

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



CONTRIBUTI DI:

Paolo Grossi
Luigi Ferrajoli
Aurelio Gentili
Claudio Scognamiglio

Enrico Quadri
Luigi Balestra
Giuseppe Conte
Giovanni D'Amico

Francesco Macario
Roberto Mastroianni



GIUFFRÈ EDITORE

Direzione

Giuseppe CONTE (Università di Firenze) - Fabrizio DI MARZIO (Corte di Cassazione)

Comitato di direzione

Fabio ADDIS (Università di Brescia) - Luigi BALESTRA (Università di Bologna) - Giovanni D'AMICO (Università di Reggio Calabria) - Stefano DELLE MONACHE (Università di Padova) - Raffaele DI RAIMO (Università del Salento) - Francesco MACARIO (Università di Roma Tre) - Marcello MAGGIOLO (Università di Padova) - Emanuela NAVARRETTA (Università di Pisa) - Fabio PADOVINI (Università di Trieste) - Michele PERRINO (Università di Palermo) - Claudio SCOGNAMIGLIO (Università di Roma "Tor Vergata")

Consiglio scientifico

Guido ALPA (Università "La Sapienza" di Roma)	Matthias MAHLMANN (Universität Zürich)
Mads ANDENAS (University of Oslo)	Marco MARAZZA (Università "Universitas Mercatorum")
Andrea BIONDI (King's College London)	Roberto MASTROIANNI (Università di Napoli "Federico II")
Jean-Sébastien BORGHETTI (Université Panthéon-Assas)	Andrea MORA (Università di Modena)
Alexandra BRAUN (University of Oxford)	Peter Arnt NIELSEN (Københavns Universitet)
Mario CAMPOBASSO (Seconda Università di Napoli)	Luca NIVARRA (Università di Palermo)
Paolo CAPPELLINI (Università di Firenze)	Mauro ORLANDI (Università di Roma "Tor Vergata")
Brian CHEFFINS (University of Cambridge)	Gianmaria PALMIERI (Università del Molise)
Claudio CONSOLO (Università "La Sapienza" di Roma)	Andrea PANZAROLA (Università LUM "Jean Monnet")
Paoloefisio CORRIAS (Università di Cagliari)	Giovanni PERLINGIERI (Seconda Università di Napoli)
Enrico DEL PRATO (Università "La Sapienza" di Roma)	Carlos PETIT (Universidad de Huelva)
Giovanni DORIA (Università di Roma "Tor Vergata")	John PHILLIPS (King's College London)
Gillian DOUGLAS (Cardiff University)	Giorgio RESTA (Università di Bari)
Francesco FIMMANÒ (Università del Molise)	Luigi Antonio ROVELLI (Corte di Cassazione)
Toni M. FINE (Fordham University)	Massimo RUBINO DE RITIS (Seconda Università di Napoli)
Giusella FINOCCHIARO (Università di Bologna)	Giuseppe SANTONI (Università di Roma "Tor Vergata")
Andrea FUSARO (Università di Genova)	Franco SCARPELLI (Università di Milano-Bicocca)
Henry B. HANSMANN (Yale Law School)	Henry E. SMITH (Harvard Law School)
Mark GEISTFELD (New York University)	Lorenzo STANGHELLINI (Università di Firenze)
Aurelio GENTILI (Università di Roma Tre)	Umberto TOMBARI (Università di Firenze)
Stefan GRUNDMANN (European University Institute)	George TRIANTIS (Stanford Law School)
Fabrizio GUERRERA (Università di Messina)	Gianroberto VILLA (Università Statale di Milano)
Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ (Universidad de Valencia)	Graham VIRGO (University of Cambridge)
Paola LUCARELLI (Università di Firenze)	Stefan VOGENAUER (University of Oxford)
	Nancy A. WELSH (Penn State University)

Redazione

Paola CILLO, Alessandra CAVUOTO

Concept e graphic design

Ad Maurizio Maselli/Digital Kitchen

Composizione e stampa

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Indice

PAOLO GROSSI

Sulla odierna fattualità del diritto p. 11

LUIGI FERRAJOLI

Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità p. 27

AURELIO GENTILI

L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina p. 47

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

Dignità dell'uomo e tutela della personalità p. 67

ENRICO QUADRI

Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata p. 95

LUIGI BALESTRA

Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale p.133

GIUSEPPE CONTE

The Italian Way of Mediation p.163

GIOVANNI D'AMICO

Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è) . p.197

FRANCESCO MACARIO

Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino p.227

ROBERTO MASTROIANNI

La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati p.283

Gli Autori di questo fascicolo p.319

Convivenza *more uxorio* e autonomia contrattuale

L'A. – sulla scorta del rilievo acquisito, a livello costituzionale, dalla famiglia non fondata sul matrimonio e della pari dignità da attribuirsi alla convivenza omosessuale – indaga le modalità di espressione ed i limiti dell'autonomia privata nella regolamentazione dell'unione di fatto, considerandone partitamente l'incidenza sugli aspetti personali e sugli interessi di indole patrimoniale, non senza apprezzare l'impiego dello strumento testamentario nell'ottica della soddisfazione delle aspettative legate all'apertura della successione del *partner*.

133

In the last few decades, more and more couples – even same-sex couples – have chosen to live together rather than get married for a variety of reasons. In this context, the Essay focuses on the characteristics and on the limits of cohabitation agreements, underlining that our legal system is likely to provide for a number of restrictions on the parties' ability to contract freely when non-economic interests are at stake, whereas it widely recognizes the freedom to regulate economic aspects of cohabitation. Nonetheless, the freedom of contract may be subject to greater restrictions in the field of inheritance.

Sommario: 1. La rilevanza della convivenza *more uxorio*. – 2. La convivenza omosessuale. – 3. Gli interessi patrimoniali scaturenti dalla convivenza. – 4. Contratto di convivenza e adempimento dell'obbligazione naturale. – 5. Contratto atipico? – 6. La regolamentazione degli interessi personali. – 7. (*Segue*): e degli interessi patrimoniali. – 8. La forma. – 9. La tutela sul piano successorio.

1. - La rilevanza della convivenza *more uxorio*.

La convivenza c.d. *more uxorio* è un fenomeno ormai da lungo tempo diffuso nella realtà sociale che ha indotto i legislatori di molteplici Paesi a dettare, sia pure secondo modalità e con contenuti estremamente differenti, una disciplina parallela a quella matrimoniale ¹.

In Italia manca una disciplina omogenea che, sulla falsa riga di quanto stabilito per i coniugi, contempli uno statuto della coppia non coniugata. Il convivente *more uxorio* viene nondimeno in considerazione, mediante una vera e propria equiparazione alla figura del coniuge, in numerose disposizioni legislative ². Ciò accade perché le difficoltà di natura politica, sperimentate negli ultimi lustri allorquando si è tentato di introdurre una disciplina organica, si dissolvono ogniqualvolta l'oggetto dell'intervento consista, più genericamente, nella regolamentazione di interessi tipicamente inerenti alla sussistenza di un legame affettivo; in queste occasioni si assiste, quasi sotto silenzio, all'emersione della figura del convivente quale soggetto titolare di interessi aventi un chiaro substrato familiare-affettivo. Possono menzionarsi, con riferimento agli interventi più recenti, l'art. 417 c.c. – richiamato dall'art. 406 c.c. – così come modificato dalla legge introduttiva dell'amministrazione di sostegno; norma che, indipendentemente da ogni disquisizione in merito al fatto se la figura della persona stabilmente convivente possa evocare anche soggetti diversi dal convivente *more uxorio*, inquadra il convivente tra i componenti della famiglia. Emblematico – sotto il profilo dell'atteggiamento tenuto dal legislatore, poco incline come detto a impegnarsi in una discussione politica sul tema delle convivenze, ma per nulla riottoso ad estendere al

¹ Cfr. per un'ampia panoramica M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005, 47 ss.

² Per un'indicazione v. L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, Bologna, 2008, 1035 ss.

convivente *more uxorio* la disciplina in ordine a specifici interessi concernenti il coniuge – è l'art. 5 della legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, ove la chiara equiparazione della coppia convivente a quella coniugata, con l'ovvia precisazione, tenuto conto degli specifici interessi da regolamentare, che deve trattarsi di coppia maggiorenne di sesso diverso. La rilevanza della norma in questione si accresce viepiù se si considera che l'apertura nei confronti delle coppie di fatto è contenuta in una legge etichettata come fortemente restrittiva, soprattutto se comparata all'esistente nel panorama internazionale, frutto di specifiche scelte ideologiche³.

La convivenza *more uxorio* non può essere annoverata tra i rapporti di fatto, in quanto essa ha una propria dimensione nonché una rilevanza giuridica che si ricava, ancor prima che dalla sopra menzionata legislazione ordinaria, dalla riconduzione del fenomeno, per opinione ormai acquisita, nell'alveo dell'art. 2 Cost.⁴ L'espressione «di fatto», sovente adoperata per indicare la convivenza non originata dal matrimonio, è in grado di identificare unicamente l'origine del rapporto, essendo del tutto inidonea a svolgere una funzione qualificatrice sotto il profilo della rilevanza giuridica⁵. Peraltro, nella ricerca dell'anzidetta rilevanza, risulterebbe scor-

³ Un'ulteriore e recente novità normativa è stata rappresentata dall'art. 4, comma 2, della legge sull'affidamento condiviso (l. n. 54 del 2006) ove si stabilì che le relative disposizioni si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati. Sia pur con la precisazione che le norme in questione concernono anche soggetti che non abbiano mai convissuto e che, comunque, trattasi di disposizioni che hanno quale primario obiettivo la tutela degli interessi della prole, non v'è dubbio che la norma si collocasse nel solco di quel processo – inaugurato con l'art. 317-bis c.c. introdotto a suo tempo con la riforma del diritto di famiglia – basato sulla consapevolezza che esistono forme differenti di organizzazione familiare nell'ambito delle quali il fenomeno della filiazione trova esplicazione. A seguito della recentissima riforma della filiazione tutta la disciplina ha trovato una nuova collocazione sistematica (artt. 337-bis/337-octies c.c.), ribadendosi l'applicazione di una disciplina comune in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio.

⁴ Per una ricostruzione del dibattito avutosi a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, v. M. BESSONE, *sub* art. 29 Cost., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, in part. 32 ss., ove si affermava che soltanto un autentico pregiudizio ideologico poteva condurre ad escludere, in assenza di figli, la natura di formazione sociale della convivenza *more uxorio*; il dibattito in Italia ebbe modo di svilupparsi soprattutto in seguito a un importante convegno tenutosi a metà degli anni Settanta del secolo scorso: AA.VV., *La famiglia di fatto*, in Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereggio-Parma, 1977.

⁵ In senso diametralmente opposto 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,

retto muoversi in una prospettiva atomistica, vale a dire collegata alle singole disposizioni che in modo disorganico regolamentano specifici interessi, in quanto, alla luce dell'art. 2 Cost., la convivenza *more uxorio* condensa un rapporto integralmente e complessivamente volto a consentire lo sviluppo della personalità di ognuno dei protagonisti ⁶.

Il riconoscimento del rango di formazione sociale è giunto a metà degli anni Ottanta del secolo scorso anche dalla Corte costituzionale, ancorché il Giudice delle leggi – è bene precisarlo – abbia sempre negato l'equiparabilità della convivenza *more uxorio* alla famiglia fondata sul matrimonio, in ciò salvaguardando la specificità dell'art. 29 Cost. quale norma destinata a riservare una dignità giuridica superiore alla coppia coniugata ⁷.

La sussistenza di interessi meritevoli di protezione nell'ambito della convivenza *more uxorio* – testimoniata, come detto, dal crescente numero di disposizioni legislative che equiparano la posizione del convivente a quella del coniuge – deve dunque indurre l'interprete, conformemente al ruolo demandatogli al cospetto dell'ordinamento civilistico e indipendentemente da qualsiasi intervento legislativo in merito, a interrogarsi circa la tutelabilità degli interessi di volta in volta azionati. In assenza di una previsione legislativa occorrerà argomentare, oltre che dal sistema del diritto patrimoniale comune – nei casi in cui, come frequentemente accade, vengano in rilievo profili di carattere patrimoniale –, anche dalla disciplina dettata per la famiglia legittima, all'uopo verificando se l'istituto astrattamente invocabile presupponga necessariamente il matrimonio. Di modo che, il problema della famiglia non fondata sul matrimonio non si porrà nei termini di una rigida alternativa tra non tutela e tutela – e quindi come equiparazione totale alla famiglia legittima ⁸ – ma come problema di

34, per il quale «parlare della famiglia di fatto come entità giuridicamente rilevante è un non senso (...)».

⁶ L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1118.

⁷ Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353; cfr. da ultimo Corte cost., 27 marzo 2009, n. 86, in *Corr. giur.*, 2010, 97, con nota di NASCIMBENE. Più di recente v. la presa di posizione con riferimento alla convivenza *more uxorio* omosessuale (cfr. nota 22).

⁸ Per l'applicazione in via analogica della tutela prevista per la famiglia legittima, si pronuncia F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, in part. 245 ss., ove comunque vengono escluse quelle norme aventi come *ratio* la celebrazione del matrimonio; nonché G. FURIGUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 285; cfr. anche P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia di fatto*, in

regolamentazione dei singoli rapporti, siano essi quelli che vedono coinvolti i conviventi tra di loro, ovvero quelli tra genitori e figli o quelli con i terzi⁹. L'esigenza di impedire ogni equiparazione alla famiglia legittima¹⁰ non pare dunque porsi in contrasto con la possibilità che i problemi più scottanti cui la famiglia di fatto può dar luogo, soprattutto nel momento in cui si manifesta la crisi, possano essere risolti attingendo a quei principi espressione della solidarietà tipica dei rapporti affettivi. In questa prospettiva, che finisce col ridimensionare le forti implicazioni ideologiche che la tematica propone, ed apre, conseguentemente, qualche spiraglio in più verso la predisposizione di forme di tutela, l'interprete potrà infatti desumere dalla disciplina della famiglia legittima alcuni principi generali per risolvere i problemi più significativi che si pongono con riferimento alla famiglia di fatto, purché si tratti di principi che abbiano un contenuto essenzialmente generalizzabile¹¹.

2. - La convivenza omosessuale.

Il rilievo acquisito dalla famiglia non fondata sul matrimonio a livello costituzionale pone peraltro la necessità di verificare se, al cospetto dell'ordinamento, il rango di formazione sociale *ex art. 2 Cost.* compete anche alle convivenze omosessuali, vale a dire a quelle unioni – sempre più emergenti nella realtà sociale – in cui v'è carenza di un requisito fonda-

AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 143, il quale tuttavia sottolinea come questa impostazione presenti degli eccessi; da ultimo, si è pronunciato a favore di un largo ricorso all'analogia, specialmente con riguardo alla disciplina prevista per la separazione personale tra i coniugi, P. SCHLESINGER, *Diritti e doveri nella coppia*, in F.B. D'USSEAU-A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2001, 140. Contrari all'applicazione della disciplina dettata per la famiglia legittima, A. TRABUCCHI, *Pas pour cette voie s'il vous plait*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 353; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 4; per la generale inestensibilità della disciplina dettata per la famiglia legittima, v. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 18 ss.

⁹ Cfr. G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. e dir.*, 1998, 184.

¹⁰ Sottolineata, in una prospettiva comparatistica, da A. DE VITA, *Note per una comparazione*, in F.B. D'USSEAU-A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, cit., 171.

¹¹ Cfr. F.D. BUSNELLI-M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, cit., 131-132; E. ROPPO, *Come tutelare la famiglia di fatto*, in *Pol. dir.*, 1980, 20 ss., in part. 24, il quale propone l'adozione di uno statuto delle coppie conviventi che assicuri alla famiglia di fatto un minimo di giuridicità; *contra* L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., 4.

mentale per contrarre matrimonio; sicché la mancata formalizzazione dell'unione non è, contrariamente a quanto accade per le coppie eterosessuali (almeno per quelle in cui i *partners* non siano legati da precedenti vincoli matrimoniali), frutto di una libera scelta.

Lo studio delle convivenze in Italia ha, a differenza di quanto accaduto all'estero, essenzialmente riguardato le unioni eterosessuali, essendo stato il tema delle convivenze omosessuali relegato sovente a margine delle trattazioni, quando non addirittura totalmente obliterato. L'atteggiamento di parte della dottrina è ancor oggi improntato a cautela ¹² e, in alcuni casi, si caratterizza per un tendenziale rifiuto verso qualsivoglia equiparazione ¹³.

¹² Cfr. E. ROPPO-A.M. BENEDETTI, voce *Famiglia di fatto* (postilla), in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1999, 1; dello stesso Benedetti si veda tuttavia il recente lavoro *Tutto ciò che è reale è...naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 589, che, sia pure in chiave problematica volta a sottolineare la necessità di un vaglio esterno ed interno, contiene aperture nei confronti del matrimonio di persone dello stesso sesso.

¹³ Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014, 20, nota 48; v. anche E. QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, 293; perentorio anche M. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 144: «(...) va espunta la relazione omosessuale dall'ambito della famiglia di fatto, qualunque dimensione e funzione ad essa voglia in concreto attribuirsi»; v. anche C. COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Famiglia*, 2003, I, 697-698; A. SEGRETO, *Il convivente more uxorio nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1989, 824; P. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 912 ss.; G. BONILINI, *La famiglia*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, coordinato da Zoppini, vol. I, t. 2, 2009, 81. Un'apertura, a prescindere dalle questioni legate al matrimonio, verso il fenomeno delle unioni omosessuali si riscontra in T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, I, 409; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, diretto da P. SCHLESINGER, 276 ss.; M. SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, I, 702; F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Studi in memoria di Cantelmo*, II, Napoli, 2003, 676 ss.; L. BALESTRA, *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, in *Famiglia*, 2002, I, 440 ss.; R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Juris*, 2000, 1066 ss.; G. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, 125 ss.; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, I, 970, che definisce paraconiugale una convivenza tra persone dello stesso sesso; A. SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 713; F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003, 17, ove si fa riferimento all'art. 2 Cost. In conclusione, tuttavia, l'A. (36-37) esclude decisamente, sia *de iure condito* che *de iure condendo*, ogni assimilazione di tale fenomeno tanto alla famiglia legittima quanto, parzialmente, all'unione di fatto; M. IEVA, *I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane*, in E. MOSCATI-A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, 279-280; C. PETTITI, *I diritti attuali nelle famiglie di fatto: attualità e futuro*, in *Famiglia*, 2003, I, 1021; O. MAZZOTTA, *Le relazioni omosessuali in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 163 ss.; A. CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, I, 107 ss.

La mancanza di dati testuali che facciano riferimento alle convivenze omosessuali deve armonizzarsi con quanto dispone l'art. 2 Cost.¹⁴, norma che si presta – stante il suo carattere aperto con chiara vocazione al pluralismo – a racchiudere ogni esperienza capace di garantire il pieno sviluppo della persona umana. Beninteso, all'interprete è affidato un compito delicato quanto essenziale, poiché non ogni indiscriminata relazione tra individui di natura affettiva può essere annoverata tra le formazioni sociali di cui alla norma in questione. La prospettiva lungo la quale esprimere la valutazione è, evidentemente, quella dell'ordinamento, e non quella particolare dei singoli protagonisti della relazione affettiva col proprio bagaglio di idee, aspirazioni, desideri, alle volte bizzarri e totalmente innaturali¹⁵; ma di un ordinamento che, in questa materia più che in altri settori, atteso il «pluralismo atipico» delle formazioni sociali¹⁶, deve sapersi confrontare con quanto accade nella realtà allo scopo di individuare l'insieme dei valori condivisi su cui poggia la pacifica convivenza civile¹⁷. Il tutto deve avvenire con la matura consapevolezza che i valori, cui fanno capo tutte le leggi dell'operare umano e, dunque, anche quelle giuridiche¹⁸, «non sono conoscibili direttamente, né per dimostrazione, né per intuizione. Dei valori è possibile soltanto una conoscenza analogica, mediata dalle idee di valore che si formano nello spirito umano, selezionate in base al riscontro di figure tipiche, e quindi esemplari, di comportamento»¹⁹.

¹⁴ Norma alla stregua della quale l'omosessualità deve essere considerata come situazione meritevole di protezione, in quanto esplicazione della libertà di vivere le proprie preferenze sessuali senza condizionamenti e restrizioni: così Cass., 25 luglio 2007, n. 16417, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 271, con nota di PIZZORNO.

¹⁵ L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1123 ss.

¹⁶ Questo non significa che vi sia un'indifferenziata valorizzazione delle formazioni sociali, all'uopo occorrendo che esse siano idonee a favorire il libero sviluppo della persona: cfr. A. BARBERA, *Sub art. 2*, in A. SCIALOJA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 109, ove ulteriormente si precisa la non necessità che siano precipuamente rivolte a tale scopo.

¹⁷ Cfr. sul problema dei valori condivisi L. BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 16 ss.; sulla necessità di un confronto aperto sui valori quando si affrontano temi legati alla famiglia, v. C. SALVI, *La famiglia tra neogiurismo e positivismo giuridico*, in *Studi in memoria di Cantelmo*, II, Napoli, 2003, in part. 892.

¹⁸ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 4ª ed., Milano, 1992, 20 ss.

¹⁹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 14 ss., il quale si sofferma sul «problema centrale della scienza giuridica; il problema della fondabilità conoscitiva dei valori».

La vicenda francese conclusasi con l'approvazione a fine millennio della legge sul Pacs può fornire elementi di riflessione al fine di tentare un approccio scevro da pregiudiziali ideologiche. Al di là di quello che si è portati comunemente a pensare, la normativa sul Pacs è primariamente caratterizzata dall'introduzione di una norma con cui si è dettata una definizione, con chiara valenza precettiva, di *concubinage* idonea a comprendere la relazione omosessuale (art. 515-8 *code civil*); si è così inteso sconfessare la Corte di cassazione che, per ben due volte, aveva negato l'equiparabilità della convivenza omosessuale a quella eterosessuale. Invero, la chiusura dei Supremi giudici aveva dato luogo ad un'ampia riflessione sfociata nel descritto intervento del legislatore il quale, con posizione certamente più progredita dell'interprete, ha saputo cogliere i cambiamenti in atto della società francese.

Nel contesto italiano – considerata la sostanziale riluttanza del legislatore a intervenire su tematiche gravide di implicazioni per quel che concerne le scelte fondamentali dell'individuo incidenti sullo sviluppo della persona – un ruolo di primo piano è ricoperto dall'interprete²⁰, la cui sensibilità è chiamata a porsi in relazione d'ascolto con quanto accade nell'esperienza in rapporto all'insieme delle relazioni affettive; ciò al fine di coglierne – beninteso attraverso un'attività di selezione condotta alla luce dei principi costituzionali – la dimensione di formazione sociale. In presenza di una convivenza omosessuale dotata dei caratteri, ormai comunemente individuati, affinché una relazione tra due individui possa essere qualificata *more uxorio*, la scelta di non procedere ad un'assimilazione – chiaramente con riguardo ai rapporti cosiddetti orizzontali – potrebbe apparire, a differenza di quella che nega l'accesso al matrimonio, connotata da irragio-

²⁰ La giurisprudenza italiana, pur essendosi occupata raramente di controversie relative alla convivenza omosessuale, ha in più di una occasione significativamente proceduto all'equiparazione della convivenza omosessuale a quella eterosessuale: cfr. Trib. Roma, 20 novembre 1982, n. 13445, in *Temì Romana*, 1983, 379; Trib. Firenze, 11 agosto 1986, in *Dir. eccl.*, 1989, II, 367; v. anche Trib. Milano, 1 luglio 1993, in *Gius.*, 1994, 103; Corte Ass. Torino, 19 novembre 1993, in *Riv. pen.*, 1994, 55; Trib. Milano, 13 novembre 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 409, con nota di BILOTTA; l'annotatore dà conto di un analogo provvedimento inedito pronunciato dal Gup del Tribunale di Roma di cui ha dato notizia la stampa nell'estate del 2007 (F. BILOTTA, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?*, *ivi*, 413, nota 1).

nevolezza²¹. La stessa Corte costituzionale di recente, sollecitata ad intervenire in ordine alla prospettata questione di legittimità costituzionale di una serie di norme del codice civile nella parte in cui non ammettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha esplicitamente affermato che l'unione omosessuale è annoverabile tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.²². Per cui ben può affermarsi che, al cospetto dell'ordinamento, la convivenza omosessuale deve essere equiparata a quella eterosessuale e che, pertanto, essa è idonea a esprimere interessi meritevoli di tutela. Il corollario è che i conviventi *more uxorio* omosessuali, oltre ad essere destinatari di tutte quelle disposizioni legislative il cui termine di riferimento soggettivo sia il convivente *more uxorio* (eccezion fatta per la richiamata norma in tema di procreazione medicalmente assistita), devono essere collocati sullo stesso piano dei conviventi eterosessuali con riferimento alle prerogative a questi ultimi riconosciute in ordine all'esplicazione dell'autonomia contrattuale al fine di regolamentare gli interessi scaturenti dalla comunione di vita²³.

3. - Gli interessi patrimoniali scaturenti dalla convivenza.

141

La stabilità degli affetti e la comunione di vita che caratterizzano la famiglia di fatto non possono non comportare ripercussioni sul piano patrimoniale, nel senso di creare un legame tra due sfere patrimoniali in

²¹ Il ricorso, sotto il profilo argomentativo, alla ragionevolezza costituisce ormai un momento imprescindibile del giudizio di legittimità costituzionale – e, più in generale, dell'esercizio di tutte le pubbliche funzioni – nonostante le evidenti difficoltà di afferrarne con precisione il significato e la portata: cfr. L. PALADIN, voce *Ragionevolezza* (principio di), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 899 ss.; nonché l'ampio studio di A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 1 ss., ove si pone in luce che «dietro lo schermo della “ragionevolezza” la Corte costituzionale ricomprende una pluralità di oggetti differenti».

²² Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, pubblicata su molteplici riviste tra cui *Giur. it.*, 2011, 537, con nota di BIANCHI; successivamente Cass., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, pubblicata tra le altre riviste in *Giur. it.*, 2012, 1767, con nota di CALEVI e in *Fam. e dir.*, 2012, 665, con nota di GATTUSO, la quale, nell'ambito della nota questione dell'impossibilità di trascrivere il matrimonio omosessuale celebrato all'estero, in un lungo *obiter* è giunta ad affermare l'esistenza di un diritto alla vita familiare dei componenti la coppia omosessuale e del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia.

²³ Non condivisibile appare, alla luce di quanto sin qui osservato, l'opinione di E. CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano, 2000, 15, secondo cui vi sarebbe la possibilità di un'obiezione di coscienza del notaio chiamato a ricevere un accordo contrattuale tra *partners* omosessuali.

precedenza assolutamente distinte. La relazione affettiva determina l'intrecciarsi dei patrimoni facenti capo ai conviventi, i quali, in misura più o meno marcata, appaiono destinati a soddisfare le esigenze derivanti dal vivere insieme come coniugi. Esigenze che non solo sono espressione della necessità di soddisfare bisogni imprescindibili di vita, ma, in modo più ampio, possono ad esempio sottendere la volontà di manifestare il proprio affetto verso il *partner* mediante regali o acquisti che rappresentino un investimento nell'interesse della stabile unione. Di qui la necessità di precisare la natura e il regime applicabile alle elargizioni effettuate da un convivente all'altro per provvedere ai bisogni derivanti dalla vita in comune ovvero con l'intento di realizzare una liberalità. Si tratta ancora di accertare se il convivente che non sia stato parte del contratto di acquisto di un bene possa vantare qualche pretesa sul piano della titolarità o, quantomeno, sotto il profilo obbligatorio; e, inoltre, se ciò possa avvenire per il sol fatto che un bene sia stato acquistato durante la convivenza o in virtù di una contribuzione o di una collaborazione fornita.

In assenza di una disciplina assimilabile a quella dettata per i coniugi, il settore dei rapporti patrimoniali palesa situazioni di debolezza bisognose di tutela, che si manifestano in tutta la loro evidenza alla cessazione della convivenza. Invero, la rottura rappresenta il momento in cui con maggiore forza emergono i nodi problematici della fattispecie. Proprio in relazione a tale momento risulta evidente la funzione che potrebbe svolgere il contratto; e, tuttavia, non può trascurarsi come l'evidente utilità che per i conviventi, o almeno per quello economicamente più debole, lo strumento contrattuale presenta, si scontri con le difficoltà insite nella stessa decisione di concludere un contratto che si proponga di disciplinare situazioni a chiara connotazione affettiva, soprattutto allorquando ciò avvenga in una prospettiva di dissoluzione dell'unione. Difficoltà che sono per lo più di natura psicologica, considerato che un contratto siffatto andrebbe stipulato proprio nel momento in cui il rapporto funziona, cioè in un momento in cui si è portati a ritenere che il substrato affettivo di cui esso è permeato impedirà il sorgere di ogni problematica o, comunque, ne consentirà il superamento senza che si creino attriti. In altri termini, il contratto – strumento tradizionalmente preposto alla risoluzione di un conflitto di interessi – dovrebbe essere stipulato in una fase – quella

dell'inizio o dello svolgimento della relazione di coppia – in cui non è in atto alcun conflitto di interessi e, quindi, nella mera previsione del suo possibile profilarsi.

Lo strumento contrattuale, che è certamente da incoraggiare, rappresenta dunque – nella prospettiva di tutela essenzialmente legata al sopraggiungere della crisi del rapporto affettivo – un'alternativa all'operatività (per così dire in via automatica) delle regole del diritto patrimoniale comune. Esso consente di decretare l'emersione e, quindi, la rilevanza del rapporto affettivo – e delle sue specifiche caratteristiche – con riferimento agli interessi patrimoniali scaturenti dal predetto rapporto.

4. - Contratto di convivenza e adempimento dell'obbligazione naturale.

Il contratto di convivenza è volto a dettare la regola di governo degli interessi patrimoniali scaturenti dall'instaurazione di un vincolo a forte connotazione affettiva ²⁴. I profili di natura personale rimangono fuori dall'area della contrattualità e, qualora vengano presi in considerazione dai conviventi, pongono immediatamente l'interrogativo non solo e non tanto della validità della specifica clausola, ma della specifica incidenza sul complesso delle pattuizioni contrattuali. La consapevolezza della difficoltà – per non dire alle volte dell'impossibilità – di scindere i molteplici interessi collegati alla comunione degli affetti, ha fatto sì che la dottrina occupatasi del tema si sia sempre data carico di valutare la liceità di tali contratti alla luce del buon costume e dell'ordine pubblico, sottolineando la necessità che ogni valutazione al riguardo venga effettuata in relazione al contenuto dei singoli contratti ²⁵.

Rispetto a un intervento del legislatore volto a introdurre uno statuto delle convivenze non matrimoniali, il contratto è concepito dalla dottrina, con

²⁴ M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in G. BONILINI-G. CATTANEO (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, 2^a ed., II, Torino, 2007, 531 s.

²⁵ Oltre a M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., si veda G. OBERTO, voce *Convivenza* (contratti di), in *Contr. impr.*, 1991, 377 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, 85 ss.; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., 978 ss.

varietà di opinioni ²⁶, come strumento esclusivo, ovvero concorrente o alternativo.

Il giudizio sulla validità di un siffatto contratto è sempre stato apertamente condizionato, almeno nelle impostazioni della dottrina che in modo specifico si è occupata del tema, dalla questione degli effetti dell'obbligazione naturale e, più in particolare, dalla possibilità di attrarre il relativo adempimento nello schema negoziale attraverso l'assunzione di un obbligo di effettuarlo. Ed invero in passato un autorevole studioso, in una prospettiva concernente in via generale la possibilità di esplicitare l'autonomia contrattuale con riferimento alle obbligazioni naturali, con limpidezza di pensiero affermava che «se la *causa novandi* non è sufficiente (...) a creare sulla base di un'obbligazione naturale un'obbligazione civile, a maggiore ragione si deve ritenere che la nuova obbligazione costituita come strumento per adempiere la prima, non può essere mai un'obbligazione civile. Il negozio destinato a creare il nuovo obbligo, sarebbe irrimediabilmente un negozio senza causa perché nessuna funzione praticamente rilevabile, se si elimini quella di accertamento, potrebbe esercitare sul rapporto preesistente» ²⁷. Tali conclusioni si inserivano in un quadro in cui l'attenzione era essenzialmente indirizzata a valorizzare e a collocare la portata delle singole regole e degli Istituti secondo una prospettiva di razionalità sistematica, piuttosto che a porre l'accento sugli interessi tutelabili al cospetto dell'ordinamento nella sua complessità. In epoca contemporanea l'impostazione della problematica deve avvenire su basi diverse, adottando una prospettiva volta a privilegiare gli interessi emergenti dal sistema, ancor più quando essi si riferiscano allo sviluppo della persona umana. Senza poi

²⁶ Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., 156 ss.; E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, 41; A. TRABUCCHI, *Pas pour cette voie s'il vous plait!*, cit., 349 ss.; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., in part. 144 s.; A. ZOPPINI, *Tentativo di un inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI-A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., 29; P. ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazione di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, I, 346.

²⁷ R. NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, I, c. 41 ss. Recentemente, per un'impostazione che ricalca sostanzialmente quella tradizionale, v. M. PROTO, *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi fuori dal matrimonio*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, in part. 264 ss., il quale assume a base del ragionamento un presupposto ad avviso di chi scrive non condivisibile: il collocamento della convivenza da parte del legislatore nell'ordinamento extrastatuale.

dimenticare come, nell'ambito di un dibattito colto, si sia posta in luce la necessità di guardare alla persona umana in una prospettiva unificante dei molteplici interessi inerenti all'essere, che valga a superare «l'insufficienza di una tutela esclusivamente riferita alle tecniche di azione proprie del diritto soggettivo»²⁸.

La meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso un contratto volto a «garantire» l'adempimento di doveri morali e sociali – doveri che, peraltro, in una situazione come quella del genere descritto, assumono una specifica connotazione in termini assistenziali-solidaristici²⁹ – non pare dunque poter essere messa in discussione³⁰. D'altra parte la tutela riservata, quanto meno in via indiretta alla stregua degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., alla libertà di stipulare donazioni³¹ – e, dunque, di concludere un atto volto a perseguire finalità non necessariamente altruistiche e/o solidaristiche – conduce, a maggior ragione, ad attribuire piena efficacia al contratto mediante il quale venga assicurato l'adempimento del dovere morale³². In definitiva, anche alla luce della rilevanza assunta dagli interessi scaturenti dalla convivenza *more uxorio* sul piano costituzionale, non par dubbio sia possibile sganciare la tematica in questione da quella concernente gli effetti dell'obbligazione naturale³³.

Il porre l'accento sulla meritevolezza degli interessi perseguiti rende d'altra parte privo di specifica utilità il tentativo, operato dalla dottrina che si

²⁸ N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, in part. 420 ss.

²⁹ L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, diretto da P. SCHLESINGER, XLIII, Milano, 2004, 107.

³⁰ V. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., 163-164.

³¹ V. E. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2ª ed., Milano, 2011, 77.

³² L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 108; fa proprio quest'ordine di idee Trib. Bologna, 16 febbraio 2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 403, con nota di BARDARO; v. già Trib. Bologna, 7 agosto 2010, commentata da BALESTRA, *Contratto di convivenza, transazione e adempimento dell'obbligazione naturale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 921 ss.; in giurisprudenza sulla meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso un contratto di convivenza si è pronunciato a più riprese il Tribunale di Savona (24 giugno 2008, n. 549, in *Fam. e dir.*, 2009, 385, con nota di ASTIGGIANO; 7 marzo 2001, in *Fam. e dir.*, 2001, 529, con nota di DOGLIOTTI; 29 giugno 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 596, con nota di FERRANDO).

³³ Già in passato v. C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, 114; P. RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965, 437; più di recente cfr. E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, sub art. 2034*, Bologna-Roma, 1981, 355 ss.; L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 375 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., in part. 144 ss.; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 534 ss.

è specificamente occupata del tema dei contratti di convivenza, di dimostrare l'autonomia della causa di detti contratti rispetto alla preesistente obbligazione naturale attraverso l'istituzione di una corrispondenza biunivoca tra la prestazione oggetto dell'obbligazione naturale e una controprestazione, giuridica o «naturale» che, al limite, potrebbe consistere nell'obbligo di effettuare il lavoro domestico³⁴; ciò che, nelle intenzioni dei propugnatori, servirebbe a relegare la volontà di adempiere il dovere morale e sociale sul piano dei motivi. Si tratta di una ricostruzione che, del resto, costringe a ricorrere allo schema della donazione ogniqualvolta l'esplicazione dell'autonomia contrattuale – come spesso accade, posto che nei contratti stipulati tra persone legate da un vincolo affettivo per soddisfare interessi scaturenti dal predetto vincolo la corrispettività non è, per ragioni facilmente intuibili, un obiettivo normalmente perseguito – non abbia dato luogo alla sopra descritta corrispondenza biunivoca.

5. - Contratto atipico?

146

Il contratto di convivenza, nelle trattazioni dedicate al tema, è normalmente concepito quale strumento atipico attraverso il quale i conviventi regolamentano i molteplici interessi connessi al vivere insieme come coniugi suscettibili di realizzazione mediante prestazioni di natura patrimoniale³⁵. Nondimeno accade sovente che i conviventi, avendo di mira la soddisfazione di uno specifico interesse, utilizzino schemi contrattuali tipici, così come può accadere allorquando si ricorra alla stipulazione del contratto di comodato con riferimento alle esigenze legate alla disponibi-

³⁴ G. OBERTO, voce *Convivenza* (contratti di), cit., 373 ss.; Id., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 156 ss.; più di recente Id., *Contratto e famiglia*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, 359 ss.; seguito da P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, 2ª ed., Torino, 2008, 175; nonché da L. GREGGINI FRANCINI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, in D. AMRAM-A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, 2011, 340; addirittura ad avviso di M. BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, Padova, 1992, 209, nel caso in cui un solo partner disponga di risorse patrimoniali, di modo che solo questi si obblighi al mantenimento, potrà presumersi l'illiceità della convenzione.

³⁵ Per la possibilità di stipulare un contratto di convivenza anche con riferimento alle comunità non modellate secondo il vincolo di coniugio, v. F. DE SCRILLI, *Convivenza e situazioni di fatto. I patti di convivenza*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, 2ª ed., I, t. 1, Milano, 2011, 1157.

lità di una casa d'abitazione ³⁶. Si tratta allora di stabilire se la convivenza, che rappresenta il substrato che decreta il sorgere degli interessi che spingono i *partners* a dettarne la regolamentazione, abbia un rilievo nell'identificazione e nella qualificazione dei predetti interessi.

Ora non par dubbio che, in un contesto in cui l'inquadramento degli spostamenti patrimoniali, sotto il profilo causale, non può prescindere dall'identificazione degli interessi effettivamente e concretamente perseguiti, appaia incongruo arrestarsi ad una mera considerazione della funzione astratta del tipo contrattuale prescelto. La capacità di cogliere gli interessi effettivamente perseguiti consente di operare una chiara qualificazione dello spostamento patrimoniale ogniqualvolta, per aver i conviventi concordato che soltanto uno di essi sopporti un sacrificio patrimoniale, risulti astrattamente invocabile lo spirito di liberalità.

Proprio con riferimento all'attribuzione del godimento di un immobile può farsi l'esempio, tratto da un caso giurisprudenziale, della costituzione del diritto di usufrutto senza corrispettivo da parte di un convivente a favore del *partner* mediante scrittura privata. La qualificazione in termini di contratto di convivenza (*rectius*: del contratto in quanto volto a realizzare interessi precipuamente legati alla relazione affettiva) consente di superare l'eccezione di nullità fondata sul difetto di forma nonché quella per mancanza di causa ³⁷. Il che avviene in tutti quei casi in cui risulti impos-

³⁶ Cfr. Cass., sez. III, 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 339, con nota di BERNARDINI, con riferimento al comodato; cfr. B. DEL DOTTO, *Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 883, ove in relazione alla sentenza dianzi citata si afferma che non è da escludere che la giurisprudenza si fosse già in passato occupata di contratti di convivenza celati sotto le mentite spoglie di «contratti di mantenimento»; M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in E. MOSCATI-A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., 98; v. anche C. COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, cit., 726 ss, ove con riferimento alla possibilità di realizzare donazioni indirette, ampio esame degli strumenti tipici idonei «ad offrire ai coniugi di fatto soluzioni diversificate a seconda delle specifiche esigenze».

³⁷ Cfr. Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Fam. e dir.*, 2001, 529, con nota di DOGLIOTTI, il quale ha disatteso le argomentazioni del convenuto, tendenti ad asserire la nullità della scrittura privata per mancanza di forma (nel caso fosse stata configurata una liberalità) o per mancanza di causa (qualora si fosse ravvisato un atto a titolo oneroso), rilevando come la scrittura dovesse essere inquadrata nell'ambito degli accordi volti a regolamentare la convivenza. Così motiva la sentenza: «(...) i contratti in forza dei quali i conviventi *more uxorio* danno un qualche assetto al loro rapporto sono da ritenersi leciti e validi quali contratti atipici, sempre che non contrastino con norme di ordine pubblico, imperative e che non siano connotati dalla

sibile configurare lo spirito di liberalità del disponente, per esser questi stato mosso dalla volontà di provvedere alle esigenze abitative del *partner*. Il discorso sin qui condotto non deve, ben inteso, condurre a qualificare qualsiasi spostamento patrimoniale tra conviventi in termini di soddisfazione degli interessi precipuamente collegati all'esplicazione della convivenza. Così come accade per i coniugi, anche per i conviventi non può aprioristicamente escludersi l'esistenza dello spirito di liberalità ovvero di una causa onerosa. In un caso come quello dianzi prospettato della costituzione di un diritto di usufrutto a favore del *partner*, se una qualificazione in termini di liberalità è certamente da escludere allorquando si sia inteso provvedere alle esigenze abitative del beneficiario, non par dubbio che maggiori dubbi possano profilarsi allorquando l'usufrutto riguardi un immobile non destinato a soddisfare le descritte esigenze (nel qual caso occorrerà indagare se, ad esempio, lo spostamento patrimoniale non abbia inteso compensare l'apporto domestico ed extradomestico da parte dell'usufruttuario nello svolgimento della vita in comune).

Quel che in definitiva si vuol porre in luce è che negli spostamenti patrimoniali che avvengano tra soggetti legati da un intenso legame affettivo occorre una sensibilità particolare dell'interprete nel saper cogliere, sulla base di tutte le concrete circostanze accertate, gli interessi concretamente perseguiti dalle parti, all'uopo rifuggendo dalla tradizionale alternativa onerosità/gratuità (=liberalità).

6. - La regolamentazione degli interessi personali.

La natura di formazione sociale, rilevante *ex art. 2 Cost.*, ormai comunemente attribuita alle convivenze *more uxorio* – e ciò indipendentemente dall'elemento della diversità di sesso dei componenti – se da un lato decreta *ex se* la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la stipulazione di un contratto di convivenza, dall'altro esclude in radice che il sol fatto di regolamentare la convivenza *more uxorio* possa comportare una messa in discussione dell'esplicazione dell'autonomia contrattuale sotto il

cosiddetta causa turpe. I contratti atipici, ai sensi dell'art. 1322 c.c., sono ammissibili sempre che perseguano interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento».

profilo dell'ordine pubblico o del buon costume ³⁸. In altri termini, la scelta di regolamentare è in linea generale esente da censure sotto i profili dianzi richiamati, i quali possono venire prepotentemente alla ribalta solo con riferimento ai contenuti dell'atto di autonomia. Questo perché, alla stregua di quanto si è avuto già modo di porre in luce, v'è da operare una netta cesura tra gli interessi personali e quelli patrimoniali, potendo il contratto occuparsi solo di questi ultimi.

Risulta pertanto evidente l'impossibilità di rendere giuridicamente vincolante un accordo contenente clausole volte a disciplinare l'impegno a convivere ovvero interessi inerenti alla sfera strettamente personale ³⁹. Un impegno siffatto non si sottrarrebbe a una valutazione in termini di nullità neppure in quelle ipotesi in cui esso acquisisse rilevanza indirettamente attraverso la previsione di una clausola penale del tipo: ti darò la somma X se ti sarò infedele o se ti abbandonerò prima o dopo una certa data ⁴⁰. Si è peraltro distinto tra clausole penali, come detto nulle, e clausole aventi natura «premiale» (ad es.: «ti prometto che ti darò cento se tra dieci anni coabiterai ancora con me»), in relazione alle quali è stata sostenuta la piena liceità ⁴¹. La distinzione ha suscitato non poche perplessità in considerazione del condizionamento che in tal modo verrebbe inevitabilmente a instaurarsi con riferimento al potere di autodeterminazione inerente a

³⁸ Un esame della tematica in G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, 362 ss.

³⁹ Sono così nulle le clausole che disciplino le prestazioni sessuali ovvero le scelte in ordine alla procreazione: cfr. G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 368-369; nonché G.A.M. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, (Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 174-2008/C), 27.

⁴⁰ G. OBERTO, voce *Convivenza*, cit., 373 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 364 ss.; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 540 ss.; in precedenza già F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., 164 s., il quale nondimeno ammette la possibilità di concordare il pagamento di una somma in caso di rottura ingiustificata; v. F. BRUNETTA D'USSEAU, *Accordi in diritto tedesco*, in F.B. D'USSEAU-A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, cit., 112, ove l'indicazione di una decisione dell'*Oberlandesgericht* di Hamm che ha dichiarato nullo un accordo che prevedeva il pagamento di una somma considerevole da parte di un convivente qualora avesse posto fine all'unione. Ciò in quanto, in definitiva, si trattava di una penale lesiva della libertà di determinazione della persona; v. anche V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003, 157 ss.

⁴¹ G. OBERTO, voce *Convivenza*, cit., 380; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 364 ss.; cfr. M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 542 ss.; V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, cit., 165-166.

scelte fondamentali dell'individuo⁴². Ciò perché se è vero che, a differenza della penale, in tal caso non è configurabile una sanzione per l'«inadempimento», non è men vero che il riconoscimento di un'utilità patrimoniale condizionata alla permanenza di un vincolo affettivo per un certo periodo di tempo o, per fare un altro esempio, all'accertamento della mancata violazione del dovere morale di fedeltà, determina pur sempre l'instaurazione di un rapporto obbligatorio avente come momento di incidenza la soddisfazione di un interesse di natura tipicamente personale⁴³.

Diversa valutazione può prospettarsi in ordine alle clausole che concernano la regolamentazione dei rapporti con i figli, tenuto conto che dalla legislazione, anche recente, emergono importanti riconoscimenti in merito all'esplicazione dell'autonomia negoziale in ordine a tali rapporti⁴⁴. Si tratta, evidentemente, di clausole che – quand'anche contenute nell'ambito di un contratto di convivenza – non assumono natura contrattuale e, comunque, sono sempre suscettibili di revisione e di messa in discussione nella prospettiva della realizzazione del superiore interessi dei figli.

Può evidentemente accadere che un contratto contenga una o più clausole nulle, in quanto aventi ad oggetto altresì la regolamentazione dei profili personali. In tal caso, occorrerà far capo alla normativa di diritto comune

⁴² Cfr. A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., 94 ss., per il quale, nel caso di clausole c.d. premiali l'interesse all'evento dedotto in condizione assume un significato talmente preciso da richiedere un'assimilazione all'ipotesi in cui la prosecuzione del rapporto di convivenza venga dedotta come oggetto di un'obbligazione; dubbioso anche E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., 977.

⁴³ Per una critica decisiva v. G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 27 ss., il quale pone in luce come in tal modo il problema della struttura del rapporto (di cui è incontestata la natura non economica) si risolva trasponendone in modo surrettizio lo svolgimento sul piano patrimoniale: per il tramite della pattuizione del corrispettivo, si «finisce per postulare (surrettiziamente, dicevamo, e con logica circolare) la patrimonialità di qualsiasi tipo di condotta».

Esclusa la possibilità di dedurre in condizione in modo indifferenziato ogni comportamento destinato ad incidere sulla sfera strettamente personale, si è nondimeno affermata la validità di una clausola premiale coincidente con la scelta di un corso di studi o con l'avvio di una professione: G.A.M. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, cit., 27 ss.; per una differenziazione v. altresì M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 542 ss., il quale propende per la validità di una clausola del tipo ti darò cento se tra dieci anni coabiterai ancora con me, sottolineandone nondimeno l'assimilazione alla donazione.

⁴⁴ Nel sistema previgente alla recente riforma del diritto di famiglia cfr. art. 317-bis c.c. vecchia formulazione nonché art. 155, commi 2 e 4, c.c. abrogato. Nella nuova disciplina cfr. art. 337-ter, commi 2 e 4, c.c.

in tema di nullità parziale nella consapevolezza che, al risalente orientamento tradizionale volto ad incentrare l'indagine sulla volontà reale o ipotetica delle parti al momento della conclusione del contratto, si è ormai sovrapposto un orientamento – condiviso in dottrina e in giurisprudenza – giusta il quale l'indagine, volta a stabilire se la nullità parziale abbia comportato la nullità dell'intero contratto, deve essere compiuta alla luce di criteri rigorosamente oggettivi ⁴⁵.

7. - (*Segue*): e degli interessi patrimoniali.

Il contratto di convivenza intende precipuamente disciplinare uno o più interessi patrimoniali scaturenti dalla relazione affettiva, il che può accadere sia nella prospettiva fisiologica del rapporto sia in vista di una futura ed eventuale patologia. Esso è normalmente stipulato all'inizio o durante lo svolgimento della convivenza. Nulla esclude nondimeno che lo strumento contrattuale venga utilizzato al momento della dissoluzione dell'unione al fine di governare le reciproche pretese scaturenti, sul piano patrimoniale, dall'intercorsa convivenza ⁴⁶. Se dal punto di vista terminologico l'espressione contratto di convivenza in questo caso può a prima vista apparire inappropriata, non v'è dubbio che il contratto disciplinante, al termine della relazione affettiva, uno o più profili patrimoniali debba essere inquadrato tra i contratti di convivenza in quanto volto a incidere su interessi scaturenti dalla relazione affettiva.

Per quel che concerne gli interessi regolamentabili, vengono primariamente in considerazione le clausole attraverso le quali si disciplinano i profili contributivi ⁴⁷, prevedendo la messa a disposizione di beni o di

⁴⁵ Cfr. M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, 112 ss.

⁴⁶ Cfr. Trib. Bologna, 7 agosto 2010, cit., con riferimento a un contratto stipulato al momento della cessazione dell'unione e qualificato dai medesimi conviventi transazione, con cui essi esplicitavano la volontà di procedere all'adempimento spontaneo di un'obbligazione naturale mediante la previsione del pagamento mensile di una somma da effettuarsi per dodici anni. All'accordo si perveniva in seguito alle pretese avanzate dalla convivente in relazione: 1) all'attività da costei svolta a favore della S.n.c. di cui era socio il convivente; 2) più genericamente, alla pregressa convivenza *more uxorio*.

⁴⁷ Cfr. la decisione del Trib. Savona, 29 giugno 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 596, con nota di FERRANDO, la quale, con riferimento a un patto che prevedeva l'obbligazione di contribuire per quote uguali, tenuto conto che nel frattempo uno dei conviventi era rimasto privo di

somme periodiche ovvero la regolamentazione dell'attività lavorativa domestica o extradomestica (ad es. collaborazione nell'attività d'impresa o professionale del convivente)⁴⁸. Non par dubbio che attraverso il contratto di convivenza si possa prevedere, anche per un periodo determinato, l'obbligo di mantenimento a favore del convivente economicamente più debole, eventualmente anche nella prospettiva di una dissoluzione dell'unione⁴⁹. Si tratta di uno dei profili maggiormente interessanti nella prospettiva di una disciplina dei rapporti tra conviventi, soprattutto allorché vi sia una significativa differenza di condizioni patrimoniali ovvero uno dei conviventi abbia rinunciato a svolgere un'attività lavorativa o a perseguire determinati obiettivi professionali. A tal fine si possono introdurre dei parametri (di ordine reddituale, concernenti la titolarità di beni, ecc.) alla stregua dei quali verificare la sussistenza nel tempo della condizione di debolezza, magari contemplando più soglie di riferimento.

Nella prospettiva appena delineata di soddisfazione dell'interesse al mantenimento del convivente economicamente debole, non pare giustificato che, proprio tra gli più strenui sostenitori dell'esplicazione dell'autonomia contrattuale tra conviventi, si reputi maggiormente conveniente l'utilizzo di «forme negoziali più collaudate, come il contratto di mantenimento vitalizio»⁵⁰. In tal modo si finisce per svuotare di significato la stessa idea del contratto di convivenza, senza poi contare che così facendo, tenuto conto che lo schema contrattuale prescelto è tendenzialmente connotato dalla corrispettività delle prestazioni, ci si vede costretti a costruire una controprestazione in capo al convivente economicamente debole ovvero, in difetto, a propendere per una qualificazione in termini di liberalità con

redditi, ha – in modo ad avviso di chi scrive non condivisibile – ritenuto l'anzidetta clausola in contrasto con l'art. 143, comma 3, c.c. (norma considerata applicabile analogicamente alla famiglia di fatto).

⁴⁸ Cfr. G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 373 s., per il quale sarebbe disciplinabile anche l'attività di assistenza materiale; G. GREMIGNI FRANCINI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 348.

⁴⁹ Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., 165: «Così potrà pattuirsi: la somministrazione di una certa somma di denaro finché dura il *ménage* o di un'altra quando venga meno, apponendo eventualmente condizioni e termini o distinguendo tra rottura consensuale e unilaterale»; G.A.M. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, cit., 32; G. GREMIGNI FRANCINI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 349 ss.

⁵⁰ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 374 s.

obbligo di rispetto della forma solenne ⁵¹. In conclusione, si tratta di una ricostruzione che, come detto, offusca la stessa essenza dei contratti di convivenza, in relazione ai quali è estranea l'idea sia dello scambio sia dello spirito di liberalità ⁵².

In mancanza di figli, l'autonomia contrattuale appare poi l'unico strumento in grado di governare le sorti della casa adibita a residenza dei conviventi, i quali possono contemplare a vantaggio di uno di essi la costituzione di un diritto di usufrutto o di un comodato, magari sospensivamente condizionato – nell'ipotesi in cui le parti abbiamo a mente la sorte della casa all'esito dell'insorgere dell'intollerabilità della convivenza – alla dissoluzione dell'unione ⁵³.

La distribuzione della ricchezza conseguita durante l'unione costituisce uno dei temi maggiormente rilevanti nella disciplina dei rapporti che i conviventi possono contemplare. L'esplicazione dell'autonomia contrattuale può spingersi sino a concepire un meccanismo che ricalchi quello della comunione legale tra coniugi – magari, a differenza di quel che accade in regime di comunione legale, per quote diverse – con l'ovvia avvertenza dell'inopponibilità ai terzi ⁵⁴. Il meccanismo acquisitivo può essere costruito introducendo la regola dell'acquisto automatico da parte del convivente che non sia stato parte del contratto ovvero contemplando in capo al convivente acquirente un obbligo di trasferimento della quota in

⁵¹ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 375 s., il quale, per fugare i sospetti di illiceità legati alla remunerazione di prestazioni sessuali, suggerisce di porre l'obbligo di mantenimento in corrispondenza biunivoca con un reciproco dovere di contribuzione o con un'altra prestazione a carico del beneficiario; v. anche M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., in part. 537 s. nonché 544 ss.; nonché G. GREMIGNI FRANCINI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 352.

⁵² Chiarisce bene F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., 162-163, che la convivenza non richiede l'atto pubblico «perché essa non è configurabile come donazione (...) intendendo i conviventi regolare i reciproci rapporti a prescindere da ogni spirito di liberalità o altrui arricchimento»; cfr. anche F. DE SCRILLI, *Convivenza e situazioni di fatto. I patti di convivenza*, cit., 1160 s.

⁵³ Cfr. G. OBERTO, voce *Convivenza*, cit., 394-395, il quale precisa che, ove si tratti di immobile detenuto a titolo di locazione, l'accordo avrebbe l'efficacia di una cessione condizionata del contratto; cfr. Cass., sez. III, 8 marzo 1993, n. 6381, cit., che ha ritenuto valido un contratto di comodato vita natural durante avente ad oggetto la casa d'abitazione sottoposto alla condizione risolutiva del venir meno della convivenza per iniziativa del comodatario.

⁵⁴ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 377 ss.; sembra confondere il profilo della validità con quello dell'opponibilità: G.A.M. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, cit., 32 s.; v. anche F. DE SCRILLI, *Convivenza e situazioni di fatto. I patti di convivenza*, cit., 1162.

capo all'altro, eventualmente con l'inserimento di una clausola penale in caso di inadempimento ⁵⁵. Si tratta di un accordo avente natura programmatica in relazione al quale, evidentemente, non si pongono problemi in ordine alla determinabilità dell'oggetto. Appare comunque opportuno specificare quali siano i diritti destinati a cadere in comunione – ovvero idonei a determinare la nascita di un obbligo al trasferimento – nonché se, ai fini dell'effetto, abbia rilevanza o meno il titolo di acquisto. Esiste, infatti, un'ampia possibilità di esplicazione dell'autonomia contrattuale al fine di modellare l'assetto dei rapporti in modo aderente alle specifiche esigenze della coppia.

Le difficoltà di prova ordinariamente rinvenibili in ordine alla titolarità dei beni mobili, hanno suggerito il ricorso ad un elenco sottoscritto da entrambi i coniugi concernenti i beni appartenenti in proprietà esclusiva la cui rilevanza, stante l'impossibilità di attribuire efficacia al riconoscimento dei diritti reali, sarebbe di tipo confessorio in ordine ai fatti giustificativi della titolarità. Al fine di raggiungere un siffatto obiettivo, non ci si potrebbe comunque esimere dal citare i predetti fatti giustificativi ⁵⁶.

L'amministrazione dei beni caduti in comunione sarà assoggettata al regime di comunione ordinaria, salvo che le parti – in ossequio alla natura dispositiva delle norme in questione – abbiano specificamente articolato un regime di amministrazione.

Tenuto conto che il meccanismo acquisitivo è intimamente collegato, al pari di quanto accade per il regime di comunione legale, alle vicende affettive, appare poi necessario stabilire con precisione i momenti temporali di efficacia del regime prescelto, contemplando altresì una qualche formalità in relazione al verificarsi dello scioglimento ⁵⁷.

I conviventi possono inoltre regolamentare, come già sottolineato, la col-

⁵⁵ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 378, il quale, nel difendere la costruzione secondo cui si tratterebbe di un meccanismo analogo a quello di cui all'art. 1706 c.c., muove una critica ai rilievi mossi a sua volta da E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., 985, secondo cui lo schema di riferimento sarebbe il preliminare; cfr. M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 546 ss., ove si pone in luce come il patto di trasferimento possa contemplare una penale in caso di inadempimento.

⁵⁶ Per G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 380 s., è sufficiente il mero riferimento al titolo di acquisto; cfr. anche M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 548.

⁵⁷ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 379 s.

laborazione che uno di essi presti nell'attività d'impresa svolta dall'altro; nulla esclude che il modello di riferimento sia costituito dalla fattispecie dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c.⁵⁸, così introducendo un regime di tipo partecipativo-collaborativo che, di fatto, si pone a metà via tra il rapporto di lavoro subordinato e quello societario.

8. - La forma.

Al fine di individuare la forma cui devono soggiacere i contratti di convivenza deve farsi riferimento alle regole generali. Ragion per cui, qualora l'effetto prodotto rientri tra quelli contemplati dall'art. 1350 c.c., occorrerà il rispetto della forma scritta⁵⁹. Lo stesso è a dirsi allorché il contratto preveda un regime di comunione degli acquisti futuri (salvo che vengano esclusi quelli relativi a diritti reali immobiliari), dovendo trovare applicazione la regola della forma scritta sia nell'ipotesi in cui venga contemplato un meccanismo di coacquisto automatico sia allorché venga previsto un obbligo al trasferimento della quota.

Fuori di questi casi, le parti sono libere nell'adozione della forma, anche se, in mancanza di un documento scritto, la prova potrà risultare di non facile assolvimento. Tale difficoltà nondimeno non può condurre ad affermare che, al fine di escludere la ricorrenza di un'obbligazione naturale, l'avvenuta conclusione del contratto può essere provata solo attraverso un atto scritto⁶⁰.

Autorevole dottrina, sensibile verso i problemi cui il *ménage* di fatto dà luogo, ha peraltro sostenuto la possibilità di inferire la sussistenza di un contratto di convivenza dal comportamento del *partner* quale «espressione

⁵⁸ Contra G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 386-387, per il quale devono trovare applicazione gli schemi contrattuali tipici.

⁵⁹ Come già sottolineato in tal senso F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., 162 s.; cfr. E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., 987; v. G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 389 ss., ove tuttavia si insiste sull'opportunità dell'adozione dell'atto pubblico «nel caso di semplice squilibrio di valore delle prestazioni poste in corrispondenza biunivoca»; seguito sostanzialmente da M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 545 nonché 550.

⁶⁰ Così M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 551 s.; L. GREMIGNI FRANCESCHI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 353.

di una loro concorde volontà attuosa»⁶¹. Tale tesi è stata criticata sul presupposto che, essendovi alla base della convivenza *more uxorio* un rifiuto dei componenti la coppia di ogni effetto giuridico, non potrebbe ravvisarsi alcuna volontà negoziale nel contegno assunto da costoro⁶². Una tale critica si fonda sul privilegio accordato alla libertà dei conviventi sui quali, seguendo questa impostazione, non graverebbe alcuna forma di responsabilità. E pur tuttavia non può obliterarsi come, all'esigenza di riconoscere alla decisione dei conviventi di non legalizzare l'unione il valore di una legittima rivendicazione di libertà e di autonomia, si sia venuta contrapponendo un'esigenza sempre più avvertita, volta a impedire una fuga dagli impegni e dalle responsabilità che il rapporto di coppia, al pari di ogni altra relazione giuridicamente rilevante, implica⁶³. Pare piuttosto a chi scrive che l'argomento che impedisce di inferire una volontà negoziale dal comportamento dei conviventi sia un altro. Non par dubbio che l'ostacolo che in questo settore si pone nel configurare un contratto tacitamente concluso debba essere rinvenuto nel fatto che il comportamento tenuto dai conviventi, consistente nell'esecuzione di prestazioni suscettibili di valutazione economica, ancorché reiterato nel tempo, rappresenta adempimento dei doveri morali scaturenti dalla convivenza. Anzi, a ben riflettere, nell'ambito della convivenza *more uxorio*, è probabilmente scorretto parlare di doverosità – sia pure in senso solo morale e sociale – poiché il dovere, in quanto effetto, presuppone un fatto (o fattispecie) generatore, laddove, nel caso di specie, il comportarsi fedelmente, l'assidersi, il contribuire, si pongono come elementi costitutivi della fattispecie⁶⁴. Occorre infatti distinguere tra il matrimonio – fattispe-

⁶¹ A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 52; già in precedenza però F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., 153 ss., aveva dato conto dell'ampia e ripetuta critica avverso quella dottrina tedesca che aveva postulato la rilevanza del comportamento di convivenza, oltre che come momento di nascita della struttura, anche quale fonte di diritti, obblighi e doveri in virtù di un'equiparazione tra comportamento e dichiarazione.

⁶² G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 389 ss.; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 550 ss.; L. GREMIGNI FRANCINI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 352 ss.

⁶³ E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio – Diritto e non diritto nella fenomenologia delle unioni libere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, in part. 756 ss.

⁶⁴ Questo sempre che si aderisca alla tradizionale impostazione in virtù della quale l'effetto presuppone una fattispecie generatrice, laddove nel dibattito odierno – anche alla stregua di

cie idonea per legge a ergersi come fonte di diritti e doveri – e la convivenza, che non ha una forza siffatta, ed anzi abbisogna della messa in atto di tutta una serie di comportamenti che valgano a fondarne l'esistenza. In altri termini, l'assenza di un impegno formale, non solo non vale a creare doveri giuridici analoghi a quelli previsti dall'art. 143 c.c., ma rende addirittura necessario, al fine di poter postulare la stessa esistenza della fattispecie, che il contenuto di quei doveri si materializzi in veri e propri comportamenti conformi ⁶⁵.

9. - La tutela sul piano successorio.

La predisposizione di forme di tutela del convivente *more uxorio* sul piano successorio ha costituito frequente oggetto di discussione. La disciplina in tema di successione legittima, il cui fondamento viene ravvisato in un principio – seppur ampio – di solidarietà familiare, non contempla il convivente tra i chiamati all'eredità. La diversità di trattamento rispetto a quello riservato al coniuge è stata, come noto, reputata pienamente legittima e conforme alla Costituzione, ciò in quanto – hanno sostenuto i giudici delle leggi – pur volendo ricomprendere le convivenze *more uxorio* tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., i diritti successori non sono qualificabili come diritti inviolabili e, pertanto, non possono essere riconosciuti al convivente ⁶⁶.

La soddisfazione delle aspettative legate all'apertura della successione del *partner* può avvenire mediante l'utilizzo dello strumento testamentario il quale, a prescindere dalla necessità di rispettare le quote – e, più in

recenti prese di posizione del legislatore (ad es. art. 2645-ter c.c.) – da alcuni si pone in dubbio che l'effetto necessiti di una fattispecie. È noto, peraltro, come già da tempo si sia posta in discussione l'idea classica della fattispecie come causa di effetti giuridici: v. A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 926 ss., ove si conclude nel senso che la fattispecie non è né concausa né condizione per la produzione degli effetti, i quali trovano la fonte esclusiva nell'ordinamento; essa «costituisce piuttosto uno dei termini, col soggetto valutante, dell'atto di valutazione: vale a dire, l'oggetto della valutazione».

⁶⁵ Per queste riflessioni v. L. BALESTRA, *Convivenza e situazioni di fatto. I rapporti patrimoniali*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 1129 s.

⁶⁶ La Corte costituzionale ha inoltre dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, comma 2, c.c. nella parte in cui non contempla a favore del convivente *more uxorio*, ancorché escluso dal novero dei successibili, il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare (Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1989, I, c. 446).

generale, le prerogative – riservate agli eventuali legittimari e dall'incognita insita nel potere di revoca, costituisce ad avviso della dottrina, un «atto prodigioso» di cui «può fare eccellente impiego anche il convivente *more uxorio*»⁶⁷.

Ovviamente diverse e ben più incisive sono le cautele che circondano l'esplicazione dell'autonomia negoziale in ambito successorio allorché ci si ponga nella prospettiva della negoziazione tra le parti. Fermo restando l'auspicabile intervento del legislatore volto a ridimensionare – al di là della deroga, sulla cui portata nondimeno si è intensamente discusso, introdotta con la disciplina sul patto di famiglia – la proibizione dei patti successori, ormai da tempo giudicata anacronistica⁶⁸, non v'è dubbio che l'interprete sia chiamato a rispettare l'obiettivo sottostante la previsione del divieto: colpire ogni atto negoziale irrevocabilmente vincolante al momento del suo perfezionamento i cui effetti siano destinati a prodursi al momento della morte del disponente⁶⁹. Per tali ragioni le sottili, ancorché pregevoli, costruzioni dottrinarie volte a contrapporre all'atto *mortis causa* quello *post mortem* – che altro non rappresentano se non il tentativo di superare una prescrizione che, come sottolineato, da tempo ormai determina forte insoddisfazione – devono essere approfonditamente valutate sotto il profilo della compatibilità con il divieto e le finalità ad esso sottostanti. La labilità della distinzione, cui si accompagna irrimediabilmente il sospetto che essa possa prestarsi a finalità elusive, giustifica l'estrema cautela adottata al riguardo in ambito professionale notarile, ove è assai raro il ricorso a figure dai tratti incerti quali gli atti negoziali con termine

⁶⁷ G. BONILINI, *Il mantenimento post mortem del coniuge e del convivente more uxorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 239 ss. in part. 250 ss., ove il riferimento al «penoso escamotage» rappresentato dall'adozione dei maggiorenni; E. MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in E. MOSCATI-A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., 147 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 295 ss.; C. COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, cit., 717 ss. nonché 722 ss., ove ampio esame degli strumenti idonei a realizzare una donazione indiretta mediante la quale beneficiare il convivente.

⁶⁸ Cfr. M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 3; P. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2003, 4; cfr. anche E. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 8-9; esprime nondimeno contrarietà all'introduzione del contratto ereditario G. BONILINI, *Le successioni mortis causa e la civilistica italiana. La successione testamentaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 225 s.

⁶⁹ L. BALESTRA-M. MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, Milano, 2009, 67.

iniziale coincidente con la morte del disponente ovvero subordinati alla condizione sospensiva di premorienza del medesimo ⁷⁰. Questo per l'incontestabile "funzione antiprocessuale" svolta dal notaio il quale, nel pur pregevole dibattito innescatosi sulle cosiddette alternative testamentarie ⁷¹, è tenuto a tener fede al precetto legislativo piuttosto che a una giurisprudenza che, sebbene palesi rilevanti tentativi di erosione del divieto, mostra ancora significative incertezze ⁷².

Alla stregua di quanto sin qui osservato, l'autonomia contrattuale può indirizzarsi verso alcune figure legislativamente ammesse, quali lo schema del contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.) e il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo (art. 1920 c.c.). Proprio in quanto trattasi di schemi legislativamente contemplati, con riferimento ad essi non ha senso interrogarsi in merito alla liceità del loro utilizzo da parte dei conviventi ⁷³, posto che semmai il problema – di natura eminentemente dogmatica – è quello di stabilire se detti schemi rappresentino una deroga legislativa al divieto dei patti successori ⁷⁴. La regolamentazione degli interessi scaturenti dal rapporto affettivo nella prospettiva del decesso di uno dei *partner* condurrà ad escludere che possa operarsi una qualificazione in termini di donazione indiretta ogniquale volta risulti che attraverso il contratto il disponente

⁷⁰ Ne danno conto C. CACCAVALE-F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 29 nota 21; v. tuttavia M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 93, la quale dà atto del tentativo, ad avviso dell'Autrice riuscito, di distinguere tra atti *mortis causa* e atti *post mortem*.

⁷¹ Osserva a tal proposito L. MENGONI, *Conclusioni*, in *Jus*, 1997, 309, a proposito degli strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza, cui l'illustre A. guarda con un certo scetticismo: «Certo, vi sono delle rigidità nella legge. La principale è il divieto dei patti successori: la giurisprudenza cerca di allentarlo, ma la lettera dell'art. 458 è quella che è, e l'interprete non può fare più di tanto».

⁷² In questo senso R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, I, 1236.

⁷³ Si preoccupa di fugare ogni dubbio in ordine a possibili sospetti di frode alla legge G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 399; cfr. M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 557.

⁷⁴ Cfr. U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, 201 s., ove si contesta la riconducibilità dell'assicurazione sulla vita a favore di terzo nell'ambito dei negozi *mortis causa*, in quanto vi sarebbe un'affinità ma non un'identità; per l'inquadramento del contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante nell'ambito dei negozi *post mortem*: L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 214 ss.

(stipulante) abbia inteso provvedere a specifiche esigenze collegate, ad esempio, al mantenimento del convivente beneficiario ⁷⁵.

I conviventi ben potranno contemplare nel contratto di convivenza l'obbligazione di uno di essi di assumere la veste di stipulante nell'ambito di un contratto con prestazione da eseguirsi a favore del *partner*, anche prevedendo una penale in caso di inadempimento ⁷⁶.

Sulla scorta di acquisizioni maturate Oltralpe sono stati richiamati, sempre al fine di pervenire ad una regolamentazione degli interessi patrimoniali collegata all'evento morte, ulteriori meccanismi quali l'*achat tontinier* ⁷⁷. La clausola tontinaria, quale alternativa alla soluzione elaborata dalla dottrina italiana sin dagli anni Cinquanta del secolo scorso del diritto di opzione di vendita reciprocamente concesso da ciascun convivente e sospensivamente condizionato alla premorienza del concedente, prevede un meccanismo attraverso cui i conviventi acquistano in comune un bene in relazione al quale il decesso funge da condizione risolutiva dell'acquisto della quota in capo al deceduto e, parallelamente, da condizione sospensiva dell'acquisto della quota di quest'ultimo in capo al superstite. Non si è mancato tuttavia di porre in luce come un meccanismo del genere non elimini con certezza il rischio di una qualificazione in termini di frode alla legge per violazione del divieto dei patti successori ⁷⁸.

In conclusione, l'uso attento dell'autonomia contrattuale – attento per le implicazioni e l'incidenza che la sua esplicazione può avere su interessi di natura tipicamente personale nonché, allorquando ci si proponga di intervenire sul piano successorio, per i divieti che caratterizzano la materia – può contribuire a tutelare gli interessi patrimoniali scaturenti dalle rela-

⁷⁵ Mette in guardia dai rischi connessi alla possibilità che tali contratti possano dar vita a donazioni indirette E. MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, cit., 149.

⁷⁶ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 400, per il quale «ad essa dovrebbe accompagnarsi, nell'atto medesimo, la dichiarazione del beneficiario di voler approfittare del beneficio, dichiarazione che (...) produce l'effetto di paralizzare un'eventuale revoca». Si è peraltro suggerito di pattuire la rinuncia al potere di revoca del beneficio contemplato a favore del terzo *ex* artt. 1412 e 1921, comma 2, c.c.

⁷⁷ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 400 ss., ove si dà conto dell'ulteriore meccanismo dell'acquisto «incrociato», per effetto del quale ciascun convivente acquista la nuda proprietà su una quota del bene e l'usufrutto sulla restante.

⁷⁸ Cfr. E. MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, cit., 149 ss.; ugualmente G.A.M. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, cit., 39; cfr. M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., 558.

zioni *more uxorio*, così innescando quel legame – inscindibile allorché il piano di osservazione sia quello empirico – tra sfera affettiva e sfera patrimoniale che, a livello legislativo, risulta sancito solo con riguardo al rapporto coniugale.

Gli Autori di questo fascicolo

Paolo GROSSI, professore emerito dell'Università di Firenze, accademico dei Lincei, giudice della Corte costituzionale

Luigi FERRAJOLI, professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Aurelio GENTILI, professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma Tre

319

Claudio SCOGNAMIGLIO, professore ordinario di Diritto privato, Università di Roma "Tor Vergata"

Enrico QUADRI, professore ordinario di Diritto privato, Università di Napoli "Federico II"

Luigi BALESTRA, professore ordinario di Diritto privato, Università di Bologna

Giuseppe CONTE, professore ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Giovanni D'AMICO, professore ordinario di Diritto privato, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Francesco MACARIO, professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Roma Tre

Roberto MASTROIANNI, professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"