato, quanto ai procedimenti in materia di separazione e divorzio, che la suddetta disposizione non esplica effetti con riferimento alla disposizione di cui all'art. 19 della L. 74/1987.

---

*al dir.*, 2005, 38, 52 e ss., con nota di GRISI.

<sup>96</sup> Agenzia delle entrate, circolare n. 18/E del 29 maggio 2013, 39, ove si richiama la precedente circolare del 21 giugno 2012, n. 27, emanata dalla stessa Agenzia. Si tratta tuttavia di una formulazione fine a sé stessa: non è agevole nemmeno pensare ad un accordo di separazione o di divorzio nel quale non risulti fondamentale un accordo a beneficio dei figli.

<sup>97</sup> Detta disposizione, in relazione, per quanto qui interessa, agli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere e atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, ha disposto la soppressione di tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali, salvo quelle espressamente indicate nella citata norma.

<sup>98</sup> Agenzia delle entrate, circolare n. 2/E del 21 febbraio 2014, paragrafo 9.2, 62-63.



## CAPITOLO III

# IL CONTRATTO NELLA CONVIVENZA: TEORIA, PRASSI, LEGGE

SOMMARIO: 1. Contratto di convivenza: considerazioni generali. 1.1 Introduzione. 1.2 Prima della l. 76/2016: ammissibilità del contratto atipico di convivenza. 1.3 (segue) L'oggetto del contratto atipico di convivenza. 1.4 (segue) La forma. 2. Il contratto di convivenza tipizzato dalla l. 20 maggio 2016, n. 76. 2.1 Analisi del testo legislativo... 2.3 ...e critica tecnica. 3. Contratto tipico di convivenza e *pacte civil de solidarité* di diritto francese: confronto comparativo. 4. Accordi prematrimoniali. 4.1 Lo stato dell'arte. 4.2 Conclusioni sugli accordi prematrimoniali: il problema della validità *rebus sic stantibus*. 5. Contratto tipico di convivenza e clausole *in contemplation of divorce*. 6. Diritto internazionale privato. 7. Aspetti fiscali del contratto di convivenza.

### 1. Contratto di convivenza: considerazioni generali.

#### 1.1 Introduzione.

“È particolarmente sentita l'esigenza di disciplinare in maniera completa tutti i molteplici interessi di natura patrimoniale connessi a un rapporto tra conviventi, fissando quelli che sono i reciproci diritti e obblighi con un accordo che non si limiti al trasferimento di uno o più beni o al riconoscimento di un determinato diritto, ma che abbia una valenza programmatica e di pianificazione della convivenza anche per il futuro<sup>1</sup>”: con queste parole, il Consiglio Nazionale del Notariato presentava, pochi anni orsono, in una propria pubblicazione, il contratto atipico di convivenza, delineando uno strumento ad alta flessibilità, in grado di rispondere alle varie esigenze programmatiche dei conviventi<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La Convivenza, Regole e tutele della vita insieme*, a cura di Farina, 2014, 25.

<sup>2</sup> Concorde la dottrina, che segnalava tale contratto come una vera e propria risorsa per le esigenze delle unioni di fatto: così OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 7 e ss., 151ss.; ID., *Contratti di convivenza e contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Contratto e impresa*, 1991, 17ss.; ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, 2001, 149; BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, 2004, 220; ASTIGGIANO, *La possibilità di contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali tra i*

Ma era già da tempo che la dottrina guardava alla peculiare connessione tra aspetti personali e profili patrimoniali della convivenza, la quale determina una specifica funzionalità, che incide sulla dimensione giuridica del rapporto<sup>3</sup>, e richiama la problematica dello spazio riservato all'autonomia privata in sede di fissazione delle regole di comportamento di una comunità *lato sensu* familiare, in cui i rapporti sono finalizzati al bene comune<sup>4</sup>.

L'esperienza pratica (come si è visto) dimostra che la spontaneità che contraddistingue la convivenza raramente può fare a meno di un momento di regolamentazione, più o meno specifico: ogni comunità si atteggia diversamente, a seconda della propria realtà<sup>5</sup>. Il passaggio da una "concezione istituzionale" ad una "concezione funzionale", costituzionalmente orientata della famiglia<sup>6</sup>, segna l'inizio dei fenomeni di "privatizzazione" e "funzionalizzazione" del diritto familiare, intesi nel senso dell'emersione degli interessi del singolo rispetto a quelli del gruppo, seppur in una prospettiva che resta solidaristica<sup>7</sup>, e si caratterizza, nemmeno a dirlo, per l'aspirazione all'autodeterminazione, anche nella programmazione del *ménage*<sup>8</sup>.

In questo senso, gli accordi sull'indirizzo della vita familiare costituiscono un momento decisivo di attuazione della comunione di vita spirituale e materiale (espressione presa a prestito dagli artt. 1 e 2 della l. 898/1970, ma che serve ad esprimere la

---

*partners che compongono la famiglia di fatto*, in *Fam. e dir.* 2009, 385 e ss.; ANNUNZIATA - IANNONE, *Dal concubinato alla famiglia di fatto: evoluzione del fenomeno*, in *Fam. pers. Succ.*, 2010, 131 e ss..

<sup>3</sup> PALMIERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, 2001, 35; RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *I contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, II, *I contratti atipici*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, 1988, 1160; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi (artt.143-148)*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, 1990, 73 e ss.; RESCIGNO, voce *Contratto I) In generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX 1988, 5.

<sup>4</sup> ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 213 e ss.; QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova Giur. Civ. Massimata*, 2001, II, 277 e ss.; PALMIERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari* 2001, 31-32; SANTORO PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, II, 1992, 524-525.

<sup>5</sup> BESSONE - ALPA - D'ANGELO - FERRANDO - SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, 1997, 33 ss.

<sup>6</sup> OBERTO, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Diritto di Famiglia*, 2003, 536; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 121.

<sup>7</sup> AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rassegna di dir. civ.*, 2004, 3-4.

<sup>8</sup> TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, I, 1999, 132; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 80 e ss..



dimensione comunitaria dell'unità familiare<sup>9</sup>), la quale non può che essere complessiva: il reciproco rispetto sul piano dei rapporti personali non è concepibile senza una solidarietà afferente i profili patrimoniali<sup>10</sup>, e vice versa.

Il processo evolutivo che accentua la contrattualità delle relazioni *lato sensu* familiari<sup>11</sup> e la tipizzazione delle situazioni giuridiche soggettive tipiche delle relazioni affettive (reciprocità dei diritti all'assistenza, alla collaborazione morale e materiale, alla coabitazione, alla convivenza familiare, alla fedeltà, anche sessuale, alla contribuzione e al mantenimento della famiglia<sup>12</sup>) richiede agli interpreti la preventiva verifica della "negoziabilità" del momento fisiologico e di quello patologico del rapporto di fatto, mediante negozi familiari a contenuto atipico<sup>13</sup> più o meno divergente rispetto al modello legale tracciato dal codice civile per la famiglia coniugale.

Il fondamento dell'autonomia privata nelle relazioni *lato sensu* familiari, per effetto delle istanze di solidarietà che promanano dai vincoli che intercorrono tra i membri della comunità<sup>14</sup>, non trova esclusivo sostegno nell'art. 1322 cod. civ., ma ha referenze nel sistema costituzionale e, precisamente, nell'art. 2 della Costituzione: l'art. 1322 cod. civ. ha ragione di applicarsi alla comunità familiare di fatto<sup>15</sup> per il generale riconoscimento della famiglia di fatto stessa come formazione sociale deputata all'esplicazione della personalità dei suoi componenti.

All'interno della famiglia fondata sul matrimonio, lo stesso accordo dei coniugi sull'indirizzo della vita familiare (art. 144 cod. civ.) ha dato adito a un confronto dottrinale sulla difficile configurazione dogmatica di tale accordo, e la riconduzione del concorso delle volontà dei coniugi ad una categoria concettuale unitaria non risultano sorrette da

---

<sup>9</sup> P. PERLINGIERI, *Riflessioni sulla "unità della famiglia"*, in *Rapporti personali nella famiglia*, 1982, 11 ss..

<sup>10</sup> PARADISO, *op. ult. cit.*, 1990, 73 e ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, 2003, 124.

<sup>11</sup> PALMIERI, *op. ult. cit.*, 26.

<sup>12</sup> PARADISO, *op. ult. cit.*, 31 e ss..

<sup>13</sup> ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 220-223; PALMIERI, *op. ult. cit.*, 21-22; DIONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica* a cura di Fuccillo, 1997, 7 e ss..

<sup>14</sup> SESTA, *op. ult. cit.*, 122.

<sup>15</sup> CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, in *Enciclopedia*, diretta da Cendon, 1999, 5.

orientamenti ricostruttivi univoci<sup>16</sup>; alla tesi della qualificazione negoziale dell'accordo<sup>17</sup> si oppone la ricostruzione in termini di tecnica di governo della famiglia<sup>18</sup>, o di fatto produttivo di conseguenze giuridiche<sup>19</sup>, nonché quella dell'accordo non negoziale<sup>20</sup>. La predeterminazione e istituzionalizzazione degli interessi del gruppo familiare ostano, a prima vista, alla riconduzione dell'accordo negli schemi del negozio giuridico, che, al contrario, presuppone l'emersione di un profilo di autonomia e di libertà, rispetto ai predetti interessi del gruppo.

A meno che non si reputi, come fatto da parte della dottrina in passato, che alla convivenza possano applicarsi in via analogica le norme relative alla famiglia fondata sul matrimonio<sup>21</sup>, deve concludersi che tale diatriba non possa riguardare la famiglia di fatto, la quale non ha un suo statuto legale, sulla cui derogabilità possa dibattersi. Con l'eccezione dei rapporti con i figli<sup>22</sup>, e nonostante l'incostante *reductio ad unum* che la giurisprudenza ha operato<sup>23</sup>, sia con riferimento ai rapporti personali, sia con riferimento ai rapporti patrimoniali tra conviventi, la libertà resta la norma generale, e l'attività negoziale non è che una delle sue possibili forme di estrinsecazione: vien da sé che il suo

<sup>16</sup> ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 213 e ss.; TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, I, 1999, 136-137; CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, in *Enciclopedia*, diretta da Cendon, 1999, 10 e ss.; RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *I contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, II, *I contratti atipici*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, 1988, 1161; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi (artt.143-148)*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, 1990, 146.

<sup>17</sup> SANTORO PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, II, 1992, 524-525; ID., *Artt.143-146*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 238; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, VI, I, 1, 1979, 36 e ss.; FINOCCHIARO – FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, 1984, 168.

<sup>18</sup> FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979, 140.

<sup>19</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 2, 1985, 57.

<sup>20</sup> ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 1985, 218 e ss..

<sup>21</sup> BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, 1977, 71-107; SALARIS, *Famiglia di fatto, parità di trattamento ed uguaglianza*, ivi, 431-439; PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980; ID., *Convivenza more uxorio e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della famiglia di fatto*, in *Rass. Dir. civ.*, 1981, 177-187; ID., *A proposito di una recente monografia in tema di famiglia di fatto*, ivi, 1984; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979.

<sup>22</sup> Ma v. l'art. 337-ter, comma secondo, cod. civ., come introdotto dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, ove si stabilisce espressamente che, nel prendere le decisioni in ordine all'affidamento dei figli, in caso di cessazione della convivenza, il giudice "prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori".

<sup>23</sup> V. *supra*, cap. I par.

impiego, all'interno della convivenza, deve ritenersi senz'altro possibile.

Deve allora chiarirsi cosa si intenda con l'espressione "contratto di convivenza"; o, per meglio dire, quale sia la relazione tra la convivenza ed il contratto stipulato tra i conviventi per stabilire le regole della vita in comune.

Deve a buon titolo escludersi che la convivenza possa essere parte dell'oggetto del contratto, inteso quest'ultimo come "programma negoziale": ciò vale sia con riferimento all'atto continuato del vivere insieme, sia con riferimento ai doveri morali e sociali che dalla convivenza derivano. Il dovere di fedeltà, avente ad oggetto la dedizione fisica e spirituale nei confronti di un'altra persona e l'impegno reciproco di devozione negli aspetti personali del rapporto, rappresentano doveri qualificanti del coniugio, ove non si esauriscono nell'esclusiva sessuale, ma si estendono alla lealtà dei comportamenti nei profili intimi dell'amore e della dedizione fisica (art. 143, 2° co. Cod. civ.)<sup>24</sup>. Nella convivenza, tale dovere non sembra potersi imporre contrattualmente, in quanto un simile accordo costituirebbe un atto di disposizione vietato, oltreché una violazione delle libertà individuali garantite dalla costituzione<sup>25</sup>.

Ci si è allora chiesti se la convivenza potesse assurgere ad elemento causale di una stipulazione contrattuale: ossia, se il fondamento logico e giuridico delle obbligazioni

---

<sup>24</sup> SESTA, *op. ult. cit.*, 2003, 104-105; PARADISO, *op. ult. cit.*, 1990, 31-32 ss.; BUSNELLI, *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, 1975, 280 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Artt.143-146*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 228; AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rassegna di dir. civ.*, 2004, 37; TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, I, 1999, 120 e 123; in giurisprudenza, v. Cass. civ. 18 settembre 1997, n. 9287, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2383).

<sup>25</sup> RIZZI, *Tecniche redazionali e convivenze (ovvero come ovviare sul piano negoziale all'assenza di normativa sulla convivenza)*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2015, 61. Oltre ad essere inidonei a costituire oggetto di prestazioni ai sensi dell'art. 1174 cod. civ. (cfr. SESTA, *Diritto di famiglia*, 2003, 415), tali vincoli violerebbero inevitabilmente l'ordine pubblico (OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 193 e ss.; ID., *Contratti di convivenza e contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Contratto e impresa*, 1991, 42; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 470 e ss.); inoltre, attenta dottrina denota la potenziale difficoltà di individuare forme coattive di adempimento in caso di rifiuto di un obbligato di attenersi alle decisioni concordate (ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 1985, 216) e di predisporre un qualsiasi rimedio giuridico all'inadempimento delle stesse, sia per l'insuscettibilità di un controllo giudiziale (PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi (artt.143-148)*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, 1990, 170, 173; SANTORO - PASSARELLI, *Artt. 143-146*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 244).

reciprocamente assunte dai conviventi potessero dirsi esistenti e vincolanti in quanto assunte in funzione della vita in comune<sup>26</sup>: questa impostazione, oltre ad avere un suo evidente riscontro logico, ha il pregio di privare il contratto di convivenza della sua linfa vitale ogni volta che la convivenza cessa: infatti, al terminare della convivenza, qualsiasi pretesa dei conviventi avanzata sulla base del contratto sarebbe ingiustificata, stante la mancanza della causa ad essa sottesa. Autorevole dottrina ha all'uopo parlato di "corrispondenza biunivoca" tra rapporto di fatto ed obblighi naturali, con questi ultimi che scaturirebbero dalla relazione parafamiliare e verrebbero riscritti *ex novo* in un contratto<sup>27</sup>.

Tale ricostruzione è stata criticata in quanto eleva a causa del contratto quello che in realtà pare esserne un mero motivo<sup>28</sup>: seppur legati da rapporti di obbligazione naturale, tali rapporti non possono essere "importati" all'interno di un contratto che avrà senz'altro una sua autonomia causale rispetto a rapporti creatisi di fatto, e per giunta stanti su un piano extra-giuridico.

Ed inoltre, sul piano pratico, si finirebbe per fare del contratto tra i conviventi un contratto cronicamente instabile, dato che in sostanza si avrebbe la sostituzione della causa

---

<sup>26</sup> Cfr. Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Fam. e Dir.*, 2001, 5, 529, con nota di DOGLIOTTI: "È valido ed efficace il contratto di costituzione di usufrutto di immobile stipulato tra due conviventi *more uxorio*, senza corrispettivo alcuno, ove esso trovi il suo fondamento nella convivenza stessa e nell'assetto che i conviventi intendono dare ai loro rapporti. È ammissibile la risoluzione del contratto di costituzione di usufrutto di immobile per il venir meno della situazione di sussistenza o permanenza nel tempo del rapporto *more uxorio*"; Trib. Savona, 29 giugno 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 593: "È valido il contratto con cui i conviventi *more uxorio* si impegnano a partecipare alle spese della famiglia di fatto in misura uguale. In base al canone ermeneutico della buona fede, improntato ad un principio di solidarietà contrattuale, esso va tuttavia interpretato in analogia a quanto dispone nei rapporti tra i coniugi l'art. 143 cod. civ., cosicché l'obbligo di contribuzione va determinato in relazione alle sostanze ed alla capacità di lavoro professionale e casalingo dei conviventi. Di conseguenza la convivente che abbia contribuito in misura maggiore, a causa delle difficoltà lavorative dell'altro, non può ripetere le maggiori somme destinate alla vita comune".

<sup>27</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 163 e ss., 167, 187; ID., *Convivenza (contratti di)*, in *Contr. Impr.*, 1991, 375-376.

<sup>28</sup> SPADAFORA, *L'obbligazione naturale tra conviventi ed il problema della sua trasformazione in obbligazione civile attraverso lo strumento negoziale*, in *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, 2002, 199; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, 1991, 88; TASSINARI, *Funzioni e limiti dello strumento negoziale nella disciplina dei rapporti tra familiari di fatto*, in *La famiglia di fatto e i rapporti patrimoniali tra i conviventi*, Atti del XXXIII Consiglio Nazionale del Notariato, 1993, 69-70, esclude che la convivenza possa assurgere anche a mero motivo quando un soggetto avrebbe stipulato il negozio anche in assenza del rapporto di convivenza. Sembra allora cadere in contraddizione OBERTO, *op. loc. ult. cit.*, che definisce pure il rapporto para-matrimoniale quale motivo del contratto.

col consenso: potendo il singolo convivente decidere di porre fine alla convivenza unilateralmente (dato che, come detto, la convivenza è esterna al contratto, e non è parte del programma negoziale), si darebbe ad ambo le parti la licenza di privare il contratto della sua giustificazione, ponendolo automaticamente nel nulla. Verrebbe allora da domandarsi quale sia il senso logico di un contratto destinato a regolare la convivenza, se il suo presupposto causale, e quindi anche la forza vincolante del programma ivi contenuto, possa annullarsi semplicemente per il dissenso di una delle sue parti: all'atto pratico, il contratto così sorretto diverrebbe qualcosa di inutile, in quanto destinato a durare per breve termine, fino a quando a entrambi i conviventi stia bene l'assetto di interessi ivi contenuto.

Deve allora ritenersi che il rapporto tra contratto e convivenza sia solo di tipo logico, e non anche giuridico: sotto il *nomen iuris* di contratto di convivenza, si definiscono una serie di rapporti tra le parti del contratto, ognuna indipendente dalle altre, motivate dal rapporto di fatto, ma da esso non sorrette causalisticamente: corollario di tutto ciò è che per togliere al contratto la sua efficacia vincolante, si deve agire sul piano contrattuale, non bastando la mera fine del fatto (motivo) della convivenza.

### *1.2 Prima della l. 76/2016: ammissibilità del contratto atipico di convivenza.*

Il “contratto disciplinato dal diritto di famiglia” esisteva già prima della l. 76/2016, se non altro perché lo stesso legislatore lo menzionava indirettamente: l'art. 11 del d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”, esclude dal suo campo di applicazione i contratti regolati dal diritto di famiglia<sup>29</sup>: un minuscolo dato testuale che avvalorava la tesi della praticabilità dell'accostamento tra contratto e famiglia, che da alcuni anni a questa parte ha attirato l'attenzione della dottrina<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Autorevole dottrina (OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 617 e ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 696 e ss.) ritiene che in tale definizione rientrino le convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi.

<sup>30</sup> OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 617 e ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 696 e ss..

La vera origine del contratto di convivenza è nella riflessione dottrinarina. Ad aprirgli la strada è stata, trenta e più anni or sono, una tra le più autorevoli firme della letteratura giuridica italiana<sup>31</sup>, la quale, rigettando la teoria della trasposizione analogica delle norme dettate per la famiglia legittima alla famiglia di fatto, ha affermato come fosse necessario percorrere la strada della regolamentazione programmata del rapporto, la quale non potrà scaturire se non dall'utilizzazione dello strumento di cui all'art. 1322 cpv. cod. civ.: non si tratta infatti di modificare in tutto o in parte lo schema dell'atto matrimoniale, da cui deriva un complesso di obblighi e di diritti sia personali che patrimoniali inderogabili, ma piuttosto di dar vita ad uno schema regolamentare diverso, in quanto riferito ad una fattispecie dissimile, pur se funzionalmente omogenea.

Sostiene infatti l'illustre giurista che sia innegabile che alla base della convivenza *more uxorio* ci sia un consenso analogo a quello che è alla base del matrimonio (che nasce da un accordo ed è anch'esso manifestazione di autonomia privata)<sup>32</sup>: ritiene allora che debba accertarsi se questo accordo sia in grado di dare vita ad un rapporto giuridico basato sulla volontà calata in un contratto<sup>33</sup>; ossia, verificare se gli interessi regolati siano meritevoli di tutela, e il contratto abbia una causa lecita<sup>34</sup>.

Quanto alla meritevolezza degli interessi, l'Autore ritiene, con ampia dose di buon senso, che l'interesse perseguito consista nel connotare un sentimento superficiale di serietà, pacatezza e maturità, non negando *l'affectio* che lo genera, ma anzi, mirando a strutturarla, a "giuridicizzarla"<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 156 e ss..

<sup>32</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 157, tiene comunque distinte le due dichiarazioni di volontà, ragionando sul caso del matrimonio canonico non trascritto: quest'ultimo, pur non rilevando a livello civilistico, è sempre trascrivibile anche dopo la morte di uno degli sposi, stante la nullità del patto contrario (Cass. Civ. 29 settembre 1976, n. 3185, in *Dir. Fam.*, 1977, 58)

<sup>33</sup> *Contra*, relativamente al medesimo turno di tempo in cui scrive l'Autore riportato, STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 1965, 8-9. In senso favorevole si era espressa la prevalente dottrina straniera: JEANMART, *Les effets civil de la vie commune en dehors du mariage*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976, 301 e ss.; SCHOLZ, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, in *der Rechtspraxis*, 1982, 229-230.

<sup>34</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 157-158, parte dal presupposto che tipo contrattuale (art. 1322 cod. civ.) e causa contrattuale (art. 1343 cod. civ.) siano elementi ben distinti concettualmente, e non elementi in rapporto di genere e specie (come invece ritiene FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. Dir. comm.*, 1979, I, 1 e ss., nonché la dottrina nettamente prevalente).

<sup>35</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 156-159.

La causa del contratto non sarebbe quella di tramutare obbligazioni naturali in obbligazioni civili<sup>36</sup>, ma l'assunzione, *pro futuro*, vincoli reciproci e sinallagmatici, indipendenti dalle obbligazioni naturali già sorte<sup>37</sup>.

Quanto alla liceità della causa, la sua valutazione coinciderebbe con la valutazione della liceità della convivenza, sulla quale già da tempo non si dubitava più<sup>38</sup>, nonostante l'Autore ammonisca dalla tentazione di valutare l'art. 1343 cod. civ. alla stregua dei principi costituzionali<sup>39</sup>.

L'indagine allora si sposta sul campo della liceità ex art. 29 Cost., col solo riferimento a quelle convivenze che riguardino una o due persone già precedentemente coniugate: in tal senso, norme che contemplano la convivenza non devono reputarsi alla stregua di un implicito riconoscimento di situazioni giuridiche che si pongono contro il matrimonio: si tratta generalmente di norme poste a tutela di interessi di soggetti determinati (figli naturali: cfr. artt. 250 e 317-*bis* cod. civ.); ma non può esservi quella vera *affectio* che rende la convivenza tutelabile, se non previa separazione, fisica e legale, con la famiglia coniugale originaria, e ciò ancor più alla luce della giurisprudenza costituzionale<sup>40</sup> e dell'opera del legislatore del 1975<sup>41</sup>, i quali hanno insieme ridimensionato l'obbligo coniugale di fedeltà; al punto che l'Autore, riprendendo le considerazioni principali, arriva ad affermare che l'obbligo di fedeltà degrada da valore dell'ordinamento, come tale inderogabile, a diritto disponibile: pertanto, in ogni caso, non potrebbe considerarsi illecita una pattuizione che intenda regolare una convivenza<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> V. per tutti OBERTO, *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni di attualità*, 2002, 977; ID. *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 156 e ss., ove si denota opportunamente che non può argomentarsi della validità dei contratti di convivenza quali novazioni di obbligazioni naturali in obbligazioni civili, stanti gli artt. 1230 e ss. cod. civ. che presuppongo, per l'operare della novazione, la preesistenza di un rapporto giuridico obbligatorio. Tale dottrina concorda che il contratto sia fonte di autonomi scambi tra sacrifici reciproci, mentre l'adempimento del dovere morale e sociale degrada, col contratto, a mero motivo; *contra* SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, 2001, 199; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 959.

<sup>37</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 163-164.

<sup>38</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 188, ove, al termine della ricostruzione storica del rapporto tra buon costume e convivenza *more uxorio*, conclude che la stessa sia immorale solo nel caso in cui "*la contre-prestation est constituée uniquement par le consentement à des relations charnelles*".

<sup>39</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 159.

<sup>40</sup> Corte cost., 18 aprile 1974 n. 99, su [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>41</sup> Cfr. Art. 156 cod. civ. come riscritto dalla riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975 n. 151).

<sup>42</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 161-162.

Tale pattuizione non avrà vincoli di forma<sup>43</sup>, se non quelli legati alla particolare natura di alcuni accordi (es. trasferimenti immobiliari, donazioni di danaro).

Dal punto di vista soggettivo, i contraenti dovranno essere soggetti capaci di agire.

Quanto all'oggetto, lo stesso dovrebbe essere squisitamente patrimoniale, non potendosi sanzionare l'inadempimento di doveri morali quali l'obbligo di coabitazione, di fedeltà, di assistenza moralmente, *et similia*, i quali potrebbero al massimo costituire una dichiarazione di intenti in premessa al predetto contratto. Mentre potranno trovar luogo accordi in ordine alla separazione dei contraenti, limitatamente a quelli con efficacia *inter vivos*, anche distinguendo sulla base delle cause della separazione, se essa sia consensuale o unilaterale, giustificata o ingiustificata, a seconda di parametri predefiniti, e così via<sup>44</sup>.

Quanto all'opponibilità, si intuiva chiaramente che il contratto ne avrebbe avuta solo relativamente alle parti (art. 1372 cod. civ.), in assenza di un sistema di pubblicità disposto per legge<sup>45</sup>: il che non comportava il riconoscimento implicito di entità giuridiche inesistenti *de iure condito*<sup>46</sup> (gli obblighi assunti nascono dal contratto, non già dalla mera convivenza), in quanto la giustificazione causale dell'accordo non risiede nell'esistenza di una formazione sociale, la cui essenza è di per sé improduttiva di effetti, anche tra i conviventi stessi.

Ancora, si rispondeva a quella dottrina che invocava l'intervento del legislatore, che se una riforma in materia si rendeva necessaria e costituzionalmente accettabile, allo stesso modo si doveva reputare accettabile un contratto avente ad oggetto le medesime norme dell'invocata futuribile legge sulla convivenza, dato che l'una e l'altro sarebbero state assimilabili *quoad effectum*. Del resto, ricorda l'Autore, si operò similmente quando, prima della ratifica del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede, si consentì ai soggetti coniugati col

---

<sup>43</sup> *Contra* la dottrina che, ritenendo applicabili alla convivenza le norme sulla comunione legale, ritiene che gli accordi tra i conviventi necessitino della forma pubblica ai sensi dell'art. 162 cod. civ.: per tutti, PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, 1980, 291.

<sup>44</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 164-165.

<sup>45</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 268 e ss.; ID., *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni di attualità*, 2002, 993 e ss.

<sup>46</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 167, in risposta a TRABUCCHI, *Pas par cette voie si vous plait!*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, 349 e ss., ove si contestava che la presenza dell'accordo presupponesse la preventiva esistenza giuridica di un nucleo, in assenza del quale il contratto non avrebbe alcun senso.



solo rito ecclesiastico di “giuridicizzare” la loro unione, di per sé improduttiva di effetti civili, con una apposita convenzione, avente contenuto patrimoniale; e non vale a sminuire questo parallelismo la circostanza che il matrimonio canonico avesse una rilevanza sociale pari (se non superiore) a quella del matrimonio civile, e certamente ben superiore a quella della mera convivenza *more uxorio*. Anzi, l'Autore sottolinea come, in entrambi i casi, la scelta alternativa al matrimonio civile fosse dettata da scelte di segno libertario e di dissenso<sup>47</sup>.

A tali ragioni tecniche, l'Autore affianca considerazioni di carattere sistemico: se davvero, e nessuno lo negava e lo nega, la famiglia fondata sul matrimonio ha perduto il monopolio della funzione familiare, a maggior ragione, una codificazione delle formazioni sociali concorrenti alla stessa funzione, oltre a scontare una non voluta parentela con la legislazione della famiglia fondata sul matrimonio, finirebbe per disegnare una “famiglia di serie B”, soprattutto ove la stessa codificazione dovesse avere carattere cogente, e non volontaristico. Una codificazione, al contrario, dovrebbe essere in grado di abbracciare le numerose sfaccettature psicologiche della convivenza, dotata della maggiore generalità ed astrattezza possibile, così da esaltare l'individualità delle scelte, o in alternativa, limitata alla fase patologica della convivenza: tutte finalità raggiungibili con il più maturo, responsabile, e versatile strumento dell'autoregolamentazione<sup>48</sup>.

Altra autorevole dottrina<sup>49</sup> ha proseguito lo sviluppo di questa linea di pensiero<sup>50</sup>,

---

<sup>47</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 168-172; RESCIGNO, *La tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, in *Studi in onore di Chiarelli*, IV, 1973, 4008; P. PERLINGERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. e giur.*, 1979, 777.

<sup>48</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 173-178.

<sup>49</sup> CALO', *Profili di interesse notarile della famiglia di fatto*, in *Studi e materiali (1986-1988)*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2, 1990, 80-94; ID., *Le convivenze registrate in Europa*, 2000, *passim*; OBERTO, *La famiglia di fatto nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1986, c. 110; ID., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 7 e ss., 151 e ss.; ID., *Contratti di convivenza e contratti tra conviventi “more uxorio”*, in *Contratto e impresa*, 1991, 369 e ss..

<sup>50</sup> La teoria contrattuale è stata giudicata positivamente, nel tempo, da Autori inizialmente scettici sul punto, o fautori di diverse ricostruzioni: tra essi, BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, 1992, 204 e ss.; DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, VIII, Torino, 1992, 195 e ss.; ID., *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza more uxorio e presupposizione*, nota a Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Fam. e dir.*, 2001, 529 e ss.; BUSNELLI - SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 779 e ss.; CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, nota a Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Fam. e dir.*, 1994, 146 e ss.; FRANZONI, *I contratti tra conviventi “more*

considerando che la via contrattuale consentiva di potenziare quella soglia minimale di tutela costituita dalla sussunzione della fattispecie allo schema delle obbligazioni naturali che comunque (come evidenziato *supra*, cap. I) la giurisprudenza, proprio in quel periodo, emancipava da una concezione “indennitaria” e “retributiva”<sup>51</sup>, escludendo talvolta la *soluti retentio* in relazione a spostamenti patrimoniali attuati tra i conviventi tramite negozi nulli per difetto di forma (donazioni dirette, sovente dissimulate da compravendite, prive della forma solenne)<sup>52</sup>, scorgendo in essi una autonoma causa familiare.

La teoria contrattuale continuava a valere anche in fronte alla fase successiva, nella

---

*uxorio*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 737 ss. ; QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di autoregolamentazione*, in *Dir. fam. Pers.*, 1994, 301 e ss.; D’ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, 1995, 86; GIGLIOTTI, *Rottura della convivenza more uxorio e affidamento del figlio naturale: rilevanza dell’accordo parentale sulle condizioni della “separazione”*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, I, 611 e ss.; MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, 1996, 65 e ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 509 e ss.; FRANCESCHIELLI, *Rapporto di fatto*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, XVI, Torino, 1997, 283; FUCCILLO, *Accordi di convivenza: alcuni aspetti problematici*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, 1997, 68 e ss., 79 e ss.; FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. e dir.*, 1998, 183 e ss.; EAD., *Il matrimonio*, 2002, 230; EAD., *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, nota a Trib. Savona, 29 giugno 2002, in *Fam. Dir.*, 2003, 598 e ss.; TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Il diritto di famiglia*, I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, 1999, 499 e ss.; Aa. Vv., *Matrimonio, Matrimonii*, a cura di Brunetta d’Usseaux e D’Angelo, 2000, *passim*; BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, e 468 ss.; ID., *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, in *Familia*, 2002, p. 439 ss.; SOLAINI, *La famiglia di fatto*, in *La famiglia*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, I, 2000, 493 e ss.; ALAGNA, *Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari*, in *Dir. fam. Pers.*, 2001, 281 e ss.; IEVA, *I contratti di convivenza. Dalle legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. Notar.*, 2001, 37 e ss.; PINORI - TRAVERSO, *Finisce l’amore, si va dal giudice*, 2001, *passim*; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, 2001, *passim*; VITUCCI, *Dal di che nozze... Contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Familia*, 2001, 713 e ss.; Aa. Vv., *Convivenza e situazioni di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, 2002, 803 e ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. Civ.*, 2002, 509 e ss.; CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, 501 e ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 975 e ss.; 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 Moscati e Zoppini, 2002, 71 e ss.; ZOPPINI, *Tentativo d’inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, *ivi* e 26 ss.; ZATTI, *Familia, familiae – Declinazione di un’idea*, in *Familia*, 2002, 9 e ss., 337 e ss.; ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, 2003, 143 e ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, 2003, 347 ss.; da ultimo, poco prima dell’approvazione della l. 76/2016, SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 671 e ss.; in giurisprudenza, esplicitamente Cass. civ., sentenza 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 339, con nota di BERNARDINI. *Contra* TRABUCCHI, *Pas par cette voie s’il vous plaît!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 349 e ss.; PROSPERI, *A proposito di una recente monografia in tema di “famiglia di fatto”*, in *Rass. dir. Civ.*, 1984, 203 e ss.; CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, 1995, 1246 e ss..

<sup>51</sup> Sull’esistenza di un dovere morale di prestare i mezzi di sussistenza alla convivente in funzione remuneratoria, per tutti OPPO, *Adempimento e liberalità*, 1947, 264; ID., *Sulla definizione di donazione remuneratoria*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 872 e ss.

<sup>52</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 86 e ss..

quale l'obbligazione naturale tra conviventi diveniva di tipo "contributivo"<sup>53</sup>: radicale mutamento di prospettiva, quest'ultimo, in forza del quale l'obbligo morale e sociale rilevante ex art. 2034 cod. civ. diventava un dovere di solidarietà che impegna entrambi i conviventi ad una reciproca assistenza morale e materiale, nonché alla effettuazione di contribuzioni, ora in denaro, ora in natura, proporzionate alle proprie capacità di lavoro, sia professionale che casalingo<sup>54</sup>: la causa del contratto di convivenza sarebbe, appunto, l'impegno reciproco dei conviventi all'adempimento di obbligazioni naturali tra essi esistenti, che non si novano, ma si istituzionalizzano nel contratto<sup>55</sup>.

Poste tali premesse, appariva chiaro e condivisibile che eventuali dubbi in punto meritevolezza di tutela (art. 1322 cod. civ.) sembravano superabili sulla base della considerazione che degna di protezione appariva senz'altro ogni pattuizione la quale si prefiggesse di evitare liti future e di fornire un minimo di sicurezza economica al convivente "debole"<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 87 e ss..

<sup>54</sup> Cass. Civ., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2301, con nota di FLORINO; Cass. Civ., 26 gennaio 1980, n. 651, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Indebito*, n. 6; Cass. Civ., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. civ.*, 1989, 498 (ove la Corte si spinge addirittura ad affermare la presenza di un'obbligazione naturale anche tra due persone legate da una semplice "relazione sentimentale": "Nella dazione di una somma di danaro da parte dell'uomo alla donna in occasione della cessazione della loro relazione sentimentale può ravvisarsi l'adempimento di una obbligazione naturale, con la conseguenza che la suddetta somma non può essere chiesta in restituzione, né dedotta in compensazione da parte del *solvens*"; analogamente la recente Cass. Civ., sentenza 20 giugno 2013, n. 15481, su *www.altalex.com*, con nota di VASSALLO); Cass. Civ., 22 gennaio 2014, n. 1277, su *www.altalex.com*, con nota di VASSALLO; Cass. Civ., 15 maggio 2009, n. 11330, su *www.altalex.com*, con nota di PONTICIELLO; Cass. Civ., 13 marzo 2003, n. 3713; Cass. Civ. 14 gennaio 1992, n. 324, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 630; Cass. Civ. 1° febbraio 1992, n. 1077, in *Riv. Not.*, 1993, 150. In dottrina evidenziano il passaggio dall'aspetto risarcitorio a quello assistenziale-contributivo OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 83 e ss.; SPADAFORA, *L'obbligazione naturale tra conviventi ed il problema della sua trasformazione in obbligazione civile attraverso lo strumento negoziale*, in *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, 2002, 157 e ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, 2003, 337 e ss.; GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 134 e ss.; MAZZOCCA, *La famiglia di fatto. Realtà attuale e prospettive*, 1989, 101; inoltre, in tempi non sospetti, DE CUPIS, *Il concubinato nel diritto privato*, in *Foro pad.*, 1961, III, c. 78. *Contra*, nel senso dell'inesistenza, a carico dei conviventi, di doveri morali di assistenza e mantenimento, CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 555 e ss.. Sui rapporti tra obbligazione naturale, donazione e donazione remuneratoria, v. BALESTRA, *Obbligazioni naturali e donazione*, in *Famiglia*, 2002, 591 ss..

<sup>55</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 161-168, la cd. teoria della biunivocità tra obbligazione naturale e vincolo contrattuale, che non si scosta di molto da quella di GAZZONI, *op. ult. cit.*, che pure teorizza il rapporto di fatto quale causa del contratto tra i conviventi.

<sup>56</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 151 e ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 509 e ss..

### 1.3 (segue) L'oggetto del contratto atipico di convivenza.

Venendo così all'individuazione dell'oggetto del contratto di convivenza, si ribadisce quanto già detto in apertura di questo stesso capitolo: l'espressione "contratto di convivenza" non può designare l'accordo con cui due persone si impegnano a convivere *more uxorio*, dal momento che i vincoli di carattere personale sfuggono alla regolamentazione pattizia<sup>57</sup>. La terminologia abbraccia piuttosto tutte quelle intese di contenuto patrimoniale che i conviventi, indipendentemente dalla presenza o meno di un impegno formale a condividere la futura esistenza, ma comunque sul presupposto di quest'ultima, possono concludere al fine di regolare i rispettivi rapporti economici, sottoponendo a regole prefissate la soluzione degli eventuali problemi che potrebbero insorgere durante il *ménage*.

Secondariamente, può aggiungersi che gli aspetti salienti di tali convenzioni dovrebbero consistere nell'assunzione di un obbligo reciproco di contribuzione nell'interesse della famiglia (ovvero dell'obbligo di mantenimento a carico di uno dei conviventi verso l'altro), con la specificazione delle relative modalità qualitative e quantitative, nonché dall'eventuale regime degli acquisti. Si tratta di una elencazione minimale, tale da rendere utile l'impiego dello strumento contrattuale: ma la varietà delle intese immaginabili è ben più vasta, fatta di innumerevoli combinazioni.

Come già specificato in più punti, restano fuori dall'oggetto del contratto i rapporti personali tra i conviventi, che attengono alla sfera dei diritti e delle libertà individuali costituzionalmente garantiti, con la sola eccezione degli accordi sull'affidamento dei figli

<sup>57</sup> RIZZI, *Tecniche redazionali e convivenze (ovvero come ovviare sul piano negoziale all'assenza di normativa sulla convivenza)*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, 2015, 61. Oltre ad essere inadeguati a costituire oggetto di prestazioni ai sensi dell'art. 1174 cod. civ. (cfr. SESTA, *Diritto di famiglia*, 2003, 415), tali vincoli violerebbero inevitabilmente l'ordine pubblico (OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 193 e ss.; ID., *Contratti di convivenza e contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Contratto e impresa*, 1991, 42; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 470 e ss.); inoltre, attenta dottrina denota la potenziale difficoltà di individuare forme coattive di adempimento in caso di rifiuto di un obbligato di attenersi alle decisioni concordate (ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 1985, 216) e di predisporre un qualsiasi rimedio giuridico all'inadempimento delle stesse, sia per l'insuscettibilità di un controllo giudiziale (PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi (artt.143-148)*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, 1990, 170, 173; SANTORO – PASSARELLI, *Artt.143-146*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 244).

per il caso di cessazione della convivenza<sup>58</sup>: non è perciò possibile prevedere in un contratto di convivenza: a) un obbligo di coabitazione per un determinato periodo, sanzionato da una penale in caso di inadempimento; b) un obbligo di fedeltà, anch'esso sanzionato da una penale in caso di inadempimento; c) un impegno alla procreazione o, al contrario, alla non procreazione, con il conseguente obbligo di utilizzare dispositivi contraccettivi; d) ogni altro impegno e obbligo tale da incidere sulla sfera dei diritti personali e della libertà individuale.

Nessun dubbio sulla insuscettibilità di clausole volte alla regolazione dei rapporti successori, stante il divieto dei patti successori (art. 458 cod. civ.)<sup>59</sup>.

Il cuore del contratto di convivenza sono le clausole aventi ad oggetto i rapporti patrimoniali tra i conviventi: in particolare, il contratto può prevedere e convenire: a) l'obbligo per il convivente che percepisce un reddito, di provvedere al mantenimento del convivente che invece si dedica esclusivamente al lavoro domestico e alla cura del *partner* e di eventuali figli<sup>60</sup>, ovvero di corrispondergli una rendita<sup>61</sup> (il tutto legato alla durata della convivenza); b) le modalità di partecipazione alle spese comuni<sup>62</sup>, procedendo,

---

<sup>58</sup> Art. 337-ter, comma secondo cod. civ., come introdotto dal d. lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, ove è stabilito espressamente, che nel prendere le decisioni in ordine all'affidamento dei figli, in caso di cessazione della convivenza, il giudice "prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori".

<sup>59</sup> È appena il caso di ricordare che la giurisprudenza è prevalentemente orientata verso una applicazione ampia del divieto: v. per tutte Cass. Civ., 19 novembre 2009, n. 24450, in *Dir. Fam.*, 2010, 3, 1149, e in *Giust. Civ.* 2010, 18959: "Configurano un patto successorio - per definizione non suscettibile di conversione in un testamento, ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., in quanto in contrasto col principio del nostro ordinamento secondo cui il testatore è libero di disporre dei propri beni fino al momento della morte - sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un *vinculum iuris* di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento".

<sup>60</sup> MAZZOCCA, *La famiglia di fatto. Realtà attuale e prospettive*, 1989, 92; GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 165.

<sup>61</sup> Come pragmaticamente suggeriscono CALO', *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro It.*, I, 1989, c. 1171, e OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 243.

<sup>62</sup> Tale partecipazione può consistere tanto nella corresponsione (periodica o *una tantum*) di somme di denaro, tanto nel conferimento di propri beni o della propria attività lavorativa, eventualmente anche soltanto domestica, da parte dei conviventi: cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 241 e ss.; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 1997, 752 e ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 982 e ss.; OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, 2003, 114 e ss.; FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015, 722 e ss..

eventualmente, alla pre-individuazione di quelle che debbano considerarsi tali nell'ambito del rapporto di convivenza, nonché alla pre-individuazione di cause, per così dire, esimenti da tale obbligo (quale ad esempio, la perdita involontaria del reddito da lavoro)<sup>63</sup>; c) la regolamentazione dei rapporti patrimoniali inerenti il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli, gravando su entrambi i genitori l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole (art. 30 Cost.). Clausole suscettibili di essere revocate o modificate in qualunque momento, al fine di perseguire l'interesse dei figli, da considerarsi preminente rispetto all'interesse dei conviventi<sup>64</sup>: all'uopo, possono stabilirsi tra i genitori quote paritarie e/o diseguali (verosimilmente si terrà conto dei redditi percepiti da ciascun convivente), anche eventualmente prevedendo un apposito contratto di conto corrente, stipulato con un istituto di credito, co-intestato a entrambi i genitori, nel quale stanziare tali contributi; d) eventuali<sup>65</sup> meccanismi di acquisto "automatico" dei beni in comunione ordinaria<sup>66</sup>, seppur senza che gli automatismi, così convenuti, possano essere opposti ai terzi. Il che in pratica si traduce alternativamente nell'obbligo di riconoscere al *partner* la metà del valore dei beni acquistati separatamente, in caso di trasferimento a terzi del medesimo, ovvero di fine della convivenza; ovvero, nell'obbligo di ri-trasferimento<sup>67</sup> al

<sup>63</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 47 e ss..

<sup>64</sup> Art. 337-ter, comma quarto cod. civ., come introdotto dal dlgs 28 dicembre 2013 n. 154

<sup>65</sup> Sebbene l'esigenza di tutelare il *partner* "debole" sia particolarmente sentita, non si può escludere a priori che i conviventi intendano attenersi a un regime patrimoniale di stampo separatista, secondo una linea di tendenza che si va affermando anche in seno alla famiglia matrimoniale (così OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 558 e ss.; SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Famiglia*, 2001, 871 e ss., i quali ritengono che la scelta sia operata *in contemplation of divorce*): in tal caso, sarebbe opportuno prevedere un obbligo di restituzione di qualsiasi importo versato da un convivente all'altro, o comunque in suo favore (salvo che non vi sia un dichiarato intento liberale), o un regime di rimborsi per lo sfruttamento, il godimento e l'utilizzo dei beni del *partner*. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 537 e ss., critica tale elaborazione, in quanto ritiene che così facendo, si precostituirebbe la causa di eventuali negozi giuridici futuri; la dottrina prevalente ritiene, al contrario, del tutto ammissibile il negozio giuridico la cui causa (cd. causa esterna) sia estranea al negozio medesimo (GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 564 e ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, 1967, 42 e ss.; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, 1975, 200 e ss.).

<sup>66</sup> Potrebbero perciò stabilirsi anche le regole sulla amministrazione dei beni comuni, secondo le regole della comunione ordinaria (artt. 1100 e ss. cod. civ.).

<sup>67</sup> Che dal punto di vista tecnico può inquadrarsi tanto nello schema del mandato senza rappresentanza (artt. 1705 - 1706 cod. civ.; così OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 265 e ss.; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 1997, 755 e ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, 2003, 348-349; ma il convivente potrebbe anche agire in forza di una procura speciale *ad hoc*, e quindi con potere di rappresentanza), quanto nello

convivente–non acquirente della metà (o di altra quota tra essi pattuita) del bene acquistato separatamente<sup>68</sup>, entro una certa data dall'acquisto, ovvero in caso di cessazione della convivenza<sup>69</sup>; obblighi coercibili<sup>70</sup> solo mediante l'esperimento di della domanda di cui all'art. 2932 cod. civ.; e) l'uso della casa adibita a residenza comune (ad esempio se essa fosse di proprietà esclusiva di uno dei due conviventi, questi potrebbe riconoscere formalmente al proprio *partner* il diritto di goderne e servirsene senza dover corrispondere alcun compenso, fissando quote di partecipazione al pagamento delle spese di manutenzione, condominiali, relativi ad utenze domestiche<sup>71</sup>); f) la destinazione di uno o

---

schema del contratto preliminare (DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 985): in entrambi i casi, l'opinione della dottrina prevalente è che l'indeterminatezza iniziale dell'oggetto non costituisca un ostacolo alla validità dei negozi, dal momento che (argomentano OBERTO, *ibidem*, e MURITANO – PISCHETOLA, *Accordi patrimoniali tra conviventi*, 2009) la determinatezza dell'oggetto si ha anche quando, una volta individuati nel titolo gli elementi necessari e sufficienti per compiere la determinazione, quest'ultima avvenga sulla base di eventi esteriori, quali comportamenti o dichiarazioni delle parti stesse o di terzi: si fa riferimento, in tal senso, alla teoria giurisprudenziale della determinabilità *ex post* (elaborata in tema di fideiussione *omnibus*, v. *ex multis* Cass. civ. 20 luglio 1989, n. 3386, in *Foro It.*, I, c. 3100), al cd. contratto normativo (sul quale v. DIENER, *Il contratto in generale*, 2011, 183-186) e specificatamente al contratto di *factoring* (sul quale v. CLARIZIA, *Contratti di factoring*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, 2, *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli e Lener, 2011, 1689-1697, e v. anche l'art. 3 l. 21 febbraio 1992, n. 52, che in tal senso ammette la cessione del credito anche prima che siano stipulati i contratti dai quali i crediti stessi sorgeranno), e al cd. negozio di puro trasferimento, che ha lungo impegnato la dottrina (sul quale v. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, 1947, 71 e ss., 82 e ss., 94 e ss.; PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro Pad.*, 1953, III, c. 87; BIANCA, *La vendita e la permuta*, 1972, 85 e ss.; SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Encicl. Dir.*, vol. XXVIII, 1978, 85 e ss.; LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da Rescigno, XII, 1985, 98 e ss.).

<sup>68</sup> Sarà invece opportuno indicare quali siano i diritti destinati a cadere in comunione, specificandone la natura (se cioè reale o obbligatoria) e distinguendo a seconda del modo d'acquisto (se cioè a titolo originario, derivativo, *mortis causa*, ecc.). E' comunque consigliabile elencare con esattezza anche quelle categorie di rapporti che, in considerazione della loro natura personale, è opportuno restino esclusi dalla comunione. La causa di questo trasferimento ripropone le medesime incertezze già affrontate in tema di attribuzioni patrimoniali tra conviventi: donazione remuneratoria, adempimento di obbligazione naturale, liberalità diretta.

<sup>69</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 260 e ss.; BALESTRA, *I contratti di convivenza*, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 1; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 1997, 476 e ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 975 e ss.

<sup>70</sup> Non potrebbe ricrearsi il regime di indisponibilità della quota previsto per la comunione legale dei coniugi (ma v. le opinioni contrarie di SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 365 e ss., e BUSNELLI, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. notar.*, 1976, I, 42), se non *inter partes* e con efficacia obbligatoria, stante la pacifica intrascrivibilità del divieto pattizio di alienare di cui all'art. 1379 cod. civ., che peraltro andrebbe contenuto entro convenienti limiti di tempo.

<sup>71</sup> Cass. Civ., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 339, con nota di BERNARDINI; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 285 e ss.; ID., *Famiglia di fatto e convivenze: Tutela*

più beni di proprietà esclusiva o congiunta dei conviventi a far fronte ai bisogni della vita comune, costituendo apposito vincolo di destinazione, che se riguarda beni immobili o mobili registrati, dovrà trascriversi nei relativi registri pubblici a cura del notaio o dell'ufficiale rogante, ai fini dell'opponibilità ai terzi; g) prestazioni assistenziali materiali per il caso di necessità in cui dovesse versare uno dei conviventi; h) le regole per la definizione dei reciproci rapporti patrimoniali in caso di cessazione della convivenza<sup>72</sup> (ad esempio i conviventi possono convenire quali fatti determinino la fine della convivenza<sup>73</sup>, le modalità di reciproca comunicazione della volontà di terminare il rapporto, *ad nutum* o in presenza di giusta causa; il diritto di abitazione sulla comune residenza<sup>74</sup>, i criteri con cui procedere alla futura divisione di tutti i beni, mobili e immobili, acquistati durante la convivenza, ovvero prevedere a carico di chi dispone di un reddito, l'obbligo di corrispondere all'altro, che invece non disponga di un reddito autonomo, essendosi dedicato al lavoro domestico e alla cura del partner e di eventuali figli, un contributo

---

*dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e dir.* 2006, 661 e ss.; ASPREA, *L'assegnazione della casa familiare nella separazione, nel divorzio e nella convivenza*, 2003, 104 e ss.

<sup>72</sup> Alcune normative straniere incoraggiano espressamente la conclusione di accordi *in contemplation* di una possibile rottura del rapporto di convivenza: è il caso, ad esempio, degli artt. 3 (per le convivenze eterosessuali) e 22 (per le convivenze omosessuali) della legge catalana n. 10 del 15 luglio 1998 (*d'unions estables de parella/de uniones estables de pareja*), secondo cui i conviventi, sin dall'inizio della loro unione, "*pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia con el límite de los derechos que regula este capítulo, que son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles*"; ma già nel 1984, il *De Facto Relationships Act* del Nuovo Galles del Sud (Australia) aveva stabilito (art. 44) che un accordo di convivenza potesse essere "*made in contemplation of the termination of a domestic relationship*". Anche in dottrina la promessa dell'effettuazione di prestazioni di carattere economico per il periodo successivo alla rottura viene generalmente ritenuta valida (GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 165; *contra* TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1981, 350). OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 282, ritiene si debba evitare che la pattuizione possa essere qualificata come clausola penale per il caso di abbandono, che sarebbe nulla in quanto limitativa della libertà del contraente. Si era da parte di taluno suggerito di effettuare un richiamo alla normativa in tema di assegno di separazione o di divorzio, e di fissare l'*an* e il *quantum* dell'assegno stesso o, quanto meno, parametri certi per la sua determinazione. Non sarà possibile attribuire alcun rilievo a un ipotetico "addebito" della rottura, per le già esposte ragioni d'ordine pubblico.

<sup>73</sup> OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, 57.

<sup>74</sup> Distinguendo a seconda che l'immobile sia in proprietà di uno dei conviventi (o di entrambi), ovvero formi oggetto di un rapporto locatizio. Nella prima ipotesi, la relativa pattuizione potrebbe configurare, in alternativa, un diritto reale di abitazione, ovvero un comodato. Se invece l'immobile fosse semplicemente detenuto in conduzione, l'accordo sortirebbe l'effetto di una cessione della posizione contrattuale nascente dal contratto di locazione.



periodico, per un determinato periodo di tempo a partire dal momento di rottura della convivenza<sup>75</sup>, ovvero, ancora, prevedere quanto ai commi secondo e quarto dell'art. 337-ter cod. civ.).

Si riteneva in dottrina (ma il caso è raro nella prassi, più che altro per ragioni di “galateo”) che il contratto di convivenza potesse legittimamente prevedere l’obbligo della corresponsione di una determinata somma di denaro in caso di rottura dell’unione<sup>76</sup>, ancorché subordinato alla condizione che la cessazione della convivenza sia derivata da determinate circostanze<sup>77</sup>, ma evitando di formulare la pattuizione sotto forma di clausola penale per il caso di abbandono, al fine di evitare eccessive limitazioni della libertà personale<sup>78</sup>.

Non si riteneva ammissibile la regolamentazione della collaborazione all'impresa del convivente-imprenditore analoga a quella dell’impresa familiare di cui all'art. 230-bis cod. civ.: una simile pattuizione, al di fuori della famiglia coniugale, integra senz'altro un rapporto di lavoro subordinato, o, meno probabilmente, una associazione in partecipazione o una società *de facto*. D’altro canto, nell’ottica della tutela della partecipazione del convivente “debole”, appare più logica la scelta di costituire una società, nella quale la posizione di quest'ultimo potrebbe essere meglio tutelata.

Al di fuori della sfera prettamente patrimoniale, i conviventi possono anche prevedere che, in tutti i casi di malattia fisica o psichica anche grave, di lesioni o infortuni di ogni genere, ovvero qualora la capacità di intendere e di volere di uno di essi risulti comunque compromessa, il *partner* abbia la facoltà di assistenza, sia in casa che in qualsiasi struttura esterna privata o pubblica, nonché ogni diritto di visita, attribuendosi inoltre, ai sensi dell’art. 82 d.lgs. n. 196 del 2003, ogni più ampia facoltà di delega al fine di conoscere

---

<sup>75</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 241 e ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, 2003, 415; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 1997, 474.

<sup>76</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 282 e ss.; ID., *Famiglia di fatto e convivenze: Tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e dir.*, 2006, 661 e ss.; BALESTRA, *I contratti di convivenza*, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 1, 43 – 47.

<sup>77</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 165; BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, 1992, 205; OBERTO, *ibidem*.

<sup>78</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 1991, 72.

ogni dato o informazione, anche sensibile, riguardante lo stato di salute, le cure e le terapie a cui il convivente venga sottoposto.

La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione, si trova nella impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio. La scelta dell'amministratore di sostegno da parte del giudice avviene con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona da tutelare; tuttavia, l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata: la designazione reciproca dei conviventi può certamente inserirsi nel contratto di convivenza, e anzi, divenire una clausola caratterizzante.

#### 1.4 (segue) *La forma.*

Il contratto atipico di convivenza è soggetto al principio generale della libertà della forma; deve però rivestire la forma pubblica, o la forma privata autenticata, quando contenga una designazione di amministrazione di sostegno, e la forma pubblica quando contenga l'apposizione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ., o un trasferimento a titolo gratuito di diritti reali su beni immobili<sup>79</sup>. È comunque da ritenersi preferibile il ricorso all'atto pubblico notarile, eventualmente con la presenza di due testimoni, specialmente qualora vi sia uno squilibrio tra le reciproche prestazioni, in modo tale che la convenzione possa essere eventualmente riqualificata in sede contenziosa quale donazione. Inoltre, si deve considerare che l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata costituiscono titoli esecutivi, con tutte le conseguenze vantaggiose che ne conseguono qualora si debba agire in giudizio per ottenere l'adempimento degli obblighi assunti.

---

<sup>79</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991 77; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 1997, 474

## 2. Il contratto di convivenza tipizzato dalla legge 20 maggio 2016. n. 76.

### 2.1 *Analisi del testo legislativo...*

Le considerazioni precedentemente svolte dalla dottrina e riportate nei paragrafi precedenti hanno costituito il terreno nel quale si è radicato il contratto di convivenza, tipizzato dalla l. 76/2016.

Si dirà subito che il risultato ottenuto, a fronte di molti anni di attesa, è stato piuttosto deludente, avendo avuto poco riguardo per l'enorme mole di contributi dottrinali prodotti; va peraltro detto che il giudizio, come si è già avuto modo di accennare, è influenzato dall'aver introdotto la disciplina delle convivenze nella medesima legge che disciplina le unioni civili omosessuali, sottolineando così ancor di più, se possibile, le discrepanze prodotte nel sistema.

A norma del comma 50, i conviventi di fatto<sup>80</sup> possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza, i cui profili formali sono regolati dal comma 51: a norma del predetto comma, il contratto, le sue modifiche e la sua risoluzione, sono redatti in forma scritta a pena di

---

<sup>80</sup> È dubbio se la dichiarazione anagrafica richiamata dal comma 37 della l. 76/2016 sia una preconditione per la stipula del contratto di convivenza: l'opinione preferibile, sostenuta dalla dottrina prevalente (RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 1, 2017, 24-25) avallata dalla giurisprudenza di merito (Trib. Milano, ordinanza 31 maggio 2016, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com) con nota di SCALERA: "avendo la convivenza natura fattuale, e cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale, la dichiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo"), ritiene che così non sia, benché sia logico presupporre che i conviventi rendano la dichiarazione al fine di indiziare al soggetto rogitante o autenticante la sussistenza del rapporto di fatto. Del resto, il comma 50 non limita affatto la possibilità di stipulare il contratto di convivenza solo a coloro che siano in grado di accertare la loro convivenza ai sensi del comma 37, e fa, invece, riferimento ai "conviventi di fatto" senza porre altre condizioni; nello stesso senso, il comma 53 stabilisce che il contratto di convivenza deve recare l'indicazione dell'indirizzo comunicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo: le parti possono avere, pertanto, indirizzi diversi, a conferma che per la stipula di un contratto di convivenza non è necessaria la coabitazione ed una residenza anagrafica comune. A conferma di quanto appena sostenuto, lo stesso comma 53 stabilisce che il contratto di convivenza può (e non deve) contenere l'indicazione della residenza, a conferma, anche in questo caso, che per la stipula di un contratto di convivenza non è necessaria una residenza anagrafica comune (presupposto quest'ultimo, per ottenere, invece, l'accertamento anagrafico della convivenza ai sensi del comma 37). Autorevole dottrina (RIZZI, *ibidem*) anzi nota come la stipulazione del contratto di convivenza possa essere un modo per ottenere la certificazione anagrafica proprio nei casi in cui i contraenti non risiedono nello stesso Comune e dunque non possano ottenerla, argomentando dal combinato disposto degli artt. 1, comma 52, L. n. 76/2016 e dell'art. 4, comma 2, D.P.R. n. 223/1989.

nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata<sup>81</sup> da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico".

I requisiti formali del contratto sono descritti in maniera poco chiara: posta la non necessaria presenza dei testimoni, che sebbene coerente con l'indirizzo assunto dal legislatore con la l. 28 novembre 2005, n. 246, dice tanto sulla prevalenza dell'aspetto patrimoniale del contratto rispetto a quello familiare (le convenzioni matrimoniali restano tra i pochi atti pubblici nei quali è richiesta la presenza dei testimoni), il contratto deve essere "scritto", ma anche "atto pubblico, o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o un avvocato", come che le due cose potessero non coincidere. Ci si chiede allora, presupposta la conoscenza del legislatore circa la gerarchia delle forme contrattuali, se sia valida il contratto stipulato in forma scritta non autenticata: la previsione della

---

<sup>81</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 946-947, riprendendo una opinione già espressa precedentemente (ID., *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprevedibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 168-170), ritiene eccessivamente onerosa la previsione della forma pubblica quando il contratto non debba regolare profili inerenti il regime patrimoniale dei coniugi, ritenendo che accordi in ordine alla contribuzione ai bisogni della famiglia possano prescindere dall'impiego della forma pubblica, bastando la mera forma scritta (nello stesso senso, LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 2016/76*, in *www.iudicium.it*). Tuttavia, date le premesse da cui ha preso mosso il legislatore (riconoscimento della rilevanza costituzionale della convivenza), l'impiego della forma solenne non appare così fuori luogo, benché la l. 76/2016 disegni un contratto di convivenza nel quale l'assunzione di obblighi è particolarmente scolorita, essendo il contratto più un regolamento che un impegno; lo stesso Autore pare rendersene conto, quando, *ibidem*, afferma che "La disposizione in materia di forma, pur a fronte delle citate criticità, possiede, se non altro, l'unico pregio di porsi in controtendenza rispetto alla china, presa da una parte della dottrina, anche di quella più recente, circa la possibilità di desumere la conclusione di un contratto di convivenza dal comportamento dei *partners*, "come espressione di una loro concorde volontà attuosa" (così FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, 1988, 52, ispiratosi alla categoria giurisprudenziale di *common law* dell'*implied cohabitation contract*, su cui v. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, 2016, 69 e ss.); *contra*, nel senso dell'opportunità della forma pubblica, con argomentazioni differenti, D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, 1989, 423; PALMIERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, 2001, 66 ss.; VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di Romeo, 2014, 287; FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Fam. e dir.*, 2015, 729; RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 1, 2017, 22, sottolinea che la forma pubblica consente di avere tra le mani un titolo esecutivo (nel caso della scrittura privata autenticata, solo per l'adempimento di obbligazioni pecuniarie) con tutti i vantaggi che ne conseguono, in termini di semplificazione del procedimento, qualora si debba agire in giudizio per ottenere l'adempimento degli obblighi assunti.

nullità sembrerebbe riferita alla forma non scritta<sup>82</sup>, più che alla forma non autentica: bastava forse dire “con atto avente la forma scritta a pena di nullità”. Si ritiene più che consigliabile, nella prassi applicativa, l'utilizzo della forma pubblica.

Il legislatore reputa equivalenti le scritture private con sottoscrizioni autenticate da notaio, e le medesime autenticate da avvocato, salvo ricordare, con spregio del linguaggio tecnico e della concezione sistemica delle norme, che per i trasferimenti immobiliari “rimane l'esclusiva competenza notarile”. E, come già osservato da autorevole dottrina<sup>83</sup>, l'alternatività delle autenticazioni può operare solo allorquando i conviventi, scelto il regime della comunione dei beni, convengano di adottare quello della separazione senza aver *medio tempore* compiuto alcun acquisto immobiliare. Ciò perché, se vi sia stato un acquisto immobiliare, il passaggio dalla comunione legale alla comunione ordinaria implica una modifica del regime giuridico della proprietà immobiliare che rende applicabile l'ultima parte del comma 60, e dunque l'esclusiva competenza notarile per vicende immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza. Si tratta di una conseguenza dell'incauta parificazione delle funzioni notarili e di assistenza legale, verso la quale il legislatore dimostra di avere una recente<sup>84</sup>, pericolosa, attrazione.

Il comma 60, data la sua formulazione<sup>85</sup>, è enigmatico in quanto tiene ferma in capo al notaio la competenza per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque *discendenti* dal contratto di convivenza (comma 60): l'enegmaticità è nella “discendenza”, che potrebbe elevare la convivenza a “causa” di eventuali trasferimenti

---

<sup>82</sup> Così OBERTO, *op. loc. ult. cit.*, il quale si chiede “per quale ragione sarebbe menzionata *expressis verbis* la forma scritta, posto che non sembrano immaginabili atti pubblici o scritture private autenticate che il requisito della forma scritta non soddisfino! A convincere, peraltro, della non percorribilità di tale via soccorre il successivo comma 52, che, ai fini della pubblicità dell'accordo, considera solo i casi del l'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (...). Non vi è dubbio, comunque, che, per effetto della riforma qui in commento, ogni contratto riconducibile alla fattispecie in esame dovrà non solo risultare frutto di un'esplicita manifestazione di volontà delle parti, ma andrà rivestito della forma richiesta ora dalla legge”.

<sup>83</sup> ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 349.

<sup>84</sup> Il D.d.l. C/3012/XVII, approvato dalla Camera dei Deputati il 7 ottobre 2015, in discussione al Senato, assegnava agli avvocati la facoltà di autenticare le sottoscrizioni di atti aventi ad oggetto immobili di uso non abitativo di valore inferiore ad euro centomila.

<sup>85</sup> Sull'errato presupposto (che la dice tutta sulla “conoscenza” che questo legislatore ha del diritto civile) che i trasferimenti immobiliari necessitino della forma pubblica, e non della mera forma scritta (cfr. art. 1350 cod. civ.); v. da ultimo Cass., SS. UU., 1° febbraio 2016, n. 2951, su [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it).

immobiliari, con tutte le conseguenze immaginabili, se solo non residuasse il dubbio che il legislatore abbia semplicemente equivocato, usando la parola “discendenti” (che evoca un rapporto di inferenza tra convivenza e trasferimento) in luogo della parola “connessi” (che evoca al contrario una correlazione occasionale di due o più negozi, stipulati tra i medesimi soggetti, nel medesimo contesto, ma slegati tra loro da un punto di vista causale).

I contraenti devono avere la maggiore età; quanto alla capacità di agire, la norma sanziona con la nullità insanabile (comma 57, lettera d, l. 76/2016)<sup>86</sup> il contratto di convivenza stipulato dall'interdetto giudizialmente: potrebbe allora ritenersi, *a contrario*, che sia valido il contratto stipulato dall'interdetto legale, dall'inabilitato, dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Appare tuttavia più prudente l'applicazione dei principi generali in materia di incapacità: si dovrebbe allora escludere la validità del contratto stipulato dall'interdetto legale; ritenere necessarie, per l'inabilitato, l'assistenza del curatore, salva l'eventuale dispensa *ex art. 427*, comma primo cod. civ., e l'autorizzazione del giudice tutelare; ritenere necessarie l'autorizzazione del giudice tutelare, ovvero l'assistenza dell'amministratore di sostegno, per il beneficiario della stessa, se previste dal decreto di nomina dell'amministratore di sostegno (art. 405, comma quinto, n. 4, e art. 409 cod. civ.).

A questo contratto, nel solco tracciato dalla dottrina che per prima lo ha indagato<sup>87</sup>, i primi commentatori<sup>88</sup> ritengono si sia attribuita autonomia causale: la causa del contratto sarebbe ravvisabile nei doveri morali e sociali instaurati dalla relazione familiare “di fatto”, e dunque nella solidarietà ad essa sottesa, operando quella trasformazione di obbligazione naturale in obbligazione civile sulla quale la dottrina aveva posto seri e legittimi dubbi<sup>89</sup>, concludendo che la salvezza del contratto di convivenza passava per la

---

<sup>86</sup> Ma sarebbe bastata la mera applicazione dei principi generali in materia di annullabilità del contratto stipulato dall'incapace (art. 1425, comma primo cod. civ.) ed opponibilità ai terzi degli effetti dell'annullamento (artt. 1445 e 2652, comma primo, n. 6 cod. civ.).

<sup>87</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 156-159.

<sup>88</sup> BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, 2014; DE FILIPPIS, *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza*, 2014; ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 347.

<sup>89</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991.

sua affrancazione dalla dimensione naturale delle obbligazioni nascenti i conviventi, e la degradazione dei doveri sociali a motivi del contratto medesimo. Invece, a parere della dottrina contemporanea<sup>90</sup> (che sembra accogliere l'intera normativa con esagerato trionfalismo), i richiamati doveri sociali non degradano affatto, segnano al contrario il profilo assiologico del regolamento negoziale, chiamato a disciplinare interessi meritevoli di tutela che si individuano nella volontà e nella necessità di dare un assetto equilibrato sul piano patrimoniale alla relazione di convivenza, anche al fine di prevenire ed evitare liti e giudizi<sup>91</sup>, dando, da un lato, certezza ai rapporti economici tra i componenti dell'unione, regolando dall'altro l'ipotesi in cui la convivenza abbia termine.

Proseguendo nell'analisi del dato normativo, il comma 52 dispone che ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato le sottoscrizioni a norma del comma 51, provveda entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223. È del tutto inusuale che il legislatore adotti, quale meccanismo di pubblicità di un negozio giuridico, la sua iscrizione nei registri anagrafici, ai quali la legge di regola riconosce soltanto una funzione di censimento della popolazione, trattando essi di persone, e non di contratti<sup>92</sup>: il che grava, da un lato, i conservatori di quei registri di una funzione che non gli è propria; dall'altro, grava gli operatori del diritto di un onere di effettuare presso quei registri (coperti dal diritto alla riservatezza, ribadita in chiave antidiscriminatoria con formula sovrabbondante e carica di ideologia dal comma 55, al punto che, come nota attenta dottrina, "non si capisce più se gli stessi debbano considerarsi pubblici e accessibili ai terzi oppure no"<sup>93</sup>): a rigor di logica, si dovrebbe escludere la possibilità per l'operatore di consultarli in assenza di una procura da parte degli interessati) indagini che normalmente conduce presso i pubblici registri.

<sup>90</sup> BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, 2014; DE FILIPPIS, *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza*, 2014; ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 347.

<sup>91</sup> Trib. Savona 24 giugno 2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 4.

<sup>92</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 948.

<sup>93</sup> RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, su *giustiziacivile.com*, 2016, n. 5, 9.

Verrebbe allora da chiedersi cosa intenda il legislatore per “opponibilità ai terzi”: posto che, con scelta criticabile (*infra*, cap. III), il legislatore non fa della stipulazione del contratto il momento qualificante della convivenza, dato che la stessa esiste in quanto esiste, ed in quanto esistente è opponibile ai terzi<sup>94</sup>, il comma qui in esame parrebbe concepito per dare opponibilità al solo regime patrimoniale di comunione tra i contraenti.

Il comma 53 delinea quello che, secondo l'opinione prevalente, è il “contenuto minimo” del contratto di convivenza. La non tassatività del comma 53 è argomentata secondo tre ordini di motivazioni: in primo luogo, perché la legge non sanziona in alcun modo il contenuto atipico del contratto di convivenza, nonostante in essa vi siano numerose cause di nullità; in secondo luogo, perché la locuzione di cui al comma 53 (“il contratto può prevedere”), fa intendere che il contenuto del medesimo non è un contenuto vincolato, ma può variare rispetto al modello offerto dal medesimo comma; in ultimo luogo, perché non vi è motivo per impedire stipulazioni ed accordi all'interno di un contratto che in generale non li prevederebbe, quando questi rispondano ai requisiti di meritevolezza di cui agli artt. 1322 e 1346 cod. civ..

Il contenuto minimo coincide con a) l'indicazione della residenza (indicazione la quale, a ben vedere, non sembra avere alcun contenuto negoziale); b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; c) il regime patrimoniale della comunione dei beni<sup>95</sup>, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro I del codice civile: riferimento ineccepibile dal punto di vista funzionale, più problematico da un punto di vista meramente concettuale, dal momento che si estende per via contrattuale la disciplina

---

<sup>94</sup> Si pensi agli eredi del proprietario della casa di residenza comune (comma 42), o al locatore di quest'ultima (comma 44) o, ancora, agli enti o istituti che procedono alla redazione delle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare (comma 45): soggetti, questi, tutti che sono sottoposti a determinati effetti derivanti dal rapporto di convivenza di fatto tra due persone con cui vengono in qualche modo in relazione, a prescindere dalla sussistenza di un contratto di convivenza; cfr. OBERTO, OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 948.

<sup>95</sup> Per LUISSO, *La convivenza di fatto dopo la l. 2016/76*, su *www.iudicium.it*, la scelta della comunione legale può essere fatta solo da sprovveduti (il che in realtà appare come una petizione di principio, pur potendosene intuire le motivazioni): “eppure è solo tale possibilità che ha costretto il legislatore a predisporre tutta una serie di meccanismi pubblicitari, disciplinati dai commi 51, 52, 60, 61, 62 e 63, per rendere opponibile tale scelta ai terzi”.



della “comunione legale”, che legale evidentemente non è per i conviventi.

Dal contratto deve poi risultare l’indicazione dell’indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo (verosimilmente, quello della comune residenza: in ogni caso, può escludersi con certezza che la coabitazione sia un requisito della convivenza come delineata dalla l. 76/2016).

Il comma 56, a norma del quale il contratto non può essere sottoposto a termine e condizione, non sembra riferibile al contenuto contrattuale, ma all'intero contratto nella sua interezza, tale che eventuali elementi accidentali si considerano non apposti. Disposizione che appare da un lato improvvida, in quanto impedisce di stabilire la fine degli effetti del contratto con la fine della convivenza<sup>96</sup> (a ulteriore riprova che tra convivenza e contratto non vi sia alcun nesso causale, ma solo un nesso teleologico), dall'altro inutile, in quanto i contraenti potranno condizionare o sottoporre a termine le singole clausole.

Disciplina dell’obbligo di contribuzione e regime patrimoniale costituiscono, invero, “tratti fisionomici del contratto di convivenza<sup>97</sup>”. Quanto al primo, essendo esso intimamente connesso all’assistenza morale e materiale richiamata dal comma 36, e dunque al dovere di solidarietà familiare, è sottratto, nella sua insorgenza, alla autonomia dei privati, assurgendo ad elemento essenziale della famiglia di fatto, inderogabile nell’an; il contratto di convivenza può incidere sul *quantum* e sul *quomodo*, ossia sulla determinazione delle quantità e delle modalità con cui ciascuna parte contribuisce alle

---

<sup>96</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 952, ritiene che la norma sia il frutto della confusione del legislatore, che volendo disciplinare insieme l’unione omosessuale e la convivenza, ha finito per fare un miscuglio, nel quale ai conviventi, in cerca di un regolamento di interessi più libero ed elastico di quello previsto per i coniugi, si ritrovano con una norma la quale si “giustifica” in un’ottica puramente “matrimoniale”, posto che, mentre ha un senso stabilire che il matrimonio, per la consistenza del vincolo che lo caratterizza, e, soprattutto, per il fatto di essere un negozio giuridico essenzialmente personale, non possa essere sottoposto a termini o condizioni (cfr. art. 108 cod. civ.), non ha, invece, alcun senso stabilire lo stesso principio per un contratto che si colloca all’interno di un *genus* caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l’apposizione di termini e condizioni rientra nella normale fisiologia. Tant’è vero che, anche nel campo coniugale, l’apponibilità di termini e condizioni (non al negozio matrimoniale in sé, ma) alle relative convenzioni patrimoniali appare in tutto e per tutto ammissibile: cfr. OBERTO, *L’autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 671 e ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, II, 2010, 1669 e ss..

<sup>97</sup> ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 348.

necessità della vita in comune<sup>98</sup>, dovendosi escludere, come già aveva affermato la dottrina precedente al varo della legge 76/2016, che sia vincolante per i contraenti il criterio di proporzionalità stabilito per i coniugi dall'art. 160 cod. civ., e che tali modalità prevedano anche, eventualmente, conferimenti non periodici, ma *una tantum*, o di altro che non sia denaro, ad esempio il godimento di propri beni mobili e/o immobili o del proprio lavoro, anche domestico<sup>99</sup>.

All'uopo, potrebbe essere utile prevedere l'accensione di un apposito conto corrente bancario intestato a entrambi i conviventi, nel quale far confluire i contributi posti a loro carico, regolandone l'uso.

Potrebbe inoltre rivelarsi di una certa utilità la previsione (ancorché non contemplata, ma certo non esclusa dalla riforma) di eventuali cause legittime di inadempimento, o di adempimento parziale, dell'obbligo contributivo (principalmente perdita o riduzione del reddito), eventuali limiti temporali della contribuzione<sup>100</sup>, e l'obbligo per il convivente più abbiente di mantenere l'altro contraente (cd. contratto di mantenimento)<sup>101</sup>. Resterebbe solo da domandarsi cosa si intenda per "sostanze di

<sup>98</sup> ROMANO, *op. loc. ult. cit.*; ROMEO - VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 5, 971 e ss.; QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, su *giustiziacivile.com*, 2016, n. 4, 10 Più critico OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 949, il quale ritiene che il legislatore si è verosimilmente dimenticato di regolare il "regime primario" della contribuzione, regolando invece il regime secondario; così anche LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 932.

<sup>99</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 241 e ss.; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, II, 1997, 752 e ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 982 e ss.; OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, 2003, 114 e ss.; FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015, 722 e ss..

<sup>100</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 951, ritiene ammissibile un'espressa subordinazione degli effetti del vincolo obbligatorio alla durata del rapporto di fatto, in quanto una clausola del genere verrebbe a concretare una condizione risolutiva ordinariamente (e non meramente) potestativa. Inutile dire che una siffatta cautela appare consigliabile per il *partner* che figura quale unico (o prevalente) obbligato e voglia porsi al riparo dal rischio di dover continuare ad adempiere anche dopo la rottura del legame. Anche l'apposizione di un termine finale, per un periodo ulteriore rispetto alla risoluzione del contratto *ex* comma 59, deve ritenersi ammissibile, in quanto coincidente con la ratio solidaristica alla base del successivo comma 65; non vi dovrebbe essere contrarietà al comma 56, che vieta l'apposizione di termini e condizioni all'intero contratto, e non alle singole cause.

<sup>101</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 950.

ciascuno”, quanto al dato individuato per quantificare la quantità dell'apporto di ciascuno, e in particolare se il legislatore abbia voluto dire “reddito” (come parrebbe giusto e di buonsenso), o “patrimonio”, o entrambi.

Quanto al regime patrimoniale, la legge, in applicazione, stavolta riuscita, dei principi di solidarietà e reciprocità su cui si basa la convivenza, offre ai conviventi di fatto la possibilità di adottare il regime di comunione dei beni sul modello di quella legale<sup>102</sup>, che dunque assume in tal caso una inusuale genesi pattizia.

Da un punto di vista sistematico-ricostruttivo, si può notare che se nel matrimonio e nell'unione civile tra persone dello stesso sesso, l'instaurazione di un regime di proprietà comune costituisce un effetto *ex lege*, derogabile dalle parti, nel caso della convivenza, tale effetto necessita di una precisa manifestazione di volontà dei conviventi consacrata nel relativo contratto.

A norma del comma 54, “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<sup>103</sup>”. Il legislatore non definisce né tipizza contenuto e direzione

<sup>102</sup> L'opinione prevalente e preferibile (RIZZI, La convivenza di fatto e il contratto di convivenza, in Notariato, 1, 2017) ritiene applicabili ai conviventi gli artt. 178 (disciplina dei beni destinati all'esercizio di impresa, la c.d. comunione “de residuo”), 179 (individuazione dei beni e degli acquisti che rimangono esclusi dalla comunione dei beni), 180 (disciplina dell'amministrazione dei beni della comunione), 181 (disciplina applicabile in caso di rifiuto di consenso da parte di uno dei conviventi), 182 (disciplina dell'amministrazione dei beni affidata ad uno solo dei conviventi), 183 (disciplina dell'esclusione dall'amministrazione, con la precisazione che non potrà verificarsi, nel caso di convivenza, l'ipotesi di esclusione del minorenni, posto che la convivenza disciplinata dalla l. 76/2016 può riguardare solo maggiorenni), 184 (disciplina degli atti compiuti senza il necessario consenso), 186 (obblighi gravanti sui beni della comunione), 187 (responsabilità per le obbligazioni personali, con la precisazione che i beni comuni non rispondono delle obbligazioni contratte da uno dei conviventi prima dell'inizio della convivenza), 188 (obbligazioni derivanti da donazioni o successioni), 189 (obbligazioni contratte separatamente dai conviventi), 190 (responsabilità sussidiaria dei beni personali), 191 (scioglimento della comunione, norma che va ovviamente adeguata al caso di specie, nel senso di correlare lo scioglimento della comunione non tanto alla cessazione degli effetti civili del matrimonio o alla separazione personale o giudiziale quanto alla cessazione della convivenza, in relazione anche a quanto disposto dall'art. 1, commi 59 e 60, l. 76/2016), 192 (disciplina relativa ai rimborsi ed alle restituzioni), 193 (separazione giudiziale dei beni), 194 (divisione dei beni della comunione), 195 (disciplina del prelevamento in sede di divisione di beni mobili), 196 (ripetizione del valore in caso di mancanza di beni da prelevare), e 197 (limiti al prelevamento nei riguardi di terzi) cod. civ..

<sup>103</sup> Stante il preciso tenore letterale del comma 51, deve escludersi, pertanto, che nel caso in cui il contratto di convivenza contenga la scelta sul regime patrimoniale debba assumere la forma dell'atto pubblico con la presenza di due testimoni, analogamente a quanto prescritto per le convenzioni matrimoniali dall'art. 163 cod. civ. e dell'art. 48 l. not.. Va esclusa, infatti, qualsiasi equiparazione tra la situazione dei coniugi e degli uniti civilmente, che possono stipulare convenzioni matrimoniali e quella dei conviventi che tali

dell'accordo modificativo del regime patrimoniale: l'unica scelta che sembra ipotizzabile, anche in ragione dell'esigenza di tutela dei terzi, è quella della separazione dei beni acquistati durante la convivenza. Non appare possibile la scelta di altri regimi, quali il fondo patrimoniale; quanto alle deroghe convenzionali al regime della comunione legale (art. 210 cod. civ.), esse potrebbero ammettersi per il tramite del contratto di convivenza, se si assume, come fa la dottrina prevalente<sup>104</sup>, che la stessa non sia altro che una modificazione della comunione legale. Peraltro, il dato testuale del comma 53 sembra considerare il regime della cd. comunione convenzionale quale regime a sé stante, dato che fa esclusivo riferimento a quanto alla "sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile"<sup>105</sup>. La ricostruzione più logica allora è quella per la quale i contraenti possono di fatto scegliere tra l'originario "non regime" e il regime della comunione legale nella sua conformazione di *default*, senza possibilità di modifiche convenzionali, e viceversa<sup>106</sup>.

Ma la considerazione più grave è che gli accordi sul regime patrimoniale dei conviventi, valutate in combinato col bizzarro sistema di pubblicità del contratto che le istituisce, comporta di fatto l'impossibilità per il terzo di sapere con certezza se il bene

---

convenzioni non possono invece in alcun modo stipulare.

<sup>104</sup> IRTI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 455; GALLETTA, *La comunione convenzionale*, in *La comunione legale* a cura di Bianca, II, 1989, 1050; MAJELLO, voce *comunione dei beni tra coniugi*, in *Enc. Giur. Treccani*, VII, 1988, 11; CIAN – VILLANI, *Comunione dei beni tra i coniugi*, in *Appendice di aggiornamento al Novissimo Dig. it.*, II, 1981, 188; RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, 1983, 167 e ss..

<sup>105</sup> Sostenendo così implicitamente che la comunione convenzionale costituisca un *tertium genus* autonomo rispetto alla comunione legale e alla separazione dei beni, come già (ma si dubita che il legislatore del 2016 abbia fatto una scelta ermeneutica così ponderata) sostenuto da ATLANTE, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Not.*, 1976, 6 e ss.; CORSI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di dir. Civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, II, 1979, 9 e ss.; parzialmente da QUADRI, *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, III, 1992, 394 e ss.; SPINELLI – PARENTE, *Le convenzioni matrimoniali in generale*, in *I rapporti patrimoniali nella famiglia*, I, 65 e 75; GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto disc. Priv.*, 4a ed., XVI, 1997, 392.

<sup>106</sup> Seguendo una interessante opinione riscontrata in dottrina e in giurisprudenza (Cass. 11 novembre 1986, n. 9846, in *Dir. Fam.*, 1997, 1323, con nota di MONTECCHIARI), potrebbe dubitarsi che i conviventi possano passare al regime della separazione dei beni ex art. 215 e ss. cod. civ., dal momento che tale regime non coinciderebbe con la comunione ordinaria di cui agli artt. 1100 e ss. cod. civ., ma a una comunione atipica di carattere transitorio, non completamente assimilabile alla comunione ordinaria in quanto ad essa si applicherebbero gli artt. 194–197 cod. civ.. L'opinione è stata recentemente ripresa anche da OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, 2005, 25 e ss..

rispetto al quale intende porsi quale avente causa o creditore agente *in executivis* sia di proprietà esclusiva del suo dante causa/debitore, ovvero in contitolarità con il di lui convivente<sup>107</sup>.

Se, come detto, il legislatore individua il contenuto minimo del contratto di convivenza, non sembra potersi dubitare che tale contenuto possa ampliarsi: quale accordo sorretto da causa *lato sensu* familiare, con cui i conviventi di fatto disciplinano i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune.

, esso può riempirsi di diversi contenuti, potendo le parti, ad esempio, prevedere un assetto dei loro rapporti patrimoniali in occasione della crisi del *menage* diverso da quello legale, . Potrebbero sicuramente trovare posto nel contratto tipico di convivenza le designazioni di cui al comma 40, lettere a) e b): sulle criticità di queste norme, soprattutto quella sub a), si è detto nel capitolo precedente.

Si potrebbe disciplinare l'uso della casa adibita a residenza comune; se essa fosse di proprietà esclusiva di uno dei due conviventi, questi potrebbe riconoscere formalmente al proprio partner il diritto a goderne e servirsene senza dover corrispondere compenso alcuno (fissando paritarie o diverse quote di partecipazione al pagamento delle spese di manutenzione, delle spese condominiali, delle spese per utenze domestiche).

Si potrebbero destinare uno o più beni di proprietà esclusiva o congiunta dei conviventi a far fronte ai bisogni della vita comune, costituendo apposito vincolo di destinazione, che se riguarda beni immobili o mobili registrati in pubblici registri potrà essere trascritto nei Registri Immobiliari, ai fini dell'opponibilità ai terzi (art. 2645-*ter* cod. civ.), ottenendo i medesimi effetti che i coniugi o gli uniti civilmente possono perseguire con la stipula di una convenzione matrimoniale di costituzione di fondo patrimoniale (che, come sopra ricordato, deve ritenersi preclusa ai conviventi).

---

<sup>107</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 954; l'Autore argutamente ritiene che la certezza per il terzo si potrebbe avere solo ove si preveda un sistema di pubblicità più adeguato, ovvero, ed è tutto dire, nel caso in cui il convivente eventualmente pretermesso all'atto dell'acquisto immobiliare o mobiliare (con riguardo ad un bene mobile registrato) abbia proposto domanda d'accertamento della ricaduta in comunione di tale acquisto, e l'abbia tempestivamente trascritta sui pubblici registri immobiliari contro il proprio convivente. Al di là dell'alto grado di improbabilità che questo accada, l'Autore nota sarcasticamente che il convivente ricorrente "a questo punto, sarà piuttosto da ritenere ex tale..".

Si potrebbero, infine, formalizzare veri e propri trasferimenti di beni o diritti (ad esempio costituzione di diritti di usufrutto o abitazione) tra un convivente e l'altro a titolo di donazione ovvero a titolo di adempimento di obbligazione naturale.

Residua tuttavia il dubbio che queste stipulazione abbiano tutte un'unica causa familiare, ovvero che, come in realtà appare, siano tutte stipulazioni autonome, connesse teleologicamente tra loro, ma sorrette tutte da causa autonoma, tali che la sorte del contratto di convivenza (risoluzione e annullamento) non le intacchi in via diretta. In questo, purtroppo, il legislatore è stato colpevolmente reticente, avendo taciuto del tutto sui profili causali del contratto; del resto, un approccio prudente impone di non estendere oltre limiti certi gli effetti della risoluzione e, soprattutto, dell'annullamento dei contratti. Questa incertezza rischia di compromettere l'utilità pratica della novella, soprattutto in assenza, nel contratto, di una *expressio causae* che non lasci dubbi circa la connessione logica tra il contratto di convivenza e le convenzioni che ad esso accedono.

Stante il divieto dei patti successori, non è ancora possibile ovviare, tramite il contratto di convivenza, al silenzio legislativo relativamente alla devoluzione ereditaria del patrimonio del convivente: in questo, la l. 76/2016 non ha portato alcuna novità, e perciò il contratto di convivenza dovrà ancora "ospitare", al suo interno, autonome stipulazioni di *trust* e donazioni, o farsi seguire da un testamento.

Inoltre, non si è sancita in nessun modo la natura delle attribuzioni fatte al convivente superstite<sup>108</sup>, le quali pertanto potranno essere giudicate, a seconda della sensibilità del Tribunale adito, adempimenti di obbligazioni naturali, ovvero liberalità, aggredibili dagli eventuali eredi legittimari del convivente premorto.

Taluni Autori<sup>109</sup> ritengono che il contratto non possa derogare ai diritti riconosciuti dalla legge 76/2016, quali quelli di cui ai commi 42 e 44 in materia di diritti abitativi, al comma 65 in tema di diritto agli alimenti, al comma 53, lett. b) in materia di dovere di

---

<sup>108</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 945.

<sup>109</sup> QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, su *giustiziacivile.com*, 2016, n. 4, 10; PACIA, *Unioni civili e convivenze*, su *www.juscivile.it*; LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, su *www.juscivile.it*, 109, relativamente al solo diritto agli alimenti; nello stesso senso, ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016,

contribuzione alle necessità della vita in comune. Si dirà da subito che tale interpretazione è certamente corretta con riferimento ai diritti abitativi, ma solo perché una pattuizione in deroga a dette previsioni integrerebbe un patto successorio vietato (entrambi i diritti sono collegati alla morte del convivente); è certamente corretta con riguardo all'*an* dell'obbligo di contribuzione alla vita familiare (non è del resto dato rinvenire una comunità familiare che non si basi sulla mutua assistenza e contribuzione, benché non proporzionale alle forze in campo<sup>110</sup>); è probabilmente corretta la teorizzata inderogabilità del diritto agli alimenti, ma con sostanziale tradimento della funzione del contratto di convivenza, che dovrebbe consentire ai conviventi di regolare liberamente tutti gli aspetti patrimoniali del loro rapporto (potrebbe infatti darsi il caso che i conviventi si liberino reciprocamente da tale obbligo col contratto).

Non sarà possibile inserire nel contratto clausole che limitino le libertà individuali costituzionalmente protette: tali clausole non passerebbero il vaglio della meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Per cui, non sarà possibile prevedere obblighi di coabitazione per un determinato periodo, obblighi di fedeltà (men che meno sanzionati da una penale in caso di inadempimento), impegni a procreare o a non procreare, nonché ogni altro impegno ed obbligo tale da incidere sulla sfera dei diritti personali e della libertà individuale.

Si ritiene genericamente possibile che il contratto contenga disposizioni patrimoniali in ordine alla crisi e alla fine della convivenza<sup>111</sup>, in particolare se volte a migliorare le condizioni del *partner* economicamente svantaggiato<sup>112</sup>; sulle conseguenze

<sup>110</sup> ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 348; ROMEO - VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 5, 971 e ss.; OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, 949; QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, su *giustiziacivile.com*, 2016, n. 4, 10.

<sup>111</sup> Opinione praticamente unanime in dottrina, con la sola autorevole eccezione di LENTI, *La convivenza di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 932, il quale ritiene che ogni previsione in tal senso, in quanto sottoposta alla condizione della fine della convivenza, sarebbe incompatibile col comma 56; si è in realtà sostenuto, con la dottrina prevalente, che il divieto di apporre termini e condizioni sia riferito all'intero contratto, e non alle sue singole clausole. Idea che potrebbe rafforzarsi ad una lettura (poco attenta) di Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2, 2013, 323 e ss., con nota di OBERTO. All'argomento è dedicato un successivo paragrafo di questo capitolo.

<sup>112</sup> ROMEO - VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di*

della crisi della convivenza, la legge 76/2016 è colpevolmente silente, se si eccettua il solo comma 65, sul solo diritto agli alimenti. Sarà dunque immaginabile legare la restituzione di un determinato importo mutuato allo scioglimento del rapporto in atto, o che sta per costituirsi tra i due, e del relativo contratto. Allo stesso modo, sarà possibile prevedere trasferimenti e costituzioni di diritti a tacitazione di eventuali pretese post-convivenza, analogamente a quanto già ampiamente consentito dalla giurisprudenza in tema di separazione dei coniugi<sup>113</sup>. Il trasferimento o la costituzione avranno, nel contratto di convivenza, la struttura dell'impegno, condizionato, a trasferire o a costituire, cui dovrà far seguito un negozio traslativo di adempimento.

Nonostante la risoluzione del contratto di convivenza, le eventuali pattuizioni su prestazioni (rimborsi, assegni, trasferimenti, altre provvidenze) da effettuarsi dopo la fine della vita comune, dovrebbero conservare valore, anche considerando che qui non dovrebbero valere le riserve avanzate nei confronti degli accordi prematrimoniali<sup>114</sup>, per l'assenza del *favor matrimonii*<sup>115</sup>.

Se tuttavia il legislatore avesse voluto fare della convivenza qualcosa di più di quel che ha fatto con questa legge, sarebbe stato senz'altro più corretto prevedere un meccanismo di solidarietà tra gli ex-conviventi, finalizzato alla tutela del contraente debole per un periodo limitato di tempo, e funzionalizzato al suo reinserimento nella vita da single, privo di apporto economico.

Sul piano patologico, sono cause di nullità insanabile del contratto<sup>116</sup>, a norma del

---

*regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 5, 971 e ss.

<sup>113</sup> Sul tema, v., per completezza e dovizia di richiami in giurisprudenza, OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, su [www.giacomooberto.com](http://www.giacomooberto.com).

<sup>114</sup> Su cui *infra* in questo capitolo, oltre che, più esaustivamente, FUSARO, *Marital contracts, ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 5, 475 e ss.

<sup>115</sup> FIGONE, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di Blasi, Campione, Figone, Mecenate e Oberto, 2016.

<sup>116</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 944, ritiene che legislatore del 2016, fuorviato dalla confusione concettuale derivante dall'aver trattato nel medesimo testo normativo due situazioni così radicalmente diverse, quali l'unione civile e la convivenza di fatto, abbia ritenuto di dover individuare, anche in relazione alla convivenza *more uxorio*, qualcosa di analogo ad una categoria di "impedimenti", come ve ne sono nella disciplina del matrimonio e l'unione civile. Più che la confusione data dall'aver regolato insieme un istituto di carattere familiare, come



comma 57, a) la presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza<sup>117</sup>; b) la violazione del comma 36<sup>118</sup>; c) la minore età, l'interdizione giudiziale di uno dei contraenti; d) la condanna per il delitto di cui all'art. 88 c.c. (a norma del quale non possono contrarre matrimonio tra loro persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra).

Premesso che, ai sensi della lettera b), gli ostacoli alla realizzazione della convivenza determinano anche la nullità del contratto (ad es., la sussistenza di un rapporto di parentela, affinità o adozione), destano interesse i divieti sub a), d) ed e), ossia la sussistenza di un altro precedente contratto di convivenza, l'interdizione, la condanna ex art. 88 cod. civ.: tutti elementi non previsti nel comma 36. Le soluzioni sono ovviamente due: o ritenere che questi elementi ostino esclusivamente alla stipulazione di un contratto di convivenza, oppure ritenere che essi ostino a monte alla stessa realizzazione della convivenza rilevante ex comma 36<sup>119</sup>.

È del tutto singolare che tra le cause di nullità di un contratto che ha effetti esclusivamente patrimoniali, vi siano impedimenti legati allo *status familiae*<sup>120</sup>; se poi all'impedimento si accosta alla sospensione degli effetti del medesimo contratto in pendenza del procedimento di interdizione o del processo penale per il delitto di cui

---

l'unione civile, ed un contratto che dovesse avere, per ragioni prettamente ideologiche, una esclusiva valenza di regolamento patrimoniale, la norma pare una poco meditata traslitterazione della norma francese, sul pacs: poiché quel contratto ha però rilevanti implicazioni e conseguenze pubblicistiche, un regime di impedimenti gli è del tutto funzionale.

<sup>117</sup> La norma non lo chiarisce, ma si ritiene debba trattarsi di contratto di convivenza stipulato con altra persona; peraltro si ritiene possibile un nuovo contratto di convivenza con la stessa persona solo previa risoluzione del quello già stipulato.

<sup>118</sup> Ossia se non si sia neppure in presenza di un rapporto di convivenza, da intendersi come il rapporto delineato dal comma 36.

<sup>119</sup> Così LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 2016/76*, su *www.iudicium.it*, ritiene che non vi sia alcuna ragione per ritenere lecita la convivenza, ma nullo il contratto di convivenza, e perciò conclude che ciò che costituisce ostacolo al contratto di convivenza, costituisce ostacolo alla convivenza stessa; l'Autore sembra tuttavia contraddirsi quando, poco dopo, ritiene che non costituisca ostacolo alla realizzazione di una convivenza la sussistenza di una convivenza precedente. Ciò in quanto, come si è detto e si dirà, il legislatore ha commesso un capitale errore nell'assegnare al contratto di convivenza un ruolo di *optional* della stessa convivenza.

<sup>120</sup> Il comma 57 configura come impedimenti la presenza di un altro vincolo familiare, la minore età, l'interdizione; nonché, per effetto di un non chiarissimo rinvio interno al comma 36, i rapporti di parentela, affinità e adozione, ed infine il delitto, questa volta con esplicito rinvio all'art. 88 cod. civ., dettato in materia matrimoniale.

all'art. 88 cod. civ. (comma 58), e il divieto di apporre condizioni o termini (comma 56), si comprende una volta di più come il legislatore abbia fatto una tremenda confusione tra la istituzionalizzazione del rapporto, che ben sicoordinerebbe con queste limitazioni, ma che nella legge non c'è, e l'idea di un regolamento di interessi che dovrebbe regolamentare le sorti di quel rapporto istituzionalizzato, e dunque assecondarne le limitazioni.

Di particolare interesse è la disciplina dei casi di risoluzione del contratto di convivenza, che coincidono, in larga misura, con le causa di cessazione del rapporto. Al comma 59, il legislatore individua quattro cause di risoluzione: a) l'accordo tra le parti; b) il recesso unilaterale; c) il matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) la morte di uno dei conviventi<sup>121</sup>.

Si percepisce una rilevante contraddizione tra il mutuo dissenso e il recesso unilaterale *ad nutum*, svincolato da qualsiasi argine: perché si dovrebbe ricercare un mutuo dissenso se ciascun contraente, soprattutto quello più "forte" dal punto di vista economico, può recedere unilateralmente? Sotto questo profilo, si coglie il massimo iato

---

<sup>121</sup> Non si condivide la ricostruzione fatta da RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 1, 2017, 31, il quale afferma che la morte è causa di risoluzione della convivenza, e dunque solo mediatamente, causa di risoluzione del contratto: pare più corretto distinguere tra cause di cessazione del rapporto di fatto (che non si riverberano sulla sorte del contratto) e contratto di convivenza, il quale ultimo, in caso di morte di un contraente, si scioglie direttamente e immediatamente per via della morte, trattandosi di contratto caratterizzato dall'intuitus personae dei contraenti. Il mancato legame di "fatto" ed "atto" è un errore capitale del legislatore: del resto, la lettera del comma , e la prudente applicazione dei principi di tassatività delle clausole che comportano la nullità e la risoluzione dei contratti suggeriscono di non ritenere esistente una causa di risoluzione del contratto che il legislatore non ha posto. Lo stesso Autore pare rendersi conto dell'autonomia di rapporto e contratto quando ibidem, 32, commentando la norma di cui al comma 52, ammette che "non sembra ci siano ragioni per escludere che uno dei conviventi ritenga, per i più svariati motivi, di recedere da un determinato contratto di convivenza, senza con ciò dar luogo alla cessazione del rapporto di convivenza", , e ibidem, 33, afferma che è "come se il legislatore non avesse saputo cogliere le differenze sostanziali che intercorrono tra il rapporto di convivenza da un lato ed il contratto di convivenza dall'altro, dettando per quest'ultimo, ossia per il contratto, disposizioni riferibili, invece, al rapporto stesso di convivenza. Si pensi alla disposizione in tema di risoluzione (comma 59): la morte, il matrimonio o l'unione civile non sono tanto cause di risoluzione del contratto di convivenza, quanto cause di cessazione del rapporto stesso di convivenza (...), alla disposizione in tema di recesso unilaterale (...), alla disposizione in tema di condizioni e termini (comma 56): il divieto di porre termini e condizioni forse avrebbe un senso se riferito al rapporto di convivenza (analogamente a quanto previsto per il matrimonio dall'art. 108 cod. civ.). Non ha un senso se riferito ad un contratto il cui contenuto è rimesso all'autonomia privata (costituendo una sorta di contraddizione in termini)". Autorevole dottrina (OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 145 e 290) aveva escluso già nel regime previgente l'applicabilità dell'istituto della presupposizione, non potendosi ritenere che il contratto sia stato stipulato sul presupposto della durezza del rapporto.

tra le premesse da cui il legislatore ha preso mosse, ossia la tutela di una formazione sociale stabile al punto da assumere funzioni di rilevanza costituzionale, e l'idea di una formazione sociale talmente instabile da potersi sciogliere unilateralmente. Non valgono in proposito il carattere spontaneo della convivenza<sup>122</sup>, e la sua natura di accordo tra i *partners* rinnovato periodicamente<sup>123</sup>, se non a ridestare pregiudizi sopiti e da tempo superati sulla instabilità di un non-vincolo<sup>124</sup>.

Al di là di questa considerazione (che sembrerebbe sancire il vero e proprio fallimento del legislatore, e sulla quale si tornerà *infra*), pare incredibile come il legislatore abbia potuto avallare l'idea di un contratto nel quale una parte forte possa ricattare il *partner* economicamente e socialmente più debole, sotto la minaccia del recesso unilaterale libero, con buona pace della *par condicio* tra i contraenti e dello stesso principio della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 cod. civ.).

Con riguardo alle "cause volontarie" di risoluzione (accordo tra le parti e recesso unilaterale) il legislatore impone il rispetto delle forme di cui all'art. 51; la risoluzione del contratto, nel caso in cui sia stato scelto il regime di comunione dei beni, implica la fine del regime dei coacquisti, lo scioglimento della comunione "a mani riunite", e l'applicazione degli artt. 191 e ss. cod. civ.<sup>125</sup>, in virtù dell'utroneo (visto il richiamo già operato nel

---

<sup>122</sup> BUSNELLI – SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, I, VI, pp. 760 e ss.; MAZZOCCA, *Prestazioni lavorative "affectionis vel benevolentiae causae" tra persone conviventi more uxorio*, in *Giust. Civ.* 1977, I, 1191.

<sup>123</sup> RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Milano, 1976, 3 e ss.

<sup>124</sup> STELLA RICHTER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1965, 1123; BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, 1989, 130; TRABUCCHI, *E così, la famiglia conserva ancora un suo valore nell'ordine civile!*, in *Riv. dir. civ.*, II, 234-240; GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, a cura di Calamandrei e Levi, Vol. I, 1950, 289 e ss.; ID., voce *Famiglia (dir. Priv.)*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, vol. III, 1982, 639 e ss.; SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, 1961, 393 e ss.; TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, 343. Conformi in giurisprudenza, tra le tante, C. Cost. sent. 26 maggio 1989, n. 310, secondo cui "l'art. 29 Cost., pur non negando dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corresponsività di diritti e doveri che nascono solo dal matrimonio"; C. Cost., sent. 18 gennaio 1996 n. 8, in *Famiglia e diritto*, 1996, 107; C. Cost. Sentenza 16 maggio 1998, n. 166, in *Famiglia e diritto*, 1998, 205; C. Cost., sent. 3 novembre 2000, n. 461.

<sup>125</sup> I beni indivisi muterebbero dal regime della comunione legale, a quello della comunione ordinaria, seppur con l'applicazione delle norme speciali di cui agli artt. 192 e 194-197, come accade allo scioglimento della comunione legale tra i coniugi, secondo la dottrina (CATTANEO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III,

comma 53) rinvio contenuto nel comma 60. L'impressione è che il legislatore abbia sottovalutato questo aspetto: è dubbia la compatibilità tra l'art. 191 cod. civ. e le cause di risoluzione del contratto legate alla crisi della convivenza (comma 59, lett. a, b e c): l'art. 191 cod. civ. è strettamente legato ad una "ritualizzazione" (annullamento del matrimonio, separazione e divorzio, nelle rispettive varieguate forme di manifestazione procedurale: giurisdizionali o meno che siano), cui la crisi della famiglia di fatto rimane del tutto estranea<sup>126</sup>.

Inoltre, sembra del tutto verosimile che il legislatore abbia inteso solo porre fine al regime dei coacquisti, senza considerare la relevantissima applicazione degli artt. 192 e 194-197 cod. civ., oltre alle recenti evoluzioni giurisprudenziali sul tema degli atti di disposizione di beni facenti parte di una più ampia massa indivisa<sup>127</sup>.

A norma del comma 61, in caso di recesso unilaterale, il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia

---

1992, 428; CIAN – VILLANI, *Comunione dei beni tra i coniugi*, in *Appendice di aggiornamento al Novissimo Dig. it.*, II, 1981, 177; MAJORCA, *Separazione dei beni*, *ivi*, 88 e ss.; GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. Civ.*, 4a ed., XVI, 1997, 371; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, 2002, 2, III, 465; sembra inoltre dello stesso avviso CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, 1984, 172), la prassi notarile (GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, 2010, 431-432), e la giurisprudenza (Cass. Civ., sentenza 28 novembre 1996, n. 10586, in *Foro it.*, 1997, I, 95; Cass. Civ. sentenza 11 novembre 1996, n. 9846) assolutamente prevalenti; di contrario avviso, quella parte minoritaria della dottrina (OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, 106) per la quale ciò significherebbe vanificare tutte le garanzie previste, per i coniugi e per i terzi, dal regime comunitario, e quella, pure contraria (MASTROPAOLO – PITTEr, *Del regime patrimoniale della famiglia*, sub art. 191, in *Comm. al dir. it. della famiglia*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, 1992, 286) per la quale la comunione legale, anche dopo lo scioglimento, presenta i caratteri dell'*universitas* e non si risolve in una mera contitolarità sui singoli cespiti, con la conseguenza che restano applicabili le norme sulla comunione legale che trovano la loro ratio proprio nella predetta caratteristica, per cui il regime dell'amministrazione e quello della responsabilità resterebbero invariati (*contra*, GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*, per il quale correttamente, il legislatore ha nettamente distinto lo scioglimento della comunione legale - art. 191 cod. civ. - dalla divisione che scioglie la comunione - art. 194 cod. civ.)

<sup>126</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 956.

<sup>127</sup> Cass. Civ. SS. UU., 15 marzo 2016, n. 5068, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com): alla luce di quella sentenza, si pensi al caso di due conviventi che, dopo aver acquistato due beni in regime di comunione degli acquisti, risolvano il contratto, instaurando tra essi una comunione ordinaria ai sensi del comma 60 della l. 76/2016. Supponendo che uno di essi intenda disporre della quota ideale su uno solo dei beni, verosimilmente in favore di un figlio, questi disporrebbe della sola cd. "quotina", e non dell'intera quota sulla comunione. Sull'argomento, sia consentito rinviare a PRINCIVALLE, *Atti di disposizione di quote di beni parte di una più ampia comunione: l'efficacia del consenso dei comproprietari*, su [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2016, e alla bibliografia *ivi* citata.

all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto (confida il legislatore che l'ambasciatore non porti pena). Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione: si tratta di uno dei passaggi più squallidi dell'intera norma, un vero e proprio licenziamento *ad nutum* con preavviso di sfratto, a sommo sfregio della "formazione sociale" ove l'individuo svolge la sua personalità; e, contrariamente a quanto sostenuto in dottrina<sup>128</sup>, non sembra soddisfatta la *ratio* della salvaguardia del diritto fondamentale all'abitazione.

Infine, appare del tutto priva di utilità l'annotazione, a margine del contratto di convivenza, della sua risoluzione, posto che il sistema di pubblicità della risoluzione è il già esposto e criticato ricorso alle risultanze anagrafiche.

Ancora, in tema di recesso unilaterale ex art. 59, lett. b, ci si deve domandare se si tratti del medesimo recesso di cui all'art. 1373 cod. civ.: se così fosse, potrebbe inferirsi che il contratto di convivenza è un contratto ad esecuzione continuata, il che può certamente ammettersi; ma sotto questo punto di vista, diventa ancora più problematico l'inquadramento delle incompatibilità del contratto con lo status di coniugato, o la stipulazione del contratto tra parenti. Ancora, potrebbe dubitarsi della compatibilità tra il recesso dal contratto tipico di convivenza, e la previsione di un corrispettivo per il recesso, ammessa dal comma terzo dell'art. 1373 cod. civ.: una visione costituzionalmente orientata della norma appena citata dovrebbe escluderne l'applicabilità a contratti correlati agli *status familiae*, tanto che, come si è visto, è reputato nullo l'accordo con cui un coniuge dispone del suo consenso alla separazione o al divorzio: si pensi al convivente, parte di un contratto, che intenda recedere dal medesimo per avviare una nuova convivenza, ma che non possa recedere per via della penale abbinata all'esercizio del recesso. Purtroppo, il legislatore, come si è detto e si ripeterà, ha creato un ibrido, un contratto a contenuto patrimoniale ma che si riflette fortemente sullo *status familiae*, e al quale talune norme dettate per il contratto in generale impongono una riflessione.

In argomento, meritano considerazione, tra le cause di scioglimento, la celebrazione

---

<sup>128</sup> ROMANO, *op. loc. ult. cit.*.

di matrimonio o unione civile tra uno dei contraenti e un terzo, perché il legislatore cade proprio in questa contraddizione tra contratto con effetti meramente patrimoniali e *status*: non è proprio dato comprendere per quale motivo la celebrazione di un matrimonio (negozio a carattere familiare) dovrebbe incidere *ex lege* sull'efficacia di un contratto tipico avente (in teoria) effetti esclusivamente patrimoniali. Il punto altamente critico è proprio questo: il legislatore non ha saputo tenere ben distinti i due profili, cadendo nella consueta logica compromissoria tra chi voleva un contratto tra conviventi, e chi invece intendeva attribuire al contratto rilevanza pubblicistica di atto attributivo di uno *status*. Il risultato ottenuto è un contratto a contenuto patrimoniale che si risolve *ex lege* per il cambio di *status* di uno dei suoi contraenti, una contraddizione alla quale sarà bene porre rimedio al più presto<sup>129</sup>. Inoltre, ma è nulla rispetto a quanto si è appena denotato, si crea asimmetria con la opposta situazione, dato che un soggetto sposato o unito civilmente non può contrarre un contratto di convivenza.

---

<sup>129</sup> RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 1, 2017, 31, afferma che il matrimonio o l'unione civile, più che una causa di risoluzione del contratto di convivenza, è una causa di cessazione del rapporto stesso di convivenza: cessando il rapporto, cesserebbe il contratto per via dell'incompatibilità tra lo status di coniugato o unito civilmente e lo status di convivente. L'opinione non convince in quanto non pare possa affermarsi, *de iure condito*, l'idea che la fine della convivenza risolva il rapporto contrattuale: le fattispecie di risoluzione del contratto di convivenza (comma 59 della l. 76/2016) appaiono tassative; per di più, una dissoluzione *de facto* degli effetti del contratto per la fine del rapporto non sarebbe in nessun modo opponibile ai terzi. Il mancato legame di "fatto" ed "atto" è un errore capitale del legislatore: del resto, la lettera dei commi 57 e 59 della legge 76/2016, e la prudente applicazione dei principi di tassatività delle clausole che comportano la nullità e la risoluzione dei contratti suggeriscono di non ritenere esistente una causa di risoluzione del contratto che il legislatore non ha posto. Lo stesso Autore pare rendersi conto dell'autonomia di rapporto e contratto quando *ivi*, 32, commentando la norma di cui al comma 52, ammette che "non sembra ci siano ragioni per escludere che uno dei conviventi ritenga, per i più svariati motivi, di recedere da un determinato contratto di convivenza, senza con ciò dar luogo alla cessazione del rapporto di convivenza", e *ivi*, 33, afferma che è "come se il legislatore non avesse saputo cogliere le differenze sostanziali che intercorrono tra il rapporto di convivenza da un lato ed il contratto di convivenza dall'altro, dettando per quest'ultimo, ossia per il contratto, disposizioni riferibili, invece, al rapporto stesso di convivenza. Si pensi alla disposizione in tema di risoluzione (comma 59): la morte, il matrimonio o l'unione civile non sono tanto cause di risoluzione del contratto di convivenza, quanto cause di cessazione del rapporto stesso di convivenza (...), alla disposizione in tema di recesso unilaterale (...), alla disposizione in tema di condizioni e termini (comma 56): il divieto di porre termini e condizioni forse avrebbe un senso se riferito al rapporto di convivenza (analogamente a quanto previsto per il matrimonio dall'art. 108 cod. civ.). Non ha un senso se riferito ad un contratto il cui contenuto è rimesso all'autonomia privata (costituendo una sorta di contraddizione in termini)". Autorevole dottrina (OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991, 145 e 290) aveva escluso già nel regime previgente l'applicabilità dell'istituto della presupposizione, non potendosi ritenere che il contratto sia stato stipulato sul presupposto della durevolezza del rapporto.

In caso di matrimonio con un terzo, è fatto obbligo al contraente-nubendo di notificare all'altro contraente l'atto di matrimonio o di unione civile (*sic!*), e tale notifica va fatta anche al notaio, per motivi che la legge non chiarisce, ma che sono verosimilmente gli stessi per cui si deve a questi notificare la morte del contraente (ultima causa di scioglimento del contratto): consentire al notaio medesimo di annotare lo scioglimento del contratto "a margine del contratto", e notificarlo all'anagrafe. Adempimento quest'ultimo di cui non si comprende la reale utilità pratica.

## 2.2 ... e critica tecnica.

Le nuove norme sui contratti di convivenza sono deludenti: non rispondono all'esigenza di disciplinare in modo organico e completo la situazione giuridica delle coppie conviventi non sposate, né per quanto riguarda l'aspetto pubblicistico e i rapporti della coppia con i terzi, né per quanto riguarda i rapporti interni fra i conviventi, sia durante la convivenza, sia dopo la sua fine.

Insomma, lasciano purtroppo invariata l'immagine che la disciplina legislativa in materia offriva in precedenza: un coacervo di norme incoerenti, governate dalla casualità e la singola urgenza del momento, senza che traspaia alcuna linea di politica del diritto di sufficiente chiara e coerente, e un contratto che, al di là del regime patrimoniale, è rimasto come era stato elaborato dalla prassi: una piattaforma priva di una causa propria unitaria, nella quale possono trovare spazio convenzioni diverse, tutte autonome tra loro.

Le nuove norme introducono qua e là spezzoni di disciplina, di qualità tecnica spesso inadeguata, i quali integrano i numerosi spezzoni di disciplina legislativa e giurisprudenziale già presenti nell'ordinamento, che il legislatore non ha pensato di coordinare.

Anzi: l'integrazione delle nuove regole con le vecchie genera ulteriori complicazioni, molte delle quali dovute al vero, grave errore del legislatore, sul quale si tornerà in seguito: non aver preso posizione.

Il legislatore avrebbe infatti potuto scegliere di istituzionalizzare la precedente situazione di sostanziale irrilevanza della convivenza, pur consentendo ai conviventi la

stipulazione di un contratto tipico di convivenza, con limitata efficacia *erga omnes*, seguendo la linea tracciata dalla prima edizione del *pacs* francese; oppure, seguendo il modello, più evoluto e più degno di una società ordinata e liberale, del riformato *pacs*, istituire un momento iniziale di rilevanza della convivenza, legato alla precisa volontà dei conviventi di “emergere” dall'irrilevanza e collocarsi nella rilevanza.

“Sposare” (che paradossale espressione, in questo contesto!) il primo modello, avrebbe senz'altro deluso quella dottrina, attestata su posizioni progressiste, che spingeva per una nuova considerazione della convivenza, più moderna e meno napoleonica; sposare il secondo modello, avrebbe irritato quegli stessi progressisti, che esaltavano il dato fattuale della convivenza (salvo però chiedere più spazi di diritto per essa), sia, soprattutto, certe anime esageratamente ossequianti verso la dottrina cattolica, che mal avrebbero sopportato una formazione parafamiliare istituzionalizzata, che non fosse meno che indesiderabile, per precarietà, assenza di diritti, di rilevanza, di garanzie.

Il risultato, è un chiaro compromesso, quanto mai al ribasso, tra echi di uno status familiare senza regole e pubblicità, sovvertibile per decisione unilaterale, e un contratto privo di rilevanza pubblicistica e reso impotente da una normativa che gli assegna un oggetto quanto più sintetico possibile, e non gli assegna nessuna causa autonoma. In attesa che il legislatore si pronunciasse, la convivenza era “fatto”, in trepidante attesa di diventare “diritto”, in base a un atto o un momento iniziale di emersione, un segnale che la rendesse “rilevante”. La nuova legge non ha fatto nulla di tutto ciò: ha ricollegato limitate conseguenze giuridiche a quello che è rimasto in tutto e per tutto un fatto materiale (la convivenza), tra cui il diritto di stipulare un contratto; che però, a ben vedere, potrebbe essere stipulato anche da chi convivente non è, non essendoci nessun modo per accertare lo *status* di conviventi.

La scelta del legislatore sembra allora manifestare implicitamente la sua perseveranza nell'idea che convivenze di tal genere sarebbero contro la legge, e quindi indegne di essere tutelate. In questo scenario, il contratto, lungi dall'aver il doppio ruolo, pubblicistico e privatistico ad un tempo, di rendere pubblica la stabile convivenza tra due soggetti e di regolare i rapporti patrimoniali tra i conviventi, come accade nell'attuale



legislazione francese (modello incredibilmente vicino al nostro, ed incredibilmente ignorato, o, ad essere forse più onesti, appena “scimmiettato” in certi passaggi che il legislatore pare avere tradotto e copiato, senza però comprenderli), resta un *optional*, un regolamento eventuale che ha limitata rilevanza *inter partes*, e nessuna rilevanza pubblica, in assenza di pubblicità.

Il quadro complessivo della regolazione delle convivenze che si disegna oggi, dunque, è ancora più incoerente di prima sul piano sistematico: nell'assenza di una legislazione, il precedente complesso di regole, soprattutto giurisprudenziali, aveva chiarito i limiti e gli spazi di giuridicità della convivenza; un piccolo ordine, cui fa seguito un grande caos. Ci si riferisce al dubbio, già accennato precedentemente, sulla possibile interazione tra le vecchie norme sparse, e le nuove, altrettanto disorganiche. Un dubbio forse eccessivo, ma che rende il compito dell'operatore più incerto e complesso di prima, e che stride enormemente con i proclami, gridati a gran voce, sulle finalità di questa parte della legge.

In conclusione, le nuove norme, invece di diminuire la complessità e l'incoerenza della disciplina, ottengono l'effetto di aumentarla, ponendo il problema delle regole da applicare a quelle convivenze che, pur presentate quali formazioni sociali degne di tutela, siano però estranee alla fattispecie delineata dal legislatore. Come era stato puntualmente rilevato, avrebbe dovuto, ed anzi, ancora dovrebbe costituire oggetto di attenta riflessione la pretesa di pervenire ad una nozione unitaria e totalizzante di convivenza, dato che un'accezione differenziata di essa, sensibilmente attenta alla natura degli interessi e dei valori personali di volta in volta in gioco, si dimostra sicuramente più rispondente alla intrinseca natura del fenomeno.

Anticipando le considerazioni finali, cui è dedicato il prossimo capitolo IV, si ritiene che una democrazia liberale avanzata, rispettosa di tutte le sensibilità e le culture dovrebbe riconoscere ai cittadini il diritto di scegliere, nell'organizzare la propria esistenza con il proprio partner, tra il matrimonio, con la sua disciplina pubblicistica inderogabile, la semplice convivenza di fatto, ovvero la convivenza, pubblica, regolata da un apposito patto, senza distinguere tra coppie eterosessuali ed omosessuali. Peraltro, a non voler

accogliere questa interpretazione evolutiva della famiglia dell'art. 29 Cost., sarebbe stata necessaria una disciplina ponderata delle unioni civili, e non di mero rinvio a molte disposizioni sul vincolo coniugale, che ha condotto solo ad una brutta copia del matrimonio: la legge, là dove ha voluto differenziare i due istituti, lo ha fatto in maniera incisiva, creando solo malcontento e soluzioni contraddittorie, come in tema di fedeltà, cognome, adozione e cessazione del rapporto.

Con riguardo alla semplice convivenza, poi, è difficile convenire con il legislatore nel riconoscimento di diritti od obblighi reciproci: fare derivare *ex lege* effetti giuridici da un semplice comportamento concreto, la convivenza, oltre che mettere a rischio diritti e interessi di terzi, significa violare, per eccesso di tutela, il diritto di due soggetti liberi e maggiorenni di organizzare la propria vita in maniera del tutto libera e svincolata: non era e non è tuttora pensabile imporre un modello organizzativo di convivenza a chi, avendo ripudiato l'idea del matrimonio, desidera soltanto convivere, senza farne derivare necessariamente ed *ipso iure* diritti e obblighi.

Quanto al contratto, possono solo dirsi eliminati i dubbi, che però in realtà non sussistevano più da tempo, circa la sua ammissibilità. Ma nulla è detto sulla sua causa, sulla sua natura, sul suo contenuto.

Ma la cosa senz'altro peggiore è che il legislatore ha disegnato un contratto di convivenza privo di efficacia vincolante, perché esso può cessare per recesso unilaterale (comma 59, lett. b), e quindi è incapace di sopravvivere alla crisi del rapporto.

### 3. Contratto tipico di convivenza e *pacte civil de solidarité* di diritto francese: confronto comparativo.

Il *pacte civil de solidarité* (abbreviato in *pacs*)<sup>130</sup> è, il contratto concluso tra due persone fisiche maggiorenni (i conviventi, comunemente definiti “*pacsés*”), dello stesso sesso o di sesso differente, al fine di organizzare la vita in comune<sup>131</sup>. L'istituto è nato con la finalità di soddisfare, almeno in parte, le rivendicazioni della popolazione omosessuale in ordine al riconoscimento di uno status giuridico rilevante, allorché la giurisprudenza rifiutava di considerarle anche solo mere convivenze<sup>132</sup>.

La dottrina transalpina ritiene che il *pacs* offra più flessibilità del matrimonio<sup>133</sup>, in particolare in materia di separazione e di successione, oltreché nel minore formalismo delle procedure di conclusione e di scioglimento, rispetto a quelle disposte per il matrimonio.

Il *pacs* ha conosciuto un forte successo in Francia<sup>134</sup>, essenzialmente tra i conviventi eterosessuali. Il numero dei *pacs* stipulati ogni anno è in crescita e si avvicina sempre più a quello dei matrimoni civili.

La prima edizione della legge, lacunosa ed ambigua, centrata sul regime dell'*indivision*, è stata modificata più volte<sup>135</sup>: in particolare, è mutato il regime

<sup>130</sup> Introdotta con la *loi* n. 944 - 1999 du 15 novembre 1999.

<sup>131</sup> Art. 515-1 *code civil*: “Un *pacte civil de solidarité* est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune”.

<sup>132</sup> *Cour de Cassation, chambre sociale*, 11 juillet 1989, 85-46.008, in *Revue trimestrielle du droit civil*, 1990, 53, con nota di RUBELLIN DEVICHI: “Conjoint en union libre doit être compris comme ayant entendu avantager deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s’unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu’un couple constitué d’un homme et d’une femme”; *Cour de cassation, chambre civil*, 17 décembre 1997, n. 95-20.779, in *Jurisclasseur périodique*, 1998, II, 10093, con nota di DJIGO: “Le concubinage ne peut résulter que d’une relation stable et continue ayant l’apparence du mariage, donc entre un homme et une femme”; cfr. VICHY LLADO, *La désunion libre*, 12 e ss.;

<sup>133</sup> Per tutti CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l’enfant, le couple*, II, 1999.

<sup>134</sup> BELLAMY – BEAUMEL, *Bilan démographique 2013. Trois mariages pour deux Pacs*, rapporto Insee première, n. 1482, 2014; BUISSON - LAPINTE, *Le couple dans tous ses états*, Insee Première n. 1435, 2013; DAVIE, *Un million de pacsés début 2010*, Insee Première n. 1336, 2011; BEAUMEL - BELLAMY, *La situation démographique en 2011*, Insee Résultats n. 145, 2013.

<sup>135</sup> *Loi* n. 728 – 2006 du 23 juin 2006; *loi* n. 308 – 2007 du 3 mai 2007, che ha consentito, dal primo gennaio 2009, la stipulazione di un *pacs* anche a persone sottoposte a tutela o curatela; *loi* n. 1436 – 2009 du 24 novembre 2009; *ordonnance* 2010 – 638 du 10 juin 2010; *loi* n. 331 – 2011 du 28 mars 2011; *loi* n. 344 – 2014 du 17 mars 2014; l’ultima modifica, incidentale, consentirà, a partire dal primo novembre 2017, di concludere un *pacs*

patrimoniale, che salvo diversa volontà dei conviventi, è comparabile a quello degli sposi che, nel *contrat de mariage*, abbiano optato per il regime della *séparation de biens*. Anche il regime fiscale del *pacs* si è progressivamente approssimato a quello del matrimonio<sup>136</sup>: ciò non vale a negare che il regime giuridico della coppia *pacsé* presenta tuttora alcune importanti differenze con quello coniugale, in particolare in riferimento alla materia previdenziale.

Col *pacs*, il legislatore francese posiziona la convivenza in un quadro giuridico preciso, con diritti ed obblighi certi: i conviventi *pacsés* costituiscono una forma di unione familiare legalmente riconosciuta dall'ordinamento francese<sup>137</sup>, come i coniugi, dal cui statuto tuttavia si discostano per un numero di aspetti, andati col tempo a diminuire, e a differenza dei meri conviventi, che il *code civil* si limita a definire, senza tuttavia attribuirgli alcuno statuto giuridico<sup>138</sup>.

Si impone a questo punto una fondamentale comparazione tra questa impostazione sistematica e quella "italiana": non si tratta di comparare la definizione del contratto di convivenza fornita dal *code civil* con quella della l. 76/2016, essendo del tutto evidente che la seconda è una traduzione della prima, ma del raffronto tra la convivenza di cui al

---

presso la casa comunale, e non più in fronte al cancelliere del Tribunale del luogo ove sorge la comune residenza: *loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*.

<sup>136</sup> *Loi n. 2001-1223 du 21 août 2007*.

<sup>137</sup> BERTRAND-MIRKOVIC, *Droit civil, personnes, famille*, in *Panorama du droit*, diretto da Bernard, 2007, 166; LEBRUN, *Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant*, 2011, 161; YILDIRIM, *Régimes matrimoniaux*, 2008, 213.

<sup>138</sup> Art. 515-8 *code civil*: "*Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple*". Ciononostante, la giurisprudenza ha tenuto conto dei meri conviventi, accordando loro una tutela specifica in talune materie, in particolare nei rapporti coi terzi: cfr. LABY, "*Concubinage notoire*" et droits sociaux, in *Le droit ouvrier*, 1967, 291 e ss.. La giurisprudenza ha permesso a tutte le vittime indirette di un incidente sul lavoro di agire in base alla responsabilità civile di diritto comune, al fine di ottenere la riparazione del danno subito indirettamente (cfr. ESTIENNE, *Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures*, in *Le dommage et sa réparation*, diretto da Dubuisson, 2013, 177 e ss.; v. anche Cour de Cassation, Chambre sociale, 15 février 1990, 88-10921, su [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org)). Perciò, da una situazione di sfavore nella quale non aveva diritto a nulla, il convivente si trova in una situazione privilegiata finanche in rapporto al coniuge superstite, il quale ultimo non beneficia che di una indennità forfettaria e non integrale, secondo quanto stabilito dal *code de la sécurité sociale*. La *loi n. 677 du 5 juillet 1985* ha istituito un ragionevole diritto all'indennizzo a vantaggio delle vittime dei sinistri stradali nei quali sia implicato un veicolo terrestre a motore: il convivente superstite non subisce alcuna discriminazione nell'ottenimento dell'indennizzo; la *loi du 6 juillet 1989* estende ai conviventi notori il beneficio di succedere nel contratto di affitto stipulato dal convivente in caso di abbandono o di premorienza del convivente conduttore, nonché il diritto di riscatto.

comma 36 della legge 76/2016, e gli artt. 515-3 e 515-8 del *code civil*: il legislatore francese ha scelto di distinguere il *concubinage*, la convivenza “irrilevante”, con la convivenza rilevante, sulla base di un atto genetico formale, pubblico, opponibile ai terzi attraverso gli strumenti ordinari di pubblicità dichiarativa: i conviventi, fermi restando i diritti loro riconosciuti dalla legislazione speciale e dal diritto onorario, possono scegliere se permanere nel loro stato, per così dire, “subacqueo”, o se emergere come tali, *erga omnes*, stipulando il *pacs*. Il sistema è evidentemente improntato alla libertà e alla libera determinazione dei conviventi, ai quali, rifiutata l'idea del matrimonio, è dato in definitiva il diritto di scegliere “quanta” rilevanza dare al loro rapporto. L'eventuale omosessualità dei conviventi non costituisce un limite a tale autodeterminazione, stante l'art. 143 del *code civil*, come riformato dalla *loi* n. 2013-404 *du 17 mai* 2013, che ha aperto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Al contrario, il legislatore italiano non ha avuto la stessa linearità; non è escluso che a tanto possa arrivarsi col tempo (le molte modifiche apportate al *pacs* in appena tre lustri fanno pensare che anche in Italia, la materia possa presto essere corretta e migliorata), ma certo, l'attuale sistema mostra, rispetto a quello transalpino, una furibonda contraddittorietà: matrimonio e unione civile omosessuale non si collocano sullo stesso livello, per le richiamate differenze in ordine all'obbligo di fedeltà e diritto di adozione, oltretutto per la (non secondaria) differenziazione terminologica e definitoria (se il matrimonio è il fondamento della società familiare tutelata dalla Costituzione, l'unione civile è invece una “formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione”); per altro verso si vorrebbe che la convivenza, sia omosessuale che eterosessuale, fosse rilevante in quanto tale, pur in assenza di un atto genetico formale (la dichiarazione anagrafica non è reputata, come si è visto *supra*, un requisito di sostanza, ma un mero mezzo di accertamento induttivo della convivenza). In questo senso, il contratto di convivenza non ha nessuna efficacia qualificante, limitando la sua applicazione alla regolamentazione di poche materie, e non assumendo il valore dell'impegno e della promessa tra due persone a vivere la vita insieme, essendo solo un accordo in ordine a modalità e quantità delle reciproche obbligazioni.

La natura strettamente contrattuale del *pacs* è affermata dalla procedura alternativa a quella in fronte al cancelliere del tribunale, che è quella che prevede la stipulazione per atto notarile. Sul notaio rogante grava l'obbligo di annotare la stipulazione negli atti dello stato civile, al fine di dargli efficacia dichiarativa; questa procedura, dall'alto valore simbolico e concettuale, ha suggestionato il nostrano legislatore del 2016 solo per la sua parte procedurale, che infatti impone al notaio la comunicazione agli uffici anagrafici dell'avvenuta stipula del nostrano contratto di convivenza: contratto che non ha tuttavia nessuna rilevanza anagrafica, e la cui comunicazione non è utile nemmeno ai fini della sua conservazione, stante l'obbligo (sia *qui* che *li*), gravante sul pubblico ufficiale medesimo, di conservare gli atti pubblici stipulati con l'intervento del suo ministero. La normativa transalpina non ha subito spinte di tipo corporativistico, e ha pertanto attribuito l'esclusiva competenza al ricevimento e alla conservazione del *pacs* al notaio, in qualità di pubblico ufficiale onerato di attribuire fede privilegiata ad atti destinati ad essere introdotti nei pubblici registri.

Non può stipularsi un *pacs*<sup>139</sup> a) tra parenti in linea retta e tra affini in primo grado, per il divieto di incesto; b) tra parenti in linea collaterale, fino al terzo grado compreso; c) tra conviventi dei quali almeno uno sia già coniugato o *pacsé*, per il divieto della bigamia; d) con un soggetto minore di età, benché emancipato<sup>140</sup>. A partire dal primo gennaio 2009, si è concessa a persone maggiori di età sottoposte a tutela o a curatela la sottoscrizione di un *pacs*, rispettivamente previa "*autorisation du juge ou du conseil de famille*"<sup>141</sup> e con l'assistenza del curatore<sup>142</sup>.

Come appare chiaro, il sistema delle incompatibilità è ispirato alla linearità e al rispetto di alcuni principi di ordine pubblico, quali i divieti di bigamia e incesto.

Anche l'apertura ai soggetti privi in tutto o in parte della capacità legale di agire,

---

<sup>139</sup> Art. 512 – 2 *code civil*.

<sup>140</sup> Così il *Conseil Constitutionnel* (*Décision* n. 99-419 DC du 9 novembre 1999, su [www.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr)), ove si dichiara che "*le législateur a pu, sans porter non plus atteinte au principe d'égalité, ne pas autoriser la conclusion d'un pact par une personne émancipée (...). La lettre de l'article 515 – 1 réserve de tout façon le pact aux personnes physique majeures, ce qui paraît exclure les personnes mineures émancipées*". L'indicazione è stata recepita con la circolare n. 99/12 del 10 novembre 1999 emanata dal *Ministère de la Justice*.

<sup>141</sup> Art. 462 *code civil*.

<sup>142</sup> Art. 461 *code civil*.

sotto le tutele previste dal *code civil* per quelle stesse persone, risponde a una coerenza sistematica: trattandosi di un contratto, seppur avente rilievo pubblicistico, la sua stipulazione è consentita alle condizioni e alle regole generali in materia di capacità di obbligarsi; in tal senso, la dottrina francese<sup>143</sup> si interroga sulla illogicità del divieto di stipulare un *pacs* per il minore emancipato, affermato dal Conseil constitutionnel<sup>144</sup>), il quale è “*capable comme un majeur, de tous les actes de la vie civil*”<sup>145</sup> e “*cesse d’être sous l’autorité des père et mère*”<sup>146</sup>; vieppiù che tale divieto è implicito, e non esplicito, con violazione del principio della tassatività dei divieti nel diritto privato.

L'ispirazione liberale e contrattualistica del legislatore francese si coglie se paragonata alla nostrana, simmetrica norma sulle incompatibilità (art. 1, comma 57, l. 75/2016): nell'utopistico proposito di riconoscere la convivenza *ex se*, il legislatore italiano ha imposto la nullità insanabile del contratto di convivenza “in violazione del comma 36”, probabilmente nell'illusione di poter accertare e determinare la stabilità della convivenza (anche in contrasto con la dichiarazione anagrafica resa *ex* comma 37), l'effettività della mutua assistenza, forse addirittura l'affettività dei rapporti.

Il *pacs* e le sue modificazioni e integrazioni producono i loro effetti tra le parti dal momento della registrazione<sup>147</sup>, mentre producono effetti rispetto ai terzi dal momento della loro annotazione nei registri dello stato civile<sup>148</sup>. La legge non esclude la validità di eventuali termini iniziali e finali, a riprova che il legislatore francese distingue fermamente la convivenza (fatto) dal suo atto genetico (*pacs*), il quale è nella disponibilità dei contraenti, salvi i limiti derivanti da principi di ordine pubblico. In tal senso, la norma

---

<sup>143</sup> Per tutti v. TERRÉ – FENOUILLEZ, *Les personnes, la famille, las incapacites*, 2005, 624 LABBÉE, *Le droit commun du couple*, 2007, 65-66, il quale tuttavia ritiene (*ivi*, 64) che sia più corretto adeguare la disciplina del matrimonio a quella del *pacs*, eliminando le desuete norme sull'emancipazione, anche al fine di levare pericolose argomentazioni ai fautori di culture nelle quali, per motivazioni tribali e religiose, l'età matrimoniale è sensibilmente più bassa che nel mondo occidentale, con pregiudizio per la libertà dei minori, in particolare delle persone di sesso femminile.

<sup>144</sup> Conseil constitutionnel, *Décision* n. 99-419 DC du 9 novembre 1999, su [www.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr).

<sup>145</sup> Art. 413 - 6 *code civil*, e quindi anche contrarre matrimonio, pur alle condizioni poste dal comma secondo della stessa norma.

<sup>146</sup> Art. 413 - 7 *code civil*.

<sup>147</sup> HAUSER, *Le pacte civil de solidarité est-il un contract consensuel ou un contract solennel?*, in *Repertoire du Notariat Defrénoise*, 11, 2001, 673-679.

<sup>148</sup> Art. 513 - 3 - 1, comma secondo *code civil*.

relativa all'opponibilità del *pacs* ai terzi non pare derogabile in alcun modo.

Il confronto col testo legislativo italiano è, sul punto della pubblicità dichiarativa, a tutto svantaggio del legislatore nostrano, che ha utilizzato, come già si è avuto modo di criticare, uno strumento di pubblicità inadatto all'uopo (il registro anagrafico), e dunque inadeguato.

Quanto a termini e condizioni, si è già detto dell'equivoco nel quale è caduto il legislatore, che ha confuso il contratto di convivenza con la convivenza.

Dal punto di vista degli effetti, il *pacs* dispiega effetti personali e patrimoniali. Quanto ai primi, il riferimento è all'art. 515-4 del *code civil*, a mente del quale "*les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune*". L'impegno alla vita in comune è un tratto caratterizzante del *pacs*, laddove il contratto di convivenza italiano si limita a regolare la vita in comune, che è dunque fuori dal reciproco impegno dei contraenti. Tuttavia, salvo un isolato precedente giurisprudenziale<sup>149</sup>, l'opinione pacifica è che l'impegno reciproco alla vita in comune non comprenda anche l'obbligo di fedeltà, e ciò nemmeno argomentando dal principio della buona fede nella esecuzione del contratto di cui all'art. 1134 del *code civil*. In altre parole, l'obbligo di fedeltà non può che risultare da un accordo reciproco, tacito od espresso, tra i conviventi.

Per quanto la novellazione successiva al 1999 abbia avvicinato complessivamente il *pacs* e il matrimonio, resta sul punto una sostanziale distanza, data dal breve ma significativo enunciato dell'art. 212 del *code civil*, a mente del quale "*les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance*", doveri dei quali nessun contratto può diminuire la portata. Questa nozione di fedeltà è del tutto estranea al *pacte*.

Sotto questo aspetto, si nota comunque una corrispondente incoerenza del legislatore italiano, che sembrerebbe aver escluso dal contratto di convivenza, già a partire dal suo *nomen iuris*<sup>150</sup>, rapporti diversi da quelli patrimoniali, salvo però prevedere, quale

---

<sup>149</sup> TGI Lille, ord. 5-6-2002 n° 854, in *Recueil de jurisprudence Dalloz*, VIII, 515, e su [www.lexinexis.fr](http://www.lexinexis.fr), con nota di BEIGNIER: "*L'obligation de vie commune entre partenaires d'un PACS, qui doit être exécutée loyalement commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre partenaires. En cas de relations adultères entretenues par un partenaire homosexuel, il convient de commettre un huissier à fin de constater cet adultère*".

<sup>150</sup> "Contratto di convivenza" non fa riferimento, se non indirettamente, alla *solidarité* che invece campeggia in bella vista nel *nomen iuris* del contratto francese.



presupposto per la stipula del contratto a pena di nullità, il “legame di coppia e di reciproca *assistenza morale e materiale*”, e dunque escludendo i rapporti personali dall'oggetto del contratto, ma elevandoli al contempo a presupposto del medesimo. Potrà tuttavia dirsi, in antitesi, che proprio perché il piano su cui si pongono tali rapporti è quello delle constatazioni e dei presupposti della fattispecie, e non quello dei rapporti giuridici che dalla fattispecie discendono, la riforma presupporrebbe che vincoli giuridici di assistenza morale e materiale non nascano né dal rapporto di fatto, né dalla stipula del contratto di convivenza<sup>151</sup>.

Quanto ai rapporti patrimoniali, i conviventi sono reciprocamente obbligati a contribuire ai bisogni della famiglia: anche Oltralpe, tale regola è reputata unanimemente di ordine pubblico, e qualsiasi clausola del contratto contraria a questo principio è nulla, sia che escluda l'obbligo per entrambi, sia per uno solo dei conviventi<sup>152</sup>. Non c'è una definizione precisa di “contribuzione”, ma è pacificamente ammesso che essa consista nel farsi carico dei pesi e dei debiti che analogamente gravano sui coniugi in seguito al matrimonio. In mancanza di ripartizione dei suddetti pesi (art. 515-4 *code civil*), si applicherà la norma dettata per il matrimonio, e dunque, la ripartizione proporzionale: in ciò, non vi sono divergenze tra l'interpretazione della norma francese e l'omologa norma italiana.

Quanto al dovere di assistenza, la legge non fornisce alcuna definizione: ancora una volta, si ritiene pacificamente applicabile la definizione di assistenza impiegata per i coniugi: si può allora affermare che essa consista in un dovere morale, che impone ai conviventi una reciproca, generale obbligazione di mutualità, di sostegno e di cura. In tale materia, si nota criticamente come non sia stata estesa ai conviventi *pacsés* l'applicabilità dell'art. 496 del *code civil*, che prevede che il coniuge sia tutore *ex lege* del soggetto

---

<sup>151</sup> OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 956.

<sup>152</sup> *Conseil constitutionnel, Décision n. 99-419 DC du 9 novembre 1999*, su [www.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr), che ha ritenuto le disposizioni “*revêtant un caractère obligatoire, les parties n'y pouvant pas y déroger, l'aide matérielle entre partenaire*”. Da ultimi PETERKA, *Regimes matrimoniaux*, 2015, 46; GRANET – LAMBRECHTS – HILL, *Droit de famille*, 5a ed., 2015, 224; la dottrina francese critica il legislatore per non aver sanzionato la violazione di tale principio, la cui tutela è rimessa alle norme di diritto comune in tema di inadempimento.

coniugato divenuto incapace<sup>153</sup>.

Fin qui, quanto agli obblighi nascenti dal *pacs*; quanto ai rapporti familiari, il *pacs* non crea alcun legame familiare, né tra gli stessi contraenti, né di conseguenza tra essi e le famiglie della controparte. Nondimeno, non crea alcuna presunzione di filiazione tra i *pacsés* e i figli nati in seno alla comunione di vita o adottati da uno di loro, e non deroga alle regole generali in tema di filiazione e di potestà genitoriale<sup>154</sup>. La stipulazione del *pacs* non consente di acquisire il cognome del convivente; quanto ai figli, gli stessi prenderanno il cognome secondo quanto agli artt. 311-21 e 311-23 del *code civil*.

L'art. 515-4 del *code civil* stabilisce un regime primario, che impone ai contraenti non solo l'obbligo di sostegno materiale e di assistenza reciproca in ragione della loro capacità di contribuire, ma anche un regime solidaristico rispetto ai debiti contratti singolarmente, ma per far fronte ai bisogni della *vie courante*, con l'esclusione delle *dépense manifestement excessives*. Inoltre, tale regime solidaristico non ha luogo per gli acquisti a rate, né per i contratti di mutuo, se questi non sono stati contratti col consenso di entrambe le parti del *pacs*, salvo il caso in cui si tratti di impegni economici di modesto ammontare, necessari ai bisogni della famiglia, e che l'ammontare complessivo di questi impegni, sommati, non sia manifestamente eccessivo rispetto allo stile di vita della famiglia.

Il legislatore francese segna in ciò la distanza da quello italiano, il quale ha ritenuto di non prendere posizione, lasciando i conviventi, *pacsés* e non, al regime ordinario della responsabilità patrimoniale personale; il suo omologo d'Oltralpe, con una valutazione

<sup>153</sup> L'art. 449 del *code civil*, come riformato nel 2009, stabilisce tuttavia che “*A défaut de désignation faite en application de l'article 448, le juge nomme, comme curateur ou tuteur, le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure*”.

<sup>154</sup> Conformemente a quanto decretato dal *Conseil Constitutionnel* (*Conseil Constitutionnel*, 9 novembre 1999 n. 99-419 DC, *cit.*), la legge istitutiva del *pacs* “*est sans incidence sur les autres titres du livre 1er du code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale*”. L'art. 311-25 del *code civil*, introdotto dall'*ordonnance* n. 2005-759 du 4 juillet 2005, nel quadro della unificazione dello *status* di figlio, prevede che la filiazione è stabilita, per quanto riguarda la madre, attraverso la designazione di questa nell'atto di nascita del figlio. Ciononostante, ella conserva la possibilità di non essere nominata nell'atto di nascita, il che le consente di mettere in dubbio la linea di filiazione. In tal caso, ella potrà stabilire a posteriori la linea di filiazione, sulla base del riconoscimento (art. 316 *code civil*). Quanto alla filiazione paterna, il padre *pacsé* dovrà necessariamente riconoscere il proprio figlio ai sensi degli artt. 316 e 317 *code civil*. In materia di filiazione adottiva, i conviventi possono adottare ciascuno separatamente, ma non possono adottare congiuntamente, né avvalersi della procreazione medicalmente assistita.

degli interessi in gioco assai simile a quella alla base dell'art. 220 *code civil* (dettato per le obbligazioni dei coniugi), ha invece voluto stabilire un regime differenziato: da un lato, le “spese correnti<sup>155</sup>”, le cui corrispondenti obbligazioni ricadono in capo ai conviventi solidalmente; dall'altro, quelle che, sia per il loro ammontare, sia per la loro natura di indebitamento prolungato nel tempo, potrebbero celare interessi personali di ciascuno dei conviventi, e le cui corrispondenti obbligazioni pertanto restano in capo esclusivamente al soggetto stipulante<sup>156</sup>, salvo che le stesse non siano state contratte da entrambi: elemento questo che rimuoverebbe, in teoria, la presunzione legislativa di esclusività dell'interesse all'operazione. Il regime così presentato non sembra derogabile dall'autonomia privata, sia ragionando sulla base del dato normativo<sup>157</sup>, sia ritenendo che la norma sia dettata anche a tutela di interessi dei terzi creditori delle obbligazioni assunte.

Sempre in campo patrimoniale, la prima edizione del *pacs*, datata 1999, prevedeva l'automatica ricaduta in una comunione ordinaria<sup>158</sup> dei beni acquistati a titolo oneroso dai contraenti. Dopo la novella del 2007, il regime legale derogabile dei *pacsés* è un regime di separazione dei beni puro e semplice<sup>159</sup>, analogo a quello previsto dal *code civil* per i coniugi, per il quale ciascun convivente conserva la proprietà dei beni che acquista, e li gestisce in totale autonomia. Di conseguenza, ciascun convivente è il solo proprietario: a) dei beni che erano di sua proprietà anteriormente alla registrazione del *pacs*; b) dei beni che ha acquistato a titolo originario o acquisito a titolo oneroso nel vigore del *pacs*; c) dei beni che ha ricevuto in forza di donazione e successione; d) dei proventi percepiti nel

<sup>155</sup> Singolare, e rivelatore di certi imbarazzi propri anche del legislatore francese, che le norme sul *pacs* non parlino mai di figli e di filiazione dei conviventi: ciò per la ferrea volontà politico-ideologica di dissociare *pacs*, filiazione, e (forse giustamente, forse ingiustamente) convivenza omosessuale. Si tratta, come è ovvio, di una omissione esclusivamente simbolica, nel senso che, a prescindere dall'orientamento sessuale della coppia di conviventi, ove vi siano figli, comuni, dell'uno o dell'altro convivente, i debiti contratti da uno dei conviventi per l'educazione degli stessi deve senz'altro considerarsi come un debito del *ménage*: i bisogni dei figli conviventi sono senza alcun dubbio bisogni della *vie courante*. Ci si trova, insomma, in presenza di una differenza di redazione, rispetto alle norme sul matrimonio, che rivela tanto sul *retropensiero* del legislatore, ma che all'atto pratico è priva di qualsivoglia portata esclusiva.

<sup>156</sup> Il citato art. 220 *code civil*, con tenore più favorevole al coniuge rispetto al contraente del *pacs*, individua quali criteri che escludono la solidarietà, anche la utilità o inutilità dell'operazione per la famiglia, nonché la buona o mala fede del terzo.

<sup>157</sup> Che quando ha previsto la derogabilità di una norma, lo ha fatto espressamente: v. il seguente art. 515-5.

<sup>158</sup> Il legislatore francese, tenendosi lontano dalle incertezze in cui è incappato quello italiano, ha sempre parlato di *indivision*, e mai di *communauté des biens*.

<sup>159</sup> Cfr. Art. 515-5-1 *code civil*.

vigore del *pacs*. Dei beni ricadenti in queste categorie, egli conserva l'amministrazione, il godimento e la libera disponibilità<sup>160</sup>. I conviventi possono comunque acquistare insieme in comunione, nelle quote stabilite al momento dell'acquisto. Se la proprietà esclusiva su un bene (mobile) non può essere dimostrata, la stessa è reputata indivisa in pari quote<sup>161</sup>.

Tale regime legale è derogabile in favore di un regime di comunione ordinaria, da stabilirsi nel *pacs* o in una sua successiva modificazione<sup>162</sup>, in forza della quale i beni acquistati congiuntamente o separatamente risulteranno indivisi tra i *pacsés* in pari quote, anche se la contribuzione all'acquisto fosse in quote differenti<sup>163</sup>. L'art. 515-5-2 del *code civil* enuncia la lista dei beni che permangono nella proprietà esclusiva di ciascuno: denaro personale non investito, beni acquistati a titolo originario e loro accessori, beni di carattere strettamente personali, ecc. L'articolo 515-5-3 del *code civil* dispone che ciascun convivente è, salvo disposizione contraria, amministratore dei beni indivisi.

Il legislatore francese sceglie dunque per la linearità: un regime "libero", variamente determinabile dai conviventi, e in alternativa, un regime "rigido" di contitolarità: nel mezzo, alcune norme idonee a dirimere situazioni incerte. In questo, la scelta del legislatore italiano, analoga nel contenuto, si fa apprezzare di meno solo per la sbrigatività con la quale non definisce il regime separatista che si stabilisce *ex lege* tra i conviventi (che perciò si è definito "non-regime"), e con la quale rinvia alle norme sulla comunione legale, comprendendole tutte, anche se verosimilmente intendeva rinviare alle sole norme in tema di comunione degli acquisti (artt. 177-179 cod. civ.) e di sua cessazione.

Regime degli acquisti, modalità di mutua assistenza alle quali sono tenuti i contraenti durante il vigore del contratto, contribuzione ai carichi della famiglia, norme sulla amministrazione degli eventuali beni indivisi (sottoposte, opportunamente, a pubblicità immobiliare<sup>164</sup>: norma lungimirante ed ossequiante al principio della certezza

---

<sup>160</sup> Art. 515-5, comma primo *code civil*.

<sup>161</sup> Art. 515-5, comma secondo *code civil*, con riferimento ai beni mobili: cfr. art. 195 codice civile italiano.

<sup>162</sup> Art. 515-5-1 *code civil*.

<sup>163</sup> Così espressamente l'art. 515-5-1 *code civil*.

<sup>164</sup> Art. 515-5-3, comma secondo *code civil*: "Pour l'administration des biens indivis, les partenaires peuvent conclure une convention relative à l'exercice de leurs droits indivis dans les conditions énoncées aux articles 1873-1 à 1873-15. A peine d'inopposabilité, cette convention est, à l'occasion de chaque acte d'acquisition d'un bien soumis à publicité foncière, publiée au fichier immobilier". La convenzione relativa all'amministrazione dei beni

del diritto, al cospetto della quale, la nostrana pubblicità nei registri anagrafici impallidisce) e della loro gestione, come contenuto minimo; ma poiché la convenzione è sottomessa al principio della libertà contrattuale, i contraenti possono inserirvi di comune accordo altre norme relative ai loro rapporti patrimoniali; in particolare, per espressa previsione di legge, potranno organizzare le conseguenze materiali della rottura della loro relazione: facoltà, questa, che non è possibile esercitare ai coniugi, nel quadro delle convenzioni matrimoniali. Si tratta di un punto essenziale, che caratterizza la distinzione tra *pacs* e convenzione matrimoniale (*contrat de mariage*) e che attiene alla natura essenzialmente contrattuale del *pacs*, contrariamente a quella del matrimonio, che è un'istituzione. Ed è per questo che il legislatore francese (contrariamente a quello italiano, che ha previsto l'obbligo di prestare gli alimenti al convivente) non ha previsto alcuna prestazione compensatoria collegata allo scioglimento di un *pacs*.

Le convenzioni contenute nel *pacs* devono rispettare i principi di ordine pubblico posti dall'ordinamento: in questo senso, il *Conseil Constitutionnel*<sup>165</sup> ha stabilito contrarie all'ordine pubblico, e dunque proibite, clausole a) relative alla soppressione dell'obbligazione di mutua assistenza materiale dovuta reciprocamente nel vigore del *pacs*<sup>166</sup>; b) relative alla soppressione del dovere di assistenza previsto dall'art. 515-4 del *code civil*<sup>167</sup>; c) che abbiano, a qualunque titolo, il risultato di limitare o escludere la libera facoltà dei contraenti di revocare il *pacs* stesso, o il diritto al risarcimento del danno causato da colpa nell'esecuzione del contratto, che ha portato alla rottura del medesimo<sup>168</sup>.

---

indivisi sarà reputata valida, in assenza di contraria disposizione, per tutta la durata del *pacs*, e prorogabile anche in caso di scioglimento di questo per cinque anni, a loro volta prorogabili (art. 515-5-3 comma terzo, *code civil*).

<sup>165</sup> *Conseil Constitutionnel*, 9 novembre 1999 n. 99-419 DC, cit.

<sup>166</sup> *Conseil Constitutionnel* 9 novembre 1999, n° 99-419, cit., *considérant* 28: "que si les dispositions de l'article 515-5 du code civil [...] pourront, aux termes mêmes de la loi, être écartées par la volonté des partenaires, les autres dispositions introduites par l'article 1er de la loi déferée revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger; que tel est le cas de la condition relative à la vie commune, de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires doivent s'apporter, ainsi que les conditions de cessation du pacte". Inoltre, al *considérant* 31: "Que l'aide mutuelle et matérielle s'analyse en conséquence comme un devoir entre partenaires du pacte; qu'il en résulte implicitement mais nécessairement que, si la libre volonté des partenaires peut s'exprimer dans la détermination des modalités de cette aide, serait nulle toute clause méconnaissant le caractère obligatoire de ladite aide".

<sup>167</sup> *Conseil Constitutionnel*, 9 novembre 1999, n° 99-419, cit.

<sup>168</sup> *Conseil Constitutionnel*, 9 novembre 1999, n° 99-419, cit., *considérant* 61: "Considérant que, si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou

Clausole contrarie all'ordine pubblico dovrebbero portare il notaio a rifiutarsi di ricevere l'atto pubblico, e il cancelliere del tribunale a informare del rischio di annullamento del *pacs* in presenza di clausole illecite, così tanto di tipo patrimoniale, quanto in materia di diritti personali, ed eventualmente informare la competente Procura della Repubblica. Analoghe considerazioni a quelle fatte a margine della legge italiana.

In materia successoria, il convivente *pacsé* superstite è trattato dalla legge come un terzo, con la sola eccezione di alcune disposizioni minori. Egli non dispone di nessun diritto ereditario *ab intestato*, né del legato di diritto di abitazione vitalizio disposto *ex lege* particolare per il coniuge superstite; può solamente rivendicare il diritto temporaneo di un anno all'abitazione, accordato al coniuge dall'articolo 763 del *code civil*. Resta tuttavia una differenza non di poco conto tra i due regimi: il diritto temporaneo del coniuge è un diritto che discende direttamente dal matrimonio, ed un principio di ordine pubblico, mentre il convivente superstite può esserne espressamente privato dal convivente premorto con apposita clausola contenuta nel *pacs* o nel testamento<sup>169</sup>.

In materia di contratto di locazione dell'abitazione, in caso di abbandono del domicilio o di decesso del convivente-locatario, la sua posizione contrattuale è trasferita di diritto al convivente *pacsé*, a prescindere dalla durata e dalla persistenza del *pacs*<sup>170</sup>.

Per migliorare la successione del convivente, non può perciò che ricorrersi al testamento, salvi i limiti della quota disponibile, se in presenza di eredi legittimari. Se chiamato alla successione per testamento, il convivente *pacsé* superstite può comunque valersi degli importanti diritti riconosciuti dagli artt. 831, 831-2, 832-3 e 832-4, relativi

---

*l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties"; inoltre, al considérant 62: "dans tous les cas de rupture unilatérale, y compris le mariage, réservent le droit du partenaire à réparation; que toute clause du pacte interdisant l'exercice de ce droit devra être réputée non écrite".*

<sup>169</sup> Art. 515-6, ultimo comma, *code civil*, che richiama espressamente solo i primi due commi del citato art. 763 *code civil* ("1. Si, à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit. 2. Si son habitation était assurée au moyen d'un bail à loyer ou d'un logement appartenant pour partie indivise au défunt, les loyers ou l'indemnité d'occupation lui en seront remboursés par la succession pendant l'année, au fur et à mesure de leur acquittement"), e non anche gli ultimi due ("3. Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux. 4. Le présent article est d'ordre public").

<sup>170</sup> Art. 14 della *loi du 6 juillet 1989*: l'articolo 1751 del *code civil* è applicabile al soggetto legato al locatario da un *pacs*.

all'attribuzione preferenziale, in sede di scioglimento della comunione ereditaria, di tutta o parte dell'impresa nella quale uno o più eredi collaboravano col *de cuius*, o della partecipazione sociale di cui questi era contitolare con uno o più eredi (salva, in quest'ultimo caso, l'applicazione di disposizioni di legge limitative della circolazione di partecipazioni sociali, o di clausole statutarie di continuazione con predeterminate categorie di eredi, ai sensi dell'art. 831, comma secondo, *code civil*), o dei contratti di locazione relativi all'abitazione o ai beni mobili e immobili funzionali all'esercizio dell'impresa (ma in quest'ultimo caso, solo se il convivente premorto lo ha espressamente previsto per testamento: così l'art. 515-6, comma secondo *code civil*).

Anche al legislatore francese è dunque mancato il coraggio necessario per fare del convivente registrato un erede necessario. Tutto quel che la legge prevede in suo favore sono diritti temporanei legati alla tutela del diritto all'abitazione, mentre le prerogative riconosciute agli eredi e poc'anzi richiamate, sono subordinate a una regolare chiamata alla successione operata tramite il testamento, e dunque sottomesse ai rischi tipici del conflitto tra eredi legittimari ed *ab intestato* da un lato, ed eredi testamentari dall'altro (azione di riduzione, impugnazione del testamento per incapacità naturale o altro vizio della volontà del testatore).

In materia fiscale, la situazione di coniugi e conviventi *pacsés* è molto simile: entrambe le categorie beneficiano di una esenzione totale dalle imposte sulle successioni<sup>171</sup>. Per contro, le donazioni tra coniugi e conviventi *pacsés* di valore superiore agli 80.724 euro restano soggette a tassazione progressiva, dal 5% al 45% del valore<sup>172</sup>.

I coniugi e i conviventi *pacsés* beneficiano di una imposizione unica sul cumulo dei redditi di ogni genere conseguiti da entrambi, che sono oggetto di una unica dichiarazione fiscale: ciò, a prescindere dal regime matrimoniale dei coniugi, o dal regime degli acquisti scelto dai conviventi *pacsés*, e sempre che non ricorrano altre situazioni (separazione dei beni e residenze differenti; istanza di separazione o di divorzio ed autorizzazione a risiedere separati; abbandono della residenza comune). Ciascuno dei coniugi o dei

---

<sup>171</sup> Art. 796-0 *bis* del *Code général des impôts*.

<sup>172</sup> Artt. 790-E, 790-F e 777 del *Code général des impôts*.

conviventi *pacsés* soggetto ad imposizione fiscale comune è tenuto solidalmente al pagamento dell'imposta sui redditi, salve talune eccezioni di obbligazioni tributarie per le quali è possibile domandare l'esclusione della solidarietà. Il regime della tassazione congiunta si applica a partire dall'anno fiscale successivo a quello nel quale si è registrato il *pacs*<sup>173</sup>. Tale regime fiscale termina in caso di scioglimento del *pacs*.

Quello fiscale è probabilmente il fronte sul quale il legislatore italiano è rimasto più indietro: non si rilevano infatti norme significative a vantaggio dei conviventi, i quali restano soggetti d'imposta diversi, e privati di qualsivoglia agevolazione riguardante donazioni e successioni reciproche, assoggettate alla massima aliquota dell'8% sul valore del *donatum*.

Dal punto di vista previdenziale, la legge istitutiva del *pacte civil de solidarité* ha esteso ai conviventi *pacsés* buona parte delle prestazioni di previdenza sociale<sup>174</sup>, alle quali il convivente *pacsé* accede in via diretta, in qualità di avente diritto dal suo *partner*. Coniuge e convivente *pacsé* vantano gli stessi diritti in ordine all'assicurazione sanitaria, ai congedi per maternità e alle prestazioni previdenziali a causa di morte. Il convivente *pacsé* beneficia delle prestazioni in natura, dell'assicurazione sanitaria e dei congedi per causa di maternità<sup>175</sup>, pur se egli non sia a carico effettivo, totale e permanente dell'assicurato. Tuttavia, talune prestazioni previdenziali non sono estese al convivente *pacsé*: il beneficio dell'assegno durante il congedo per maternità e l'indennità sostitutiva (previste invece a vantaggio dei coniugi collaboratori di lavoratori autonomi), ma soprattutto, il beneficio della pensione di reversibilità o di invalida vedovanza, il beneficio della reversibilità dell'assegno di invalidità permanente (che spetta invece al coniuge del beneficiario deceduto)<sup>176</sup>.

Il convivente *pacsé* che partecipa all'attività professionale del *partner* ha la

---

<sup>173</sup> Art. 885-A alinéa 3 *Code general des impôts*.

<sup>174</sup> Articolo L 161-1 del *code de la sécurité sociale*: “Sauf dispositions contraires, par membre de la famille, on entend au sens du présent code : 1) Le conjoint de l'assuré social, son concubin ou la personne à laquelle il est lié par un pacte civil de solidarité (...)”.

<sup>175</sup> L'art. L 3142-1 del *code du travail*, relativamente ai congedi familiari, beneficia i *pacsés* di un numero di giorni di congedo familiare da definire sulla base degli accordi collettivi.

<sup>176</sup> L'articolo L. 356-1 del *code de la sécurité sociale* non elenca che “le conjoint de l'époux défunt” tra i beneficiari dei trattamenti previdenziali per il caso di vedovanza.



possibilità di optare per lo stesso regime pensionistico concesso al coniuge imprenditore, nel caso in cui la partecipazione all'impresa sia regolare, non remunerata, ed esclusiva<sup>177</sup>.

Come anche nell'ordinamento italiano, in quello francese si assiste a una generale disomogeneità delle norme in materia di previdenza sociale, tra previsioni che estendono le tutele previste per i coniugi anche ai conviventi (sia *pacsé* che non), ed altre che invece restano a solo vantaggio del coniuge superstite. Del resto, la coraggiosa scelta di legare la convivenza rilevante a un atto pubblico genetico, non si è accompagnata alla redazione di uno "statuto della convivenza", che ha creato discrasie sistemiche cui il legislatore ha dovuto e dovrà mettere rimedio poco alla volta. Destino che attende anche il suo omologo italiano: nessuno deve illudersi che la l. 76/2016 abbia terminato il lavoro (al più, lo ha proseguito).

Il *pacs* si scioglie<sup>178</sup>, ai sensi dell'art. 515-7 del *code civil*: a) per morte di uno dei contraenti b) per il matrimonio di uno dei contraenti, o di entrambi i contraenti, anche tra loro; c) per mutuo dissenso manifestato contestualmente dai contraenti al cancelliere del tribunale del luogo di registrazione, o a un notaio che procede alla relativa pubblicità; d) per volontà unilaterale di uno dei contraenti, da notificarsi all'altro contraente e da manifestarsi al cancelliere del tribunale del luogo di registrazione o a un notaio, che procede alla relativa pubblicità. Come si è detto, l'obbligo di fedeltà non è stato previsto in materia di *pacs*, e perciò l'infedeltà non può essere addotta come causa di nullità del *pacs* stesso<sup>179</sup>. Ciononostante, deve domandarsi se l'infedeltà non possa essere ritenuta come un motivo legittimo di rottura unilaterale del contratto. La questione deve trattarsi nel quadro delle relazioni contrattuali di diritto comune e del diritto delle obbligazioni, senza farsi suggestionare dalla disciplina del matrimonio e del divorzio.

Una volta sciolto il *pacs*, di tale scioglimento è data pubblicità negli atti dello stato civile: lo scioglimento del *pacs*, secondo le regole speciali già ricordate, è opponibile al

<sup>177</sup> V. art. 16-III della loi n. 2008-776 du 4 août 2008, décret n. 2006-1580 du 11 décembre 2006, décret n. 2007-582 du 19 avril 2007.

<sup>178</sup> In argomento v. DEKEUWER – DÉFOSSEZ, *Pact et famille retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 3, 2001, 529-546; VAUVILLÉ, *La fin du pact civile de solidarité*, in *Droit et patrimoine*, 91, 2001, 26-32.

<sup>179</sup> V. *Court d'Appel Paris*, 2e ch. civ., B, 9 novembre 2006, in *La semaine juridique notariale et immobilière* - 24 Novembre 2006 – n. 47, e in *Jurisclasseur périodique*, 2007, 1, 170, con nota di BOSSE PLATIÈRE.

contraente dalla data della sua registrazione, e ai terzi, dalla data dell'annotazione a margine dell'atto di nascita. La separazione dei genitori non incide sulle regole di devoluzione dell'esercizio della potestà genitoriale: in caso di disaccordo tra i genitori, il *juge aux affaires familiales* deciderà sulle conseguenze del mutamento del domicilio, in funzione dell'interesse dei minori<sup>180</sup>.

Le domande relative al funzionamento della comunione tra persone legate da un *pacs*, nonché quelle relative alla divisione e alla liquidazione di interessi patrimoniali tra essi, competono al medesimo *juge aux affaires familiales*, competente anche in materia di matrimonio<sup>181</sup>: si tratta di un passaggio incoerente, in quanto si demandano questioni meramente patrimoniali al giudice competente per affari di famiglia, sconfessando in parte la natura contrattuale dell'istituto. Singolare è la devoluzione alla competenza del giudice della famiglia, di controversie relative alla fine di una unione che la legislazione non chiama mai "famiglia".

È all'uopo opportuno sottolineare che lo scioglimento della comunione creatasi in forza del regime comunitario degli acquisti non è un effetto automatico dello scioglimento del *pacs*; dal punto di vista strettamente patrimoniale, l'unico effetto diretto dello scioglimento del *pacs* è il mero porre fine alla presunzione di indivisione prevista dall'articolo 515-5 del *code civil*. A far data dall'avvenuta pubblicità dello scioglimento del *pacs*, tutti i beni acquistati e le obbligazioni contratte da ciascuno degli *ex-pacsés* resteranno nella piena titolarità dell'acquirente. Ulteriore corollario è che i beni in comunione resteranno indivisi, finché uno dei conviventi non prenderà l'iniziativa di domandare la divisione giudiziale, in difetto di accordo.

In sede di divisione, è possibile beneficiare delle regole di attribuzione preferenziale, per effetto delle già elencate norme sulla divisione, richiamate dall'art. 515-6 del *code civil*. All'uopo, la prassi notarile ha ritenuto legittime clausole del *pacs* derogatorie delle citate norme di attribuzione preferenziale, anche quelle disposte per lo scioglimento della comunione ereditaria, se ed in quanto trasposte con la cura di non violare il divieto

---

<sup>180</sup> Art. 373-2 *code civil*.

<sup>181</sup> Artt. 1136-1 e 1136-2 *code de procédure civile*.

dei patti successori.

In materia di debiti e crediti, gli *ex-pacsés* hanno facoltà di liquidare di comune accordo i relativi rapporti di credito; solo in difetto di accordo, è il giudice a statuire sulle conseguenze patrimoniali della rottura del *pacs*. Salvo contrario accordo, i crediti e debiti reciproci tra i contraenti possono compensarsi con *“les avantages qu’un des partenaires a pu retirer de la vie commune notamment en ne contribuant pas a la hauteur de ces facultés aux dettes contractées pour des besoins de la vie courante”*.

Sul versante delle conseguenze dello scioglimento del *pacs*, il legislatore francese mantiene un approccio liberale, limitandosi all'indispensabile, valorizzando ampiamente l'accordo tra le parti conseguente alla rottura del rapporto, sia il pre-accordo concluso dai conviventi in vista della possibile crisi del rapporto medesimo. Si tratta di un punto del sistema rimasto autenticamente coerente con la originaria natura, meramente contrattuale, del *pacs* delle origini. Il legislatore italiano, dal canto suo, per il caso in cui i conviventi abbiano optato per il regime della comunione dei beni all'interno dei loro rapporti, non ha potuto che ri-evocare<sup>182</sup>, al comma 60 della l. 76/2016, gli effetti patrimoniali di cui agli artt. 191 e ss. cod. civ., mentre nulla è disposto per il “non regime” ordinario. L'impressione che si ha, è che il legislatore abbia sottovalutato la portata del richiamo, volendo probabilmente solo porre fine al regime della comunione degli acquisti, senza però considerare le rilevanti implicazioni derivanti dalla disciplina degli artt. 192 e 194-197 cod. civ..

In tema di diritto internazionale privato, la *loi* n. 2009-526 *du 12 mai* 2009 ha introdotto nel *code civil* l'articolo 515-7-1, ove è disposto che *“les conditions de formation et les effets d’un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l’État de l’autorité qui a procédé à son enregistrement”*; e analoga disposizione è prevista al comma primi dell'art. 30-bis della l. 31 maggio 1995, n. 218, introdotto dalla l. 76/2016.

---

<sup>182</sup> Era già sufficiente il richiamo alla disciplina della comunione legale, operato al comma 52, per ritenere applicabile le altre norme contenute nella stessa sezione del libro I del codice civile.

## 4. Accordi prematrimoniali

### 4.1 *Lo stato dell'arte.*

Se i patti tra i conviventi hanno ottenuto, dopo il narrato lungo travaglio, la considerazione del legislatore, lo stesso non può dirsi per i patti tra i futuri sposi aventi ad oggetto l'eventuale, futura rottura del *menage*. Tali accordi, propriamente detti accordi prematrimoniali, secondo la terminologia mutuata dall'esperienza nordamericana dei cc.dd. *prenuptial agreements*, affermatasi sin dagli anni Settanta del secolo scorso, si distinguono concettualmente dagli accordi stipulati in sede di separazione tra coniugi in vista del divorzio (*in contemplation of divorce*), benché l'espressione "accordi in vista della crisi o del divorzio" abbia fin qui compreso le due differenti tipologie negoziali, quella degli "accordi prematrimoniali" e quella degli "accordi divorzili", senza eccessive distinzioni, pur trattandosi evidentemente di due *species* di pattuizioni negoziali differenti, seppur sostanzialmente affini, poiché entrambe assolvono allo scopo di disciplinare, in un momento di serenità e di equilibrio, prima di ogni definitivo contrasto, l'intero assetto, ovvero un singolo aspetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi in caso di fallimento dell'unione matrimoniale, per prevenire, o quanto meno deflazionare, le controversie divorzili. Che diventano, inevitabilmente, controversie familiari, con tutto quel che ne consegue quanto a lacerazione dei rapporti personali.

Nell'ambito della contrattualizzazione dei rapporti familiari, l'aspetto tuttora più dibattuto, e che registra la maggiore distanza tra la prevalente dottrina e la giurisprudenza di legittimità, attiene all'ammissibilità, *de iure condito*, di accordi atti ad una definizione globale della crisi coniugale, attraverso la predeterminazione del contenuto delle prestazioni post-matrimoniali.

Nel variegato quadro di posizioni dottrinali, appare prevalere nettamente l'orientamento volto all'affermazione della piena ammissibilità e liceità di tali accordi<sup>183</sup>: la

---

<sup>183</sup> V. per tutti OBERTO, *Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 217 e ss., oltre alla numerosissima bibliografia del medesimo Autore; in argomento v. anche FERRANDO, *Diritto di famiglia*, 2012, 236-237; CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi matrimoniale*, in *Fam. e dir.*, 2000, 430 e ss.; DORIA, *op. cit.*, 64; COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del*

considerazione principale a fondamento di tale piena ammissibilità è basata sul riconoscimento dell'ampio margine di operatività ormai riconosciuto dall'ordinamento all'autonomia privata nel diritto di famiglia, quale desumibile dall'introduzione della dissolubilità del matrimonio, e dalla conseguente privatizzazione del rapporto coniugale.

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità si è consolidata, nel corso dell'ultimo trentennio<sup>184</sup>, nel senso dell'affermazione della nullità degli accordi assunti dai coniugi (ma il discorso, ai fini della trattazione, può estendersi anche ai conviventi e ai futuri coniugi) in vista del divorzio. Gli argomenti usualmente adottati a sostegno di tale affermazione si fondano essenzialmente: a) sulla contrarietà all'art. 160 cod. civ., secondo cui gli sposi non possono derogare né ai diritti, né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio; b) sull'indisponibilità dello *status* e sulla limitazione della libertà processuale che verrebbe sacrificata da detti accordi; c) sull'irrinunciabilità della clausola *rebus sic stantibus* a fondamento di quanto statuito dall'art. 156, ultimo comma cod. civ., e dall'art. 9 della l.

---

*matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 105 e ss.

<sup>184</sup> Il principio della nullità degli accordi preventivi sul regime giuridico post-divorzile fu affermato per la prima volta da Cass. Civ., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1553 e ss., con nota di TRABUCCHI. La fattispecie concreta riguardava l'accordo tra coniugi in forza del quale si stabiliva il diritto, per il marito separato, di mantenere fermo per un certo periodo l'ammontare dell'assegno dovuto alla moglie a titolo di mantenimento suo e dei figli, indipendentemente da un eventuale divorzio. Il principio, di lì a poco confermato (cfr. Cass. Civ., 5 dicembre 1981, n. 6461, in *Italggiure Web*, Rv. 468084) è stato poi costantemente ribadito negli anni Novanta (tra le altre, v. Cass. Civ., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1306 e ss., con nota di OBERTO; Cass. Civ., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1694 e ss.; Cass. Civ., 2 luglio 1990, n. 6773, in *Italggiure Web* (Rv 468084), sino ai tempi più recenti (Cass. Civ., 25 gennaio 2012, n. 1084, in *Dir. e giust. on line*, 27 gennaio 2012, con nota di PALEARI; Cass. Civ., 9 ottobre 2003, n. 15604, in *Italggiure Web* (Rv 569286); Cass. Civ., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, 344 e ss., con nota di PICCALUGA; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr giur.*, 2000, 1021, con nota di BALESTRA), quantunque, talora, con precisazioni e distinzioni sulle quali infra nel testo. Al rigido indirizzo assunto in materia dalla giurisprudenza di legittimità aderisce, in dottrina, BIANCA, *Diritto civile*, 5, vol. 2.1, *La famiglia*, 2014, 231, che a propria volta ribadisce la nullità assoluta anche degli accordi diretti a regolare gli effetti patrimoniali della separazione posti in essere al tempo del matrimonio, o comunque prima che si sia manifestata la causa della separazione ("l'intollerabilità della convivenza"); ritengono inoltre che permangano rilevanti limiti all'autonomia delle parti *in subiecta materia* anche AULETTA, *Diritto di famiglia*, 2011, 255, e ID., *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2001, 45 e ss. che ritiene invalidi gli accordi stipulati in vista della crisi, che privino il coniuge bisognoso del diritto al sostentamento, nella misura degli alimenti o del mantenimento, in misura totale o parziale (come quando, ad esempio, stabiliscano l'immodificabilità dell'importo dell'assegno), oppure che finiscano con incidere sulla libertà di aprire la crisi o di determinarne gli effetti; e GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 695 e ss. Ritiene indisponibile l'assegno di divorzio anche AL MUDEREN, *Nuove prospettive del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, 2007, 263.

898/1970; d) sulla natura indisponibile dell'assegno divorzile, attesa la sua natura assistenziale; e) sull'inammissibilità della rinuncia a diritti futuri.

Le uniche "crepe" nel muro eretto dalla costante giurisprudenza di legittimità riguardano giusto qualche precisazione, atta ad ammettere la validità dei cosiddetti accordi transattivi puri, o a giustificare la restrizione del rilievo della nullità quale nullità relativa, di protezione<sup>185</sup>, o a limitare temporalmente l'azione di nullità di un accordo preventivo alla sola fase del procedimento di divorzio<sup>186</sup>.

A parere di autorevole dottrina<sup>187</sup>, non v'è dubbio che, nella sua absolutezza, l'argomento basato sull'indisponibilità dello *status*, con conseguente compressione del diritto di difesa sul piano processuale, non sia un argomento determinante: se ne rileva la contraddittorietà con la stessa giurisprudenza della suprema Corte<sup>188</sup>, incline, viceversa, a riconoscere validità alle convenzioni matrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio. Dovrebbe, probabilmente, porsi in modo più consono il vero *discrimen* tra la nullità, per illiceità della causa, degli accordi che abbiano ad oggetto il condizionamento psicologico delle parti, nei quali i vantaggi patrimoniali siano attribuiti in funzione di prezzo del consenso al divorzio o alla riconciliazione<sup>189</sup> e validità, invece, degli accordi che

<sup>185</sup> Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al dir.*, 2000, 24, 43, con nota di M. FINOCCHIARO; tale orientamento è criticato serratamente da M. FINOCCHIARO, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa*, Nota a Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, *ibidem*, ove giustamente si osserva che il risultato paradossale della trasformazione, in via esclusivamente ermeneutica, di una nullità assoluta in nullità relativa, in barba all'art. 1421 cod. civ., è la declaratoria di "liceità soggettivamente parziale" di un atto avente causa illecita: si paventa inoltre, opportunamente, la violazione dell'art. 3 Cost., poiché si opererebbe un trattamento differenziato a ciascuno dei coniugi. Ad analoghe conclusioni giungono RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, 2005, 83; OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, nota a Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 4, 2013, 324.

<sup>186</sup> Cass. civ., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592 e ss.; la sentenza, oltre a confermare che quella che colpisce gli accordi in previsione del divorzio è nullità di protezione, in violazione con il principio stabilito dall'art. 1421 cod. civ., secondo quanto si è detto alla nota precedente, si spinse ad affermare che tale forma di nullità dovrebbe essere fatta valere soltanto nell'ambito della procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronunzia), così surrettiziamente introducendo, per tale nullità, un'impropria forma di prescrizione, in aperta ed ingiustificata violazione del principio di cui all'art. 1422 cod. civ.: questa è l'opinione, condivisibile, di OBERTO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>187</sup> NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 278-279.

<sup>188</sup> Cass. Civ., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 1670 e ss.

<sup>189</sup> NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 279, *sub* nota 120, ipotizza in tal senso la nullità di un accordo nel quale si faccia dipendere l'attribuzione dell'assegno divorzile dalla

intendano esclusivamente regolare in prevenzione i rapporti economici, ove il mutamento di *status* si verifichi in forza dell'autonomo divenire dei rapporti personali tra i coniugi<sup>190</sup>.

Quanto ai rapporti tra determinazione in unica soluzione dell'assegno di mantenimento in sede di separazione e clausola *rebus sic stantibus*, di cui all'art. 156, ultimo comma cod. civ., si è argomentato che il problema è nell'interpretazione della volontà negoziale delle parti, tale che, in assenza di una specifica pattuizione diretta a rinunciare alla proposizione di qualsiasi domanda futura a contenuto economico, non potrà escludersi che l'accordo con il quale si stabilisca l'adempimento dell'obbligo legale di mantenimento in unica soluzione, anche a mezzo di trasferimenti immobiliari, possa essere modificato al verificarsi di determinate circostanze sopravvenute. Ciò, analogamente a quanto si verifica in materia contrattuale, ove è consentito risolvere un contratto al verificarsi di una disfunzione sopravvenuta che impedisce il corretto svolgimento della fattispecie rispetto al programma negoziale originariamente voluto ed immaginato dalle parti (cd. presupposizione)<sup>191</sup>.

Ancora, se è pacifica ed incontrovertita l'indisponibilità dell'assegno stabilito come concorso al mantenimento dei figli minori, inerendo esso all'esercizio di un *munus* (la responsabilità genitoriale), il punto sicuramente più controverso riguarda la natura indisponibile o meno degli assegni di mantenimento per il coniuge in sede di separazione, di cui all'art. 156 cod. civ. e dell'assegno divorzile, quale previsto dall'art. 5 della L. 898/1970.

Al di là dell'ammissibilità, discussa in teoria generale del diritto, della rinuncia a diritti futuri<sup>192</sup>, con riferimento all'assegno divorzile, non v'è dubbio che il vero punto

---

rinuncia del beneficiario ad eccepire qualsivoglia elemento favorevole nel futuro giudizio di divorzio introdotto ad istanza dell'altro coniuge.

<sup>190</sup> GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*, nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 444 e ss., e in particolare 448.

<sup>191</sup> CECCHERINI - GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi ed autonomia privata*, 2013, 338. Ritiene vi sia compatibilità tra gli istituti in discussione anche RABITTI, *La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi*, in *Famiglia*, 2001, 589 e ss. e 616, il quale ritiene che possa essere attribuita rilevanza, ai fini della modificazione dell'accordo, solo a circostanze "eccezionali", che alterino a tal punto l'equilibrio raggiunto in fase di conclusione dell'accordo sulla prestazione *una tantum* da giustificare una revisione.

<sup>192</sup> V. per tutti COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, 2005; MACIOCE, voce *Rinuncia* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, 40, 1989, 923-950, ove si distingue tra rinuncia alle aspettative (sicuramente ammissibile, in quanto avente

centrale della questione<sup>193</sup> attenga all'individuazione del fondamento formale dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio, che i fautori della tesi affermativa<sup>194</sup> individuano appunto nel disposto dell'art. 160 cod. civ., secondo cui gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio. In tale prospettiva, l'assegno di mantenimento di cui all'art. 156 cod. civ. si pone come proiezione, sul versante della crisi coniugale, dell'obbligo assistenziale di cui

---

ad oggetto una situazione giuridica in cui è presente il requisito dell'attualità) e rinuncia ai diritti futuri (che desta perplessità in ordine alla impossibilità dell'effetto abdicativo con riferimento ad un diritto non esistente nel patrimonio del soggetto al momento della rinuncia, ovvero esistente, ma in un patrimonio altrui); l'Autore, riprendendo l'opinione di autorevole dottrina (FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960, 43; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, 218 e ss.) distingue inoltre tra "rifiuto" e "rinunzia", atteso che mentre il primo attiene al procedimento acquisitivo, la seconda si specifica come atto abdicativo di un diritto in precedenza acquisito al patrimonio del soggetto. In giurisprudenza, in senso negativo con specifico riferimento alla tematica degli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio, cfr. Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Italgiure Web* (Rv 590893), e in generale, relativamente a fattispecie connotate da esigenze di tutela della c.d. parte debole. Così ad esempio, in tema di prelazione agraria, la validità della rinuncia ad essa da parte del coltivatore diretto è ritenuta valida e produttiva di effetti, purché sia data la prova che la stessa sia successiva all'acquisita conoscenza della volontà del proprietario di alienare il fondo a titolo oneroso, con indicazione del futuro acquirente, del prezzo pattuito e delle modalità di pagamento di questo: in tal senso Cass., 14 aprile 2000, n. 4858, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2529 e ss. In materia di rapporto di lavoro la rinuncia del lavoratore subordinato a diritti futuri ed eventuali è ritenuta radicalmente nulla ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. e non annullabile, previa impugnazione da proporsi nel termine di cui all'art. 2113 cod. civ., riferendosi tale ultima norma ad atti dispositivi di diritti già acquisiti e non ad una rinuncia preventiva, come tale incidente sul momento genetico dei suddetti diritti: così Cass., 14 dicembre 1998, n. 12548, in *Not. giur. lav.*, 1999, 248 e ss..

<sup>193</sup> NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 279, sub nota 123, ritiene non sia decisivo, nel senso dell'ammissibilità della rinuncia, il rilievo della disponibilità, sul piano processuale, tanto dell'assegno di mantenimento ai sensi dell'art. 156 cod. civ., quanto dell'assegno di divorzio ai sensi dell'art. 5 comma 6 della L. 898/1970, essendo pacifico che il giudice non possa attribuire d'ufficio l'uno o l'altro assegno, in assenza della domanda della parte che vi abbia interesse. Il principio dispositivo, in tal caso, opera sul piano endoprocessuale e non impedisce alla parte che vi abbia diritto di poter far valere successivamente il proprio diritto, secondo la tesi che appare preferibile, anche indipendentemente dalla sopravvenienza di giustificati motivi. Così ad esempio, relativamente all'ammissibilità del ricorso ex art. 9 l. div. volto ad ottenere l'assegno divorzile non richiesto al momento della pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, Cass., 7 gennaio 2014, n. 108, in *Fam. e dir.*, 2014, 282.

<sup>194</sup> GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 699. Con specifico riferimento all'indisponibilità dell'assegno di mantenimento v. BUGETTI, *Le rinunzie ai diritti contenute nell'accordo di separazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 957 e ss., la quale rileva che difficilmente, nel contesto di un accordo abitualmente complesso in quanto tendente alla definizione globale dei rapporti patrimoniali, la rinuncia viene ad assumere natura propriamente abdicativa. L'Autrice ritiene altresì invalide le rinunce che abbiano ad oggetto i rimborsi e le restituzioni, previsti dall'art. 192 cod. civ.; ciò in ragione del fatto che i rimborsi e le restituzioni si configurano alla stregua di operazioni prodromiche all'individuazione dei beni rientranti nella comunione, e come tali funzionali all'attuazione del principio di uguaglianza delle quote, che l'art. 194 cod. civ. sancisce come inderogabile.



all'art. 143 cod. civ.. A sua volta, l'art. 5, comma sesto della l. 898/1970, nella versione seguita alla modifica apportata dalla l. 74/1987, nel disporre l'obbligo di somministrare periodicamente un assegno in favore dell'ex coniuge, quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive (prevedendo, al comma ottavo, che la corresponsione possa avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale), è, preso atto della sua natura assistenziale<sup>195</sup>, la principale espressione della c.d. solidarietà *post* coniugale: riproposizione della solidarietà coniugale temperata dall'intervenuto divorzio.

Nell'uno e nell'altro caso, l'indisponibilità sul piano sostanziale dell'assegno si pone, secondo i fautori della relativa tesi, in relazione alla sua strumentalità rispetto alla realizzazione del principio di eguaglianza e solidarietà tra i coniugi nella fase della crisi coniugale, trovando poi la sua giustificazione, una volta intervenuta la cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio, quale forma di solidarietà *post* coniugale.

Di contro, per i sostenitori della tesi della piena disponibilità di detti assegni, l'art. 160 cod. civ. non potrebbe ritenersi applicabile agli accordi preventivi in vista del divorzio, trattandosi di norma riferibile alla sola fase fisiologica della convivenza coniugale. Essa, pertanto, non potrebbe ritenersi ostativa alla validità degli accordi che mirino ad un'intesa complessiva degli assetti patrimoniali post-matrimonio, poiché gli accordi preventivi in vista del divorzio non concernono diritti e doveri *che nascono dal matrimonio*, ma rapporti giuridici *che nascono dal divorzio*, che è l'opposto e la negazione stessa del matrimonio<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Così dalla notoria Cass. SS.UU., 29 novembre 1990, n. 14490 (e dalle altre coeve n. 11489, 11491, 11492), in *Foro it.*, 1991, I, c. 67 e ss., con note di V. CARBONE e QUADRI; la natura esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile, finalizzato a consentire all'ex coniuge debole la tendenziale conservazione del tenore di vita goduto in costanza di convivenza matrimoniale, è stata sistematicamente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, alla quale si è uniformata la giurisprudenza di merito, sì da conformarsi come vero e proprio diritto vivente.

<sup>196</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 457 e ss.; ID., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, Nota a Trib. Torino 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 806 e ss., 812 e ss.; ID., *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, nota a Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 326; ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2013, 98 e ss.. L'argomentazione della Suprema Corte parrebbe ispirata da una precedente pronuncia di merito, che, per la prima volta, si è posta in consapevole contrasto con l'indirizzo consolidato in materia: Trib. Torino, ord. 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 803 e ss., con nota di OBERTO, su cui si tornerà infra nel prossimo capitolo.

I critici di questa ricostruzione<sup>197</sup> si concentrano sul dato formale: gli accordi tra i coniugi in sede di separazione ed in vista del divorzio intervengono tra coloro che, a quel momento, sono coniugi, e dunque tenuti, tra gli altri doveri inderogabili di cui all'art. 143 cod. civ., all'assistenza morale e materiale reciproca, che trova espressione, nella fase della crisi coniugale e nel regime successivo al matrimonio, nelle forme di corresponsione dei rispettivi assegni.

La prassi notarile, ha affrontato con i propri mezzi la richiesta crescente di ricevere atti contenenti convenzioni atipiche aventi ad oggetto i rapporti patrimoniali tra conviventi<sup>198</sup>, nonché atti di adempimento di precedenti accordi raggiunti dai coniugi in sede giudiziale, nel corso della separazione o del divorzio; la (meno frequente) richiesta di ricevere *prenuptial agreements* deve però fare i conti con il delineato scenario giurisprudenziale, e di riflesso, con lo "spauracchio" dell'art. 28 l. not., che limita fortemente quella volontà di interpretazione adattiva delle norme al mutato costume sociale che pure il notaio potrebbe essere tentato di assecondare, essendo egli figura di questo tempo.

Ma ci si deve domandare perché su questi accordi si allunghi l'ombra dell'articolo 28 l. not., e più precisamente, quali sono le disposizioni inderogabili di legge che si violerebbero. Cosa limita l'autonomia privata nei rapporti di famiglia? Data per presupposta la meritevolezza degli interessi in gioco, quali sono, in materia, i limiti imposti dalla legge all'autonomia concessa ai privati dall'art. 1322 cod. civ.?

E' sì notorio che il diritto di famiglia è fondato su norme inderogabili, poste a presidio di interessi generali, pubblici, e di valori fondamentali; e altrettanto notorio che essi, per loro natura, soggiacciono a mutamenti sociali e culturali che ne stanno condizionando la lettura e l'applicazione.

Si è visto che alcuni doveri matrimoniali, ed in particolare il dovere di contribuzione, imposto ai coniugi in costanza di matrimonio, nell'interesse superiore della famiglia e della solidarietà familiare, non terminano con il matrimonio; cambiano piuttosto

---

<sup>197</sup> NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 280-281.

<sup>198</sup> Cfr. C. CARBONE, *Formulario notarile commentato*, 2016, 1264-1274.

fisionomia, e la cambiano nella forma e nella misura che il giudice, sulla base di parametri stabiliti dalla legge, determinerà solo a consuntivo, al momento della pronuncia della sentenza di divorzio.

Può allora conciliarsi un siffatto sistema familiare con un accordo, assunto “in tempo di pace”, che implichi, inevitabilmente, una rinuncia preventiva ad alcuni o tutti i diritti soggettivi spettanti al coniuge divorziato, nonché al diritto di difendere in giudizio tali diritti, almeno per quanto attiene al lato economico-patrimoniale della vicenda?

La risposta della giurisprudenza è quella che si è ricordata poc'anzi: ammesso che la famiglia, da collettore di interessi pubblici, protetti con forme e schemi fissi, ha cominciato a “privatizzarsi”, assecondando istanze sociali e tendenze d'oltreconfine, resta la nullità degli accordi preventivi, in quanto essi avrebbero lo scopo, o quanto meno l'effetto, di condizionare le parti nel procedimento di divorzio<sup>199</sup>. La commercializzazione dello *status* di coniuge, per sua natura indisponibile, avrebbe causa illecita, perché idonea a limitare la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, non soltanto per quel che ne riguarda l'accettazione degli aspetti economici preventivamente concordati ma, prima ancora e soprattutto, per quanto concerne la stessa dichiarazione del divorzio in sé, con irreparabile compromissione di un interesse di ordine pubblico. In più pronunce, la giurisprudenza ha ricondotto la nullità di tali accordi all'illiceità della causa o dell'oggetto<sup>200</sup>, sulla base delle

---

<sup>199</sup> Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1553 e ss., con nota di TRABUCCHI.

<sup>200</sup> Cass. civ., 11 Dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156 e ss., ove la Corte di Cassazione ha ritenuto affetto da nullità, per illiceità della causa, il patto con il quale i coniugi, per l'eventualità di una futura pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, prevedano in favore dell'uno il diritto personale di godere della casa dell'altro, in quanto patto incidente sui comportamenti difensivi nel processo di divorzio e sui rapporti patrimoniali conseguenti al medesimo: materie sottratte alla disponibilità delle parti ed affidate alle determinazioni del giudice, a tutela di interessi anche pubblicistici; Cass., 2 luglio 1990, n. 6773, in *Rep. Foro It.*, voce *Separazione*, 27, ove la Corte ha stabilito la nullità della rinuncia alla revisione dell'assegno di mantenimento; Cass. civ., 1° Marzo 1991, n. 2180, in *De Jure on line*, ove si è ritenuto che il divieto di disciplinare in anticipo i rapporti patrimoniali non riguarda solo la predeterminazione dell'assegno di mantenimento, ma anche gli accordi economici accessori, sussistendo, anche per tali accordi, le stesse ragioni di ordine pubblico alla base del divieto, anche successivamente alla novella dell'art. 4 della l. div. che ha previsto la domanda congiunta di divorzio, in quanto tali accordi sarebbero solo una mera prefigurazione, non basata su un effettivo consenso; Cass. civ., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, I, 1, 1992, 338 e ss., ha ancora affermato l'invalidità dell'accordo con il quale i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, non solo nella parte riguardante i figli, ma anche nella parte concernente l'assegno spettante al coniuge, in forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. Tale accordo non solo contrasta con l'art. 9 della l. div., che

ricordate argomentazioni.

Nessuno spunto risolutivo dell'impasse è stato offerto dalla recente introduzione della disciplina della cd. "degiurisdizionalizzazione"<sup>201</sup>: la novella dal nome inquietante<sup>202</sup> ha sì preveduto la possibilità per i coniugi in crisi di procedere tramite negoziazione assistita da un avvocato, o domanda congiunta diretta all'ufficiale dello stato civile competente, anche per separazioni, divorzi e modifica delle condizioni degli stessi, in assenza di qualsivoglia giudizio omologatorio da parte dell'autorità giudiziaria; ma intanto, si coglie la limitatezza dei casi in cui tale procedimento può avviarsi (coniugi che non abbiano a carico figli minori, maggiorenni incapaci e/o non autosufficienti e/o portatori di handicap gravi). Inoltre, l'eliminazione del controllo giudiziale, in caso di separazione consensuale, degli accordi, nei casi di assenza di prole minore, o incapace, o affetta da handicap, o ancora di prole maggiorenne ma ancora priva di autosufficienza economica, trascura del tutto il problema del necessario raccordo tra gli artt. 158 e 160 cod. civ..

Sembrerebbe, in primo luogo da escludere, che nei casi sopra indicati di presenza di figli, anche un negozio puro di diritto familiare quale il mero accordo tra i coniugi a vivere separati con l'obbligo del mutuo rispetto possa essere raggiunto a seguito di negoziazione

---

consente la revisione in ogni tempo delle disposizioni concernenti la misura e la modalità di versamento dell'assegno, ma soprattutto ha causa illecita, in quanto appare sempre connesso, esplicitamente o implicitamente, alla finalità di viziare o limitare la libertà di difendersi nel successivo giudizio di divorzio, in relazione ad aspetti economici indisponibili, quale quello relativo all'assegno di natura eminentemente assistenziale, dunque correlato ad esigenze di vita (pensioni, alimenti, retribuzioni ecc.), e in quanto tale indisponibile: dunque, nullità per illiceità della causa derivante dalla violazione dell'art. 160 cod. civ., intesa come massima espressione della totale indisponibilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio, ed in particolare dello *status coniugalis*, e della indisponibilità del diritto di difesa.

<sup>201</sup> Art. 6 del D. L. 12 settembre 2014, n. 132.

<sup>202</sup> Norma opportunamente criticata poiché, a scapito delle finalità ascrivibili al principio di sussidiarietà orizzontale, marginalizza la figura del notaio: nelle procedure che non richiedono più il controllo giudiziale nella forma del decreto di omologazione della separazione, della sentenza su ricorso congiunto di divorzio o di decreto di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, il ruolo del notaio resta di fatto solo indirettamente previsto dalla disposizione generale di cui all'art. 5, che richiede, ai fini della trascrizione degli atti previsti dall'art. 2643 cod. civ., l'autentica del processo verbale d'accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Il che appare in realtà inevitabile, ove gli accordi prevedano la conclusione di atti o contratti soggetti a trascrizione, data l'esigenza di assicurare la migliore tutela alle parti circa la libera circolazione dei beni, garantita attraverso l'affiancamento della figura professionale del notaio accanto a quella dell'avvocato, al quale soltanto l'art. 6 del decreto in esame fa espresso riferimento, quanto agli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita.

assistita o concluso dinanzi all'ufficiale di stato civile. In questo senso deve intendersi la *ratio* delle norme menzionate del D.l. 132/2014, nel senso che i patti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli siano essi stessi condizioni necessarie della separazione, sicché l'accordo dei coniugi a vivere separati non possa prescindere da una compiuta disciplina del mantenimento e dell'affidamento della prole, da sottoporre, quindi, nella sua integrità, al vaglio giudiziale<sup>203</sup>.

Se poi, da un lato, nel caso di mancanza di prole, l'eliminazione del controllo giudiziale dell'omologazione sembrerebbe segnare la massima estensione dell'autonomia privata nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi, dall'altro la disposizione generale di cui all'art. 5, in tema di requisiti ai fini dell'efficacia esecutiva dell'accordo (laddove detta norma richiede, tra l'altro, la certificazione degli avvocati circa la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico) riconsegna all'interprete, in tutta la sua pienezza, il compito di definirne i limiti.

Poiché resta salvo, come è ovvio che sia, il diritto d'impugnare l'atto con l'azione di nullità, ove l'accordo sia in contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico, (appena rafforzata dalla configurazione dell'impugnazione quale illecito deontologico a carico dell'avvocato che abbia concorso a dare causa alla nullità nella redazione dell'accordo: art. 5 comma 4 del D.l. 132/2014), e poiché non si scorgono informazioni circa la disponibilità della clausola *rebus sic stantibus*<sup>204</sup>, le due procedure resteranno una strada battuta da pochi temerari, incuranti della predetta clausola.

A segnare una evoluzione *in subiecta materia* sono destinate, più probabilmente, una precedente pronuncia della Suprema Corte<sup>205</sup>, avente ad oggetto accordi sul divorzio assunti tra due soggetti non coniugati, e una più esplicita pronuncia di merito<sup>206</sup>, lasciano

---

<sup>203</sup> Così NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 285-286; contra, G. FINOCCHIARO, *Senza difensore davanti all'ufficiale di Stato civile*, in *Guida al dir.*, 2014, 40, inserto *Il decreto giustizia*, 2, XVIII-XX, che ritiene invece che, in base al principio di conservazione degli atti nulli, l'eventuale conclusione di un patto pur in presenza di figli bisognosi di assistenza non è causa di nullità dell'intero negozio, ma solo delle parti relative alla prole.

<sup>204</sup> Informazioni che non si scorgono nemmeno nella successiva l. 6 maggio 2015, n. 55, che introduce il cd. "divorzio breve".

<sup>205</sup> Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 4, 2013, 321, con nota di OBERTO.

<sup>206</sup> Trib. Torino, ord. 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2012, 803 e ss., con nota di OBERTO.

intendere che anche in questo campo, orientamenti granitici potrebbero sgretolarsi in meno che non si dica.

In realtà, una volta addentratasi nelle motivazioni della pronuncia di legittimità<sup>207</sup> cui ci si riferisce, diventa chiaro che alla stessa non debbano attribuirsi effetti dirompenti, né gli onori del *turning point*<sup>208</sup> (del resto, sono gli stessi giudici estensori, a non volerli).

Innanzitutto, la fattispecie: intervenuta, tra i coniugi Tizio e Tizia, la sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, Tizio introduceva il giudizio al fine di ottenere una sentenza costitutiva dell'obbligo di un trasferimento immobiliare assunto con scrittura privata dalla convenuta Caia, quando i due ancora non avevano celebrato il loro matrimonio; la Suprema Corte ha ritenuto valido e vincolante l'accordo stipulato dagli allora futuri coniugi un giorno prima delle nozze, in forza del quale si prevedeva proprio che Tizia avrebbe ceduto, in caso di "fallimento" del matrimonio, a Tizio, un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale, mentre, a saldo, Tizio avrebbe trasferito alla moglie un valore mobiliare di ingente valore.

La Corte ha escluso che detto accordo configurasse un accordo prematrimoniale nullo per illiceità della causa, né in particolare, per violazione dell'art. 160 cod. civ., integrando invece detto accordo un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente volto a realizzare interessi leciti e meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cpv. cod. civ., e qualificando l'attribuzione come *datio in solutum*, poiché ai sensi dell'art. 1197 cod. civ., il debitore può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta con il consenso del creditore; l'impegno negoziale originariamente assunto è collegato alle spese affrontate, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionante. I giudici dichiarano dunque di aderire espressamente all'indirizzo costante, motivando la loro decisione sulla

<sup>207</sup> Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 4, 2013, 321 e ss., con nota di OBERTO.

<sup>208</sup> Come invece fa SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, nota a Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *I contratti*, 2013, 223 e ss.: l'Autore citato pare tuttavia aver equivocato il senso della sentenza stessa, che non attribuisce affatto, agli accordi prematrimoniali, validità e liceità *tout court*. Critica il commento citato, negli stessi termini, anche NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 277, sub nota 115.

validità dell'accordo proprio in considerazione del fatto che la prestazione cui Tizia si era obbligata non poteva trovare la sua giustificazione causale nel "fallimento" del matrimonio, ma solo una condizione sospensiva lecita<sup>209</sup>, nel quadro di un contratto atipico meritevole di tutela *ex art. 1322 cpv. cod. civ.*

Tale condizione sospensiva, cioè l'ipotesi di fallimento del matrimonio, non è, a parere della Corte, né meramente potestativa ai sensi dell'art. 1355 cod. civ., in quanto il fallimento del matrimonio si verifica per cause oggettive, indipendenti da responsabilità o fatti addebitabili all'una o all'altra parte, né in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume. In particolare, non contrasta con l'art. 160 cod. civ., in quanto spiega la Corte (con motivazione non propriamente intellegibile) che "in costanza di matrimonio (e prima della crisi familiare) opera tra i coniugi il dovere reciproco di contribuzione di cui all'art. 143 c.c.: il linguaggio comune spiega il significato ad esso attribuito dal legislatore, è la parte che ciascuno conferisce, con cui si concorre, si coopera ad una spesa, al raggiungimento di un fine. Con la contribuzione si realizza dunque il soddisfacimento reciproco dei bisogni materiali e spirituali di ciascun coniuge, con i mezzi derivati dalle sostanze e dalle capacità di ognuno di essi. Può sicuramente ipotizzarsi che, nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, sul loro accordo, una sorta di quiescenza, una 'sospensione' appunto, che cesserà con il "fallimento" del matrimonio, e con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri e diritti coniugali.

Condizione lecita, dunque, nella specie di un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., comma 2".

Autorevole dottrina<sup>210</sup>, in uno slancio di generosità, sottolinea il "notevole sforzo

---

<sup>209</sup> Concetto ripreso anche dalla successiva Cass. Civ., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 94, con nota di TAGLIASACCHI), che ha riconosciuto la validità dell'accordo scritto, perfezionato tra marito e moglie durante il matrimonio, in forza del quale il primo, ricevuta una somma di denaro dalla seconda, si impegnavano a restituirla nell'eventualità della separazione personale. Tale accordo, secondo la Suprema Corte, va qualificato come contratto di mutuo (gratuito), il cui obbligo restitutorio è sottoposto alla condizione sospensiva della separazione tra coniugi. Il mutuo è valido ed efficace poiché non viola il principio dell'indisponibilità degli *status*, né influenza, in modo rilevante, l'intendimento di separarsi.

<sup>210</sup> NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad*

interpretativo” operato dalla Corte, “che si pone come una significativa testimonianza del riconoscimento delle potenzialità dello strumento del contratto nella disciplina dei rapporti patrimoniali in ambito familiare”. Altrettanta magnanimità si coglie nell'opinione di chi<sup>211</sup> ritiene che la sentenza non abbia “nulla a che vedere con veri e propri accordi preventivi della crisi, che prevengono il conflitto e definiscono complessivamente l'accordo divorzile, ma [costituisca] certamente un'apertura concreta, quanto meno un atteggiamento non più solo ciecamente di rigido rifiuto verso qualunque pattuizione che contempra la crisi coniugale, ma esatta distinzione tra accordi nei quali la regolamentazione dell'evento divorzio sia idonea a condizionare la volontà degli sposi ed accordi nei quali l'evento divorzio sia solo un avvenimento che condiziona l'efficacia di un accordo con una causa propria, soltanto sopita, sospesa in corso di matrimonio, ove cioè il divorzio sia appunto solo un elemento accidentale”.

Si ritiene invece di concordare con l'autorevole dottrina<sup>212</sup> che, della sentenza in parola, sottolinea l'enorme confusione fatta, in un susseguirsi di *distinguishings* che finisce, secondo l'(irriverente) espressione adottata della medesima dottrina, per “spaccare il capello” in tanti, troppi segmenti. La Corte fa sì una cosa giusta, nel sottolineare il ruolo del divorzio, che nel programma negoziale agisce come condizione sospensiva, e non come oggetto o causa del medesimo<sup>213</sup> (ma dimentica le ulteriori, importanti distinzioni,

---

*opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 281.

<sup>211</sup> PETRAGLIA, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 294: l'Autrice coglie maggiormente il punto quando afferma che solo “leggendo a contrario la sentenza della Cassazione esaminata, si giunge a riconoscere piena validità ad un accordo, anche prematrimoniale, in cui il fallimento del matrimonio non sia causa genetica dell'accordo, ma evento condizionale, indipendente dalla volontà di ciascun coniuge”; meno condivisibile, a parere di chi scrive, è l'ulteriore distinzione, operata dalla Corte e approvata dall'Autrice citata, per la quale il contratto debba necessariamente caratterizzarsi da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, e purché con esso non si regoli l'intero assetto economico tra i coniugi, o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti.

<sup>212</sup> Il riferimento è alla serrata critica operata da OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, nota a Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 4, 2013, 324 e ss.; analoghe opinioni sono espresse da FIORINI, *La Corte dovrebbe individuare una linea univoca in grado di orientare le decisioni degli operatori*, in *Guida al dir.*, 2013, 4, 25-27.

<sup>213</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 334, peraltro ridimensiona la “scoperta” della Corte, puntualizzando come la nullità per illiceità della *causa divortii* fulminerrebbe solo convenzioni, ben rare nella prassi, nelle quali “in cambio di *x* mi impegno a divorziare, in cambio di *y* mi impegno a non divorziare”, ossia nelle quali il divorzio entra nel programma negoziale e/o lo sorregge causalmente. Lo stesso Autore, *ivi*, 330, precisa inoltre che



operate dalla dottrina prevalente, per le quali l'accordo di due futuri coniugi non ricade nel campo di applicazione dell'art. 160 cod. civ., ma lo precede, e che gli accordi assunti prima del matrimonio ed *in contemplation of divorce* non derogano agli obblighi nascenti dal matrimonio, ma al più a quelli nascenti dal divorzio, che è la nemesi del matrimonio stesso, "l'esatto rovescio"<sup>214</sup>); ma, pur di ossequiare la precedente giurisprudenza consolidata, si produce in una spericolata distinzione, che dovrebbe provare l'unicità del caso: la distinzione tra "accordi" che intendono "regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti", nulli in base alla ben nota giurisprudenza di legittimità, e "contratti" caratterizzati "da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali", in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione: negozi, questi, da ritenersi invece validi.

Si tratta di una argomentazione non condivisibile in più punti: *in primis*, si nota che la "prematrimonialità" di un contratto della crisi coniugale nulla ha a che vedere con le sue eventuali "globalità" e "proporzionalità", atteso che nessuno è in grado di prevedere quali e quanto complessi saranno i rapporti economici dopo un periodo, magari pluridecennale, di convivenza *uti coniuges*. Né essa risulta necessariamente legata allo specifico tema dell'assegno: proprio la Suprema Corte non ha mai esitato, neppure per un istante, a fulminare di nullità intese tra coniugi separati dirette a stabilire singole, ben determinate, attribuzioni patrimoniali al momento dell'eventuale (ancorché probabile) futuro divorzio, anche al di là e al di fuori dell'ipotesi della predeterminazione del (o della rinuncia al) diritto all'assegno divorzile<sup>215</sup>. *In secundis*, va sottolineato che, nella materia in

---

l'unico modo per ricondurre alla sottospecie del contratto prematrimoniale un contratto parte del *genus* della crisi coniugale è data dal suo essere concepito in *contemplation of divorce*, laddove la *contemplation* va intesa proprio alla stregua di una condizione.

<sup>214</sup> Corsivo di OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 812; sostengono una interpretazione restrittiva dell'art. 160 cod. civ. anche CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 398; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. Civ.*, 1996, I, 699 e ss., nonostante l'Autore affermi la nullità degli accordi preventivi di divorzio.

<sup>215</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 828-829. Cfr. ad es. Cass. 1° marzo 1991, n. 2180, in *Dir. fam.* 1991, 926-927: "Il divieto per i coniugi di disciplinare in anticipo i loro rapporti patrimoniali per l'eventualità del divorzio non riguarda solo la predeterminazione dell'assegno, ma comprende gli accordi economici parimenti rientranti nel regime patrimoniale del divorzio, sussistendo anche per tali accordi le ragioni di ordine

esame, concernente per definizione pattuizioni di carattere patrimoniale, non appare possibile riproporre la superata contrapposizione tra “accordo” e “contratto”.

Del tutto arbitrario risulta poi l'espresso riferimento operato dalla sentenza al requisito della “rilevanza” del profilo patrimoniale: un aspetto, questo, che non si comprende da quale norma o da quale principio sarebbe desumibile, come dimostrato proprio dal richiamo della motivazione all'assegno postmatrimoniale. Ed invero, l'esperienza del contenzioso coniugale comprova come la parte più combattuta, e sovente più interessante, della “partita” patrimoniale si giochi non tanto sugli assegni, quanto sul regime, sulla titolarità dei beni acquisiti, sulla qualificazione giuridica di attribuzioni patrimoniali effettuate dai coniugi e/o dai rispettivi parenti, sui rapporti dare-avere sorti in anni di intrecci affettivo-patrimoniali<sup>216</sup>.

Ed infine: è evidente che il trasferimento dell'immobile non sarebbe stato dovuto nel caso in cui il matrimonio non fosse entrato in crisi. La persistenza del vincolo avrebbe avuto l'effetto di conservare il carattere gratuito della prestazione costituita dal pagamento, da parte di Tizio (futuro marito) delle spese di ristrutturazione di un altro immobile di Caia (futura moglie). Negare al contratto in oggetto la natura di patto prematrimoniale, come invece fa la Cassazione nella sentenza in commento, appare quanto mai arduo. Va ribadito in questa sede come l'idea di collegare i rapporti patrimoniali tra due soggetti che stanno per unirsi in matrimonio al buon esito dello stesso, sia concezione da antichissima data inscindibilmente connessa con l'istituto matrimoniale.

Proprio lo studio storico e comparato delle pattuizioni in vista della celebrazione delle nozze<sup>217</sup> evidenzia il frequente e diffuso riconoscimento della validità di accordi

---

pubblico del divieto (attitudine ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo status personale). Il principio non resta escluso dalla possibilità, introdotta dall'art. 4 della legge 6 marzo 1987 n. 74 (che ha novellato l'art. 4 della legge 1 dicembre 1970 n. 898), di proporre congiuntamente la domanda di divorzio, poiché, in questa evenienza, le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico attengono ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire, e, quindi, non semplicemente prefigurato”. V. inoltre Cass. 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1495; Cass. 10 gennaio 2012, n. 1084, su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di BEDESCHI.

<sup>216</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 330.

<sup>217</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 330-332. Per una trattazione più diffusa, v. ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 66 e ss.; ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio*

diretti, per l'eventualità del fallimento del rapporto di coniugio, a riportare i contraenti, "al punto di partenza", ossia nelle stesse situazioni patrimoniali nelle quali si sarebbero trovati se mai si fossero impegnati in quell'unione (rivelatasi poi male assortita).

Qualcosa, tra l'altro, di molto simile a ciò che per secoli è avvenuto ed ancor oggi avviene in Francia, con la c.d. "clausola alsaziana"<sup>218</sup>; oggetto della suddetta clausola, altro non è che quel che i coniugi richiedono sovente in sede di separazione, ossia che determinati acquisti "squilibrati", operati in costanza di matrimonio, siano "riequilibrati" nelle esatte quote di partecipazione di ciascuno. Ma è del tutto evidente ed innegabile il carattere preventivo, non rispetto al matrimonio, ma rispetto al divorzio, nel senso più

---

*nella prospettiva storica, nota a Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in Foro it., 1999, I, 1306 e ss.; ID., I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali, in Dir. Fam. pers., 2003, 535 e ss.; ID., La comunione legale tra coniugi, nel Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, 2010, 3 e ss., 49 e ss.; MAGAGNA, I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi, 2002, passim.*

<sup>218</sup> Tramite la *clause alsacienne*, gli sposi che optano, in Francia, per il regime di comunione universale, possono stabilire che, in caso di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione (MALAURIE - AYNÉS, *Les régimes matrimoniaux*, 2007, 89 e 325 e ss.: "les époux peuvent adopter un régime alternatif, c'est-à-dire différent suivant la cause de dissolution: décès ou divorce. C'est l'objet de la clause de reprise dans une communauté universelle, dite souvent 'clause alsacienne', prévoyant qu'en cas de divorce, les époux pourront reprendre leurs apports. Techniquement, cette clause est un avantage matrimonial, une clause de partage; si bien qu'elle ne modifie pas le régime de communauté universelle. En pratique, il s'agit bien d'en revenir à la communauté d'acquêts, si le mariage est un échec"): soluzione che incontra da tempo i favori della dottrina (BRUN - WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, 2009, 267, ove si argomenta che "en période de divortialité galopante, on peut comprendre la préoccupation des époux de faire en sorte que le bénéficiaire susceptible d'être tiré du régime matrimonial soit minimal en cas de divorce et maximal en cas de décès. La clause de liquidation alternative répond à cette attente - également dénommée clause alsacienne en raison de son développement par les praticiens alsaciens en réponse à la fréquence de la communauté universelle dans cette région, pour des raisons historiques. Elle consiste, dans le cas d'une communauté universelle, à liquider celle-ci différemment selon la cause de dissolution. En cas de dissolution par décès, les règles de la communauté universelle s'appliquent. Au contraire, en cas de dissolution par divorce, la liquidation est réalisée comme s'il s'agissait d'une communauté réduite aux acquêts, par la possibilité offerte à chacun des époux de reprendre ses 'apports', c'est-à-dire les biens qui auraient été propres en régime légal ou les biens non constitutifs d'acquêts"; SIMLER, *La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil*, in *Jurisclasseur édition Notariale*, 2005, 1265. Nella dottrina italiana, sulla *clause alsacienne*, v. i riferimenti nell'insostituibile OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* Diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, I, 2010, 386, nota 171; II, 2010, 1671, nota 198) e della giurisprudenza francesi (*Court de Cass., 1ère ch. civ.*, 17 novembre 2010, n. 09-68292, la quale ha affermato che la clausola "ne confère aucun avantage matrimonial", e che "loin de conférer un avantage, son effet est de faire obstacle à ce qu'un avantage matrimonial se réalise"; *Court de Cass., 1ère ch. civ.*, 17 janvier 2006, per la quale la clausola è valida, costituendo "un aménagement des règles du partage - le bien repris est commun - qui ne porte pas atteinte à l'immutabilité ou à l'unicité du régime matrimonial"), e avallata anche dal legislatore della riforma francese del 23 giugno 2006 sulle successioni e liberalità, in vigore dal 1° gennaio 2007, che ha introdotto un terzo comma all'art. 265 del *code civil*, a mente del quale "si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté".

volte chiarito, di questo genere di intese; a prescindere formale esplicitazione od omissione del richiamo al futuro divorzio.

Tutt'altro coraggio, e puro anticonformismo, caratterizzano invece l'unica vera sentenza, di merito, che si pone in dichiarata controtendenza con le tesi della Cassazione, e che basa la sua decisione sulle tesi di parte della dottrina che maggiormente si è occupata di accordi prematrimoniali, ammettendone la validità.

Si tratta dell'ordinanza emessa dalla VII sezione del Tribunale di Torino<sup>219</sup>, nella cui massima si legge che *“L'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 c.c.”*. Vale la pena di esaminarla attentamente, per la sua forte connotazione innovativa e per le argomentazioni che fanno sintesi sulle varie questioni.

Il caso trattato è quello di un accordo sottoscritto dai coniugi pochi mesi prima della pronuncia di separazione, con il quale convennero che l'erogazione dell'importo, a titolo di assegno di mantenimento a carico del marito, sarebbe venuta a cessare all'atto dell'inizio della causa per la pronuncia della cessazione degli effetti civili del matrimonio, con impegno della moglie a *“nulla pretendere dal marito, né a titolo di una tantum né di mantenimento”*.

Il Tribunale, nel rammentare che tali accordi sono ritenuti invalidi sia dalla costante giurisprudenza di legittimità<sup>220</sup>, ritiene tuttavia, anche alla luce di una auspicabile interpretazione evolutiva, che vi siano buoni motivi per discostarsene.

Osserva, anzitutto, il Tribunale, che la stessa Corte di legittimità, in più di un'occasione, ha riconosciuto la validità di impegni preventivi in vista della separazione personale, al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice, purché tali attribuzione

---

<sup>219</sup> Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2012, 803 e ss., con nota di OBERTO.

<sup>220</sup> Nel testo della sentenza si elencano le sentenze già citate *passim* in questa ricerca: Cass., 11 giugno 1981, n. 3777; Cass., 5 dicembre 1981, n. 6461; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788; Cass., 2 luglio 1990, n. 6773; Cass., 1 marzo 1991, n. 2180; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857; Cass., 11 agosto 1992, n. 9494; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064; Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084.

non fossero lesive delle norme relative al mantenimento e agli alimenti<sup>221</sup>, ma soprattutto, contesta la assunta differenza tra separazione e divorzio. Secondo il Tribunale anche la separazione darebbe vita ad uno *status* familiare: pertanto, se le intese preventive fossero da considerarsi nulle in quanto dirette a disporre di uno *status* indisponibile al di fuori del momento dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice, non si comprenderebbe per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi in *contemplation of divorce* non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione.

Allo stesso tempo, la sentenza ricorda che la giurisprudenza di legittimità si è già pronunciata da tempo in senso favorevole agli accordi preventivi in tema di conseguenze economiche della pronuncia di annullamento del matrimonio<sup>222</sup>.

La tesi del Tribunale è che se la posizione tradizionale della giurisprudenza fa perno, principalmente, sulla preoccupazione di impedire che le determinazioni dei coniugi circa il loro stato (di persone, appunto, coniugate o meno) siano anche solo indirettamente influenzate dagli accordi economici in precedenza stipulati, tale preoccupazione non dovrebbe sussistere qualora le parti non si impegnino in alcun modo a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* coniugale, ma si limitino esclusivamente a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio. Con le medesime parole impiegate dalla autorevole dottrina, da sempre favorevole agli accordi preventivi<sup>223</sup>, il Tribunale sollecita una distinzione tra "l'obbligo a divorziare o non divorziare", con ciò introducendo nel sinallagma negoziale la disposizione dello *status*, dal prestabilire le mere conseguenze economiche dell'eventuale mutamento di *status*.

A sostegno della tesi, il giudice richiama argutamente la piena liceità (sancita dall'art. 162 cod. civ., per il quale le convenzioni matrimoniali possono essere stipulate in ogni tempo) delle convenzioni matrimoniali stipulate dai nubendi prima delle nozze, che sono proprio intese dirette al mutamento di *status* che si realizza con la celebrazione delle nozze, sostenendo che, piuttosto, il nostro ordinamento, sollecita il soggetto, all'atto del

---

<sup>221</sup> Cass. civ., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922.

<sup>222</sup> Cass. Civ., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 1670.

<sup>223</sup> Ci si riferisce principalmente all'Oberto, nei vari scritti pubblicati dall'Autore sul tema, e in particolare al citato *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 69 ss.

matrimonio, a “costruire” le proprie prospettive matrimoniali. Non si riesce quindi, a giudizio della corte di merito, a comprendere il motivo per cui ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio<sup>224</sup>.

Ancora, richiama l’art. 785 cod. civ. in tema di donazione obnuziale, che disciplina positivamente un comportamento personalissimo, ammettendo che possa essere dedotto, quale condizione di un’attribuzione patrimoniale, il mutamento di *status*, dal celibato al coniugio<sup>225</sup>.

Si contesta, coraggiosamente, il tradizionale riferimento all’art. 160 cod. civ., adducendo che “detta norma, secondo cui 'gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio', da un lato appare più afferente alla fase, per così dire, 'fisiologica' del rapporto coniugale, dall’altro prova troppo, giacché come è noto a seguito della separazione, nella fase c.d. 'patologica' del rapporto coniugale, cessano la maggior parte dei diritti-doveri discendenti dal matrimonio (come il dovere di fedeltà, di coabitazione, etc.) onde non si ravvisano ragioni per ritenere che, al contrario, il diritto-dovere di contribuzione al mantenimento debba invece, necessariamente, permanere intatto e nulla, in relazione ad esso, possa essere convenuto tra le parti<sup>226</sup>”.

Si contesta poi, con riferimento all’ipotesi di assegno divorzile, la possibilità di estendere analogicamente l’applicazione dell’art. 160 cod. civ. al divorzio: “l’art. 160 (...) va sistematicamente interpretato avuto riguardo alla sua peculiare collocazione all’interno di un insieme di articoli (quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d’ordine economico dell’unione coniugale nella sua fase fisiologica”.

Il Tribunale afferma anche che “il carattere pienamente disponibile delle

---

<sup>224</sup> Cfr. OBERTO, *op. ult. cit.*, 83. Cfr. inoltre DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 178, limitatamente agli atti traslativi (ma OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, nota a Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2012, 807, ritiene che non vi siano motivi per confinare le conclusioni prospettate ai soli accordi traslativi, con esclusione di ogni tipo di contratto concluso in occasione o in vista della crisi coniugale).

<sup>225</sup> OBERTO, *op. ult. cit.*, 84. Si aggiunge, nella stessa ottica “premiale” (ossia di attribuzione fatta per il caso in cui un determinato soggetto si sposi) il fondo patrimoniale costituito dal terzo in favore dei futuri sposi (art. 167 cod. civ.).

<sup>226</sup> Riprendendo le argomentazioni addotte da OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 74 e ss., ove si ricorda, in una prospettiva storica, che già nel diritto romano si era ritenuto di dover escludere le donazioni *divortii causa* dal tradizionale divieto di liberalità *inter coniuges*.

attribuzioni patrimoniali postconiugali *inter coniuges* emerge poi in modo palese ove si ponga mente alla sostanziale inesistenza di poteri di intervento sul merito che il Tribunale (non) possiede in relazione alle procedure d'omologazione degli accordi di separazione e di divorzio su domanda congiunta<sup>227</sup>, laddove è evidente che, *de iure condito*, nessun Giudice potrà mai e poi mai d'ufficio attribuire ad un coniuge un solo centesimo a titolo di contributo di mantenimento del coniuge separato o di assegno di divorzio<sup>228</sup>, in assenza di un contenzioso delle parti e di una specifica domanda sul punto<sup>229</sup>, ben diversamente da quanto accade in relazione agli assegni in favore della prole”.

Infine, il Tribunale denuncia come “contrario alla evoluzione di tutta la recente normativa nei più svariati settori - si pensi alla materia contrattuale o al diritto bancario - ove la buona fede e la correttezza costituiscono sempre più cardini inderogabili e principi per così dire di rango superiore, ritenere che nell'ambito del diritto familiare, al contrario, proprio quindi tra i coniugi, e cioè tra i soggetti il cui rapporto dovrebbe essere caratterizzato dal massimo livello di affidamento, non possa esser minimamente preso in considerazione qualsivoglia tipo di accordo economico raggiunto, con la conseguenza che un accordo di separazione, faticosamente concordato dopo mesi (o anni) di trattative e obiettivamente inteso come solutorio dell'intero complesso dei rapporti nati da un'unione sbagliata, possa essere accettato da una delle parti con la 'riserva mentale' di porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio”.

Per tutte queste ragioni, il Tribunale finisce per affermare la validità di un accordo quale quello stipulato, nel caso di specie, dai coniugi, nel quale ambo le parti, in piena autonomia e libertà, convennero la cessazione della contribuzione da parte del marito al

---

<sup>227</sup> Così in dottrina OBERTO, *op. ult. cit.*, 387 e ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 389 e ss. (parte I), 495 e ss. (parte II); AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 990 e ss..

<sup>228</sup> V. per tutti DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, 1991, 191 e ss.; in giurisprudenza, Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5267, in *Giust. civ.*, 1984, 81; Cass. civ., 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giur. it.* 1988, I, 1, c. 2020; Cass. civ., 5 luglio 2001, n. 9058, in *Familia*, 2002, 270; Cass. civ., 22 novembre 2000, n. 15065, in *Fam. e Dir.*, 2001, 34; Cass. civ., 23 marzo 2004, n. 5719, in *Fam. e dir.*, 2005, 37, con nota di CARRATTA.

<sup>229</sup> POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. giur.*, 1988, 116.

momento del deposito della richiesta di divorzio.

#### *4.2 Conclusioni sugli accordi prematrimoniali: il problema della validità rebus sic stantibus.*

Oltre che coraggioso e anticonformista, il percorso argomentativo e logico intrapreso dal Tribunale di Torino si fa apprezzare per la sua ispirazione autenticamente liberale, in quanto mira a valorizzare l'impiego della volontà contrattuale nella difficile soluzione delle liti tra coniugi. Inoltre, ed è l'altra faccia di questa medaglia, intende deflazionare il carico di lavoro del giudice, istituendo di fatto nel notaio e nei professionisti di parte le nuove figure chiave di un accordo che, in questa logica deflattiva ed antiprocessualistica, quasi "illuministica", per il valore che assegna alla determinazione delle parti, dovrebbe essere "tombale"<sup>230</sup>, irretrattabile, anche alla luce dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175-1176 cod. civ.), che permeano il sistema dei contratti, e di quel sistema costituiscono un principio inderogabile, e che non potrebbero e dovrebbero eccettuare contratti tra soggetti (coniugi o futuri tali) tra i quali la buona fede dovrebbe essere massima.

Se così non fosse, si giungerebbe alla conclusione, ritenuta inaccettabile dalla dottrina più progressista<sup>231</sup> e da essa più volte stigmatizzata, per la quale un accordo di separazione, magari faticosamente concordato dopo mesi (o anni) di trattative, e inteso come solutorio dell'intero complesso dei rapporti nati da un'unione naufragata, possa essere accettato, da una delle parti, con la "riserva mentale" di porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio. E lo stesso Tribunale si rende conto di questo, quando afferma che è "possibile e corretto affermare che ben possa essere ritenuto valido, anche alla luce della vigente normativa e con una interpretazione aderente a quei canoni di correttezza e di buona fede che, come detto, caratterizzano in modo stabile i più recenti impianti normativi, un accordo quale quello stipulato nel caso di specie dai coniugi in cui entrambe le parti, in piena autonomia e libertà, convennero la cessazione della

---

<sup>230</sup> Corsivo di OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, nota a Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2012, 816.

<sup>231</sup> OBERTO., *op. loc. ult. cit.*



contribuzione da parte del marito al momento del deposito della richiesta di divorzio”.

Il principio fin qui prospettato è avvincente, e in parte convincente; ma gira intorno ad un aspetto problematico determinante, senza però risolverlo: quello della indisponibilità del diritto di rivedere l'accordo preventivo, come anche nella stessa sentenza di divorzio.

L'art. 9 l. div. stabilisce, al comma primo, che “Qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, in camera di consiglio e, per i provvedimenti relativi ai figli, con la partecipazione del pubblico ministero, può, su istanza di parte, disporre la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere ai sensi degli articoli 5 e 6”. Ci si deve allora domandare, alla luce di questa norma, come possa essere coercibile l'impegno, assunto da un coniuge, anche un giorno prima (ma verosimilmente, diversi mesi, se non anni, prima), in un accordo cd. preventivo, qualora questi sia in grado di provare che le condizioni sulle quali si fondava quell'accordo sono mutate e venute meno.

E' del tutto evidente che le statuizioni in parola hanno ad oggetto vicende mutevoli, destinate ad evolversi nel tempo e, per questo, sono per loro natura contenute in provvedimenti la cui validità è *rebus sic stantibus*. Sono accordi sempre e comunque (almeno in teoria) legati allo stato degli atti, attesa la loro funzione di bilanciamento e riequilibrio degli interessi contrapposti degli ex coniugi, con conseguente possibilità di una loro revisione “in qualsiasi tempo” (limite eccessivo, sul quale è auspicabile che il legislatore intervenga: se non è giusto cancellare la solidarietà post-coniugale con un colpo di spugna, non è nemmeno corretto attribuirle valenza eterna), per effetto del mutamento delle condizioni economiche delle parti, e senza che il coniuge resistente possa efficacemente opporre, alla controparte, l'*exceptio iudicati*. E neppure vale l'obiezione che la revisione non è possibile nel caso di assegno *una tantum* o suo equivalente, perché anche tale corresponsione è soggetta al controllo di equità del giudice ai sensi dell'art. 5 l. div..

Certo, la giurisprudenza<sup>232</sup> ha opportunamente chiarito che non è sufficiente un

---

<sup>232</sup> Cass. Civ., 16 dicembre 2004, n. 23359, in *Guida al Dir.*, 2005, 5, 38.

mero “mutamento” delle condizioni economiche patrimoniali del coniuge assistito, per giustificare una variazione del *quantum* spettante, ma occorre che dal mutamento derivino modifiche sostanziali delle condizioni dell'assistito, rispetto a quelle già valutate dal giudice all'atto della pronuncia di divorzio. Ma ciò riduce la superficie del problema, senza tuttavia eliminarla.

Di conseguenza, vi è un profilo di utilità dell'accordo, che non può non interessare il professionista incaricato di consigliare le parti e redigere l'accordo<sup>233</sup>: il notaio, in particolare, nell'esercizio della sua fondamentale funzione di adeguamento e di prevenzione delle liti, dovrà preoccuparsi di avvertire le parti che un simile accordo “nasce instabile”, potendo al più rappresentare per il giudice un indizio, un parametro sussidiario, una traccia; ma giammai, nell'attuale quadro normativo, un accordo in grado di dirimere definitivamente il conflitto.

In definitiva, quello che resta all'interprete, *rebus sic stantibus*, è solo la possibilità di ricevere accordi (contratti) con i quali i coniugi, o i futuri tali, senza mai regolare il complesso dei rapporti patrimoniali dipendenti dall'ipotetico divorzio, e dunque senza mai contemplare il contenuto “necessario” dell'accordo di divorzio (assegno di mantenimento, assegnazione casa coniugale, affidamento dei figli, etc.) convengano invece, utilizzando le regole di diritto comune, obbligazioni con causa propria, accordi nei quali la crisi del consorzio coniugale e il divorzio giochino il ruolo dell'evento condizionale, sospensivo o risolutivo della loro efficacia.

Non si può chiedere al notaio (se non altro, per questioni di “galateo”) di indagare la volontà dei coniugi ogni volta che sia richiesto di ricevere donazioni o vendite tra coniugi in vista dell'acquisto di una cd. “prima casa” da intestare ad uno solo di essi, le loro volontà per il caso di divorzio tra essi; ovvero, quando richiesto di ricevere contratti di mutuo a favore di entrambi i coniugi collegati all'acquisto di un bene da intestarsi a favore di uno solo di essi; contratti di fideiussione con cui uno dei coniugi garantisce in favore dell'altro, e tutti i casi in cui i coniugi stipulino atti suscettibili di creare squilibri

---

<sup>233</sup> E che infatti non sfugge a PETRAGLIA, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 298-299.

patrimoniali tra essi, squilibri sorretti, in quel preciso momento, dall'*affectio coniugalis*. Ma esse sono, tutte ed ognuna, occasioni nelle quali il notaio può tentare di introdurre una regolamentazione in vista della crisi: a chi, se non a quel professionista *super partes* per definizione, l'ingrato compito di ricordare ai coniugi che rappresentavano, e potrebbero rappresentare di nuovo, due distinti centri di interesse.

Altra via, nell'attuale scenario normativo, non si scorge: chiunque, e soprattutto il notaio, una volta di più, dovrà assumere un atteggiamento prudente, evitando risposte semplici ed, ad oggi, prive di quell'efficacia "tombale" invocata, quasi illuministicamente, da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Negli Stati Uniti, terra d'origine dei discussi *prenuptial agreements*, è stato emanato, nel 1983, l'Uniform Premarital Agreement Act (Upaa), adottato da ventisette Stati; ulteriore motivo per ritenere che l'ammissibilità e i limiti degli accordi in vista della separazione e del divorzio, seppur auspicabile per tutti i motivi accennati, dovrebbe essere supportata dall'introduzione di una disciplina normativa ben articolata ed armonica, e non deve derivare da forzature del sistema, che, nonostante talune applicazioni giurisprudenziali eccessivamente radicali, continua ad avere come obbiettivo la tutela costituzionale dell'unità familiare, anche quando due soggetti decidano di separarsi.

##### 5. Contratto tipico di convivenza e clausole *in contemplation of divorce*.

Come si è già visto nel precedente paragrafo, la l. 76/2016, nel disciplinare l'oggetto del contratto di convivenza (comma 53), non ha fatto riferimento al regolamento patrimoniale degli stipulanti in caso di fine della convivenza, prevedendo solo, ma per tutti i conviventi, a prescindere dalla stipulazione di un contratto, un obbligo alimentare nei confronti del convivente che si trovi in stato di bisogno, in posizione di ricalzo rispetto a coniuge, figli, ascendenti e affini in primo grado .

Si tratta di scelta singolare, dal momento che, nel caso dei conviventi, non essendo ad essi applicabile alcuna delle norme sul matrimonio, e in particolare il famigerato art.

160 cod. civ., non sarebbe stato difficoltoso prevedere una generica possibilità di regolamentare i rapporti patrimoniali all'esito dello scioglimento della convivenza, fatto salvo il diritto alimentare di cui al citato comma 53. Ma il legislatore si è probabilmente trovato nel mezzo, tra chi favoriva una “fuga dalla convivenza” che fosse quanto più rapida possibile, e chi invece temeva che istituzionalizzare questo genere di pattuizioni, avrebbe portato presto al loro definitivo impiego anche nell'ambito del divorzio tra i coniugi: terreno, come si è visto, inviolabile, stando alla consolidata giurisprudenza di legittimità. Perciò, il legislatore ha probabilmente preferito non affrontare il tema, dedicando all'oggetto del contratto una attenzione minima.

La maggioranza dei commentatori ha comunque ritenuto tali accordi compatibili col contratto di convivenza<sup>234</sup>, anche e soprattutto argomentando dalla non tassatività del comma 53 della l. 76/2016. E nemmeno vale richiamarsi al comma 56: non si tratta infatti di sottoporre il contratto di convivenza a condizione, e cioè al verificarsi di un evento futuro ed incerto, estraneo al rapporto di convivenza. Si tratta invece di disciplinare lo stesso rapporto di convivenza in una sua possibile evoluzione, da considerare in un certo senso quasi fisiologica, se si tiene conto che il rapporto di convivenza si fonda su una libera scelta dei conviventi e non su una formale assunzione di obblighi reciproci.

Inoltre l'assenza di una disciplina normativa (se si fa eccezione per la disposizione del citato comma 65, che prevede peraltro una tutela minimale e temporanea), da valere in mancanza di una diversa disciplina negoziale, potrebbe creare non poche difficoltà proprio quando la convivenza viene a cessare, e quando uno dei due conviventi viene a trovarsi in una situazione di debolezza: il caso più tipico è senz'altro quello del convivente che non ha conseguito redditi, essendosi dedicato esclusivamente al lavoro domestico e alla cura del *partner* e di eventuali figli.

In quest'ottica, il ricorso al contratto può essere particolarmente opportuno. Se il momento della cessazione di un rapporto può e deve considerarsi parte (terminale, estrema, ma parte) di un rapporto di durata che il contratto di convivenza si prefigge di disciplinare nella sua totalità, non si vede perché non si possano già fissare, nel contratto,

---

<sup>234</sup> V. per tutti RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, 29.

le regole per la definizione dei reciproci rapporti conseguenti a quel momento terminale della convivenza stessa. Ad esempio i *partners* potrebbero già convenire, nel contratto di convivenza, i criteri con cui procedere alla futura divisione di tutti i beni (mobili e immobili) acquistati durante la convivenza, ovvero prevedere a carico di chi dispone di un reddito, l'obbligo di corrispondere all'altro, che non ne disponga incolpevolmente (ancora una volta, per essersi dedicato al lavoro domestico ed alla cura del convivente e di eventuali figli), un contributo periodico, sì da evitare il ricorso al giudice ai sensi dell'art. 1, comma 65, l. 76/2016; ovvero, ancora, prevedere i criteri di ripartizione delle spese per il mantenimento dei figli nati dal rapporto, o formalizzare gli accordi per l'affidamento dei figli in relazione a quanto ora previsto dalla legge (art. 337-ter, commi 2 e 4, c.c.).

Autorevole dottrina<sup>235</sup> conclude che sostenere la diversa interpretazione "letterale" ridurrebbe il possibile contenuto di questo contratto al punto tale da decretarne il sicuro fallimento sul piano operativo.

L'opinione negativa si basa sulla lettura testuale dei commi 50 e 53: il comma 50 si riferisce, nel definire la causa del contratto, alla disciplina dei "rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune", e non dunque al periodo successivo ad essa; il comma 53, dal canto suo, potrebbe avere un contenuto tassativo.

L'opinione positiva, certamente preferibile, trova conforto nella ricerca comparatistica: lasciando in disparte esperienze di *common law*<sup>236</sup>, l'avanzatissimo sistema legislativo catalano, geograficamente e culturalmente vicino al nostro, prevede simili pattuizioni sia per i coniugi<sup>237</sup>, sia per i conviventi che abbiano stipulato un *escriptura pública*, nella quale possono regolarsi, tra i vari aspetti patrimoniali relativi all'unione, anche quelli "*en previsió del cessament de la convivència*", con espresso rinvio, in quest'ultimo caso, alla dettagliata normativa degli accordi prematrimoniali all'uopo predisposta dal

---

<sup>235</sup> RIZZI, *op. ult. cit.*, 29.

<sup>236</sup> Per le quali si rinvia a PARKMAN, *The contractual alternative to marriage*, in *Northern Kentucky Law Review*, 32, 2005, e 125 ss.; CLEMENS – JAFFE, *Drafting and litigating prenuptial, cohabitation, and marital settlement agreements: program material*, 1981; FEHLBERG – SMYTH, *Binding pre-nuptial agreements in Australia: the first year*, in *Int. Journal of law, policy and the family*, 16, 2002, 127 e ss.; MACKAY, *Who gets a better deal? Women and prenuptial agreements in Australia and the USA*, in *University of Western Sydney Law Review*, 7, 2003, 109 e ss.

<sup>237</sup> I *Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial* erano già ammessi dall'art. 15 del *codi de família* del 1998.

codice civile catalano<sup>238</sup>.

Non ci si dovrebbe far condizionare poi dal fatto che una norma, che prevedeva espressamente questo genere di pattuizioni nell'oggetto-tipo del contratto tipico di convivenza, sia stata stralciata nell'*iter* di approvazione della legge alle Camere parlamentari.

Attenta dottrina<sup>239</sup>, già prima della introduzione in Italia del contratto di convivenza, sottolineava come i due istituti fossero in realtà due facce della stessa medaglia. In questo senso, si argomentava sulla base di una singolare omogeneità della giurisprudenza riguardante acquisti immobiliari a vantaggio di un convivente, realizzato con denaro dell'altro convivente, imprestato *affectionis causa*, e richiesto indietro (in senso lato, *divortii causa*), sulla base della disciplina del mutuo: omogeneità sia nel modo di impostare la causa, le allegazioni, e i *petita* della parte attrice e le difese della parte convenuta, sia nelle sentenze di rigetto, fondate sulla constatazione dell'inidoneità della prova dell'effettuazione di un esborso per un acquisto operato da altro soggetto (coniuge o convivente che sia) a dimostrare la sussistenza dell'obbligazione di restituire il *tantundem* da parte dell'intestatario del bene acquistato.

Al di là di questo rilievo applicativo, più in generale, si può affermare che entrambi gli istituti rispondono ad una chiara esigenza programmatica, posta in relazione a una serie di beni e diritti indefiniti. Gli spostamenti patrimoniali determinati e prodotti dal contratto trovano nelle vicende del consorzio familiare la loro causa giustificatrice.

---

<sup>238</sup> Cfr. artt. 234-1–234-14 del *codi civil de Catalunya*, nonché, l'art. 231-20: “*Pactes en previsió d’una ruptura matrimonial. 1. Els pactes en previsió d’una ruptura matrimonial es poden atorgar en capítols matrimonials o en una escriptura pública. En cas que siguin avant nupcials, només són vàlids si s’atorguen abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni. 2. El notari, abans d’autoritzar l’escriptura a què fa referència l’apartat 1, ha d’informar per separat cadascun dels atorgants sobre l’abast dels canvis que es pretenen introduir ambels pactes respecte al règim legal supletori i els ha d’advertir de llur deure recíproc de proporcionar-se la informació a què fa referència l’apartat 4. 3. Els pactes d’exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que limiten o als quals es renuncia. 4. El cònjuge que pretengui fer valer un pacte en previsió d’una ruptura matrimonial té la càrrega d’acreditar que l’altra part disposava, en el moment de signarlo, d’informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques, sempre que aquesta informació fos rellevant amb relació al contingut del pacte. 5. Els pactes en previsió de ruptura que en el moment en què se’n pretén el compliment siguin greument perjudicials per a un cònjuge no són eficaços si aquest acredita que han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar”.*

<sup>239</sup> OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull’imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2015, 2, 165 e ss., in particolare 176.

Quanto all'aspetto programmatico, è il medesimo che può riscontrarsi nel cd. contratto normativo, o nel cd. negozio di accertamento, in questa sede utilizzato in funzione preventiva e non successiva.

Quanto al profilo causale, così ragionando, non servirebbe andare alla ricerca di cause esterne, o di riferimenti alla formulazione dell'art. 1321 cod. civ., ove si esplicita la funzione del contratto di "regolare rapporti giuridici"<sup>240</sup>.

Autorevole dottrina<sup>241</sup> scorge ulteriori specifici punti di "contaminazione e interazione" tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza si rinvencono nelle intese sulla gestione della responsabilità genitoriale, tanto più che le relative regole<sup>242</sup> non possono, per definizione, differire, una volta operata la piena equiparazione tra tutte le "antiche" categorie di figli.

Altri esempi ancora sono ricavabili da alcuni peculiari profili di carattere patrimoniale: dalla predeterminazione del contributo del *partner* ad un'eventuale impresa familiare, inseribile in un contratto di convivenza, e che ben potrebbe servire in analogo patto programmatico tra futuri coniugi (con l'attribuzione in via preventiva di eventuali diritti in caso di cessazione del rapporto collaborativo e/o coniugale), alla creazione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ. a favore della famiglia di fatto, ma anche di uno dei coniugi, o dei figli, per il periodo successivo al divorzio.

La medesima dottrina<sup>243</sup> sottolineava tuttavia anche il punto di massima divergenza tra le due fattispecie: se il contratto di convivenza tende ad assumere la valenza di "carta costituzionale" della vita di una coppia, ancora una volta, deve ripetersi che non può fingersi che non esista, in campo matrimoniale, una rigida legislazione; se questo è vero, al contratto prematrimoniale non resta allora che un piccolo spazio, limitato alle sole risistemazioni patrimoniali divorzili, con i forti dubbi, già espressi, sulla possibilità che tra queste vi sia anche il regolamento preventivo delle prestazioni di mantenimento, quando

---

<sup>240</sup> OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, 2012, 161 e ss.

<sup>241</sup> OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprevedibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2015, 2, 177.

<sup>242</sup> OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, 2012, 114 e ss.

<sup>243</sup> OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprevedibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2015, 2, 179.

da esse derivi una sostanziale rinuncia al diritto di richiederne la assegnazione ai sensi della legge sul divorzio.

## 6. Diritto internazionale privato.

Precedentemente dell'emanazione del Regolamento UE 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate, mancava una disciplina destinata a regolare il conflitto di leggi potenziale in ordine ad una convivenza che presentasse indici di connessione con uno o più ordinamenti stranieri.

Perciò, prima ancora dell'accertamento del collegamento prevalente rispetto agli ordinamenti interessati, si doveva procedere ad una qualificazione della fattispecie: operazione non agevole a causa dell'assenza, prima dell'introduzione della l. 76/2016, di una disciplina di diritto sostanziale e di una norma di diritto internazionale cui il giudice potesse con certezza affidarsi. Il silenzio del legislatore aveva stimolato il levarsi di voci dalla dottrina internazionalprivatistica. Per i modelli di convivenza rilevante definiti "leggeri", cioè che lasciassero ampio spazio all'autonomia delle parti nella regolamentazione del rapporto (tale poteva definirsi il pacs francese), si è proposta la qualificazione contrattuale, con la conseguente applicazione della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, richiamata dall'art. 57 della legge n. 218 del 1995<sup>244</sup>.

L'opinione va incontro ad almeno due tipi di obiezioni. Il primo riguarda il profilo della non coincidenza funzionale tra contratto e unione di fatto o convivenza registrata, soprattutto in ragione del fatto che alcuni di quei modelli, come ad esempio lo stesso *pacs* francese, inizialmente caratterizzati da una quasi prevalente dinamica contrattuale, hanno conosciuto un processo di riforma che ne ha rafforzato i profili istituzionali rispetto ad una

---

<sup>244</sup> In questo senso BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, 2005, 213 e ss.; per un rinvio alla dottrina straniera che percorre questa prospettiva v. ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. inter. proc. civ.*, 2003, 363 e ss., in part. 386.



loro capacità d'incidere nello statuto personale e familiare. Il secondo tipo di obiezione considera gli effetti rispetto alle norme di conflitto applicabili che sono conseguenza della qualificazione contrattuale. Si sottolinea infatti che in assenza di una regolamentazione pattizia, si applicherebbe, sulla base dell'art. 4 della Convenzione di Roma, la legge dello Stato con cui l'unione presenta il collegamento più stretto, la quale potrebbe anche essere un ordinamento che non conosce l'istituto, ma dove tuttavia insiste il luogo di prevalente localizzazione della vita di coppia.

Il rischio di rimettere il rapporto ad un ordinamento che non conosce l'istituto sembra verificarsi anche applicando l'opinione per la quale si deve qualificare la convivenza come un momento della formazione della personalità dei conviventi, e quindi inquadrando la fattispecie, dal punto di vista della disciplina internazionalprivatistica, nell'art. 24 della legge n. 218 del 1995, che disciplina il conflitto di leggi in materia di diritti della personalità<sup>245</sup>. In questo modo, l'esistenza ed il contenuto del diritto sarebbero rimessi alla legge nazionale del soggetto, con duplice effetto paradossale: da un lato, ove un convivente fosse stato un cittadino di uno Stato che non regola l'istituto, giungere ad una dichiarazione d'invalidità dell'unione; dall'altro, ricostruire con difficoltà la disciplina nell'ipotesi di convivenza tra soggetti di cittadinanza diversa.

Al fine di evitare i paradossi prospettati, l'ulteriore soluzione proposta dalla dottrina è quella di applicare le norme di conflitto che fanno rinvio alla legge del luogo di registrazione del rapporto. Ciò implica la qualificazione della convivenza come un "ente", certamente *sui generis*, assoggettando il processo d'individuazione della legge applicabile alla regola dettata dall'art. 25 della legge di diritto internazionale privato. Questa norma sottopone società, associazioni, fondazioni ed enti alla legge dello Stato nel cui ordinamento si è perfezionato il procedimento di costituzione<sup>246</sup>. Le critiche rispetto a

---

<sup>245</sup> TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni civili nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. Int.*, 2005, 997 e ss., in part. 1007 e ss., quale conseguenza dell'inquadramento della convivenza nelle formazioni sociali all'interno delle quali i soggetti sviluppano la loro personalità, così che questo rapporto contribuisce, secondo l'Autrice, a definire in senso lato lo statuto personale dei conviventi; EAD., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, 2007, 125 e ss..

<sup>246</sup> Soluzione contemplata, ma non condivisa, da ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, cit., 387 e ss., ove è richiamata la dottrina svizzera che segue questa prospettiva; per una rassegna critica delle diverse

questa soluzione insistono, anch'esse, sulla poca conferenza della qualificazione della convivenza quale "ente", sottolineando una certa artificiosità dell'accostamento, benché la convivenza sia ormai unanimemente inquadrata nell'ambito delle formazioni sociali intermedie. Inoltre, si obiettava, prima dell'introduzione della l. 76/2016, che il rischio d'invalidazione del rapporto non fosse comunque scongiurato, dal momento che l'art. 25 sottopone gli enti alla legge italiana, nel caso in cui in Italia si trovi l'oggetto principale degli stessi, con la conseguenza che alle convivenze contratte all'estero, ma localizzate in Italia, nell'ipotesi in cui i conviventi quivi avessero fissato la loro residenza, si sarebbe riproposto quel problema di adattamento dell'allora sprovvista legislazione italiana<sup>247</sup>.

Non è ovviamente mancato chi ha proposto l'applicazione analogica della disciplina dettata per il matrimonio. La prospettiva di lasciare senza effetti le unioni familiari costituite in un ordinamento straniero ha condotto parte della dottrina a riconoscere alla convivenza la qualificazione di rapporto familiare, e da qui proporre l'applicazione, in via analogica, delle norme dettate in materia di matrimonio. Questa soluzione apparve spendibile soprattutto in relazione ai modelli di unioni registrate adottati dagli ordinamenti nord-europei, attribuenti a queste relazioni effetti simili a quelli nascenti dal matrimonio<sup>248</sup>.

Nell'ambito dell'Unione europea, ci si chiede poi se, nel caso in cui la qualificazione del rapporto conduca all'applicazione di una norma di conflitto che si traduca nel mancato riconoscimento del modello familiare, o, caso ancor più complesso, in cui il rapporto cada nell'eccezione di contrarietà all'ordine pubblico nazionale, ci si trovi, in sostanza ed in conclusione, in presenza di una violazione della libertà di circolazione da parte dei cittadini di altri Paesi membri, avendo riguardo della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di circolazione<sup>249</sup>.

Anche per far fronte a questo genere di potenziali problemi, stante la

---

posizioni rispetto a questa costruzione si v. anche TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 2007, 224 e ss.

<sup>247</sup> TOMASI, *op. ult. cit.*, 224 e ss.

<sup>248</sup> Su questa ricostruzione v. *amplius* ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 2003, 382 e ss.; CALÒ, *Le convivenze registrate nelle legislazioni dei Paesi dell'Unione Europea*, in *Riv. not.*, 2000, 1059 e ss..

<sup>249</sup> TOMASI, *op. ult. cit.*, 239 e ss..

frammentarietà delle legislazioni dei vari stati dell'Unione, dovuta a ineliminabili differenze culturali e storiche tra essi, si è proceduto all'adozione del Regolamento UE 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate, adottato insieme al Regolamento “gemello” 2016/1103 sui regimi patrimoniali dei coniugi, e la cui entrata in vigore è prevista per il gennaio del 2019.

La disciplina introdotta con i nuovi regolamenti in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali registrate, regola la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici. È riconosciuta alle parti la libertà di scelta del foro e della legge applicabile. Conformemente agli altri strumenti UE di diritto internazionale privato, per il riconoscimento delle decisioni non è necessario alcun procedimento; inoltre, l'opinione nettamente prevalente è nel senso che si tratti di una norma di diritto universale, e che dunque si applichi sul territorio degli Stati aderenti a prescindere dalla nazionalità, europea o extraeuropea, dei conviventi, come pure si evince dal disposto dell'art. 20.

Il regolamento UE è il risultato di un lungo *iter*, avviato con le proposte della Commissione europea presentate nel 2011<sup>250</sup>, oggetto di discussione tra gli Stati membri per la mancanza di legislazione sulle unioni registrate in alcuni di essi.

Nel 2015 il Consiglio ha definitivamente accantonato i testi originari, riscontrando l'impossibilità di raggiungere un accordo unanime ai sensi dell'art. 81 TFUE. A ciò ha fatto seguito la richiesta alla Commissione da parte di diciotto Stati membri, tra cui l'Italia, di presentare una proposta di cooperazione rafforzata che si occupasse di giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle sentenze e degli atti pubblici in materia di rapporti patrimoniali delle coppie sposate e delle unioni registrate. Tale procedura è stata autorizzata dal Consiglio con decisione (UE) 2016/954 del 9 giugno 2016. È poi stato presentato ed approvato il Regolamento in commento; la partecipazione alla cooperazione rafforzata è comunque aperta a tutti gli altri Stati membri interessati che intendano essere vincolati dal medesimo.

---

<sup>250</sup> Relativamente al periodo antecedente, v. MURITANO-PISCHETOLA, *Accordi patrimoniali tra conviventi ed attività notarile*, 2009.

Quanto all'ambito di applicazione, il Regolamento 2016/1104 disciplina gli effetti patrimoniali delle coppie non sposate, ma la cui unione è registrata, in base al diritto interno degli Stati membri, rimanendo escluse le coppie di mero fatto (considerando 16-17): ciò crea inevitabili incongruenze e discrasie col concetto di convivenza di cui al comma 36 della l. 76/2016, anche per la mancanza, nella legge italiana, di un adempimento che possa ricondursi univocamente e senza incertezze alla "registrazione", non essendo certo che tale possa essere né la dichiarazione anagrafica richiamata dal comma 37 della stessa legge, né (ma è più probabile ed auspicabile che lo sia) la stipulazione di un contratto di convivenza soggetto a pubblicità. Parimenti al Regolamento gemello in tema di matrimonio, la locuzione "effetti patrimoniali" deve intendersi in senso ampio, coprendo tutti i rapporti patrimoniali, dalla gestione e la liquidazione del regime patrimoniale in costanza di registrazione, fino agli effetti del suo scioglimento (art. 3, comma 1, lett. b, e considerando 18-19), ed escludendo le questioni ad essi correlate (art. 1).

Quanto alla competenza, viene attribuito al termine autorità giurisdizionale un significato ampio, che comprende qualsiasi autorità giudiziaria o professionista competente in materia, ivi compreso il notaio (art. 3, comma 2). Ai sensi degli artt. 4 e 5, l'autorità adita per decidere, rispettivamente, su questioni riguardanti la successione o lo scioglimento dell'unione registrata, è competente a trattare le questioni relative ai rapporti patrimoniali dei conviventi, a condizione che vi sia un accordo tra le parti.

In mancanza di elezione del foro, l'art. 6 determina i criteri per determinare la giurisdizione. Sono competenti a decidere sul regime patrimoniale dei conviventi le autorità giurisdizionali dello Stato membro di residenza abituale dei medesimi; ovvero, in mancanza, dello Stato dell'ultima residenza abituale, se uno dei conviventi vi risiede ancora; ovvero, in mancanza, dello Stato di residenza abituale del convenuto; ovvero, ancora, in mancanza, dello Stato di cui è sono cittadini i conviventi, avuto riguardo al momento in cui l'autorità è stata adita; infine, in via residuale, è stabilita la competenza delle autorità dello Stato di costituzione.

L'art. 7 del Regolamento prevede comunque la possibilità di concordare la scelta del

foro, eccetto quando sia già stata adita un'autorità per decidere su questioni riguardanti la successione oppure lo scioglimento dell'unione, in base agli artt. 4 e 5. I conviventi possono dunque optare per l'attribuzione della competenza esclusiva alle autorità dello Stato di residenza abituale di uno di essi o entrambi, o dello Stato di cui uno dei due è cittadino al momento della conclusione della convenzione, nonché dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita.

L'art. 9 dispone che nel caso in cui l'istituto dell'unione registrata non sia riconosciuto nello Stato membro dell'autorità adita, questa può declinare la competenza. In tal caso, le parti possono concordare una competenza alternativa. Una unica eccezione sussiste quando lo Stato membro dell'autorità adita riconosce la decisione di scioglimento dell'unione: in tal caso, quest'ultima autorità rimane competente.

Altre disposizioni coprono i casi di competenza fondata sulla comparizione del convenuto (art. 8), competenza sussidiaria, ossia basata sulla presenza dei beni immobili nello Stato del foro (art. 10), *forum necessitatis* (art. 11) e domanda riconvenzionale (art. 12). Infine, sono dettate norme comuni, quali quelle su litispendenza (art. 17), connessione (art. 18) e provvedimenti provvisori e cautelari (art. 19).

Quanto alla legge applicabile, essa si applica anche qualora non sia quella di uno Stato membro della cooperazione rafforzata o dell'UE, affermandone dunque la portata universale (art. 20). L'ambito di applicazione della legge designata come applicabile è delimitato dall'art. 27.

Ai sensi dell'art. 22, le parti possono scegliere, in qualsiasi momento, la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali, purché, secondo criteri di collegamento che sono alternativi, si tratti della legge dello Stato di residenza abituale o della cittadinanza di una parte, in tutti i casi, avuto riguardo al momento in cui l'autorità è stata adita, nonché la legge del luogo di costituzione. Il regolamento stabilisce alcuni requisiti per la validità formale (artt. 23 e 25) e sostanziale (art. 24) dell'accordo, allo scopo di facilitarne l'accettazione negli Stati membri.

In mancanza di scelta delle parti, per quanto riguarda i regimi patrimoniali dei conviventi, l'art. 26 del Regolamento designa come applicabile la legge del luogo di

costituzione, qualora non vi sia stata una scelta delle parti. Sempre all'art. 26, in via eccezionale e su richiesta di una parte, è disposto che l'autorità adita con domande su questioni inerenti agli effetti patrimoniali di un'unione registrata può decidere che la legge di uno Stato, diverso da quello la cui legge è stata designata in base ai criteri summenzionati, sia applicabile ai rapporti patrimoniali, qualora siano rispettate le condizioni ivi contemplate e non vengano pregiudicati i diritti dei terzi.

Considerata la diversità dei diritti reali riconosciuti negli Stati membri, è previsto l'adattamento di un diritto reale, attribuito in uno Stato membro, al diritto reale equivalente più vicino regolato nell'altro Stato membro che non lo riconosce (art. 28).

Il Regolamento fa salve le norme di applicazione necessaria della legge del foro (art. 30) ed esclude l'applicazione della legge designata in caso di manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico del foro stesso (art. 31).

Quanto al riconoscimento, all'esecutività ed all'esecuzione delle decisioni, l'art. 36 del Regolamento dispone che il riconoscimento delle decisioni avviene in modo automatico. I motivi di diniego di riconoscimento, che vengono in rilievo in caso di contestazione, sono elencati nell'art. 37, e riguardano la contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento, il rispetto dei diritti di difesa, l'incompatibilità con una decisione emessa in un procedimento tra le stesse parti nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento o con una decisione emessa precedentemente tra le stesse parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in un procedimento avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, qualora tale decisione sia riconoscibile nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento. È escluso il riesame della competenza dello Stato d'origine (art. 39) e del merito della decisione emessa in uno Stato membro (art. 40).

Per l'esecuzione di una decisione, emessa in uno Stato membro e ivi esecutiva, occorre presentare un'istanza nello Stato richiesto per chiedere la dichiarazione di esecutività di tale decisione, secondo la procedura di cui agli artt. 44-57.

In considerazione del fatto che in alcuni ordinamenti le questioni patrimoniali sono trattate da autorità non giudiziarie, l'art. 58 del Regolamento disciplina l'accettazione degli

atti pubblici, stabilendo che hanno la stessa efficacia probatoria in tutti gli Stati membri, e che producono gli effetti più comparabili, salva la contrarietà all'ordine pubblico. L'esecutività degli atti pubblici (art. 59) e delle transazioni giudiziarie (art. 60) segue la procedura richiesta per le decisioni.

Il regolamento si applicherà a decorrere dal 29 gennaio 2019 negli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata (art. 70), e riguarderà solo i procedimenti avviati, gli atti pubblici formalmente redatti o registrati e le transazioni giudiziarie approvate o concluse in quella data o successivamente. Se il procedimento è stato avviato anteriormente a tale data, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni assunte successivamente sono regolati dalle relative disposizioni, a condizione che la competenza sia stata attribuita conformemente a quanto stabilito nel regolamento stesso (art. 69). Le disposizioni sulla legge applicabile interesseranno i conviventi che hanno registrato la loro unione o che hanno designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata successivamente al 29 gennaio 2019. Fino ad allora, la norma di riferimento sarà l'art. 30-*bis* della legge di diritto internazionale privato, introdotta dalla l. 76/2016, che prevede l'applicazione della legge nazionale comune dei contraenti, o, in assenza, la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. La norma, per altro, fa riferimento ai "contratti di convivenza", non invece alla mera convivenza, pur rilevante ai fini della l. 76/2016: è pertanto legittimo credere che alla convivenza registrata continueranno ad applicarsi per analogia, le norme in tema di matrimonio, pur con tutte le incertezze interpretative tipiche di questa analogia.

## 7. Aspetti fiscali del contratto di convivenza.

*7.1 Considerazioni generali. L'improbabile applicazione ai contratti di convivenza della disciplina agevolativa di cui alla l. 74/1987.*

La l. 76/2016 ha ricadute importanti non solo sotto il profilo civilistico, ma anche sotto quello fiscale. Su tale ultimo versante, si nota in prima battuta come il legislatore non

abbia trovato, né nei sessantanove commi della l. 76/2016, né nei successivi decreti attuativi, nessuno spazio per una disciplina specifica delle imposte indirette (e particolarmente ai fini delle imposte di bollo, di registro, ipotecaria e catastale), lasciando così all'interprete l'onere di addivenire attraverso il solo strumento della esegesi alla individuazione dei margini entro i quali ritenere applicabili in via analogica e/o estensiva normative ed elaborazioni della giurisprudenza e della prassi amministrativa già dettate con riferimento ai coniugi e alle unioni coniugali<sup>251</sup>.

La presente analisi non può prescindere dall'ovvia considerazione che non c'è, né può esserci rilevanza impositiva, con riguardo alle imposte indirette, laddove non siano posti in essere o perfezionati dai conviventi "atti soggetti a registrazione e a quelli volontariamente presentati per la registrazione" (ai sensi dell'art. 1 del T.U.I.R. approvato con il D.P.R. 131/1986), o atti dai quali emergano "trasferimenti di beni e diritti per donazione o altre liberalità tra vivi" (art. 1, T.U. 346/1990, per l'applicazione eventuale dell'imposta di donazione), e che siano espressamente previsti nella Tariffa annessa al D.P.R. 642/1972 (per quanto attiene all'imposta di bollo), e/o che infine comportino esecuzione di formalità pubblicitarie (artt. 1 e 10 del T.U. 347/1990, per quanto attiene alle imposte ipotecaria e catastale). Sicché, a fronte di mere condotte comportamentali, sia pure espressione di diritti e facoltà riconosciuti ai conviventi dalla novella di cui alla l. 76/2016, ma non indicative di alcuna capacità contributiva, o almeno non trasfuse in alcun atto rilevante con riguardo ai profili sopra evidenziati, non si pone alcuna criticità.

La prima problematica da affrontare è quella relativa all'applicabilità del regime di esenzione fiscale in materia di scioglimento del vincolo coniugale o separazione e previsto

---

<sup>251</sup> Peraltro, mentre con riferimento alle unioni civili sussiste, nell'ambito della normativa recata dalla l.76/2016, una norma che fornisce una indicazione di massima circa la possibilità o meno di applicare previsioni "pensate" dal sistema per le unioni coniugali a quelle "civili" (e cioè il comma 20 dell'unico articolo, a mente del quale "Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso"), altrettanto non si verifica per le "convivenze", probabilmente per il fatto che il legislatore si è dovuto in prima battuta "preoccupare" della disciplina sostanziale di questo istituto: anche se poi la ricaduta sul versante fiscale della sua adozione può comportarne un notevole ridimensionamento sul piano pratico.



dall'art. 19 della L. n. 74/1987 in materia di separazione e divorzio. Al riguardo va rilevato che, come affermato dalla medesima Corte Costituzionale<sup>252</sup> il regime di esenzione in parola risponde all'esigenza di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale, che motiva e giustifica il beneficio fiscale con riguardo agli atti del giudizio divorzile di separazione, anche in considerazione dell'esigenza di agevolare e promuovere, nel più breve tempo, una soluzione idonea a garantire l'adempimento delle obbligazioni che gravano, ad esempio, sul coniuge non affidatario della prole. Di fatto, a parere della Corte, il legislatore ha inteso escludere dall'imposizione gli atti del giudizio divorzile (o di separazione), al fine di favorire una rapida definizione dei rapporti patrimoniali tra le parti. Deve allora verificarsi se le stesse esigenze sottese alla norma agevolativa del ricordato art. 19 della L. n. 74/1987 possano ritenersi sussistenti anche in relazione ai contratti di convivenza.

Secondo l'opinione più prudentiale e preferibile<sup>253</sup>, non si porrebbe in realtà alcuna esigenza di agevolazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale, in quanto di regola i contratti di convivenza non s'inseriscono in alcuna vicenda processuale già in atto, ma al contrario sono, o possono essere, utilizzati proprio in chiave antiprocessualitica.

La lettera dell'art. 19 della l. 74/1987 pare insuperabile ed eccessivamente distante dall'istituto della convivenza, riferendosi solo ai fatti ivi segnatamente disciplinati, e ai soli soggetti soggetti al vincolo coniugale, tale che non pare plausibile una interpretazione della predetta norma che ne legittimi l'applicazione oltre l'ambito e il perimetro precisamente disegnati dal legislatore.

Muovendo da una differente prospettiva, e richiamandosi alla funzione sociale e costituzionale della convivenza costruita in decenni di giurisprudenza della Cassazione, anche con riguardo a questo rapporto si potrebbe argomentare, in contrario, la necessità di una tutela giurisdizionale più agile<sup>254</sup>; nella stessa l. 76/2016 emergono, a loro volta, altre situazioni giuridiche riguardo alle quali si potrebbe porre la necessità di una rapida ed efficace tutela giurisdizionale: così in materia di obbligo per gli alimenti al convivente

---

<sup>252</sup> C. Cost., 11 giugno 2003 n. 202, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>253</sup> PISCHETOLA, *Profili fiscali delle convivenze. Imposte indirette*, in *Fam. e dir.*, 10, 2016, 169-170.

<sup>254</sup> Cass. Civ. 17 febbraio 1988, n. 1701, in *Foro it.*, 1988, 2306 e ss., con nota di CALÒ; Cass. sez. lav., 29 settembre 2015, n. 19304, in *Fam. e dir.*, 2016, 2, 129 con nota di OBERTO; Cass. Civ. 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 339, con nota di BERNARDINI.

bisognoso, per la cessazione del rapporto; in materia di risarcimento del danno in caso di morte del *partner* per illecito di un terzo (con gli stessi criteri stabiliti per i coniugi); ancora, in materia di impresa familiare, di diritto all'assistenza in caso di malattia e di ricovero, di diritto di abitare la casa comune; nonché per l'esecuzione di eventuali obblighi al cui adempimento siano tenuti l'uno o entrambi i conviventi, anche con riferimento all'eventuale prole, di cui, ai sensi dell'art. 316 cod. civ., essi abbiano la responsabilità genitoriale.

A parere di autorevole dottrina<sup>255</sup>, ciò che di certo accomuna le ipotesi espressamente agevolate sul piano normativo (afferenti al procedimento divorzile e di separazione personale dei coniugi) a quelle quivi oggetto di riflessione (afferenti ai contratti di convivenza) è l'esigenza di addivenire ad una sistemazione coordinata e condivisa dei rapporti patrimoniali tra i soggetti astretti da un legame affettivo (coniugi o già coniugi da un lato, conviventi dall'altro), sistemazione che in quest'ultima ipotesi addirittura potrebbe essere idonea ad evitare il ricorso alla stessa tutela giurisdizionale.

Se, infatti il vincolo coniugale, oggetto di scioglimento (in caso di divorzio), o in parte incrinato dalle vicende della separazione personale, è ciò che costituisce il presupposto della tutela e della protezione apprestata dall'ordinamento e quindi del medesimo regime fiscale agevolato qui in discussione, si potrebbe ritenere che anche il legame nascente da un rapporto di mera convivenza, laddove ritenuto meritevole di tutela in quanto costitutivo della formazione sociale ove si svolge la personalità dei conviventi *ex art. 2 Cost.*, possa costituire il presupposto logico e giuridico tale da applicare ai contratti di convivenza il trattamento fiscale agevolato.

Fatte le debite premesse di cui sopra, e sul presupposto che non si ritenga plausibile, allo stato attuale della legislazione e della evoluzione giurisprudenziale, l'applicabilità del regime agevolativo di cui alla l. 74/1987, conviene, ai fini della trattazione, distinguere tra contratti di convivenza recanti o meno convenzioni provviste di efficacia traslativa.

---

<sup>255</sup> PISCHETOLA, *op. loc. ult. cit.*, ove peraltro è lo stesso Autore a ritenere questa (seppur argomentata) ricostruzione, meramente ipotetica, non suffragata allo stato da alcun referente né normativo né giurisprudenziale.

7.2 *L'imposizione indiretta sui contratti di convivenza privi di clausole aventi efficacia traslativa.*

Quanto alle convenzioni prive di efficacia traslativa, è necessario ulteriormente distinguere tra quelle non aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, e quelle aventi ad oggetto siffatte prestazioni.

Per le convenzioni e le clausole non aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, risulterà applicabile (ed una sola volta, quante convenzioni e clausole siano riportate nell'unico documento sottoposto alla registrazione<sup>256</sup>) l'imposta di registro in misura fissa; ciò, con tutta probabilità, anche per l'atto di designazione di cui al comma 40 della nuova l. 76/2016 (designazione del convivente quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: in caso di malattia che comporta 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 trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie). Nella legge non c'è alcuna disposizione agevolativa, né sono stabilite forme semplificate per perfezionare tale atto di designazione, per cui dovrebbero valere i principi generali dell'ordinamento tributario.

Tra le convenzioni e le clausole non aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale rientrano senz'altro quelle con cui i contraenti fanno riferimento ad un inventario dei beni e stabiliscono una presunzione di titolarità, precisano il significato da attribuire alle attribuzioni patrimoniali, concordano l'instaurazione di un regime di comunione o di separazione, o ancora siglano un accordo preventivo sulla cessazione della convivenza o si accordano per la regolamentazione dei rapporti parentali di un figlio minore di un ex-convivente *more uxorio* riconosciuto, o dettano norme programmatiche circa le modalità di assistenza in caso di malattia o circa la durata del contratto di convivenza.

Quanto alle convenzioni aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale (diverse da quelle con efficacia traslativa), l'interprete, al fine di individuare il corretto trattamento fiscale, dovrà di volta in volta qualificare la convenzione o la clausola pattuita,

---

<sup>256</sup> Agenzia delle entrate, circolare n. 44/E del 7 ottobre 2011.

e quale ne sia il “titolo” (oneroso o gratuito), in modo da stabilire in via preliminare se si versi nel campo di applicazione dell'imposta di registro, o in quella di donazione. Per esemplificare, in tutti i casi in cui uno o entrambi i conviventi s'impegnino ad una contribuzione in danaro o in natura per sopperire alle necessità del *menage*, dovranno distinguersi le ipotesi in cui tali impegni siano unilaterali, da quelle in cui essi si pongano su di un piano di corrispettività e di sostanziale parità economico-finanziaria, in quanto nelle prime (se assimilabili ad una sorta di rendita, o di pensione: art. 1 del T.U. n. 346/1990) potrebbe trovare applicazione il sistema impositivo previsto dalla normativa fiscale vigente per gli atti a titolo gratuito (benché non necessariamente donativi o liberali); nelle altre ipotesi, invece, potrebbe trovare applicazione il sistema impositivo previsto dalla normativa fiscale vigente per gli atti a titolo oneroso (e quindi applicando un'imposta di registro ad una base imponibile commisurata *ex art. 43 lett. c del T.U.R.*). Se infatti, in questi contratti si deve ritenere, di regola, assente l'intento donativo, ciò non significa che non possa trovare ingresso anche la normativa fiscale di cui al T.U. 346/1990, in assenza di ogni corrispettività tra le prestazioni cui s'impegnano i contraenti. Allo stesso modo, la normativa fiscale sugli atti dovrebbe trovare applicazione anche in caso di prestazioni corrispettive tra i contraenti, ma la cui corrispettività sia meramente apparente, in quanto tra le stesse prestazioni vi siano vistosi “squilibri” e sproporzioni.

Ma può anche verificarsi il caso in cui uno dei conviventi, in riguardo e a causa del rapporto di convivenza, si obblighi nei confronti del contraente a provvedere al suo mantenimento e a prestare qualunque tipo di assistenza morale e materiale in quanto quest'ultimo non sia e non possa essere, per le proprie condizioni soggettive e/o oggettive, in grado di potervi provvedere. In un tal caso non si trasferisce alcun bene o diritto, né si costituisce una rendita o una pensione, ma si assume solo l'obbligo della prestazione di un *facere* che può avere ampio e diversificato contenuto. È evidente che una siffatta convenzione potrebbe, in linea teorica, essere assoggettata all'imposta di registro con l'aliquota del 3% (ai sensi dell'art. 9 della tariffa parte prima del T.U.R.). Il problema sarebbe quello di individuare la base imponibile al momento della stipula dell'atto, e forse potrebbe operarsi secondo i criteri dell'art. 35 del T.U.R., ossia applicare l'imposta su di un

valore solo provvisoriamente determinato, salvo successiva più esatta quantificazione, con successiva denuncia effettuata dal contribuente agli uffici competenti ai sensi dell'art. 19 del T.U.R.). Per altro verso, l'esistenza di una circostanza condizionante (lo "stato di bisogno" del convivente beneficiario) potrebbe giustificare l'applicazione provvisoria della sola imposta di registro in misura fissa, salvo l'obbligo della denuncia successiva *ex art. 19*, al verificarsi della condizione stessa.

Coerentemente con quanto sostenuto fin qui, se invece tra le prestazioni dedotte nel contratto di convivenza si profila *una sostanziale parità o corrispondenza sinallagmatica* sotto il profilo economico, si dovrebbe coerentemente rientrare nel campo di applicazione del D.P.R. n. 131/1986. Va peraltro precisato che, seppure venga convenuto che certe spese debbano essere sostenute in misura paritaria (od anche non paritaria), ciò non fa nascere subito un'attribuzione imponibile, essendo questa legata all'effettivo verificarsi dell'evento; ne deriverebbe la sola soggezione all'imposta fissa, per l'assimilabilità con gli atti sottoposti a condizione sospensiva.

Ampiamente condivisibile è la ricostruzione delle clausole aventi ad oggetto la suddivisione delle spese della convivenza (con assunzione reciproca di obblighi di sostenere le spese stesse) quali mandato, con o senza rappresentanza: la rilevante ricaduta pratica di una simile ricostruzione è che il suo risultato (una mera rendicontazione tra le parti) nulla avrebbe a che vedere con uno "scambio" cui far risalire una natura onerosa.

Infine, quanto alle convenzioni in cui uno dei conviventi si obbliga a far sì e/o consente che l'altro convivente disponga di un diritto di abitazione (personale o reale) sulla casa di proprietà del primo o magari condotta solo a titolo locativo, è bene rilevare che potrà trovare applicazione l'imposta di donazione (T.U. 346/1990) solo a fronte della costituzione di un vero e proprio diritto reale di godimento, non prevedendo il T.U. 346/1990 l'imposizione per atti di concessione del diritto "personale" di godimento di un immobile; così che ogni altra convenzione di effetto e contenuto diversi, perfezionato grazie all'intervento notarile, sarà attratta in via residuale nell'alveo dell'imposta di registro dovuta nella sola misura fissa (laddove non abbia ad oggetto prestazioni da considerarsi a contenuto patrimoniale) o in misura proporzionale, con aliquota del 3% *ex*

art. 9 della tariffa allegata al T.U.R., laddove la “concessione” possa essere assimilata ad una prestazione a contenuto patrimoniale.

### 7.3 *L'imposizione indiretta sui contratti di convivenza recanti clausole aventi efficacia traslativa.*

Quanto ai criteri d'imposizione delle convenzioni (e clausole) con efficacia traslativa, bisognerà innanzitutto verificare se il trasferimento altro non sia altro che l'effetto di un contratto tipico di donazione o vendita, nel qual caso non si profilerà criticità alcuna applicandosi i principi generali in materia fiscale.

Può però essere che il trasferimento a) avvenga nell'ambito di un contratto traslativo posto in essere nell'adempimento di una pregressa obbligazione contrattuale assunta dal disponente, o di un'obbligazione “naturale” connessa al legame convivenziale; b) si articoli come “corrispettivo” di una prestazione assistenziale, magari vitalizia; c) derivi dalla costituzione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ.; d) sia connesso con la stipula di un *trust*.

Quanto all'ipotesi *sub a)*, esclusa, di regola, la causa donativa o liberale<sup>257</sup>, il trasferimento (o comunque l'attribuzione immobiliare) può non essere considerato semplicemente “a titolo gratuito” (circostanza che ovviamente renderebbe operativa l'applicabilità delle disposizioni di cui al T.U. 346/1990) qualora si ritenga che l'atto traslativo o attributivo (anche per ipotesi divisorio, allorché si tratti di uno di quegli atti che hanno per effetto lo scioglimento della comunione) possa essere qualificato al contrario come oneroso, in quanto perfezionato in esecuzione di un obbligo già assunto tra i conviventi in tempi antecedenti al trasferimento stesso, o da ritenersi connesso con il tipo di particolare legame di convivenza. Neanche rileverebbe sotto questo profilo, per ascrivere le fattispecie in esame all'area della onerosità, la circostanza che non vi sia il pagamento di un corrispettivo in senso tecnico. Al riguardo si ricorda come autorevole dottrina<sup>258</sup> abbia rilevato come, nel caso dell'obbligazione di dare e del pagamento

<sup>257</sup> Sempre e comunque sotto il profilo fiscale: dal punto di vista civilistico, parrebbe arduo ritenere l'adempimento di obbligazione naturale estraneo al campo della liberalità indiretta.

<sup>258</sup> CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi*, a cura di Camardi, 1999, 133.

traslativo, il corrispettivo sia sostituito dalla presenza di un'obbligazione specifica, di fonte legale o convenzionale, di cui il negozio dispositivo è attuazione. Sicché potrebbe dirsi che la gratuità del trasferimento è meramente apparente, nel senso che è soltanto una caratteristica strutturale e non funzionale del negozio con il quale il debitore adempie la propria obbligazione. In tal senso può ancora dirsi che la costruzione negoziale di obbligazioni di dare seguite da un pagamento traslativo tende a collocarsi nell'alveo delle operazioni contrattuali a titolo oneroso, ancorché l'onerosità non appaia dalla struttura negoziale specifica come corrispettività/reciprocità delle prestazioni, ma possa tuttavia ricostruirsi dalla lettura complessiva di tutti gli atti, fatti e rapporti giuridici di cui l'operazione economica si compone<sup>259</sup>.

*A fortiori*, si deve ritenere che l'opzione negoziale di cui *supra sub b)* comporti assoggettamento ai criteri impositivi di cui al T.U.R. n. 131/1986, e segnatamente alla individuazione di una base imponibile ragguagliata - ai sensi dell'art. 43 lett. c) - al valore del bene ceduto o al valore della prestazione che dà luogo all'applicazione della maggiore imposta, con avvertenza che in ipotesi di ulteriore prestazione assistenziale (oltre che a favore del o dei disponenti dell'immobile) anche a favore di terzi, dovrà essere valutato (in questo caso, con riferimento alle disposizioni del T.U. 346/1990) il trasferimento di ricchezza che da essa derivi a loro favore a titolo gratuito.

Infine quanto all'imposizione delle fattispecie sopra classificate *sub c)* e *sub d)*, troveranno applicazione i criteri già esposti dalla stessa Amministrazione finanziaria<sup>260</sup>: in estrema sintesi si può dire che se il trasferimento scaturisce da un vincolo di destinazione

---

<sup>259</sup> Il concetto esposto appare rimarcato anche in Cass. SS. UU., 18 marzo 2010, n. 6538, su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) con nota di CRISTOFARI, ove è sostenuto che "la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non può quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del *solvens*, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno".

<sup>260</sup> Agenzia delle entrate, circolare n. 3/E del 2008, sia pure con i correttivi segnalati nello Studio CNN n. 58/2010-T approvato il 21 gennaio 2011 *La tassazione degli atti di destinazione e dei trust nelle imposte indirette*, in *Studi e Materiali*, 2011, n. 2, 541 ss., a cura di CANNIZZARO E TASSANI. In tema v. inoltre MURITANO - PISCHETOLA, *Considerazioni su trust e imposte indirette*, in *Notariato*, 2008, n. 3, 320 ss.

ex art. 2645-ter cod. civ., deve distinguersi tra vincoli statici e vincoli aventi effetti traslativi, riservando solo ai primi le imposte (registro e ipotecaria) in misura fissa e ai secondi le imposte (di successione, ipotecaria e catastale) in misura proporzionale; se il trasferimento scaturisce da un *trust*, rileva un' "unica causa fiduciaria", e ciò giustificherebbe l'applicazione dell'imposta sulle donazioni anche qualora l'atto istitutivo non comporti trasferimento di alcun bene o diritto, come ad es. nel cd. *trust* autodichiarato, e prendendo a riferimento l'eventuale rapporto di parentela tra *settlor* e i beneficiari finali; in relazione invece alle imposte ipotecaria e catastale, anche in caso di *trust*, esse sarebbero dovute in misura proporzionale con esclusivo riferimento agli atti con efficacia traslativa<sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Va ricordata un recente orientamento giurisprudenziale (Cass. Trib., 24 febbraio 2015, n. 3735 e n. 3737; Cass. Trib., 25 febbraio 2015, n. 3886, tutte in *www.ilcaso.it* e in *www.iltrustitalia.it*) che ha affermato la diretta imponibilità degli atti portanti costituzione di vincoli di destinazione e della loro attrazione nell'ambito dell'imposta di successione e donazione, pur in assenza di trasferimenti di beni e diritti (e cioè di quella circostanza che a buon diritto, come innanzi si notava, è ritenuta elemento determinante e qualificante dell'imposta disciplinata dal T.U. 31 ottobre 1990, n. 346). Ciò significherebbe che anche un vincolo di destinazione "autodichiarato" dovrebbe scontare l'imposta di donazione, per di più con l'aliquota massima dell'8%; e lo stesso trattamento fiscale si potrebbe applicare, in questo ordine di idee portato alle estreme conseguenze, ai patrimoni destinati ad uno specifico affare ex art. 2447-bis cod. civ., ad ogni tipologia di fondo patrimoniale ex art. 167 cod. civ., al fondo comune della rete-contratto. Ovvie e condivisibili rilievi critici a questo isolato orientamento sono stati mossi in *L'imposizione indiretta sui vincoli di destinazione: nuovi orientamenti e prospettive interpretative*, Studio CNN n. 132-2015/T, a cura di TASSANI; STEVANATO, *La "nuova" imposta su trust e vincoli di destinazione nell'interpretazione creativa della Cassazione*, in *Giur. Trib.*, 2015, 397 e ss.; TASSANI, *Sono sempre applicabili le imposte di successione e donazione sui vincoli di destinazione?*, in *Il Fisco*, 2015, 1957 e ss..



# CAPITOLO IV

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Contratto e famiglia: avanti, adagio. 1.2 Solidarietà post-coniugale e principio di autosufficienza: un necessario contemperamento. 1.3 Solidarietà post-coniugale e principio di autodeterminazione: il limite degli accordi *in contemplation of divorce*. 2. Unioni civili, convivenze, contratto di convivenza: politica del diritto cercasi. 2.1 Comunque la si veda, la nuova legge discrimina sulla base dell'orientamento sessuale 2.2 Dagli alla separazione! 2.3 L'ingiustificata esclusione delle cc.dd. unioni di mutuo aiuto 2.4 Una "formazione sociale ove si svolge la personalità degli individui (art. 2 Cost.)", che "si fa carico di funzioni di rango costituzionale" meritava maggiore attenzione. 2.5 Una scelta di vita. 2.6 Il contratto quale possibile momento genetico della convivenza rilevante 2.7 (segue) *Pacta sunt servanda* 2.8 Conclusione: per una società più ordinata e più liberale.

### 1. Contratto e famiglia: avanti, adagio.

#### 1.1 Considerazioni generali. L'accordo dei coniugi sull'indirizzo della vita familiare.

Nelle pagine precedenti, si è tentato di dare conto del processo storico-sociale che ha portato la famiglia a passare da una struttura verticale, basata sulle regole e sull'autorità, ad una struttura orizzontale, basata su rapporti paritari e solidali tra i suoi componenti, in cui il fattore gerarchico e autoritario è stato progressivamente sostituito dall'accordo tra i coniugi e tra i componenti della famiglia stessa<sup>1</sup>. In questo passaggio, la

<sup>1</sup> CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 47 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, 1977, 221 e ss.; ZATTI - MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, cit., 382; E. RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, 1983, 221 e ss.; ID., *Negozi familiari e procedimenti giudiziali attributivi di efficacia*, Nota a Trib. Prato, 25 ottobre 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 1056 e ss.; ID., *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, 1983, 45 e ss.; ID., *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam.*, 1989, 1081; D'ANNA, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, nota a Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Riv. notar.*, 1984, II, 595; P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 1988, 602 e ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., 28; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, 1995, 35 e ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 1995, 7; RESCIGNO, *I rapporti personali fra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, 1995, 33 e ss.; BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, 2; QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Familia*, 2005, 229 e ss.; ZATTI, *Familia, familiae – Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*,

legge, con i tempi di reazione che gli sono propri, ha inseguito i mutamenti sociali, nel tentativo di tradurre i mutamenti avvenuti nella società in un sistema di norme che rendessero la famiglia un contesto più democratico ove l'accordo tra i coniugi fosse il motore della stessa; il testo dell'art. 144 cod. civ., come riformato dalla riforma del 1975, esprime apertamente quest'ultimo concetto: i coniugi *concordano tra loro* l'indirizzo della vita familiare.

Dalla de-istituzionalizzazione della famiglia, si è passati alla contrattualizzazione dei rapporti in seno alla famiglia stessa. Si tratta di un fatto oggettivo, innegabile, in atto.

Si è sottolineata la propensione dello stesso legislatore del codice civile ad evitare il più possibile l'uso della parola "contratto" in materia di rapporti di famiglia; si è osservato come la parola, di fatto, compaia nel solo art. 162, comma quarto cod. civ., nonché nell'art. 166, all'interno della locuzione "contratto di matrimonio", al punto da dare l'impressione che l'impiego dell'espressione nelle norme ricordate sia il frutto di una svista del legislatore, dal momento che la patrimonialità assurge ad elemento necessario del contratto, ai sensi dell'art. 1321 cod. civ.. Ma al tempo stesso, si è imposta nel pensiero giuridico una visione liberale, che ha messo in dubbio l'incompatibilità aprioristica dell'attività negoziale con il diritto dei cittadini di disciplinare determinati aspetti, personali e/o patrimoniali, della propria vita, anche nell'ambito coniugale. Questa visione è stata fatta propria dalla stessa Corte di Cassazione, che, giudicando di separazione consensuale dei coniugi, ha constatato una significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia<sup>2</sup>. Un concetto di negozialità che, come si è visto, coincide con quello di

---

2002, 9 e ss., 28 e ss.; ALPA - FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, 1989, 505 e ss.; TRABUCCHI, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it., App.*, IV, 1983, 1189; BIANCA, *Commento all'art. 117*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 106; PIETROBON, *Note introduttive agli artt. 17 e 18 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 138, il quale osserva paradigmaticamente come si sia assistito "all'attribuzione di una maggiore, o più chiara, valutazione del consenso (fatto individuale) rispetto alla celebrazione (fatto sociale): basti ricordare la più ampia portata attribuita all'errore, alla rilevanza del timore e alla simulazione"; nello stesso senso, v. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 217.

<sup>2</sup> Cass. Civ., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, 213 e ss., con nota di SALA; Cass. Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro It.*, 1995, 2984; Cass. Civ., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. Giur.*, 2004, 309 e ss., con nota di OBERTO; Cass. Civ., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, 150, con nota di OBERTO.

“autonomia (o libertà) privata”, intesa appunto come indicativa del potere, attribuito dall’ordinamento ai consociati, di autodeterminare ed autoregolamentare i propri interessi<sup>3</sup>. Su queste stesse basi, si è diffuso, anche in alcuni ordinamenti europei, l’impiego di contratti matrimoniali dal contenuto più ampio e complesso rispetto alle convenzioni disciplinate dai codici nazionali, talvolta aventi ad oggetto le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del matrimonio. Anche questo ha influenzato le successive vicende dottrinali e giurisprudenziali, e ha portato ad ulteriori sviluppi, passati per alcuni interventi della Corte costituzionale, e in alcune importanti scelte del legislatore. Per quanto attiene alle decisioni della Consulta, l’abolizione del divieto di donazioni tra coniugi<sup>4</sup> ha reso legittima qualsiasi attività negoziale tra coniugi. Anzi, *l’affectio familiaris*, quale presupposto logico sul quale si sorreggono i negozi tra i coniugi, si è elevata da mero motivo a causa privilegiata di atti di attribuzione patrimoniale, in quanto il negozio tra coniugi è funzionalizzato, almeno in teoria, ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona<sup>5</sup>. *A latere* di questa determinante decisione della Corte costituzionale possono poi ricordarsi quelle nelle quali la Corte stessa ha ricondotto, almeno tendenzialmente, le convenzioni matrimoniali al campo contrattuale<sup>6</sup>, e quelle in cui ha esteso alla separazione consensuale alcune disposizioni dettate con

---

<sup>3</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, 1950, 38-41; sull’autonomia privata v. inoltre, tra i tanti, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, 14 e ss.; PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 366 e ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1975, 267 e ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile* a cura di magistrati e docenti, 1980, 27 e ss.; CARRESI, *Il contratto*, I, 1987, 97 e ss., 321 e ss.; SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, 1987, 517 e ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 43 e ss.; BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 487 e ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 129 e ss.; contra, nel senso della indisponibilità degli interessi in gioco, DONISI, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, 1997, 7.

<sup>4</sup> Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Il punto è giustamente enfatizzato anche da DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 12, 182 e ss., e da ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997, 215.

<sup>5</sup> DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 12, 182 e ss.; SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, 1977, 334.

<sup>6</sup> OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 147 e ss.

riguardo alla separazione giudiziale<sup>7</sup>. Il legislatore, che già aveva fatto la sua parte con l'introduzione del divorzio e la riforma del diritto di famiglia del 1975, continuò a seguire l'onda con la riforma dell'istituto divorzile, varata nel 1987, con la quale ha introdotto il divorzio su domanda congiunta, del cui carattere prettamente negoziale (se non altro per quanto attiene alla regolamentazione delle relative condizioni e degli effetti) non pare lecito dubitare<sup>8</sup>.

È proprio il versante della crisi della famiglia quello che offre maggiori spunti di riflessione sul tema: si pensi solo, per esemplificare, all'accordo alla base della corresponsione *una tantum* dell'assegno<sup>9</sup>, alla separazione personale consensuale, e segnatamente, all'intesa posta a fondamento del ricorso su domanda congiunta. Appare chiaro ai più che il fondamento di una siffatta pattuizione, pur in assenza di rinvii normativi certi, è da rinvenirsi nell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), essendo palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti di dare ed avere che necessariamente si pongono all'esito del consorzio familiare<sup>10</sup>. La stessa Corte di Cassazione richiama sovente la regola dell'autonomia negoziale nelle materie legate ai rapporti tra coniugi in crisi<sup>11</sup>.

Anche la dottrina contrattualistica, che era rimasta provvisoriamente fuori dal dibattito, lasciato agli studiosi del diritto di famiglia, affermò che necessità pratiche e progresso civile esigessero una valutazione dei patti regolatori dei rapporti di famiglia in chiave negoziale, e proiettò questa visione sul futuro, ipotizzando l'impiego di *pacta* per regolare la dissoluzione del matrimonio, il governo della famiglia, il cognome dei

---

<sup>7</sup> Corte cost., 31 maggio 1983, n. 144, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 5, su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 186, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 6 luglio 1994, n. 278, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>8</sup> OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 233 e ss.).

<sup>9</sup> BIANCA, *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, 1981, 18.

<sup>10</sup> Così, significativamente, un autorevole fautore della teoria della autonomia della famiglia rispetto all'ordinamento: JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 530.

<sup>11</sup> Cass. Civ., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Corr. giur.*, 1991, 891, con nota di CAVALLO; Cass. Civ., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, 213 e ss., con nota di SALA; Cass. Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro It.*, 1995, 2984; Cass. Civ., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Riv. notar.*, 1995, II, 953; Cass. Civ., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. Giur.*, 2004, 309 e ss., con nota di OBERTO; Cass. Civ., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, 150, con nota di OBERTO.

coniugi<sup>12</sup>.

Nel corso degli ultimi anni il richiamo alle regole in tema di autonomia contrattuale si è fatto sempre più frequente: autorevole dottrina constatata ormai pacificamente che la “collocazione” familiare di certi accordi tra i coniugi (in crisi), nei quali tra le parti si convenga l’attribuzione di diritti e l’assunzione di obblighi di natura patrimoniale, non presenta contraddizioni con la definizione dell’art. 1321 cod. civ.<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> SACCO, *Il contratto*, 1975, 493 e ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1975, 274.

<sup>13</sup> RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, 1988, 10; E. RUSSO, *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti “matrimoniali” di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l’applicazione dell’Accordo 18.2.1984 tra l’Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1980, 1092; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, Nota a Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1326; L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, 1991, 1160 e ss.; BUSNELLI - GIUSTI, *Le sort des biens et la pension alimentaire dans le divorce sans faute*, in *Rapports nationaux italiens au XIV<sup>e</sup> Congrès International de Droit Comparé*, 1994, 93 e ss.; CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 378 e ss., 406 e ss.; EAD., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, 1999, 89 e ss.; DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, 1996, 56 e ss., 63 e ss.; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1106 e ss.; PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, 2001, *passim*, 30 e ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, 1999; ID., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 155 e ss.; ID., *Prestazioni “una tantum” e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, 2000; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, 2001; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 43 e ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, 1997; COMPORZI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 105 ss.; CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, Nota a Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Fam. Dir.*, 1994, 141 e ss.; TRABUCCHI, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it., App.*, IV, 1983, 510 e ss.; MARTI, *Accordi non omologati tra coniugi separati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, 71; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, nota a Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1326, 1319 e ss.; L. GIORGIANNI, *Sui patti aggiunti alla separazione consensuale e sulla famiglia di fatto*, Nota a Trib. Genova, 2 giugno 1990, in *Giur. Mer.*, 1992, 60 e ss.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. Dir.*, 1994, 104 e ss.; ID., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, 1996, 12 e ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 1995, 9 e ss.; SCARDULLA, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, 1996, 363 e ss.; BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, 1 e ss.; DONISI, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, 1997, 5 e ss.; FEDERICO, *Accordi di divorzio nel procedimento a domanda congiunta*, *ivi*, 91 e ss.; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, 1997, 83 e ss.; ID., *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 229 e ss.; D’ANNA, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, nota a Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Riv. notar.*, 1984, II, 593 e ss.; PARADISO, *La comunità familiare*, 1984, 182 e ss.; A. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1659 e ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, 1988, 487 e ss.; POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. Giur.*, 1988, 107 e ss.; ALPA -

Allo stesso modo, la giurisprudenza di legittimità rinvia, espressamente e senza remore, al principio della libertà contrattuale consacrato dall'art. 1322 cod. civ. quando deve pronunciarsi sulla natura e sulla validità degli accordi preventivi<sup>14</sup> tra coniugi in materia di conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio<sup>15</sup>, mentre espliciti o impliciti riferimenti all'autonomia contrattuale punteggiano tutta o quasi la complessa vicenda in tema di trasferimenti immobiliari e mobiliari in sede di separazione personale tra coniugi<sup>16</sup>, fino alle decisioni nelle quali la Suprema Corte afferma non solo la legittimità e l'efficacia reale dei trasferimenti operati nello stesso accordo di separazione, ma anche la trascrivibilità del verbale giudiziale di omologazione nei pubblici registri immobiliari<sup>17</sup>.

---

FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, 505 e ss.; ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, 1998, 19 e ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 277 e ss. Già prima della riforma del diritto di famiglia, il tema era stato indagato da FERRI, *L'autonomia privata*, 1959, 285 e ss.; BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 782 e ss.; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, 1972, 189 e ss.; LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 474 e ss..

<sup>14</sup> E, coerentemente, vengono ricondotti nell'alveo della negoziabilità familiare meritevole di tutela ex art. 1322 cod. civ. anche gli accordi non omologati con i quali i coniugi modificano le precedenti intese, anche quando contratti in presenza di figli minori, a conferma ulteriore dell'espansione della sfera dell'autonomia privata, anche al di là dei negozi familiari caratterizzati dalla patrimonialità: sul punto, v. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, 2006, 236 e ss..

<sup>15</sup> Cass. Civ, 13 gennaio 1993, n. 348, in *Contratti*, 1993, 140, con nota di MORETTI.

<sup>16</sup> Cass. civ., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. Pers.*, 1984, 922: "Sotto il profilo della meritevolezza degli interessi alla cui realizzazione il negozio era preordinato si individua la causa di quest'ultimo nell'attuazione [di] un'obbligazione di mantenimento avente causa lecita (...). La meritevolezza di tutela, ex art. 1322, viene affermata sulla base della constatazione che l'accordo opera una equiparazione fra l'interesse perseguito dalle parti e quello che, nell'ambito dei rapporti patrimoniali nascenti dal matrimonio, è previsto e tutelato espressamente dal Legislatore con apposite norme dirette a proteggere la posizione del coniuge meno abbiente (...) essendo inconcepibile sul piano logico-giuridico che lo stesso interesse riceva protezione quando sia previsto dal Legislatore e non anche quando sia ricollegato all'autonomia privata"; Cass. Civ., sentenza 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1974, I, 173, con nota di BERGAMINI. *Contra* in dottrina, tra gli altri, LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 475 e ss., il quale sostiene l'idea dell'immanenza del ruolo del giudice nei rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi.

<sup>17</sup> Secondo l'opinione avanzata da OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 1995, 155 e ss.; ID., *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, 2000, 85 e ss. Tale opinione, come si vedrà *infra*, par. di questo capitolo, non è contestata sulla base di ragioni assorbenti, ma è contraria alla prassi, ove si è sviluppata una procedura cd. "bifasica", nella quale il contenuto negoziale dell'accordo omologato è ripetuto in un atto pubblico notarile nel quale sia fatta l'*expressio causae* del trasferimento immobiliare. Tale prassi è considerata più

L'estensione della disciplina contrattuale ai negozi familiari ha poi portato la giurisprudenza ad affermare, per esempio, l'applicabilità dei principi in tema di formazione del consenso contenuti agli artt. 1326-1328 cod. civ.<sup>18</sup> all'accordo di riconciliazione; dell'art. 1371 cod. civ. ad una "convenzione accessoria alla sentenza di divorzio"<sup>19</sup>; degli artt. 1362 e ss. cod. civ. per l'interpretazione delle clausole di pattuizioni *a latere* rispetto all'accordo di separazione omologato<sup>20</sup>, ed anche, addirittura, degli accordi preparatori di quest'ultimo<sup>21</sup>, nonché delle norme in tema di simulazione<sup>22</sup> e di vizi del consenso<sup>23</sup>.

Come si è già considerato nella trattazione, il processo, seppur avanzato enormemente dal suo stadio iniziale, non pare completo, ma anzi, *in itinere*: parafrasando un illustre autore<sup>24</sup>, si può ritenere l'autonomia privata come la marea che, centimetro

---

protettiva degli interessi delle parti, con espresso riferimento alla certezza del trasferimento immobiliare e del rispetto degli obblighi delle parti relativi agli atti traslativi della proprietà o traslativo-costitutivi di diritti reale limitati.

<sup>18</sup> Cass. Civ., 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1233.

<sup>19</sup> Cass. Civ., 14 luglio 2003, n. 10978, in *Rep. Foro It.*, 1993, voce *Matrimonio*, n. 155.

<sup>20</sup> Cass. Civ., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1189.

<sup>21</sup> Cass. Civ., 6 febbraio 2009, n. 2997, in *Dir. fam.*, 2009, 1147. Nella specie la Corte ha rilevato che lo scopo dell'accordo era quello di regolare i rapporti economici più importanti della coppia, prima di rivolgersi al giudice della separazione, eliminando così le controversie su questioni non strettamente attinenti alla fine dell'unione, ivi compresa la definizione dei rapporti economici con i figli maggiorenni. La Corte, in breve, ha escluso che la separazione consensuale costituisse condizione esplicita o implicita della scrittura privata

<sup>22</sup> Cass. Civ., 5 marzo 2001, n. 3149. Sul complesso tema della simulazione nella separazione v. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, Nota a Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 774 e ss.; ID., *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, Nota a Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. Giur.*, 2004, 309 e ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 290 e ss.; DANOVI, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, Nota a App. Bologna, 7 maggio 2000, in *Riv. dir. Proc.*, 2001, 284 e ss.; ID., *E' davvero rilevante (e inattuabile) la simulazione della separazione?*, Nota a Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Dir. fam. Pers.*, 2005, 462 e ss.; BARBIERA, *Il matrimonio*, 2006, 333.

<sup>23</sup> Cass. civ., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, 508, con nota di PAGNI; Cass. Civ., 29 marzo 2005, n. 6625, in *Giust. civ.*, 2006, I, 933; Cass. Civ., 10 gennaio 2007, n. 235, in *Contratti*, 2007, 12, 1053; Cass. Civ., 27 novembre 2007, n. 24321, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 1198; Cass. Civ., 20 marzo 2008, n. 7450, in *Guida al dir.*, 2008, 19, 35; Cass. Civ., 30 aprile 2008, n. 10932, in *Fam. Dir.*, 2008, 1117, con nota di ARCERI. In dottrina, il tema è ampiamente sviluppato da OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 234 e ss.; ID., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, in *Fam. dir.*, 2000, 88 e ss.; BASINI, *L'annullabilità della separazione consensuale omologata per vizi del consenso*, Nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Famiglia*, 2005, II, 382 e ss..

<sup>24</sup> JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, 1957, riportato in *Verso la terra dei figli*, a cura di Mercadante e Giuffrè, 1994, 69: l'Autore definì la famiglia come "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto".

dopo centimetro, sta inghiottendo il diritto di famiglia tradizionale, smontandone le istituzioni, anche quelle che potevano ritenersi basate sul diritto naturale: l'unicità dello *status* di figlio, l'adozione da parte di una sola persona, il diritto del minore di essere ascoltato, il divorzio "accelerato", sono già realtà dell'oggi; filiazione surrogata, omogenitorialità, poligamia, transessualismo, e altro ancora, sono già al di qua dell'orizzonte.

Ma l'autonomia privata, "la marea", inghiottirà del tutto il diritto di famiglia?

In premessa, deve dirsi che, soprattutto (ma non solo) in un momento storico nel quale la libertà, soprattutto economica, dei cittadini, vede diminuire i suoi spazi, a favore di soggetti più grandi, più forti, e spesso fuori dal controllo anche degli stessi governi e parlamenti nazionali (istituti bancari, autorità di diritto comunitario, imprese multinazionali, agenzie di *rating*, "mani pesanti" sui mercati azionari, talvolta gli stessi governi e parlamenti), il consolidamento di spazi di libertà ed autonomia esistenti, e la conquista di nuovi, non possono che essere salutati con favore da chi si professi fautore di una società liberale. Ma non c'è nulla di più liberale della ricerca e della definizione di (poche) regole e principi sicuri, che definiscano entro quali limiti possa esservi e svilupparsi l'autonomia e la libertà<sup>25</sup>: la certezza delle regole è alla base del pensiero liberale. Per cui, tornando alla domanda, si ritiene che non tutte le linee del terreno di gioco siano destinate a diventare parte del terreno di gioco stesso.

Ferma restando l'indisponibilità dei rapporti personali tra i coniugi, mai venuta in discussione<sup>26</sup>, deve ritenersi che l'accordo tra i coniugi in ordine all'indirizzo della vita familiare non possa divenire oggetto di contratto. Si ritengono ancora valide le opinioni di quella dottrina<sup>27</sup>, di sicura ispirazione liberale (a conferma di quanto si diceva), che ha

<sup>25</sup> V. per tutti F. ROMANI, *La società leggera. Liberalismo, mercato, istituzioni*, 1995; AA. VV., *Sudditi. Un programma per i prossimi 50 anni*, a cura di N. Rossi, 2012; VON MISES, *Burocrazia*, a cura di Antiseri, 1991.

<sup>26</sup> Se non indirettamente, in qualche isolata sortita giurisprudenziale (definita, non a torto, "inquietante" da GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 13ma ed., 2007, 366): v. Corte Cost., 10 dicembre 1987, n. 561, in *Foro it.*, 1989, I, 2113; Cass. Civ. 11 novembre 1986, n. 6607, in *N. Giur. Civ. comm.*, 1987, I, 343; Cass. Civ. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 93.

<sup>27</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Artt.143-146*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, 1997, II, 524; ZATTI, *La famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 2a ed., II, 1997, 80 e ss.; *contra*, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 13ma ed., 2007, 365-366; BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia*, 3a ed., 2014, 68; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile a*



ritenuto che la natura di questo accordo sia quella di un peculiare negozio giuridico familiare, assunto nell'interesse superiore della famiglia, e per questo costantemente rinegoziabile dai coniugi, e tale diritto di rinegoziazione perpetua, proprio per la finalità che si prefigge, non può e non deve vincolarsi con lo strumento contrattuale.

Se è vero che il contrasto tra i profili di libertà e di autonomia tipici del negozio giuridico da una parte, e gli interessi del gruppo familiare, nonché la doverosità del rapporto coniugale e l'obbligo di soddisfare efficacemente i doveri rispetto alla prole dall'altra, osta, a prima vista, alla riconduzione dell'accordo negli schemi del negozio giuridico<sup>28</sup>, il riferimento alla categoria degli "accordi non negoziali", conclusi in attuazione di doveri determinati o determinabili in modo oggettivo dalla legge<sup>29</sup>, non appare, tuttavia, coerente all'inquadramento dogmatico del momento formativo dell'accordo coniugale. Ciò in quanto, secondo quel che illustra autorevole dottrina, "sembra rinviare ad una prospettiva in cui le scelte dei coniugi sono 'necessitate', e non libere, in relazione alle concrete circostanze: quelle che, in astratto, dovrebbero consentire di dedurre univocamente dai doveri imposti per legge il contenuto e le modalità degli obblighi dei singoli coniugi<sup>30</sup>". Ma, come prosegue la stessa dottrina, "si tratterebbe di conclusione singolare per una impostazione che vuole esaltare viceversa proprio la (...) fattispecie aperta in cui l'accordo è esplicazione della personalità, del concreto atteggiarsi e delle effettive attitudini al rapporto dei singoli<sup>31</sup>". Per cui, alla luce del profilo strutturale dell'accordo, da cui emerge la connotazione di una fattispecie modulata sulla concordanza d'intenti delle parti nel governo della famiglia, appare ancora condivisibile la tesi della

---

cura di Scialoja e Branca, 1971, 287, per i quali trattasi di un fatto giuridicamente rilevante, che non assume l'efficacia di un reciproco impegno giuridico, tanto che l'inadempienza può valutarsi, in senso negativo, solo al fine di una eventuale sentenza di separazione con addebito, ove le inadempienze fossero così numerose e di tale gravità da determinare, per l'altro coniuge, l'impossibilità di proseguire la vita in comune (in quest'ultimo senso, v. Cass. Civ., 1986, n. 3168, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 1537; in dottrina, MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1988, 609); FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, 1979, 140, per il quale, isolato, l'accordo va ricostruito in termini di tecnica di governo della famiglia.

<sup>28</sup> PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi (artt. 143-148)*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, 1990, 148.

<sup>29</sup> ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 1985, 218 e ss..

<sup>30</sup> PARADISO, *op. loc. ult. cit.*.

<sup>31</sup> PARADISO, *op. ult. cit.*, 149.

riconduzione dell'accordo alla categoria del negozio giuridico ed, in particolare, a quella peculiare figura negoziale caratterizzata proprio dalla convergenza degli interessi, piuttosto che dalla loro contrapposizione, e dalla soggezione alla clausola *rebus sic stantibus*, e dunque da una vincolatività né rigida né esclusa *a priori*. Ciò sembra descrivere perfettamente le caratteristiche fattuali degli accordi coniugali, che da un lato respingono assimilazioni a schemi di (libera) composizione di interessi contrapposti, dall'altro non possono essere cristallizzati in una rigida vincolatività, che l'esperienza quotidiana mostra esulare dagli accordi concreti, e inadeguata poi, già in via di principio, a conseguire un'efficace o utile tutela degli interessi familiari coinvolti. Al contempo, la categoria consente di non vanificare la regola dell'accordo, posto che il sistema paritario di governo entrerebbe in crisi se l'intesa raggiunta potesse venir posta nel nulla da un qualsiasi, sopravvenuto dissenso unilaterale<sup>32</sup>.

Corollario di queste argomentazioni non può essere che la conferma che lo spazio dedicato all'accordo coniugale è e resta quello del negozio familiare, a carattere non necessariamente patrimoniale, possibile fonte di conseguenze patrimoniali non connesse alla sequenza tipica dell'attività negoziale<sup>33</sup>. Non, invece, quello contrattuale, escluso non solo dalla natura personale del rapporto, ma anche dalla sua perpetua rinegoziabilità<sup>34</sup>.

### *1.2 Solidarietà post-coniugale e principio di autosufficienza: un necessario contemperamento.*

Come si è potuto vedere nel corso della trattazione, esiste una consistente spinta dottrina<sup>35</sup> al superamento della solidarietà post-coniugale, in favore dei cc. dd. principi dell'autodeterminazione e dell'autosufficienza. Si è anche precisato, come fa la stessa dottrina, che una simile prospettiva implica una nuova visione "sdrammatizzata" del divorzio: non più come un evento critico, "fallimento" di un matrimonio, ma, in chiave

---

<sup>32</sup> PARADISO, *op. ult. cit.*, 151-152.

<sup>33</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, II, 1992, 524 e ss.; TOMASSINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, I, 1999, 135 e 137.

<sup>34</sup> AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, 17.

<sup>35</sup> Ci si riferisce in particolare ai numerosi scritti di Salvatore Patti sull'argomento.

“contemporanea”, come mera evenienza della vita, possibile conclusione di un rapporto terreno, scevro di ogni sacralità e che dunque può essere anche affetto da errori e scelte sbagliate, da accettare e gestire con serenità, e dal quale uscire contando sulle proprie forze e risorse, senza sperare in aiuti provenienti dal passato, che è ormai alle spalle.

Questa visione, è bene ricordarlo, è rifiutata, *de facto*, dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, attestatasi in difesa del condivisibile principio che è alla base della solidarietà post-coniugale: non si può lasciare al singolo l'arbitrio di cancellare, senza lasciar traccia, l'impegno di vita assunto col matrimonio, e non si può abbandonare alla propria sorte chi su tale impegno aveva costruito la propria famiglia e il proprio progetto di vita<sup>36</sup>. Tuttavia, esasperando il suddetto principio, la stessa Suprema Corte ha talvolta pronunciato sentenze illogiche e vessatorie<sup>37</sup>.

Il principio è, a parere di chi scrive, un punto di civiltà, da difendere.

Senza scomodare Napoleone, che riteneva che una famiglia forte fosse necessaria componente di uno Stato forte, non c'è dubbio che una solida struttura familiare, difesa dall'ordinamento e dotata di regole certe, sia stata e sia ancora la base di una società ordinata.

La crisi coniugale non coinvolge soltanto due persone adulte, ma interi gruppi sociali, intere famiglie, nella quali, quasi sempre, accanto a due adulti ci sono figli, spesso bambini. È un conflitto che si innesca tra due soggetti adulti, ma che finisce per mettere a repentaglio l'equilibrio di una struttura sociale ben più ampia ed importante.

Ragionando laicamente, e dunque senza condizionamenti morali o religiosi, non vi è chi disconosca il ruolo sociale della famiglia, quale struttura complessa, che esercita numerosissime funzioni di utilità sociale, tali da renderla meritevole delle particolari tutele che l'ordinamento giuridico le accorda. Si tratta di funzioni che, nel linguaggio economico, vengono definite *esternalità positive*, e cioè ricadute benefiche esterne al sistema che le produce: la continuità della società, l'educazione primaria, la cura del prossimo, l'assistenza a malati, anziani, e bambini, l'acquisizione dell'equilibrio affettivo, lo sviluppo

---

<sup>36</sup> Così condivisibilmente BIANCA, *Diritto civile, 2, la famiglia*, I, 2014, 298.

<sup>37</sup> V. ad es. Cass. Civ., 4 novembre 2010, n. 22501, in *De jure*; Cass. Civ. 24 marzo 2010, n. 7145, in *De jure*; Cass. Civ., 27 maggio 2014, n. 11797, in *Giur. it.*, 2014, 1299.

della socialità, delle capacità relazionali, la collaborazione, la solidarietà, l'amore; ed ancora, la famiglia è sempre più spesso un ammortizzatore sociale, produce da sé integrazione e redistribuzione dei redditi, assorbe i periodi di disoccupazione dei suoi componenti, sperimenta la flessibilità dell'impegno lavorativo, è gestione comune dei risparmi e degli investimenti, ottimizza le risorse ed è in grado di aumentare il benessere sociale a parità di reddito prodotto<sup>38</sup>. Si tratta di funzioni i cui risultati sono inestimabili.

Specularmente, la rottura di un vincolo familiare ha altissimi costi sociali. Il conflitto tra due persone si espande, e un intero tessuto sociale subisce un pregiudizio, anche economico, sopportato dall'intera collettività.

È questo il principale motivo per il quale è importante difendere la famiglia: ridurre gli effetti negativi che una crisi coniugale può produrre, alterando o arrestando quel processo di esternalità positive di cui parlavamo.

Se non si vuol credere alla teoria, non potrà resistersi alla pratica: le ultime generazioni, del cui disagio sono piene le pagine dei giornali quotidiani, e i discorsi dei candidati alle pubbliche rappresentanze, sono tutte figlie delle grandi rivoluzioni degli anni Settanta. Non si tratta, ovviamente, di rimpiangere tempi andati e remoti, ma di riflettere se sia il caso di rendere il vincolo matrimoniale, fondamento della famiglia, già diminuito nella sua importanza, a una mera scelta di contingenza, che in caso di ripensamento, può elidersi semplicemente, senza lasciare traccia, per rifarsi un vita come se nulla fosse stato. Superare la solidarietà post-coniugale, significa evidentemente facilitare tutto questo.

La riflessione rientra in quella, più ampia, già svolta precedentemente: preservare la (residua) forza vincolante di una scelta, che, come visto, non riguarda solo sé stessi, è un modo per ristabilire un sistema di regole e principi che sono la base di una società liberale, ossia ordinata e libera. Al contrario, appartiene a una logica "liberista", e quindi anarchica ed oligopolista, l'idea di cancellare regole e principi sotto la false flag dell'aumento degli

---

<sup>38</sup> PETRAGLIA, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 288, osserva come negli ultimi trenta anni il tenore di vita non è aumentato in maniera rilevante, nonostante il notevole costante aumento del reddito pro capite, a causa del calo della dimensione media della famiglia.

spazi di libertà.

Quindi, che fare del principio di autosufficienza?

Si ritiene che il principio possa rendere un servizio utile all'ordinamento, se coordinato con la indefettibile salvaguardia della rilevanza della scelta fatta in sede di matrimonio. In questo senso, soccorre il legislatore tedesco, che ha modificato il sistema della solidarietà post-coniugale, prima del tutto simile a quello delineato dalla nostrana l. div.: l'eventuale assegno divorzile dovrebbe allora, qui come lì, avere durata temporanea, salve ipotesi eccezionali (grave malattia, handicap dell'ex coniuge, situazione sfavorevole imputabili al coniuge); in ogni caso, il suo ammontare non dovrebbe tenere conto del livello di vita goduto durante il matrimonio<sup>39</sup>, ma semplicemente consentire a quello tra gli ex-coniugi economicamente più debole, a soddisfare le normali esigenze di vita post-divorzio, e "ripartire", verso una nuova vita, in tendenziale parità di condizioni con quelle godute prima del matrimonio; il tutto, *ça va sans dire*, sotto l'onere di ricercare fonti di sostentamento alternative.

Una simile risistemazione della solidarietà post-coniugale parrebbe inoltre più compatibile con quel diritto, noto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nonché dalla Carta europea dei diritti fondamentali, e affermato con forza anche dalla Suprema Corte di Cassazione<sup>40</sup>, di costituire una nuova famiglia.

*1.3 Solidarietà post-coniugale e principio di autodeterminazione: il limite degli accordi in contemplation of divorce.*

Si è dato conto, nel corso della trattazione, delle molte considerazioni che sono alla base dell'accentuata contrattualizzazione del versante patrimoniale della crisi coniugale. In estrema sintesi: la natura privata degli interessi in gioco; l'indiscussa disponibilità dei diritti patrimoniali già nella titolarità dei coniugi; l'insussistenza della eccezione sulla

<sup>39</sup> Si tratta di un contemperamento di interessi di astratto buonsenso, condiviso, nella giurisprudenza italiana, da Cass. Civ., sentenza 28 aprile 2006, n. 9878, in *Guida al dir.*, 2006, 30, 52; Cass., 16 novembre 2005, n. 23071, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11: in tali sentenze si afferma, con ampia dose di buonsenso, che l'obbligo di assicurare il precedente tenore di vita da parte del coniuge beneficiario dell'assegno e della prole costituisce un obiettivo solo tendenziale, e, nell'*id quod plerumque accidit*, del tutto irrealizzabile, dato che, a reddito invariato, i nuclei familiari da mantenere sono raddoppiati.

<sup>40</sup> Cass. Civ. 19 marzo 2014, n. 6289, su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di MAZZOTTA.

indisponibilità degli *status*<sup>41</sup>; l'affermazione dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; l'inapplicabilità ai coniugi divorzianti dell'art. 160 cod. civ., essendo il divorzio la nemesi del matrimonio<sup>42</sup>, il suo "esatto rovescio"<sup>43</sup>, da cui la completa disponibilità dei diritti patrimoniali, anche quelli relativi alle obbligazioni di mantenimento; motivazioni storiche<sup>44</sup> e comparatistiche<sup>45</sup>.

Argomentazioni ampiamente condivise dalla dottrina prevalente<sup>46</sup>, e messe in fila,

---

<sup>41</sup> Negata dalla stessa Suprema Corte, che ha ammesso la validità delle convenzioni matrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: Cass. Civ., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 1670 e ss.

<sup>42</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 457 e ss.; ID., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, Nota a Trib. Torino 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 806 e ss., 812 e ss.; ID., *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, nota a Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 326; ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2013, 98 e ss.. L'argomentazione della Suprema Corte parrebbe ispirata da una precedente pronuncia di merito, che, per la prima volta, si è posta in consapevole contrasto con l'indirizzo consolidato in materia: Trib. Torino, ord. 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 803 e ss., con nota di OBERTO, su cui si tornerà infra nel prossimo capitolo.

<sup>43</sup> Corsivo di OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 812; sostengono una interpretazione restrittiva dell'art. 160 cod. civ. anche CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 398; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. Civ.*, 1996, I, 699 e ss., nonostante l'Autore affermi la nullità degli accordi preventivi di divorzio.

<sup>44</sup> V. per tutti OBERTO, *op. ult. cit.*, 330-332. Per una trattazione più diffusa, v. ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, 66 e ss.; ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, 1306 e ss.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. Fam. pers.*, 2003, 535 e ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, 2010, 3 e ss., 49 e ss.; MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, 2002, *passim*.

<sup>45</sup> Il riferimento più compiuto e puntuale è quello alla cd. clausola alsaziana (*clause alsacienne*), con la quale gli sposi che optano, in Francia, per il regime di comunione universale, possono stabilire che, in caso di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione: soluzione che incontra da tempo i favori della dottrina (BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, 2009, 267; SIMLER, *La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil*, in *Jurisclasseur édition Notariale*, 2005, 1265; nella dottrina italiana, v. i riferimenti in OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, I, 2010, 386, nota 171; II, 2010, 1671, nota 198) e della giurisprudenza francesi (Court de Cass., 1ère ch. civ., 17 novembre 2010, n. 09-68292; Court de Cass., 1ère ch. civ., 17 janvier 2006), ed è avallata anche dal legislatore della riforma francese del 23 giugno 2006 sulle successioni e liberalità, in vigore dal 1° gennaio 2007, che ha introdotto un terzo comma all'art. 265 del *code civil*, a mente del quale "si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu' ils auront apportés à la communauté".

<sup>46</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, 1999; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Dir. Fam.*, 2012, 1, 69 e ss.; ID., *Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 217 e ss.; FERRANDO,

una per una, da una recente pronuncia di merito<sup>47</sup>, apprezzata per l'anticonformismo e per la dichiarata intenzione di innovare una giurisprudenza di legittimità tanto permissiva in fatto di accordi sulla separazione (entro i limiti del diritto agli alimenti e, in generale, dei diritti indisponibili<sup>48</sup>), quanto rigida sul fronte degli accordi in *contemplation of divorce*<sup>49</sup>.

Ma, come già si è avuto modo di chiarire supra, cap par. , la sentenza aggira l'ostacolo senza affrontarlo, e l'ostacolo è l'indisponibilità del diritto alla revisione dell'accordo preventivo sull'assegno di mantenimento, la cd. clausola *rebus sic stantibus*.

L'art. 9 l. div. stabilisce, al comma primo, che "qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, in camera di consiglio e, per i provvedimenti relativi ai figli, con la partecipazione del pubblico ministero, può, su istanza di parte, disporre la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere ai sensi degli articoli 5 e 6".

Ci si deve allora domandare, alla luce di questa norma, come possa essere coercibile

---

*Diritto di famiglia*, 2012, 236-237; CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi matrimoniale*, in *Fam. e dir.*, 2000, 430 e ss.; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, 1996, 64; COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 105 e ss.; NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 282; *contra*, BIANCA, *Diritto civile*, 5, vol. 2.1, *La famiglia*, 2014, 231, che a propria volta ribadisce la nullità assoluta anche degli accordi diretti a regolare gli effetti patrimoniali della separazione posti in essere al tempo del matrimonio, o comunque prima che si sia manifestata la causa della separazione ("l'intollerabilità della convivenza"); AULETTA, *Diritto di famiglia*, 2011, 255, e ID., *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2001, 45 e ss. che ritiene invalidi gli accordi stipulati in vista della crisi, che privino il coniuge bisognoso del diritto al sostentamento, nella misura degli alimenti o del mantenimento, in misura totale o parziale (come quando, ad esempio, stabiliscano l'immodificabilità dell'importo dell'assegno), oppure che finiscano con incidere sulla libertà di aprire la crisi o di determinarne gli effetti; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 695 e ss.

<sup>47</sup> Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2012, 803 e ss., con nota di OBERTO.

<sup>48</sup> Cass. civ., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922.

<sup>49</sup> Cass. Civ., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1553 e ss., con nota di TRABUCCHI; Cass. Civ., 5 dicembre 1981, n. 6461, in *Italggiure Web*, Rv. 468084; Cass. Civ., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1306 e ss., con nota di OBERTO; Cass. Civ., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1694 e ss.; Cass. Civ., 2 luglio 1990, n. 6773, in *Italggiure Web* (Rv 468084), sino ai tempi più recenti (Cass. Civ., 25 gennaio 2012, n. 1084, in *Dir. e giust. on line*, 27 gennaio 2012, con nota di PALEARI; Cass. Civ., 9 ottobre 2003, n. 15604, in *Italggiure Web* (Rv 569286); Cass. Civ., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, 344 e ss, con nota di PICCALUGA; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr giur.*, 2000, 1021, con nota di BALESTRA.

l'impegno, assunto da un coniuge, anche un giorno prima (ma verosimilmente, diversi mesi, se non anni, prima), in un accordo cd. preventivo, qualora questi sia in grado di provare che le condizioni sulle quali si fondava quell'accordo sono mutate e venute meno.

È del tutto evidente che le statuizioni in parola hanno ad oggetto vicende mutevoli, destinate ad evolversi nel tempo e, per questo, sono per loro natura contenute in provvedimenti la cui validità è *rebus sic stantibus*. Sono accordi sempre e comunque (almeno in teoria) legati allo stato degli atti, attesa la loro funzione di bilanciamento e riequilibrio degli interessi contrapposti degli ex coniugi, con conseguente possibilità di una loro revisione "in qualsiasi tempo" (limite eccessivo, sul quale è auspicabile che il legislatore intervenga: se non è giusto cancellare la solidarietà post-coniugale con un colpo di spugna, non è nemmeno corretto attribuirle valenza vitalizia), per effetto del mutamento delle condizioni economiche delle parti, e senza che il coniuge resistente possa efficacemente opporre alla controparte *l'exceptio iudicati*. E neppure vale l'obiezione che la revisione non è possibile nel caso di assegno *una tantum* o suo equivalente, perché anche tale corresponsione è soggetta al controllo di equità del giudice ai sensi dell'art. 5 l. div..

Certo, la giurisprudenza<sup>50</sup> ha opportunamente chiarito che non è sufficiente un mero "mutamento" delle condizioni economiche patrimoniali del coniuge assistito, per giustificare una variazione del *quantum* spettante, ma occorre che dal mutamento derivino modifiche sostanziali delle condizioni dell'assistito, rispetto a quelle già valutate dal giudice all'atto della pronuncia di divorzio.

Alla luce di quanto esposto, si ritiene<sup>51</sup> che il notaio, o il professionista di parte, incaricati della stipula di accordi in *contemplation of divorce*, debbano premurarsi di avvertire le parti (magari proprio inserendo, nel corpo dell'accordo, l'esplicito riferimento all'art. 9 l. div.) che un simile accordo, allo stato della legislazione, "nasce instabile", potendo al più rappresentare per il giudice un indizio, un parametro sussidiario, una traccia; ma giammai, nell'attuale quadro normativo, un accordo in grado di dirimere il

---

<sup>50</sup> Cass. Civ., 16 dicembre 2004, n. 23359, in *Guida al Dir.*, 2005, 5, 38.

<sup>51</sup> Come fa PETRAGLIA, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2015, 298-299.



conflitto in modo “tombale”, come ritengono la dottrina prevalente<sup>52</sup> e il Tribunale di Torino.

In definitiva, quello che resta all'interprete, *rebus sic stantibus*, è solo la possibilità di ricevere accordi (contratti) con i quali i coniugi, o i futuri tali, senza mai regolare il complesso dei rapporti patrimoniali dipendenti dall'ipotetico divorzio, e dunque senza mai contemplare il contenuto “necessario” dell'accordo di divorzio (assegno di mantenimento, assegnazione casa coniugale, affidamento dei figli, etc.) convengano invece, utilizzando le regole di diritto comune, obbligazioni con causa propria, accordi nei quali la crisi del consorzio coniugale e il divorzio giochino il ruolo dell'evento condizionale, sospensivo o risolutivo della loro efficacia.

Chiunque, e soprattutto il notaio, una volta di più, dovrà assumere un atteggiamento prudente, evitando risposte semplici ed, ad oggi, a rischio di nullità.

Negli Stati Uniti, terra d'origine dei fin qui discussi *prenuptial agreements*, è stato emanato, nel 1983, l'Uniform Premarital Agreement Act (Upaa), adottato da ventisette Stati; ulteriore motivo per ritenere che l'ammissibilità e i limiti degli accordi in vista della separazione e del divorzio, seppur auspicabile per tutti i motivi accennati, deve essere supportata dall'introduzione di una disciplina normativa ben articolata ed armonica, e non deve derivare da forzature del sistema, che, nonostante talune applicazioni giurisprudenziali eccessivamente radicali, continua ad avere come obbiettivo la tutela costituzionale dell'unità familiare, anche quando due soggetti decidano di separarsi.

A corollario di quanto sostenuto al paragrafo precedente di questo capitolo, l'affermazione del principio di autodeterminazione in vista del divorzio non può prescindere dall'auspicabile contemperamento tra solidarietà post-coniugale e principio di autosufficienza, tale da ridefinire il tempo (alcuni anni dalla data del divorzio), le modalità (non più obbligo di mantenimento, ma obbligo alimentare e “di reinserimento”) e le finalità della solidarietà post-coniugale (consentire al più debole tra gli ex coniugi in grado di ricominciare una nuova vita in pari condizioni rispetto a quelle godute prima del

---

<sup>52</sup> OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, nota a Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 8-9, 2012, 816.

matrimonio), della quale l'assegno di mantenimento è espressione.

## 2. Unioni civili, convivenze, contratto di convivenza: politica del diritto cercasi.

### 2.1 Comunque la si veda, la legge discrimina sulla base dell'orientamento sessuale.

Come si è già affermato nel corso della trattazione, l'impressione che desta la lettura complessiva della l. 76/2016, è che il legislatore si sia fatto prendere dalla fretta di "portare a casa il risultato", senza meditare troppo sugli aspetti, pratici e meno pratici, della norma.

Sembra un paradosso: una legge attesa così a lungo, con così tanti tentativi falliti alle spalle, sulla quale si usa(va) dire, anche nella letteratura giuridica, che l'ordinamento italiano avesse accumulato un "ritardo inaccettabile" rispetto al resto del mondo occidentale, avrebbe avuto bisogno di un ulteriore supplemento di riflessione. È la ferma opinione di chi scrive; non perché gli italiani non fossero pronti: al contrario, si vive in un tempo in cui è notevolmente accresciuta la sensibilità civica sia rispetto alla convivenza fuori dal matrimonio, sia rispetto alla questione omosessuale: entrambi temi, fatta qualche eccezione priva di importanza (ed eccettuate le rivendicazioni più forti da parte della comunità omosessuale organizzata: il riferimento è ovviamente al matrimonio omosessuale<sup>53</sup>, sul quale è invece dato rinvenire ancora più di una resistenza culturale, non dettata da forme di razzismo implicito ed esplicito, ma dalla fisiologica resistenza opposta da una tradizione millenaria al suo superamento), sono entrati nella normalità del costume italiano, e non sono più motivo di scandalo, o anche solo di imbarazzo sociale. E col passare del tempo, anche i residui spigoli saranno smussati.

Quindi, nell'anno Domini 2016, gli italiani erano pronti per una legge sulle convivenze, eterosessuali ed omosessuali; il legislatore italiano, a giudicare dal risultato,

---

<sup>53</sup> È notorio che autorevoli associazioni rappresentative della comunità omosessuale abbiano da sempre giudicato le leggi sulle unioni civili e sulle convivenze come ad un falso obiettivo, o, nel migliore dei casi, come una tappa intermedia, lungo la strada che porta al cd. matrimonio egualitario, laddove questo obiettivo sia ad essi precluso. In questo senso, v. da ultimo, Comunicato stampa Arcigay, Bologna, 13 ottobre 2016, ove si legge che "il vero traguardo è sempre stato e resta ancora la piena uguaglianza e questa battaglia resta ancora da vincere".

no. Come si è avuto modo di dire nel corso della trattazione, i decenni trascorsi dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 (che, come sottolineato da autorevole dottrina<sup>54</sup>, aveva, in buona sostanza, ignorato la convivenza) ad oggi sono stati sprecati in discussioni fine a sé stesse, vuote petizioni di principio: non si è cercato mai il “minimo comune denominatore<sup>55</sup>” tra tutte le opinioni, nonostante la dottrina e la giurisprudenza di legittimità avessero, come pure si è visto, fatto una preziosa opera ricostruttiva del fondamento costituzionale della convivenza, e della sua importanza nella vita sociale del Paese.

È così accaduto che il ritardo, oltre che colpa, è divenuto una scusante per approvare in fretta e furia (al fine, probabilmente, di consentire al Consiglio dei Ministri allora in carica, di conseguire un po' di quell'approvazione di cui era disperatamente in cerca, intestandosi meriti non propri: la legge era di iniziativa parlamentare) un testo di legge delle cui storture tecniche si è già dato conto: ne sarebbe bastata verosimilmente la metà, per poter parlare di una pessima legge. Ma quel che qui si vuole sottolineare non è tanto la pochezza e l'incongruenza tecnica e applicativa della norma, quanto la sua mancata rispondenza a un disegno di politica del diritto, quel minimo comune denominatore cui si faceva riferimento poc'anzi. In questo, si sostiene, il legislatore ha peccato di presunzione, omettendo di interrogarsi sul fine del suo intervento, sui propri limiti, sulle modalità con cui incidere nella vita dell'ordinamento.

E così, in primo luogo, la legge propone una inconcepibile discriminazione basata sull'orientamento sessuale, comunque la si osservi.

Se la si osserva con gli occhi ferventi dei sostenitori dei diritti degli omosessuali, l'unione civile omosessuale è solo l'ultimo diniego del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>56</sup>, sia pur remunerata dalla graziosa concessione di buona parte dei

---

<sup>54</sup> DOGLIOTTI, *Per un riconoscimento effettivo della famiglia di fatto. Spunti per una discussione*, in *Giur. It.*, 1980, IV, coll. 161-162; più recentemente, LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, III, 2006, 2419 e ss.; RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 752 e 762 e ss..

<sup>55</sup> Auspicato da GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1981, 150, il quale indicava la necessità di uscire da schemi individuali.

<sup>56</sup> Si cita all'uopo la recente Cass. Civ., 15 marzo 2012, n. 4184, su *www.altalex.com* con nota di MARANI, e su *www.giurcost.org*, ove si afferma che “il diritto di contrarre matrimonio è diritto fondamentale – in quanto

diritti derivanti dal matrimonio. Non è solo una questione di *nomina iuris*: all'unione civile è negata la dignità sociale di famiglia, dato che la legge le attribuisce “solo” il rango di formazione sociale specifica<sup>57</sup>. Inoltre, gli uniti civilmente non hanno accesso all'adozione congiunta di minori, nazionale o internazionale, né sono vincolati alla reciproca fedeltà<sup>58</sup>.

La Corte costituzionale<sup>59</sup> e la Corte di cassazione<sup>60</sup>, pur non negando l'astratta estensibilità del diritto al matrimonio alle coppie omosessuali, hanno ribadito che la questione esula dalle attribuzioni del potere giudiziario: spetta perciò al legislatore ordinario la scelta di estendere il matrimonio in senso egualitario.

---

derivante dagli artt. 2 e 29 Cost., ed espressamente riconosciuto, come più volte rilevato, dall'art. 16, paragrafo 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, dall'art. 12 della CEDU del 1950, dall'art. 23, paragrafo 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000-2007 – , esso spetta 'ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani', cioè alla persona in quanto tale (cfr., *ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenze nn. 105 del 2001, 249 del 2010, 245 del 2011). Il riconoscimento di tale diritto fondamentale comporta necessariamente non soltanto l'appartenenza di esso al patrimonio giuridico costitutivo e irretrattabile del singolo individuo quale persona umana, ma anche la effettiva possibilità del singolo individuo di farlo valere *erga omnes* e di realizzarlo, nel che consiste la 'garanzia' del suo 'riconoscimento', secondo l'inscindibile binomio contenuto nell'art. 2 Cost.”.

<sup>57</sup> Significativamente la l. 76/2016 omette di richiamare gli artt. 143 e 144 cod. civ., il cui contenuto viene riprodotto nel comma 11 della l. 76/2016, non senza aver operato la cancellazione della parola famiglia: mentre i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire “ai bisogni della famiglia”, entrambe le parti dell'unione civile sono tenute a contribuire “ai bisogni comuni”. Allo stesso modo, mentre i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano “la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa”, le parti dell'unione civile concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano “la residenza comune”. L'operazione si rivela tanto più ideologica in quanto al disattento compilatore è sfuggito che nel testo è rimasto l'inciso “vita familiare”.

<sup>58</sup> Obbligo di fedeltà da intendersi, come è ovvio, nel significato evoluto e costituzionalmente orientato attribuitogli dalla costante giurisprudenza di legittimità: non obbligo di non tradire fisicamente il coniuge, ma obbligo a tener vivo il rapporto di dedizione fisica e spirituale e reciproca fiducia sancito col consenso matrimoniale; tale che, seguendo questo criterio, provoca violazione dell'obbligo di fedeltà, con conseguente addebito della separazione, anche la relazione del coniuge con estranei che sebbene non sfoci in un vero e proprio adulterio, sia comunque idonea, per le modalità con cui è condotta in concreto, ad offendere la dignità e l'onore del coniuge tardito (cfr. Cass. Civ., 12 aprile 2013, n. 8929, in *Foro it.*, 2013, I, 1878, e su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di MAZZOTTA). Alla luce di tale interpretazione dell'obbligo di fedeltà, apprezzato in quanto non incentrato sulla mera sessualità, ma su un ventaglio di valori civili e sociali di indubitata rilevanza, è doveroso domandarsi quale bene giuridico abbia inteso tutelare il legislatore “dispensando” gli uniti civilmente da questo obbligo. La sensazione è che il legislatore, ignorando il significato contemporaneo dell'obbligo, abbia assecondato un pregiudizio ideologico, gravando *ex lege* gli uniti civilmente dello stigma dell'incapacità di darsi dignità nella conduzione di un rapporto.

<sup>59</sup> Corte Cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1367, con nota di DAL CANTO, e su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e su [www.altalex.com](http://www.altalex.com) con nota di D'ANGELO.

<sup>60</sup> Da ultimo, Cass. civ., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. Giur.*, 2015, 909, e su [dirittocivilecontemporaneo.com](http://dirittocivilecontemporaneo.com).

Se invece la si osserva con distacco, e al riparo da implicazioni ideologiche di stampo progressista, si nota che nella stessa si offre ai conviventi omosessuali la scelta tra una unione “semi-rigida” (l'unione civile) e una “flessibile” (la convivenza registrata, o contrattualizzata, o come la si vuol chiamare), e ai conviventi eterosessuali, la scelta tra un'unione “rigida” (il matrimonio) e una unione “flessibile” (la convivenza registrata o contrattualizzata, o come la si vuol chiamare). E la domanda da porsi, a questo punto, è: perché?

Il legislatore ha avuto (e sprecato) il tempo di interrogarsi e interrogare la coscienza degli italiani: il matrimonio può essere “di tutti”, come va affermandosi in giro per il mondo giuridico, o, come è stato per gran parte della sua storia millenaria, è naturalmente destinato a unire un uomo e una donna? La risposta “giusta” a questa domanda non esiste, in quanto si tratta, evidentemente, di una scelta, e di scegliere: o dire “sì”, il matrimonio è di tutti, ed estenderlo oltre i limiti della sua storia millenaria, a mezzo, si badi, di una normale legge ordinaria, del pari a quella con il quale avrebbe potuto, in parallelo, disciplinare la convivenza (a quel punto, “sgravata” dalla convivenza omosessuale). Oppure, come forse sarebbe stato più prudente, rispondere “no, il matrimonio non è (ancora?) per tutti”, e proseguire fermamente lungo ed entro i limiti di quella stessa storia millenaria, e, contemporaneamente, disciplinare in un'unica legge, *la convivenza*, nella sua accezione più estesa, senza distinzioni odiose, e prima fra tutte, quella basata sull'orientamento sessuale<sup>61</sup>.

Del resto, in quegli ordinamenti in cui si è distinto sulla base dell'orientamento

---

<sup>61</sup> È l'opinione autorevolmente sostenuta da TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, in *www.juscivile.it*, 2016, 5, e che si condivide totalmente: l'Autore ritiene che sarebbe stata la migliore scelta il varo di una norma un'unica ed unitaria disciplina delle formazioni sociali familiari o parafamiliari (diverse da quella fondata sul matrimonio) prevedendo per tutte le coppie non sposate, di sesso diverso o dello stesso sesso, anche se ancora non conviventi, il diritto di costituire una unione civile registrata, con un nucleo di disposizioni inderogabili sulle prerogative fondamentali spettanti alla coppia e ai singoli componenti, nella logica anche della tutela della parte più debole, ed una adeguata discrezionalità per i contraenti di regolare nel modo più confacente alle loro esigenze la loro vita in comune. Della stessa opinione anche QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in *giustiziacivile.com*, 2016, 930 e ss.; MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *giustiziacivile.com*, 23 giugno 2016.

sessuale<sup>62</sup>, il legislatore è stato più volte chiamato a rimettere mano agli istituti in questione, talvolta su impulso delle rispettive Corti Costituzionali<sup>63</sup>, della Corte di giustizia dell'unione europea<sup>64</sup>, addirittura della Corte di Strasburgo<sup>65</sup>: a riprova del fatto che assumere posizioni ibride e sibilline porta comunque a risultati inaccettabili dal punto di vista della parità dei diritti.

## 2.2 Dagli alla separazione!

Il testo originario del disegno di l. 76/2016 conteneva un richiamo compiuto e lineare (quanto meno nella formula) alla disciplina tanto della separazione quanto del divorzio. Nelle intenzioni originarie dei *conditores*, le parti dell'unione civile, per porre fine alla stessa, avrebbero pertanto dovuto, al pari dei coniugi, passare dalla necessaria anticamera della separazione per addivenire al definitivo scioglimento del rapporto.

Il testo definitivo ha invece mutato significativamente prospettiva rispetto alla disciplina del matrimonio. Il legislatore ha invero previsto (comma 23) che, oltre che nelle ipotesi di morte e dichiarazione di morte presunta (comma 22), lo scioglimento dell'unione civile ha luogo ai sensi dell'art. 3 l. div., richiamato non già nella sua interezza, quanto nei soli casi di cui ai nn. 1 e 2, lett. a), c), d), ed e). Rimane quindi esclusa (oltre alla lett. f) relativa all'inconsumazione, e alla lett. g) sulla rettificazione di sesso, quest'ultima pure presa *expressis verbis* in considerazione e disciplinata dal comma 26), l'ipotesi della separazione (art. 3, comma 3, lett. b, l. div.), a conferma che il venir meno dell'unione non presuppone

---

<sup>62</sup> Primo fra tutti, l'ordinamento tedesco (assunto, in maniera certamente acritica, a modello da una parte dello schieramento politico), che ha varato la *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG) nel febbraio 2001, nonché l'ordinamento austriaco, che ha introdotto la *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz* (EPG) nel dicembre 2009.

<sup>63</sup> Quanto alla LpartG, v. le sentenze della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) 7 maggio 2013, 2 BvR 1981/06 (ove si dichiarano incostituzionali le disposizioni della legge sull'imposta sul reddito che non concedevano ai partner le stesse agevolazioni dei coniugi), 21 luglio 2010, 1 BvR 2464/07 (ove si dichiara incostituzionalità del peggiore trattamento dei *Lebenspartners* ai fini dell'imposta di successione), 19 febbraio 2013 BvL 1/11 (ove si dichiara incostituzionale il divieto di adottare il figlio adottivo del partner, *Sukzessivadoption*), 7 luglio 2009 n 1 BvR 1164/07 (in materia di discriminazione sulla pensione di reversibilità) tutte su [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de). Quanto alla EPG, v. le sentenze del *Verfassungsgerichtshof*, 10 dicembre 2013, G16/13; 19 giugno 2013, G18/13, tutte su [www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at).

<sup>64</sup> C. Giust. Com. Eur., 10 maggio 2011, *Römer c. Germania*, C-147/08, sulla retroattività della convivenza rispetto alla stessa LPartG ai fini del calcolo della pensione; C. Giust. Com. Eur., 1 aprile 2008, *Maruko c. Germania*, C-267/06.

<sup>65</sup> Corte EDU, 19 febbraio 2013, *X e al c. Austria*, ric. 19010/07.

alcuno *step* intermedio.

Con riferimento alle modalità concrete in cui lo scioglimento dell'unione civile può avere luogo, ferme restando alcune necessarie condizioni, delle quali si dirà appresso, la legge individua sostanzialmente quattro differenti tipologie. Si legge infatti (comma 25) che "si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma, e dal quinto al l'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12-quater, 12-quinquies e 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162".

In questo modo il legislatore ricorda che lo scioglimento dell'unione civile può avvenire, al pari del divorzio, alternativamente in via giudiziale e contenziosa (art. 4 l. div.), sempre avanti al tribunale ma su domanda congiunta (art. 4, comma 16, l. div.), attraverso un accordo di negoziazione assistita per il tramite di avvocati (art. 6, l. n. 162/2014), o ancora con dichiarazione diretta avanti al Sindaco (art. 12, l. n. 162/2014).

Come abbiamo appena visto, nel testo definitivamente approvato della legge non è stato tuttavia soppresso ogni riferimento alle norme previste per la separazione personale dei coniugi. Il richiamo, sia pure mitigato dalla clausola di compatibilità (ma in ciò non diversamente da quanto avviene per il rinvio alle norme sul divorzio e alle norme in tema di negoziazione assistita e di procedimento di retto avanti al Sindaco), alle disposizioni del "Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile" (Dei procedimenti in materia di famiglia e distato delle persone) potrebbe pertanto, a una prima lettura, ingenerare dubbi per quanto riguarda il possibile perdurante impianto, in tutto o in parte, anche dell'istituto della separazione. L'opinione prevalente<sup>66</sup> nega tale ipotesi, evidenziando come il legislatore abbia inteso riferirsi esplicitamente e direttamente al solo scioglimento dell'unione civile, strutturandolo ai sensi dell'art. 3 l. div.. Nell'utilizzare il termine "scioglimento" il legislatore chiaramente intendere che la volontà delle parti è ad un tempo presupposto e condizione del definitivo venir meno dell'unione, senza che possa in

---

<sup>66</sup> DANOVÌ, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 998.

contrario immaginarsi un regime provvisorio come è quello della separazione, caratterizzato dall'allentamento degli effetti del vincolo.

Né pare valere in senso contrario il richiamo (con la clausola di compatibilità) alle sole norme processuali della separazione. In questo contesto, la tecnica normativa lascia davvero molto a desiderare, perché il riferimento in questione effettivamente non si spiega<sup>67</sup> se non immaginando che lo stesso debba valere non già per le norme generali dell'*iter* processuale della separazione (che pure di fatto ricalcano pressoché integralmente quelle del divorzio), bensì per le singole disposizioni previste nella disciplina del codice di rito della separazione, ma pacificamente applicabili (in forza di richiami e rinvii, o per identità di *ratio*) anche al divorzio: la dottrina prevalente<sup>68</sup> fa riferimento è agli artt. 706, 709 *ter* e 708, comma quarto c.p.c. sul reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, che dovrà quindi poter essere esperito anche nei confronti dei provvedimenti provvisori assunti dal presidente tra gli uniti civilmente<sup>69</sup>, nelle limitate ipotesi in cui le parti dell'unione civile siano anche genitori (in forza di un provvedimento straniero riconosciuto nel nostro ordinamento<sup>70</sup>, ovvero di una sentenza che abbia dichiarato l'adozione del figlio del partner ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. 4 maggio 1983, n. 184<sup>71</sup>). Al

<sup>67</sup> FIGONE, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di Blasi, Campione, Figone, Mecenate ed Oberto, 2016, 263, ritiene che il richiamo sia frutto di una svista dovuta alle modifiche apportate all'impianto originario della norma in fase di approvazione della stessa.

<sup>68</sup> DANOVI, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 998.

<sup>69</sup> DANOVI, op. loc. ult. cit.; TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 998, 991; SIMEONE, *Lo scioglimento dell'unione civile: il legislatore furioso ha fatto le norme cieche*, in *ilfamiliarista.it*.

<sup>70</sup> Come ad esempio una sentenza di adozione pronunciata all'estero e riconosciuta in Italia (v. RAGNI, *Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio del partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane*, in *genIUS*, 2015, 2, 14 ss.) o l'atto di nascita formato all'estero indicante due genitori dello stesso sesso trascritto nel registro di stato civile italiano (v. App. Torino, decr. 29 ottobre 2014, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, 5, 241 ss., con nota di PALMIERI, secondo cui nel caso di minore nato all'estero, da coppia omosessuale, in seguito alla fecondazione medicalmente assistita eterologa con l'impianto di gameti da una donna all'altra, l'atto di nascita del neonato può essere trascritto in Italia poiché, nel caso in questione, non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un minore cresciuto da due soggetti di egual sesso).

<sup>71</sup> Così, da ultimo, Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Dir. e giust.*, 2016, 29, 61 e ss., con nota di FIGONE; già in passato la giurisprudenza di merito aveva ritenuto che l'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d) della l. 4 maggio 1983, n. 184, potesse trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra



contrario, si ritengono in dottrina<sup>72</sup> non applicabili ulteriori norme processuali specifiche e proprie della sola separazione, come l'art. 711 c.p.c. sul procedimento di separazione consensuale, e l'art. 710 c.p.c..

Per quanto si è detto, dunque, la crisi dell'unione civile trova nello scioglimento diretto la sua naturale definizione. Il relativo *iter* non è tuttavia immediato, ma presuppone un articolato doppio passaggio. La l. 76/2016, al comma 24, stabilisce infatti che "l'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione".

L'impostazione prescelta dal legislatore vede dunque necessaria dapprima una manifestazione di volontà, anche disgiunta, resa di fronte all'ufficiale dello stato civile, e successivamente l'attesa del lasso temporale di tre mesi per la proposizione della domanda di scioglimento dell'unione civile avanti al tribunale.

Ci si domanda quale sia la funzione di tale *spatium* di tre mesi: la dottrina prevalente<sup>73</sup> ritiene che debba intendersi un mero retaggio dell'originario progetto, che prevedeva effettivamente l'applicazione agli uniti civilmente della separazione, ma che per esigenze di uniformità di trattamento tra uniti civilmente e coniugi, può considerarsi analogo alla separazione, cioè volto a consentire alle parti un *surplus* di riflessione per avere una chiara e conclusiva idea su quello che sarà l'epilogo della storia<sup>74</sup>.

Ora, fermo restando che il legislatore ha recentemente ritenuto di abbreviare il

---

figura genitoriale sociale, anche dello stesso sesso (in questo senso, App. Torino 27 maggio 2016; Trib. min. Roma 30 luglio 2014, in *Fam. e dir.*, 2015, 5, 580 e ss., con nota di RUO; Trib. min. Torino 11 settembre 2015, nn. 258 e 259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, 209 e ss. con nota critica di NOCCO.

<sup>72</sup> DANOVI, *op. ult. cit.*, 999; TOMMASEO, *op. loc. ult. cit.*; SIMEONE, *op. loc. ult. cit.*.

<sup>73</sup> FIGONE, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di Blasi, Campione, Figone, Mecenate ed Oberto, 2016, 269; DANOVI, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 999.

<sup>74</sup> Dal che DANOVI, *op. loc. Ult. cit.* trae la conseguenza che a tale *spatium* non dovrebbe potersi rinunciare nemmeno ove le parti fossero entrambe già d'accordo non soltanto sullo scioglimento dell'unione civile, ma anche sulle condizioni con le quali regolamentarlo, e intendessero sfruttare la possibilità della negoziazione assistita tramite avvocati o di accordo diretto avanti al Sindaco, ed il termine di tre mesi apparisse inutilmente vincolante.

protrarsi di questo *spatium* di riflessione e di “raffreddamento” anche per i coniugi divorzianti (assecondando alla forza vincolante della scelta matrimoniale l'ennesimo colpo basso), passato da tre anni a dodici mesi (addirittura da dodici a sei mesi nel caso di domanda congiunta), ci si domanda, in primo luogo, quale sia il senso di un termine così breve, troppo breve per costituire un periodo di ripensamento, troppo lungo per essere disposto in favore dei pubblici uffici competenti, affinché curino i relativi adempimenti. In secondo luogo, se se ne assume la funzione di surrogato del periodo di separazione, per quale motivo lo stesso sia differente, e più breve, per gli uniti civilmente.

A essere buoni, si deve ritenere che il termine sia davvero un refuso, e che vada dunque ignorato: ciò lascerebbe intatta il differente trattamento tra coniugi ed uniti civilmente: differente trattamento che non sconcerterebbe, se non fosse che esso appare del tutto immotivato.

Ma a voler pensar male, si ha l'impressione è che il legislatore abbia recepito il sentimento di fastidio, serpeggiante nella società, per il periodo di separazione, reputato come un odioso ostacolo tra una vecchia vita che si vuole chiudere, e la “nuova” vita; ora, se certo il legislatore deve farsi interprete del volere collettivo, egli non dovrebbe comunque dimenticare la propria funzione, e dimenticare la *best practice* della separazione: la diluizione nel tempo della distruzione di un nucleo familiare, la conservazione, fosse anche indotta, dei rapporti familiari, la deterrenza per chiunque ritenesse di poter assumere impegni di vita nei confronti di una persona, salvo poi rinnegarli al primo chiaro di luna. Visto così, il termine trimestrale pare essere l'ennesima “foglia di fico” di un legislatore che non ha voluto prendere una posizione netta, o confermando un istituto di chiaro stampo conservatore, o rottamandolo del tutto.

Come in occasione delle conclusioni sulla solidarietà post-coniugale, si ritiene che sarebbe stato necessario, o quanto meno opportuno, un contemperamento tra il rispetto degli impegni assunti nei confronti di altri soggetti, che su quell'impegno hanno fatto affidamento, e il diritto di ciascuno a una “nuova vita”: un contemperamento che, si ritiene, non abbia nulla a che vedere con la disposizione in commento, la quale, come se non bastasse, crea una immotivata asimmetria basata esclusivamente sull'orientamento

sessuale della coppia in crisi.

### 2.3 L'ingiustificata esclusione delle cc.dd. unioni di mutuo aiuto.

La totalità dei commentatori della l. 76/2016 ha concordato che il legislatore, nel fare riferimento ai “legami affettivi di coppia”, abbia voluto riferirsi alla sola convivenza caratterizzata dal *mos uxorius*, il modo di vivere come coniugi. La formula utilizzata ha per certo inteso superare l'espressione latina, di connotazione neutrale, e infatti sostituita già in passato con l'espressione “famiglia di fatto”, connotata da una più percepibile positività. Ragioni odiosamente ideologiche hanno però imposto di bandire dal testo legislativo la parola “famiglia”, quasi fosse un sacrilegio utilizzarla al di fuori del libro I del codice civile, e ad onta di quella dottrina e di quella giurisprudenza che per decenni avevano ricamato pagine di civiltà giuridica su quel concetto. Inoltre, un improvvisato perbenismo ha suggerito al legislatore il riferimento alla sessualità della convivenza, producendo la locuzione in parola.

Dato atto al legislatore che il rapporto di convivenza che più abbisognava di una legislazione era quello condotto *more uxorio*, in quanto più esposto alla conflittualità tipica della quotidianità e delle sue conseguenze, nonché quello in cui è naturale sopraggiunga la nascita di figli, da tenere al riparo dalle conseguenze morali e sociali di quella stessa conflittualità, non si comprende per quale motivazione il legislatore abbia escluso radicalmente le cc.dd. unioni di mutuo aiuto.

Si tratta di rapporti di convivenza slegati da qualsiasi intesa sessuale, ed anzi talvolta intrapresi tra persone legate da parentela o affinità (che l'attuale legge esclude radicalmente dal concetto di convivenza), le quali, per far fronte ai rigori dell'età e alla solitudine che caratterizza determinate fasi della vita, proprio come i conviventi *more uxorio*, eleggono una comune residenza e si prestano reciproca assistenza morale e materiale. Gli esempi più ovvi: due (o più) soggetti, anziani, che dividono la stessa abitazione e mettono insieme i rispettivi redditi per affrontare la vita; un soggetto anziano, bisognoso di cure ed assistenza, che convive con un soggetto più giovane, parente o non, privo di reddito e di abitazione, che gli presta gratuitamente le suddette cure; due (o più)

soggetti costretti per ragioni di lavoro a vivere lontano dai luoghi d'origine senza una imminente prospettiva di riavvicinarsi al proprio luogo d'origine.

Gli elementi comuni alle fattispecie elencate sono: a) la coabitazione; b) la messa in comune dei rispettivi redditi o di parte di essi (da intendersi in senso dinamico, e non in senso formale, mediante un vero e proprio “conferimento” in un fondo comune; c) la reciproca assistenza morale e materiale (tale che non rilevi ai fini della fattispecie la mera coabitazione); d) la tendenziale irreversibilità della convivenza (tale per cui non sarebbe una unione di mutuo aiuto la mera coabitazione di studenti universitari, stagisti, lavoratori a termine o a progetto: tutti casi in cui la convivenza dovrebbe intendersi come situazione incidentale, destinata a durare per il solo periodo permanenza in un determinato luogo); e) l'assenza di un rapporto contrattuale in forza del quale uno dei conviventi presti assistenza all'altro o ad altri conviventi (tale per cui non configurerebbe una unione di mutuo aiuto la convivenza tra un soggetto cd. “badante” e il soggetto che egli assiste a fronte di un compenso, fosse anche costituito, in tutto o in parte, dall'ospitalità nella dimora dell'assistito).

Non c'è dubbio che, mediante questi rapporti, i conviventi assolvano ad alcune funzioni di alta e meritevole valenza sociale ed economica: tutela della salute, della sicurezza, della dignità, della libertà, della ricchezza privata. Inoltre, una siffatta convivenza consente allo Stato un minore impegno sul fronte della spesa sociale, dato che i costi sull'assistenza alle persone “sole” viene ripartito così ripartito, almeno in parte, tra i privati.

L'ordinamento portoghese si è distinto, all'interno dell'Unione europea, per aver già dal 2001 previsto una legge sulla *economia comum*, contenuta nel testo di legge<sup>75</sup> “gemello” di quello recante la legislazione applicabile alla convivenza *more uxorio* rilevante<sup>76</sup>: si tratta di un sicuro punto di merito di quel legislatore, in grado di tenere insieme la convivenza per quello che è il suo tratto comune, quello della condivisione (dell'abitazione, dei carichi, delle “sfide” della vita), senza farsi influenzare da distinzioni discriminatorie, quali

---

<sup>75</sup> Lei n. 1 6/2001, de 11 de maio, adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum.

<sup>76</sup> Lei n. 7/2001, de 11 maio, adopta medidas de protecção das uniões de facto.

l'orientamento sessuale dei conviventi o la finalità della convivenza.

La definizione di *economia comun* (art. 2 della norma) è "la situazione di persone che vivano in comunione di vitto e alloggio da più di due anni ed abbiano stabilito un genere di vita in comune basato sull'assistenza reciproca o la ripartizione delle risorse". La legge si applica a nuclei di due o più persone purché una di queste sia maggiorenne. La legge attribuisce ai conviventi diritti al godimento di ferie, permessi e congedi familiari legati ad esigenze dei conviventi; il diritto di conservazione del posto di lavoro in occasione di trasferimenti riguardanti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni; l'applicazione di regime agevolato di imposte sul reddito; diritti di rappresentanza del proprietario della comune abitazione in tutti gli atti riguardanti l'amministrazione ordinaria; diritto di successione nel contratto di locazione avente ad oggetto la comune abitazione; diritto di abitazione nella casa comune, dopo la morte del convivente-proprietario, per il periodo di cinque anni, e diritto di prelazione in caso di vendita da parte degli eredi del convivente *de cuius* (salvo che questi non vi convivesse anche con propri discendenti o ascendenti, e salvo contraria disposizione testamentaria). Insomma, un telaio sul quale poter filare, prevedendo in aggiunta l'opponibilità di disposizioni sul regime degli acquisti, e ricollegando alla stipulazione del contratto di unione di mutuo aiuto, effetti pubblicistici quali (limitati) diritti successori ab intestato, diritti alimentari, successioni nei contratti con strutture mediche o finalizzati alla cura della persona

Davanti alle considerazioni sul valore sociale di questo genere di convivenze, e al modello pratico offerto dall'indagine comparatistica (indagine sensata: il Portogallo non presenta distanze culturali siderali con il nostro Paese), ci si chiede perché il legislatore non abbia pensato di includerle nella legge che reca la "disciplina le convivenze"; assolto dall'accusa di voler contenere quanto più possibile l'area di applicazione di trattamenti fiscali di favore, dato che la l. 76/2016, come si è visto, non si cura di disciplinare alcun effetto fiscale, non resta che concludere che il legislatore non si sia minimamente posto il problema. E in un periodo storico caratterizzato da un generale invecchiamento della popolazione nazionale, dalla crisi economica perdurante, dall'emergenza reddituale ed abitativa delle giovani generazioni, sempre più costrette ad abbandonare i familiari più

anziani per emigrare in altri Paesi, e da un costante allarme sociale, si tratta di una mancanza di rilevante gravità, alla quale si auspica possa porsi rimedio quanto prima, o per mano del legislatore stesso (sperando in un testo legislativo privo, se non di inesattezze, almeno di “orrori”), o per mano di una interpretazione estensiva della giurisprudenza, che adatti la definizione di “rapporto affettivo” anche a questo genere di rapporti, nei quali può senz'altro scorgersi una componente affettiva.

2.4 Una “formazione sociale ove si svolge la personalità degli individui (art. 2 Cost.)”, che “si fa carico di funzioni di rango costituzionale” meritava maggiore attenzione.

Come si è cercato di dare conto nella trattazione, la giurisprudenza e la dottrina italiane hanno speso fiumi e fiumi di inchiostro per attribuire alla convivenza, passo dopo passo, la dignità sociale e giuridica che oggi l'intera comunità, non solo scientifica, le riconosce. Non *inequale coniugium*, non concubinato, forse nemmeno più “famiglia di fatto”, ma semplicemente “famiglia<sup>77</sup>”, fondata non sul consenso matrimoniale, ma su un “non-atto fondativo”; o come ha sottolineato parte della dottrina, fondata su un consenso informale, reso non *una tantum*, ma confermato di giorno in giorno, frutto del voler essere più che del dover essere, che sarebbe invece tipico dell'affetto matrimoniale<sup>78</sup>.

Queste erano le premesse, e lo confermano le relazioni programmatiche che corredevano la totalità dei progetti di legge confluiti nel testo unificato convertito in legge: la convivenza, quando connotata dalla stabilità e tendenziale fermezza degli impegni informalmente assunti dai conviventi, rientra nell'ampio novero delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità degli individui ex art. 2 Cost.. Ed è proprio alla luce di

---

<sup>77</sup> In giurisprudenza, v. per tutte Cass. Civ. 24 marzo 1977 n. 1161, in *Giust. Civ.* 1977, I, 1190, con nota di MAZZOCCA: “L'unione di due conviventi avente il carattere della stabilità e della certezza rappresenta una vera e propria comunità familiare, dovendo qualificarsi non già come un mero rapporto affettivo e sessuale, di carattere cd. ancillare, bensì come una vera e propria comunanza spirituale ed economica”. In dottrina, v. per tutti PIETROBON, *Il matrimonio*, in *Jus*, 1974, 35-56; MARZANO, *Natura contrattualistica speciale del matrimonio riformato e regime delle nullità: aspetti pubblicistici e processuali*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1983, 738-754; MUCCICONI ALBI, *Matrimonio di fatto e pensiero giuridico*, 2002, 86; SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 153-195; FERRANDO, voce *Matrimonio civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. Civile, XI, 1994, 241; EAD., *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 1998, 185.

<sup>78</sup> RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori ed ipotesi sistematiche*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, 1976, 677.

tali, ribadite premesse, che si può affermare che la convivenza avrebbe meritato maggiore attenzione da parte del legislatore.

Può ragionevolmente giustificarsi la disparità di trattamento perpetrata dall'art. 230-ter cod. civ., rispetto a quanto disposto dall'art. 230-bis cod. civ.<sup>79</sup>? Sinceramente non si capisce perché la persona con la quale si è scelto di fondare una formazione sociale costituzionalmente rilevante sia stata trattata peggio di un affine di secondo grado.

Può ragionevolmente ritenersi che una formazione sociale ex art. 2 Cost. meritasse, quale sistema di pubblicità, le risultanze anagrafiche, le quali non hanno la stessa fede pubblica dei registri dello stato civile (cfr. art. 450 e ss. cod. civ.) in quanto configurano semplici presunzioni, superabili con prove contrarie?

E cosa dire del pasticcio, di cui si è dato conto, sul cd. testamento biologico, che, parafrasando autorevole dottrina, il legislatore ha “creato credendo di estenderlo<sup>80</sup>”?

Come visto, il legislatore non ha previsto nessun trattamento fiscale di favore per i conviventi, i quali perciò, relativamente alle imposte indirette, continueranno ad essere considerati due estranei; tale che il convivente stabile, col quale magari si è creata una famiglia con figli, scontrerà su quanto ricevuto a titolo gratuito l'aliquota massima dell'8%, più di quanto debba pagare un fratello, un parente fino al quarto grado (esclusi i parenti in linea retta), cui si applica l'aliquota del 6%<sup>81</sup>, e magari su beni che sono stati “suoi” per tutto il lungo periodo della vita trascorsa col convivente. Anche in questo caso, la convivenza meritava più attenzione.

---

<sup>79</sup> Si rammenta che l'art. 230-ter cod. civ. non opera una parificazione totale tra convivente e coniuge (o altro familiare), riconoscendo al primo solo il diritto ad una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, ma non anche il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia, il diritto a partecipare all'adozione delle decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché a quelle inerenti la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi e la cessazione dell'impresa (che a norma dell'art. 230-bis, comma secondo cod. civ. sono adottate a maggioranza da tutti i familiari che partecipano all'impresa), il diritto di prelazione in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda. Inoltre il diritto patrimoniale in oggetto è riconosciuto al convivente solo a fronte dell'opera prestata all'interno dell'impresa e non anche per l'attività di lavoro comunque prestata nella “famiglia”, come invece previsto per tutti gli altri familiari (coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado).

<sup>80</sup> CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, 6, 596 e ss.

<sup>81</sup> Cfr. tariffa allegata al D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni.

Ed ancora, è giustificata, date le premesse sulla rilevanza costituzionale della convivenza, l'esclusione di qualsiasi forma di chiamata del convivente alla successione *mortis causa* del partner premorto? Non si chiedeva certo l'introduzione del contratto successorio di diritto tedesco ed austriaco; ma prevedere una quota di spettanza sulla successione, sia legittima che necessaria, fosse anche inferiore a quella prevista per il coniuge, sarebbe stato coerente con le premesse di meritevolezza di tutela sulle quali si è licenziata la norma.

Fatte tutte queste domande, ci si rende conto, sbigottiti, che il legislatore del 2016 ha riservato un posto nell'ambito delle formazioni sociali rilevanti alla sola "unione civile" (comma 1), e non anche alla convivenza (comma 36), dalla cui definizione è espunto qualunque riferimento all'art. 2 Cost.. Non si tratta qui di disparità basata sull'orientamento sessuale, in quanto nemmeno la convivenza omosessuale, ove non sancita dall'unione civile, sconta la medesima squalifica. In sostanza, il legislatore rinnega sé stesso, nonché decenni di letteratura scientifica e sociale, con quella che non può liquidarsi come mera dimenticanza, dal momento che il legislatore stesso ha espressamente diviso la legge in due parti distinte (non si enumerano capi perché la norma consta di un solo articolo: si rinvia all'uopo al titolo del presente paragrafo...), entrambe introdotte con una norma definitoria, tale che quanto al comma primo e ss. non abbia, in teoria, nulla a che riguardare quanto al comma 36 e ss.. È facile prevedere che l'interprete non avrà nemmeno per un istante la tentazione di non considerare una mera convivenza, se stabile e certa, alla stregua di altro che non sia una formazione sociale ex art. 2 Cost.; ma lo svarione del legislatore resta, in tutta la sua gravità.

Il legislatore ha poi affrontato con leggerezza un'altra importante questione, quella relativa alla stabilità e certezza della convivenza: requisiti per la rilevanza ex art. 2 Cost. che già erano stati posti dalla costante giurisprudenza e dalla dottrina<sup>82</sup>. Nella pluridecennale vigilia della norma sulle convivenze, chiunque si sarebbe aspettato di vedere codificati ed espliciti i suddetti requisiti, benché la difficoltà insita in una loro

---

<sup>82</sup> In giurisprudenza, v. per tutte Cass. Civ. 24 marzo 1977 n. 1161, cit.; in dottrina, v. per tutti BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione, cessazione*, in *Fam. E dir.*, 2016, 10, 926.



definizione è stata palese da tempo, e continua ad animare dottrina<sup>83</sup> e giurisprudenza<sup>84</sup>; continua, perché, come poteva comprendersi dalla premessa, il legislatore si è accontentato di dedicare, a questo requisito centrale, un misero avverbio (comma 36: “(...) due persone maggiorenni unite 'stabilmente' da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale...”), senza null'altro specificare. E dire che gli spunti per prendere una posizione non mancavano: se le già citate dottrina e giurisprudenza risultavano astratte ed apodittiche nelle loro definizioni, si poteva prendere spunto dalla legislazione di settore<sup>85</sup> (ricostruendo così ex post, in questo frangente, quella organicità che al sistema, come si è visto, è mancata e continua a mancare nonostante l'introduzione della l. 76/2016), o dalla consolidata esperienza testata in ordinamenti culturalmente e geograficamente vicini al nostro<sup>86</sup>. Ma ancora una volta, il legislatore ha preferito non sporcarsi le mani, per cui, in assenza della dichiarazione anagrafica di cui al comma 37, resterà onere dei conviventi (o di uno di essi) provare la sussistenza della convivenza.

### 2.5 Una scelta di vita.

A furia di non prendere posizione su nessuno dei temi orbitanti attorno al concetto di convivenza, il legislatore ha finito per darne una definizione tale da ricomprendervi qualsiasi forma di relazione *more uxorio* connotata dalla stabilità del legame e dalla

---

<sup>83</sup> V. BUSNELLI – SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, 1993, I, VI, 760 e ss.; MAZZOCCA, *Prestazioni lavorative “affectionis vel benevolentiae causae” tra persone conviventi more uxorio*, in *Giust. Civ.* 1977, I, 1191; SGROI, *La famiglia di fatto*, in *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, a cura di Cassano, 2002, 275; IORIO, *Il disegno di legge sulle “Unioni Civili” e sulle “Convivenze di fatto”: appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 5, 1014; ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 343; LENTI, *La convivenza di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 933.

<sup>84</sup> Cass. Civ. 17 giugno 1995 n. 6866, in *Massimario della giustizia civile*, 1995, 6; Trib. Brescia, sez. II, sent. 10 aprile 2003, in *Famiglia e diritto*, 2003, 476; Cass. SS. UU. 17 luglio 2014, n. 16379, su *www.altalex.com*, con nota di VASSALLO, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 36, con nota di ROMA; Corte EDU, 7 novembre 2013, nn. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e altri c. Grecia*, su *www.echr.coe.int*.

<sup>85</sup> Art. 6, quarto comma, l. 4 maggio 1983, n. 184: “Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto”.

<sup>86</sup> Cfr. Art. 234-1 del *codigo civil de Catalunya*: “*Pareja estable. Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos; b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común; c) Si formalizan la relación en escritura pública.*”.

reciproca assistenza. Viene allora da chiedersi se la norma si applichi, per assurdo, anche a chi, in linea con la scelta originaria di non “pubblicizzare” la propria relazione, voglia viverla al di fuori delle regole, tutte le regole. Per cui, torna quella domanda che in molti, in dottrina<sup>87</sup>, si erano posti in tempi non sospetti quando, nel discutere di una possibile legislazione sulla convivenza, si erano domandati se avesse senso sottrarre i conviventi al proprio arbitrio, dettando una disciplina atta a responsabilizzarli<sup>88</sup>, se non addirittura a punirli<sup>89</sup>. Il rapporto di convivenza come delineato dalla L. 76/2016 è un rapporto di “fatto” che sussiste al solo verificarsi dei presupposti indicati dal comma 36, e (forse) non a caso i commi da 38 a 50 parlano di “conviventi di fatto” o di “convivenza di fatto”. Non servono particolari dichiarazioni da rendere innanzi all’Ufficiale dello Stato Civile (così come invece è previsto dal comma 2 per le unioni civili). Né servono atti costitutivi da pubblicare in Pubblici registri (ossia nei registri dello Stato Civile o dell’anagrafe). Sul punto, la l. 76/2016 ha preferito nichilisticamente non “istituzionalizzare” il rapporto di convivenza, valorizzando quello che è il comportamento, di fatto, tenuto dai conviventi. Se questa scelta vuole inneggiare alla scelta fatta dai conviventi (che tanto hanno scelto la mera convivenza in quanto non hanno inteso sottostare agli adempimenti formali tipici del rapporto di matrimonio o di unione civile), essa paga questo inneggiare con il suo “risvolto” negativo: la mancanza di atti costitutivi con relative loro registrazioni e/o pubblicazioni, rende disagevole la dimostrazione dell’esistenza del rapporto di convivenza, o, al contrario, rischia di imporre lo *status* di convivente a chi, pur convivendo, tale *status* rigetterebbe volentieri, preferendo permanere nel sottobosco della convivenza irrilevante.

La soluzione adottata, già affrontata e ritenuta discutibile per ragioni pratiche, sistemiche e di politica del diritto, prevede il riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui al comma 37<sup>90</sup>. Va, comunque, ribadito, che tale iscrizione anagrafica non ha efficacia

<sup>87</sup> V. per tutti GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1981, 15.

<sup>88</sup> GANDOLFI, *Alcune considerazioni (de iure condendo) sulla famiglia “naturale”*, in *Foro It.*, 1974, V, 216, il quale riteneva di doversi sottrarre la famiglia “all’arbitrio e all’irresponsabilità”.

<sup>89</sup> SAVATIER, *Le droit, l’amour et la liberté*, 1963, 138.

<sup>90</sup> Il Ministero degli Interni (Ministero degli Interni, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali, Direzione Centrale per i Servizi demografici, circ. n. 7 del 1° giugno 2016) ha a sua volta confermato che l’iscrizione delle convivenze di fatto dovrà essere eseguita secondo le procedure già previste e

costitutiva del rapporto di convivenza, che è e rimane un rapporto di fatto. Essa ha valenza meramente accertativa di un rapporto in essere, tanto che potrebbe sussistere un rapporto di convivenza (soggetto alla disciplina di cui alla legge in commento) anche laddove non sia possibile ottenere la suddetta iscrizione anagrafica, come nel caso dei conviventi non coabitanti in maniera stabile o che mantengano, comunque, la loro residenza anagrafica in luoghi diversi (la coabitazione non è prevista tra i presupposti della convivenza nella definizione del comma 36, mentre la coabitazione è presupposto per il rilascio della certificazione anagrafica a mente del disposto dell'art. 4, D.P.R. n. 223/1989). Rimarrà, ovviamente, per questi soggetti, proprio perché non potranno ottenere la certificazione anagrafica di cui al comma 37, il problema della dimostrazione della sussistenza del loro rapporto.

A corollario delle considerazioni precedenti, si ritiene che il legislatore, anziché inneggiare alla fattualità del rapporto di convivenza, avrebbe potuto e dovuto optare, ad onta di quella fattualità (che nel diritto si traduce in quel veleno che si chiama incertezza), per l'individuazione di un momento genetico, pubblico e formale, del rapporto di convivenza; un atto formale, che, dati gli indefettibili presupposti, nemmeno a dirlo, di fatto (convivenza stabile connotata da rapporti affettivi, reciproca assistenza morale e

---

disciplinate dall'ordinamento anagrafico ed in particolare dagli artt. 4 e 13, D.P.R. n. 223/1989, come espressamente richiamati dal comma 37 dell'art. 1 della L. n. 76/2016. Si fa presente che taluni Uffici dell'Anagrafe si stanno organizzando per l'adempimento dei nuovi obblighi discendenti dal comma 37 mediante rilascio di un certificato specificatamente denominato "certificato di convivenza". Tuttavia non può non suscitare perplessità il procedimento individuato da tali Uffici per il rilascio di detta certificazione; il rilascio, infatti, è previsto solo previa dichiarazione resa dagli interessati, innanzi l'Ufficiale dell'Anagrafe, attestante la sussistenza di tutti i requisiti ritenuti a tale fine necessari: la coabitazione, la sussistenza di un legame affettivo di coppia, l'inesistenza di vincoli di parentela, affinità ed adozione e di legami discendenti da matrimonio e/o unione civile. In pratica ciò che non ha voluto la legge (ossia la "istituzionalizzazione del rapporto") lo stanno ora imponendo gli Uffici, per il rilascio della dichiarazione anagrafica *ex* comma 37. E tutto ciò, seppur ragionevolmente, in evidente contrasto sia con la lettera della norma (il comma 36 non richiede per l'esistenza della convivenza alcuna dichiarazione di parte al contrario di quanto fa l'art. 2 per l'unione civile) che con lo spirito "inneggiante" della norma (che vuol mantenere il carattere fattuale del rapporto di convivenza, come si evince dalle disposizioni dei commi da 36 a 50 nelle quali, in maniera quasi ossessiva, si continua ad utilizzare accanto alle espressioni "convivenza" e/o "conviventi" la espressione "di fatto"). Con la disposizione del comma 37 non si voleva, a parere di chi scrive, istituire un nuovo certificato (il c.d. "certificato di convivenza") ma si intendeva, molto più semplicemente, individuare una delle possibili modalità di accertamento della convivenza di fatto, e ciò mediante il ricorso ad una certificazione già in uso (quale ad esempio il certificato di stato famiglia). Va, comunque, ribadito, che l'iscrizione anagrafica di cui al comma 37 non ha efficacia costitutiva.

materiale, mutua solidarietà e condivisione delle sfide della vita), certifichi avanti all'intero ordinamento e ai consociati, la nascita di una formazione sociale rilevante *ex art. 2 Cost.*, potenzialmente in grado di assolvere ai fondamentali compiti che (il diritto naturale e) la Costituzione assegnano alla famiglia.

Si dirà: un atto siffatto sarebbe a tutti gli effetti il famoso “matrimonio di serie B” paventato da autorevole dottrina<sup>91</sup> anni addietro.

In realtà, non si tratta di stabilire gerarchie e classifiche tra istituzioni, data per associata l'identità funzionale della famiglia, a prescindere dalla sua genesi formale: siamo infatti nel campo delle scelte di vita, campo nel quale la volontà è sacra, e qualunque strettoia della volontà dovrebbe vedersi col sospetto: all'uopo, la possibilità per i conviventi di poter scegliere un *tertium genus* tra due alternative antitetiche per l'intensità giuridica del loro rapporto, è senz'altro qualcosa di positivo. Se fino ad un anno fa la convivenza era, per l'appunto, un rapporto di mero fatto, e l'alternativa era il rigido e anelastico vincolo matrimoniale (benché la sua elasticità sia in aumento: vedasi quanto illustrato in ordine agli accordi tra i coniugi sulla separazione e sul divorzio), la possibilità di accedere ad una “via di mezzo”, colorata rispetto alla “trasparenza” della fu mera convivenza, ma di un colore e un contenuto più tenui rispetto al vincolo del matrimonio, è una sicura affermazione, in questo campo, della libertà e della volontà dei singoli.

Per cui, non si tratta di scegliere il matrimonio di serie A o di serie B, ma di scegliere, di comune accordo, il vincolo la cui minore o maggior intensità meglio rispecchia il modello di vita in comune che due soggetti intendono stabilire tra essi, sulla base di considerazioni che nascono da ragionamenti intimi, figli della emotività, del gusto, della cultura, della psicologia.

Sgomberato allora il campo da questo tipo di gerarchie (figlie, a dispetto delle premesse, di taluni antichi preconcetti sulla unicità del matrimonio), l'atto formale che segna la nascita della convivenza rilevante, non avrebbe altra funzione che questa.

Il legislatore ha scelto di ammiccare alla fattualità del rapporto, che del medesimo è la precondizione, per allontanarlo concettualmente dal matrimonio, a tutto vantaggio di

---

<sup>91</sup> GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1981, 174.

certe resistenze ideologiche (di stampo ostinatamente cattolico), perdendo l'occasione di inneggiare alla libertà (negoziale) di una scelta, che della fattispecie è aspetto ben più rilevante: il fatto di "convivere" non è frutto dell'incidentalità, ma di una scelta precisa dei conviventi.

Quanto appena sostenuto era del resto già chiaro, oltre trenta anni fa, ad illustre dottrina, la quale affermava che apparisse necessario "percorrere l'altra strada, quella della regolamentazione programmata del rapporto, la quale non potrà scaturire se non dall'utilizzazione dello strumento di cui all'art. 1322 cod. civ.: non si tratta di modificare in tutto o in parte (...) lo schema del matrimonio, da cui deriva un complesso di diritti ed obblighi, sia personali che patrimoniali, inderogabili, ma piuttosto di dar vita ad uno schema regolamentare diverso, in quanto riferito ad una fattispecie dissimile, se pur funzionalmente omogenea.

Anche il matrimonio origina da un accordo ed è manifestazione di autonomia privata (...), lo si voglia poi definire un contratto, un negozio complesso, un accordo in senso tecnico, dal momento che in ogni caso vi è una volontà dispositiva delle parti all'origine del vincolo.

Parimenti innegabile è che alla base della convivenza *more uxorio* vi sia un analogo accordo, frutto di manifestazione dell'autonomia privata: si deve però accertare se questo accordo sia in grado di dar vita ad un rapporto giuridico basato sulla volontà calata in un contratto. Il che equivale a verificare se gli interessi regolati siano meritevoli di tutela e se il contratto che ne risulta abbia causa lecita (...).

Questa indagine è delicata. In effetti potrebbe apparire assurda la regolamentazione giuridica di un rapporto basato sull'*affectio*, ma (...) essa sarebbe al contrario segno di un sentimento serio ed immune da superficialità<sup>92</sup>. L'Autore centra il punto: una formazione sociale avente rilevanza costituzionale non può certo avere paura di manifestarsi attraverso un atto formale che, in qualche misura, la istituzionalizzi e la renda meno soggetta agli sbalzi di *affectio*. In questo senso, si ribadisce, il legislatore ha fatto molta confusione, tradendo le premesse dalle quali è partito: l'importanza della famiglia di fatto

---

<sup>92</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 1981, 156-158.

e della convivenza erano insite nella sua funzione costituzionale, non nella loro componente spontanea e fattuale. La linfa vitale di quella formazione sociale è l'accordo, non il fatto.

Prosegue ancora l'Autore: “quando con maggiore pacatezza e maturità due persone rifuggano dai tempi brevi dell'*amour-passion* e guardino al futuro insieme non è segno di calcolo e dunque di mancanza di affetto la giuridicizzazione del vincolo, ma anzi, al contrario, manifestazione del desiderio di renderlo più stabile e di rafforzarlo<sup>93</sup>”.

Ancora, l'Autore, con encomiabile lucidità, quasi prevedeva l'atteggiamento ideologico che ha piegato la penna del legislatore: “la regolamentazione della famiglia di fatto” che valorizzi l'assunzione di diritti ed obblighi “non apparirebbe più una offesa alla 'santità della famiglia legittima'<sup>94</sup> (...), ma imboccare la strada della legislazione apparirebbe (...) giustificato solo in termini di tentativo di penalizzare le scelte dei singoli ovvero di esorcizzare certi comportamenti socialmente diffusi, recuperandoli all'interno di una legislazione tranquillizzante nella sua tipicità (...).

La scelta di un sistema basato sull'autonomia privata ed un altro basato sulla legge non si pone con riferimento alla limitata prospettiva della regolamentazione o meno della famiglia di fatto, ma è la conseguenza di una più ampia opzione di fondo circa il ruolo svolto dalla famiglia nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Se si auspica una centralizzazione della funzione familiare affidata ad un'unica istituzione non mi sembra che residui spazio per la codificazione delle vicende svolte all'interno della struttura parafamiliare e la famiglia legittima dovrà mantenere il monopolio legislativo della funzione stessa quale unica istituzione a ciò deputata; se al contrario, si favorisce la pluralità delle istituzioni”, come suggerito da decenni di indagine scientifico-sociale e di giurisprudenza costituzionalmente orientata, “non sembra tuttavia auspicabile una *reductio ad unum* sotto forma di previsione normativa, sia pure differenziata, perché in tal modo si finirebbe pur sempre per sovrapporre uno schema formale ad una vicenda che deve essere invece vissuta in termini di rapporto<sup>95</sup>”.

---

<sup>93</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 158-159.

<sup>94</sup> Corsivo di JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 398.

<sup>95</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 173-174.

L'Autore commentava la prospettiva di una legge che, un po' come fa la norma attuale, avrebbe dovuto regolare i rapporti tra conviventi a prescindere da una loro scelta, sancita in un atto genetico formale del loro rapporto, ma per il mero fatto di essere conviventi<sup>96</sup>, e la giudicava “regressiva e punitiva”, in quanto già nel 1981, egli denotava dovesse “riconoscersi che la legge avrebbe il compito di regolare una vicenda che nella libera e convinta scelta dei soggetti è sicuramente diversa da quella matrimoniale”, o di altro schema preconfezionato astrattamente; dovrebbe invece ritenersi con forza l'incongruità dell'imposizione di schemi formali, generali ed astratti “a situazioni che avrebbero diritto a mantenere la propria individualità<sup>97</sup>”.

L'Autore conclude, dimostrando una lungimiranza al limite del divinatorio, che una discussione in Parlamento sul tema avrebbe portato alla luce l'incapacità e l'idiosincrasia del legislatore ad assumere posizioni ferme, e che ci avrebbe condannato “alla materna protezione di una legge che ci dica cosa è bene e che cosa è male, sulla base di modelli che guadagnano inevitabilmente al passato<sup>98</sup>”.

#### *2.6 Il contratto quale possibile momento genetico della convivenza rilevante.*

Indagata ed affermata l'opportunità di stabilire un atto formale, un momento genetico dal quale la convivenza cessa di essere mero fatto, e diviene “rilevante” per l'ordinamento, ci si domanda quale modello sarebbe (stato) più congruo seguire.

A tal fine, si ritiene che l'esperienza francese del *pacs* si sia fatta apprezzare per la duplice funzione di strumento di pubblicità e di emersione del rapporto di fatto tra i conviventi, che, come si è visto, fino alla stipulazione del *pacs* e alla sua pubblicità nei registri dello stato civile, restano meri *concubins* (art. 515-8 del *code civil*); e di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra gli stessi, nonché di alcuni rapporti personali (cognome dei conviventi, comune residenza).

Un unico atto dalla duplice valenza pubblicistica e privatistica, annotato negli atti

---

<sup>96</sup> Proposta avanzata da ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 20.

<sup>97</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 174-176.

<sup>98</sup> GAZZONI, *op. ult. cit.*, 177-178.

dello stato civile, darebbe pubblicità ed opponibilità al vincolo di convivenza e al regime patrimoniale che i conviventi volessero ivi pattuire, caratterizzerebbe il rapporto di indubitata certezza, ma soprattutto, consentirebbe davvero ai conviventi di presentarsi avanti all'ordinamento come formazione sociale, pronta ad assumersi le fondamentali funzioni sociali assegnate alla famiglia, certamente meritevole della tutela e dell'attenzione che l'esercizio di tali funzioni merita e necessita.

Inoltre, i conviventi vi potrebbero da subito includere i loro accordi patrimoniali; anche quelli assunti in ordine alla futura separazione, benché, date le considerazioni svolte *supra* in proposito di *agreements in contemplation of divorce*, sarebbe opportuno ammantare tali clausole di una sufficiente generalità ed astrattezza, dato che tra la loro stipulazione e la loro esecuzione, tanta acqua potrebbe passare sotto i ponti.

Si ritiene da subito che una simile impostazione non avrebbe nessuna possibile parentela con il matrimonio, dal momento che la formazione sociale fondata sul contratto di convivenza sarebbe regolata dal contenuto del contratto, e non invece dalle norme disposte dal codice civile in tema di matrimonio.

Il legislatore ha fatto altre scelte, ma l'esperienza francese del *pacs*, passato dall'essere un mero accordo *inter partes*, all'essere un contratto avente rilevanti implicazioni pubblicistiche, quali quelle poc'anzi auspiccate, può far ritenere che per il contratto di convivenza la storia debba ancora essere scritta; e che il medesimo non sia condannato per sempre al ruolo di secondo piano rifilatogli dai compilatori della l. 76/2016, che lo hanno ridotto ad una semplice facoltà per due soggetti conviventi, fossero anche tali da un'ora soltanto, o non lo fossero proprio! Del resto, che avrebbero da perdere? Dal contratto, come disegnato dal legislatore del 2016, può recedersi unilateralmente (comma 59 lett. b).

## 2.7 (segue) Pacta sunt servanda.

Quanto esposto nel paragrafo precedente non è certamente un'idea rivoluzionaria: si tratta di considerazioni di buonsenso, prese per giunta a prestito da un ordinamento e da una cultura, quelle francesi, che sono senz'altro prossime alla nostra. Ci si domanda



allora non abbiano avuto nessun credito presso il compilatore del 2016. Il dubbio che si avanza è che la parola “contratto” abbia evocato, nella mente del legislatore, l'eco dell'art. 1372 cod. civ., ossia che il contratto non possa sciogliersi “che per mutuo consenso (art. 1321 cod. civ.) o per cause ammesse dalla legge”, formula codicistica che ricorda che *pacta sunt servanda*.

Infatti, spinto dalle consuete ideologie totalizzanti, atte a tenere alla larga dal vincolo matrimoniale qualunque possibile, anche lontana, contaminazione, il legislatore, dopo aver voluto affermare la prevalenza del “fatto” sull' “atto”, ha voluto ribadire che la convivenza è e deve rimanere un rapporto promiscuo, instabile, un rapporto alle cui soglie si trova una “porta girevole” dalla quale poter uscire in poche mosse.

Questo è certamente un punto di forte incoerenza con le premesse dalle quali il legislatore è partito: può assegnarsi il ruolo di “formazione sociale nella quale si svolge la personalità dell'individuo” ex art. 2 Cost., a una formazione dalla quale può uscirsi con un mero recesso unilaterale? Ma soprattutto, può rivendicarsi la rilevanza costituzionale e la meritevolezza di tutela in forza delle funzioni sociali assunte, se poi ci si può liberare unilateralmente di quegli stessi obblighi?

Nel regime delineato dalla l. 76/2016, un soggetto, non avendo sancito in nessun modo il proprio impegno verso il convivente, può rompere la convivenza senza che ciò comporti nessuna conseguenza, né personale, né patrimoniale, salvi gli obblighi verso gli eventuali figli nati dalla convivenza, e l'obbligo alimentare di cui al comma 65.

Le cose non cambiano se la convivenza è stata disciplinata dal contratto di cui al comma 50: certo, le parti potrebbero aver pattuito nel contratto una sorta di clausola penale per il recesso unilaterale (sul presupposto, tutto da dimostrare, che tali clausole siano legittime), o che le parti abbiano concordato determinate conseguenze patrimoniali per quell'eventualità.

Ma il fatto principale resta: il recesso unilaterale dal contratto, la scelta di uno dei conviventi, anche fosse arbitraria, di rompere la convivenza, scioglie irrimediabilmente quella formazione sociale, e ne compromette la funzione costituzionale per la quale la stessa è stata riconosciuta meritevole di tutela.

Ora, è del tutto evidente che, in materia di status familiari, “niente è per sempre”, e lo stesso matrimonio, un tempo reputato vincolo indissolubile, è divenuto vincolo risolubile. Se il più forte dei vincoli familiari, quello fondato sul matrimonio, può essere sciolto se anche uno solo dei coniugi ritenga di non voler far più parte della comunità familiare, certo non potrà imporsi a chi abbia intrapreso un legame meno forte di rimanere vincolato alla sua scelta.

Ma la cessazione del matrimonio non passa (ancora?) per un semplice recesso *ad nutum*: il passaggio obbligato per la strettoia del divorzio, nonostante le spinte sociali che ne invocano il superamento, anche più di quanto non si sia fatto con le recenti riforme, conserva ancora una funzione di rafforzamento dell'impegno assunto col matrimonio. Non in quanto scelta “sacra”, ma in quanto impegno formale e solenne, assunto nei confronti di un altro soggetto, delle generalità dei consociati e dell'ordinamento, fonte di affidamento.

Ove si sostenga, giustamente, che la convivenza abbia meritevolezza di tutela in quanto funzionalmente identica alla famiglia fondata sul matrimonio, non si riesce a capire come possa tollerarsi una così marcata differenza nel momento della rottura. Coerenza allora vorrebbe che, alternativamente, o si ripensi alla meritevolezza di tutela di una formazione sociale evidentemente troppo fragile per assumersi responsabilità e funzioni costituzionali; ovvero ritenere che dalla convivenza, almeno quella sancita in un accordo, non possa recedersi unilateralmente, *ad nutum*, ma solo per giusta causa, da accertare caso per caso, o per il mutuo consenso, proprio come vuole l'art. 1372 cod. civ., quando ricorda a tutti che *pacta sunt servanda*. Descrivere la famiglia come l'affiancamento momentaneo di due individualità non produce *ius*, se non in una forma posticcia e impositiva. La domanda di diritti non può che scaturire dalla dualità del rapporto e dall'attesa e dall'aspettativa di un rapporto, che sono vicendevoli: il caso giuridico della famiglia è inequivocabilmente un evento di reciprocità. Sancire tutto questo in un patto significa affidare quel rapporto all'antica sapienza dei principi alla base di quell'istituto.

Il legislatore, come noto, ha fatto altre scelte: ha dimenticato la funzione costituzionale della famiglia, ha considerato la famiglia di fatto proprio come un “fatto”, che può cessare da un momento all'altro, senza che nulla possa farsi, e il contratto di

convivenza come un accordo a contenuto patrimoniale ad esecuzione continuata, dal quale potersi recedere liberamente. Tutto sommato, si ribadisce, una formazione sociale nella quale si svolge la personalità dell'individuo, e avente identità funzionale con altra formazione di rango costituzionale, meritava maggiore considerazione<sup>99</sup>.

### *2.8 Conclusione: per una società più ordinata e più liberale.*

La trattazione giunge al suo atto finale: dopo tanto girare per viali e vicoli del diritto civile, della giurisprudenza di ieri e di oggi, del pensiero giuridico, dal conservatorismo dei classici (tra gli altri, Jemolo, Cicu, Trabucchi) al progressismo dei tempi moderni (interpretato, nelle sue molte sfaccettature, dai Rodotà agli Oberto, dai Ferrando ai Dogliotti), e le pragmatiche posizioni mediane (tra cui la teoria contrattualistica, vincente nella sua lungimiranza, interpretata magistralmente dal Gazzoni); dopo aver, seppur in estrema sintesi, storicizzato gli istituti di maggiore interesse, seguendo l'insegnamento, sempre caro ad autorevole dottrina (P. Perlingeri) per la quale storicizzare gli istituti consente di non assolutizzare di diritto positivo attualmente vigente, ed evitare di cadere nell'errore comune ritenere "contemporanee" questioni che in realtà hanno radici lontane e profonde (si potrebbe dire, cedendo a tentazioni molto divulgative, che la cd. legge Cirinnà è nella stessa linea evolutiva della *lex Iulia de adulteriis*, della prassi medievale, del Concilio di Trento, della Codificazione napoleonica, etc.); dopo aver troppo spesso ceduto alla conformistica, ma irresistibile per tanti, tentazione di censurare il legislatore per le sue scelte e per i suoi testi, si traggono sommarie conclusioni, senza pretendere di convincere chicchessia a farle proprie.

La famiglia fondata sul matrimonio, nonostante alcuni interventi ne abbiano ridotto

---

<sup>99</sup> L'opinione non è un ossequio all'ideologia della istituzionalità del matrimonio, già denunciata a suo tempo da RESCIGNO, *Lezioni su proprietà e famiglia*, 1971, 157, e GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, 180, per la quale la formalità garantirebbe, soprattutto ai conviventi, "certezza" e "stabilità"; idea a sua volta tratta dal pensiero di Thomas Mann, per il quale la spinta ad un legame formale (matrimonio) era data dall'insicurezza personale che genera il bisogno di sancire sul piano giuridico l'obbligo del comportamento fedele, come conseguenza della soggezione ad uno status, dando così preminenza all'atto più che al rapporto, e all'essere più che all'essere: la formalità in sé e per sé non garantisce nulla, ma contribuisce a diffondere l'importanza, anche pubblica e costituzionale, di una scelta di vita.

la portanza all'interno dell'ordinamento, continua ad essere un punto di riferimento nella cultura e nella coscienza sociale e giuridica nazionale: chi ne annunciava la fine, la scomparsa imminente, il superamento, non potrà che constatare l'avventatezza di certi allarmi.

Il presunto monopolio della famiglia matrimoniale, affermato sulla base di chiare e rispettabili implicazioni culturali, è oramai legato solo a una interpretazione risalente dell'art. 29 Cost., norma talmente compromissoria da risultare, ad oggi, intellegibile nella sola parte in cui afferma programmaticamente la rilevanza costituzionale della famiglia: unico vero principio sul quale nessuno ha mai avuto dubbi.

La stessa rigidità della famiglia fondata sul matrimonio è un concetto oggetto di possenti ripensamenti, basati sull'indagine dei formanti, i quali a loro volta rispecchiano la società. Gli accordi tra i coniugi in sede di separazione, e le spinte dottrinarie e giurisprudenziali a favore dell'ammissibilità degli accordi in vista del divorzio testimoniano come la contrattazione sia ormai uno strumento a disposizione dei coniugi per regolare i loro rapporti. Vi sono però dei limiti persistenti: i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio, senza dubbio; ma anche l'accordo dei coniugi nello stabilire l'indirizzo della vita familiare (per il quale tuttavia si prevedono, in un futuro più o meno lontano, ridefinizioni in chiave contrattualistica), e lo stesso principio della solidarietà post-coniugale, il quale tuttavia, come si è detto, andrebbe temperato con i principi dell'autosufficienza e dell'autoregolamentazione, se non altro per adeguarsi ai "nuovi" diritti sanciti dalle Corti sovranazionali (quale il diritto a formare una nuova famiglia), e per tenerlo al riparo da interpretazioni giurisprudenziali ferme a un tempo ormai concluso, nel quale il coniuge tenuto all'assegno di mantenimento era lo strumento per "punire" un coniuge e condannarlo a garantire al coniuge divorziato il tenore di vita che egli non avrebbe perciò più potuto godere. Tale contemperamento però necessita dell'intervento del legislatore, il quale limiti l'efficacia della clausola *rebus sic stantibus* ad un periodo limitato, tale che l'assegno di mantenimento possa cambiare definitivamente funzione, assumendo quella, più razionale e moderna, di ripristino delle condizioni *a quo*.

La convivenza, oggetto iniziale della ricerca triennale, è l'altra faccia della famiglia.

Vista la sua evoluzione sociale, da fenomeno negativo a prassi prima tollerata, poi accettata ed ora assolutamente endemica (seppur per ragioni sociali contingenti, la cui resilienza andrebbe vagliata nei prossimi decenni), dottrina e giurisprudenza hanno prodotto un terreno fertile, sul quale impostare un impianto normativo che potesse portare l'Italia nella modernità. Il legislatore, dal canto suo, ha fatte delle scelte che si sono già ampiamente censurate e sulle quali non si tornerà. Si dirà qui che, come il legislatore francese ha ripensato il *pacs* numerose volte nei primi quindici anni di vita di quell'istituto, anche il legislatore italiano potrebbe e dovrebbe, a parer di chi scrive, rimettere mano alla sua creatura, e in senso radicale.

In primo luogo, bisognerebbe superare l'istituto dell'unione civile, che costituisce un mezzo passo, per giunta storto, nella direzione dei diritti degli omosessuali: dovrebbe scegliersi se rimangiarsi il mezzo passo (mossa complicata, per il significato "mediatico" che una simile decisione potrebbe avere, dato che il Parlamento verrebbe immediatamente tacciato dell'accusa di voler tornare a un – presunto - medioevo, sul tema dei diritti civili), o completarlo, introducendo quel matrimonio omosessuale penetrato negli ultimissimi anni in gran parte del mondo occidentale, ma per il quale, si ritiene, occorra ancora un *surplus* di riflessione: in questo senso, chissà che l'istituto dell'unione civile non possa dirci qualcosa sulla prontezza della società italiana a recepire questo genere di istanze e cambiamenti.

Sul fronte della convivenza, si ritiene giusto guardare al modello francese: la convivenza dovrebbe dividersi anche qui tra *concubinage*, convivenza irrilevante (o comunque, rilevante ai soli fini della legislazione di settore), e convivenza "rilevante", stabilendo nella stipulazione di un contratto (e nella relativa pubblicità dichiarativa) il momento genetico della medesima.

Tale contratto, in questa duplice funzione di regolamento della convivenza e di sua pubblica dichiarazione di esistenza, assumerebbe la valenza di una ferma e responsabile dichiarazione di intenti, così da potersi affermare con certezza l'idoneità di quella formazione (para)familiare ad assumere funzioni costituzionalmente rilevanti che sono alla base della meritevolezza della tutela, secondo l'insegnamento costante della dottrina e

della giurisprudenza della Cassazione.

Ed in questo auspicato scenario, con la convivenza che da “fatto” si fa “atto” e scelta di vita, pubblica e responsabile, potrebbero cadere anche gli ultimi dubbi in merito a quei diritti, oggi propri del coniuge, che la attuale norma non ha riconosciuto al convivente: primi fra tutti, il diritto ad una quota sulla successione *mortis causa*, sia necessaria che *ab intestato*, del convivente premorto, ed un peculiare e più favorevole trattamento fiscale, non dovendosi più dubitare della precarietà del rapporto tra i conviventi e della profondità del legame tra essi; a patto però, e in ciò discostandosi dall'attuale formulazione della legge francese, di attribuire al vincolo così assunto, una maggiore robustezza, eliminando l'inqualificabile recesso *ad nutum* tra le cause di scioglimento, e prevedendo, se non l'obbligo del mutuo dissenso (che riproporrebbe lo stesso ricatto all'incontrario oggi previsto dal diritto di recesso *ad nutum*), una procedura di “rottura ordinata” del medesimo, sul modello e con le finalità proprie della separazione e del divorzio, ivi compreso un obbligo di mantenimento, a carico del convivente debole, finalizzato non a costituire a quest'ultimo una rendita, ma a reinserirlo nella nuova realtà della vita: in una relazione matura, pronta ad assumersi le difficilissime sfide proprie della famiglia, non ci si può, parafrasando una celebre canzone, dirsi addio telefonando. Perché in una società ordinata e liberale, *pacta sunt servanda*, soprattutto se hanno ad oggetto un progetto di vita in comune.

# INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE	Pag. 1
CAPITOLO I - FAMIGLIA E CONVIVENZA: TRA STORIA E ATTUALITÀ	
1. <i>Excursus</i> storico	7
1.1 <i>Il concubinatus: inaequale coniugium nel diritto romano</i>	7
1.2 <i>Varietà di modelli e fattispecie nel diritto medievale</i>	10
1.3 <i>La Rivoluzione francese e il monopolio della famiglia legittima nel Code civil.</i>	20
2. Sociologia della famiglia fondata sul matrimonio: obsolescenza di un simbolo?	28
3. L'emersione della convivenza nei formanti del diritto contemporaneo.	33
3.1 <i>Le fonti sovraordinanti.</i>	33
3.2 <i>La giurisprudenza della Corte Costituzionale: visione d'insieme.</i>	39
3.3 <i>La convivenza nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.</i>	43
3.3.1 <i>Prestazioni patrimoniali tra i conviventi.</i>	44
3.3.2 <i>Diritto al risarcimento del danno per l'uccisione del convivente.</i>	48
3.3.3 <i>Successione nel contratto di locazione (art. 6 l. 392/1978).</i>	51
3.3.4 <i>Prestazioni lavorative del convivente nell'ambito dell'impresa familiare (art. 230-bis cod. civ.).</i>	52
3.3.5 <i>Assegno di separazione e di divorzio in favore (e a carico) del convivente; il diritto (e l'obbligo) agli alimenti.</i>	54
3.3.6 <i>La sospensione della prescrizione dei diritti (art. 2941 cod. civ.).</i>	57
3.3.7 <i>Tutela possessoria del convivente-non proprietario sull'abitazione comune.</i>	58
3.3.8 <i>Doveri personali tra i conviventi.</i>	59
3.3.9 <i>Giurisprudenza penale.</i>	60
3.4 <i>Dottrina.</i>	64
3.5 <i>La convivenza nella legislazione nazionale.</i>	81
3.5.1 <i>La convivenza nella legislazione nazionale prima della parificazione degli status di filiazione.</i>	81
3.5.2 <i>La parificazione degli status di filiazione e la l. 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e le convivenze.</i>	90
3.5.3 <i>La legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e le convivenze. Rinvio.</i>	98
4. Prassi.	98
4.1 <i>Provare la convivenza.</i>	98
4.2 <i>Rapporti patrimoniali tra conviventi.</i>	99
4.3 <i>Negozi finalizzati al riequilibrio dei contributi economici.</i>	101
4.4 <i>La casa di residenza comune.</i>	105
4.5 <i>Obbligazioni contratte dai conviventi nell'interesse comune.</i>	106
4.6 <i>Tutela post mortem del convivente superstite.</i>	108
4.7 <i>Disposizioni per la propria infermità.</i>	113
4.8 <i>Contratto (atipico) di convivenza. Rinvio.</i>	114
	341

5. Comparazioni.	115
6. La legge italiana sulle unioni civili e le convivenze di fatto. <i>Genesis, esegesi, critica.</i>	122
6.1 <i>Genesis: panoramica sui progetti di legge di iniziativa parlamentare.</i>	122
6.2 <i>La proposta del Consiglio Nazionale del Notariato (2011).</i>	131
6.3 <i>L. 20 maggio 2016 n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.</i>	134
6.3.1 <i>Considerazioni generali.</i>	134
6.3.2 <i>Le unioni civili tra persone dello stesso sesso.</i>	136
6.3.3 <i>Le convivenze</i>	142
6.3.3.1 <i>La fattispecie.</i>	142
6.3.3.2 <i>Gli effetti.</i>	148
6.3.3.3 <i>Il contratto di convivenza. Rinvio.</i>	161
CAPITOLO II – IL CONTRATTO NELLA FAMIGLIA	163
1. Dallo <i>status</i> al contratto: cambiamenti <i>in itinere</i> nella dottrina e nella giurisprudenza.	163
2. Solidarietà post-coniugale, autodeterminazione ed autosufficienza.	174
3. Gli accordi tra coniugi in sede giudiziaria.	176
3.1 <i>Oggetto.</i>	176
3.2 <i>Causa</i>	178
3.3 <i>Forma</i>	182
3.4 <i>Efficacia</i>	183
CAPITOLO III – IL CONTRATTO NELLA CONVIVENZA: TEORIA, PRASSI, LEGGE	189
1. Contratto di convivenza: considerazioni generali.	189
1.1 <i>Introduzione.</i>	189
1.2 <i>Prima della l. 76/2016: ammissibilità del contratto atipico di convivenza.</i>	195
1.3 <i>(segue) L'oggetto del contratto atipico di convivenza.</i>	202
1.4 <i>(segue) La forma.</i>	208
2. Il contratto di convivenza tipizzato dalla legge 20 maggio 2016. n. 76.	209
2.1 <i>Analisi del testo legislativo...</i>	209
2.2 <i>... e critica tecnica.</i>	229
3. Contratto tipico di convivenza e <i>pacte civil de solidarité</i> di diritto francese: confronto comparativo.	233
4. Accordi prematrimoniali	250
4.1 <i>Lo stato dell'arte.</i>	250
4.2 <i>Conclusioni sugli accordi prematrimoniali: il problema della validità rebus sic stantibus.</i>	270
5. Contratto tipico di convivenza e clausole <i>in contemplation of divorce</i> .	273
6. Diritto internazionale privato.	278
7. Aspetti fiscali del contratto di convivenza.	285
7.1 <i>Considerazioni generali. L'improbabile applicazione ai contratti di convivenza della</i>	



<i>disciplina agevolativa di cui alla l. 74/1987.</i>	285
<i>7.2 L'imposizione indiretta sui contratti di convivenza privi di clausole aventi efficacia traslativa.</i>	289
<i>7.3 L'imposizione indiretta sui contratti di convivenza recanti clausole aventi efficacia traslativa.</i>	292
<b>CAPITOLO IV – CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</b>	295
<b>1. Contratto e famiglia: avanti, adagio.</b>	295
<i>1.2 Solidarietà post-coniugale e principio di autosufficienza: un necessario contemperamento.</i>	304
<i>1.3 Solidarietà post-coniugale e principio di autodeterminazione: il limite degli accordi in contemplation of divorce.</i>	307
<b>2. Unioni civili, convivenze, contratto di convivenza: politica del diritto cercasi.</b>	312
<i>2.1 Comunque la si veda, la nuova legge discrimina sulla base dell'orientamento sessuale.</i>	312
<i>2.2 Dagli alla separazione!</i>	316
<i>2.3 L'ingiustificata esclusione delle cc.dd. unioni di mutuo aiuto.</i>	321
<i>2.4 Una "formazione sociale ove si svolge la personalità degli individui (art. 2 Cost.)", che "si fa carico di funzioni di rango costituzionale" meritava maggiore attenzione.</i>	324
<i>2.5 Una scelta di vita.</i>	327
<i>2.6 Il contratto quale possibile momento genetico della convivenza rilevante.</i>	333
<i>2.7 (segue) Pacta sunt servanda.</i>	334
<i>2.8 Conclusione: per una società più ordinata e più liberale.</i>	337
<b>Indice sommario</b>	341