



PROFILI PROBLEMATICI DEL CONTRATTO DI CONVIVENZA NELLA LEGGE N. 76/2016

BENEDETTA MARIA SABATINO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Convivenze *more uxorio* e formazioni sociali. Brevi cenni – 3. La convivenza di fatto nella l. 76/2016: definizione e problematiche – 4. I rapporti patrimoniali dei conviventi prima della legge n. 76 del 2016 – 5. Il contratto di convivenza ed il suo oggetto.

1. La legge n. 76/2016 – anche meglio nota come legge Cirinnà, dal nome della sua Relatrice in Senato – ha introdotto nell’ordinamento italiano gli istituti delle unioni civili e delle convivenze di fatto.

Il legislatore ha dunque recepito due fenomeni che la realtà sociale ha conosciuto negli ultimi decenni, inserendoli nel grande quadro di riforme che il diritto di famiglia attraversa dagli anni ’70.

I nuovi istituti previsti dalla legge costituiscono l’effetto di una condanna dell’Italia da parte della Corte EDU che, nella decisione *Oliari & others v. Italy*, ha sollecitato il legislatore a prevedere un istituto che riconoscesse e tutelasse le unioni omoaffettive.

La sentenza dei giudici della Corte di Strasburgo è stata l’occasione per introdurre nella discussione parlamentare anche la questione delle convivenze *more uxorio*, che da più vent’anni si poneva al legislatore, per cui, contestualmente, è stata affrontata anche la disciplina del contratto di convivenza.

La legge in commento ha il pregio di aver dato risposta alle richieste della società, tentando di uniformare la normativa italiana a quella europea e, più in generale, alla maggior parte degli ordinamenti occidentali, che, già da tempo, hanno predisposto istituti per il riconoscimento delle famiglie non fondate sul matrimonio. Eppure, è la sua formulazione consente di muovere qualche critica, specie in riferimento allo strumento contrattuale ivi previsto.

Infatti, proprio in forza della condanna da parte della Corte EDU, il Parlamento ha licenziato una legge che consta di un unico articolo che, idealmente, potrebbe essere così suddiviso: una prima parte (commi 1-35) dedicata all’unione civile ed una seconda (commi 36 ss.) destinata alla disciplina della convivenza ed allo strumento contrattuale destinato a regolare gli aspetti patrimoniali del *ménage*.

2. Più precisamente, il problema che s’intende affrontare riguarda l’autonomia patrimoniale che la legge riconosce alle parti della convivenza, con particolare riferimento



alla relazione intercorrente tra l'atto ed il rapporto, nonché all'oggetto del contratto. Le maggiori questioni ermeneutiche che la normativa pone all'attenzione dell'interprete derivano: da una disattenta articolazione delle disposizioni; nonché dalla circostanza che il legislatore, da un lato, tenta di rimarcare la differenza tra convivenza e matrimonio ma, dall'altro, cade in errore laddove estende *sic et simpliciter* la disciplina coniugale a situazioni di fatto che, notoriamente, si caratterizzano per la loro natura libera e adattabile alle esigenze più svariate della coppia.

Quanto a quest'ultimo profilo trova accoglimento in dottrina la tesi secondo cui l'ambiguità che caratterizza la legge deve imputarsi proprio al fatto che il legislatore, costretto a non procrastinare l'inerzia sottolineata dalla Corte EDU – oltre che dalla Corte di Cassazione e dalla Consulta¹ – abbia prestato fin troppa attenzione alla regolamentazione delle unioni civili, quasi disinteressandosi del profilo delle convivenze al punto tale da spingersi ad estendervi in parte la disciplina matrimoniale².

In relazione alla prima problematica in precedenza evidenziata, invece, è inevitabile ripercorrere, seppure brevemente, le tappe che hanno segnato l'evoluzione delle convivenze *more uxorio* fino alla loro definitiva approvazione da parte dell'ordinamento ed all'utilizzo dell'espressione famiglia di fatto – terminologia di certo più incisiva delle situazioni di cui si tratta³.

¹ Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 653 ss., con nota di M. GATTUSO.

² In tal senso, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 944, quando afferma che “il riformatore del 2016, fuorviato dalla confusione concettuale derivante dall'aver trattato nel medesimo testo normativo di due situazioni così radicalmente diverse, quali l'unione civile e la convivenza di fatto, ha ritenuto di dover individuare, anche in relazione alla convivenza *more uxorio*, qualcosa di analogo ad una categoria di “impedimenti”, ad instar di quanto accade per il matrimonio e l'unione civile. Il sospetto testé rappresentato è, del resto, destinato a ricevere conferma dalla considerazione delle norme in materia di nullità del contratto di convivenza”. Si v. anche G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *NGCC*, 12/2016, p. 1770, il quale afferma che il contratto di convivenza previsto nella recente legge “risente della commistione e della (impropria) ricomprensione, in un unico provvedimento, delle due discipline in cui si articola: quella dell'unione civile, che è in primo luogo disciplina dell'atto costitutivo del vincolo, e quella delle convivenze, che viceversa è regolazione di un fatto. Lo rivela, in modo esemplare, la norma del comma 57°, che palesemente trasforma in ragioni di invalidità del contratto di convivenza quelle che altro non sono se non cause di impugnazione del matrimonio”. Per L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 932, “la lettura dei commi riguardanti la convivenza di fatto (dal 36 al 49, più il 65) rende difficile liberarsi del sospetto che il legislatore abbia lavorato in una condizione di profonda ignoranza del diritto previgente, non solo di quello di fonte giurisprudenziale, ma perfino di quello di fonte legislativa”. Si v., inoltre, F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com*, 23.06.2016.

³ Sul punto, si v. M DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 868 ss. Per una ricostruzione più approfondita del fenomeno in esame si rinvia, in particolare, a G. AUTORINO STANZIONE, *La famiglia “non fondata sul matrimonio”*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1988, p. 847 ss.; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, *passim*; F.D. BUSNELLI



Inizialmente, il fenomeno in esame era visto con disfavore, poiché contrario ai *boni mores*, in quanto, nel sentire comune, fondato esclusivamente su una relazione sessuale che non poteva trovare garanzia nell'ordinamento giuridico⁴. In questa prima fase vi si riferiva, infatti, con il termine di concubinato, in accezione marcatamente negativa⁵: vi era il timore che il riconoscimento di tali rapporti avrebbe potuto negativamente incidere sul ruolo accordato dal sistema alla famiglia c.d. matrimoniale⁶.

Tuttavia, l'esigenza di libertà – personale prima ancora che patrimoniale – ha fatto sì che le convivenze assumessero un ruolo sempre più crescente all'interno della società, sicché il diritto non poteva continuare a disinteressarsene⁷.

Ad una regolamentazione stringente e talvolta invasiva, tipica della famiglia fondata sul matrimonio, sempre più coppie hanno preferito una vita familiare caratterizzata da assoluta libertà⁸.

Il passaggio dalla irrilevanza giuridica ad una legittimazione delle convivenze *more uxorio* è avvenuto – oltre che attraverso un ripensamento di una dottrina sempre più accorta

– M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano di famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1993, p. 801; ; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, *passim*; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 145 ss.; G. AUTORINO STANZIONE – P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzione, Vol. V, Torino, 2007, p. 1 ss.; V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzione, ult. op. cit., p. 217 ss.; M. DOGLIOTTI, *Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto: spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 347; P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Quaderni del CSM, Roma, 1980, p. 12; F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, (a cura di) S. Patti – M.G. Cubeddu, Milano, 2011, p. 683 ss.

⁴ Cfr G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Vol. 6, Torino, 2006, p. 318 n. 101; A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, p. 34. Si v., *ex plurimis*, Cass. 24 gennaio 1958, n. 169.

⁵ Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 60.

⁶ Cfr. V. ROPPO, voce *Famiglia*, III, *Famiglia di fatto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV Roma, 1989.

⁷ Quanto ai motivi del dilagare delle convivenze, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, p. 933 ss. e note ivi contenute.

⁸ Si v., in particolare, G. AUTORINO, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzione, Vol. V, op. cit., p. 206 ss.



alla rilevanza che il fenomeno stava assumendo negli anni '70⁹ – anche grazie all'intervento della Corte Costituzionale¹⁰ ed alla giurisprudenza della Corte di Cassazione¹¹.

La convivenza, però, era considerata meritevole di tutela soltanto laddove fosse frutto di una scelta libera delle parti, “unica e sostitutiva del matrimonio”; viceversa non poteva considerarsi lecita quella “che si configura come aggiuntiva all'unione matrimoniale”¹². Tale pensiero, nel corso del tempo, ha fatto spazio ad una maggiore apertura tanto della dottrina quanto della giurisprudenza che, in sostanza, hanno riconosciuto meritevolezza anche al coniuge separato ma in attesa di divorzio che conviva con una terza persona, alla luce del ruolo che la Costituzione attribuisce alle formazioni sociali al cui interno va annoverata anche la convivenza.

Difatti, la famiglia di fatto costituita da due persone conviventi assolveva – e ancor di più assolve ora – alla funzione di garantire lo svolgimento della personalità dell'individuo all'interno delle formazioni sociali, le quali costituiscono luogo privilegiato di manifestazioni solidaristiche¹³.

È sempre stato discusso se potesse accordarsi alle convivenze anche la tutela prevista dall'art. 29 Cost¹⁴. Sul punto, la Corte Costituzionale, pur negando la possibilità di una

⁹ V. AA.VV., *La famiglia di fatto, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30.5.1976)*, Montereleggio-Parma, 1977, *passim*.

¹⁰ Si v., in particolare, Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 147, e sentenza 7 aprile 1988, n. 404; sentenza n. 559 del 20.12.1989 con nota critica di A. TRABUCCHI, *Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1627 ss.

¹¹ Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 1976, n. 4489.

¹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 935.

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *op.cit.*, p. 935 rileva che “nel suo concreto atteggiarsi la vita del rapporto – di qualsiasi rapporto associativo – deve sostanzialmente essere rispettosa dei principi, dei valori inderogabili e di ordine pubblico che sono a fondamento non di questo o quel settore dell'ordinamento, ma dell'ordinamento nella sua unità e complessità. La famiglia non fondata sul matrimonio è pertanto anch'essa una formazione sociale potenzialmente idonea allo sviluppo della personalità dei suoi componenti e come tale orientata dall'ordinamento al perseguimento di tale funzione”; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 143; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 192; contra, A. TRABUCCHI, *Natura legge famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 1 ss.; ID., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 1 ss.; ID., *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 329 ss.

¹⁴ P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, Torino, 2000, p. 11. L'A. afferma che i rapporti parafamiliari “labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, rimane l'istituzione”; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto, Atti del Convegno di Roma 3 dicembre 1987*, Napoli, 1988, p. 135 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., p. 509 ss.; M. BESSONE, *sub art. 29 Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura



diretta riconduzione del fenomeno alla succitata disposizione costituzionale, ha riconosciuto che la convivenza risente dei “connotati sostanziali tipici del rapporto matrimoniale”¹⁵. Sì che la tutela di queste situazioni andrebbe ricercata all’interno dell’art. 2, norma in grado di assicurare ampi spazi di libertà alle parti del rapporto, di conseguenza riconoscendo un ruolo preminente all’autonomia privata¹⁶.

Al riguardo, va peraltro evidenziato che se è indubbio il rilievo della famiglia fondata sul matrimonio all’interno del nostro sistema ordinamentale, è pur vero che, in qualche modo, anche la famiglia di fatto risenta in parte del complesso di norme e statuizioni predisposte per quella “legittima”¹⁷.

Quanto appena affermato trova ulteriore conforto proprio dalla legge approvata lo scorso anno.

3. Una lettura anche soltanto superficiale della parte della legge rivela una serie di problemi in merito alla disciplina dei rapporti patrimoniali delle parti.

In primo luogo, bisogna partire dalla definizione che il comma 36 dà dei conviventi – e, si badi, non della convivenza – ed analizzare anche la natura, più che la funzione, della dichiarazione anagrafica.

Ai sensi del comma 36 “ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile”.

Nel predisporre l’istituto, il legislatore non pare voler limitare la convivenza alle sole coppie eterosessuali, introducendo, così, un istituto che senz’altro può definirsi *gender neutral*¹⁸.

di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 32 e ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., in part. p. 245 e ss.; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 285; F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, (a cura di) S. Patti – M.G. Cubeddu, cit., p. 705 ss.; G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 930 ss.

¹⁵ Cfr. Corte Cost. 8 febbraio 1977, n. 556.

¹⁶ Corte Cost. 13 maggio 1988, n. 166.

¹⁷ Il carattere familiare delle convivenze è messa in luce da G. AUTORINO STANZIONE, *I rapporti familiari*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di P. Stanzone, Torino, 2013, p. 355 ss., laddove sottolinea che “il richiamarsi – come si vede – non a norme di diritto familiare, bensì al diritto comune, mortifica la dimensione “familiare” del fenomeno. Al contrario, qui ci troviamo di fronte a un fenomeno familiare che al pari della famiglia adottiva e della famiglia naturale si pone accanto alla famiglia legittima. [...] Ed allora la soluzione migliore è quella di rinvenire norme di applicazione specifica familiare, e norme invece ispirate a principi di diritto comune”.

¹⁸ La qualificazione neutrale delle convivenze di fatto nella l. 76/2016 è confermata da M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall’unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1792; nonché da G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 944.



La definizione lascia inalterata la natura puramente fattuale della convivenza, tesi ormai consolidatasi tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza; eppure, la scelta legislativa può interpretarsi, da un lato, quale adesione totale al suddetto indirizzo, concretizzando così la volontà di rimarcare la libertà del fenomeno – sebbene una simile impostazione contrasterebbe con i vincoli formali e sostanziali posti dalle disposizioni successive –, dall’altro lato, però, la qualificazione “di fatto” potrebbe riflettere una mancanza del legislatore che, proprio in sede di regolamentazione della fattispecie, sembra disattento nell’attribuirvi la giusta attenzione, continuando a qualificare come meramente fattuale una situazione della quale sta predisponendo la disciplina oltretutto lo strumento contrattuale¹⁹.

È chiaro che non serve alcun atto per costituire la situazione in esame, essendo sufficienti l’*affectio* tra le parti e la reciprocità di assistenza morale e materiale. Tuttavia, poiché il legislatore ha posto dei limiti (anche piuttosto rigorosi, poiché non specifica fino a che grado di parentela possa parlarsi di impedimenti di cui all’art. 87 cod. civ.) ed ha espressamente richiamato l’assistenza morale e materiale, non può dubitarsi che l’*affectio* sia riconducibile, *mutatis mutandis*, all’*affectio familiae* tipico della “famiglia tradizionale”. È altresì vero che, in tal caso, l’assistenza non si qualifica come un obbligo, a differenza di quanto disposto per il matrimonio (art. 86 cod. civ.) e le unioni civili (comma 11 l. 76/2016), bensì un fatto che, di concerto con gli altri presupposti, costituisce la convivenza.

Un dubbio, però, sorge in riferimento allo stato libero delle parti: inizialmente le unioni di fatto meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento erano soltanto quelle in cui nessun membro della coppia fosse sposato; in altre parole, le convivenze legittime erano quelle libere, e, viceversa, era “*illecita la convivenza che si stabilisca quando uno dei conviventi sia legato da precedente matrimonio*”²⁰. Eppure, la dottrina e la giurisprudenza degli ultimi due decenni hanno riconosciuto la possibilità di accordare meritevolezza anche alla coppia composta da chi sia in attesa di una sentenza di divorzio. Il legislatore, quindi, sembra fare un passo indietro rispetto al riconoscimento dei diritti dei conviventi²¹.

¹⁹ Cfr. E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in www.giustiziacivile.com, 01.04.2016, p. 8.

²⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *op.cit.*, p. 935.

²¹ Sul punto si v. F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla nuova legge*, in *Persona e Danno*, 24.06.2016, l’A. ritiene che si tratti di “una limitazione in contrasto non solo con la realtà sociale, ma anche con quella giuridica, frutto di lunghi anni di elaborazione dottrina e giurisprudenziale, anche ad opera della Corte costituzionale. Non si dubita più, infatti, che la condizione di separato legalmente non osti alla stabile convivenza con altra persona, posto che quella con il coniuge è cessata. Semmai l’ostacolo potrebbe essere ravvisato nella separazione meramente di fatto. Di conseguenza la legge ha dato luogo ad una dicotomia, perché le convivenze di fatto prive di risultanza anagrafica o con partner separato continueranno ad essere disciplinate dal diritto vivente giurisprudenziale”, disponibile al link <https://www.personaedanno.it/articolo/la-famiglia-di-fatto-e-le-unioni-civili-appunti-sulla-recente-legge->



Infatti, la questione non è di poco conto se si considera che lo stato libero è elemento fondamentale per la costituzione della convivenza di cui ai commi 36 ss. della legge in commento e per la relativa disciplina (compresa quella del contratto di convivenza). Ci si deve chiedere, allora, quali norme debbano applicarsi ai partner che, in spregio al comma 36, costituiscano una convivenza. Per dottrina significativa, semplicemente, in questi casi la legge speciale non può trovare applicazione, ma deve farsi riferimento al diritto comune, cioè a quegli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali che, fino all'entrata in vigore della recente riforma, hanno ispirato la materia. Si ritorna, così, ad una convivenza al di fuori degli schemi predisposti dall'ordinamento, la qual cosa non può che mostrare come la *ratio* stessa della legge sia frustrata da una forse eccessiva intromissione del legislatore in un ambito quanto mai labile, delicato e, soprattutto, libero, qual è quello del diritto di famiglia e degli istituti parafamiliari²².

Ancora, un'altra problematica collegata a quella che potrebbe definirsi come convivenza "atipica" – proprio perché non conforme allo schema predisposto dalla legge speciale – concerne la dichiarazione anagrafica che i partner devono effettuare per poter godere della disciplina predisposta dalla legge.

Il comma 37 prescrive 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) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223".

Discussa in dottrina è la natura della dichiarazione²³: la tesi minoritaria ritiene che si tratti di un elemento costitutivo della fattispecie, in assenza del quale la convivenza ex comma 36 non può configurarsi – o meglio, si costituisce sì una convivenza, che, tuttavia, non va ricondotta nello schema (tipico) di quello della riforma²⁴. L'indirizzo maggioritario,

francesco-gazzoni; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 864 ss.. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 209 ss.; *ID.*, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in M. Blasi – R. Campione – A. Figone – F. Mecenate – G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, p. 61 ss.; L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.iuscivile.it*, 2/2016; M. RIZZUTI, *Prospettiva di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, *www.giustiziacivile.com*, 12.05.2016, p. 10 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *www.iuscivile.it*, 2016, 6, p. 1 ss.

²² Sulla possibilità di tornare ad applicare le regole di diritto comune alle convivenze di fatto che non rispettano i requisiti di cui ai commi 36 ss. della riforma, si v. ancora F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla nuova legge*, cit.

²³ Il dibattito in merito alla natura della dichiarazione è proseguito anche in seguito al parere del Ministero dell'Interno in cui si afferma che il comma 37 "finalizza espressamente gli istituti propri dell'ordinamento anagrafico all'accertamento della stabile convivenza e non già alla costituzione della convivenza di fatto". Cfr. MINISTERO DELL'INTERNO, *Parere in merito all'applicazione del comma 36 dell'art. 1 della legge 76/2016 - Convivenze di fatto*, 6.2.2017.

²⁴ Cfr. F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015, n. 76*, in *NGCC*, 12/2016, p. 1738 ss., laddove, nel distinguere tra "convivenze registrate" e "convivenze non registrare", ritiene che il comma 37



al contrario, ritiene che la dichiarazione anagrafica abbia una mera funzione probatoria²⁵, che, peraltro, sarebbe confermata dall'utilizzo del termine "accertamento", poiché, come autorevolmente sostenuto, "si accerta una fattispecie già esistente e perfetta, non la si costituisce"²⁶. La valenza accertativa è messa in luce anche da un'altra tesi che ravvisa nella dichiarazione anagrafica ai sensi dell'art. 4, D.P.R. n. 223/1989 soltanto una modalità, tra tante possibili, per provare la sussistenza della convivenza²⁷.

La norma non solo tralascia di considerare quelle ipotesi in cui la convivenza non possa essere registrata per mancanza di stato libero di uno o entrambi i partner, ma, ingiustificatamente, richiede per la registrazione anagrafica la coabitazione. Anche qui, un ulteriore passo indietro da parte del legislatore se si considera che, in primo luogo, la coabitazione non è prevista tra i presupposti costitutivi della fattispecie ai sensi del comma 36, ma, soprattutto, non sono rare le coppie che, pur rispettando il dettato normativo in relazione all'*affectio* ed alla reciproca assistenza morale e materiale, non possano coabitare per ragioni lavorative.

Un tema, quest'ultimo, che è stato oggetto di alcune pronunce della Corte EDU: nella già citata decisione *Oliari & Others v. Italy*, al § 169, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che "[...] la Corte ha già accettato che l'esistenza di un'unione stabile è indipendente dalla convivenza. [...] Invero, nel mondo globalizzato di oggi diverse coppie, sposate, o che hanno contratto un'unione registrata, attraversano periodi in cui vivono la loro relazione a distanza, dovendo mantenere la residenza in paesi diversi, per motivi professionali o di altro tipo. La Corte ritiene che tale fatto non abbia di per sé alcuna incidenza sull'esistenza di una relazione stabile e sulla necessità che essa sia tutelata"²⁸.

vada interpretato "alla stregua di un completamento della definizione di cui al comma 36" e non anche, come sostenuto da altra dottrina, quale norma di disciplina.

²⁵ La legge in commento è piuttosto recente e la giurisprudenza sul tema è esigua, eppure, la questione relativa alla natura probatoria della dichiarazione anagrafica è stata affrontata dal Trib. Milano, sez. IX civ., ordinanza 31 maggio 2016, con nota di S. PELLEGGATTA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, in *Fam. e Dir.*, 10/2017, p. 893 ss. Nell'ordinanza del giudice milanese è stato affermato che "il convivere è un "fatto" giuridicamente rilevante da cui discendono effetti giuridici ora oggetto di regolamentazione normativa. Tant'è che la dichiarazione anagrafica è richiesta dalla legge 76 del 2016 «per l'accertamento della stabile convivenza», quanto a dire per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza fattuale". Si v. ancora P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in *NGCC*, 7-8/2017, p. 1074; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7/2016, p. 1786-1787. Contra, L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 96; e M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, cit., p. 9; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., p. 8.

²⁶ G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *NGCC*, 12/2016, p. 1769 ss.

²⁷ G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 1/2017, p. 14 ss.

²⁸ Si v., inoltre, i §§ 49 e 73 della sentenza *Vallianatos & Others v. Greece*, cui la Corte Edu rimanda nella decisione *Oliari & Others v. Italy*.



Dalla tesi della valenza costitutiva della dichiarazione anagrafica discendono effetti rilevanti: la mancata registrazione impedirebbe ai partner di porre in essere il contratto di cui al comma 50, benché le stesse, al fine di disciplinare i propri rapporti patrimoniali, potrebbero servirsi dei modelli contrattuali in uso fino all'entrata in vigore della legge n. 76/2016, con la conseguenza, tuttavia, di non poter opporre ai terzi quanto in essi contenuto, con una mera efficacia interna. Una simile disparità – tra conviventi “registrati” e “non registrati” – ha sollevato dubbi in dottrina circa la legittimità costituzionale della disposizione di cui al comma 37²⁹.

I problemi interpretativi relativi alla dichiarazione anagrafica, quindi, si spingono fino a riguardare non soltanto la tutela che l'ordinamento appresta alla convivenza come fatto, ma anche la regolamentazione del contratto di convivenza. Infatti, ai sensi del comma 50 “i conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza”.

Se si aderisce alla tesi che accorda alla registrazione una funzione meramente probatoria, le parti possono stipulare un contratto di convivenza anche in assenza di pubblicità, poiché gli unici requisiti necessari per la costituzione della convivenza, infatti, sarebbero quelli sanciti dal comma 36.

Viceversa, aderendo alla tesi per cui la convivenza non si costituisce se non al momento della registrazione anagrafica, deve negarsi validità al contratto in tal modo eventualmente concluso che, tuttavia, come già accennato, potrebbe avere efficacia meramente interna tra le parti.

Non può poi negarsi la rilevante contraddizione tra quanto disposto in merito alla dichiarazione ed all'iscrizione all'anagrafe dai commi 37 e 52. Infatti, il comma 37 richiama espressamente l'art. 4³⁰ del D.P.R. n. 223/1989, rubricato “Famiglia anagrafica”, mentre il comma 52 richiama l'art. 5³¹, rubricato “Convivenza anagrafica”.

Giusto il rimando all'art. 4 del citato D.P.R., la critica va rivolta al dettato del comma 52: se è vero che la convivenza di fatto ed il contratto di convivenza sono situazioni da

²⁹ G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 16. In ragione di quanto suesposto, l'autore raccomanda cautela nel sopravvalutare la funzione della dichiarazione.

³⁰ D.P.R. n. 223/1989, Articolo 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.”

³¹ D.P.R. n. 223/1989, Articolo 5, “Convivenza anagrafica”: “1. 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.

2. Le persone addette alla convivenza per ragioni di impiego o di lavoro, se vi convivono abitualmente, sono considerate membri della convivenza, purché non costituiscano famiglie a se stanti.

3. Le persone ospitate anche abitualmente in alberghi, locande, pensioni e simili non costituiscono convivenza anagrafica.”



tener distinte tra loro – essendo la prima un fatto ed il secondo un atto – è altresì vero che il contratto di convivenza, alla luce del comma 50, non può che originare dalla convivenza quale fatto, sicché non trova ragion d'essere il richiamo all'art. 5 di cui al comma 52.

Probabilmente, le questioni suesposte troveranno risoluzione nella giurisprudenza, ad oggi piuttosto esigua. In questa sede, però, non può che affermarsi la natura puramente probatoria della dichiarazione ex comma 37, più confacente al carattere fattuale della convivenza. Inoltre, questa soluzione sembra potersi dedurre anche dal comma 57 che, nel sancire le cause insanabili di nullità del contratto, non annovera la mancata dichiarazione, ma richiama alla lettera b) solo i presupposti di cui al comma 36³².

4. È noto che la disciplina dei rapporti patrimoniali all'interno delle cc.dd. famiglie di fatto sia opera di creazione dottrinale e giurisprudenziale, oltre che della pratica notarile³³.

Prima dell'attuale normativa, il problema principale riguardava l'inquadramento dei trasferimenti – o, più in generale, delle prestazioni – patrimoniali tra i conviventi, con particolare riguardo alla posizione del convivente debole. La questione, però, si atteggiava diversamente a seconda dell'esistenza o meno di un contratto che regolasse simili trasferimenti. Laddove le parti nulla avessero convenzionalmente previsto, lo strumento utilizzato per giustificare le prestazioni patrimoniali era stato individuato, quasi concordemente da dottrina e giurisprudenza, nella categoria delle obbligazioni naturali: in assenza di un vincolo giuridico imposto dalla legge o da un accordo, la giustificazione causale era individuata nell'adempimento di quegli obblighi morali o sociali di cui all'art. 2034 cod. civ.³⁴.

Va aggiunto poi che, in ossequio al dettato normativo, l'effetto della *soluti retentio* si verificava in presenza dei requisiti di adeguatezza e proporzionalità, da valutare caso per

³² L. n. 76/2016, comma 57: "Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse se concluso:

- a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza;
- b) in violazione del comma 36;
- c) da persona minore di età;
- d) da persona interdetta giudizialmente;
- e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile".

³³ Sul punto, si v., in particolare, R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014, *passim*; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 2007, p. 531 e ss; G. OBERTO, «voce Convivenza (contratti di)», in *Contr. impr.*, 1991, p. 377 e ss.

³⁴ L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, XLIII, Milano, 2004, p. 107; R. Nicolò, «Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali», in *Foro it.*, 1939, I, c. 41 e ss; E. Moscati, *Del pagamento dell'indebitato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Sub art. 2034*, Bologna-Roma, 1981, p. 355 e ss.



caso, in relazione alle circostanze concrete. In assenza di tali caratteristiche, l'azione posta a tutela delle ragioni del convivente che avesse ingiustamente pagato era quella di arricchimento ingiustificato ai sensi dell'art. 2041 cod. civ.³⁵.

L'obbligazione naturale, di certo si prestava ad assurgere a strumento avente funzione contributiva del *ménage*³⁶; eppure l'incoercibilità dell'obbligo che la caratterizza non riusciva a rispondere in maniera adeguata alle esigenze del partner dinnanzi all'inadempimento dell'altro.

Quanto, poi, agli accordi di convivenza, per lungo tempo l'attenzione è stata posta sul profilo della meritevolezza: trattandosi di formazioni sociali riconosciute come meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, non si dubitava che gli accordi posti in essere all'interno della convivenza potessero superare positivamente il giudizio previsto dal comma 2 dell'art. 1322³⁷.

Risolta quindi la questione sul riconoscimento degli accordi di convivenza, è stato necessario individuarne l'oggetto, o meglio, capire fino a che punto potesse spingersi l'autonomia privata all'interno di rapporti non esclusivamente patrimoniali. Difatti, alla luce della regola generale sancita dall'art. 1321 cod. civ., non si è dubitato che tali contratti fossero inidonei a vincolare le parti in relazione a profili di natura strettamente personale (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla impossibilità di obbligare il partner a continuare la convivenza); al contrario, la meritevolezza degli interessi perseguiti e la causa consistente nello scambio reciproco di prestazioni volte alla contribuzione del *ménage* familiare hanno giustificato la creazione e la diffusione di simili patti.

In particolare, sono stati utilizzati per individuare il regime dei beni acquistati durante la convivenza (di norma quello della comunione dei beni, anche se non si esclude la possibilità di prevedere un regime di separazione), o, ancora, per costituire dei *trust*.

Seppure, deve evidenziarsi la tendenza ad utilizzare gli accordi di convivenza per regolare i rapporti in seguito alla cessazione della convivenza.

Trattandosi in ogni caso di un contratto atipico, si è sentita poi la necessità di "tipizzare" quantomeno alcune clausole più ricorrenti nella pratica: in proposito, è intervenuto il Consiglio Nazionale del Notariato che, nel 2013, stante il *vulnus* legislativo, ha

³⁵ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2008, p. 175.

³⁶ G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Cont. e impr.*, 2004, p. 17 ss.

³⁷ Risolutiva in tal senso è stata la sentenza di Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 947, con nota di V. CARBONE. Inoltre, in passato si è discussa l'ammissibilità di un contratto avente ad oggetto l'assunzione di un'obbligazione naturale. La questione è stata esaminata da G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., che, escludendo che si possa parlare di un negozio novativo, ha concluso nel senso di attribuire agli accordi di convivenza una causa autonoma, individuabile nella reciprocità dei sacrifici dei partner, "mentre, rispetto a tale schema, la volontà di adempiere il preesistente dovere morale o sociale degrada al rango di semplice motivo".



redatto una guida operativa volta ad indirizzare i professionisti nella redazione dei contratti di convivenza³⁸.

5. La disciplina del contratto di convivenza trova sistemazione nei commi 50 ss. della nuova legge. Ai sensi del comma 50 “i conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza”.

La disposizione, in buona sostanza, non fa che ripetere il principio generale canonizzato dall’art. 1321 cod. civ. per cui il contratto deve riferirsi a rapporti patrimoniali, e, proprio per questo, sembra possa qualificarsi come norma di principio in relazione agli accordi tra conviventi, positivizzando una prassi negoziale ormai già riconosciuta dall’ordinamento³⁹.

In questo modo, infatti, si permette che gli obblighi posti a fondamento del matrimonio – fino a questo momento considerati incoercibili per i conviventi – trovino giuridicizzazione all’interno del contratto⁴⁰, con la conseguenza di assicurare maggior certezza a quelle che erano considerate mere obbligazioni naturali.

I maggiori problemi interpretativi, però, scaturiscono dal comma 53 laddove, dopo aver stabilito che il contratto deve recare “l’indicazione dell’indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo”, nell’individuare l’oggetto, afferma che “il contratto può contenere: a) l’indicazione della residenza; 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

³⁸ Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell’autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day, 30 novembre 2013*, Roma, 2013, il cui testo è disponibile al link http://www.notaicomolecco.it/wwwnotaileccocomoit/Downloads/Guida%20operativa_Contratti%20di%20convivenza.pdf.

³⁹ È indubbio che la norma risulti pleonastica, eppure v’è chi ne ha intravisto una portata “promozionale”. In tal senso, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 946. Il tema dell’autonomia privata nei rapporti familiari è stato esaminato anche da A. ZOPPINI, *Tentativo d’inventario per il “nuovo” diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in AA.VV., *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 1 ss; S. SICA, *Gentlemen’s agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, p. 232 ss; Id., *Famiglia di fatto e Cohabitation contracts*, in AA.VV. *Sistemi giuridici comparati: ipotesi applicative*, Salerno, 1997, p. 249 ss.; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 260 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 163 ss.; L. GATT, *autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale*, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 616 ss.; D. ACHILLE, *Contratto di convivenza e autonomia privata familiare*, ult. op. cit., p. 623 ss.

⁴⁰ S. SICA – M. MESSINA, *Famiglia non fondata sul matrimonio e autonomia negoziale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, op. cit., p. 409 ss.



patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile”.

Al riguardo, la dottrina maggioritaria si esprime nel senso di attribuire alla citata disposizione una funzione meramente esemplificativa: il “può” in essa contenuto, infatti, apre alla possibilità di interpretare la norma nel senso più ampio. Viceversa, individuare l’oggetto del contratto di convivenza soltanto nei tre elementi indicati dal legislatore costituirebbe un limite all’autonomia privata⁴¹ che, peraltro, può dirsi superato anche per le convenzioni e per gli atti aventi contenuto patrimoniale conclusi nell’ambito del matrimonio⁴² ed in vista della crisi coniugale⁴³.

In ogni caso, la norma è certamente da interpretarsi in senso restrittivo in relazione ai profili *mortis causa*: stante il divieto di cui all’art. 458 cod. civ., i conviventi non possono dar luogo a patti successori. Il legislatore, infatti, ha escluso una simile possibilità non prevedendo alcuna deroga al divieto; ciò fa sì che l’eventuale accordo concluso in spregio alla norma sarebbe travolto da nullità⁴⁴.

Quanto alle pattuizioni aventi effetti *inter vivos*, invece, se si ammette una lettura aperta del comma 53 devono considerarsi valide le disposizioni aventi ad oggetto la costituzione di *trust* e vincoli di destinazione. Com’è stato osservato in precedenza, l’interesse parafamiliare sotteso alle situazioni in esame potrebbe fungere da meritevole causa per i vincoli di cui all’art. 2645 *ter* cod. civ. Inoltre, già prima della legge in commento era invalsa la prassi da parte dei conviventi di servirsi di tali strumenti ed, in particolare, di costituire vincoli di destinazione.

⁴¹ Si v. L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, cit., p. 1788; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in NLCC, 3/2016, p. 396; C. COPPOLA, *I rapporti patrimoniali dei conviventi di fatto*, in *Trattato di Diritto di Famiglia - Vol. V: Unione civile e convivenza di fatto*, diretto da G. Bonilini, Torino, 2017, p. 767.

⁴² Il riferimento è ai cc.dd. accordi prematrimoniali ed alla loro sempre più tendente accettazione e, segnatamente, alla proposta di legge n. 2669 presso la Camera dei Deputati. In proposito, si v. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell’autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in NLCC, 1/2017, p. 191 ss.

⁴³ Il fenomeno della contrattualizzazione del diritto di famiglia è stato esaminato da G. FERRANDO, *Autonomia privata e rapporti familiari (note a margine del libro di Giuseppa Palmieri)*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, p. 652; S. PATTI, *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, I, p. 197 ss.; C. VERDE, *Profili evolutivi dell’autonomia negoziale nelle relazioni di tipo “familiare”*, in www.juscivile.it, 2014, 2, p. 39 ss.; V. ZAMBRANO, *«Accordi della crisi coniugale» antichi assiomi e profili evolutivi*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, (a cura di) C. Cicero – G. Perlingieri, Napoli, 2017, p. 1491 ss.

⁴⁴ Tra l’altro, la previsione di una deroga al divieto di cui all’art. 485 cod. civ. era contenuta in una vecchia formulazione del ddl; tuttavia, è stata eliminata durante l’iter di approvazione parlamentare. Sui profili successori, si v. E. FERNANDES, *Il regime successorio degli uniti civilmente e dei conviventi di fatto*, in questa *Rivista*, settembre 2017; una ricostruzione in chiave comparata è offerta da F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi: Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2016, *passim*.



Al contrario, osta alla costituzione di un fondo patrimoniale quanto disposto dalla lettera c) del comma 53 che, rinviando alla sola Sezione III del Titolo VI del Libro I del Codice, estende sì ai conviventi il regime di comunione dei beni, ma, contestualmente, li esclude dalla costituzione del fondo ex art. 167 cod. civ. nonché dalla possibilità di dar vita a regimi convenzionali della comunione⁴⁵.

Tuttavia, sempre che si propenda per un'interpretazione estensiva del comma 53 – che, a questo punto, sembra quasi doverosa –, si tratterebbe di impedimento più formale che sostanziale poiché la medesima funzione del fondo patrimoniale ben può essere assolta da un vincolo di destinazione⁴⁶.

Inoltre, sebbene il comma 53 non rinvii espressamente alle norme relative al regime di separazione dei beni ed ai regimi convenzionali, quello successivo consente di modificare il regime prescelto in qualsiasi momento, aprendo così la strada all'ipotesi che i conviventi, tramite modifiche o accordo novativo del precedente, possano gestire i propri interessi patrimoniali ricalcando gli schemi di cui agli artt. 210-219 cod. civ.⁴⁷.

Altro profilo problematico della legge in commento è rappresentato dal comma 56 vieta l'apposizione di termini o condizioni che, se previsti, si considerano per non apposti (*vitiatur sed non vitiat*)⁴⁸.

In precedenza non si dubitava che gli effetti degli accordi di convivenza potessero essere legati alla durata della relazione affettiva o, in ogni caso, potessero essere ancorati al verificarsi di un evento (futuro e certo o incerto) individuato da entrambe le parti⁴⁹.

La tesi secondo cui il divieto di apposizione di termine o condizione si riferirebbe al contratto e non anche alle singole clausole non pare accettabile, specie perché, altrimenti, lo

⁴⁵ T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, cit., p. 396; ID., *Il fondo patrimoniale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, cit., II, p. 1686 ss.

⁴⁶ G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, p. 400 ss.; ID., *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giurisprudenza Italiana*, gennaio 2016, p. 239 ss.

⁴⁷ In tal senso G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 954.

⁴⁸ La disposizione è stata definita “quanto mai improvvista” da G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 944. Si v. anche M. GRONDONA, *Comma 56*, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, op. cit., p. 669 ss.

⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 21.12.2012, n. 23713 in cui la Suprema Corte ha considerato lecita, alla luce dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 comma 2, l'apposizione di una condizione ad una convenzione matrimoniale: “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, o con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri o 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, secondo comma c.c.”; R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, cit., p. 95 ss.



stesso divieto non avrebbe ragion d'essere. Pertanto, interpretando la disposizione nel senso che alcun termine o condizione può essere previsto all'interno del contratto, va da sé che non possa formare oggetto del contratto di convivenza una qualsivoglia clausola diretta a mantenere la coabitazione per un determinato periodo o, ancora, che sia diretta ad imporre un obbligo di fedeltà. Siffatte previsioni non potrebbero trovare accoglimento nel nostro ordinamento in quanto in contrasto con l'ordine pubblico ed il buon costume.

Il divieto di apporre termini e condizioni alla convenzione si mostra ancora più stringente laddove è previsto che le parti non possano stabilire un *quantum* da corrispondere nel caso di rottura della convivenza.

Il problema dell'utilizzo dello strumento di cui all'art. 1382 cod. civ. ha sempre interessato la dottrina, che, in certi limiti, ne ha ammesso la liceità: già prima della legge in esame, infatti, si tendeva ad escludere la possibilità per i conviventi di inserire nel contratto una clausola penale collegata all'ipotesi in cui uno dei partner fosse stato infedele o avesse interrotto la convivenza. La convivenza, quale fatto caratterizzato dalla libertà e dalla mancanza di prestazioni a contenuto patrimoniale, non poteva essere fonte di coazione della libertà stessa.

Eppure, è stata avanzata la possibilità di inserire nel contratto una clausola non già penale, bensì premiale (es.: prevedo a tuo favore una somma di danaro per ogni anno di continuazione della convivenza). In tal modo si muterebbe la funzione della penale: da strumento sanzionatorio e di predeterminazione del risarcimento del danno a mezzo di incentivo per la parte a favore della quale è prevista⁵⁰. La mancata previsione di una prestazione patrimoniale, infatti, farebbe venir meno la contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume che, invece, caratterizza l'inserimento della penale in simili accordi ed è sanzionata con la nullità della singola pattuizione. Nondimeno, anche la clausola premiale ha suscitato vari interrogativi da parte della dottrina che non ha mancato di sottolineare come pure una simile previsione possa incidere nella sfera di libertà del partner che sarebbe indotto a continuare una convivenza, o a tenere un dato comportamento, all'unico scopo di incrementare il *quantum* dedotto nella pattuizione⁵¹.

Peraltro, anche laddove tale ultima clausola si consideri meritevole, essa sarebbe egualmente subordinata all'avveramento di un evento futuro ed incerto e, di conseguenza, andrebbe incontro alla suesposta nullità.

⁵⁰ Sulla possibilità di apporre una clausola "premiale" al contratto di convivenza, v. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Torino, 1991, p. 197 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, p. 749 ss.; F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, (a cura di) S. Patti – M.G. Cubeddu, op. cit., p. 726; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, (a cura di) T. Auletta, Milano, 2007, p. 82.

⁵¹ L. BARDARO, *Accordi interni tra conviventi*, in *La prova e il quantum*, (a cura di) P. Cendon, Milano, 2013, p. 528 ss.; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 94 ss.; E. DEL PRATO, *Famiglia*, I, 2002, p. 977.



Quest'ultimo motivo consente poi di negare che l'autonomia contrattuale dei conviventi possa spingersi fino al punto di accordarsi sull'eventuale corresponsione, a favore della parte che versi in stato di bisogno a seguito della cessazione della convivenza, un assegno di mantenimento⁵². In effetti, il comma 65 riconosce alla parte bisognosa il diritto agli alimenti, rimettendo al giudice l'accertamento dei presupposti per l'attribuzione. Trattasi di una scelta di politica legislativa che esclude la previsione di un assegno di mantenimento, rinviando alle sole disposizioni in tema di alimenti⁵³. Un profilo di giustificazione può essere rinvenuto nella necessità di tutelare entrambe le parti del rapporto e l'equilibrio tra prestazioni (laddove, per esempio, anche le condizioni economiche del partner economicamente forte possono diminuire nel corso del tempo e non fondare più le future attribuzioni patrimoniali).

Sembra però più plausibile che il legislatore, in questa sede, abbia inteso rimarcare la differenza tra convivenza di fatto dal matrimonio, al contempo ingerendosi nella sfera di autonomia negoziale dei conviventi laddove non gli accorda il diritto di predeterminare e regolamentare quegli interessi patrimoniali che sorgono a causa della patologia del rapporto.

Eppure, i timori del legislatore, specie per quanto riguarda gli eventuali profili contrattuali di non conformità a norme imperative ed all'ordine pubblico, dovrebbero essere – se non scongiurati – quantomeno attenuati dall'obbligo di controllo riposto in capo all'avvocato o al notaio (comma 51) presso cui le parti si recano per l'autenticazione o per la redazione.

I commi 53 e 56 della legge, dunque, palesano quella accennata confusione del legislatore che, seppure in parte, tenta di equiparare il contratto di convivenza all'atto matrimoniale. Tuttavia, si tratta di due atti differenti, ai quali, pertanto, non può destinarsi la medesima regolamentazione⁵⁴; sebbene sia indubbio che la funzione dello strumento

⁵² Sulla liceità di tali clausole, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 129 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in *Trattato del Contratto*, VI, (a cura di) V. Roppo, Milano, 2006, p. 105 ss.; R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, cit. p. 149 ss. Contra, T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 43 ss.; E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 1, p. 14 ss.

⁵³ Una previsione in tal senso era invece contenuta nel disegno di legge, ma anch'essa è stata elisa durante il procedimento di approvazione parlamentare. Se ne rammarica G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. p. 948. Sul punto, anche F. DANOVÌ, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 1005 ss.; A. Fusaro, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, op. cit., p. 660; M. VELLETTI, ult. op. cit., p. 671 ss.

⁵⁴ Cfr. G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. p. 592 quando afferma che "L'evidente confusione delle due ben diverse prospettive ha portato ai risultati attuali: da un lato l'attribuzione, a chi faceva valere istanze di parità di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali, di un evidente ed avvilente *minus* rispetto al matrimonio; dall'altra, l'imposizione a chi chiedeva una



contrattuale destinato a disciplinare i profili della convivenza sia influenzato, almeno in parte, dalla medesima funzione che caratterizza i negozi familiari.

È vero che la disciplina della convivenza risente inevitabilmente dell'influenza delle regole previste in tema di coniugio che, però, non possono applicarsi *sic et simpliciter* senza tener in considerazione la circostanza che ciò che caratterizza la convivenza, e ancor di più il contratto che da essa può eventualmente scaturire, è la libertà. Difatti, il *discrimen* tra i due tipi di unione, è sottolineato in apertura della legge dallo stesso legislatore che, seppure in riferimento alle sole unioni civili, richiama le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. e non anche l'art. 29 Cost. e di questa diversa caratterizzazione ontologica delle varie figure di nuova introduzione si sarebbe dovuto tener conto nell'iter di stesura della legge.

La ragione di questo (parziale) accostamento e la conseguente ingerenza del legislatore nella sfera patrimoniale dei conviventi, allora, potrebbe leggersi nel senso di voler tutelare il partner debole, assimilando la sua figura a quella del coniuge.

Intesa così la *ratio* dell'intervento legislativo, andrebbe considerata con favore l'ipotesi di conclusione del contratto in esame quale fonte di obbligazioni a carico del solo proponente. Infatti, lo strumento disciplinato dall'art. 1333 cod. civ. permetterebbe alla parte forte di assumere su di sé soltanto le obbligazioni derivanti dalla convivenza, tenendo in qualche maniera indenne la parte debole. Allo stesso modo, appare configurabile nell'ambito della convivenza un contratto a favore di terzo.

Quanto finora esaminato fa apparire chiaro che il legislatore ha probabilmente sottovalutato l'importanza della materia che introduceva nel nostro ordinamento. Pertanto, è auspicabile che alcuni correttivi siano apportati alla disciplina del contratto di convivenza; in particolare, dovrebbe essere lo stesso legislatore ad intervenire al fine di rinforzare i punti deboli della legge. Rimettere la risoluzione dei profili problematici unicamente al formante giurisprudenziale rischierebbe di dar luogo ad un quadro fin troppo disomogeneo, che, invece, dovrebbe essere scongiurato proprio in applicazione dei principi che il nostro ordinamento garantisce per la tutela degli interessi preminenti della famiglia.

Dunque, il pur lodevole intento di garantire un equilibrio tra le posizioni di entrambi i partner dovrebbe trovare un contemperamento con l'esigenza di assicurare agli stessi degli

regolamentazione "leggera" di una forma di unione diversa da quella coniugale, di pesi, oneri ed orpelli paramatrimoniali, del tutto superflui, se non addirittura dannosi. Questo è proprio il caso del citato comma 56, che si "giustifica" in un'ottica puramente "matrimoniale", posto che, mentre ha un senso stabilire che il matrimonio, per la "gravità" 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, non ha, invece, costruito alcuno stabilire lo stesso principio per un contratto che, come quello di convivenza, si colloca all'interno di un genus caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l'apposizione di termini e condizioni risulta un quid del tutto "normale". 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".



ampi spazi di libertà contrattuale che, invece, sono limitati anche in riferimento agli elementi patrimoniali.

Com'è stato autorevolmente scritto, "l'autonomia negoziale non è un valore in sé"⁵⁵, nel senso che gli interessi e gli scopi che intendono perseguire devono essere bilanciati con le esigenze di garanzia del soggetto contrattualmente svantaggiato ed esige sempre un giudizio di meritevolezza⁵⁶. Eppure, proprio perché la convivenza non è inquadrabile in schemi predeterminati, ma, anzi, risulta fisiologicamente modellata sugli interessi di ogni singola coppia⁵⁷, i rigorosi limiti introdotti dalla legge rischiano di non garantire il soddisfacimento di interessi che, in concreto, ben potrebbero superare positivamente il suddetto controllo.

È indubbio che il contratto così come previsto dalla normativa vigente – con tutti i dubbi ermeneutici che continua a suscitare – non abbia ricevuto una grande applicazione nella realtà sociale. Il timore è un ritorno alla disciplina di diritto comune, caratterizzata da un elevato grado d'incertezza (seppure più chiara di quella oggetto della riforma!) e capace però di elidere quegli spazi garantistici favorevoli al partner debole con la conseguenza finanche di frustrare o comunque svilire la *ratio legis*.

⁵⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 942.

⁵⁶ S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., p. 232 ss.; S. SICA – M. MESSINA, *Famiglia non fondata sul matrimonio e autonomia negoziale*, op.cit., p. 409 ss.

⁵⁷ L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Tratt. Bessone*, I, Torino, 2010, *passim*; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, *passim*; ID., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 219; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 138; F. VARI, *Unità nella diversità: famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario*, in AA.VV., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 209 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, p. 1043.