

Dipartimento di
GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in SCIENZE GIURIDICHE – Ciclo XXXIX

Curriculum in DIRITTO PRIVATO

IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

OTTOLINA ALESSANDRO MARIA

Matricola 787825

Tutor: PROF. BRUNO INZITARI

Coordinatore: PROF.SSA MARGHERITA RAMAJOLI

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

INDICE

INTRODUZIONE	5
LA CONVIVENZA E LA LEGGE N. 76/2016.....	8
1. La nuova L. 76/2016: il duplice regime di protezione, legale e convenzionale, della convivenza e le critiche alla scelta legislativa.....	8
2. La rilevanza della convivenza prima della L. 76/2016. Cenni.....	17
3. La convivenza nel sistema della L. 76/2016.....	20
4. Segue. Ruolo ed efficacia delle risultanze anagrafiche ex art. 1, comma 37, della L. 76/2016.....	33
5. I diritti dei conviventi in assenza di contratto	41
I CONTRATTI DI CONVIVENZA NELLA L. 76/2016: NATURA, FORMA E PUBBLICITA'	53
1. Ammissibilità e caratteristiche del contratto di convivenza prima della Novella	53
2. Segue. Il contratto di convivenza e la giurisprudenza prima della L. 76/2016	66
3. Segue. Finalità e diffusione del contratto di convivenza prima della L. 76/2016.....	74
4. Il comma 50: tipicità e natura del contratto di convivenza	81
5. La forma del contratto di convivenza prima della Novella	94
6. La forma del contratto di convivenza ai sensi della L. 76/2016.....	103
7. Il ruolo del professionista: autenticazione e attestazione.....	116
8. La pubblicità del contratto di convivenza	125
9. Contratto di convivenza, incapaci e rappresentanza.....	142
IL CONTENUTO DEL CONTRATTO DI CONVIVENZA.....	151
1. Il contenuto non patrimoniale del contratto di convivenza prima e dopo l'avvento della L. 76/2016: clausole penali e clausole premiali.....	151
2. Il contenuto patrimoniale del contratto di convivenza	166

3. Segue. Elezione di domicilio e fissazione della residenza comune. Inventari e ruolo probatorio del contratto di convivenza.....	171
4. Segue. Le previsioni relative alla contribuzione e al mantenimento.....	175
5. Segue. La comunione degli acquisti: il rinvio operato dal comma 53 lett. b) della L. 76/2016.....	188
6. Segue. Oggetto della comunione convenzionale tra i conviventi: i beni comuni, la comunione <i>de residuo</i> e i beni personali.....	203
7. Segue. L'amministrazione dei beni in comunione	211
8. Segue. Lo scioglimento della comunione dei beni tra i conviventi e la divisione dei relativi beni	214
9. Termine e condizione nel contratto di convivenza.....	220
10. Previsioni atipiche per la cessazione della convivenza	227
IL DECESSO DEL CONVIVENTE E I MEZZI CONTRATTUALI PER LA REGOLAMENTAZIONE DELLA SUCCESSIONE	242
1. Previsioni tipiche per la successione del convivente. Il diritto di continuare ad abitare la casa di comune residenza.....	242
2. Segue. Il diritto di successione nel contratto di locazione.....	260
3. Strumenti <i>inter vivos</i> di pianificazione della successione per i conviventi: il contenuto " <i>post mortem</i> " del contratto di convivenza	265
4. Segue. La donazione <i>si premoriar</i>	276
5. Segue: la donazione con patto di reversibilità e la donazione con riserva di disporre .	279
6. Segue: la "società semplice", strumento per la gestione unitaria del patrimonio dei conviventi	284
7. Segue: il vincolo di destinazione ex 2645-ter Codice Civile	289
8. Segue. Il mandato <i>post-mortem exequendum</i>	300
INVALIDITA' E SCIoglimento DEL CONTRATTO DI CONVIVENZA	302
1. La nullità del contratto di convivenza	302
2. La sospensione del contratto di cui al comma 58.....	308
3. La risoluzione del contratto di convivenza	310

4. Segue. Accordo delle parti e recesso dal contratto di convivenza	318
CONTRATTO DI CONVIVENZA E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO	326
1. Cenni sul nuovo art. 30-bis L. 218/1995	326
CONCLUSIONI	334

INTRODUZIONE

Gli ultimi cinquant'anni hanno visto un radicale ed esponenziale cambiamento della famiglia tradizionale e del matrimonio, del ruolo della donna e delle necessità assistenziali all'interno del nucleo familiare.

Le rilevazioni dell'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) hanno infatti evidenziato come si sia passati da circa 400.000 matrimoni all'anno nel corso degli anni '60 – in gran misura religiosi e in cui peraltro oltre 70% delle donne era relegato al ruolo di casalinga - all'attuale maggior numero di circa 670.000 unioni libere, cioè nuclei familiari composti da soggetti celibi e nubili.

Il primato del vincolo matrimoniale iniziò a retrocedere negli anni '70 che registrarono anche l'innalzamento dell'età in cui i coniugi si legavano tra loro, grazie all'introduzione dell'istituto dello scioglimento del matrimonio e all'incremento dell'istruzione femminile.

Negli anni '90 poi, complici la maggior influenza della cultura dei paesi anglosassoni, l'aumento del livello di occupazione della donna e il calare del sentimento religioso, si sono affacciate nuove forme familiari a cui si è accompagnato un significativo incremento dei matrimoni solo civili.

Per quanto attiene precisamente alla famiglia di fatto, le modalità statistiche sino ad ora non avevano permesso invece una facile e significativa rilevazione delle convivenze esistenti - e non permettono tuttora la rilevazione degli effetti della l. 76/2016 - considerato che tale fenomeno generalmente nella maggioranza dei casi prescindeva da indicazioni pubblicitarie.

Ad ogni modo, con gran ritardo, il Legislatore con la L. 76/2016 ha colmato il divario nella regolamentazione della famiglia di fatto rispetto agli stati dell'Unione.

La Legge infatti, come si vedrà nel proseguito, riconduce effetti giuridici rilevanti alla mera convivenza tra persone anche dello stesso sesso – in parte codificando gli approdi giurisprudenziali già presenti nel panorama - e prevede la possibilità di regolare con uno strumento contrattuale i rapporti patrimoniali tra partners che non abbiano scelto il vincolo matrimoniale.

Gli Autori hanno in parte criticato e in parte plaudito l'intervento legislativo. Ad ogni modo, i primi e principali commenti si sono concentrati sulla natura e sui profili formali del contratto, lasciando in disparte gli aspetti più tecnici e contenutistici.

Si può peraltro già evidenziare che alcune delle nuove previsioni dettate dal Legislatore per il contratto di convivenza potrebbero “nascere morte”. Ci si riferisce in particolare alla possibilità di adottare un regime di comunione degli acquisti da parte dei conviventi, regime che nella prassi è ormai abbandonato anche dai coniugi dato che, in una società in cui sempre più la coppia vede la presenza di due soggetti percettori di reddito da lavoro, risulta svanita la necessità di tutelare il partner debole.

Ugualmente, altre disposizioni sembrano criticabili per l'eccessivo rigore, quale l'impossibilità di apporre condizioni o termini al regolamento negoziale.

Le disposizioni sembrano invece mancanti nella parte in cui non prevedono la possibilità espressa per i conviventi di regolare i loro rapporti patrimoniali in esito alla cessazione del *ménage*.

Ciò premesso, il presente lavoro, dopo brevissimi cenni sulla famiglia di fatto e sui relativi effetti nel sistema, si concentrerà nel riassumere brevemente i precedenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali circa la legittimità e il contenuto del contratto di convivenza, analizzando parallelamente le nuove previsioni della L. 76/2016 e l'applicabilità delle precedenti elaborazioni anche alle nuove forme negoziali.

CAPITOLO I

LA CONVIVENZA E LA LEGGE N. 76/2016

Sommario: 1. La nuova L. 76/2016: il duplice regime di protezione, legale e convenzionale, della convivenza e le critiche alla scelta legislativa - 2. La rilevanza della convivenza prima della L. 76/2016. Cenni - 3. La convivenza nel sistema della L. 76/2016 - 4. Segue. Ruolo ed efficacia delle risultanze anagrafiche ex art. 1, comma 37, della L. 76/2016 - 5. I diritti dei conviventi in assenza di contratto

1. La nuova L. 76/2016: il duplice regime di protezione, legale e convenzionale, della convivenza e le critiche alla scelta legislativa.

La L. 20 maggio 2016 n. 76 (“Novella” anche nel proseguo) – efficace dal 5 giugno 2016 – ha finalmente introdotto e tipizzato il contratto di convivenza, in parte soddisfacendo le richieste degli interpreti nate in oltre cinquant’anni di elaborazione e dedicando così ad esso i commi da 50 a 64 dell’unico articolo che la compone.

La Novella viene a regolare così un ambito che da oltre tempo è rimasto territorio di scoperta dottrinale e giurisprudenziale, un periodo che parte della dottrina - più moderna e attenta all'evoluzione familiare - ha *ex post* ritenuto dominato da un "*vergognoso oscurantismo*" che avrebbe lasciato il nostro Paese "*alla retroguardia nel mondo che si ritiene civile*" (1).

La necessaria fattualità del fenomeno – denotata anche dalle locuzioni atte a identificarla: "*famiglia di fatto*" e, prima ancora, convivenza "*more uxorio*" (2) – aveva dato luogo ad un interesse marginale del Legislatore (che aveva previsto solo un regime frammentario di norme atte a connotarlo) e alle difficoltà della dottrina e della giurisprudenza di costruire o ritrovare nell'ordinamento mezzi giuridici idonei a tutelare gli interessi dei partners, non potendo infatti estendersi i principi dettati in seno al vincolo coniugale (3).

(1) OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 59 che osserva, peraltro, come il c.d. "*periodo buio*" della società italiana e del mondo giuridico avrebbe distolto l'attenzione dai lati problematici della Novella, facendola accogliere positivamente degli interpreti. In particolare, l'Autore si riferisce a lacune, difetti di coordinamento con il sistema civilistico e cd. "*cadute di tecnica legislativa*" nonché "*aperte dimostrazioni di assoluta ignoranza dei più elementari principi dell'ordinamento*" che sarebbero presenti nella disciplina dei diritti patrimoniali della convivenza di fatto;

(2) La definizione letterale del fenomeno ha vissuto diverse stagioni, dapprima attraverso il termine "*concubinato*", poi "*convivenza more uxorio*" ed infine "*famiglia di fatto*", locuzioni che dimostrano il diverso grado di accettazione sociale del rapporto tra soggetti non legati dal vincolo matrimoniale, alla quale si contrapponeva la "*famiglia legittima*", quasi a connotare l'assenza di legalità nel rapporto in esame; cfr. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in N.g.c.c., 2016, 12, 1749;

(3) MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *i Contratti*, 2017, 1, 8;

Il nuovo approccio del Legislatore alla famiglia di fatto appare oggi caratterizzato da una duplice disciplina, come acutamente osservato dalla prima dottrina a commento della Novella ⁽⁴⁾. Ciò rispecchia da una parte la natura stessa della convivenza – quale “*rapporto relazionale in ragione di un fatto*” – e gli effetti che essa può spiegare all’interno dell’ordinamento, dall’altra la richiesta di lasciare spazio all’autonomia privata dei partners. In particolare, il Legislatore ha deciso di optare per un duplice regime di tutela: l’uno legale e fondato su presupposti applicabili ai partners conviventi in assenza di regolamentazione pattizia, l’altro invece rimesso all’autonomia negoziale degli stessi.

Si possono così individuare all’esito dell’entrata in vigore della Novella due “categorie” di soggetti conviventi, categorie che rispecchiano tale dualismo:

(i) i conviventi c.d. “di fatto”, definiti dall’art. 1, comma 36 della L. 76/2016, quali “*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*», a cui sono riconosciuti, per la sola circostanza di soddisfare i requisiti previsti dalla Legge, i diritti contenuti dai commi dal 38 al 49 della Novella, e

(ii) i conviventi – anche qui eterosessuali o omosessuali - stipulanti un contratto di convivenza, soggetti ai quali è attribuita la facoltà di implementare

(4) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, in N.l.c.c., 2016, 4, 694;

il regime legale di cui al punto che precede, disciplinando in via autonoma “*i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune*” (cfr. comma 50 della Novella) ⁽⁵⁾,

Il tutto con la doverosa precisazione che - per la dottrina preferibile - la disciplina citata al punto (i) non sarebbe un necessario antecedente temporale di quella di cui al punto (ii) e viceversa. Più specificatamente, anche ai conviventi che abbiano concluso un contratto di convivenza si applicheranno le previsioni dai commi 38 al 48 della Novella e, in più, è plausibile che due soggetti concludano un tale contratto quando ancora non sussistano tra loro i presupposti per la applicazione delle tutele previste dal Legislatore a seguito del solo mero ricorrere del rapporto ⁽⁶⁾. Si può peraltro affermare sin da ora che il rapporto di convivenza non sorge per effetto del contratto legittimamente concluso, ma necessita dell'ulteriore presupposto

(5) *ex multis* DE MICCOLIS ANGELINI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Primiceri Editore, 2016, 103, che sottolinea come la conclusione del contratto si tratti di una mera facoltà;

(6) In tal senso, prima della approvazione della Legge in esame, cfr. VENUTI, *La disciplina dei rapporti patrimoniali nel D.D.L. Cirinna'*, in F. ROMEO e VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del D.D.L. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in N.I.c.c., 2015, 1006; ciò emerge anche dalla possibile esistenza di un contratto che non contenga (trattandosi di dato eventuale) l'indicazione della residenza delle parti contraenti ex comma 53, L. 76/2016. Deve invece darsi atto che i contratti di convivenza previsti dal comma 50 della Novella sono riservati ai soggetti che rispettino i requisiti del comma 36, a pena di nullità (cfr. meglio *infra*);

dell'esistenza del rapporto di affezione e di condivisione della vita, elemento su cui si innesta la (possibile) regolamentazione dell'ambito patrimoniale ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

Proprio l'esistenza di questo "doppio binario" di tutela e la necessità di soddisfare i presupposti fattuali – e non solo negoziali - richiesti dalla Novella permetterebbero per parte degli Autori di ricostruire ancora oggi *"i c.d. contratti di convivenza (...) come accordi che disciplinano nei suoi aspetti economici un rapporto che, nel suo nucleo, non è però un rapporto patrimoniale"* ⁽⁹⁾, anche se deve ammettersi che all'esito dell'intervento

(7) DI ROSA, op. cit., 695 che conferma la duplicità di previsioni ed effetti della Novella, rilevando quanto segue: *"duplice, correlativamente, appare il piano dell'indagine. Da un lato, infatti, muovendo dal fatto della convivenza, rileva e può allora analizzarsi lo svolgimento del rapporto (secondo cioè lo schema fatto-rapporto) al cui interno si innestano (derivando per l'appunto dal fatto e trovando nello stesso compiuto riconoscimento) le situazioni giuridiche soggettive attribuite ex lege ai conviventi in quanto tali; dall'altro, una volta normativamente riconosciuta la possibilità di esplicarsi dell'autonomia privata negoziale, viene in considerazione e costituisce oggetto di approfondimento la fattispecie dell'accordo (sulla cui natura contrattuale o meno si avrà modo di ritornare), deputato ad assicurare specifica disciplina all'assetto patrimoniale con funzione di governo, sotto il profilo squisitamente economico, della convivenza, presupposto, peraltro, dell'accordo medesimo (secondo cioè lo schema fatto-contratto)";*

(8) Occorre precisare che comunque, in assenza di un contratto e nonostante le nuove previsioni, restano privi di regolamentazione i rapporti patrimoniali all'interno della coppia e che *"sarebbe stato opportuno disciplinare la sorte dei conferimenti di ciascuno alla vita comune, fatti in adempimento di quel dovere di reciproca assistenza morale e materiale, che è naturalmente connesso con la convivenza"*, PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus Civile*, 2016, 6, 20; il Legislatore pertanto sembra non aver posto soluzione a tutti i conflitti che la convivenza provocava prima della L. 76/2016;

(9) DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della*

legislativo sembra prevalere la tesi sulla natura contrattuale di tali negozi giuridici (*amplius infra*).

Ciò non toglie, tuttavia, che, anche se tale considerazione potrebbe implicare una diversa lettura della natura giuridica del fenomeno, allontanandolo dall'ambito contrattuale, tali accordi si possano sottrarre alla disciplina codicistica – ed, in particolare, alle norme dettate dal Legislatore a tutela della libera e consapevole manifestazione del consenso, con applicazione delle previsioni circa i vizi e l'effettività e la simulazione.

Ad ogni modo - rimandate al proseguo le osservazioni circa la natura del contratto - la disciplina disegnata nella L. 76/2016 dal Legislatore è parga a gran parte degli interpreti “*deludente*” e irrisolta ⁽¹⁰⁾(¹¹).

regolamentazione normativa delle unioni di fatto), in Riv. dir. civ., 2015, 948, per il quale inoltre non è applicabile il rimedio della risoluzione, non essendo per tale Autore il contratto di convivenza un accordo sinallagmatico bilaterale;

(10) Già prima della Novella, la dottrina riteneva che la regolamentazione della convivenza dovesse essere di natura squisitamente contrattuale, contrastando le affermazioni che di coloro che ritenevano opportuno che il rapporto di convivenza fosse giuridicizzato attraverso un intervento normativo che avrebbe dato rilevanza al mero rapporto di fatto, IEVA, *I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane*, in Not., 2001, 27; contra FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in Fam. e dir., 2015, 730 che riteneva, prima della L. 76/2016, la possibilità di desumere diritti e doveri tra conviventi dal generale principio di solidarietà esistente in ciascuna formazione sociale;

(11) Il fatto che l'autonomia contrattuale si possa innestare a completamento della disciplina legale, infatti, sembrerebbe non bastare a spiegare alcune previsioni, a parere della dottrina ispirate più dall'esigenza di limitare gli ambiti dell'autonomia privata che di selezionare le

Innanzitutto, è stata criticata la scelta legislativa di ricondurre diritti al mero ricorso del rapporto tra i partners, soluzione che comprimerebbe l'autonomia di quei conviventi che, proprio con questa volontà di svolgimento della propria vita affettiva, avrebbero voluto evitare ogni effetto nell'ordinamento ⁽¹²⁾.

Ma le maggiori critiche – e ricostruzioni contrastanti – piovute dalla dottrina sul nuovo testo legislativo riguardano aspetti non regolamentati dalla Novella.

In primo luogo, la L. 76/2016, infatti, nulla ha previsto circa la possibilità di regolamentare la cessazione convivenza, seppur nei suoi soli aspetti patrimoniali ⁽¹³⁾; previsioni contrattuali attinenti alla cessazione del rapporto – anche per causa di morte – che spesso sono proprio l'ambito in cui maggiormente è necessaria la regolamentazione pattizia. In particolare, maggiori esigenze di certezza e regolamentazione erano state avvertite già precedentemente alla Novella in merito alla gestione patrimoniale della cessazione del *ménage*: proprio qui il contratto di convivenza avrebbe potuto

convivenze meritevoli di tutela, cfr. GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Torino, 2016, 211;

(12) Critico sulla scelta legislativa, prima della introduzione della L. 76/2016 nell'ordinamento, proprio sotto tale profilo LAURINI, *I patti di convivenza: dalla proposta del Notariato al testo unificato del Senato*, in *Not.*, 2014, 4, 354;

(13) MACARIO, *op. cit.*, 9;

spiegare la sua funzione anti-processualistica, abbandonando quella programmatica, e salvaguardare gli interessi in gioco delle parti. Lo strumento contrattuale - ritenuto dai più prima della L. 76/2016 da incoraggiare – aveva sempre infatti rappresentato una valida alternativa alle norme del diritto patrimoniale comune e all’applicazione forzata delle poche regole elaborate nell’esperienza giurisprudenziale, permettendo 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”* (14).

La strada intrapresa dal Legislatore, tuttavia, non sembra oggi aver fatto esperienza di tale contesto. Come verrà più avanti indicato, infatti, la L. 76/2016 non ha tenuto conto della possibile funzione anti-processualistica del negozio, non avendo previsto tra il contenuto dello stesso né previsioni derogatorie del regime legale né, soprattutto, clausole il cui effetto fosse collegato alla cessazione del rapporto.

Secondariamente, la Novella ha lasciato inalterata la necessità di adozione di strumenti contrattuali atipici per quelle coppie “dimenticate” dal Legislatore (i.e. i soggetti legalmente separati o i conviventi per mutuo aiuto). Infatti, si può già osservare che non trova alcuna giustificazione la limitazione della disciplina del contratto di convivenza alle sole forme di unione che

(14) BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, Studio Civile n. 326-2012/C, C.N.N., 2012, 3;

rispettino i requisiti dettati dall'art. 1, comma 36, della Novella ⁽¹⁵⁾, limitazione purtroppo comprovata dal regime di invalidità del negozio (cfr. comma 57, L. 76/2016).

Ed infine, la proposta - disattesa dal Legislatore - di inserire quale correttivo degli effetti legali ricollegati alla convivenza, nel contratto *de quo* la sola dichiarazione negativa di esclusione degli effetti legali del rapporto ⁽¹⁶⁾.

Pertanto – come è stato acutamente osservato dalla dottrina - la smodata ricerca di un equilibrio tra le diverse esigenze di normazione e autonomia ha prodotto un esito sbilanciato verso l'intervento pubblico nella convivenza ⁽¹⁷⁾: il Legislatore, non prendendo in esame le istanze di libera regolamentazione dei rapporti e cercando di tratteggiare stretti confini dell'applicazione e del contenuto del contratto di convivenza, parrebbe così

(15) Sul tema DEL PRATO, *L'autonomia dei rapporti familiari*, Milano, 1999, 58 e TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Trattato di diritto privato diretto da Bessone*, Giappichelli, IV, I, 505;

(16) LAURINI, op. cit., 353;

(17) Il rischio di interventi "confusionari" era già stato palesato da Cfr. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Fam.*, 2002, 985;

aver aderito all'orientamento dottrinale sfavorevole ad un distacco delle convivenze con il diritto di famiglia ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾.

2. La rilevanza della convivenza prima della L. 76/2016. Cenni.

Sino all'introduzione della L. 96/2016, nonostante la maggioranza dei Paesi occidentali avessero dettato una disciplina parallela a quella matrimoniale, il Legislatore italiano non aveva ritenuto di dotarsi di una disciplina omogenea che contemplasse i diritti e/o i doveri dei conviventi.

Tuttavia, la disattenzione dell'ordinamento verso la famiglia di fatto non era totale; il ruolo del convivente veniva contemplato in numerose disposizioni che ne tracciavano una sostanziale equiparazione al coniuge, tuttavia era

(18) Cfr. BUSNELLI – SANTILLI, *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, I, 798; si consideri peraltro, proprio in tema di mancata recisione del legame tra famiglia di fatto e convivenza, che la Novella, nella previsione dettata circa le modalità di contribuzione pattizie nel contratto di convivenza (cfr. comma 53 della Novella), ha sostanzialmente recepito la formulazione di quanto indicato all'art. 143 Codice Civile per i coniugi, peraltro non senza critiche e diverse letture da parte della dottrina (cfr. *amplius infra*);

(19) Se la maggior parte della dottrina ha criticato le scelte del Legislatore – ed in particolare sulle omissioni alle istanze che avrebbero in ambito di autonomia privata - deve però evidenziarsi che parte della dottrina ha plaudito alla rigidità e – asserita – tassatività dettata dal testo legislativo, considerato che nella prassi il contratto di convivenza era stato spesso abusivo strumento volto a sottrarre i beni di uno dei partners dai propri creditori, cfr. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella L. 20.5.2016, n. 76*, in *N.g.c.c.*, 2016, 12, 1738;

comunque assente una disciplina organica, principalmente dettata dalle difficoltà di natura politica e sociale.

Tra gli interventi frammentati già presenti prima della Novella, si possono ricordare: uno su tutti, l'art. 417 Codice Civile - richiamato anche dall'art. 406 Codice Civile in tema di amministrazione di sostegno - che attribuiva il ruolo di componente della famiglia al convivente, permettendogli la proposizione delle istanze di interdizione e inabilitazione; l'art. 5 della L. 40/2004, dettato in tema di procreazione medicalmente assistita, alla cui introduzione conseguiva la chiara equiparazione della coppia convivente a quella coniugata (seppur fosse necessario per tale previsione che i partners fossero di sesso diverso, limitazione oggi non prevista dal Legislatore); l'art. 4, comma 2 della Legge dettata in tema di affidamento condiviso (L. 54/2006) che - in coordinamento con la riforma della filiazione operata dal Legislatore con la L. 219/2012 - sanciva l'applicazione del proprio corpo normativo anche ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati.

Ciò detto, anche fuori dall'ambito delle richiamate previsioni e nonostante l'utilizzo tra gli interpreti dell'espressione "*di fatto*", già durante il c.d. "*periodo buio*" gli autori prevalentemente avevano ritenuto che la convivenza *more uxorio* non potesse essere considerata un mero rapporto fattuale, senza riflessi patrimoniali anche in assenza di norme in tema ⁽²⁰⁾.

(20) L'espressione richiamata nel testo era volta solo ad identificare l'origine del rapporto e non a qualificarlo sotto il profilo della rilevanza giuridica;

Infatti - non è qui la sede per un approfondimento sulla rilevanza della convivenza e sulla sua legittimità, rinviandosi ai numerosissimi scritti in materia - basti ricordare che la famiglia fondata sulla convivenza godeva di rilevanza giuridica propria, ricondotta nell'alveo delle formazioni sociali previste all'art. 2 Cost. ⁽²¹⁾. Il tutto, però, con la doverosa precisazione che la giurisprudenza costituzionale aveva sempre negato l'equiparazione formale della convivenza alla famiglia fondata sul matrimonio e salvaguardato il primato dettato dall'art. 29 Cost. ⁽²²⁾.

A fronte di tale qualificazione, conseguiva in capo ai conviventi il riconoscimento della sicura presenza di interessi meritevoli di tutela ⁽²³⁾.

Ciò aveva indotto gli interpreti a ricercare forme nel sistema del diritto patrimoniale comune e nella disciplina dettata per la famiglia legittima,

(21) AA.VV., *La famiglia di fatto. Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976)*, Montereleggio-Parma, 1977; *contra* 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, 34, per il quale "parlare della famiglia di fatto come entità giuridicamente rilevante è un non senso";

(22) Corte Cost. 18 novembre 1986 n. 237, in *Foro It.*, 1987, I, 2353 e, da ultimo, Corte Cost. 27 marzo 2009 n. 86, in *Corriere giur.*, 2010, 97, con nota di NASCIMBENE;

(23) La dottrina, peraltro, non aveva mancato di sottolineare come la giurisprudenza avesse ravvisato effetti della convivenza solo nei rapporti dei conviventi verso i terzi, ma mai nei rapporti tra i componenti del *ménage*, a parte le ricostruzioni operate in tema di restituzione degli apporti. Cfr. IEVA, *op. cit.*, 36 che, su tali presupposti, riteneva opportuno percorrere prima dell'introduzione della Novella la strada dei PACS francesi ("*pacte civil de solidarité*");

verificando l'applicazione analogica di eventuali istituti coniugali astrattamente sovrapponibili per ottenere dovuta tutela (²⁴), considerato che la stessa dottrina palesava tale necessità.

3. La convivenza nel sistema della L. 76/2016

Il Legislatore - in parte discostandosi nelle nuove previsioni dai punti di arrivo delle ricostruzioni degli interpreti, elaborate durante il c.d. "periodo buio" - si è preoccupato in prima battuta di definire la famiglia di fatto,

(24) BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, op. cit., 2, che osserva "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 - ma come problema di 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 terzi. L'esigenza di impedire ogni equiparazione alla famiglia legittima 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 generalizzabile";

prevedendone i requisiti per la sua rilevanza nell'ordinamento e dettandone altresì il regime di accertamento ⁽²⁵⁾.

La L. 76/2016 così recita ai commi 36 e 37: *“ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 – ⁽²⁶⁾ - 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”,* ivi aggiungendo 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”*.

Da subito si nota come, in linea con la *ratio* del provvedimento, il Legislatore non abbia discriminato alcun genere: la disciplina delle convivenze è, infatti, rivolta anche a persone di medesimo sesso che formino una coppia.

Sulla scorta dell'esperienza europea, inoltre, il ruolo della sessualità – alla quale non si accompagna, tuttavia, alcun dovere di fedeltà – connota

(25) Sulla definizione di convivenza il dibattito politico è stato meno concentrato, passando essa quasi inosservata. La motivazione probabilmente è dovuta al ruolo preminente della disciplina delle unioni civili, che ha maggiormente interessato i media; cfr. BLASI, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 182;

(26) Tale comma 36 menziona erroneamente anche i commi 66 e 67 che riguardano, invece, solo le previsioni di copertura finanziaria per le sole unioni civili, essendo le uniche situazioni giuridicamente volte a provocare l'estensione delle erogazioni previdenziali già previste per il matrimonio e, quindi, un aumento di spesa per le casse statali;

l'intero sistema, facendo sì che la previsione legislativa non possa considerarsi quale una mera e sola regolamentazione della coabitazione o della reciproca assistenza esistenti tra due persone ⁽²⁷⁾. Infatti, la necessità del sostrato affettivo e sessuale si evince indirettamente dal regime delle preclusioni alla formazione e riconoscimento giuridico del fenomeno, inibita da rapporti di parentela – in analogia con le norme a presidio del matrimonio - e dalla precisazione compiuta dall'art. 1, comma 37, della nuova Legge che richiede ai soggetti necessariamente la formazione di una “coppia” ⁽²⁸⁾.

Sul punto, in sede di dibattito parlamentare è stata ampiamente dibattuta la soppressione del dovere di fedeltà dal catalogo dei doveri derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso che – al pari del comma 36 – contempla solo l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla

(27) BLASI, op. cit., 188;

(28) Cfr. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in www.juscivile.it, 2016, che conferma tale lettura e sottolinea l'assenza nell'ordinamento di espliciti riferimenti alla sessualità: “La norma non dice apertamente che le convivenze che intende regolare sono solo quelle i cui componenti hanno una relazione reciproca aperta anche alla sessualità. Pressoché mai il nostro diritto menziona espressamente la sessualità, tranne quando si tratta di stabilire divieti: a quanto pare fa parte delle cose che “non sta bene” dire esplicitamente. Che si riferisca però solo alle convivenze aventi questa caratteristica è indicato in modo inequivocabile, benché implicito, da due elementi: la previsione degli impedimenti derivanti da rapporti giuridici familiari, che riconferma il principio del divieto di incesto; la precisazione che si deve trattare di «due» persone, anzi di una «coppia», che riconferma il principio monogamico. Sono due principi di fondo comuni a tutti gli ordinamenti giuridici di matrice culturale europea”;

coabitazione (cfr. comma 11, L. 76/2016). La dottrina si è così domandata, tenuto conto del parallelismo con il vincolo coniugale che comporta un'ampia gamma di doveri morali da identificarsi sulla scorta di quelli contemplati dall'art. 143 Codice Civile, se, in difetto di un obbligo giuridico di fedeltà gravante su coloro che abbiano dato vita ad un'unione civile, debba ugualmente giungere a ritenere inesistente ogni dovere (morale) di fedeltà per le coppie di conviventi. Sembrerebbe di primo acchito poter concludere che la maggior semplicità del rapporto in esame declini per l'assenza di ogni dovere. Deve però per completezza segnalarsi che, anche in assenza di previsioni in tal senso e contrariamente a quanto sopra precisato, parte della dottrina ⁽²⁹⁾ ha ritenuto che, a causa dello stabile legame affettivo della coppia e dalla necessità che esso sia improntato alla reciproca assistenza morale e materiale (comma 36), sembrerebbe esistente tra i conviventi di fatto *“un impegno di esclusività e di rispetto”* ⁽³⁰⁾.

(29) BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. Dir.*, 2016, 929 che sottolinea *“e, d'altra parte, a conferma della soluzione indicata, può richiamarsi quell'orientamento, emerso in sede di prima interpretazione delle norme dedicate all'unione civile, secondo cui l'omissione del dovere di fedeltà all'interno del comma 11 non è in effetti decisiva, nella misura in cui tale dovere riecheggia nell'ambito di altre disposizioni della L. n. 76/2016 e può in ogni caso ricondursi a quello di assistenza morale e materiale, espressamente richiamato dalla disposizione in questione”*;

(30) Cfr. PACIA, op. cit., 198, per la quale la mancata previsione dell'obbligo di fedeltà per coloro che abbiano dato vita ad un'unione civile mal si concilia, tra l'altro, proprio con il legame affettivo di coppia cui il legislatore fa riferimento nel comma 36 per definire la convivenza di fatto;

Passando all'esame degli elementi fissati dalla Novella, requisiti per rendere rilevante la convivenza nel nostro ordinamento sono:

- (i) la maggior età dei soggetti coinvolti nel *ménage*;
- (ii) la stabilità del legame affettivo di coppia;
- (iii) la reciproca assistenza morale e materiale;
- (iv) la libertà di stato di ciascuno dei *partners*.

Quanto al primo punto, il Legislatore ha deciso di escludere *ab origine* la possibilità per i soggetti minorenni di dare luogo a una famiglia di fatto che possa godere delle tutele della Novella; tale requisito sembra dettato senza diversa possibilità di appello. Sul punto, tuttavia, si può avanzare qualche critica di sistema; non è infatti chiara la *ratio* di escludere soggetti minori di età da un regime sostanzialmente volto alla tutela patrimoniale dei *partners* e, soprattutto, meno stringente del matrimonio, vincolo a cui i minorenni avrebbero potuto accedere con le dovute autorizzazioni.

Passando al secondo dei requisiti citati, l'elemento maggiormente qualificante la convivenza di fatto nell'impianto della L. 76/2016 è il regime di stabilità del vincolo, che assume diversa connotazione per quanto attiene il profilo interno e quello esterno.

Se nel secondo di tali ambiti (esterno), rilevanza alla convivenza sarà data necessariamente dalla durata – quale sintomo di una unione stabile – nei rapporti interni non potrà, invece, mancare la c.d. "*affectio*" e cioè un legame affettivo con comunanza di vita sentimentale tra i *partners*. Tale requisito, peraltro, era già richiesto dalla giurisprudenza prima della Novella al fine di

poter ricavare dalla situazione di fatto – la mera convivenza – una condizione anche di diritto ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾.

Per quanto attiene il profilo esterno, invece, l'unico dato per verificare anche dai terzi la stabilità della coppia, in assenza di un dato normativo all'interno della L. 76/2016, sembrerebbe come anticipato essere la durata del rapporto di affezione. Ciò potrebbe evincersi dalla rilevanza - solo probatoria - delle risultanze anagrafiche (cfr. comma 37 e *amplius infra*) ⁽³³⁾, utili a fornire

(31) Cfr., nel periodo previgente alla L. 76/2016, Cass. 21 marzo 2013 n. 7214, in Giust. Civ., 2013, 11-12, I, 2455 secondo la quale “È e rimane infatti ferma la diversità della convivenza di fatto, fondata sull'*affectio quotidiana* - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti, rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio” e Cass. 8 agosto 2003 n. 11975 in Dir. famiglia 2004, 72 per la quale “la convivenza *more uxorio* si caratterizzi per i connotati della stabilità, continuità e regolarità, tanto da venire ad assumere i connotati della c.d. “famiglia di fatto” caratterizzata, in quanto tale, dalla libera e stabile condivisione di valori e modelli di vita (perciò stesso anche economici)”;

(32) Questa scelta del Legislatore è stata quella di escludere dalle tutele e dai diritti riconosciuti dalla Novella le diverse forme di convivenza non fondate sull'elemento affettivo. Non trovano pertanto posto all'interno del perimetro della L. 76/2016 le convivenze basate sul mero dato assistenziale o sulle ragioni meramente economiche di coabitazione; cfr. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit.: l'Autore, esemplificativamente, cita tra i fenomeni esclusi la convivenza tra due o più anziane sorelle o amiche, rimaste sole, senza altri familiari stretti con cui condividere l'abitazione e la vita quotidiana sottolineando che, seppur tra tali soggetti siano rinvenibili legami affettivi, essi non sono “*di coppia*” - vale a dire aperti alla sessualità – come richiesti dalla Novella;

(33) *Contra* LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit., per il quale il comma 37 - connotato da un testo “*burocratese*” - sembrerebbe sancire più di una semplice presunzione rilevante per l'accertamento del rapporto: a dire dell'Autore,

una presunzione sul termine di inizio della convivenza ⁽³⁴⁾ e, quindi, un dato verificabile per i terzi e per il Legislatore nell'applicazione dell'impianto normativo. Purtroppo, in assenza di previsioni precise sul punto, per individuare la durata utile a qualificare il rapporto come rilevante ai sensi della L. 76/2016 (a decorrere eventualmente dalla registrazione anagrafica di cui al comma 37 della Legge in esame), l'interprete dovrà far luogo alla normativa collaterale e all'interpretazione sistematica dell'intero testo della Novella e in particolare:

(i) alle normative regionali in tema di assegnazioni di alloggi popolari, che generalmente rendono rilevanti convivenze di uno o due anni;

(ii) al comma 42 della medesima L. 76/2016, che prevede una durata minima di due anni al diritto di abitare la casa del convivente defunto ⁽³⁵⁾;

infatti, la *"stabilità"* del rapporto consisterebbe proprio nell'avvenuta dichiarazione di costituire la famiglia anagrafica di cui all'art. 4 del d.p.r. stesso e solo a ciò conseguirebbe il soddisfacimento del citato requisito, pur se questa sia iniziata da un solo giorno. Peraltro, l'Autore si spinge oltre aderendo alla tesi minoritaria e affermando che *"al fine di applicare le conseguenze stabilite dai commi successivi della legge stessa, la situazione fattuale di convivenza è presa in considerazione solo se è accompagnata dalla dichiarazione di convivenza come famiglia anagrafica (art. 4 d.p.r. n. 223)"*;

(34) BLASI, op. cit., 188 che osserva come, se si aderisse alla tesi contraria, si dovrebbe accordare stabilità anche alla convivenza iniziata da un solo giorno, purché rispetti il mero dato formale della pubblicità anagrafica;

(35) BLASI, op. cit., 188. La tesi dell'Autrice non sembra condivisibile su tale punto, non tanto perché si tratti di *"criteri astratti"* ai quali ricondurre la rilevanza del rapporto, bensì perché tale comma non prevede la durata minima per la convivenza *"rilevante"*, bensì quella del diritto di godimento accordato al partner superstite;

(iii) alla disciplina dell'impugnazione del matrimonio, che all'art. 122 Codice Civile prevede l'impossibilità di azione di annullamento del vincolo per violenza od errore a seguito della coabitazione per un anno da parte dei coniugi;

(iv) all'art. 6 della Legge sull'Adozione (L. 149/2001), previsione che richiede almeno tre anni di convivenza prematrimoniale affinché si possa essere dichiarati idonei alla procedura.

A ciò si aggiungono, peraltro, gli arresti giurisprudenziali che hanno ricostruito il "fenomeno convivenza" prima dell'avvento della Novella; in particolare, la Suprema Corte ha recentemente ritenuto che, per evitare la delibazione della sentenza di annullamento del matrimonio in sede canonica, fosse sufficiente una convivenza *more uxorio* di tre anni ⁽³⁶⁾, fissando pertanto in tale lasso di tempo quello che sembrerebbe un periodo valido a soddisfare il requisito della stabilità.

(36) Cass. Sez. Un. 17 luglio 2014 n. 16379, in Guida al diritto, 2014, 33, 14 con nota di GALLUZZO, per la quale: *"Tutte le considerazioni che precedono consentono, perciò, di affermare in modo compiuto che la convivenza dei coniugi, connotata dai più volte sottolineati caratteri e protrattasi per almeno tre anni dopo la celebrazione del matrimonio, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata e tutelata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di "ordine pubblico italiano", secondo il disposto di cui all'art. 797 c.p.c., comma 1, n. 7, osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario"* ragionando sulla scorta della precedente pronuncia della Corte Costituzionale che aveva sancito come *"il criterio dei tre anni successivi alle nozze si configura come requisito minimo presuntivo a dimostrazione della stabilità del rapporto matrimoniale(...)"*;

Ad ogni modo, non vi sono dati sicuri a cui l'interprete possa ancorarsi nella ricostruzione della fattispecie, considerato anche che l'assenza del requisito della coabitazione rischia di intaccare il giudizio sulla stabilità del rapporto ⁽³⁷⁾ e che nell'ipotesi di in cui i conviventi abbiano due residenze differenti si potrebbe *“incidere in modo significativo nei profili di rilevanza esterna della struttura familiare”* ⁽³⁸⁾.

Quanto ai reciproci obblighi di assistenza, sia essa morale che materiale, tale requisito si aggiunge a quello dei vincoli affettivi e sembrerebbe differenziare il contenuto del comma 36 da quanto previsto dell'art. 4 d.p.r. n. 223 per la convivenza anagrafica, ove tali obblighi non vengono previsti. Parte della dottrina, tuttavia, ha ritenuto tale requisito una precisazione ultronea che, contrariamente al dettato normativo, non richiederebbe *“un requisito davvero ulteriore rispetto a quelli dell'art. 4 cit.”*, partendo dalla difficoltà di immaginare un legame affettivo in assenza di disponibilità dei *partners* alla reciproca assistenza morale e materiale. E' stato inoltre evidenziato che tale requisito – anche se si connota come un palese riferimento al sistema dei doveri nascenti dal matrimonio, ove i coniugi sono obbligati, tra l'altro, proprio all'assistenza morale e materiale reciproca – assume qui un valore diverso rispetto alla disciplina matrimoniale, non avendo alcun contenuto precettivo,

(37) Sul tema cfr. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in Dig. Disc. Priv., Torino, 1992, 194;

(38) BLASI, op. cit., 188;

bensi meramente descrittivo ⁽³⁹⁾.

E ancora, la Novella richiede espressamente la libertà di stato dei conviventi affinché possa darsi tutela alla loro condizione; il tutto oltre che escludere la possibilità che venga posta in essere una convivenza rilevante tra persone vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, ricalcando pertanto le norme del codice civile che stabiliscono gli impedimenti al matrimonio. Il matrimonio, quindi, costituisce un impedimento insormontabile che il Legislatore ha deciso di apporre ai conviventi solo in considerazione della sua dimensione formale e che diventa così impediente fino al suo formale scioglimento. Infatti, le convivenze nelle quali vi sia un soggetto separato - sia di fatto che legalmente – sono oggi escluse dall'applicazione delle previsioni

(39) Cfr. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit., che sottolinea il contenuto descrittivo della previsione e “*che non sono menzionate la contribuzione, la fedeltà e la collaborazione nell'interesse della famiglia*”, ritenendo che tali omissioni sarebbero dovute principalmente alle errate convinzioni degli estensori delle norme e nate dalla sedute parlamentari secondo cui non vi sarebbe famiglia senza matrimonio; il tutto in contrasto con la giurisprudenza, anche comunitaria, per la quale la famiglia nascerebbe per la mersa sussistenza di relazione interpersonali “*caratterizzate da quell'intimità che secondo il comune sentire è detta appunto familiare*”;

della Novella ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾.

La presenza di un requisito così stringente e stridente rispetto alle esigenze dei conviventi crea il rischio di creare un “terzo binario” di tutela o, comunque, comporta difficoltà di coordinamento con la nuova disciplina; si potrebbe pertanto ritenere che le previsioni contenute nella Novella si applichino alle sole convivenze i cui componenti siano di stato libero, mentre i diritti già riconosciuti in precedenza all’entrata in vigore della L. 76/2016 restino comunque a garanzia di tutti i conviventi, indipendentemente dallo stato libero e dalla mancanza dei requisiti previsti dalle nuove norme ⁽⁴²⁾.

(40) La soluzione appare coerente, ancorché discutibile: vero è infatti che la separazione non scioglie il matrimonio e che il Legislatore per essa non ha previsto alcuna eccezione, ma proprio in tali frangenti – e precisamente quando i partners non possono accedere ad un nuovo matrimonio – il contratto di convivenza potrebbe spiegare una maggiore utilità. Peraltro, tale soluzione è prova della generale assimilazione del coniuge separato al coniuge ancora pienamente presente nel vincolo matrimoniale, come si evince peraltro dall’art. 548 Codice Civile in tema successorio; LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit.;

(41) Tale soluzione, peraltro, è stato evidenziato essere in conflitto con alcuni importanti arresti giurisprudenziali, tra cui l’indirizzo secondo il quale il coniuge perde il diritto all’assegno qualora inizi una nuova convivenza; ciò in quanto il soggetto ha deciso di costituire un nuovo nucleo familiare che comporta la relativa tutela e perché il nucleo familiare precedente è definitivamente inesistente. Cfr. Cass. 11 agosto 2011 n. 17195, in www.dejure.it. Altri contrasti si hanno in tema di esclusione dell’addebito per violazioni dei doveri matrimoniali successivi al momento in cui la convivenza è divenuta intollerabile, in quanto detti doveri personali nascenti dal matrimonio si estinguono con la separazione (cfr. Cass. 7 dicembre 1994 n. 10512, in www.dejure.it);

(42) LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit.,

Quindi le disposizioni della Novella non potranno trovare applicazione ai casi di convivenze composte da soggetti di cui uno sia legato o civilmente unito ad una terza persona, a prescindere dal fatto che il matrimonio (o l'unione civile) sia in uno stato di crisi che abbia dato luogo ad una separazione legale ⁽⁴³⁾. Ma da ciò discende anche che i conviventi vincolati da precedente matrimonio potranno invocare invece i rimedi di diritto comune, rimedi che non sono stati non espressamente vietati dalla Novella, ma solo ignorati (quali l'obbligazione naturale, l'arricchimento ingiustificato, la tutela possessoria, etc.) stante l'assenza di specifiche norme impeditive ⁽⁴⁴⁾.

Tali considerazioni hanno riflessi anche per quanto attiene il contratto di

che ritiene che il fatto che questi diritti siano menzionati e quindi confermati nella nuova legge resta sostanzialmente irrilevante per i soggetti che non rispettino i requisiti del comma 36 e che quindi le nuove norme dunque, invece di diminuire la complessità e l'incoerenza della disciplina, ottengano l'effetto di aumentarla;

(43) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in Fam. Dir., 2016, 10, 969 che critica duramente la previsione di tale impedimento alla convivenza, osservando quanto segue: *"In altre parole, occorre constatare 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"*;

(44) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 969;

convivenza, quale contratto diretto a regolare i rapporti patrimoniali tra i *partners*. Proprio la sua tipicità ha portato, infatti, la dottrina a escludere che un soggetto che si trovi nella situazione descritta dalla Legge come impeditiva possa stipulare tale negozio; il pubblico ufficiale incaricato di ricevere o autenticare detto contratto dovrà quindi accertarsi dello stato libero di entrambe le parti contraenti ⁽⁴⁵⁾. Tale ricostruzione, pertanto, riduce il campo di applicazione – e di utilità – del contratto oggetto del presente studio.

Per quanto riguarda, infine, gli impedimenti derivanti da rapporti di parentela e affinità, ancorché la norma sia generica in quanto non precisa in alcun modo i relativi limiti di grado – come avviene invece di consueto in norme parallele (es. art. 87 Codice Civile) – è necessaria una applicazione analogica con la disciplina del matrimonio per circoscriverne la portata. Se ci si fermasse al dato letterale, infatti, gli impedimenti al riconoscimento di una regolare convivenza risulterebbero più ampi di quelli riguardanti il vincolo coniugale. Dato che tale ricostruzione appare assurda alla dottrina, sembra opportuno valicare il tenore letterale della previsione ed estendere anche ai conviventi di fatto gli stessi limiti di grado previsti nel regime degli impedimenti per il matrimonio ⁽⁴⁶⁾.

(45) Ciò anche in considerazione del comma 51 L. 76/2016, a norma del quale il notaio o l'avvocato devono attestare la conformità degli accordi "*alle norme imperative e all'ordine pubblico*";

(46) LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op.cit.;

4. Segue. Ruolo ed efficacia delle risultanze anagrafiche ex art. 1, comma 37, della L. 76/2016

Il comma 37 della Novella prevede testualmente 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”* ⁽⁴⁷⁾.

Tale disposizione ha destato perplessità in dottrina in relazione al ruolo attribuito alle risultanze anagrafiche.

Parte della dottrina – minoritaria –, nel sottolineare che il testo sarebbe *“connotato da un poco perspicuo burocratese”*, sembrerebbe aver contrastato il dato letterale ⁽⁴⁸⁾. Il riferimento al *“l'accertamento”* contenuto nella norma -

(47) Su questo aspetto è intervenuta la recente circolare del Ministero dell'Interno in data 1 giugno 2016 n. 1328 la quale, premessa la definizione contenuta nel comma 36 e richiamato il comma 37 per *“l'accertamento”* della stabile convivenza e richiamati i successivi commi 52 e 59 per le *“registrazioni”* conseguenti i contratti di convivenza e la loro risoluzione, permette di analizzare la differenza fra *“iscrizione delle convivenze di fatto”* che dovrà essere eseguita secondo le procedure già previste e disciplinate dall'ordinamento anagrafico ed in particolare dagli artt. 4 e 13 del D.P.R. n. 223/1989 (espressamente richiamati dal comma 37) e la *“registrazione del contratto di convivenza”* che costituisce invece un adempimento nuovo per l'opponibilità del contratto ai terzi;

(48) TASSINARI, op. cit., 1736 che ritiene di dividere in tre categorie i gli elementi costitutivi della convivenza rilevante ai fini della L. 76/2016: (i) oggettivi, e cioè i presupposti positivi

per tale corrente di pensiero – sarebbe infatti indice dell’esistenza di una presunzione volta a fissare due principi: il primo che la convivenza rilevante per l’ordinamento abbia inizio con la sola dichiarazione all’ufficiale dell’anagrafe da parte dei partners e il secondo che solo da quel momento essa possa dirsi accertata. Tale dottrina finisce quindi per (i) ricollegare dapprima il requisito della stabilità all’avvenuta dichiarazione sopra richiamata (come peraltro già sopra evidenziato) e (ii) ritenere poi stabile una convivenza – “*pur se iniziata da un solo giorno*” – purché risultante dal certificato di stato di famiglia. Il tutto, quindi, sulla considerazione che la dichiarazione anagrafica sia non solo uno dei punti caratterizzanti e fondamentali della nuova Legge, ma anche che essa rivesta la natura di presupposto di applicazione della medesima (49).

La dottrina che sposa tale conclusione fonda principalmente il proprio pensiero su: (i) il piano letterale, che farebbe propendere per l’esclusione del comma 37 dalle norme di disciplina, includendola invece in quelle definitorie; (ii) la ratio della previsione normativa, che diversamente lascerebbe ancorato il fenomeno della convivenza ad un impossibile accertamento in fatto del requisito della stabilità; (iii) la necessità di riconoscere un minimo di negozialità

richiesti dal comma 36, quali la presenza dello stabile rapporto affettivo di coppia; (ii) negativi, quale l’assenza di rapporti di parentela o altra unione; (iii) pubblicitari, quale la registrazione anagrafica ai sensi del comma 37;

(49) LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit., che peraltro non chiarisce se trattasi di presunzione semplice (*iuris tantum*) o di presunzione assoluta (*iure et de iure*);

alla formazione della convivenza giuridicamente rilevante, se non si vuole cadere nella conclusione – da scongiurare secondo tale dottrina – di dover obbligare i conviventi che non vogliono alcun vincolo a effettuare dichiarazioni negative o stipulare contratti di esenzione della disciplina (c.d. contratti di “*opting out*”), attualmente non previsti ⁽⁵⁰⁾; ed infine (iv) la considerazione che tale registrazione è l’unica prova concreta che può essere esibita a terzi proprio in quei contesti di rilevanza del fenomeno dettati dalla Novella (cfr. commi 38, 39 e 40) ⁽⁵¹⁾.

Se tale soluzione ha il pregio di collegare la rilevanza giuridica della convivenza a un elemento di accertamento estrinseco al rapporto (la registrazione anagrafica), con ovvi riflessi positivi non solo per i terzi ma anche per gli stessi conviventi, tuttavia essa non appare accettabile poiché contraria allo stesso dato normativo.

Altra parte degli Autori – maggioritaria - ha infatti ritenuto che la registrazione anagrafica sia mero strumento di accertamento e non abbia, quindi, alcuna valenza costitutiva del rapporto. Infatti, tale adempimento presso la P.A. si porrebbe nell’ordinamento come dato probante “*l’emersione ufficiale dell’instaurata convivenza*” e avrebbe solo valore dichiarativo

(50) AMADIO, *La cessazione della convivenza*, in N.g.c.c., 2016, 12, 1769 che ha riportato – senza citarne la fonte - che tra le motivazioni volte a ricondurre natura tassativa alla dichiarazione di convivenza potrebbe esservi quella di voler lasciare liberi i partners di evitare l’applicazione della disciplina legale non ottemperando ad alcun obbligo pubblicitario;

(51) TASSINARI, op. cit., 1739;

dell'esistenza del rapporto ⁽⁵²⁾. Infatti, ricondurre efficacia costitutiva alla iscrizione *de qua* rischierebbe di tradire lo spirito della Novella che ha impostato – nel solco della tradizione – la rilevanza della sola convivenza nell'ordinamento in ragione della sua esistenza fattuale, segregando in secondo piano i dati formali ⁽⁵³⁾.

Depone, peraltro, in favore di questa tesi il mero dato letterale della norma contenuta al comma 37, che altro non prevede se non che le risultanze anagrafiche abbiano efficacia ai fini di "*accertamento*" della convivenza ⁽⁵⁴⁾.

E' stato, inoltre, sottolineato che collegare alla mera situazione anagrafica prevista dal comma 37 la sussistenza del requisito della stabilità e, quindi, dell'esistenza della convivenze potrebbe avere effetti distortivi.

(52) DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, 139, da confrontare per una attenta analisi sulla disciplina della registrazione della convivenza; ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, Notariato, 2016, 4, 333; MECENATE, *Unioni civili e convivenze: successioni, forma e pubblicità diritto internazionale privato*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 148;

(53) Così, in sintesi, AMADIO, op. cit., 1769 che ritiene anche che il contratto di convivenza possa essere stipulato in assenza di dichiarazione anagrafica, in quanto atto a regolare il rapporto ma non a fondarlo;

(54) Cfr. AMADIO, op. cit., 1769 che sottolinea che il notaio o l'avvocato chiamati ad autenticare il contratto difficilmente potranno non ricusare il proprio ministero, non essendo in grado di verificare la ricorrenza dei presupposti legali senza la dichiarazione anagrafica in esame;

Sarebbe infatti permesso a due soggetti, eventualmente legati da interessi solo collaterali, usufruire dei diritti previsti dalla Novella senza che tra di essi sia sostanzialmente presente un rapporto affettivo stabile.

In più, ai sensi dell'art. 4 del regolamento sull'Anagrafe (D.P.R. 30 maggio 1989 n. 223), non può dimenticarsi che la famiglia anagrafica è una formazione ben distinta da quella prevista dalla Novella e che, quindi, con quest'ultima non può essere confusa ⁽⁵⁵⁾.

A fondamento di tale interpretazione maggioritaria, si possono richiamare anche recenti interventi della giurisprudenza, sia in epoca precedente ⁽⁵⁶⁾ che posteriore alla introduzione della norma in commento ⁽⁵⁷⁾.

(55) BLASI, op. cit., 182 che aggiunge come la dichiarazione resa in ordine alla sussistenza di vincoli affettivi quale presupposto per la formazione di una famiglia anagrafica non può essere oggettivamente riscontrata dall'Ufficiale d'Anagrafe;

(56) Cfr. Corte Europea Diritti dell'Uomo 21.7.2015 n. 18766/11 e 36030/11, in N.g.c.c., 2015, I, 918 che ha diviso il concetto di coppia di fatto dalla mera coabitazione;

(57) Cfr. T.A.R. Venezia 27 agosto 2007 n. 2786, in Foro amm., 2007, 7-8, I, 2305 – pronunciata durante il c.d. *“periodo buio”* - che aveva precisato come risultasse *“ben evidente la sussistenza in capo all'attuale ricorrente di un interesse, anche soltanto morale (...), al corretto svolgersi dell'azione amministrativa in materia anagrafica, affinché i ben diversi istituti della famiglia nucleare (tutelato, come si è visto, in via espressa da disposizioni di rango costituzionale e superstatale) e della famiglia anagrafica (presupposto, viceversa, da una mera legge ordinaria e disciplinato nel dettaglio da un regolamento e da un atto amministrativo a contenuto generale, costituito dalle anzidette note ISTAT del 1992) non siano confusi, anche - e soprattutto - dinanzi alla complessiva percezione dei consociati”*

Più precisamente, infatti, il Tribunale di Milano, con ordinanza del 31 maggio 2016, ha ritenuto che *“avendo la convivenza natura fattuale, e cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai partners a mezzo di un vincolo civile formale, la dichiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo”*, sottolineando peraltro come *“la definizione normativa che il Legislatore ha introdotto per i conviventi è scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali. In altri termini il convivere è un “fatto” giuridicamente rilevante da cui discendono effetti giuridici ora oggetto di regolamentazione normativa”* ⁽⁵⁸⁾. Quindi, per la giurisprudenza, è la stessa natura fattuale della convivenza che porta a ritenere che questa formazione sociale, anche all’esito dell’introduzione delle nuove norme ad opera della L. 76/2016, non necessita di essere esternata dai *partners* a mezzo di una dichiarazione formale per poter nascere; assunto che, pertanto, riconduce la registrazione anagrafica prevista dal comma 37 a strumento privilegiato di prova, ma non a elemento costitutivo del rapporto ⁽⁵⁹⁾.

(58) Trib. Milano ord. 31 maggio 2016, in www.ilcaso.it;

(59) LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit., in nota, che osserva: *“Può al riguardo rilevarsi che la “fattualità” della convivenza non può più oggi contrapporsi alla “giuridicità” della stessa, rispetto dunque a ciò che è avvenuto in passato allorché la dimensione fattuale ha assunto rilevanza per differenziare dalla famiglia fondata sul matrimonio la c.d. famiglia di fatto, in cui cioè risultava assente la formalizzazione dell’unione coniugale ma sussisteva una comunione di vita; già attenta dottrina, ossia PARADISO, sub art. 143, in I rapporti personali tra coniugi (Artt. 143-148), in Comm. Schlesinger, Milano, 2012, p. 132, aveva rilevato, a proposito dei rapporti tra convivenza e matrimonio, che «un eventuale riconoscimento legislativo non potrebbe che condurre, almeno tendenzialmente, a una equiparazione, dove l’unica novità consisterebbe nella sostituzione di*

In conclusione, sul ruolo della registrazione anagrafica prevista dal comma 37 della Novella, è preferibile ritenere che, come indirettamente confermato dalla circolare n. 7 del Ministero dell'Interno:

(i) i diritti previsti dalla L. 76/2016 spettino a tutti i conviventi di fatto, sia che essi soddisfino il presupposto del comma 37 sia in assenza della adempimento formale in esame, purché essi riescano a provare la ricorrenza di tutti gli elementi indicati nel comma 36, e

(ii) che - nonostante si sia in presenza degli adempimenti amministrativi previsti dall'art. 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 - sia possibile in ogni tempo dimostrare l'inapplicabilità della disciplina della Novella per assenza di uno degli elementi costitutivi della fattispecie previsti dal comma 36 ⁽⁶⁰⁾.

un fatto – la convivenza con un minimo di caratteri di stabilità e serietà – all'atto formale di celebrazione del matrimonio»; similmente, nella ricostruzione dei tratti caratterizzanti la famiglia di fatto, F. ROMEO, Famiglia legittima e unioni non coniugali, in Le relazioni affettive non matrimoniali, a cura di F. Romeo, Torino, 2014, p. 18 ss., il quale peraltro rilevava, alla stregua delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto e in ordine al dibattito in corso sulla necessità o meno di un intervento legislativo, che «l'assenza di regole eteronome rigidamente predefinite potrebbe garantire uno spazio di autonomia maggiore cui rimettere la modulazione della relazione affettiva non matrimoniale» (p. 39); ID., Famiglia: sostantivo plurale?, in Dir. delle successioni e della famiglia, 2015, p. 66 ss. e, sul punto, p. 88”;

(60) BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, op. cit., 919;

La dichiarazione anagrafica svolgerà, quindi, una funzione eminentemente pratica e la sua sussistenza permetterà ai terzi - ma anche ai *partners* all'interno del loro rapporto - di presumere sia il *dies a quo* dell'inizio della convivenza sia l'esistenza stessa del rapporto, senza però potersi escludere che tale dichiarazione possa essere stata falsamente resa e che gli interessati possano assumerne prova contraria ⁽⁶¹⁾.

Rimane, infine, da risolvere il problema relativo alle convivenze già instaurate e non "dichiarate" in anagrafe. La Novella infatti non prevede alcuna disciplina transitoria e la dottrina ha quindi dovuto interrogarsi sul punto, giungendo a sostenere che, in assenza di previsione che disciplini la possibilità di ottenere una certificazione retroattiva della stabile convivenza che fosse già esistente all'entrata in vigore della L. 76/2016, i *partners* rimarranno "nell'oblio" per quanto attiene il periodo di vita già vissuta insieme e dovranno, quindi, ricorrere ai mezzi probatori comuni - a loro carico - per provare l'esistenza del rapporto nel periodo precedente la Novella. Tale questione non è meramente formale: infatti, la durata della convivenza incide sui diritti riconosciuti ai conviventi, tra i quali su tutti il diritto di continuare ad abitare la

(61) TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in Fam. e dir., 2016, 10, 859 che aggiunge come una soluzione diversa da quella proposta potrebbe portare a ritenere erroneamente stabile una convivenza, senza possibilità di prova contraria anche subito dopo l'instaurazione della medesima;

casa di comune residenza dopo la morte del *partner* e il diritto agli alimenti alla cessazione del rapporto ⁽⁶²⁾.

5. I diritti dei conviventi in assenza di contratto

Come accennato nel primo paragrafo del presente capitolo, la Novella ha previsto un sistema a “doppio binario”, introducendo:

(i) dapprima una regolamentazione minima e necessaria, di fonte legale, che si applica a tutte le convivenze che rispettino i dettami del comma 36 e

(ii) poi, la possibilità di estensione della tutela in via convenzionale mediante la stipulazione di un contratto di convivenza.

Peraltro, ai soggetti che non rispettino i requisiti del comma 36 della L. 76/2016 – si pensi ad esempio a i conviventi non liberi di stato o entrambi non maggiorenni - rimane applicabile e possibile il ricorso ad altre opzioni di tutela, e più precisamente agli strumenti e agli arresti giurisprudenziali già elaborati prima dell’introduzione della Novella, che si sostanziano essenzialmente nell’irrilevanza giuridica formale della famiglia di fatto o nel diritto comune.

Per quanto attiene ai diritti di fonte legale riconosciuti ai c.d. “conviventi di fatto” dalla L. 76/2016– che saranno, come sopra illustrato, applicabili

(62) BLASI, op. cit., 195 che segnala la tendenza di molti comuni recentemente a istituire la presenza di registri di convivenza e ne ricorda l’utilità in sede processuale, potendo il periodo di vita comune essere provato con qualsiasi mezzo, anche per presunzioni;

indipendente dalla manifestazione di volontà di pubblicizzazione della convivenza, nella forma della dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 (cfr. paragrafo che precede) – la dottrina ha rilevato come, in massima parte, si tratti di diritti già riconosciuti da interventi giurisprudenziali ⁽⁶³⁾. La Novella ha avuto così su tali aspetti una mera funzione ricognitiva e codificatoria, tipizzando e rendendo positivi gli arresti giurisprudenziali degli ultimi cinquant'anni ⁽⁶⁴⁾.

Peraltro verso, la Novella si è anche preoccupata di estendere alcune tutele già previste per i coniugi che la giurisprudenza non aveva ritenuto di applicare analogicamente ai conviventi *more uxorio* ⁽⁶⁵⁾. Si pensi, ad esempio,

(63) Si pensi, esemplificativamente, a: (i) la vocazione anomala a per successione nel contratto di locazione sancita all'art. 6, L. 392/1978, articolo oggetto di revisione da parte della Corte Costituzionale (Corte Cost. 7 aprile 1988 n. 404, in Foro it., 1988, I, 2515) nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore a favore del convivente, vocazione ormai riconosciuta normativamente in forza dell'art. 1, comma 44, della L. 76/2016; (ii) la possibilità di nominare il convivente rappresentante per quanto attiene alla scelta di donare i propri organi (cfr. art. 23, comma 2, L. 91/1999) e la possibilità per il convivente di opporsi per iscritto al prelievo come oggi previsto nell'art. 1, comma 40, della Novella; cfr. CENNI, in *CNN Notizie del 20 giugno 2016*, 2016;

(64) AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *N.l.c.c.*, 2016, 3, 390, che ha rilevato come la Riforma svolge in proposito una (sostanziale) funzione ricognitiva;

(65) Prima della Novella era stata sentita l'esigenza di prevedere sgravi fiscali per i conviventi di fatto, considerato che la convivenza si atteggia comunque a forma di solidarietà sociale – come peraltro disposto dalla legge francese -, esigenza non soddisfatta dalla legge in commento; cfr. IEVA, op. cit., 44;

alla nuova introduzione dell'art. 230 ter Codice Civile che ha finalmente esteso la tutela ai conviventi la disciplina dell'impresa familiare ⁽⁶⁶⁾.

Su tali presupposti, la dottrina ha comunque criticato l'impostazione della nuova Legge, sottolineando che la scelta compiuta dal Legislatore dimostrerebbe l'incapacità di prevedere una disciplina organica e sistematica ⁽⁶⁷⁾

Passando alla sommaria analisi dei singoli precetti contenuti nelle nuove disposizioni, in breve si può ricordare che il Legislatore ha previsto all'interno della Novella in favore dei conviventi i seguenti diritti:

(i) l'estensione dei diritti già spettanti al coniuge in base all'ordinamento penitenziario (comma 38 della L. 76/2016): senza modificare la previsione generale dell'art. 307, comma 4, c.p., norma che elenca i "*prossimi congiunti (...) agli effetti della legge penale*" e non comprende il convivente ⁽⁶⁸⁾, la Novella ha stabilito che "*i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge*

(66) DI ROSA, *Dell'impresa familiare* (art. 230 bis), in *Della famiglia* (artt. 177-342 ter), a cura di BALESTRA, in Comm. UTET, Torino, 2010, 381; GABRIELE, *Lavoro e famiglia non coniugale*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, UTET., 2014, 425;

(67) ROMEO – VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali*, op.cit.;

(68) È stato osservato però criticamente osservato che tale previsione non estende al rapporto di convivenza alcuna delle norme penali per le quali sarebbe rilevante il rapporto coniugale, né la previsione ricapitola i casi in cui le disposizioni penalistiche riguardanti il coniuge erano già in assenza di organica regolamentazione estese anche ai conviventi: LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit.;

nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario"; invero, tale previsione nulla aggiunge con riguardo alle regole di diritto processuale penale e non contiene nulla di davvero innovativo rispetto alla situazione preesistente ⁽⁶⁹⁾, essendo stato sottolineato che tale previsione potrebbe addirittura restringere la portata dei diritti prima esistenti, richiedendo ora la presenza dei requisiti del comma 36 della Legge;

(ii) il diritto reciproco, in caso di malattia o di ricovero, di visita e di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali del convivente (comma 39): tale previsione – peraltro criticata per il suo tenore letterale definito *"giornalistico"* ⁽⁷⁰⁾ – ha il duplice scopo di

(a) attribuire al convivente il diritto di visitare e assistere il partner malato, affinché a questi vengano garantiti gli stessi diritti che i regolamenti delle strutture sanitarie sull'accesso ai reparti attribuiscono ai familiari del paziente; la dottrina, peraltro, ne ha sottolineato la limitata utilità ⁽⁷¹⁾, venendo in rilievo

(69) GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, op. cit., 217 che osserva come il termine famiglia infatti – in linea con le regole europee – è stato inteso dalla amministrazione penitenziaria in senso lato *"in modo da inglobarvi la relazione che il detenuto ha stabilito con una persona che può essere comparata a quella con i membri della sua famiglia quand'anche la relazione non sia stata formalizzata"*, Circolare D.a.P. 8 maggio 1998, n. 3264/5714;

(70) LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. Dir.*, 2016, 10, 933, critico sulla previsione, per il quale il comma in esame sarebbe connotato da una redazione *"approssimativa"*, *"giornalistica"* e comunque caratterizzata dalla mancanza del significato giuridico delle regole che stabilisce e delle loro implicazioni";

(71) GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, op. cit., 219;

solo nello sporadico caso in cui il regolamento interno della struttura sanitaria sia restrittivo verso i conviventi;

(b) concedere al convivente l'accesso alle informazioni personali del partner, con la precisazione che quelle sanitarie restano normate dal D.Lgs. 196/2003 ⁽⁷²⁾ e potranno essere comunicate soltanto al paziente stesso e alle persone cui questi autorizza la comunicazione ⁽⁷³⁾;

(iii) ai commi 40 e 41 la L. 76/2016 riconosce a ciascun convivente di fatto la facoltà di designare - in forma scritta e autografa ovvero, in caso di

(72) LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op. cit., 933 che precisa come “peraltro, in via di eccezione però, dopo eseguita la prestazione sanitaria per motivi di emergenza senza il consenso del paziente, in quanto in stato di incapacità fisica, legale o naturale, le informazioni - in vista dell'autorizzazione al loro trattamento - possono essere comunicate a “un prossimo congiunto”, a “un familiare”, a “un convivente” e persino al “responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato” (art. 82, comma 2, lett. a, D.Lgs. n. 196/2003)”. Viene così in rilievo la normativa speciale in tema di dati personali, nella quale il convivente sembrerebbe essere individuato in modo più ampio rispetto a quanto previsto e sancito al comma 36 della Novella per i conviventi di fatto, categoria che è quindi ricompresa in questo novero, senza pertanto necessità di ricorrere alla nuova previsione contenuta nel comma 39. Inoltre, l'Autore ha evidenziato l'ulteriore previsione speciale dettata all'interno della L. 91/1999 in tema di persone che si trovano “all'inizio del periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte”: l'art. 3 di tale provvedimento, dettato sull'espianto di organi da cadavere, sancisce che le informazioni siano date data prima di tutto “al convivente more uxorio” il quale abbia la facoltà di “presentare opposizione scritta entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte” (cfr. art. 23, comma 2);

(73) Sul punto si rinvia allo specifico regolamento emanato dal Garante della Privacy denominato “Strutture sanitarie: rispetto della dignità - 9 novembre 2005”, in www.garantedellaprivacy.it;

impossibilità, alla presenza di un testimone (⁷⁴) - il convivente come rappresentante per l'assunzione di decisioni in materia di salute ovvero per le scelte relative alla donazione di organi e alle modalità delle esequie (⁷⁵). (⁷⁶). Tale previsione pone problemi di coordinamento con (i) la possibilità di designazione dell'amministrazione di sostegno e del tutore nonché (ii) con la L. n. 91/1999 in merito al prelievo di organi per trapianto che prevede la possibilità di opporsi in forma scritta all'espianto al coniuge non separato e al convivente e solo in loro mancanza ai figli e in ulteriore subordine ad altri soggetti (art. 23) senza richiedere precedenti scelte manifestate dal defunto, e lasciando quindi a tali soggetti un margine di discrezionalità più ampio di quello

(74) Critico LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op. cit., 933 che evidenzia il linguaggio "atecnico" della locuzione "poteri pieni o limitati", soffermandosi sulle difficoltà interpretative della norma che pongono interrogativi circa il significato dei termini ivi contenuti;

(75) Alla lettera (a), il Legislatore ha previsto la possibilità di designare il convivente come proprio rappresentante per quanto attiene alla propria sfera personale e sanitaria; GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, op. cit., 219;

(76) Tuttavia, l'ordinamento non conosce la figura del 'fiduciario per i trattamenti sanitari', figura che sembrerebbe introdotta per la prima volta dalla Novella, in parte a discapito di coniugi e figli che non possono godere di analoga disposizione. Presupposto della designazione è che la persona malata sia ancora capace di discernimento; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op. cit., 933 che osserva come la disposizione avrebbe poco rilievo pratico considerato che non sarà idonea a risolvere i casi più delicati, e cioè quelli in cui manchi una designazione a causa del rapido susseguirsi di eventi e che ricoprono la maggior parte dei casi in cui la designazione stessa sortirebbe la sua utilità (es: incidenti);

riconosciuto al rappresentante previsto dalla Novella. La lett. (b) della norma, invece, rinvia alla un testamento, fra le quali vi sono appunto le modalità di trattamento del corpo e il rito funebre ⁽⁷⁷⁾ ⁽⁷⁸⁾.;

(iv) i commi 42 e 43, ricalcando in parte le previsioni dettate in favore del coniuge ed estese dalla Novella all'unito civilmente (cfr. art. 540 Codice Civile), attribuiscono al convivente superstite il diritto di continuare ad abitare la casa precedentemente goduta in regime di convivenza per due anni, elevati a tre in caso di coabitazione di figli minori o disabili del convivente superstite, o comunque per un periodo pari alla durata della convivenza se superiore a due

(77) Per ulteriori riflessioni prima della Novella: LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op.cit., 933; l'Autore si chiede se, in presenza di precedenti disposizioni testamentarie in tal senso, la dichiarazione prevista dal citato comma 40 lett. (b) sia idonea a revocarle, giungendo a ritenere che tale possibilità si potrà verificare solo questa sia scritta in modo olografo e dovendosi invece negare "che l'interessato possa revocare le disposizioni contenute in un testamento con uno scritto non olografo o, peggio, con una dichiarazione orale alla presenza di un testimone, fatta poi valere dal fiduciario";

(78) Quanto alla forma, il successivo comma 41 richiede che la designazione sia contenuto in un documento redatto "in forma scritta e autografa" o in una dichiarazione orale in presenza di un testimone, purché ovviamente diverso dalla persona designata come rappresentante. L'autografia invece – termine ancora una volta a-tecnico – sembrerebbe indicare il maggior requisito della olografia, in simmetria a quanto previsto per la forma testamentaria di cui all'art. 602 Codice Civile. Considerata la genericità del termine, tuttavia non si può escludere che tale dichiarazione debba essere scritta dal paziente in persona, ma non necessariamente tutta a mano, sino a richiederne la sola sottoscrizione in calce; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op.cit., 10, 933 che dichiara di aderire a tale testi, dando conto della conseguente maggiore garanzia di autenticità e della simmetria sistematica con le forme testamentarie, anche considerato quanto previsto dal comma 40, lett. b;

anni, fino ad un massimo di cinque. Tale diritto il diritto di abitazione cesserà qualora il convivente cessi di abitare nella casa o in contragga matrimonio, unione civile o nuova convivenza (cfr. comma 43 e cfr. *amplius infra*);

(v) al comma 44, il Legislatore riconosce la successione del convivente nel contratto di locazione della casa di comune residenza, prevedendo tale facoltà per il *partner* in caso di morte del conduttore o di suo recesso dal vincolo contrattuale (cfr. *amplius infra*);

(vi) al comma 45, il Legislatore ha altresì previsto agevolazioni per i conviventi in relazione all'inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare ⁽⁷⁹⁾, sostanzialmente equiparando la convivenza con il matrimonio nella formazione delle graduatorie ⁽⁸⁰⁾, soluzione che presenta comunque il rischio - molto realistico - di far proliferare iscrizioni anagrafiche con fini elusivi;

(79) LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op. cit., 941 che ha sottolineato il possibile conflitto tra la norma in parola e la legislazione regionale (art. 117, comma 4, Cost.) e propone una lettura orientata a sciogliere tale discrasia, interpretando che il comma 45 determini solo i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali ovvero che essa esprima un principio generale dell'ordinamento civile, materia in cui vige tuttora la competenza statale;

(80) Le precedenti previsioni richiedevano che la convivenza fosse stata iniziata almeno 2 anni prima della pubblicazione del bando e che ne fosse dimostrata la sussistenza con certificazione anagrafica di stato di famiglia (art. 4 d.P.R. n. 223/1989), come fissato dalla delibera del C.i.p.e. del 13 marzo 1995 (pubblicata sulla G.U. n. 122 del 27 maggio 1995), che conteneva i principi di fondo per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica;

(vii) la Novella ha inoltre finalmente introdotto l'articolo 230-ter nel Codice Civile, per disciplinare ed estendere i diritti dell'impresa familiare (230-bis Codice Civile) al convivente ⁽⁸¹⁾: il convivente di fatto, che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa del partner, potrà così vedersi attribuito il diritto di partecipazione agli utili dell'impresa. Il Legislatore invece non ha esteso al convivente le previsioni dei commi 2, 4 e 5 dell'art. 230-bis Codice Civile, tra cui esemplificativamente il diritto di prelazione in caso di cessione dell'impresa e il diritti di partecipazione all'indirizzo dell'impresa ⁽⁸²⁾. Parte della dottrina ha sostenuto che tale dimenticanza sia irrilevante, trattandosi di norme che connotano l'istituto dell'impresa familiare in modo essenziale e che quindi debbano per forza essere applicate anche al convivente ⁽⁸³⁾. Tale tesi tuttavia non mi sembra percorribile: l'estensione analogica delle norme previste dall'art. 230-bis Codice Civile creerebbe difficili contemperamenti tra i diritti dei conviventi e quelli dei terzi – si pensi ad esempio alla possibilità di recesso in caso

(81) Cfr. sul tema OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge*, Padova, 2015, 171, che proponeva invece una modifica in tal senso dell'art. 230-bis Codice Civile;

(82) VOLPE, *Il patto di famiglia*, Napoli, 2011, 252;

(83) GORGONI, op. cit., 235 e LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op. cit., 941 per il quale inoltre “non è chiara la ragione per la quale il legislatore ha scelto di introdurre una nuova norma nel codice, per di più lacunosa, invece di aggiungere il convivente nell'elenco dei familiari, contenuto nel comma 3 dell'art. 230 bis c.c., come sarebbe stato molto più semplice. Se non è pura casualità, la ragione potrebbe essere nell'unica differenza tra l'art. 230 bis, comma 1, c.c. e il comma 46: quest'ultimo non menziona il “lavoro nella famiglia”, accanto al “lavoro nell'impresa””;

di lesione del diritto di prelazione sull'alienazione dell'impresa – considerato che la disciplina in esame si applica anche ai conviventi che non abbiano né stipulato un contratto di convivenza né effettuato la registrazione anagrafica prevista dalla Novella;

(viii) la Novella sembrerebbe ampliare inoltre i diritti del convivente nell'ambito delle misure di protezione, modificando l'art. 712 del c.p.c. con inserimento fra i soggetti che devono essere indicati nella domanda per l'interdizione o l'inabilitazione anche il convivente di fatto (comma 47) e riconoscendo al convivente la facoltà di essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno del partner incapace (comma 48). Se la prima previsione pone fine a un disallineamento nella disciplina dell'amministrazione di sostegno ⁽⁸⁴⁾, la seconda invece appare poco utile ⁽⁸⁵⁾: non vi erano già infatti limitazioni soggettive per la scelta da parte del Giudice Tutelare dei soggetti che possano assumere gli uffici di diritto privato di tutore, curatore e amministrazione di sostegno. Sembra così preferibile interpretare la nuova previsione come volta a confermare un regime di preferenza del convivente nei confronti dei soggetti terzi ad assumere l'ufficio di amministratore di sostegno

(84) La Novella rimedia alla mancanza di coordinamento tra la legge che ha introdotto l'amministrazione di sostegno (L. n. 6/2004) e il codice di procedura civile. La citata legge aveva infatti riformato l'art. 417 Codice Civile, inserendo il convivente fra i legittimati alla richiesta di apertura del procedimento, ma non lo aveva inserito tra le persone previste all'art. 712, comma 2, c.p.c. per la proposizione dei rimedi tradizionali;

(85) GORGONI, op. cit., 236;

amministratore (art. 408, comma 1, Codice Civile) o come tutore (art. 424, comma 3, Codice Civile), unitamente con agli altri soggetti legati all'incapace: il coniuge non separato legalmente, i genitori, i figli, i fratelli e le sorelle e i parenti entro il 4 grado ⁽⁸⁶⁾;

(ix) la L. 76/2016 dà corso inoltre agli orientamenti giurisprudenziali, ormai costanti e consolidati, che hanno già equiparato il convivente superstite al coniuge nell'ambito della disciplina dell'illecito extra-contrattuale; tuttavia la Novella si preoccupa solo di normare il caso in cui il convivente deceda ⁽⁸⁷⁾ e non prevede alcuna diversificazione tra danno patrimoniale e non, quest'ultimo riconosciuto ormai da copiosa e costante la giurisprudenza ⁽⁸⁸⁾;

(86) AULETTA, op. cit., 619;

(87) Diversamente dalla giurisprudenza che, già da tempo, ha esteso la tutela aquiliana del convivente alle ipotesi di lesioni non mortali; cfr. Cass. 29 aprile 2005 n. 8976, in Resp. Civ., 2006, 339 con nota di VASAPOLLO e Cass. 8 luglio 2002 n. 333305, in Riv. Pen., 2002, 980; cfr. anche Trib. Verona, 26 giugno 2013, in Danno resp., 2014, 627 con nota di BARBA;

(88) Quanto al danno patrimoniale, il comma 49 – non adeguandosi alla precedente giurisprudenza - attribuisce al convivente il diritto al risarcimento solo qualora il defunto fosse l'effettiva fonte del suo mantenimento. Sul punto, ampiamente, GORGONI, op. cit., 241 e LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, op. cit., 10, 939 che osserva "Al coniuge non è invece richiesta una prova analoga, argomentando dall'obbligo giuridico di contribuire ai bisogni della famiglia di cui all'art. 143 Codice Civile In applicazione della nuova norma, questa differenza dovrebbe essere cancellata, liberando il convivente dall'onere della prova suddetta. Trattandosi di una nuova norma, dovrebbe però applicarsi unicamente ai conviventi che hanno lo stato libero: per gli altri il risarcimento del danno patrimoniale dovrebbe restare governato dalle regole giurisprudenziali consolidate, senza applicare l'eguaglianza di criteri prescritta dal comma 49";

(x) infine, al comma 65, è stato disciplinato il diritto agli alimenti alla cessazione della convivenza, diritto che sarà che stabilito dal giudice in presenza dei presupposti previsti dal Legislatore - quali lo stato di bisogno e l'impossibilità di provvedere al proprio mantenimento – e nella misura mutuata dall'art. 438 del codice civile, il tutto per un periodo proporzionato alla durata della convivenza (cfr. *amplius infra*).

CAPITOLO II

I CONTRATTI DI CONVIVENZA NELLA L. 76/2016: NATURA, FORMA E PUBBLICITA'

Sommario: 1. Ammissibilità e caratteristiche del contratto di convivenza prima della Novella - 2. Segue. Il contratto di convivenza e la giurisprudenza prima della L. 76/2016 - 3. Il comma 50: tipicità e natura del contratto di convivenza - 4. La forma del contratto di convivenza prima della Novella - 5. La forma del contratto di convivenza ai sensi della L. 76/2016 - 6. Il ruolo del professionista: autenticazione e attestazione - 7. La pubblicità del contratto di convivenza - 8. Contratto di convivenza, incapaci e rappresentanza

1. Ammissibilità e caratteristiche del contratto di convivenza prima della Novella

Il contratto di convivenza è da oltre cinquant'anni sotto indagine da parte della dottrina e della giurisprudenza.

E' doverosa, tuttavia, la precisazione che per contratti di convivenza, già prima della Novella, si intendevano quei contratti il cui oggetto era la

regolamentazione patrimoniale dei rapporti tra i partners, e più precisamente la distribuzione tra di essi del costo della convivenza, l'eventuale previsione di un regime comune degli acquisti e la disciplina della rottura del *ménage*, anche se dovuta alla morte di uno di essi ⁽⁸⁹⁾. Esulavano, pertanto, dalla categoria – ed esulano tutt'ora – tutte quelle convenzioni che avevano ad oggetto il lato non patrimoniale di conduzione del rapporto, negozi giuridici che la dottrina aveva già giudicato nulli, sia per mancanza di un rapporto giuridico patrimoniale da regolare, sia per mancanza di alterità rispetto al vincolo matrimoniale (*amplius infra*). L'obbligo di fedeltà, assistenza e coabitazione avrebbero potuto, infatti, sorgere solo in forza del matrimonio, - vincolo tutt'ora primario nel sistema costituzionale.

Detto ciò, i contratti di convivenza avrebbero potuto e dovuto connotarsi essenzialmente solo per la presenza al loro interno di obbligazioni reciproche di mantenimento e/o contribuzione nel superiore interesse della famiglia ⁽⁹⁰⁾.

L'esigenza di una regolamentazione negoziale dei rapporti estranei al matrimonio nacque già nei secoli XIII e XIV, potendosi assistere ad esempio alla

(89) FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in BONILINI – CATTANEO, *Il diritto di famiglia*, II, 533; cfr. Trib. Savona 29 giugno 2002, in *Fam. Dir. Per.*, 2003, 596 con nota di FERRANDO su cui meglio *infra*;

(90) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 89;

presenza di “*contrats de concubinat*” in Francia ⁽⁹¹⁾ e di “*cartas de macebià e comaneria*” in Spagna ⁽⁹²⁾. Tale esigenza è stata avvertita da almeno un ventennio nei paesi di *common law*, mentre la situazione europea e italiana manifestava l’esigenza inascoltata di approdare a una soluzione normativa che, ancor prima di attribuire rilevanza giuridica alla convivenza, ammettesse la stipulazione di contratti per la regolamentazione dei rapporti tra i conviventi *more uxorio*.

Tali esigenze, ancor prima che dal Legislatore, sono state soddisfatte dalla giurisprudenza mediante il ricorso a figure negoziali di diritto comune al fine di superare la “*soglia minimale*” di tutela tra i conviventi, ancorata ai fragili appigli della disciplina delle obbligazioni naturali o dell’arricchimento ingiustificato ⁽⁹³⁾.

Ad ogni modo, prima della Novella, il contratto diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali nelle coppie di fatto era contratto sostanzialmente atipico

(91) cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 83 che ricorda AUBENAS, *Cours d’histoire du droit privé*, VI, Aix en Provence, 1958, 35, che riporta di un “*contrat de concubinat*” predisposto in Bonifacio (Corsica) dal notaio genovese De Porta nel 1287;

(92) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 83 che cita FOSAR BENNLOCH, *Las uniones libres, in Estudios de derecho de familia*, III, Barcelona, 1985, 15 il quale ricorda la Carta de Avila del 1361, sotto il titolo “*carta de mancebía e compañería*” quale esempio di contratto tra un uomo e la sua concubina, con cui il primo concedeva a quest’ultima determinati diritti sulle sue rendite, oltre che quelli di spartire con lui “*pan e mesa e cuchiello por todos los días que (...) visquiéredes*”;

(93) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 85;

e non rientrava in alcuna fattispecie prevista dal Legislatore - salvo il caso in cui ci si trovasse in presenza di contratti tipici permeati da un diverso fine ⁽⁹⁴⁾. Da ciò conseguivano, peraltro, gli scontri e sforzi dottrinali per legittimarne l'ammissibilità e disegnarne i relativi limiti ⁽⁹⁵⁾, limiti che emergevano dal confronto dello scopo perseguito dai conviventi con la meritevolezza degli interessi in gioco, la cui valutazione peraltro non poteva non essere figlia dell'evoluzione storica e del modo di giudicare la convivenza al di fuori del matrimonio e, quindi, necessariamente mutevole e connotata da un generale sfavore per il fenomeno ⁽⁹⁶⁾.

In primo luogo, la dottrina e la giurisprudenza del secolo scorso si erano

(94) Cfr. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, Studio CNN, n. 174-2008/C che ha osservato: *"In questa materia, la mancanza di una compiuta disciplina, e la condivisa impossibilità dell'applicazione analogica della disciplina che regola i rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, impongono di individuare un parametro generale, che sia idoneo a costituire la giustificazione causale di ogni attività negoziale tra conviventi. Detta esigenza non solo si manifesta in maniera esponenziale per la regolamentazione pattizia del rapporto di convivenza in senso stretto (non regolato positivamente), ma anche per la enucleazione di principi che attengano alla estrinsecazione dell'autonomia privata in settori latamente collegati al rapporto detto; e ciò, laddove possibile, in posizione simmetrica rispetto al rapporto di coniugio, dal quale se ne differenziano non già per la diversità degli interessi da comporre, ma solo per la mancata regolamentazione positiva"*;

(95) cfr. sul tema, *ex multis*: GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 150; FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, 737; MOSCATI - ZOPPINI (a cura), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002; DE FILIPPIS, *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza*, Milano, 2014, 121;

(96) VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in Corr. Giur., 2016, 10, 1190;

ritrovate a dover valutare l'ammissibilità del contratto sotto la lente della compatibilità al buon costume. In una società ove la donna era ancora relegata al lavoro domestico - attività che non veniva considerata propriamente economica - un siffatto contratto avrebbe potuto assumere il disdicevole fine della remunerazione della attività sessuale da essa compiuta in favore del partner ⁽⁹⁷⁾.

In tema, si può ricordare una risalente corrente giurisprudenziale che riteneva nulla la donazione a favore della concubina per contrarietà al buon costume ⁽⁹⁸⁾ in quanto strumento volto ad indurre quest'ultima ad intraprendere o continuare la relazione e, quindi, sostanzialmente con fine remuneratorio dei comportamenti sentimentali e sessuali nel *ménage* ⁽⁹⁹⁾ ⁽¹⁰⁰⁾. La giurisprudenza più recente, tuttavia, tendeva a superare l'eccezione di

(97) FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi "more uxorio"*, op. cit., 539;

(98) D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, 158;

(99) VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, op. cit., 1190 che cita Cass. 30 giugno 1950 n. 1678, in Foro it., 1951, I, 1067; Cass. 18 ottobre 1955 n. 3264, in Mass. Foro it., 1955;

(100) Cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 97 che ricorda come proprio i primi commentatori del codice napoleonico portassero ad esempio la donazione remuneratoria di prestazioni sessuali quale classico esempio di negozio contrario al buon costume, osservando la labile distinzione di tale donazione rispetto a quella lecita effettuata allo scopo di convincere una donna a intraprendere una relazione concubinaria (lecita in quanto il motivo non permeava la causa del negozio) avendo la donna, quale unico mezzo di scambio del mantenimento promesso dall'uomo o della *res* oggetto di donazione, la concupiscenza sessuale;

illegittimità per contrarietà al buon costume mediante dapprima la valorizzazione del lavoro endo-domestico - quindi facendo passare in secondo piano l'aspetto sessuale e non patrimoniale della coercizione alla convivenza ⁽¹⁰¹⁾ - e, secondariamente, giudicando legittimo lo scopo di reintegrare il partner debole per lo svantaggio sociale in cui il rapporto l'aveva costretto ⁽¹⁰²⁾.

Le maggiori aperture alla legittimità del contratto nell'ottica della compatibilità con il buon costume, tuttavia, arrivavano dalla dottrina. Infatti, contrariamente alle tesi volte a giudicare il contratto illecito per via di quanto sopra esposto, era stato dagli autori sottolineato come *“la causa del contratto di convivenza [fosse] finalizzata a regolare il ménage patrimoniale della famiglia di fatto, non già la relazione in sé, salvo che il motivo comune [fosse] rappresentato dal porre il mantenimento come controprestazione della dell'attività sessuale del partner”*. Pertanto, la dottrina aveva ricondotto la causa in concreto del contratto non già a remunerazione del comportamento concupiscente del partner, bensì alla regolazione dei rapporti patrimoniali del rapporto, senza alcun illecito corrispettivo celato ⁽¹⁰³⁾. Tale soluzione sembrava

(101) FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, II, Milano, 2004, cap. II; OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 97;

(102) Cass. 17 luglio 1948 n. 1147, in *Foro it.*, 1948, 951 e Cass. 12 ottobre 1955 n. 3046, in *Rep. Foro it.*, 1955, 23;

(103) Cfr. DEL PRATO, op. cit., 959, che, tuttavia, faceva salva l'illiceità della famiglia adulterina alla quale l'Autore riconosce potere invalidante di ogni accordo posto in essere a regolamentazione;

essere stata peraltro accolta anche poi dalla giurisprudenza ⁽¹⁰⁴⁾.

Tuttavia, il superamento delle eccezioni circa l'ammissibilità di tali negozi in relazione al precetto del buon costume non liberavano il contratto di convivenza dai dubbi di legittimità. Infatti, lo spettro di analisi non si fermava all'esame di quanto sopra evidenziato, ma si concentrava e scontrava anche con:

(i) le qualificazioni degli obblighi nascenti dalla convivenza, annoverati tra le obbligazioni naturali e, quindi, portanti in seno le relative problematiche principalmente attinenti alla possibilità di coercizione delle stesse e alla loro trasformazione in obbligazioni civili ⁽¹⁰⁵⁾;

(ii) la sovente presenza di clausole inserite dai partners che prevedano volontariamente obblighi non patrimoniali, quali impegni di coabitazione o di fedeltà, e quindi connotando personalisticamente il negozio;

(iii) la difficoltà di attribuire al convivente superstite diritti dopo la propria morte senza incorrere nei divieti di patti successori (art. 458 Codice

(104) Cfr. Cass. 8 giugno 1993 n. 6381, in N.g.c.c., 1994, I, 339 che ha sancito validità del contratto di comodato concesso vita natural durante alla convivente e così, conseguentemente, ha stabilito la validità degli accordi pattizi volti a regolare rapporti patrimoniali nella convivenza *more uxorio*;

(105) Tra le tante, Cass. 20 novembre 1985 n. 5717, in Foro It., 1986 I, 1369 con nota di QUADRI, che conferma le righe tale impossibilità, osservando anche che *“la cessazione, ai sensi dell'art. 5, 5° comma, l. n. 898/1970, dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di divorzio in caso di nuove nozze del beneficiario non può essere invocata neppure in via analogica, nell'ipotesi di convivenza more uxorio con un terzo”*;

Civile), profilo di cui si tratterà meglio nei capitoli successivi (cfr. *amplius infra*).

Quanto al primo dei punti citati – che, a ben vedere, ha creato maggior impegno nella giurisprudenza - le domande di ripetizione dell'indebitato o di ingiustificato arricchimento, esperite dagli ex-conviventi dopo la cessazione del *ménage* ed aventi ad oggetto le prestazioni patrimoniali rese a beneficio dell'altro durante lo stesso, hanno costituito banco di prova dei diritti dei conviventi e, più ancora, del relativo contratto.

Infatti, nella ricerca di sussunzione nelle regole di diritto già presenti all'interno dell'ordinamento, le prestazioni eseguite tra i coniugi sono state in prevalenza qualificate dalla dottrina quali adempimenti di obbligazioni naturali. Tale ricostruzione teorica prende le mosse anche dalla diversa dimensione sociale che la convivenza ha assunto nell'ultimo cinquantennio, passando da fenomeno deprecabile e illecito, con profili di lesione del buon costume, a "*strumento per realizzare la personalità dei conviventi*"⁽¹⁰⁶⁾. Tale tesi, che prese piede avversando la più risalente che ricostruiva le elargizioni al convivente quali donazioni remuneratorie⁽¹⁰⁷⁾, veniva – nonché viene tuttora – applicata sia alle prestazioni effettuate per mantenimento del convivente sia per quelle conseguenti la fine del *ménage*. La finalità dichiarata di questa ricostruzione è

(106) FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi "more uxorio"*, op. cit., 539;

(107) MANZINI, *Sugli spostamenti patrimoniali effettuati in esecuzione di obbligazioni naturali*, CEI, 1987, 887;

quella di escludere la ripetibilità di quanto corrisposto da uno dei partners in ragione della convivenza o della sua cessazione.

Le obbligazioni naturali, infatti, non sono escutibili coattivamente e sono caratterizzate dalla regola della *soluti retentio*, sicché il convivente che abbia effettuato spostamenti patrimoniali per soddisfare il proprio dovere morale non potrà riottenere quanto corrisposto, non riconoscendo il nostro ordinamento ai doveri morali e sociali di cui all'art. 2034 Codice Civile la caratteristica della giuridicità⁽¹⁰⁸⁾.

Se la teoria ha il pregio di tutelare il convivente debole, essa tuttavia creava problemi dottrinali non di poco conto per l'ammissibilità del contratto che regoli tali profili. La mancanza di un sottostante rapporto obbligatorio civile non permetterebbe infatti la novazione, la dazione in pagamento e la ricognizione dell'obbligazione naturale assunta dai conviventi per mero effetto dell'esistenza del rapporto⁽¹⁰⁹⁾ e, quindi, la previsione di tali fenomeni all'interno del contratto di convivenza.

(108) Sull'obbligazione naturale in relazione al contratto di convivenza cfr. SUCCI, *Patto di convivenza e obbligazioni naturali nel sistema civilistico italiano*, in *Vita notarile*, 2015, fasc. 3, 1135 e ROCCHIO, *Obbligazioni naturali tra conviventi "more uxorio"?*, nota a Cass. 22 gennaio 2014 n. 1277, in *Giur. It.*, 2015, 5, 1092;

(109) OBERTO, *I contratti di convivenza*, op. cit., 4 che in nota ricorda la disciplina in vigore sotto il precedente codice che ammetteva la novazione dell'obbligazione naturale, come confermato dalla giurisprudenza del tempo (Cass. 4 luglio 1938, in *Foro it.*, 1938, I, 1547);

Autorevolissimo Autore, infatti, aveva affermato – sul tema generale delle obbligazioni naturali - 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”* ⁽¹¹⁰⁾. Alla luce di tale dato anche la giurisprudenza, dopo l'entrata in vigore del codice attuale, aveva avallato tale generale orientamento ⁽¹¹¹⁾.

Sulla base di queste difficoltà, parte della dottrina aveva ritenuto inammissibile di un contratto di convivenza che desse vita a tali obbligazioni, relegandolo quindi nel campo dei contratti di accertamento ⁽¹¹²⁾.

(110) NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in Foro it., 1939, I, 41;

(111) Cass. 29 Novembre 1986 n. 7064, In Foro It., 1987, I, 805;

(112) FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, op. cit., 536; PERFETTI, op. cit., 1752 che sottolinea come fosse negata per i motivi accennati la possibilità di attuare in forza del contratto di convivenza riconoscizioni di debito, confessioni stragiudiziali e promesse di pagamento;

Tuttavia, con l'avvento della modernità, la dottrina cambiò punto di osservazione ⁽¹¹³⁾, cercando di risolvere tale incompatibilità tra forma negoziale ed esistenza di obblighi non giuridici tra i partners.

Parte della dottrina, infatti, aveva sostenuto la legittimità del contratto di convivenza, basandosi sul principio che le cause fondanti le obbligazioni naturali in esse presenti assumessero il mero ruolo di motivi della stipulazione del negozio, dal quale, invece, nascevano vere e proprie obbligazioni civili ⁽¹¹⁴⁾. Infatti, era stato osservato come la promessa contenuta in un contratto ben può avere una sua causa autonoma rispetto all'obbligazione naturale sussistente tra

(113) BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, op. cit., che osserva sul punto “*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*”;

(114) MANZINI, *Sugli spostamenti patrimoniali effettuati in esecuzione di obbligazioni naturali*, op. cit., 887 che ha sottolineato come l'ipotesi del contratto diretto all'adempimento di una obbligazione unilaterale non possa farsi rientrare nel precetto dell'art. 2034 Codice Civile in quanto la conclusione del medesimo non è effetto dell'obbligazione naturale;

le parti, anche se tramite esso i contraenti raggiungano ugualmente lo scopo di dare esecuzione ad un dovere morale o sociale ⁽¹¹⁵⁾ ⁽¹¹⁶⁾.

Altra parte della dottrina, invece, era approdata a ritenere valido il contratto di convivenza passando per altre vie, in particolare aderendo alla tesi più liberale e ammettendo la possibilità di novare una obbligazione naturale in obbligazione civile ⁽¹¹⁷⁾.

Altra dottrina ancora riteneva ammissibile il contratto di convivenza sulla base della generale meritevolezza degli interessi perseguiti, “sganciando” il generale tema sulla possibilità di conclusione del negozio da quello

(115) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., che sottolinea “il risultato può essere ottenuto ponendo la prestazione oggetto dell’obbligazione naturale in corrispondenza biunivoca con un’altra prestazione, di natura reale o obbligatoria, la quale a sua volta può costituire oggetto di un’altra obbligazione naturale (per esempio, Tizio promette a Caio di adempiere nei suoi confronti un’obbligazione prescritta, in cambio dell’impegno di Caio di saldare a Tizio la residua parte di un debito facente parte di un concordato fallimentare)”; cfr. anche OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, in Riv. dir. comm., 1945, I, 186 e DEL PRATO, op. cit., 959 che tuttavia ravvisa il congruente limite posto dall’art. 1322 Codice Civile all’autonomia privata ai patti che pongano in essere la regolamentazione contributiva delle convivenze;

(116) Sul punto è stato anche sostenuto che nel caso “in cui la promessa di adempimento di un obbligo morale o sociale scaturisse da una sola parte determinando l’impoverimento del promittente e l’arricchimento del promissario, il requisito causale dovrebbe essere surrogato dal rispetto della forma solenne prescritta per la donazione”, OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit.;

(117) BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo, Milano, 2004, 103;

concernente gli effetti e la disciplina dell'obbligazione ex 2034 Codice Civile ⁽¹¹⁸⁾. In questo filone, viene in rilievo la dottrina che pareva a fondamento della validità dei contratti di convivenza la cd. "*causa familiae*", e cioè la giustificazione causale autonoma ⁽¹¹⁹⁾ di accordi afferenti al fenomeno famiglia con particolare riferimento alla regolamentazione dei rapporti in tema di: (i) ricerca della meritevolezza dell'interesse perseguito dai conviventi e (ii) qualificazione del negozio posto in essere ⁽¹²⁰⁾.

Tale locuzione era già stata coniata peraltro per individuare la causa delle attribuzioni patrimoniali tra coniugi in sede di separazione personale o divorzio ⁽¹²¹⁾, ampliando la propria rilevanza in altri settori nell'ambito familiare ⁽¹²²⁾. Tale tesi tuttavia sembrava da alcuni criticata; infatti la dottrina in parte aveva sostenuto che la convivenza *morte uxorio* non fosse un motivo idoneo,

(118) FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi "more uxorio"*, op. cit., 534; PERFETTI, op. cit., 1749 che ricorda come fosse stato sostenuto che l'esame complessivo delle pattuizioni contrattuali era non solo idoneo a superare la qualificazione delle previsioni in esse contenute quali obbligazioni naturali contrattualizzate, bensì come elemento costitutivo della stessa famiglia di fatto;

(119) Cfr. BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in N.g.c.c., 2007, 202 che concludere per la natura di contratto a prestazioni corrispettive del patto di convivenza;

(120) TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit.;

(122) FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit., 729 che ricorda la causa autonoma del contratto di convivenza che si sarebbe fondata sulla reciprocità e sugli apporti di ciascun convivente;

ancorché comune alle parti ed elevata a causa in concreto del regolamento contrattuale, a fondare l'attribuzione di diritti tra i partners anche per il tempo della cessazione del rapporto ⁽¹²³⁾.

2. Segue. Il contratto di convivenza e la giurisprudenza prima della L. 76/2016

Sulla meritevolezza delle finalità perseguite dal contratto e sulla relativa liceità, peraltro, si era espressa anche la giurisprudenza ⁽¹²⁴⁾ – e in particolare il Tribunale di Savona – a chiusura di un percorso che sembrava già stato compiuto quantomeno nella prassi ⁽¹²⁵⁾.

A testimonianza della legittimità degli accordi atti a regolare la regolamentazione contrattuale della famiglia di fatto si può ricordare l'arresto giurisprudenziale della Corte di Cassazione che, nei primi anni novanta, aveva confermato come *“la convivenza more uxorio tra un uomo e una donna in stato libero non constitui[va] causa di illiceità e quindi di nullità di un contratto*

(123) Cfr. sul punto DEL PRATO, op. cit., 959 che riteneva di ravvisare *“il sostegno causale dell'attribuzione (...) nella contribuzione al suo svolgimento”*;

(124) Come meglio nel proseguito, il Tribunale di Savona che - con le proprie pronunce in tema rispettivamente del 7 marzo 2001, del 20 giugno 2002 e del 24 giugno 2008 meglio di seguito riportate - è stato il Tribunale più prolifico in materia;

(125) Sul punto può leggersi il pronunciato di Cass. 8 giugno 1993 n. 6381, in N.g.c.c., con nota di BERNARDINI;

attributivo di diritti patrimoniali dall'uno a favore dell'altra o viceversa solo perché il contratto sia collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non è illecita non potendo considerarsi di per sé contraria a norme imperative, non essendo norme di tale natura che la vietino; né all'ordine pubblico, che compresi i principi fondamentali informatori dell'ordinamento e al buon costume inteso – naturalmente a norma della disposizione del codice civile (v. articoli 1343 e 13454 di tale codice) – come il complesso dei principi etici costituenti la morale sociale un determinato tempo e in un determinato luogo” (¹²⁶). Il caso da cui prende le mosse siffatta pronuncia era caratterizzato dall'iniziale richiesta da parte dell'ex-convivente di restituzione di un immobile concesso in godimento al partner con contratto di comodato *“in corrispettivo di servizi forniti e fornendi”*, vita natural durante,

(¹²⁶) Cfr. Cass. 8 giugno 1993 n. 6381, in N.g.c.c., 1994, 339 con nota di BERNARDINI meglio di seguito nel testo riportata; sul comodato in funzione di regolamentazione della convivenza, cfr. anche Cass. 21 giugno 2011 n. 13592, in Giust. civ. Mass. 2011, 6, 933 che recentemente ha sancito *“il comodato, stipulato senza prefissione di termine, di un immobile successivamente adibito, per inequivoca e comune volontà delle parti contraenti, ad abitazione di un nucleo familiare di fatto, costituito dai conviventi e da un figlio minore, non può essere risolto in virtù della mera manifestazione di volontà "ad nutum" espressa dal comodante ai sensi dell'art. 1810, comma 1, ultima parte, c.c., dal momento che deve ritenersi impresso al contratto un vincolo di destinazione alle esigenze abitative familiari idoneo a conferire all'uso cui la cosa è destinata il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la crisi familiare tra i conviventi. Ne consegue che il rilascio dell'immobile, finché non cessano le esigenze abitative familiari cui esso è stato destinato, può essere richiesto, ai sensi dell'art. 1809, comma 2, c.c., solo nell'ipotesi di un bisogno contrassegnato dall'urgenza e dall'imprevedibilità”*;

salvo che la donna avesse posto fine alla convivenza di sua spontanea iniziativa⁽¹²⁷⁾.

Con la citata sentenza, la giurisprudenza aveva affermato la legittimità di previsioni contrattuali - nel presente caso atipiche, considerato che il nostro sistema non conosce il comodato vita natural durante, bensì quello a tempo indeterminato (cd. "precario") – causalmente collegate alla convivenza *more uxorio* in quanto stipulate prima della sua cessazione e volte a regolare il lato patrimoniale del rapporto, nel qual caso la cessazione e i relativi effetti.

La Corte, peraltro, sulla scorta di quanto evidenziato, continuava sgombrando il campo alle eccezioni dell'ex-convivente attore, ritenendo tale stipulazione in favore del partner non coartante la libertà fondamentale del concedente seppur non avesse condizionato risolutivamente il comodato alla

⁽¹²⁷⁾ Cfr. BERNARDINI, *Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante*, in N.g.c.c., 1994, 339 per una disamina comparatistica della sentenza e per i rilievi critici circa la soluzione giuridica della Suprema Corte che, rigettando la domanda di restituzione dell'abitazione, sembrerebbe – a dire dell'Autore – aver disatteso la circostanze di fatto da cui nasceva il contratto, osservando: *“non sempre la mancanza di un patto espresso deve indurre a negare ogni tutela al convivente economicamente più debole, specie dopo la rottura; in molti casi si può regolare la situazione come se quel patto esistesse, ricostruendone il contenuto, effettivo o virtuale, sulla base di ragionevoli presunzioni, tratte dal carattere concreto del rapporto e dagli apporti hinc et inde. Non sempre per converso, ove un patto esista [nel qual caso il contratto che non preveda la risoluzione del comodato alla cessazione del ménage], si deve recepirne acriticamente il contenuto in tutta la sua estensione, anche ove esso pretenda di stabile una sorta di iperprotezione per il convivente economicamente più debole, del tutto sproporzionata alla sua posizione di fatto e agli apporti diretti o indiretti da lui dati al comune ménage”*;

cessazione del rapporto, non ne aveva previsto la risoluzione. I giudici della Suprema Corte, infatti, avevano ritenuto che *“tale asserita penalizzazione non è più configurabile perché il contratto stipulato inter partes non prevede a carico di lui alcuna clausola penale né alcun'altra conseguenza negativa in tale ipotesi”*; conclusione dalla quale si può altresì trarre la conferma dell'illegittimità di clausole penali o altri meccanismi penitenziali legati alla conclusione del *ménage*.

Dopo circa dieci anni, ai medesimi arresti giunse il già sopra citato Tribunale di merito alla quale era stata sottoposta una analoga vicenda, e più precisamente la concessione – per scrittura priva non autenticata – di un diritto di usufrutto a favore del convivente in ragione della regolamentazione degli aspetti patrimoniali del rapporto. Il Tribunale, nel ricordare la generale legittimità degli accordi di convivenza in forza del principio dell'autonomia privata ex art. 1322 c.c., rigettava la domanda di nullità proposta dal titolare della nuda proprietà del bene per asserita assenza di causa del contratto, al fine di ottenerne la restituzione.

Il motivo del rigetto delle domande attoree era basato sulla considerazione che *“il contratto di costituzione in usufrutto è da ritenersi valido, trovando il proprio fondamento nella convivenza more uxorio”* ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. Trib. Savona 7 marzo 2001, in Fam. Dir., 2011, 5, 529 che, continuando nell'analisi della situazione fattuale del giudizio, osserva che l'ex-convivente proprietario del bene avrebbe potuto riottenere il godimento dell'immobile chiedendo la risoluzione del contratto per mancanza dei presupposti. L'organo giudicante, infatti, nel respingere le domande attoree, osserva come, senza espressamente nominare, il contratto oggetto di giudizio

Come ancora confermato dal Tribunale in parola, i contratti di convivenza era considerati quindi strumenti negoziali atipici leciti in quanto volti a perseguire interessi meritevoli di tutela, purché rispettosi dei canoni dettati dall'art. 1322 Codice Civile.

Inoltre, a tale conclusione doveva aggiungersi, esaminando la pronuncia, l'ammissibilità di convenire prestazioni negoziali unilaterali, e cioè il cui peso economico gravasse solo su uno dei partners - come vedremo principio in parte disatteso dal successivo indirizzo del medesimo organo giudicante – se considerato che l'usufrutto *de quo* era stato concesso solo a fronte del pagamento delle spese e tasse di acquisto del bene da parte dell'ex-convivente ⁽¹²⁹⁾.

A breve distanza, lo stesso Tribunale di Savona tornò a pronunciarsi sul caso di una coppia di conviventi *more uxorio* che, a regolamentazione dei propri rapporti, decisero durante una breve esperienza di convenire di contribuire egualmente alle spese di vita comune. In tale contesto, uno degli ex-partner, dopo la cessazione del rapporto, chiamava l'altro in giudizio

avrebbe potuto considerarsi risolto in forza della presupposizione l'istituto (ie. "*implicita condizione risolutiva*" per l'organo giudicante) comune a entrambi i partners che il diritto scaturente dal negozio fosse destinato a terminare con il *ménage*;

⁽¹²⁹⁾ Cfr. DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza more uxorio e presupposizione*, in Fam. Dir., 2011, 5, 533 che coglie positivamente la pronuncia, auspicando un maggior utilizzo dei mezzi negoziali per la regolamentazione dei rapporti tra i conviventi, piuttosto che un intervento "dall'alto" attraverso una imposizione autoritaria del Legislatore (come invece definitivamente operato con la L. 76/2016);

chiedendone la condanna per l'inadempimento dei doveri come sopra assunti⁽¹³⁰⁾. Il Tribunale, analizzando la fattispecie, ebbe avuto modo, risolcando i tratti già delineati dalla precedente sentenza, di affermare la generale liceità del contratto di convivenza, quale strumento atipico ammissibile ai sensi dell'art. 1322 Codice Civile e la forza di legge del medesimo tra le parti.

Ma l'arresto giurisprudenziale in esame è particolarmente interessante in quanto non si limitò a confermare quanto già sopra precisato, bensì vi aggiunse il riconoscimento della funzione anti-processualistica di tali contratti nonché la loro azionabilità in giudizio e, soprattutto, la necessità che – a dire del Tribunale – in presenza di accordi generici che dispongano la parità di contribuzione *“occorre far salve le differenti possibilità economiche e lavorative dei componenti in un dato momento”*.

La sentenza in esame, pertanto, arrivò a sostenere che il canone di interpretazione di siffatti contratti fosse da ricercarsi nell'art. 143 Codice Civile per il quale *“i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”*, riconoscendo che in generale le norme sul matrimonio dettate dal Legislatore non dovrebbero applicarsi ai conviventi, ma facendovi una eccezione in forza della *“rilevanza e assolutezza”* dei principi ivi contenuti.

Tale conclusione peraltro avrebbe potuto condurre a conclusioni diverse interpretazioni e conseguenze distortive del lato meramente letterale delle

⁽¹³⁰⁾ Tribunale di Savona 29 giugno 2002, in Fam. Dir., 2003, 6, 596 con nota di FERRANDO;

previsioni del contratto di convivenza che, semplicisticamente, contengano un obbligo di contribuzione paritaria tra i coniugi. Per tale motivo, l'arresto giurisprudenziale qui citato e le relative conclusioni sono state criticate dalla dottrina, come meglio si vedrà in proseguo in ambito di parametrizzazione della contribuzione comune ⁽¹³¹⁾.

Infine, sempre il Tribunale citato stabilì, a conferma degli orientamenti dottrinali, che i contratti di convivenza erano da considerarsi *“contratti atipici ex art. 1322 c.c. ammissibili e validi in quanto volti a regolamentare interessi meritevoli di tutela (...) da ravvisarsi nella volontà e nella necessità di dare un assetto equilibrato sul piano patrimoniale al rapporto di convivenza more uxorio anche al fine di prevenire ed evitare eventuali liti e giudizi. Del resto la legge non prevedev[a] una disciplina specifica, per cui lo strumento del contratto appar[iva] uno strumento assolutamente idoneo a circoscrivere e formalizzare le regole che i partners stabiliscono e vogliono. Eventuali regole e accordi iniqui per una parte possono poi essere ‘aggiustati’ dall’Autorità Giurisdizionale se adita sulla base degli istituti di diritto privato. E ciò, come prevede la legge in materia di contratto, nel caso, tra l’altro sussista un vizio del consenso”* ⁽¹³²⁾.

⁽¹³¹⁾ FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in Fam. Dir., 2003, 6, 598;

⁽¹³²⁾ Cfr. Tribunale di Savona 24 giugno 2008 n. 549, in Fam. Dir., 2009, 4, 385 con nota di ASTIGGIANO il quale *“concorda pertanto con la sentenza in esame laddove precisa che , siccome la legge non prevede una specifica disciplina per la regolamentazione dei precisati rapporti, solo strumento contrattuale appare del tutto idoneo a dare concretezza dell’assetto*

Era così ancora una volta confermata la valida natura di tali contratti, quali mezzi atipici volti a perseguire un fine meritevole di tutela. Il Tribunale, peraltro, facendo menzione sia dei vizi del consenso che avrebbero potuto inficiare il negozio ovvero della possibilità di tutela da parte dell’Autorità attraverso la generale disciplina del contratto, implicitamente sembrerebbe fare riferimento alle ipotesi di risoluzione o rescissione e, quindi, confermare incidentalmente la natura di contratti di natura patrimoniale delle figure giuridiche oggetto del presente studio.

Il Tribunale terminava peraltro affermando, tra le righe, che non ogni contratto che fosse intervenuto tra i conviventi sarebbe necessariamente stato permeato di tale causa. L’organo giudicante infatti, nel caso portato al suo esame, ritenne valida la possibile sussistenza di diverse previsioni negoziali intervenute tra i partner quindi senza alcuna rilevanza del o sul *ménage*, precisando che *“il fatto che due persone siano tra loro conviventi more uxorio, così come nel caso siano coniugi, non esclude che in relazione ad una prestazione professionale che uno dei due esegue a favore dell’altro sia pattuito il relativo compenso oppure che, nonostante non sia espressamente pattuito ma nemmeno escluso, l’altro possa richiedere il relativo compenso”*.

di rapporti economici disponibili che i partners intendono consensualmente darci; il tutto con la conseguenza che qualora una delle parti, una volta stipulato il negozio, lo ritenga divenuto iniquo, può rivolgersi all’Autorità Giurisdizionale per far valere l’iniquità o la presenza di eventuali vizi della volontà o del consenso”;

Dall'esame delle sopra citate sentenze – allo stato uniche pronunce rinvenibili e commentate – si evince la sostanziale pacifica liceità anche in giurisprudenza dei contratti di convivenza atipici prima della L. 76/2016, dovendosi osservare come non solo pareva lecito a dottrina e giurisprudenza la creazione di appositi contratti atipici, ma altresì l'utilizzo di strumenti tipici (specificatamente, il comodato) per regolamentare il *ménage* ⁽¹³³⁾.

3. Segue. Finalità e diffusione del contratto di convivenza prima della L. 76/2016

All'esito di tale breve disamina circa l'ammissibilità del contratto di convivenza prima della Novella, si può quindi ricordare che, nella prassi e nella giurisprudenza ⁽¹³⁴⁾, grazie alle elaborazioni della dottrina, si era così giunti a sostenere la generale ammissibilità di tali accordi. Non sembrava, infatti, più negabile la meritevolezza della finalità di giuridicizzare obbligazioni e rapporti

(133) DEL PRATO, op. cit., 595 che ha osservato come le pronunce giurisprudenziali in tema hanno avuto maggiormente ad oggetto il trasferimento di diritti e pertanto effetti traslativi immediati in esecuzione di un'obbligazione naturale, adempimento ammissibile pacificamente in dottrina. Per l'Autore, prima della L. 76/2016, il terreno di esame della liceità del patto avrebbe dovuto invece essere quello delle prestazioni per la contribuzione del *ménage*;

(134) Cfr. in giurisprudenza sulla meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso un contratto di convivenza si è pronunciato a più riprese il Tribunale di Savona, cfr. Trib. Savona 24 giugno 2008, n. 549, in Fam. dir., 2009, 385, con nota di ASTIGGIANO;

diversamente incoercibili, anche nell'ottica delle nuove prospettive di esame della causa del contratto ai sensi dell'art. 1343 Codice Civile ⁽¹³⁵⁾.

La dottrina, infatti, aveva definito tale contratto quale strumento atto a regolare *“la distribuzione del costo della convivenza tra le parti, il regime degli acquisti durante la convivenza o compiuti precedentemente, ed entro certi limiti la disciplina della rottura della convivenza”* ⁽¹³⁶⁾.

Tuttavia in assenza di regolamentazione da parte del Legislatore, il contratto di convivenza, seppur valido, rimaneva uno strumento atipico ⁽¹³⁷⁾ ⁽¹³⁸⁾.

Sulla base degli arresti dottrinali elaborati prima della L. 76/2016, il contratto di convivenza “atipico” sembrava avere nella prassi tre possibili finalità:

(135) PERFETTI, op. cit., 1752;

(136) FRANZONI, *Le convenzioni matrimoniali tra conviventi more uxorio*, op. cit., 463;

(137) BALESTRA, *I contratti di convivenza*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 43;

(138) Peraltro la finalità dello strumento in esame, volto a garantire l'adempimento di doveri morali e sociali che assumono una specifica connotazione in termini assistenziali-solidaristici, porta all'attenzione un parallelismo con il contratto tipico di donazione: se infatti l'ordinamento tutela il diritto di porre in essere un atto che persegua solo finalità altruistiche quale la donazione, alla dottrina non era parso ragionevole escludere, per ragioni meramente sistematiche e formali, la possibilità di attribuire efficacia al contratto mediante il quale venga assicurato l'adempimento del dovere morale. Fa proprio quest'ordine di idee Trib. Bologna, 16 febbraio 2011, in *Fam. dir.*, 2011, 403, con nota di BARDARO;

(i) la regolamentazione patrimoniale della convivenza – unico vero aspetto su cui la Novella sembrerebbe aver posto la propria attenzione ⁽¹³⁹⁾ – risolta dagli interpreti ipotizzando sia regimi convenzionali di contribuzione (es. obbligazioni di mantenimento o alimentari ⁽¹⁴⁰⁾) sia mediante la scelta di replicare volontariamente un sistema di acquisto in comunione, in analogia con quanto previsto dal Legislatore per i coniugi ⁽¹⁴¹⁾. Accanto a tali previsioni di carattere patrimoniale, la dottrina ipotizzava la presenza di elementi accidentali necessari per temperare gli obblighi nascenti dal contratto - quali il diritto di recesso per provocare lo scioglimento, affinché il convivente potesse liberarsi dal contratto, (ovvero la previsione di una condizione risolutiva al venir meno

(139) Cfr. sul tema invece TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit., che ha ricordato l'affacciarsi del fenomeno della convivenza assistenziale, ignorato dalla Novella e che richiederebbe invece diverse soluzioni di regolamentazione patrimoniale. Così testualmente: *"l'eterogeneità delle figure di convivenza conosciute dalla nostra società impone: - che la valutazione non riguardi più esclusivamente l'astratta liceità di accordi tra conviventi; - che con riferimento all'oggetto dell'accordo tra conviventi non si discorra di aspetti patrimoniali e personali del rapporto con riferimento esclusivo al tradizionale paradigma di convivenza (cd. "famiglia di fatto"); - che si valuti lo spazio di autonomia in questa materia anche con riferimento alla convivenza "more uxorio" tra persone dello stesso sesso, nonché al sempre più frequente fenomeno della cd. convivenza "assistenziale", aggettivazione questa che si ritiene di poter riferire a fenomeni di convivenza tra anziani o disabili e persone in grado di prestare loro l'assistenza necessaria, a prescindere dall'esistenza o meno di rapporti di parentela e/o affinità"*;

(140) VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, op. cit., 1190;

(141) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 381;

del rapporto tra i *partners*, ora elemento accessorio che sembrerebbe espressamente escluso dalla Novella) ovvero previsioni per rafforzare gli effetti del negozio, come la previsione di clausole penali ⁽¹⁴²⁾;

(ii) la previsione di una disciplina patrimoniale degli effetti successivi alla cessazione della convivenza – ambito completamente ignorato dalla Novella – con clausole relative, in particolare, al mantenimento di un partner o al godimento dell’abitazione luogo della relazione cessata, accordi che la dottrina aveva ritenuto di poter ricostruire come sottoposti alla condizione sospensiva del venir meno del rapporto (oggi parrebbe inammissibile a causa dei divieti posti dal nuovo testo normativo, salvo quanto di seguito meglio precisato) e le cui finalità e causa in concreto sono stati considerati leciti e meritevoli di tutela ⁽¹⁴³⁾ (cfr. *amplius infra*);

(142) FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, op. cit., 541;

(143) BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, op. cit., che ha osservato: “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”;

(iii) dettare una disciplina per disciplinare gli eventuali diritti del convivente superstite in caso di morte, con la enorme difficoltà di coordinamento che tali pattuizioni avevano – e hanno tuttora, essendo anche tale ambito stato ignorato dal Legislatore della riforma - con il divieto dei patti successori ⁽¹⁴⁴⁾.

Ciò detto, le difficoltà dell'introduzione nel sistema del contratto di convivenza prima della Novella non si limitavano alla sua ammissibilità e liceità ovvero all'atipicità del contratto: scoglio alla diffusione del contratto era anche la sua limitata opponibilità a terzi, istanza che sembra, invece, essere stata raccolta dalla Novella.

Infatti, rispondendo alle regole generali in materia contrattuale, l'opponibilità degli effetti dipendeva dall'impiego degli strumenti ordinari previsti dalla Legge (i.e. il regime di trascrizione). Infatti, il sistema di pubblicità esistente tuttavia, messo in relazione al contratto atipico di convivenza, mostrava la sua fragilità e incompletezza, non potendo trovare spazio nella trascrizione l'opponibilità di accordi - con mero effetto obbligatorio - aventi ad oggetti i futuri acquisti o gli obblighi di mantenimento, a causa della tassatività degli atti soggetti a tale forma di pubblicità ⁽¹⁴⁵⁾. Ciò escludeva la possibilità per

(144) TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit.;

(145) VILLA, op. cit., 1190 che, proprio a causa dell'inopponibilità del contratto di convivenza prima della Novella, riteneva non possibile replicare un regime patrimoniale degli acquisti previsto sulla falsariga di quello operante ex lege per i coniugi. Infatti, in assenza di specifiche previsioni, sarebbe stato impossibile comprimere la libertà dei terzi inconsapevoli delle pattuizioni dei conviventi. L'Autore, tuttavia, in nota ricorda come altra parte della dottrina

i conviventi di ricreare un sistema di comunione degli acquisti in analogia quanto esistente tra coniugi.

Infine, deve ricordarsi che accanto alla stipulazione di accordi di convivenza, si registrava – e si registra tuttora - la presenza di contratti tipici stipulati dai partners per soddisfare le loro finalità di tutela (si pensi, ad esempio, al contratto di comodato con riferimento alle esigenze legate alla disponibilità di una casa d'abitazione) (146). La dottrina in tal caso si era interrogata se ogni contratto tipico, strumentalizzato per fini di convivenza, andasse a mutare i propri tratti essenziali e la propria causa, permeando tale finalità sia l'identificazione che la qualificazione degli interessi ad esso sottostanti. La dottrina che si è occupata del problema aveva rilevato come non ogni contratto tipico che fosse stipulato tra conviventi necessariamente

(ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, Vol. I, Torino, 2005, 356) riteneva possibile l'assunzione di impegni di carattere meramente obbligatorio in tal senso tra i conviventi e aventi però mero carattere interno;

(146) TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit., che ha osservato: *“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. Il che avviene in tutti quei casi in cui risulti impossibile configurare lo spirito di liberalità del disponente, per esser questi stato mosso dalla volontà di provvedere alle esigenze abitative del partner”*;

avrebbe dovuto ritenersi a tale fenomeno inscindibilmente collegato nonché volto a soddisfarne gli interessi, potendo tali contratti riflettere uno spostamento patrimoniale realmente e volutamente disgiunto dalla regolamentazione dei risvolti patrimoniali del legame affettivo. Risultava opportuno, infatti, valorizzare il substrato affettivo sul quale si innestava il rapporto giuridico creato dai partners (¹⁴⁷). Quindi, era necessaria *“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”* (¹⁴⁸). Tali accorgimenti saranno, peraltro, necessari anche all’esito della Novella, considerato che anche successivamente all’entrata in vigore della medesima potremo riscontrare la presenza dell’uso indiretto di mezzi contrattuali tipici da parte di conviventi.

In conclusione, il contratto di convivenza prima della L. 76/2016 era una forma atipica, ma lecita di regolamentazione degli interessi patrimoniali della coppia. Ad ogni modo, lo strumento – ancorché oggetto di speculazioni dottrinali – non aveva trovato fortuna nella prassi. Durante il periodo dominato dall’atipicità del contratto, infatti, pochissime sono state le coppie che hanno deciso di regolare con tale mezzo il proprio ménage e nessuna pare abbia deciso

(147) BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed etero-regolamentazione*, op. cit., 203;

(148) TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull’attività notarile*, op. cit.;

di optare per un regime condiviso degli acquisti, nonostante – come osservato dalla dottrina – non ci fossero particolari impedimenti, nemmeno fiscali ⁽¹⁴⁹⁾.

Delineato tale scenario, prima della Novella, a fronte di tutti i dubbi e le perplessità sopra indicate, la stessa dottrina pareva non essere allineata sul ruolo da attribuire al contratto in ipotesi di intervento del Legislatore. Per alcuni autori, infatti, tale negozio avrebbe dovuto essere strumento esclusivo di regolamentazione del nuovo status, mentre per altri detto contratto avrebbe dovuto essere un negozio giuridico concorrente con la disciplina legale; quest'ultima soluzione è stata quella adottata dalla riforma in commento ⁽¹⁵⁰⁾.

4. Il comma 50: tipicità e natura del contratto di convivenza

La Novella ha introdotto nell'ordinamento, con la previsione contenuta nel comma 50, la figura tipica del contratto di convivenza, così disponendo “/

(149) TASSINARI, op. cit., 1737 che, dopo aver ricordato il percorso di studio compiuto dal notariato sul contratto anche per agevolare l'introduzione del negozio in esame nella prassi, osserva che tale “fallimento” del contratto di convivenza atipico potrebbe essere stato causato dalla volontà dei conviventi di rimanere liberi e non svilire i rapporti regolando il lato patrimoniale, anche a costo di subire un depauperamento;

(150) Cfr. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, op. cit., 156; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, 41; ZOPPINI, *Tentativo di un inventario per il “nuovo” diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in MOSCATI - ZOPPINI, op. cit., 29;

conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza”.

Anche se la dottrina ne aveva auspicato una tipizzazione, gli autori che si sono adoperati nell’analisi del recentissimo testo hanno criticato il provvedimento che quindi sembrerebbe non aver accolto le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali: molti dei temi prima affrontati e discussi non sono stati presi in considerazione dal testo normativo ⁽¹⁵¹⁾ ⁽¹⁵²⁾.

E’ stata poi evidenziata l’inutilità della previsione contenuta nel comma 50 che, a dire della dottrina da ultimo citata, sarebbe connotata da *“miseria intellettuale e giuridica”*. Se infatti l’ammissibilità del contratto di convivenza era prima della Novella sostanzialmente pacifica, per parte della dottrina l’espressa tipizzazione era comunque auspicabile fortemente per:

(i) attuare una funzione “promozionale”, che avrebbe eliminato inutili e lunghe nonché pretestuose controversie giudiziarie sulla ammissibilità del

(151) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., che ricorda come il Legislatore non abbia neppure considerato lo sforzo dottrinale che nel 2013 ha portato alla redazione di modelli e clausole su iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato che aveva raccolto e vagliato - sotto la direzione e il coordinamento del prof. Luigi Balestra e dell’Autore citato - un vero e proprio *vademecum* per la tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell’autonomia negoziale;

(152) Cfr. anche MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, op. cit., e *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, op. cit., 1, che ha marcato la mancata disciplina dei rapporti economici conseguenti alla cessazione della convivenza e degli aspetti successori della relazione;

contratto;

(ii) risolvere i nodi ermeneutici che dottrina e giurisprudenza non avevano mancato nel corso degli ultimi anni di segnalare ⁽¹⁵³⁾.

E' stato inoltre sottolineato che l'intervenuta tipizzazione del contratto di convivenza, seppur fornisca adeguata soluzione al tema della causa delle attribuzioni patrimoniali tra i contraenti, lascia all'interprete la soluzione dei problemi che la stessa Novella ha determinato, proprio in ragione della non sempre chiara disciplina approntata con riguardo alla fattispecie contrattuale, sia per quanto riguarda il profilo genetico (ossia l'insorgere del contratto con la connessa, relativa, dimensione contenutistica), sia per quanto attiene il profilo dinamico (inerente cioè lo sviluppo del ménage sotto la regolamentazione operata dal contratto), sia, infine, per quanto concerne il profilo estintivo (attinente pertanto alla cessazione dell'instaurato rapporto contrattuale e della convivenza stessa) ⁽¹⁵⁴⁾ ⁽¹⁵⁵⁾.

(153) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit.;

(154) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 700 che evidenzia come "la richiamata definizione normativa dei contratti di convivenza ex art. 1, comma 5^o, l. n. 76/16 evidenzia, a fronte della riconosciuta possibilità di accedere allo strumento contrattuale, anche la predeterminazione normativa del relativo contenuto, ossia la definizione (quale disciplina) dei rapporti patrimoniali con una scelta di ordine programmatico, volta cioè a regolamentare prospetticamente il profilo economico della relazione instaurata";

(155) Cfr. anche FRANZONI, *I contratti tra conviventi more uxorio*, op. cit., 744, che già ravvisava l'idoneità di simile fattispecie contrattuale ad assumere un valore programmatico del rapporto;

Per quanto attiene al contenuto tecnico della norma, deve in primo luogo evidenziarsi che il riformatore del 2016 ha tipizzato il contratto di convivenza, senza comunque di inserirlo nel *corpus* del codice civile ⁽¹⁵⁶⁾.

Inoltre, appare subito lampante come le istanze della dottrina pre-riforma siano rimaste in parte inascoltate: lo strumento contrattuale è stato circoscritto ai soli rapporti patrimoniali, diversamente dall'esperienza di altri paesi europei ⁽¹⁵⁷⁾. Attraverso il contratto in questione, infatti, i conviventi potranno regolamentare le modalità di contribuzione, rapportandole alle necessità di coppia e parametrando alle sostanze di ciascuno, nonché scegliere il relativo regime patrimoniale, ma non potranno certo spingersi oltre previsioni di contenuto patrimoniale; e ciò indipendentemente dalla tesi che si accolga circa la tipicità o meno del relativo contenuto (cfr. *amplius infra* sul contenuto del contratto). Vero è – come rilevato dalla dottrina – che il

(156) Tecnica legislativa che sembra aver preso piede negli ultimi tempi; si confronti ad esempio la previsione in tema di contratto di affidamento fiduciario operata con la L. 111/2016, entrata in vigore quasi contemporaneamente al provvedimento in commento; la dottrina peraltro ha ricordato che altri progetti avevano previsto una apposita modificazione del Codice Civile: il progetto di legge n. 1563/XV/C del 2 agosto 2006 proponeva l'inserimento di un apposito articolo (il nuovo art. 445-septies Codice Civile) mentre le elaborazioni notarili avevano conclamato l'opportunità di introduzione di un nuovo titolo al libro quarto del Codice Civile rubricato "Del patto di convivenza", cfr. CIANCIOLO, *Unioni civile e convivenze*, Maggioli, 2016, 72;

(157) Cfr. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., che ricorda il diverso contenuto dei PACS francesi;

Legislatore ha comunque fatto riferimento nel comma 36 all'assistenza non solo materiale, ma anche "morale" quale elemento fondamentale della convivenza giuridicamente rilevante; tuttavia, è stato osservato che tale riferimento non prevede un dovere giuridico, modificabile con il contratto di convivenza, bensì si limita a sancire i presupposti per la constatazione dei presupposti della fattispecie, confermando che i vincoli giuridici di assistenza morale e materiale non nascano né dal rapporto di fatto, né dalla stipula di un contratto ⁽¹⁵⁸⁾.

Non sembra dubitabile che, a seguito dell'introduzione della Novella, il contratto di convivenza sia quindi un accordo con cui i conviventi disciplinano i soli aspetti patrimoniali del loro rapporto affettivo.

Passando oltre, la dottrina che ha commentato la norma è sostanzialmente allineata nel ritenere che essa debba essere letta in combinato disposto con l'intero testo normativo. Pertanto, ancorché non espressamente precisato, i sottoscrittori del contratto di convivenza dovranno essere due persone maggiorenni, unite da stabili legami affettivi di coppia e non vincolate da rapporti di parentela ⁽¹⁵⁹⁾, affinità, adozione, da matrimonio_o da altre unioni

(158) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., che evidenzia come la volontà di tratteggiare l'istituto della convivenza attraverso l'indicazione di elementi formali non obbligatori si rilevi anche nella insussistenza di obblighi in relazione alla residenza, la cui mancanza di fissazione - diversamente da quanto accade tra i coniugi che può dar luogo ad addebito nella separazione - non è sanzionata;

(159) Cfr. VILLA, op. cit., 1193 che sottolinea la incoerenza della lettura del comma 50 con il comma 36 in relazione ai limiti parentali. Infatti, come già sottolineato in relazione al regime di tutela della convivenza, è incoerente ritenere che ai soggetti parenti o affini in qualunque grado sia inibita la stipulazione di un contratto di convivenza quando, a norma dell'art. 87

civili, come previsto dal comma 36. La conferma di tale affermazione viene dalla nullità prevista al comma 57 per la mancanza dei requisiti richiesti dal comma 36 ⁽¹⁶⁰⁾.

Sembrerebbe, invece, non necessaria la preventiva registrazione ai sensi del comma 37 ⁽¹⁶¹⁾; depongono in tal senso (i) il silenzio del comma 50, che non richiede alcuna pubblicità preventiva alla stipulazione ex comma 37; (ii) la presenza dell'elezione di domicilio del contratto di cui al comma 53, stante a indicare la possibilità di dimora diversa da parte dei conviventi e, quindi, la possibile assenza dei requisiti per ottenere l'iscrizione anagrafica; (iii) la mera possibilità all'indicazione della residenza della convivenza, a conferma che non ne sia necessaria una comune⁽¹⁶²⁾ ⁽¹⁶³⁾.

Codice Civile, il matrimonio è ammesso oltre il terzo grado. L'Autore, quindi, ritiene che la previsione da ultimo citata debba comunque applicarsi per analogia alla convivenza e che quindi, oltre il terzo grado di parentale, sia ammissibile la conclusione del contratto in esame;

(160) PERFETTI, op. cit., 1755;

(161) AMADIO, op. cit., 1769; *contra* DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103 che ritiene che la stipulazione sia riservata solo a soggetti che abbiano effettuato l'iscrizione anagrafica della propria convivenza;

(163) L'Autore ha altresì esaminato la contraria tesi che vuole che tali contratti siano riservati ai conviventi "registrati" che quindi abbiano effettuato la dichiarazione anagrafica di cui dell'art. 4, D.P.R. n. 223/1989. L'Autore prova a giustificare tale conclusione richiamando l'efficacia costitutiva della dichiarazione all'interno della disciplina della L. 76/2016 e che vi sarebbe una asserita "stretta correlazione" tra il comma 37 che prevede la dichiarazione, il comma 50 ed il successivo comma 52 che stabilisce, ai fini dell'opponibilità ai terzi, l'obbligo di trasmissione del contratto al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione

Diversa dottrina ha invece ritenuto necessaria tale iscrizione per poter addivenire alla lecita stipulazione del contratto ⁽¹⁶⁴⁾: è stato infatti osservato che, diversamente, non sarebbe possibile per il professionista autenticante – sia per il notaio che per l’avvocato - accertare la stabilità del rapporto, requisito previsto dal comma 36, e quindi verificare che lo stipulando contratto di convivenza sia conforme ai principi dell’ordinamento ⁽¹⁶⁵⁾.

Ad ogni modo, come meglio *infra* meglio precisato, la mancanza dei requisiti di cui al comma 36 dà luogo alla nullità insanabile del contratto ⁽¹⁶⁶⁾.

Tuttavia, quanto all’invalidità del contratto, dopo la L. 76/2016 può assistersi alla presenza di convivenze atipiche, cioè poste in essere da soggetti che non rientrino nel campo di applicazione della citata normativa e che, non

all’anagrafe. Per tale tesi, l’iscrizione del contratto di convivenza presupporrebbe la già avvenuta registrazione anagrafica della convivenza e ai conviventi “*non registrati*” sarebbero riservati quei soli contratti di convivenza atipici, non opponibili a terzi (RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, Notariato, 2017, I, 20);

(164) TASSINARI, op. cit., 1739;

(165) Cfr. PERFETTI, op. cit., 1755 che precisa che la stabilità costituisce elemento costitutivo e indefettibile della convivenza, pertanto il suo accertamento deve essere per forza di cose documentale, per scongiurare la nullità dello stipulando contratto di convivenza. L’Autore ammette che sia possibile provare il rapporto diversamente dalla iscrizione anagrafica, ma precisa che il notaio o l’avvocato autenticante non possono compiere tale giudizio di merito in sede di ricevimento del contratto e, quindi, non è lecito attribuire loro una funzione tipica degli organi giurisdizionali;

(166) VILLA, op. cit., 119;

per questo, debbano essere considerate illecite o comunque non meritevoli di tutela ⁽¹⁶⁷⁾. Premesso che a tali soggetti non si applicheranno le norme previste dalla Novella, non vi sarebbe comunque ragione di negare la liceità di contratti tra questi ultimi, dovendo concludere che a tali negozi giuridici non saranno applicabili le previsioni dettate dalla Legge in commento - tra cui su tutti i prescritti requisiti di forma - salva l'eventuale applicazione analogica delle stesse ⁽¹⁶⁸⁾.

Quanto alla natura giuridica del rapporto delineato dalla Novella, il Legislatore sembrerebbe, a parere di chi scrive, aver sgombrato il campo alle

(167) Cfr. TASSINARI, op. cit., 1740 che ritiene che tali soggetti potranno stipulare contratti regolati dal diritto comune e ricorda, invece, come prima dell'introduzione della Novella, la dottrina maggioritaria sosteneva la possibilità di concludere contratti di convivenza anche tra soggetti che oggi non godrebbero di tale facoltà, come i soggetti legalmente separati;

(168) Cfr. sul punto PERFETTI, op. cit., 1753 che ritiene che detti accordi posti in essere tra "conviventi atipici" possano spiegare utilità qualora tra uno di essi vi possa essere un coniuge separato, ma non ancora divorziato. L'Autore si sofferma inoltre sulle motivazioni di ammissibilità e rilevanza nell'ordinamento della convivenza c.d. "atipica", tra cui: (i) la funzione strumentale della comma 36, utile "solo" ai conviventi per ottenere il riconoscimento dei diritti previsti dalla Novella; (ii) la necessità di salvaguardare le convivenze già esistenti alla data di entrata in vigore della L. 76/2016 e composte da partners che non soddisfino i requisiti richiesti dal Legislatore, in quanto non sarebbero maturate comunque le condizioni che le rendono rilevanti; (iii) la possibilità che i conviventi non vogliano effettuare alcuna iscrizione anagrafica ai sensi del comma 37; (iv) la permanenza di convivenza non connotate dalla *affectio* – definite "paraconiugali" – (es. tra studenti, coabitanti, ecc.) che comunque potrebbero necessitare di regolamentazione contrattuale. L'Autore conclude pertanto ritenendo che, all'esito dell'intervento normativo, i contratti di convivenza tra soggetti che non rispettino i requisiti della Novella continueranno a essere regolati nei modi e nelle forme precedenti alla L. 76/2016;

incertezze precedentemente avanzate sulla qualificazione non contrattuale, essenzialmente basate sul confronto del rapporto con il matrimonio, in quanto entrambi vincoli non aventi asserita natura contrattuale e con riflessi patrimoniali primari che andrebbero di pari passo con quelli morali ⁽¹⁶⁹⁾. Anche prima della L. 76/2016, è stato sostenuto che i contratti di convivenza potessero assumere la natura di “*negozi non contrattuali di diritto familiare*” la cui funzione fosse quella che di integrare nel lato patrimoniale un rapporto – quello della convivenza, appunto – avente già di per sé rilevanza giuridica ⁽¹⁷⁰⁾. Anche dopo l’introduzione della Novella parte della dottrina ha proposto una visione alternativa di tali negozio giuridici ⁽¹⁷¹⁾, definendoli come contratti che arricchiscono il rapporto principale in sé dotato di autonoma rilevanza ⁽¹⁷²⁾. Più precisamente, da tale lettura scaturirebbe la natura non contrattuale del contratto di convivenza, in quanto diretto a regolamentare interessi familiari e a disciplinare economicamente un rapporto che nasca come non patrimoniale. Sarebbe così evidenziata una organizzazione-convivenza modellata in maniera

(169) DELLE MONACHE, op. cit., 948;

(170) PERFETTI, op. cit., 1758;

(171) GRECO, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Maggioli, 2016, 272 che ha sottolineato che tali contratti potrebbero costituire la fonte di un rapporto obbligatorio che faccia da sfondo alla relazione che le parti instaurano nel contesto di vita familiare;

(172) LIPARI, *La categoria del diritto civile*, Milano, 2013, 105;

simil-matrimoniale e il contratto in esame diverrebbe quindi alternativo al matrimonio o all'unione civile, cioè modalità di regolamentazione di *status*, in appoggio alla relazione affettiva. Così, è stato sostenuto che *“l'accordo raggiunto, che dà vita a una specifica regolamentazione, fornisce una rappresentazione non squisitamente contrattuale, nel senso che la certa compresenza di aspetti patrimoniali, così come per il matrimonio (e, oggi, per l'unione civile), non assume un rilievo decisivo e determinante ai fini di una connotazione tipicamente contrattuale”* ⁽¹⁷³⁾.

Tale tesi – a dire dell'Autore - sembrerebbe confermata anche dalla disciplina delle questioni attinenti ai profili internazional-privatistici della fattispecie, che ricalca le medesime regole a suo tempo introdotte per la regolamentazione dei profili personali del negozio matrimoniale ⁽¹⁷⁴⁾. Aderendo a questa tesi, quindi, il termine *“contratto”* utilizzato dal Legislatore per definire il fenomeno non sarebbe calzante ⁽¹⁷⁵⁾: l'accordo in esame infatti non sarebbe volto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico, bensì a innestarsi in un rapporto di natura non patrimoniale, regolandone i riflessi

(173) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 716;

(174) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 715;

(175) Sul punto anche PACIA, op. cit., si è ritenuta perplessa del richiamo alla figura delineata dall'art. 1321 e SS. del Codice Civile, in quanto – a dire dell'Autore – il regime del contratto di convivenza sembrerebbe più vicino a quello tipico del matrimonio (si pensi al regime degli impedimenti; della sospensione degli effetti in pendenza del procedimento di interdizione, del divieto di apporre condizioni o termini, del regime delle invalidità, ecc.);

economici ⁽¹⁷⁶⁾.

Questa assimilazione alla figura del matrimonio è stata anche confermata avvicinando il contratto di convivenza alla figura di “*convenzione normativa o di regime*” in considerazione della presunta – dalla dottrina minoritaria – tassatività dei contenuti di cui al comma 53.

Tale conclusione escluderebbe, pertanto, l’applicazione al negozio in esame della disciplina generale dei contratti e avrebbe quale conseguenza che le eventuali lacune che si presentassero dovrebbero essere risolte preferibilmente ricorrendo alla disciplina del matrimonio o dell’unione civile ⁽¹⁷⁷⁾.

Tuttavia, già prima della Novella, altra dottrina aveva affermato la piena natura contrattuale del patto di convivenza ⁽¹⁷⁸⁾. Si deve ritenere, anche ora, che il contratto di convivenza sia un negozio giuridico di natura prettamente contrattuale e che, più precisamente, trattasi di contratto ad esecuzione

(176) GRECO, op. cit., 272;

(177) TASSINARI, op. cit., 1742;

(178) Cfr. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit., che già prima della L. 76/2016 sosteneva la natura contrattuale delle previsioni in esame, anche attraverso un parallelismo con gli accordi di conduzione della famiglia inseriti nel Codice Civile dalla riforma del 1975 all’art. 144, quali “*strumento indispensabile di organizzazione di qualsiasi comunità*” e per i quali ritiene applicabile, in via remediale, il principio di esecuzione secondo buona fede;

continuata ⁽¹⁷⁹⁾. Depongono in tal senso il dato formale di classificazione della fattispecie – definita come “*contratto*” ⁽¹⁸⁰⁾, la presenza di obbligazioni perduranti nel tempo (es. il regime di contribuzione e l’eventuale adozione del regime di comunione degli acquisti) e, soprattutto, la limitazione della regolamentazione ai soli rapporti patrimoniali espressamente sembra dal dato normativo ⁽¹⁸¹⁾.

(179) DOSI, op. cit., 209 che osserva come qualificare il contratto ad esecuzione continuata porti a ritenere che l’eventuale recesso ai sensi dell’art. 1373 Codice Civile, ancorché espressamente previsto dalla Novella, non potrà travolgere le prestazioni già eseguite e quindi non potranno mai essere ripetute le elargizioni compiute dai conviventi durante la vigenza del rapporto, producendo quell’effetto ricercato dalla giurisprudenza e ritrovato nell’inquadramento dei precedenti apporti quali obbligazioni naturali;

(180) In senso diverso, precedentemente alla riforma, ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 2011, 6, che ritiene che possa ravvisarsi la natura contrattuale nel negozio volto a regolare gli aspetti economici della convivenza, mentre laddove l’accordo verta su aspetti esclusivamente non patrimoniali, esso dovrà ritenersi avere mera natura di dichiarazione di intenti;

(181) Contra DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., che rileva “*L’attuale situazione è, tuttavia, differente, considerato che, quanto alle questioni qui richiamate, l’unico regime patrimoniale consentito all’interno del contratto di convivenza è la comunione legale dei beni (automaticamente afferente al matrimonio che, certamente, non è contratto); altresì, l’eventuale definizione, oltre agli aspetti esistenziali, di profili patrimoniali della vita in comune non è ex se necessariamente identificativa della fattispecie contrattuale (senza peraltro trascurare altri dati, già in precedenza evidenziati, che, in disparte il contenuto patrimoniale, militano in direzione non tecnicamente contrattuale)*”;

Il contratto di convivenza, pertanto, quale “*vero e proprio contratto*”⁽¹⁸²⁾ avrà forza di Legge tra le parti (art. 1372 Codice Civile)⁽¹⁸³⁾ e la disciplina seguirà i principi di diritto comune dettati per tale figura negoziale.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla sua natura giuridica, è necessario verificare se il contratto previsto dalla Novella sia l'unico strumento idoneo a regolare la convivenza con i relativi aspetti patrimoniali o, accanto a questo o in sua sostituzione, possano ammettersi altri strumenti atipici per perseguire il medesimo fine, strutturati come contratti ed espressivi dell'autonomia dei partners.

La dottrina che si è occupata di tale aspetto ritiene non solo che sia possibile continuare anche per i conviventi ai sensi del comma 36 ad utilizzare forme atipiche e parallele di regolamentazione della convivenza, ma che sia anzi necessario per “*sfuggire alla dubbia razionalità delle soluzioni, talora ingiustificatamente restrittive*” che la Novella ha adottato⁽¹⁸⁴⁾.

(182) PERFETTI, op. cit., 1758 che ha sottolineato come il contratto assolva la funzione di giuridicizzare la reciproca assistenza che scaturisce dal contratto purché, appunto, abbiano ad oggetto aspetti del rapporto denotati dalla patrimonialità;

(183) Cfr. CALO', *Le unioni civili in Italia*, ESI, 2016, 257 che osserva che anche in Francia era stata adottata la scelta di attribuire natura contrattuale ai patti di convivenza, utilizzando lo stesso *nomen iuris*; l'Autore peraltro osserva che nel paese d'oltralpe tali negozi regolamentino profili sia di natura patrimoniale che personale (cfr. art. 515 *code civil*);

(184) Cfr. VILLA, op. cit., 1191; MACARIO, op. cit., 8 il quale osserva tuttavia l'assenza di una decisa e chiara politica circa i poteri e i limiti dettati dal Legislatore all'autonomia privata;

Sembrerebbe quindi possibile ritenere che, accanto al contratto previsto dal Legislatore, continui ad essere possibile per i conviventi concludere tutti quegli accordi che possano consentire loro la regolamentazione del rapporto patrimoniale (cd. “contratti tra conviventi”) ⁽¹⁸⁵⁾. Tali contratti saranno regolati – al pari dei contratti di convivenza “atipici” conclusi da conviventi che non rispettino i requisiti di cui al comma 36 – dai principi di diritto comune e, per analogia, dalle disposizioni compatibili della Novella ⁽¹⁸⁶⁾, salvo però dover loro negare la possibilità di ottenerne l’opponibilità come assicurata dall’iscrizione anagrafica ⁽¹⁸⁷⁾.

5. La forma del contratto di convivenza prima della Novella

(185) PERFETTI, op. cit., 1755; già prima della Novella, la dottrina riteneva lecita la stipulazione di contratti tipici o atipici, non sussumibili nella categoria dei contratti di convivenza, atti a soddisfare gli interessi patrimoniali dei partners, FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit., 730;

(186) PERFETTI, op. cit., 1756;

(187) DOSI, op. cit., 220 che osserva come i conviventi potranno però percorrere la via dell’opponibilità attraverso lo sfruttamento di altri mezzi tipici (es. vincolo ex 2645-ter Codice Civile) e che si tratterà per lo più di accordi volti alla assunzione di reciproci impegni circa lo scioglimento del rapporto. L’Autore divide così questi “contratti tra conviventi” in due categorie: (i) gli accordi integrativi del contratto di convivenza, integrazioni al regime legale che non potranno tuttavia modificare quest’ultimo in *pejus*; (ii) gli accordi in vista della cessazione della convivenza, purché essi non si pongano in contrasto con il comma 65 che, a dire dell’Autore, appare come il modello legale minimo e inderogabile

Prima dell'ingresso nell'ordinamento della disciplina contenuta nella L. 76/2016 in relazione alla forma del contratto di convivenza, la dottrina al fine di individuare il profilo formale a cui doveva sottostare tale negozio – ancora atipico - riteneva principalmente che dovesse farsi riferimento alle regole generali: il contratto di convivenza si riteneva, infatti, fosse a forma libera ⁽¹⁸⁸⁾.

Si segnala, ad ogni modo, anche la presenza di una tesi contraria, che apoditticamente riteneva che il contratto in esame dovesse rivestire la forma scritta ⁽¹⁸⁹⁾.

L'ordinamento ha infatti adottato il principio di libertà della forma, principio che si riteneva atto a regolare anche al contratto di convivenza prima dell'ingresso della L. 76/2016.

(188) GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 162; cfr. anche OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., che ha osservato “*In linea generale non è richiesto, per la manifestazione di volontà in esame, il rispetto di speciali regole di forma. Così non è necessario l'atto pubblico, proprio perché, almeno di regola, con tale negozio i conviventi intendono disciplinare i reciproci rapporti a prescindere da ogni spirito di liberalità*”; cfr. anche BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, op. cit., 206 che aveva osservato che la forma scritta non fosse imposta nemmeno *ad probationem tantum*, nonostante le ovvie difficoltà di prova esistenti di tali negozi;

(189) RIZZI, *Tecniche contrattuali e convivenze*, in *Le “nuove famiglie” e la parificazione degli status di filiazione ad opera della L. 219/2012*, Milano, 2015, 64 il quale tuttavia non porta motivazioni sul punto;

Era però possibile che il contratto sfuggisse al citato principio e soffrisse requisiti di forma maggiori, tra cui la necessità di conclusione per atto pubblico, in dipendenza del contenuto e dell'effetto ulteriore prodotto.

Esemplificativamente, la forma scritta avrebbe potuto essere comunque necessaria:

(i) qualora l'effetto del contratto fosse stato rientrante tra quelli contemplati dall'art. 1350 Codice Civile ⁽¹⁹⁰⁾ e dell'art. 1351 Codice Civile e cioè, conseguentemente alla stipula del contratto di convivenza, si fosse assistito al trasferimento o la costituzione di un diritto reale immobiliare ⁽¹⁹¹⁾ o anche al perfezionamento di un vincolo obbligatorio volto a ottenere tale effetto (cfr. art. 1351 Codice Civile);

(ii) nel caso esso contenesse un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter Codice Civile (cfr. *amplius infra*) ⁽¹⁹²⁾;

(iii) per il caso in cui il contratto di convivenza avesse previsto un sistema di comunione degli acquisti futuri, sulla falsariga del sistema della comunione legale, per quegli autori ovviamente che ritenevano ciò possibile ⁽¹⁹³⁾;

(190) FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit., 730, con la precisazione che, qualora ricorressero i presupposti dell'art. 1350 Codice Civile, il contratto di convivenza avrebbe dovuto essere concluso per iscritto;

(191) DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., 987;

(192) RIZZI, *Tecniche contrattuali e convivenze*, op. cit.;

(193) BALESTRA, op. ult. cit. 9, che ha sottolineato come "dovendo trovare applicazione la regola della forma scritta sia nell'ipotesi in cui venga contemplato un meccanismo di coacquisto

(iv) ove si fosse ravvisato uno squilibrio di valore tale da dubitare di essere in presenza di una donazione - diretta – conseguendo a ciò alla necessità di elevare la forma all'atto pubblico con la presenza di due testimoni (art. 48 l. not.)⁽¹⁹⁴⁾; sul punto tuttavia, altra parte della dottrina aveva rilevato correttamente che, fuori dall'opportunità del rispetto della forma solenne al fine di evitare successive contestazioni, nel caso di un semplice squilibrio tra il valore delle prestazioni, le formalità della donazione non sarebbero state comunque necessarie, trattandosi di negozi *mixtum cum donatione* (¹⁹⁵) e, quindi, da trattate alla stregua di donazioni indirette (¹⁹⁶);

automatico sia allorché venga previsto un obbligo al trasferimento della quota", presumibilmente tale ultima affermazione in ossequio al principio di simmetria ex art. 1351 Codice Civile e alla possibilità che l'acquisto abbia ad oggetto un bene immobile;

(194) OBERTO, in AA.VV., *Guida operativa: contratti di convivenza*, CNN, 2013, che ricorda gli arresti di Cass. 29 novembre 1986, n. 7064, secondo la quale era da ritenersi "nulla, per difetto di forma, la donazione contenuta in una scrittura privata, denominata "transazione", con cui la parte si obbliga a versare al beneficiario una determinata somma mensile per tutta la durata della vita di quest'ultimo", ricordando però che la dottrina stenta a ritenere necessaria la presenza dei testimoni nel contratto di convivenza, in quanto negozio volto a soddisfare interessi patrimoniali relativi al *ménage* convivenza e non ad arricchire spontaneamente il partner. Quindi, anche l'Autore stesso sembra non convinto della propria tesi, concludendo comunque per l'opportunità dei testi quantomeno ai fini tuzioristici;

(195) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., che ha portato l'esempio della corresponsione da parte dell'uomo di una somma a titolo di contribuzione per le necessità della donna superiore al valore del lavoro domestico che la stessa si impegnava a prestare;

(196) TORRENTE, *La donazione*, in Tratt. Dir. Civ. e Comm. a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1956, 43;

(v) ove il contratto avesse contenuto la designazione del convivente quale amministratore di sostegno ⁽¹⁹⁷⁾;

(vi) ove le parti avessero voluto beneficiare della presenza di un titolo esecutivo di forma negoziale, quali sono l'atto pubblico e le scritture private autenticate da notaio, di modo da non dover scontare le lungaggini del processo per iniziare l'azione esecutiva in adempimento delle obbligazioni in esso contenute⁽¹⁹⁸⁾.

Altra soluzione, invece, deve essere ricercata e perseguita per quanto attiene agli effetti probatori del contratto; per la dottrina, infatti, prima della riforma i legami affettivi che connotavano e connotano il *ménage* potevano provocare una situazione di “*impossibilità morale (...) di procurarsi una prova scritta*”. Non vi è chi non veda, infatti, come vi possa essere un generale imbarazzo accompagnato alla richiesta di formalizzazione da parte di uno dei conviventi ⁽¹⁹⁹⁾. Tale imbarazzo insieme al principio di libertà delle forme - ai quali consegue la eventuale mancanza di un documento che possa contenere e sancire l'esistenza dell'accordo - avrebbe potuto creare difficoltà ai contraenti sotto il

(197) RIZZI, *Tecniche contrattuali e convivenze*, op. cit., 64

(198) RIZZI, *Tecniche contrattuali e convivenze*, op. cit., 64

(199) FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit. 730;

profilo probatorio ⁽²⁰⁰⁾. Corollario di tali difficoltà era la impossibilità di ricorrere alla prova per testi o presunzioni degli accordi di regolamentazione del rapporto, ai sensi dell'art. 2724, n. 2 Codice Civile. Peraltro, come accade spesso nella prassi in relazione alla conclusione di contratti per i quali non è previsto alcun obbligo di forma, era stato consigliato, quindi, di inserire nel documento contenente il contratto di convivenza una clausola che obbligasse le parti al rispetto della forma scritta per le eventuali successive modificazioni e risoluzioni ai sensi dell'art. 1352 Codice Civile ⁽²⁰¹⁾.

Inoltre, la dottrina pre-riforma aveva esaminato e discusso circa la possibilità – che il Legislatore sembra aver deciso espressamente di escludere – che il contratto di convivenza potesse essere concluso per fatti concludenti, conclusione che avrebbe fatto pertanto ricadere tale negozio nella categoria dei c.d. 'contratti di fatto'. E' stata infatti sostenuta da alcuni Autori tale possibilità, mediante elevazione del mero comportamento ad espressione di concorde volontà per la conclusione del contratto in esame ⁽²⁰²⁾. Secondo tale tesi, già la

(200) BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, op. cit., 8; che osserva, tuttavia, come tale difficoltà si risolvesse solo sul piano probatorio e non sostanziale, considerando inaccettabile che la riconduzione degli obblighi assunti alle obbligazioni naturali potesse essere scongiurata mediante esibizione di atto scritto;

(201) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit.;

(202) Cfr. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA.VV. *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 52, che sembrerebbe far rientrare detto contratto nello schema dei negozi giuridici di attuazione;

sola instaurazione di una convivenza *more uxorio* avrebbe potuto far presupporre la volontà dei conviventi di condividere non solo il lato morale del rapporto, bensì anche quello economico; la dottrina, pertanto, riteneva di essere in presenza di un “*accordo implicito*” utile ad instaurare un regime solidaristico di mantenimento (²⁰³) (es. in caso di prestazione di lavoro domestico di cui l’altro convivente si avvantaggi). La teoria qui esposta nasceva peraltro dall’esigenza di ritrovare un effetto positivo al rapporto di convivenza che sfuggisse delle categorie dell’obbligazione naturale e dell’ingiustificato arricchimento, sia per formalizzare maggiormente il rapporto che per riconoscere maggiori responsabilità in capo ai conviventi, parallelamente alle altre relazioni di coppia giuridicamente rilevanti (²⁰⁴).

(203) Cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., che ricorda l’origine di oltreoceano della teoria e ne sottolinea la *ratio* volta a tutelare gli apporti dei conviventi alla attività agricola del partner, medesima *ratio* che si rinviene nel nostro ordinamento nell’istituto dell’impresa familiare regolata dall’art. 230-bis Codice Civile che per anni ha sentito l’esigenza – negata – di ampliamento analogico al convivente. L’Autore, peraltro, ricorda il caso d’oltreoceano che ha dato corso alla teoria (il caso *Marvin v. Marvin* del 1976) e che aveva visto coinvolto il celebre attore Lee Marvin;

(204) BALESTRA, op. cit., e OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., che ricorda come per contratto implicito e contratto di fatto – figure già presenti nel nostro ordinamento per quanto attiene alcuni contratti tipici, uno su tutti la mediazione – si intendano i rapporti che non vedano prestato un vero e proprio negoziale consenso tra le parti, ma si perfezionino già per il mero eseguirsi delle prestazioni o di una di esse;

Non tutta la dottrina, comunque, era allineata nel ritenere corretta tale ricostruzione. La tesi del contratto di convivenza 'di fatto' veniva duramente criticata, principalmente argomentando circa:

(i) l'impossibilità di dare rilevanza a comportamenti dei conviventi che, per loro stessa scelta, avevano optato per un regime che prescindeva da ogni formalizzazione del rapporto e degli obblighi a loro carico ⁽²⁰⁵⁾ ⁽²⁰⁶⁾;

(ii) la circostanza che siffatto ragionamento avrebbe sovvertito la teoria volta a ricondurre le prestazioni tra conviventi al novero dell'adempimento di obbligazioni naturali; è stato, infatti, sostenuto che il comportamento tenuto da ciascuno dei conviventi non rappresentasse alcuna volontà di formazione di un vincolo contrattuale, bensì - contrariamente - il mero adempimento - anch'esso negoziale - dei doveri morali nati in forza della convivenza ⁽²⁰⁷⁾;

(iii) la considerazione che nel sistema codicistico esistano già contratti di fatto, ma che comunque tali negozi giuridici (es. la mediazione, i fenomeni di cui agli artt. 2126 e 2332 Codice Civile in materia, rispettivamente, di lavoro

(205) GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, op. cit., 153; BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, op. cit., 206

(206) FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit., 729 che contesta questa motivazione contraria alla formazione del "contratto di fatto" sostenendo che il rifiuto da parte dei conviventi degli effetti del vincolo coniugale non sia parificabile alla volontà di escludere ogni effetto patrimoniale e non derivante dal ménage;

(207) BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, op. cit., 9;

subordinato e società, o, ancora, come nel caso dell'attuazione unilaterale di un rapporto locativo dopo la sua scadenza, ai sensi dell'art. 1591 Codice Civile) siano fenomeni eccezionali e che, quindi, non sia lecito – al di fuori delle ipotesi tassativamente previste – ritenere esistente un contratto per il solo fatto che ci si trovi in presenza di una *“attuazione, vuoi unilaterale, vuoi bilaterale, non preceduta da una proposta”* ⁽²⁰⁸⁾

Concludendo, prima della introduzione della L. 76/2016, proprio la necessità di distinguere tra il matrimonio e la convivenza portava a negare la possibilità di conclusione del contratto per fatti concludenti. Diversamente, infatti - anche in assenza di impegno formalmente manifestato - si sarebbe dovuta ammettere la possibilità di veder nascere doveri giuridici analoghi a quelli previsti dall'art. 143 Codice Civile proprio in quei contesti e rapporti che tali erano nati per escludere tali obblighi. Tale soluzione negativa è stata peraltro confermata dalla L. 76/2016 che, a fronte degli stretti requisiti formali (cfr. *infra*), esclude a priori la possibilità di conclusione in forma tacita del contratto di convivenza ⁽²⁰⁹⁾.

(208) OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, op. cit., 222;

(209) Cfr. PACIA, op. cit., 210 che osserva: *“In secondo luogo, quanto meno per le convivenze legali, la forma dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata, ora imposta a pena di nullità dal comma 51 per il contratto di convivenza, non consentirebbe più di seguire la soluzione, suggerita da una parte degli interpreti, di ricondurre comunque alla figura del contratto “a causa solidale”, il cui accordo potrebbe perfezionarsi anche in modo tacito, le prestazioni eseguite dai conviventi per contribuire ai bisogni della famiglia o per assistere il partner, in misura proporzionale alla situazione economico-sociale del contribuente e della coppia”*

6. La forma del contratto di convivenza ai sensi della L. 76/2016

Il comma 51 della Novella sancisce che il contratto di convivenza - con le sue vicende successive (cfr. comma 60) – deve essere redatto in forma scritta, con atto pubblico o con scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato, i quali ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Il Legislatore prevede nella Novella così uno stringente regime formale discostandosi dal regime precedente, dominato dalla libertà di forma, scelta probabilmente e correttamente giustificata dagli effetti verso i terzi che il contratto potrebbe spiegare.

Nonostante la ragionevolezza della soluzione, dettata anche dalle istanze evidenziate al paragrafo che precede (es. i problemi probatori), tale rigore formale è stato criticato da parte di alcuni commentatori.

E' stato, infatti, ritenuto dalla dottrina che la scelta di una imposizione rigorosamente formale per la conclusione del contratto in esame si risolverebbe in *“una prescrizione eccessivamente onerosa”* che, in diverso ambito, non sarebbe richiesta e che pertanto il comma 51 della L. 76/2016 cui un disallineamento con le altre previsioni formali dell'ordinamento; si pensi, ad

esempio, in riferimento alla stipulazione di obblighi di contribuzione, di accordi volti a fornire al convivente debole i mezzi di sussistenza o al diritto di godimento obbligatorio dell'abitazione nella casa familiare che, se conclusi in diversi contesti, non avrebbero necessità di forma scritta ⁽²¹⁰⁾. La critica non mi sembra tuttavia convincente, considerato che la formalizzazione di un rapporto è spesso posta a presidio del contraente più debole e che, proprio in ambito familiare, il ricorso alla prova testimoniale è più che mai arduo.

Lo stesso autore che ha criticato la norma, peraltro, pare contraddirsi, ove ritiene corretta la scelta di restringere le possibilità formali all'atto pubblico e alla scrittura privata autenticata, qualora lo stesso abbia gli effetti menzionati nell'art. 1350 Codice Civile oppure – per simmetria con la previsione dell'art. 162 Codice Civile – preveda la costituzione del regime di comunione degli acquisti sui beni medesimi. Infatti, la coerenza con il sistema generale della forma pare solo parzialmente rispettata, se si considera che proprio nel caso in cui i conviventi vogliono adottare un regime convenzionale di comunione degli acquisti si crea una discriminazione a carico dei coniugi; per questi ultimi, infatti, la reintegrazione - successiva alla manifestata opzione per la separazione dei beni - del regime della comunione degli acquisti, richiede necessariamente la forma dell'atto pubblico alla presenza di due testimoni (cfr. art. 162 Codice

(210) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 943;

Civile e art. 48 l.n), diversamente dai conviventi che invece possono optare anche per la scrittura privata autenticata da avvocato ⁽²¹¹⁾.

Passando ad altro, la norma in commento prevede espressamente che la forma ivi contemplata della Legge sia prevista a pena di nullità e, quindi, *ad substantiam* ⁽²¹²⁾.

Parte della dottrina ha criticato anche in tale contesto la tecnica legislativa – definendola “*pessima*” – e ritenendo che la formulazione della norma adottata dal Legislatore sembrerebbe far propendere per la validità di un contratto stipulato in forma scritta, ma non accompagnato dalla forma di autenticazione prevista dalla stessa. La regola formale sarebbe quindi soddisfatta dalla sola redazione per iscritto di tutti gli elementi essenziali del contratto e la mancata adozione delle due alternative di certificazione proposte dalla norma (atto pubblico o scrittura privata autenticata) rileverebbero solo ai fini dell’eventuale profilo pubblicitario ⁽²¹³⁾. A dire della suddetta dottrina, tale

(211) Conferma la possibilità di modificare il regime patrimoniale per scrittura privata autenticata da avvocato anche TASSINARI, op. cit., 1745 rimarcando la volontà di semplificazione del Legislatore;

(212) DOSI, op. cit., che sottolinea – inspiegabilmente e contro il tenore letterale della previsione – come si evinca implicitamente dalla previsione che la forma prescritta dal comma 51 si atteggi quale requisito a pena di nullità, sottolineando peraltro che tale era stata anche la scelta prevista dal testo del D.d.l. prima del maxi-emendamento del 26 febbraio 2016;

(213) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 944;

ricostruzione deriverebbe (i) dalla circostanza che non esistono atti pubblici o scritture private autenticate che non soddisfino il requisito della forma scritta e, quindi, il richiamo a quest'ultima da parte dell'art. 51 risulterebbe diversamente ultroneo nonché (ii) dal tenore letterale del successivo comma 52, che permette di pubblicizzare l'accordo solo nei casi in cui venga stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata. A ciò si aggiunga anche il posizionamento all'interno della norma dell'inciso "a pena di nullità", posto dopo il solo requisito formale della redazione per iscritto ⁽²¹⁴⁾.

Accanto alle critiche, vi è stato però anche accoglimento positivo. Altra parte della dottrina ⁽²¹⁵⁾ ha infatti ritenuto che la L. 76/2016 abbia risolto in maniera positiva, rispetto al regime previgente e all'originario Disegno di Legge n. 2081 (presentato il 6 ottobre 2015 al Senato della Repubblica), le necessità di forma dei contratti di convivenza ⁽²¹⁶⁾, plaudendo:

(i) alla equiparazione dell'atto pubblico alla scrittura privata autenticata (dal notaio o dall'avvocato) – nonostante in occasione di entrambe le formalità venga richiesta (a carico del professionista) la (singolare) attestazione di

(214) *contra* TASSINARI, op. cit., che sembrerebbe ricollegare la nullità non alla sola assenza di forma scritta, ma anche all'eventuale mancanza del rispetto delle previsioni circa l'intervento del notaio o dell'avvocato nella conclusione del contratto;

(215) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 695;

(216) L'art. 19, comma 2° del disegno di legge originario prevedeva invece solo l'autentica notarile. Come ricorda DOSI, op. cit., 150;

conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico – e

(ii) all'aver assicurato la relativa opponibilità ai terzi.

Ritengo personalmente che la tecnica legislativa – quantomeno nel caso in esame – si stia rivelando efficace. Sembra plausibile ritenere, infatti, che la formulazione del comma 51 rifletta la dicotomia tra necessità di forma scritta ai fini della validità (richiesta quindi a pena di nullità dal comma 51) e la necessità di verifica della sottoscrizione mediante autentica o atto pubblico ai fini di pubblicità del contratto (sancita dal combinato disposto dei commi 51 e 52) ⁽²¹⁷⁾.

Tali previsioni, infatti, ricalcano il sistema già presente nel nostro ordinamento di graduazione delle forme per validità e pubblicità come accade, esemplificativamente, in relazione al regime del trasferimento e della conseguente opponibilità dei diritti reali sui beni immobili. In particolare, l'art. 1350 Codice Civile prevede la necessità di forma scritta a pena di invalidità del solo contratto di trasferimento di diritto reale su bene immobile, mentre l'art. 2657 Codice Civile richiede, per accedere al sistema di pubblicità immobiliare, quantomeno la scrittura privata autenticata o l'atto pubblico notarile.

Le precedenti previsioni – come quelle in esame - hanno il pregio di tutelare da una parte i soggetti contraenti (i conviventi nel caso in esame) senza

(217) Ove l'ordinamento richieda che l'atto risulti per iscritto a fini di pubblicità la dottrina parla di formale *ad regularitatem*. Quindi, per quanto attiene al contratto di convivenza, questo potrà essere originariamente redatto per iscritto e successivamente ripetuto nelle forme previste dal comma 51 qualora si voglia pubblicizzare ai sensi della Novella;

gravarli necessariamente dell'intervento di professionisti e, dall'altra, i terzi che vedono limitati i loro diritti solo in seguito alla verifica di identità e di legalità da parte di un pubblico ufficiale.

Tale tesi è stata confermata da parte della dottrina che, analizzando la dicotomia esistente tra atto pubblico e scrittura privata autenticata, è giunta a rilevare che l'autenticazione nulla possa aggiungere alla struttura del documento già perfetto, avendo rilevanza solo per la successiva pubblicità ⁽²¹⁸⁾. Anche secondo tale autore – come peraltro sopra indicato - l'inciso “*a pena di nullità*” previsto dalla norma può essere riferito soltanto alla forma scritta e non alle prescrizioni relative alla scelta dei conviventi sulla modalità di accesso ai pubblici registri. Non è infatti possibile - a dire di questa dottrina - che, nata una scrittura privata invalida per difetto di forma, essa possa essere convalidata eccezionalmente per la mera apposizione della autentica da parte di un pubblico ufficiale ⁽²¹⁹⁾. Infatti, il Legislatore ha sancito la nullità solo dei contratti

(218) I conviventi potrebbero, anche per evitare ogni controllo preventivo sulla legittimità dei loro accordi, non richiedere alcuna forma di autenticazione. In tal caso rimarrà loro preclusa la possibilità di pubblicizzare la convenzione tramite il sistema anagrafico e il contratto di convivenza così stipulato rimarrà estraneo a quelli normati dalla Novella. È stato così ipotizzato che il Legislatore abbia voluto prevedere tale forma di conclusione – scrittura privata autenticata da notaio o “asseverata” da avvocato - non ai fini di validità della convenzione, bensì solo per verificarne il contenuto e la paternità prima di fare ingresso nel sistema anagrafico; cfr. MECENATE, *La nuova regolamentazione civile delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 155;

(219) MECENATE, *La nuova regolamentazione civile delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 155 il quale si sofferma sulla natura dell'autenticazione e di come il relativo documento appartenga sempre al “*genus scrittura privata*”. L'Autore infatti, ricorda che l'autenticazione

redatti in assenza di rispetto delle norme previste per l'atto pubblico, ove tale forma è prevista (es. donazione, convenzione matrimoniale, verbali di assemblea per le società di capitali, ecc.); invece, quanto all'autenticazione, non si rinvengono simmetriche disposizioni. L'autenticazione delle firme generalmente ha la sola funzione di sostituire in via preventiva il giudizio di verifica e di fornire di data certa al documento, ma non di integrarne i requisiti formali; tale ultimo ruolo è riservato all'atto pubblico, necessario generalmente quando sia opportuno integrare la causa debole dell'atto con rigide prescrizioni formali.

Detto ciò, appare sostenibile ritenere che, ai fini della validità, sarà sufficiente che siano redatti in forma scritta gli elementi essenziali del contratto di convivenza e che, invece, gli elementi accessori potranno essere contenuti in altre forme, anche orali (²²⁰). Tra gli elementi essenziali sicuramente vi

è solo un *quid pluris* che si aggiunge, senza interferire, sulla struttura dell'atto, documento che deve essere necessariamente preesistente e pre-formato (cfr. Cass. 7 agosto 2000 10735);

(220) Maggiori dubbi solleva la possibilità di stipulare un contratto di convivenza che faccia uso della c.d. *relatio* che, nei negozi formali, si ritiene generalmente ammissibile per gli elementi non essenziali. Tuttavia, mi sembra sostenibile applicare le elaborazioni già effettuate dalla dottrina in relazione alla distinzione tra *relatio* formale – e cioè il mero rinvio ad altro documento da parte del contratto – e *relatio* sostanziale – cioè la rimessione alla volontà di terzi della determinazione di alcuni elementi essenziali del contratto. Mi sembra che la prima delle forme citate (*relatio* formale) sia ammissibile purché il documento cui i conviventi faranno rinvio rivesta le forme prescritte dal comma 50 della Novella, mentre la seconda (*relatio* sostanziale) non sia da escludere a priori, stante il contenuto eminentemente patrimoniale del contratto, ma debba comunque essere coordinata con le previsioni in tema

rientreranno la manifestazione del consenso da parte dei conviventi – anche senza forme sacramentali e non contestualmente, purché entrambe le volontà rivestano la forma scritta – e l’oggetto del contratto (²²¹), oggetto che sembrerebbe riflettersi nei contenuti di cui al comma 53, se presenti, e in particolare: (i) la fissazione della comune residenza, (ii) le modalità di contribuzione alla vita comune e (iii) la previsione di un regime di comunione degli acquisti.

Quanto alla portata applicativa della norma, in ogni caso, è stato sostenuto che le prescrizioni di forma della Novella colpirebbero anche tutti quegli accordi e pattuizioni che, prima della Riforma, si sarebbero potuti costituire sia ricorrendo alla forma orale (es. determinazione della contribuzione o del mantenimento, comodato sulla casa familiare) sia con il rispetto della sola forma scritta (costituzione di un diritto reale sulla casa familiare). Il possibile contenuto – anche atipico, per coloro che lo ammettono - del contratto descritto dal comma 53, nella parte in cui la norma sancisce: *“le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle*

di arbitraggio previste nell’ordinamento e con le possibilità di sostituzione della volontà dei contraenti in tema di rappresentanza;

(221) Si ritiene possibile il contratto risulti costituito materialmente da due o più documenti, purché tutti redatti per iscritto, che si richiamino tra di loro, anche implicitamente, e globalmente coprano gli elementi essenziali del negozio. Si pensi, esemplificativamente ai contratti conclusi per scambio di corrispondenza;

sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo”, infatti, si estenderebbe ad abbracciare tutti i possibili rapporti patrimoniali dei conviventi e, in forza del combinato disposto con l’art. 51 e 52, ne prescriverebbe la regolamentazione in forma solenne ⁽²²²⁾.

Tale tesi, che postula l’estensione della forma solenne a tutte le pattuizioni contenute e/o collegate al contratto di convivenza, pare a parere di chi scrive parzialmente superabile. Si deve, infatti, considerare che anche nell’ambito della regolamentazione dei rapporti familiari si assiste al possibile utilizzo di negozi giuridici tipici ed estranei al contratto di convivenza che, in concreto, conseguano lo scopo di tutelare il convivente debole (si pensi, ad esempio, al comodato sulla casa familiare: accedendo alla tesi della dottrina più rigorosa, tale contratto richiederebbe la forma scritta se stipulato in favore del convivente, mentre potrebbe essere concluso oralmente in favore di terzi), contratti per i quali una elevazione di forma comporterebbe una incongruenza del sistema. Infatti, si imporrebbero oneri di forma ingiustificati ai conviventi, con limitazioni che non trovano posto nemmeno tra soggetti che nessun

(222) L’Autore continua ritenendo che non solo i patti atipici contenuti nel contratto di convivenza o le prestazioni previste come modalità concreta di contribuzione a norma del comma 53 lett. b) debbano rivestire la forma scritta, ma anche quei negozi collegati al contratto previsto dal comma 50 della Novella; testualmente *“Qualunque tipo di accordo così caratterizzato, dunque, andrà considerato (anche a prescindere dalla sua possibile astratta riconducibilità a figure negoziali diverse: comodato, donazione, mandato, mantenimento vitalizio, ecc.) alla stregua di un contratto di convivenza e come tale sottoposto alle regole formali di cui sopra”*; cfr. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 943;

rapporto hanno tra loro.

Inoltre, tale tesi non tiene in considerazione la distinzione delle modalità in cui può atteggiarsi il contratto di convivenza. In particolare, alla distinzione tra contratti misti o complessi e contratti collegati: nei primi ricorre una fusione di frammenti di schemi tipici diversi o di pluralità di elementi con unicità di causa che caratterizza l'intero rapporto ⁽²²³⁾; nei secondi, invece, più contratti, aventi causa propria, sono collegati a livello funzionale, ponendosi in relazione a influenzando i rapporti giuridici che nascono tra loro, ma rimanendo tipologicamente e causalmente autonomi e distinti ⁽²²⁴⁾. Da ciò consegue che, per via dell'inscindibilità delle singole pattuizioni nei contratti misti, sarà necessario che le previsioni del contratto di convivenza rispettino tutte il requisito formale previsto dalla Novella qualora, unitamente prese, non trovino una giustificazione causale propria. Diversamente, qualora si sia in presenza di solo collegamento negoziale, sembra sostenibile che la forma scritta sia necessaria solo per quei contratti che, *ab origine* e indipendentemente dalla inclusione all'interno dello schema del contratto di convivenza, richiedano la

(223) Il contratto misto è un contratto unitario in cui si registra l'unione di varie cause. Per individuare la disciplina applicabile, sono state individuate diverse teorie: (i) quella dell'assorbimento, secondo il quale andrebbe individuata la tipologia prevalente e applicato al contratto misto la relativa disciplina; (ii) la combinazione, secondo la quale ai vari elementi del contratto andrebbero applicati i singoli discipline riconducibili al relativo profilo; *amplius* CHINE' – FRATINI – ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, in *Manuali superiori* a cura di ALPA – GAROFOLI, 2015, 800;

(224) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2004, 800;

forma scritta (salvo l'elevazione a forma superiore sia volontaria per ottenerne la pubblicità prevista dalla Novella).

Infine, deve segnalarsi che un'ulteriore distinzione tra le forme previste dalla Novella - seppur in relazione agli effetti e non alla causa -; è stata infatti prevista al comma 60 la riserva di competenza del Notaio i contratti di convivenza (senza distinguere per atto pubblico o scrittura privata autenticata) qualora essi comportino "*trasferimento di diritti reali immobiliari*". La norma deve interpretarsi estensivamente: restano di competenza notarile tutti i contratti di convivenza non solo che trasferiscano, ma anche che costituiscono, modifichino o estinguano diritti reali immobiliari (anche di garanzia) o sciolgano la comunione su beni immobili; ritengo inoltre che a tali contratti, per i quali è necessario l'intervento del notaio, si aggiungono anche tutte le tipologie di negozi che, seppur non avendo ad oggetto diritti reali su beni immobili, debbano essere trascritti, iscritti o annotati nei pubblici registri immobiliari previsti dall'art. 2643 Codice Civile e seguenti; ciò in quanto la Novella non ha derogato alle forme minime richieste all'art. 2657 Codice Civile per i titoli ammessi ad accedere al regime di pubblicità immobiliare ⁽²²⁵⁾.

(225) Agli adempimenti civilistici si aggiungono quelli fiscali: ai sensi del Testo Unico sull'Imposta di Registro (D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131) sono soggetti a registrazione tutti gli atti formati sul territorio dello Stato e compresi nella allegata Tariffa. L'imposta può essere di tipo proporzionale (generalmente il 3% dell'imponibile, salvo trattasi di trasferimenti immobiliari o cessioni di credito) ovvero fissa (nella misura di euro 200,00). Il contratto di convivenza – non previsto dal T.U.R. – è stato considerato dalla dottrina contratto non avente ad oggetto prestazioni patrimoniali (ai fini fiscali) in quanto avente contenuto meramente programmatico che non comporti un immediato trasferimento di ricchezza e, quindi, non

A tale riserva di competenza, deve aggiungersi una precisazione: anche i contratti di convivenza che abbiano contenuto donativo diretto dovranno sottostare ai maggiori requisiti di forma richiesti dall'art. 782 del Codice Civile. In particolare, sarà necessario che partecipino alla stipulazione del contratto di convivenza due testimoni, ai sensi dell'art. 48 l.n., e, in caso di donazione di un complesso di beni mobili, che venga specificato ogni singolo valore dei medesimi, anche in una nota a parte allegata al contratto, a norma della previsione di cui all'art. 782 Codice Civile.

Infine, la riserva di competenza del notaio per la stipulazione di contratti di convivenza che abbiano effetti traslativi/costitutivi su beni immobili conduce a ritenere possibile l'effetto traslativo immobiliare in forza del contratto di convivenza.

Deve tuttavia darsi atto di altra tesi, allo stato unica più che minoritaria: è stato, infatti, sostenuto che, sulla base della teoria minoritaria del contenuto tassativo e meramente programmatico del contratto in esame, la parificazione delle forme di autentica sia coerente con il sistema della Novella. Per l'Autore, infatti, l'unico caso in cui sarebbero astrattamente ammissibili trasferimenti immobiliari sarebbe in occasione della regolamentazione o dello scioglimento

indice di capacità contributiva. Sembrerebbe quindi, a parere della dottrina, scontare l'imposta fissa di registro nella misura sopra indicata. Tale tesi mi sembra criticabile considerato che dal contratto di convivenza potrebbero sorgere obblighi di mantenimento assibili a rendite vitalizie dal punto di vista fiscale, con conseguente applicazione delle disposizioni dell'art. 46 T.U.R.. Sul punto cfr. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 200;

del regime patrimoniale opzionale della comunione (comma 53); tale tesi, che a dire dell'interprete sarebbe suffragata dalla previsione di cui al comma 60, porterebbe ad escludere effetti diretti del contratto di convivenza nei registri immobiliari e, quindi, inutile la riserva notarile ⁽²²⁶⁾.

In ultimo, si potrebbe sostenere che i principi della Novella si applichino anche a quei contratti – tipici e atipici - che, seppur non qualificati espressamente come contratti di convivenza, abbiano lo scopo di regolare la contribuzione tra conviventi ⁽²²⁷⁾. In particolare, è stato sostenuto che le previsioni in relazione alla forma dettata dall'art. 50 e seguenti della L. 76/2016 dovrebbero essere applicate ai contratti di mantenimento atipico che non siano “contenuti” in un contratto di convivenza.

Se l'ultima conclusione qui raggiunta mi sembra condivisibile, tuttavia, non mi trova in accordo la tesi che richiederebbe i requisiti di forma della Novella per la conclusione di contratti atipici che indirettamente soddisfino i bisogni comuni dei conviventi, preso atto che – come già anticipato – nel negozio indiretto, la disciplina del “negozio fine” viene in rilievo solo in relazione al piano sostanziale, mentre, per quanto attiene il piano formale,

(226) TASSINARI, *op. cit.*, 1795;

(227) OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, *op. cit.*, 86 per il quale eventuali attribuzioni contenute nel contratto di convivenza e operate da un convivente all'altro a spirito di liberalità dovranno essere ritenute valide anche in assenza dei presupposti sanciti dall'art. 782 Codice Civile per la donazione, atteggiandosi quali liberalità indirette.

devono applicarsi i requisiti di forma sul “negozio mezzo” e, quindi, trattandosi di contratti atipici, generalmente quella libera.

7. Il ruolo del professionista: autenticazione e attestazione

Osservato quanto al paragrafo che precede circa la rilevanza della forma prevista dalla Novella, i profili e i requisiti della certificazione della sottoscrizione da parte di professionisti citati dalla norma non sono stati precisati dal Legislatore, potendo ciò creare problemi di operatività. Infatti, in linea con altri recenti provvedimenti, è stata attribuita la possibilità di ricezione della “*scrittura privata con sottoscrizione autenticata*” anche da parte degli avvocati ⁽²²⁸⁾. Tale previsione appare lacunosa e foriera di interrogativi, se si considera che l’autentica notarile

(228) Cfr. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., che ricorda – analizzando il contratto di convivenza – il Progetto di legge 2172 presentato alla Camera dei Deputati il 12 marzo 2014 sulla generale possibilità di autenticazione da parte degli avvocati, sottolineando come nel nostro ordinamento – oltre al notaio – vi siano già diversi soggetti deputati alla autenticazione delle sottoscrizioni senza che essi abbiano particolari conoscenze in campo giuridico (es. i segretari comunali ovvero i consiglieri comunali per le sottoscrizioni apposte sulle liste elettorali). L’Autore ricorda inoltre che tali compito è già affidato agli avvocati per quanto attiene le sottoscrizioni in calce alla procura alle liti, sulla documentazione per la c.d. “negoziato assistita” e per le dichiarazioni anti-riciclaggio. La proposta qui citata amplierebbe i poteri del ceto forense, delegando il Consiglio nazionale ad attuare con specifiche direttive l’attività di autenticazione, in particolare circa gli obblighi deontologici e di conservazione dei documenti;

è espressamente prevista dai provvedimenti che regolano la professione in questione e che ugualmente ne sanciscono gli stretti requisiti formali nonché le successive modalità di conservazione e che ugualmente non può dirsi per quanto attiene all'autentica ricevuta dagli avvocati ⁽²²⁹⁾.

Necessita in primo luogo di essere esaminata la natura giuridica di tali adempimenti. Un Autore – appartenente alla dottrina notarile - si è così occupato di studiare le due diverse modalità di autenticazione del contratto e di controllo del contenuto ⁽²³⁰⁾, giungendo a sostenere che la scrittura privata autenticata da soggetto diverso dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato non rivesta la forma privilegiata prevista dall'art. 2703 Codice Civile ⁽²³¹⁾. Per l'Autore, tale

(229) E' stato peraltro osservato che l'estensione delle funzioni di certificazione agli avvocati sarebbe dettata dalla volontà di creare competitività economica in favore del pubblico nella stipulazione dei contratti di convivenza (TASSINARI, op. cit., 1745), tuttavia sottolineando la possibile incostituzionalità della previsione in considerazione dei minori obblighi e controlli che gravano sulla professione forense. Parte della dottrina ha così fortemente criticato la scelta legislativa, in quanto dettata più da scelte economiche che giuridiche. Infatti, nonostante anche in Francia si registri la possibilità di autenticazione da parte degli avvocati – seppur con stringenti limitazioni e diversa efficacia – è stato osservato che solo il notaio è attualmente in grado di tutelare i conviventi dalla stipulazione di patti che, ancorché leciti, possano essere sconvenienti, stante la sua terzietà dettata dalla funzione, sul punto cfr. CALO', op. cit., 259;

(230) MECENATE, *La nuova regolamentazione civile delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 156;

(231) Cfr. contrariamente DOSI, op. cit., 190 che ritiene che, in deroga all'art. 2703 Codice Civile, la nuova disciplina abbia equiparato la scrittura privata autenticata dall'avvocato a quella notarile, ritenendo pertanto che essa avrà i medesimi effetti;

conclusione si evincerebbe (i) dalla natura di atto amministrativo di scienza della certificazione delle firme (²³²), che potrebbe derivare solo dall'esercizio di pubblici poteri, e (ii) dalla considerazione che il notaio, operando in modo qualificato e soggetto a sorveglianza sistematica, non si limiterebbe a predisporre atti dotati di fede privilegiata, ma eserciterebbe un controllo di legittimità sul contenuto dell'atto. Il ruolo dell'avvocato nell'ordinamento, invece, assumerebbe diversa connotazione rispetto a quello notarile, anche nell'ambito dell'autenticazione del contratto di convivenza (²³³). L'avvocato, infatti, per sua natura è *“un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, (...) ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti”*. Tale definizione sottolinea il carattere libero della professione forense e della prestazione che ne scaturisce, senza che questi possa quindi essere

(232) BELLI, *Autenticazione*, in Noviss. Dig. it., I, Torino, 1958, 1549;

(233) Critica sull'attribuzione di tale compito agli avvocati sembrerebbe anche PACIA, op. cit., 212 sulla base del diverso e particolare sistema a cui solo il notaio è tenuto, tra cui la vigilanza degli archivi notarili: *“Al medesimo progetto sembra ispirato anche il coinvolgimento del libero professionista in una serie di competenze di non poco conto, con la differenza, però, che la legge le estende anche all'avvocato, dimenticando la mancanza, in questo caso, della particolare struttura del notariato e degli archivi notarili: infatti, i commi 51, 52, 60, 61, 62 e 63 attribuiscono, sia ai notai, che agli avvocati le competenze sulla autenticazione dei contratti di convivenza e degli atti che ne implicano la risoluzione, sul controllo della conformità degli stessi all'ordine pubblico ed al buon costume e sui procedimenti necessari ad assicurarne l'opponibilità ai terzi 83; benché il comma 60 precisi poi che qualora vengano in rilievo trasferimenti immobiliari, e quindi trascrizioni ex art. 2643 c.c., la competenza spetta ai soli notai”*;

generalmente ricondotto a un ruolo interno e subordinato all'ordinamento statale ⁽²³⁴⁾. Dalla insussistenza della qualifica di pubblico ufficiale e dalla assenza di norme che regolano la fattispecie, la dottrina ha così ritenuto che l'autenticazione posta in essere da avvocati non possa essere ricondotta né a quanto previsto all'art. 2703 Codice Civile ⁽²³⁵⁾ né alle forme di autentica amministrativa ex DPR 445/2000 ⁽²³⁶⁾.

Alla luce di tali considerazioni, è stato così ritenuto dalla dottrina che ha analizzato il fenomeno che l'autentica prevista dalla Novella sia una mera *“scrittura privata che accede ad un'altra scrittura privata”* e che il contratto di

(234) cfr. MECENATE, *La nuova regolamentazione civile delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 156 che sottolinea come l'avvocato non può farsi “suggeritore” di contratti nulli, illeciti o fraudolenti (art. 3, L. 247/2012), senza però prevedere una sanzione specifica per la violazione della norma;

(235) L'autenticazione ex. 2703 Codice Civile ha la stessa efficacia del riconoscimento e della verifica di scrittura privata e permette che il documento faccia piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritto. Peraltro, la scrittura privata ex 2703 Codice Civile *“non costituisce, sotto il profilo della validità del negozio, un tertium genus”* rispetto alla scrittura privata non autenticata e all'atto pubblico, atteso che l'autenticazione opera esclusivamente sul piano della prova e non della validità sostanziale dell'atto” (Cass. 07 agosto 2000 n. 10375, in Giust. civ. Mass. 2000, 1738);

(236) Ciò in quanto non trattasi di documento (istanza o dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà) da prodursi agli organi della pubblica amministrazione (art. 21 DPR 445/2000) . Inoltre, è stato ritenuto non possa trattarsi della c.d. “vera di firma” poiché tale forma di autenticazione consiste sempre atto amministrativo-certificativo e può avere ad oggetto solo atti non negoziali, essendo prevista solo in tassativi casi (cfr. art. 12, R.D. 29/239);

convivenza, seppur “autenticato” da un avvocato, rimanga una scrittura non autenticata ⁽²³⁷⁾).

Tale asseverazione sarà da considerarsi alla pari di altre asseverazioni già previste in ambito amministrativo e, senza che essa possa considerarsi prova legale ⁽²³⁸⁾, avrà solo lo scopo formale di svolgere un giudizio di genuinità della firma del convivente, in analogia con le modalità di formazione delle dichiarazioni amministrative previste ai sensi dell’art. 38 DPR 445/2000, rendendo superflua la allegazione di copia fotostatica del documento del firmatario. In tal caso, la

(237) Ulteriore distinzione dei ruoli dei professionisti coinvolti - notaio e avvocato - si coglie sotto il profilo fiscale. Infatti, ai sensi dell’art. 10 del Testo Unico sull’Imposta di Registro (D.P.R. 131/1986) solo il notaio è soggetto tenuto a procedere alla registrazione del contratto da lui ricevuto, trovandosi altresì nel ruolo di responsabile di imposta; l’avvocato, invece, ancorché soggetto chiamato all’autenticazione del contratto sembrerebbe che possa sì essere ricondotto nel novero dei soggetti tenuti alla registrazione degli atti ricevuti a norma dell’art. 10 del citato D.P.R., tuttavia ad esso manchino gli strumenti e i corollari formali previsti dalla normativa in tema di registrazione (es. tenuta dei repertori e relativi visti quadrimestrali previsti agli artt. 67 e 73 del citato D.P.R.). È stato così auspicato dalla dottrina un intervento legislativo sul punto; DOSI, op. cit., 200. MECENATE, *La nuova regolamentazione civile delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 164, che sottolinea come, a carico dell’avvocato asseverante, non vi sia neppure l’obbligo di provvedere alla registrazione dell’atto né la relativa responsabilità nei confronti dell’erario, obblighi invece a carico del notaio, responsabile di imposta ai sensi del DPR 131/1986;

(238) L’efficacia di prova legale prevista dall’art. 2703 Codice Civile è esclusa in quei casi in cui il pubblico ufficiale attesta la verità della firma, ma non l’apposizione della stessa in sua presenza, circostanza che non è richiesta dalla Novella. In tali casi, il giudice potrà quindi valutare l’autenticità della sottoscrizione, che potrà essere contestata senza necessità di esperire la querela di falso;

responsabilità dell'avvocato che abbia asseverato una firma non genuina potrà dare luogo a responsabilità penale per falso ideologico commesso da privati esercenti un servizio di pubblica necessità, ai sensi dell'art. 481 c.p. in combinato disposto con l'art. 359 c.p. ⁽²³⁹⁾.

Quanto ai controlli sul contenuto del contratto di convivenza sanciti a carico di entrambi i professionisti dalla Novella, la dottrina ha sottolineato che il ruolo di pubblico ufficiale del notaio e gli obblighi lui imposti di controllo ai sensi dell'art. 28 l.n. sono solo in parte sovrapponibili con quelli previsti dal comma 51 della L. 76/2016. Secondo tale previsione, i professionisti autenticanti devono verificare la *“conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico”* del contratto di convivenza da loro ricevuto.

A tale imperativo si aggiunge l'art. 28 della L. 16 febbraio 1913 n. 89 che già proibisce al notaio il ricevimento di atti pubblici e l'autenticazione di scritture private che siano manifestamente contrari all'ordine pubblico o espressamente proibiti dalla Legge.

Dal raffronto delle previsioni, consegue che il controllo richiesto dal notaio sarà di maggior ampiezza rispetto al compito delegato dal Legislatore all'eventuale avvocato autenticante. La Novella, infatti, non sembra voler limitare i compiti già propri della professione notarile e, come osservato dalla dottrina

(239) NAPPI, *Falso e legge penale*, Milano, 1999, 64;

(²⁴⁰), il notaio non deve ritenere derogati i suoi limiti sanciti all'art. 28 l.n., in lesione dei quali sarà chiamato comunque a rispondere sia a titolo di responsabilità civile verso i conviventi (²⁴¹) che deontologica rispetto alle proprie norme ordinamentali.

Proseguendo, anche l'avvocato sarà chiamato a sancire la conformità del contratto di convivenza da lui autenticato nelle sottoscrizioni alle norme imperative e all'ordine pubblico (²⁴²); in tal caso, è stato ritenuto che la responsabilità dell'avvocato opererà solo sul piano della responsabilità civile all'interno del rapporto contrattuale con i propri clienti, considerata (i) sia l'estraneità del ruolo di tale professionista rispetto alla Pubblica Amministrazione, che (ii) l'inesistenza di controlli da parte di alcuna autorità ministeriale sul suo operato.

Quanto infine al profilo strettamente formale, per quanto attiene alla professione notarile, ai requisiti sanciti nella norma cardine contenuta nell'art. 2703 Codice Civile - che dispone "*L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza.*

(240) MECENATE *La nuova regolamentazione civile delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 169;

(241) Sulla natura della responsabilità notarile cfr. DI FABIO, *Manuale del notariato*, 2014;

(242) Tale compito è già stato demandato a tale pubblico ufficiale in tema di mediazione obbligatoria e di negoziazione assistita, in forza rispettivamente dell'art. 12 del D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 e art. 5 comma 2 del D.L. 12 settembre 2014n. 132, cfr. DOSI, op. cit., 191;

Il pubblico ufficiale deve previamente accertare l'identità della persona che sottoscrive” – devono aggiungersi le previsioni dettate dalla normativa speciale, in particolare dalla L. 16 febbraio 1913 n. 89 e dal successivo R.D. 10 settembre 1914 n. 1362 ⁽²⁴³⁾. In particolare, la Novella non deroga ai requisiti richiesti dell'art. 72 della L. 16 febbraio 1913 n. 89 per l'autenticazione della scrittura privata ⁽²⁴⁴⁾. Sarà così necessario che la formula dell'autentica notarile contenga i seguenti elementi:

- (i) la dichiarazione che le sottoscrizioni siano state apposte innanzi al notaio;
- (ii) la data;
- (iii) il luogo di sottoscrizione;
- (iv) la menzione da parte del pubblico ufficiale di certezza dell'identità dei sottoscrittori.

(243) Partendo dall'analisi dei requisiti formali dell'autentica, è necessario esaminare le relative forme presenti all'interno dell'ordinamento notarile. Possono quindi individuarsi tre tipologie principali forme di autenticazione: (i) l'autentica di firma prevista dall'art. 72 L.N.; (ii) l'autentica amministrativa (iii) la cd. “vera di firma”; solo la prima è riservata alle attività negoziali, mentre le altre attengono solo a atti amministrativi e, pertanto, potrà essere quella utilizzata ai fini di cui in esame;

(244) cfr. TASSINARI, op. cit., 1741 che ritiene che nessun nuova forma di autentica sia stata introdotta dalla Novella;

Non sarà invece necessario che il notaio menzioni la ritenuta conformità del contratto all'ordinamento, anche se opportuno, elemento che si potrà desumere implicitamente dall'aver prestato il proprio ministero ⁽²⁴⁵⁾.

Anche per quanto attiene ai compiti formali dell'avvocato "asseverante" ⁽²⁴⁶⁾, la dottrina ha ritenuto che non vi siano obblighi di menzione della conformità della convenzione ai principi dell'ordinamento e che, in assenza di precisa previsione, non possano essere estese a carico di quest'ultimo le prescrizioni formali richieste dalla Legge Notarile, soluzione peraltro confermata

(245) RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, Notariato, 2017, I, 22, che inoltre così puntualizza sulla natura di titolo esecutivo dell'atto a ministero di notaio "Si fa presente a tal riguardo che sia l'atto pubblico che la scrittura privata autenticata costituiscono titolo esecutivo (quest'ultima solo per l'adempimento di obbligazioni pecuniarie) con tutti i vantaggi che ne conseguono, in termini di semplificazione del procedimento, qualora si debba agire in giudizio per ottenere l'adempimento degli obblighi assunti; pertanto la stipula di un contratto di convivenza, per il quale è prescritta, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, presenta l'indubitabile vantaggio, per il caso di mancato adempimento da parte di uno dei conviventi degli obblighi assunti, di consentire l'attivazione immediata della procedura di esecuzione forzata; a tal proposito si rammenta, che, giusta quanto disposto dall'art. 474 c.p.c., (i) l'esecuzione forzata può aver luogo solo in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile; (ii) sono titoli esecutivi gli atti ricevuti da notaio e le scritture private autenticate (queste ultime, peraltro, solo relativamente alle obbligazioni di somme di denaro). Il contratto di convivenza, pertanto, consentirà al convivente che lo abbia stipulato di attivare immediatamente la procedura esecutiva senza dover ottenere il preventivo accertamento giurisdizionale del proprio diritto";

(246) DOSI, op. cit., 190 che ricorda che anche l'avvocato "autenticante" dovrà attestare che la sottoscrizione sia stata apposta in sua presenza e compiutamente identificare le parti, al fine di dare al contratto l'efficacia prevista dall'art. 2703 Codice Civile, sembrerebbe facendone apposita menzione;

da risalente giurisprudenza (²⁴⁷). Ad ogni modo, al fine di compiere diligentemente il proprio ministero non sembra a parere di chi scrive che l'avvocato potrà discostarsi da quanto sopra citato e previsto dall'art. 72 della L. 89/1913.

8. La pubblicità del contratto di convivenza

Agli espressi fini dell'opponibilità ai terzi, il comma 52 della Novella prevede a carico del professionista che riceve l'atto o ne autentica la sottoscrizione, l'onere materiale di trasmetterne di copia del medesimo al comune di residenza dei conviventi. Ciò ai fini di ottenere l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del D.P.R. 30 maggio 1989 n. 223 (Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente) del relativo contratto (²⁴⁸).

(247) La giurisprudenza, ancorché risalente, ha ritenuto che l'unico requisito essenziale dell'autenticazione sia la sottoscrizione della scrittura da parte del soggetto e che ciascuno dei diversi pubblici ufficiali autorizzati è tenuto al rispetto delle sole norme che disciplinano la sua attività, non potendo ricorrere alla applicazione analogica di previsioni che regolano l'esercizio a carico di altri soggetti (Cfr. Cass. n. 2937/1972). Pertanto, deve escludersi che l'avvocato autenticante debba necessariamente applicare alla propria autenticazione i precetti contenuti nell'art. 72 L. 89/1913 che regolano l'attività notarile; in dottrina cfr. TASSINARI, op. cit., 1745 che ritiene inestensibili all'avvocato le previsioni dettate a carico del notaio dalle leggi speciali circa repertoriazione, conservazione e registrazione;

(248) La dottrina notarile, già prima dell'introduzione della Novella, aveva palesato la necessità che il contratto di convivenza godesse di una sua pubblicità che, simmetricamente

Viene così introdotta nell'ordinamento una nuova forma di pubblicità dichiarativa – e cioè sancita per il solo effetto di opponibilità dell'atto ai soggetti estranei all'atto medesimo, potendosi pertanto parlare di trascrizione del contratto nei registri anagrafici ⁽²⁴⁹⁾ – la cui inosservanza comporta l'irrilevanza ai sensi dell'art. 1372 Codice Civile del contratto nei confronti dei terzi ⁽²⁵⁰⁾.

La dottrina, peraltro, ha criticato duramente la scelta di demandare agli Uffici Anagrafici il compito di raccogliere i contratti di convivenze e effettuare la relativa pubblicità. E' stato infatti sottolineato che tali rami della pubblica amministrazione costituiscono solo registri della popolazione residente e hanno prevalentemente funzione statistica e amministrativa; pertanto tale

alle convenzioni matrimoniali, era stata individuata nell'annotamento a margine dell'atto di nascita. Analizzando il sistema francese che prevedeva una trascrizione del contratto presso un registro detenuto nel luogo di comune convivenza della famiglia, riteneva inopportuno legare spazialmente tale adempimento ad una collocazione che avrebbe potuto variare nel tempo, cfr. IEVA, op. cit., 40. Ad ogni modo oggi il ricorso alla pubblicità presso gli uffici dell'Anagrafe è stato criticato alla dottrina, oltre che in considerazione della attribuzione a tale pubblico servizio di un compito ad esso estraneo, anche in chiave europeista: lo spostamento nei diversi stati membri della comunità che non hanno pari previsioni comporterebbe la disapplicazione della disciplina in esame e dell'opponibilità del relativo contratto, cfr. CALO', op. cit., 261;

(249) Le forme di pubblicità si distinguono generalmente in pubblicità costitutiva, a cui si accompagna il termine "iscrizione" a connotarla, dichiarativa, generalmente facendosi riferimento alla "trascrizione" del relativo atto, e c.d. "notizia" (il cui adempimento viene solo effettuati ai fini informativi); per approfondimenti cfr. GAZZONI, *Trattato della Trascrizione*, UTET, 2012;

(250) RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, op. cit., 23 e DOSI, op. cit., 194;

scelta non garantirebbe un meccanismo idoneo a portare a conoscenza dei terzi il contratto di convivenza e i suoi contenuti, anche a causa di una “sovrapposizione di profili personali e profili patrimoniali” (251).

La dottrina pressoché unanime ha criticato la scelta della Novella – fino ad arrivare a sostenere che essa non abbia “senso compiuto” - di affidare la pubblicità agli Uffici Anagrafici. Ciò in quanto detti uffici sono essenzialmente attinenti e deputati - a differenza dello Stato Civile - a raccogliere e pubblicizzare dati personali e non invece dati relativi a fenomeni negoziali (252). I registri anagrafici, infatti, sono meri registri della popolazione - secondo quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 – e hanno una limitata funzione probatoria, essendo prevalentemente disposti per funzioni statistiche e amministrative (253). La dottrina ha pertanto sottolineato come – seppur coerente con l’ordinamento – il sistema scelto dalla

(251) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 702

(252) L’Autore da ultimo citato auspica una modifica normativa senza la quale “non si riesce a comprendere come la disciplina in commento potrà ricevere concreta attuazione”;

(253) A tali profili giuridici deve aggiungersi la difficoltà di mantenere la siffatta pubblicità per il caso in cui uno dei conviventi trasferisca la propria residenza successivamente alla iscrizione anagrafica di cui al comma 37 e del contratto di convivenza ex comma 52. Infatti, la coabitazione non è prevista dal comma 36; si ritiene in tal caso che comunque il contratto continuerà essere opponibile ai terzi – grazie alla sua annotazione nella scheda di famiglia – e sembra opportuno che l’Anagrafe continui a rilasciare le certificazioni circa il convivente trasferito proprio a tali fini; cfr. RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, op. cit., 25;

Novella non sembra garantire (in concreto) reale affidabilità e assicurare ai terzi un adeguato meccanismo di opponibilità ⁽²⁵⁴⁾, soprattutto considerato che con il contratto di convivenza le parti possono anche prevedere e regolare regimi patrimoniali generali (tale funzione è invece deputata agli atti dello stato civile dagli articoli 162 e 163 Codice Civile, per le convenzioni matrimoniali, e dal comma 13 della Legge in commento per le unioni civili).

Ad ogni modo, già al primo esame della norma, si delinea una mancanza di coincidenza del “fenomeno convivenza” definito dalla L. 76/2016 da quello presente nell’ordinamento anagrafico. Sul punto si osserva che il primo degli articoli citati dal comma 52 (art. 5 del Regolamento Anagrafico)regola il concetto di “convivenza anagrafica”, fenomeno più ampio di quella descritto dalla Novella ⁽²⁵⁵⁾. Nella c.d. “convivenza anagrafica” infatti vi rientrerebbero anche quelle formazioni stabili non dettate da *affectio*, bensì volte a soddisfare fini religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune ⁽²⁵⁶⁾, con l’unica precisazione che non si possano

(254) VENUTI, *La disciplina dei rapporti patrimoniali nel D.D.L. Cirinna*, op. cit., 1008;

(255) DOSI, op. cit., 197 che sottolinea come – secondo l’Autore – il Legislatore avrebbe erroneamente fatto riferimento all’art. 5 del D.P.R. 30 maggio 1989 n. 223, quando invece avrebbe dovuto richiamare l’art. 4 che si occupa dell’iscrizione anagrafica della famiglia; deriva da tale lettura – sempre secondo l’Autore - che la registrazione del contratto debba essere effettuata nelle schede di cui all’art. 4 del Regolamento Anagrafico;

(256) Testualmente così è previsto nella norma: “*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*

considerare conviventi coloro che siano ospitati (anche abitualmente) in alberghi e strutture similari.

Il successivo comma 7 del Regolamento, invece, regola il regime di iscrizione delle persone all'Anagrafe e non è stato modificato o integrato né dalla Novella né da alcun provvedimento collaterale. Il rinvio dettato dal comma 52, L. 76/2016 appare così sterile e di difficile interpretazione. Non si rinvencono infatti né nella norma da ultimo citata né nelle altre disposizioni della Legge le modalità formali di pubblicizzazione del contratto e di conservazione presso la pubblica amministrazione.

Per ovviare al vuoto normativo così descritto è, quindi, intervenuto il Ministero dell'Interno con propria circolare sul punto che ha avuto cura di indicare – seppur genericamente - le modalità di “registrazione” del contratto di convivenza, creando un nuovo adempimento anagrafico che – come già precisato - il Legislatore sembrerebbe aver configurato ai soli fini dell'opponibilità del contratto ai terzi ⁽²⁵⁷⁾.

addette alla convivenza per ragioni di impiego o di lavoro, se vi convivono abitualmente, sono considerate membri della convivenza, purché non costituiscano famiglie a sé stanti. 3. Le persone ospitate anche abitualmente in alberghi, locande, pensioni e simili non costituiscono convivenza anagrafica” (art. 5 D.P.R. 30 maggio 1989 n. 223);

(257) Circolare n. 7 del 1 giugno 2016 emanata dal Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici;

E' stato così determinato che l'Ufficiale Anagrafico del luogo di residenza comune dei soggetti conviventi ⁽²⁵⁸⁾, al ricevimento di copia del contratto di convivenza trasmessa dal professionista autenticante - sembrerebbe senza alcun necessità di autenticazione di conformità – debba procedere a:

(i) effettuare una triplice registrazione: sia nella scheda di famiglia dei conviventi sia nelle schede individuali di ciascuno ⁽²⁵⁹⁾; egli dovrà annotare la data e il luogo di stipula del contratto nonché la data e gli estremi della comunicazione da parte del professionista;

(ii) conservare il documento trasmesso, senza tuttavia che siano state indicate ulteriori modalità. Sul punto sembra necessario che venga emanato un ulteriore provvedimento che definisca le modalità di conservazione interne agli Uffici Anagrafici e, soprattutto, le modalità di attribuzione di estremi - univoche

(258) È stato sottolineato che i conviventi potrebbero non aver fissato ancora la comune residenza nel medesimo luogo e, in tal caso, la pubblicità dovrà essere effettuata al comune di rispettiva residenza, e quindi eventualmente in comuni diversi; RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, op. cit., 25; *contra* in parte RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, op. cit., 25 che osserva che se i conviventi saranno coabitanti, formando una famiglia anagrafica a norma dell'art. 5 del regolamento anagrafico, la registrazione sarà effettuata sia in ciascuna scheda individuale che nell'unica scheda di famiglia comune, diversamente i conviventi, formando ciascuno una propria famiglia unipersonale, vedranno la registrazione del loro contratto sia nella propria scheda individuale sia che nella propria individuale scheda di famiglia;

(259) DOSI, op. cit., 198 che sembrerebbe ritenere ultronea questa doppia annotazione e sottolinea come la stipulazione del contratto dovrà essere riportata in tutti i successivi certificati emessi dall'anagrafe;

su tutto il territorio nazionale – affinché possa essere assicurato il successivo recupero del documento da parte anche dei terzi ⁽²⁶⁰⁾.

Analizzando ancora la disciplina della Novella e della Circolare, oltre all'assenza di modalità di trasmissione (cartacea o telematica, in copia libera o autentica) si può rilevare in prima battuta che nessun termine è stato previsto a carico della Amministrazione per l'adempimento dei doveri di registrazione, ciò né nelle istruzioni ministeriali né nel testo della Legge. Il termine può però essere ricavato dall'attuale sistema, ritenendo opportuno che tale registrazione debba essere effettuata entro due giorni dalla ricezione della richiesta, come già previsto ai sensi dell'art. 17 D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 ⁽²⁶¹⁾, e che le relative comunicazioni debbano essere effettuate con lettera raccomandata o posta elettronica certificata.

Tale ultimo rigore formale sulle modalità di trasmissione documentale non è previsto da alcuna norma, ma sembra l'unica modalità idonea a

(260) Cfr. la Circolare citata che dispone *“in ordine, infine, alle certificazioni anagrafiche - che dovranno contenere i dati contrattuali registrati nelle schede, come sopra evidenziati – si richiama l'attenzione sul trattamento dei dati personali contenuti nelle stesse che, come contemplato nel comma 55, deve avvenire conformemente alla normativa prevista dal decreto legislativo n. 196/2003 (codice della privacy), garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza”*;

(261) Così testualmente recita l'articolo: *“L'ufficiale di anagrafe deve effettuare le registrazioni nell'anagrafe entro due giorni lavorativi dalla data di ricezione delle comunicazioni dello stato civile o dalle dichiarazioni rese dagli interessati, ovvero dagli accertamenti da lui disposti”* (art. 17 D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223). Il termine per la trasmissione da parte del professionista, invece, è di 10 giorni dalla conclusione del contratto ex comma 52, L. 76/2016

comprovare l'effettiva spedizione del contratto e, pertanto, a poter mandare assolto il professionista autenticante da responsabilità successive, considerato che il contratto di convivenza potrà esplicare gravi e precisi effetti nei confronti dei terzi per effetto dell'adempita pubblicità ⁽²⁶²⁾.

Inoltre, il sistema di pubblicità dettato dalla Novella e dalla successiva fonte secondaria non chiarisce le modalità pratiche di pubblicizzazione del contratto se non prevedendone l'annotamento. Diversamente da altri regimi pubblicitari - esemplificativamente, il regime di trascrizione immobiliare e il regime di opponibilità dei privilegi su macchinari che, a norma rispettivamente dell'art. 2659 Codice Civile e del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, prevedono la redazione delle relative note – la normativa in esame non dispone l'utilizzo di alcuna nota di registrazione del contratto. La dottrina, che ha esaminato tale problema, ha ritenuto che per garantire l'opponibilità del contratto a terzi, questi saranno per forza onerati di richiedere copia integrale del documento all'Ufficio Anagrafico ⁽²⁶³⁾.

(262) RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, op. cit., 25 che ritiene possibile prescindere dalla preventiva pubblicità di cui al comma 37 per poter stipulare e, quindi, effettuare la successiva registrazione anagrafica; *contra* DOSI, op. cit., 195 invece ritiene che il professionista autenticante debba, in via preliminare, sincerarsi che i conviventi siano già iscritti alla competente anagrafe in quanto gli uffici che ricevessero un contratto non potrebbero formare d'ufficio e in assenza di richiesta degli interessati una scheda di famiglia;

(263) DOSI, op. cit., 198 che ritiene quindi che dovrà essere curata la trascrizione completa del contratto nelle schede anagrafiche, e non solo la relativa annotazione come previsto invece in relazione alla pubblicità del regime patrimoniale per i coniugi. L'Autore, per risolvere tale inconveniente, propone di riportare il contenuto integrale del contratto in una porzione

Come anticipato, la normativa esistente non si preoccupa nemmeno di sancire una modalità formale di trasmissione del contratto alla Pubblica Amministrazione preposta alla tenuta dei registri, soprattutto non indicando se il professionista autenticante debba trasmetterne un originale o se possa trasmettere una semplice copia conforme. Su tale quesito è necessario quindi effettuare un distinguo:

(i) per quanto attiene ai contratti ricevuti da un notaio, sicuramente la trasmissione agli uffici anagrafici avranno ad oggetto una copia autentica del contratto qualora questo venga formalizzato per atto pubblico, dovendo detto atto necessariamente essere trattenuto nella raccolta del professionista rogante. Diversamente, l'art. 70 della L. 89/1913 pone in favore del pubblico ufficiale la possibilità di rilasciare in originale "*gli atti di autenticazione di cui agli art. 47 e 72*", atti tra i quali potrebbe rientrare il contratto di convivenza ⁽²⁶⁴⁾ se stipulato per scrittura privata autenticata. L'articolo da ultimo citato, infatti, fa obbligo al notaio di tenere nella propria raccolta solo le scritture private che siano soggette a pubblicità immobiliare o commerciale, tra le quali – salvi eccezionali casi – non rientra il contratto in esame. Si può quindi sostenere - riassumendo - che oggetto di trasmissione agli uffici anagrafici sarà sicuramente

riservata delle schede individuali e della scheda di famiglia, per la cui visione ritiene sia necessario premunirsi del consenso dei conviventi, soluzione che vanifica la pubblicità prescritta;

(264) Sugli obblighi di conservazione a carico del notaio cfr. DI FABIO, op. cit.;

una copia del contratto di convivenza tutte le volte in cui il medesimo venga stipulato per atto pubblico o per scrittura privata e quest'ultima contenga pattuizioni che siano soggette a trascrizione o pubblicità nel competente Registro Imprese ⁽²⁶⁵⁾;

(ii) diversamente, i contratti di convivenza autenticati da avvocato ritengo debbano essere trasmessi sempre in originale e che il termine “copia” contenuto nella citata Circolare n. 7 del Ministero dell'Interno sia stato utilizzato a-tecnicamente quale sinonimo di “esemplare”. Infatti, depone in tal senso la circostanza che il potere di accertamento di conformità dell'originale alla copia - per gli avvocati – è stato limitato ai soli atti esistenti all'interno del fascicolo telematico e da questi estratti ovvero ad altri casi funzionali all'esercizio dei diritti processuali (cfr. art. 52 L. 90/2014).

Passando all'esame delle previsioni in caso di successiva cessazione del rapporto, deve evidenziarsi il difetto di coordinamento del comma 52 con le altre previsioni formali dettate dalla Novella per il caso di risoluzione, recesso o invalidità del contratto. In particolare, il comma 60 della L. 76/2016 non si preoccupa di sancire la pubblicità dell'eventuale scioglimento in caso di mutuo dissenso da parte dei partners e, simmetricamente, il comma 62 non prescrive la necessaria pubblicità conseguente alla nascita di vincoli matrimoniali di uno

(265) DOSI, op. cit., 198 che ritiene che non vi siano obblighi di conservazione invece per l'avvocato, non essendovi tale onere nella normativa in esame;

dei conviventi che comporti il venir meno del contratto ⁽²⁶⁶⁾. Diversamente, la pubblicità in esame è stata espressamente prevista in caso di recesso unilaterale (comma 61) o di morte del convivente (comma 63).

La dottrina ha quindi ritenuto plausibile che il mancato richiamo alla necessaria pubblicità possa essere una mera dimenticanza del Legislatore e che, sia per il caso di mutuo dissenso che per quello di matrimonio di uno dei conviventi, debba procedersi a notiziarne l'ufficio anagrafico affinché vengano compiute le necessarie iscrizioni. Tale orientamento è stato confermato dalle stesse istruzioni ministeriali, senza purtroppo che queste abbiano potuto sancire compiuti obblighi a carico dei conviventi o dei professionisti autenticanti. La Circolare n. 7, meglio sopra citata, ha infatti previsto che anche la risoluzione del contratto di convivenza debba essere registrata sempre nella scheda di famiglia dei conviventi, oltre che nelle schede individuali, simmetricamente, a quanto previsto per il caso di nuova formazione ⁽²⁶⁷⁾. Ciò anche nei casi in cui la Novella nulla aveva previsto, e più precisamente:

(266) Si noti che la Novella prevede in caso di matrimonio del convivente l'onere solo di comunicazione dell'evento al professionista che ha ricevuto il contratto, senza sancire ulteriori obblighi per il professionista medesimo: *"62. Nel caso di cui alla lettera c) del comma 59, il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro contraente, nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile"*;

(267) Ciò mediante *"indicazione della data e del luogo della risoluzione, della causa e degli estremi della notifica, da parte del professionista, o della comunicazione, da parte dell'ufficiale dello stato civile"* (cfr. Circolare n. 7 del 1 giugno 2016 emanata dal Ministero dell'Interno);

(i) per il caso di *“notifica da parte del professionista dell'intervenuta risoluzione per accordo delle parti (comma 59, lettera a, in combinato disposto con il comma 51)”*, previsione che pone quindi a carico del professionista autenticante l'onere formale di invio di copia del contratto di mutuo dissenso all'ufficio anagrafico di competenza;

(ii) per il caso di notifica da parte del professionista dell'intervenuta risoluzione per recesso unilaterale di una parte, come espressamente previsto dal comma 61 che pone a carico di quest'ultimo gli adempimenti previsti dal comma 52;

(iii) per il caso *“comunicazione dell'ufficio di stato civile riguardante il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra uno dei conviventi ed altra persona (comma 59, lettera c, in combinato disposto con l'art. 12 del regolamento anagrafico)”*; precisazione che, nel silenzio della normativa esistente, sembrerebbe porre a carico dell'ufficio dello stato civile – e non dei conviventi o del professionista autenticante – l'onere di trasmettere una specifica comunicazione *“riguardante il matrimonio o l'unione civile”* che inficerebbe l'accordo. La scelta sembra opinabile, ma l'unica possibile: sicuramente corretto non gravare di obblighi il professionista autenticante, che nulla potrebbe sapere dello stato dei conviventi in assenza della comunicazione prevista dal comma 62; impossibile imporre nuovi obblighi a carico dei partners per effetto di una mera circolare ministeriale; rimane così solo la scelta di regolare internamente gli Uffici della Pubblica Amministrazione, non senza difficoltà nell'esecuzione delle direttive imposte;

(iv) infine, per il caso di notifica da parte del professionista dell'intervenuta risoluzione per morte di una parte; soluzione che – come la precedente – pone il fianco a forti critiche in quanto onera il professionista di obblighi di comunicazione documentale che la Pubblica Amministrazione dovrebbe poter assolvere internamente (in quanto già in possesso dell'eventuale certificato di morte del convivente) ⁽²⁶⁸⁾ e rischia di rimanere inattuata, considerata l'assenza di sanzioni per la mancata comunicazione da parte degli eredi del convivente defunto o del convivente superstite al professionista *de quo*.

Ci si chiede inoltre quali siano le circostanze che debbano - o possano - essere pubblicizzate nei registri anagrafici.

Se, infatti, convivenza e contratto di convivenza sono fattispecie ben distinte (potendo esistere la prima senza il secondo, ma non viceversa), non si può certo pensare che ai registri anagrafici e al contratto di convivenza sia

(268) Ciò in aperto contrasto con l'art. 15 della L. 12 novembre 2011 n. 183 che ha sancito obblighi di de-burocratizzazione, non solo per gli atti pubblici o amministrativi ma anche per quegli atti di certificazione, redatti da un pubblico ufficiale, aventi carattere dichiarativo o certificativo del contenuto di atti pubblici preesistenti (cfr. come già affermato in tema di certificato di destinazione: TAR Napoli - 15 dicembre 2010 n. 27352; T.A.R. Lazio Roma 06 marzo 2012 n. 2241) ha così sancito che *“Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47. (...) Sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati è apposta, a pena di nullità, la dicitura: “Il presente certificato non può non essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi”*;

demandata l'opponibilità del *ménage* ai terzi ⁽²⁶⁹⁾.

E' stato quindi sostenuto che pertanto l'unica finalità della normativa pubblicitaria contenuta nella L. 76/2016 potrebbe essere rendere opponibile a terzi non il contratto di convivenza (o la convivenza in sé per sé), per il quale, in difetto di disposizioni specifiche in deroga, varrebbe il contratto il principio generale scolpito nell'art. 1372 Codice Civile, ma il solo regime opzionale di comunione degli acquisti scelto dai conviventi di cui al comma 53 lett. b) ⁽²⁷⁰⁾. Tutto ciò in considerazione anche del fatto che non avrebbe alcun senso giuridico parlare di opponibilità a terzi del contratto di convivenza che contenga pattuizioni o indicazioni che non possono aver rilevanza verso soggetti estranei per loro estrinseca natura (es. la fissazione della residenza comune) ⁽²⁷¹⁾.

Altra parte della dottrina, però, per evitare di ridurre la portata della

(269) Si pensi ad esempio ai diritti attribuiti al convivente superstite sulla casa di residenza comune (comma 42), o al locatore di quest'ultima (comma 44) o, ancora, agli enti o istituti che procedono alla redazione delle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare (comma 45);

(270) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 948;

(271) RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, op. cit., 23; TASSINARI, op. cit., 1746 che conferma la tesi della funzione di opponibilità della registrazione anagrafica del contratto di convivenza limitatamente alla scelta e alle conseguenze di aver adottato il regime di comunione degli acquisti e conclude che ove il contratto abbia invece diversi effetti su beni che per loro natura possono accedere a un proprio regime di pubblicità (es. immobili o partecipazioni sociali), sarà a quest'ultima demandata in via esclusiva opponibilità verso i terzi;

previsione, ha ritenuto che la pubblicità in esame renderebbe opponibile ai terzi il contratto di convivenza nel suo complesso. Gli effetti del contratto pubblicizzato pertanto – in deroga implicita ai principi dell’art. 1372 Codice Civile – sarebbero opponibili anche in relazione a quelle previsioni pattizie che, in linea generale, opererebbero solo sul piano obbligatorio e, quindi, con effetti relativi ai soli contraenti. Si è fatto così l’esempio del comodato della casa di abitazione attribuito da un convivente al partner, che per tale Autore – per effetto della pubblicità anagrafica – diverrebbe opponibile ai terzi che divenissero acquirenti del bene o sottoponessero lo stesso ad esecuzione forzata ⁽²⁷²⁾ ⁽²⁷³⁾.

(272) VILLA, op. cit., 1192 che riporta il contenuto “innovativo” della previsione e precisa che sono fuori dalla portata della norma i contratti stipulati prima della Novella;

(273) Si deve peraltro evidenziare l’esistenza di quella che sembrerebbe essere una terza tesi, e cioè la sostanziale irrilevanza della pubblicità. Sul punto, così sembrerebbe concludere PACIA, op. cit., che rileva *“La seconda considerazione riguarda i contenuti contemplati dal comma 53, in particolare la possibilità di scegliere il regime patrimoniale della comunione legale dei beni. La scelta legislativa è infelice, se rapportata alle previsioni dei commi 51 in tema di forma e, soprattutto, 52 in tema di pubblicità, strumento indispensabile per garantire la circolazione dei beni e tutelare i terzi: basti pensare al regime degli atti di disposizione ed alle regole in materia di responsabilità. Purtroppo, ai fini dell’opponibilità, il legislatore si limita a prevedere l’obbligo del libero professionista di trasmettere al comune di residenza dei conviventi, entro dieci giorni, copia del contratto, “per l’iscrizione all’anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7” del d.p.r. n 223/1989, avente ad oggetto l’anagrafe della popolazione residente. Quindi, a parte l’erroneo richiamo all’art. 5, concernente non la “famiglia anagrafica” (contemplata nell’art. 4), ma le “convivenze anagrafiche” (quelle, cioè, costituite per motivi religiosi, di cura, di pena e simili), “l’unico riferimento presente è ai meccanismi di raccolta delle informazioni in ordine alla popolazione residente, cui risulta completamente estranea qualsiasi effettiva funzionalità al fine indicato” 81: la circolare n. 7/2016 del Dipartimento per*

Ritengo che sia preferibile aderire parzialmente alla prima delle tesi sopra esposte e ritenere, quindi, che la pubblicità del contratto di convivenza possa avere il duplice scopo di:

(i) sostituire la dichiarazione anagrafica prevista dal comma 37 della Novella, facendo così sorgere la presunzione di esistenza della convivenza utile per il relativo “*accertamento*” (cfr. capitolo che precede sul punto);

(ii) attuare la pubblicità nei confronti dei terzi del regime di comunione degli acquisti compiuti durante la convivenza.

Ritengo ciò in quanto nulla si evince a contrario nella Novella. Diversamente, una volontà di modificare l'esistente regime di opponibilità dei diritti di natura obbligatoria - che peraltro è particolarmente ristretto nell'ordinamento – avrebbe dovuto essere espressa e avrebbe creato disparità non solo tra i vari *status* relativi ai legami affettivi, bensì nell'intero sistema (274).

gli affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno si limita a precisare che l'ufficiale di anagrafe dovrà registrare “tempestivamente” alcuni dati, tra i quali gli “estremi della comunicazione”, e ad assicurare la conservazione agli di copia del contratto. A ciò si aggiunga che il comma 54 consente di modificare il regime patrimoniale “in qualunque momento nel corso della convivenza”, per accordo o recesso unilaterale, e che il successivo comma 55 sottopone tali dati alla disciplina della privacy e prevede che siano trattati “garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza” e del principio di non discriminazione, cosicché “non si capisce più se gli stessi debbano considerarsi pubblici e accessibili ai terzi oppure no”;

(274) Si pensi, ad esempio, all'eventuale inserimento nel contratto di convivenza di un contratto di comodato, come proposto dalla citata dottrina (cfr. nota che precede). Nel sistema attuale, tale concessione in godimento obbligatorio di beni non è opponibile a terzi, anche se effettuato in forma scritta e registrato. Il contratto, infatti, anche se ultra-novennale,

Nella pratica, sarà così necessario per gli operatori del diritto verificare, anche l'eventuale conclusione del contratto di convivenza - ed in particolare l'adozione del regime opzionale degli acquisti in comunione - da parte di eventuali conviventi che partecipino ad atti di disposizione di beni che possano essere caduti in comunione e ciò mediante esame dei certificati emessi dai registri anagrafici.

Infine, la dottrina si è interrogata circa le sanzioni per il caso di mancata effettuazione della pubblicità a carico del professionista. Ferma la eventuale responsabilità civilistica in via contrattuale nei confronti dei conviventi ed extra-contrattuale nei confronti dei terzi, è stato sostenuto che il professionista in tal caso incorrerà nelle sanzioni di cui all'art. 11 della L. 24 dicembre 1954 e, pertanto, sarà punito con ammenda il cui importo, attualmente, è risibile ⁽²⁷⁵⁾.

non può accedere al regime della trascrizione. A voler accogliere la diversa tesi della "*pubblicità generale*" ex comma 52 della Novella – ritenendo così che l'intero contenuto del contratto di convivenza sia opponibile a terzi – si arriverebbe alla assurda conclusione che solo a questi ultimi, nell'intero ordinamento, sarebbe permesso creare diritti obbligatori (come il comodato in esame) opponibili a terzi. Il tutto con gravi conseguenze sull'economia degli scambi commerciali, con continuo onere per ogni avente causa di verificare lo status dell'alienante e l'esistenza di diritti conseguenti ad eventuali contratti di convivenza pubblicizzati presso gli uffici anagrafici;

(275) DOSI, op. cit., 197 che fa riferimento alla sanzione, ancora determinata nella valuta italiana, di minime lire 10.000 e massime 50.000, come determinata dal D.L. 28 febbraio 1983 n. 55 e ss.mm.; per l'applicazione della sanzione si farà riferimento all'art. 56 del regolamento anagrafico, che ne demanda l'accertamento all'ufficiale con relativo verbale;

9. Contratto di convivenza, incapaci e rappresentanza

La Novella non si è preoccupata della possibilità per i partners di stipulare il contratto di convivenza mediante sostituzione del convivente nel compimento dell'attività negoziale, tacendo sul fenomeno della rappresentanza, sia essa legale o volontaria. E' quindi necessario ricercare sciogliere il nodo circa tale punto facendo ricorso ai principi cardine dell'ordinamento e alla simmetria con altri istituti.

Partendo da questi ultimi, la prima analogia che potrebbe venire in aiuto è quella con le convenzioni matrimoniali.

Tradizionalmente, la stipulazione delle convenzioni matrimoniali richiede la partecipazione di entrambi i coniugi al negozio, essendo tale la possibilità di avvalersi di rappresentanti volontari alquanto discussa.

Per parte della dottrina – più rigorosa – tale facoltà sarebbe negata sulla base del fatto che le convenzioni matrimoniali siano atti aventi natura personalissima e che, pertanto, non ammettano sostituzioni nella prestazione del consenso ⁽²⁷⁶⁾.

(276) GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, 2010, Padova, 263;

Altra parte della dottrina, invece - allo stato dominante – ammette la rappresentanza volontaria purché realizzata attraverso procura speciale; ciò affinché il rappresentante non abbia ampio potere decisionale in merito alla determinazione degli elementi della convenzione. Più precisamente, sarebbe quindi possibile nominare un procuratore, purché questi sostanzialmente si risolva in un *nuncius*, e cioè non collabori alla formazione della volontà negoziale della convenzione, ma si limiti a ripetere le volontà già espresse dal soggetto sostituito ⁽²⁷⁷⁾.

Con riferimento invece alla rappresentanza legale, in ambito di convenzioni matrimoniali si assiste al generale divieto di sostituzione del coniuge incapace da parte di terzi nella conclusione di tali atti ⁽²⁷⁸⁾, divieto che

(277) Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Procura generale e clausola che prevede la facoltà del rappresentante di stipulare convenzioni matrimoniali*, Studio n. 601/2007/C del 5 novembre 2007 che precisa come sia inammissibile per i coniugi il ricorso a una procura generale per la stipula di convenzioni matrimoniali;

(278) Il minore non emancipato e l'interdetto giudiziale, infatti, non essendo ammessi a contrarre matrimonio, non possono stipulare le relative convenzioni (JANNUZZI- LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, 432). Più discussa, invece, l'ammissibilità di stipula relativa per l'interdetto legale; parte della dottrina (SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia*, in Commentario cod. civ., Torino, 1983, 109) ritiene che potendo egli contrarre matrimonio sia conseguentemente ammesso a concludere le relative convenzioni, diversamente altra dottrina (PROTETTI, *Filiazione, Adozione, Adozione speciale art. 231-314/28 cod. civ.*, in *Comm. teorico pratico*, diretto da DE MARTINO, Roma, 1972) ritiene che, essendo estese all'interdetto legale le norme su quello giudiziale, anche in tema di convenzioni matrimoniali egli soffra una limitazione alla propria capacità;

peraltro sembrerebbe derivare dalla stessa impossibilità di contrarre matrimonio.

Se tale è il sistema di rappresentanza nell'ambito della disciplina coniugale, i medesimi arresti della dottrina sono lontani da poter essere integralmente applicati ai contratti di convivenza.

Prima dell'ingresso nell'ordinamento della Novella, parte della dottrina riteneva che il contratto di convivenza – al tempo ancora negozio atipico – fosse “*integralmente assimilabile*” a una convenzione matrimoniale e quindi - quale negozio esplicito nell'ambito del diritto di famiglia - soffrisse piena limitazione al fenomeno della rappresentanza (²⁷⁹). L'autore occupatosi del problema, peraltro, apriva – ragionevolmente – le porte alla istituzione di *nuncius*, come soluzione parzialmente alternativa.

Tale soluzione peraltro non mi sembra che debba essere integralmente replicata all'esito della Novella.

In primo luogo, nell'impianto della Novella, i contratti di convivenza si pongono, secondo la tesi preferibile, come regolamentazione prettamente patrimoniale del fenomeno e, soprattutto, come schemi negoziali tipici aventi contenuto atipico. In assenza di specifici indici contrari, ritengo che sia ammissibile la conclusione dei medesimi attraverso il fenomeno della rappresentanza - quantomeno a mezzo di procura speciale da parte del convivente – anche comunque simmetricamente alle convenzioni matrimoniali

(279) BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 40;

e senza dover limitare la partecipazione di terzi al mero ruolo di ambasceria. Infatti, non sarebbe giustificabile una disciplina più stringente per figure negoziali meno invasive, quali sono i contratti di convivenza, rispetto a quanto già visto per i coniugi.

Maggiori dubbi sorgono in caso di procura generale, la cui possibilità mi sembra debba essere esclusa, soprattutto qualora il contratto di convivenza contenga la scelta di adozione di un regime di comunione degli acquisti ⁽²⁸⁰⁾. Sul punto il Legislatore sembrerebbe non aver prestato indici.

In secondo luogo, in relazione alla possibilità di stipulazione del contratto da parte di un rappresentante legale del convivente, il nuovo testo normativo offre qualche spunto di riflessione. Il comma 57, infatti, sancisce la nullità del contratto di convivenza qualora questo venga stipulato da persona minore di età o da persona interdetta giudizialmente.

Quanto alla prima delle precisazioni, è così da escludere che possa ricorrere il caso di contratto di convivenza stipulato dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale sul figlio minore e, con ciò, la possibilità di rappresentanza legale genitoriale.

Secondariamente, sulla scorta del divieto di stipulazione del contratto da parte dell'interdetto giudiziale sancita dal comma 57 della L. 76/2016, deve escludersi che il tutore – o il protutore per i casi di conflitto tra l'incapace e il

(280) Cfr. GENGHINI, op. cit., 263 in tema di rappresentanza e comunione legale degli acquisti;

primo ⁽²⁸¹⁾ – possano essere chiamati a esercitare la loro funzione, in veste di rappresentanti, nella conclusione di un contratto di convivenza.

Tale soluzione, tuttavia, sembra peraltro solo parzialmente confermabile: l'interdizione del soggetto è stata, infatti, prevista dal Legislatore come limite alla conclusione del contratto, ma non come causa di scioglimento del medesimo ⁽²⁸²⁾. Potrebbe quindi sussistere la necessità che, a seguito della pronuncia di interdizione, il convivente che abbia concluso il negozio in esame debba procedere al relativo scioglimento o alla mera modificazione – ancorché gli effetti del contratto siano sospesi ai sensi del comma 58 della Novella - quantomeno per procedere alla cancellazione anagrafica della formalità ai fini dei rapporti con i terzi futuri contraenti. In tali casi, ritengo si potrà assistere all'esercizio di diritti connessi al contratto di convivenza da parte del tutore o del protutore, i quali potranno procedere a manifestare in rappresentanza del convivente interdetto l'eventuale recesso, al mutuo dissenso di cui al comma 61 o alla semplice modificazione del contratto.

Ad ogni modo, non pare condivisibile la tesi che interpreta la scelta legislativa contenuta nel comma 58 di sospensione del contratto in caso di pendenza e successiva pronuncia di interdizione di uno dei conviventi: se così

(281) Sulla figura del protutore: JANNUZZI- LOREFICE, op. cit., 432;

(282) La Novella si è limitata a prevedere al comma 58 *“Gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi in pendenza del procedimento di interdizione giudiziale o nel caso di rinvio a giudizio o di misura cautelare disposti per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile, fino a quando non sia pronunciata sentenza di proscioglimento”*;

fosse, si assisterebbe alla perdita di alcuni effetti contrattuali per i quali il contratto di convivenza poteva essere stato proprio concluso dai partners (si pensi ad es. ai casi in cui i partners abbiano stipulato tale negozio proprio per tutelarsi e mantenersi reciprocamente in caso di difficoltà fisica o psichica).

Interpretando invece restrittivamente il testo della Riforma (cfr. *amplius infra* sullo scioglimento del contratto di convivenza) e quindi ammettendo la possibilità che il tutore intervenga nella revisione e/o scioglimento del contratto in essere, nasce l'esigenza di individuarne la relativa disciplina autorizzatoria.

Il regime in tal caso sarà dettato dagli artt. 374, 375 e 376 c.c. che prevedono una diversa gradazione di competenza (Giudice Tutelare e/o

Tribunale, su parere del primo) a seconda della natura e degli effetti dell'atto posto in essere nell'interesse dell'incapace ⁽²⁸³⁾ ⁽²⁸⁴⁾.

Passando all'esame della posizione dell'interdetto legale, invece, si ripongono le perplessità già viste in sede di convenzioni matrimoniali, alle quali si aggiunge la difficoltà di individuare una effettiva convivenza tra i partners, considerato, infatti, che l'interdizione legale consegue – quale pena accessoria – alla condanna definitiva all'ergastolo o alla reclusione per reati non colposi per un tempo non inferiore a 5 anni (cfr. art. 32 cod. pen.). Sul punto, si deve ricordare che l'interdetto legale, per quanto attiene ai rapporti patrimoniali,

(283) Per approfondimenti sugli effetti e natura delle autorizzazioni giudiziali, si confronti GENGHINI, op. cit., 263; più precisamente: (i) il primo degli articoli citati (art. 374 Codice Civile) richiede l'autorizzazione del Giudice Tutelare ogni qual volta il tutore debba, per conto dell'incapace, assumere obbligazioni. In assenza di alienazioni di beni o delle altre fattispecie previste dall'art. 375 Codice Civile, l'autorizzazione che il tutore dovrà munirsi per la modifica del contratto di convivenza sembra essere quella pronunciata dal Giudice Tutelare, considerato che da tale negozio, presumibilmente, scaturiranno modificazioni alle obbligazioni reciproche di mantenimento; (ii) qualora il rappresentante legale invece sia chiamato a modificare o sciogliere un contratto di convivenza che abbia previsto il regime di comunione degli acquisti tra i conviventi – derivandone da tale compito anche la modifica o la cessazione, con conseguente divisione, degli acquisti comuni - ritengo sarà necessario per il tutore munirsi della superiore autorizzazione del Tribunale, pronunciata su parere del Giudice Tutelare; l'art. 375 Codice Civile Prevede, infatti, tale competenza ogni qual volta il rappresentante legale sia chiamato a compiere atti di alienazione di beni o di divisione dei medesimi;

(284) Il parere del Giudice Tutelare è previsto a pena di nullità dell'autorizzazione e, ove non richiesto dall'istante, sarà richiesto di ufficio dal Tribunale; cfr. GENGHINI, op. cit., 263;

vede limitata la propria capacità proprio come l'interdetto giudiziale; diversamente, egli può compiere in proprio i soli negozi a carattere personale (es. matrimonio, riconoscimento del figlio naturale, testamento, ecc.). Qualora si ritenga di aderire alla natura essenzialmente di regolamentazione patrimoniale del contratto di convivenza, si dovrà quindi ritenere che all'interdetto legale sia comunque inibita la stipulazione di contratti di siffatta specie – in analogia con quanto previsto dal comma 59, lett. d), della Novella e/o comunque per evidente inesistenza dei presupposti richiesti dal comma 36 del medesimo provvedimento ⁽²⁸⁵⁾.

Infine, rimane da esaminare la posizione rispetto al contratto di convivenza dell'inabilitato e dell'amministrato di sostegno, cioè di quei soggetti che vedono solo parzialmente limitata la loro capacità negoziale, senza però subire generalmente alcuna inibizione per quanto attiene ai vincoli matrimoniali. In tema la Novella non stabilisce alcuna previsione, quindi:

(i) l'inabilitato potrà stipulare *ex novo* contratti di convivenza, purché il suo consenso venga accompagnato e integrato da quello del relativo curatore nonché dalla autorizzazione giudiziale, secondo la competenza dettata dall'art. 394 Codice Civile: nel caso in cui il contratto abbia il solo effetto di creare, modificare o estinguere obbligazioni, il provvedimento sarà deciso dal Giudice Tutelare; diversamente, la competenza sarà del Tribunale qualora si assista alla

(285) Per la modifica o scioglimento, si ripropongono le tematiche già sopra affrontate in relazione all'interdetto giudiziale;

alienazione di beni o divisione di masse comuni – ad esempio, qualora i conviventi decidano di optare per il regime di comunione degli acquisti – e il ruolo del curatore non sia ricoperto da uno dei genitori;

(ii) all'amministratore di sostegno sarà inibita la stipulazione del contratto *de quo* solo qualora il Giudice Tutelare abbia esteso all'amministrato tutte le previsioni – e quindi le limitazioni – dettate per gli interdetti giudiziali (cfr. art. 411 Codice Civile comma 4) o abbia incluso espressamente tale contratto tra gli atti inibiti nel relativo decreto di nomina. Diversamente, l'amministrato di sostegno non subisce alcuna limitazione alla propria capacità a stipulare siffatto contratto, purché il suo consenso venga disposto o accompagnato da quello dell'amministratore, con la relativa autorizzazione del Giudice Tutelare ex art. 411 Codice Civile

CAPITOLO III

IL CONTENUTO DEL CONTRATTO DI CONVIVENZA

Sommario: 1. Il contenuto non patrimoniale del contratto di convivenza prima e dopo l'avvento della L. 76/2016: clausole penali e clausole premiali – 2. Il contenuto patrimoniale del contratto di convivenza – 3. Segue. Elezione di domicilio e fissazione della residenza comune. Inventari e ruolo probatorio del contratto di convivenza – 4. Segue. Le previsioni relative alla contribuzione e al mantenimento – 5. Segue. La comunione degli acquisti: generalità e forma – 6. Segue. Oggetto della comunione convenzionale tra i conviventi: i beni comuni, la comunione *de residuo* e i beni personali – 7. Segue. L'amministrazione dei beni in comunione – 8. Segue. Lo scioglimento della comunione dei beni tra i conviventi e la loro divisione – 9. Termine e condizione nel contratto di convivenza – 10. Previsioni atipiche per la cessazione della convivenza

1. Il contenuto non patrimoniale del contratto di convivenza prima e dopo l'avvento della L. 76/2016: clausole penali e clausole premiali

La volontà di condivisione di vita da parte dei conviventi porta e portava

conseguenze sia patrimoniali sia, soprattutto, personali ⁽²⁸⁶⁾.

La dottrina - ancora in periodo di assenza di tipizzazione del negozio ad opera della L. 76/2016 - riteneva che il contratto di convivenza potesse essenzialmente regolamentare solo gli aspetti patrimoniali della vita dei partners ⁽²⁸⁷⁾.

Si giudicava, infatti, impossibile rendere giuridicamente vincolante e illecito un accordo che contenesse clausole volte a disciplinare interessi inerenti essenzialmente alla sfera strettamente personale dei conviventi e

(286) FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit., 728;

(287) Sul punto cfr. BALESTRA, *Convivenza More Uxorio e autonomia contrattuale*, op.cit., che ricorda come “*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 profilo dell’ordine pubblico o del buon costume. 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*”; *Contra*, recentemente ma prima dell’introduzione della Novella, DELLE MONACHE, op. cit., 949 che aderisce a una ricostruzione del contratto di convivenza quale negozio giuridico volto a regolare un rapporto essenzialmente non patrimoniale e, pertanto, più vicino alle fondi del sistema matrimoniale che a quelle di creazione di vincoli meramente patrimoniali. L’Autore, tuttavia, riconosce le difficoltà pratiche di trovarsi in presenza di tali forme di pattuizione, considerato che proprio i conviventi con la scelta di tale “forma affettiva” non vogliono subire coercizioni personali;

costituzionalmente tutelati, tra i quali generalmente si includevano: la deroga alla parità sostanziale dei partners, gli obblighi di fedeltà e/o di reciproca assistenza morale, l'impegno alla coabitazione (²⁸⁸), l'indirizzo della vita familiare (²⁸⁹) e le decisioni comuni circa la procreazione (²⁹⁰) (²⁹¹).

La dottrina, più precisamente, esaminando tali previsioni, era giunta ad escludere la possibilità che il contratto di convivenza potesse contenere obblighi di fedeltà, reciproca o unilaterale, a carico dei partners; ciò sulla considerazione dell'esclusività matrimonio quale unico vincolo giuridico dal

(288) Sugli obblighi di coabitazione cfr. DELLE MONACHE, op. cit., 95 che ha osservato, nel cercare di ricostruire la liceità di siffatte previsioni, quanto segue: *“l'assunzione del vincolo (...) alla coabitazione significherebbe perciò che i conviventi, impregiudicata la libertà di ciascuno di por fine in ogni momento alla situazione di convivenza, la intendono tuttavia come un rapporto che, finché è in corso, implica il reciproco impegno a comportamenti con esso giudicati coerenti”*;

(289) RUGGIERO, *Gli accordi di convivenza*, in AA.VV., *Le convivenze familiari, Diritto vivente e prospettive di riforma*, a cura di F. BOCCHINI, Torino, 2006, 194;

(290) E' stata sottolineata la nullità delle previsioni volte a imporre: (i) condotte sessuali, (ii) assunzione di un determinato cognome, (iii) metodi contraccettivi o, viceversa, modalità di procreazione; Cfr. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in www.giacomooberto.it;

(291) Si sosteneva, esemplificativamente, l'illegittimità delle clausole che disciplinavano le prestazioni sessuali ovvero le scelte in ordine alla procreazione: cfr. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit., 27;

quale potesse scaturire tal obbligo ⁽²⁹²⁾ - obbligo pertanto non estensibile neppure pattiziamente alla convivenza ⁽²⁹³⁾, traducendosi diversamente il convivente in un surrogato del coniuge ⁽²⁹⁴⁾.

Analoghe considerazioni erano state elaborate dalla dottrina per quanto attinente alle previsioni in relazione a procreazione e ai rapporti con la prole ⁽²⁹⁵⁾ – ora sottoposte a revisione a seguito del nuovo art. 337-ter Codice Civile, come introdotto dal D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154 – ritenendosi, infatti, che tali clausole contenute nel contratto fossero invalide poiché contrarie al

(292) Sul punto, tuttavia, si cfr. Trib. Verona 26 settembre 2013, in Dan. e Resp., 6, 2014, 627, con nota di BARBA, che - sul principio della libertà sessuale quale diritto costituzionalmente garantito e sull'equiparazione della convivenza al matrimonio - ha attribuito al convivente il risarcimento del danno causato dalla limitazione dei rapporti sessuali con la compagna, determinata dalle lesioni riportate a seguito di un intervento chirurgico mal eseguito, sostenendo: *“È evidente infatti che la compromissione o limitazione del diritto alla libertà sessuale di uno dei coniugi produce un identico effetto sul corrispondente diritto dell'altro coniuge. I diritti dei due partner sono tra loro interdipendenti anche perché possono essere esercitati, quale espressione del legame affettivo esistente tra i coniugi, esclusivamente nell'ambito del rapporto di coniugio, stante il dovere di fedeltà sancito dall'art. 143 comma 2 c.c. Ad avviso di questo giudice le medesime caratteristiche sono ravvisabili anche all'interno di un legame more uxorio”*;

(293) TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit.; contra *parzialmente* DELLE MONACHE, op. cit., che critica questa impostazione: l'Autore infatti osserva che è elemento essenziale della convivenza solo la possibilità di interrompere il rapporto, ma non il fatto che i conviventi non possano prevedere obblighi di fedeltà coerenti con la possibile modalità di svolgimento del *ménage* e che non inficino i diritti di cessazione del medesimo attribuiti a ciascun partner;

(294) LIPARI, op.cit., 102;

principio della conformità al buon costume e alla libera determinazione della propria sfera sessuale in funzione della scelta procreativa ⁽²⁹⁶⁾. Tuttavia, deve darsi conto di altra parte della dottrina che riteneva ammissibili le previsioni contenute nel contratto di convivenza sulla la regolazione della vita familiare e\o delle scelte educative dei figli ⁽²⁹⁷⁾.

E ancora, prima della Novella, la dottrina aveva ritenuto nulli il patto di convivenza in cui il convivente avesse rinunciato alla libertà di far cessare il

(296) SPADAFORA, op.cit., e cfr. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, Consiglio Nazionale del Notariato n. 174-2008/C ;

(297) BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, op. cit.; cfr. anche FUSARO, *i contratti di convivenza*, in <http://www.osservatoriofamiglia.it/>, che osserva come nella Novella non vi siano indici che permettano o neghino l'ampliamento del contenuto del contratto, riportando tra gli esempi le previsioni relative alla suddivisione delle spese per il ménage e il mantenimento dei figli, e ritendo che, seppur legittime, tali previsioni rimarrebbero "accordi liberamente sottoscrivibili dai conviventi al di fuori dei contratti in esame"; Altra dottrina, invece, aveva prospettato una diversa soluzione per quanto attiene alla regolamentazione dei rapporti con i figli, in considerazione dell'autonomia negoziale in ordine a tali rapporti e della mancanza di stabilità di tali previsioni non patrimoniali in relazione al mutamento delle esigenze della prole. È stato infatti ritenuto che si potesse ricavare implicitamente dall'art. 317-bis Codice Civile la validità di intese dirette a regolare tali aspetti, si per quanto attiene alle situazioni fisiologiche che per quelle patologiche. Tale soluzione, vagliata positivamente dalla giurisprudenza (cfr. Trib. Min. Palermo febbraio 1987, in Dir. Fam. Pers., 1987, 760), aveva trovato sicuro approdo circa l'ammissibilità dell'eventuale regolamentazione pattizia della misura in cui ciascuno dei conviventi dovesse contribuire al mantenimento della prole. Tali assunti, peraltro, sembrerebbero confermati dalla normativa circa l'affido condiviso che, all'art. 155 Codice Civile sembrerebbe ammettere la conclusione di accordi derogatori al principio di cui all'art. 148 Codice Civile; cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 113;

rapporto, la previsione di un termine del medesimo e l'accordo volto a fissare inderogabilmente la residenza della convivenza.

Alle considerazioni sulla possibile coercizione di diritti costituzionalmente garantiti, si aggiungevano motivi tecnici all'impossibilità di previsioni non patrimoniali nel contratto di convivenza. La natura giuridica di tali previsioni era – ed è rimasta – quella di accordi non contrattuali, mentre il contratto è diversamente ed essenzialmente connotato da contenuto patrimoniale (ora anche per scelta legislativa nell'ambito in esame), che non può essere rinvenuto nelle fattispecie sopra accennate.

Stante ciò era stato sottolineato che tali previsioni sarebbero “*patti (negoziali) non contrattuali, di durata*” essenzialmente estranei al rapporto contrattuale, illeciti in quanto contrari al divieto di coercizione della sfera di libertà del soggetto che vi soggiaccia ⁽²⁹⁸⁾.

A tale tesi si contrapponeva parte della dottrina che riteneva che la patrimonialità delle previsioni contrattuali non potesse essere un limite agli interessi meritevoli di tutela. Era stato osservato, infatti, che tali pattuizioni non patrimoniali non si scontravano con il principio dell'ordine pubblico, in quanto

(i) come il matrimonio, in cui tali vincoli sono naturalmente presenti, anche la convivenza si traduce in un “*progetto di vita condiviso*” che legittima

(298) cfr. GAZZONI, op. cit., che prende ad esempio l'inserimento del dovere di fedeltà in un contratto, della cui legittimità sembra fortemente dubitare, cfr. anche TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit.;

il ricorso ad accordi volti a “*conferire un grado di intensità maggiore*” al ménage e

(ii) l’inadempimento di tali obblighi non avrebbe comunque effetti analoghi a quanto previsto per il vincolo coniugale (i.e. un eventuale addebito nel procedimento di separazione) e nemmeno ad esso avrebbe potuto ricondursi la disciplina sull’inadempimento dell’obbligazione civile, dettata ai sensi degli artt. 1218 e seguenti del Codice Civile; il mancato adempimento di tali obblighi non patrimoniali, quindi, avrebbe potuto e potrebbe solo essere fonte di responsabilità extra-contrattuale a seguito di illecito endo-familiare ⁽²⁹⁹⁾.

Ad ogni modo, aderendo alla tesi prevalente sull’impossibilità di prevedere prestazioni non patrimoniali all’interno del contratto per contrarietà ai principi dell’ordinamento, la dottrina prima della L. 76/2016 si era soffermata ad esaminare l’eventuale possibilità di includervi clausole penali o premiali, la cui attivazione fosse subordinata ad un comportamento del partner, anche di patrimonializzare le prestazioni dedotte nell’accordo ⁽³⁰⁰⁾.

(299) Cfr. DELLE MONACHE, op. cit., 951, che ritiene che gli obblighi non patrimoniali possano essere, se non obbligazioni civili coercibili, almeno parametri con i quali connotare di disvalore la condotta del partner che, diversamente, a causa della libertà del vincolo convivenziale e all’inapplicabilità a questo dei doveri matrimoniali, non avrebbero alcuna rilevanza anche sul piano dell’illecito extra-contrattuale;

(300) FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit., 728 che esclude la possibilità di inclusione di una clausola penale nel contratto;

In primo luogo, quanto alla presenza di clausole penali in siffatti contratti, era stato ritenuto che la liceità generale di tali previsioni e la loro funzione originaria – essendo nate per volontà del Legislatore proprio al fine di poter rendere patrimoniali prestazioni di non facile liquidazione - non fossero elementi comunque idonei a sottrarre da una valutazione di nullità le pattuizioni non patrimoniali dedotte nel contratto di convivenza a cui eventualmente esse si fossero rese accessorie. Si era, *in primis*, sottolineato che l'inammissibilità di una clausola penale che acceda a un obbligo non patrimoniale dedotto nel contratto di convivenza discendeva dalla stessa impossibilità di giuridicizzare pattiziamente la relazione ⁽³⁰¹⁾: la convivenza, infatti, era da questa dottrina ritenuta “*una vicenda insuscettibile, direttamente o indirettamente, di valutazione patrimoniale*” nel suo complesso ⁽³⁰²⁾; la penale così apposta sarebbe stata da considerarsi nulla per difetto di causa ⁽³⁰³⁾. Secondariamente, la penale apposta a prestazioni non patrimoniali si sarebbe risolta in uno strumento di coazione indiretta di condotte che avrebbero dovuto e devono rimanere libere, in quanto esplicazione della personalità degli individui, diversamente avente l'illegittimo scopo di concedere ai conviventi uno strumento per ottenere una vincolatività che

(301) DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit., 959;

(302) GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, op. cit., 164; OBERTO, *Contratti di convivenza*, in *Contr. impr.*, 1991, 369;

(303) PERFETTI, op. cit., 1758; cfr. anche DELLE MONACHE, op. cit., 953;

diversamente sarebbe stata da negare ⁽³⁰⁴⁾. Ma, vi è di più. La dottrina aveva ritenuto che la nullità delle previsioni in esame colpisse anche quelle ipotesi in cui la prestazione non patrimoniale acquisiva rilevanza indirettamente, quale evento esterno, mercé l’inserimento nel contratto di condizioni d’inadempimento.

Quando al secondo mezzo di rafforzamento dell’adempimento di prestazioni non patrimoniali, parte della dottrina aveva ritenuto lecito l’inserimento in un contratto di convivenza delle c.d. “clausole premiali”, cioè previsioni patrimoniali subordinate all’esecuzione di un comportamento positivo non patrimoniale da parte del partner ⁽³⁰⁵⁾. La

(304) cfr. PERFETTI, op. cit., 1758 che ritiene apportionabile una clausola penale che acceda alle prestazioni patrimoniali dedotte nel contratto di convivenza (anche stipulato ai sensi della L. 76/2016) sulla considerazione che tali obbligazioni tollerino il collegamento con quanto previsto nel citato negozio, non rilevando alcuna coazione della volontà del partner, se non in misura di quanto già non avvenga in forza del contratto medesimo;

(305) Es: *“Mi obbligo a pagarti euro mille se tra venti anni coabiterai ancora con me”*. La dottrina ha precisato che la possibilità di attribuire un qualche rilievo sul piano negoziale a taluni aspetti di carattere personale non deve essere totalmente esclusa, portando ad esempio due diverse casistiche: (i) la condizione che subordina una prestazione patrimoniale da un convivente all’altro all’esecuzione di una prestazione non patrimoniale da parte dell’Autore della promessa; (ii) la condizione che subordina una prestazione patrimoniale all’effettuazione di una non patrimoniale da parte, questa volta, del destinatario della promessa. Per questa dottrina, la prima delle due clausole – avente natura di penale - sarebbe nulla in quanto nasconderebbe una malcelata clausola penale. Diversamente, la seconda previsione, premiale, non dovrebbe suscitare obiezioni; OBERTO, op. cit.;

liceità di siffatte previsioni discendeva, secondo la dottrina, dall'assenza di violazione del divieto di coercizione della sfera di libertà personalissime dei conviventi ⁽³⁰⁶⁾. Infatti, venendo in rilievo il mero comportamento positivo del beneficiario alla stregua di un evento dedotto in condizione sospensiva ⁽³⁰⁷⁾, la previsione risultava sussumibile sotto lo schema della promessa condizionata ad una prestazione non elevata ad obbligo ⁽³⁰⁸⁾:ove non vi era obbligo, non avrebbe potuto esserci coercizione. Tuttavia, anche tale soluzione è stata anche oggetto di critiche ⁽³⁰⁹⁾ in considerazione del

(306) TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit., il quale riporta quale esempio di clausola premiale legittima: "ti darò cento se sarai fedele", ritenendo questa previsione valida in quanto non contenga un obbligo alla fedeltà per il partner; a dire dell'Autore, sarebbe l'infedeltà a creare una conseguenza patrimoniale sfavorevole per quest'ultimo;

(307) OBERTO, *Contratti di convivenza*, op. cit., 379;

(308) DEL PRATO, op. cit., 959. Sul punto valgono per analogia i ragionamenti compiuti dalla dottrina in ambito testamentario circa la differenza tra la condizione sospensiva e l'onere determinante – al quale sia legata la risoluzione del lascito in caso di inadempimento –, ove generalmente la differenziazione tra i due elementi è da ricercare nella considerazione che il primo sospende il lascito, ma non obbliga a compiere alcuna prestazione, mentre il secondo obbliga all'adempimento ma non sospende il lascito a cui accede;

(309) Cfr. TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit. che ricorda come venga in rilievo la valutazione della "prestazione condizionale" e cioè - sembrerebbe - un esame più ampio della condizione del contratto, che non si fermi a considerare la stessa quale evento futuro e incerto da cui dipendano gli effetti del contratto, bensì quale strumento di attuazione. L'Autore, infatti, riporta l'esempio della condizione coartante e della condizione di adempimento, ricordando come quest'ultima, da parte di alcuni autori, sia stata avversata e aggiungendovi che, essendo tali condizioni generalmente

fatto che anche una clausola premiale sarebbe in grado di restringere e coartare libertà costituzionalmente garantite, qualora non abbia ad oggetto mere inclinazioni del convivente né attività in qualche modo riconducibili ad un interesse dello stesso (es: la scelta di un corso di studi o l'avvio di una professione) ⁽³¹⁰⁾. Infatti, seppur vi sia differenza con la clausola penale in quanto nelle clausole premiali non è rinvenibile un vero e proprio inadempimento sanzionato dal contratto, il riconoscimento di un'utilità patrimoniale, subordinato alla sussistenza del rapporto di convivenza o di mancate violazioni di impegni non patrimoniali (es. del dovere di fedeltà) determinerebbe pur sempre *“l'instaurazione di un rapporto obbligatorio avente come momento di incidenza la soddisfazione di un interesse di natura tipicamente personale”* ⁽³¹¹⁾. Pertanto, anche in tali ipotesi – come nel caso della clausola penale o nella condizione di inadempimento - sarebbe ravvisabile un condizionamento tale da coartare il potere di autodeterminazione inerente a scelte fondamentali dell'individuo.

In ogni caso, poteva - e può anche ora - presentarsi all'interprete l'esame di un contratto di convivenza contenente tali previsioni aventi ad oggetto la

riconducibili alla sfera strettamente personale del convivente e difficilmente valutabili sul piano economico, difficilmente potranno sfuggire all'illegittimità; TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, op. cit.;

(310) BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, op. cit., 206;

(311) BALESTRA, op. ult. cit.;

regolamentazione dei profili personali. La dottrina che aveva analizzato il problema nel periodo di assenza di previsioni tipiche sul contratto di convivenza riteneva che, per la relativa soluzione, avrebbe dovuto farsi luogo alla normativa di diritto comune in tema di nullità parziale ⁽³¹²⁾.

Oggi, il Legislatore nella Novella ha tenuto a precisare che il contratto di convivenza è strumento per la regolamentazione di rapporti patrimoniali (cfr. comma 50). La nuova Legge non fissa alcun dovere o diritto in relazione ai profili non patrimoniali dei conviventi e, in tal senso, tale scelta di silenzio legislativo confermerebbe l'impossibilità per i conviventi di regolare con il contratto la sfera personale ⁽³¹³⁾.

Orbene, sarebbe quindi da escludere anche all'esito della L. 76/2016 la possibilità di includere in un contratto di convivenza tutte quelle previsioni già oggetto di esame prima della relativa novità normativa, previsioni che andrebbero a incidere su diritti personali e costituzionalmente garantiti e che quindi anche attualmente non potrebbero sfuggire alle critiche già mosse prima del 2016 ⁽³¹⁴⁾. La dottrina post-riforma ha infatti osservato nuovamente

(312) Si ricorda che, al più risalente orientamento tradizionale che incentrava l'indagine sulla volontà reale o ipotetica delle parti al momento della conclusione del contratto, appare preferibile oggi aderire alla tesi che richiede una indagine compiuta alla luce di criteri oggettivi; BALESTRA, op. ult. cit.;

(313) DE MICCOLIS ANGELINI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, op. cit., 103;

(314) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 704 che a fondamento della conclusione porta quale elemento la scelta del Legislatore di individuare il negozio giuridico in esame quale "contratto", dando atto che tale termine non può essere stato usato casualmente;

che l'art. 1174 Codice Civile è tutt'ora ostativo alla inclusione di prestazioni non patrimoniali nel contratto di convivenza, trattandosi di previsioni non deducibili in obbligazione e che il Legislatore non ha derogato in alcun modo con la Legge in esame tale profilo ⁽³¹⁵⁾.

La dottrina che si è pronunciata sulla Novella ha più precisamente ritenuto che anche oggi non sarebbe possibile prevedere nel contratto in esame:

(i) l'obbligo di coabitazione tra i partners ⁽³¹⁶⁾, nullo per contrarietà a norma imperativa e idoneo a limitare la libertà personale, parallelamente peraltro a quanto previsto dal Legislatore per la promessa di matrimonio (cfr. art. 80 Codice Civile), che non obbliga a concludere il vincolo matrimoniale e, quindi, a condurre una vita in comune ⁽³¹⁷⁾;

(ii) l'obbligo di fedeltà reciproca o unilaterale;

(iii) l'obbligo di mantenere in essere il rapporto *sine die* o fino ad un termine futuro, ma certo ⁽³¹⁸⁾;

(315) CIANCIOLO, op. cit., 71;

(316) cfr. OBERTO, op. cit., che ritiene invalida ogni penale che acceda ad un obbligo di coabitazione. L'Autore, più approfonditamente, ritiene nulla una condizione apposta a un eventuale mutuo concesso da un convivente all'altro che condizioni sospensivamente alla cessazione della convivenza la ripetizione del denaro, qualora l'importo sia in grado di incidere sulla volontà del soggetto per la sua rilevanza;

(317) PERFETTI, op. cit., 1757;

(iv) l'impegno alla procreazione ⁽³¹⁹⁾.

Pertanto, sembrerebbe di poter concludere che - indipendentemente dal periodo in cui il contratto sia stato concluso e dalla ricostruzione quale negozio a contenuto tipico o, viceversa, atipico in dipendenza del rispetto dei nuovi precetti normativi - lo schema contrattuale delineato dai commi 50 e seguenti della L. 76/2016 e/o l'eventuale patto atipico di convivenza non tollerino

(318) Sul punto si legga efficacemente OBERTO, op. ult. cit.,: *“La contrarietà rispetto all’ordine pubblico risulterebbe poi particolarmente evidente non soltanto nell’impegno che vincolasse la libertà dei conviventi esplicitamente imponendo un obbligo di fedeltà, ma anche in un’espressa rinuncia al diritto di porre fine in qualsiasi momento al ménage. Lo stesso è a dirsi (e sul punto in Germania si annovera già un precedente) circa la promessa dei partners (o di uno di essi) avente a oggetto la prosecuzione della coabitazione, vuoi per un periodo illimitato, vuoi per una «durata garantita minima», così come qualsiasi vincolo relativo alla fissazione della residenza (comune o meno) in un determinato luogo piuttosto che in un altro. Con speciale riguardo a questi ultimi aspetti va ricordato che la giurisprudenza italiana ha conosciuto fino a oggi fattispecie del genere in relazione a quei contratti di mantenimento vitalizio con i quali il vitalizante si era impegnato, tra l’altro, a convivere con il vitaliziato o comunque a fornire presso quest’ultimo assistenza materiale e morale in ore sia diurne che notturne, anche se poi lo specifico aspetto della contrarietà all’ordine pubblico per violazione della libertà personale del vitalizante non è stato affrontato. Ma la soluzione non sembra possa essere diversa da quella che afferma la nullità delle clausole testamentarie che sottopongono l’istituzione d’erede o il legato alla condizione che il beneficiario conviva (o non conviva) con un altro soggetto, e ciò in considerazione del fatto che la libertà di scelta dei soggetti con cui condividere la propria esistenza, così come quella di muoversi a proprio talento, e di soggiornare in un luogo anziché in un altro a seconda del proprio interesse o del proprio diletto, costituisce innegabilmente un aspetto di quel diritto alla libertà personale che non tollera restrizioni di sorta”;*

(319) RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto*, op. cit., 31;

tuttora al loro interno clausole a contenuto non patrimoniale, e ciò per una duplice ragione dettata da: (i) il tenore letterale del comma 50 che limita lo strumento ai “*rapporti patrimoniali*” ⁽³²⁰⁾ e (ii) l’impossibilità, confermata anche dopo il 5 giugno 2016, di restringere il campo a diritti di rango costituzionale ⁽³²¹⁾.

Sul tema, a tale conclusione si deve aggiungere la proposta di parte della dottrina che, accanto al contratto di convivenza tipico, ritiene di poter scorgere la presenza e la validità di “*patti di convivenza*” che abbiano rilevanza nell’ordinamento e contenuto non patrimoniale. E’ stato, infatti, sostenuto che i presupposti dettati dal comma 36 della Novella – ed in particolare la reciproca assistenza morale – possano essere oggetto di regolamentazione nelle modalità di svolgimento in un “*patto di convivenza*” che, seppur non idoneo a far nascere obbligazioni giuridicamente rilevanti in quanto non patrimoniali, possa comunque aver un suo effetto. Tali previsioni (es. l’obbligo di fedeltà)

(320) TASSINARI, op. cit., 1740;

(321) In tema della possibile compressione dei diritti costituzionali, si esamini il fenomeno con i relativi arresti della giurisprudenza – copiosa – circa le condizioni testamentarie legate alla conclusione o meno di vincoli matrimoniali da parte del beneficiario delle disposizioni; cfr. CALVO, *Matrimonio, diritti della persona e libertà testamentaria*, in Fam. Dir., 2010, 1. Ricorda il parallelismo con la condizione testamentaria anche FUSARO, *contratti di convivenza*, op. cit., che, nel ritenere nulle le previsioni che impegnino a convivere, anche sotto forma di ogni penale, in quanto limitative della libertà personale, che sul punto non vi siano pronunciati, ma che si possa fare riferimento ai pronunciati circa l’invalidità della condizione testamentaria che subordini la disposizione alla forzata convivenza;

potrebbero, nel caso venissero disattese dai conviventi, aver rilevanza sul piano della responsabilità extra-contrattuale ⁽³²²⁾ (come parte della dottrina aveva già teorizzato prima della L. 76/2016), parallelamente alla promessa di matrimonio la cui rottura del relativo vincolo è fonte di obblighi di tipo risarcitorio.

2. Il contenuto patrimoniale del contratto di convivenza

Il comma 53 della Novella regola il contenuto tipico del contratto di convivenza, disponendo che esso *“reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. 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 patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile”.

Analiticamente, il Legislatore ha quindi ritenuto di aderire a parte delle istanze proposte dalla dottrina durante il periodo di assenza di

(322) Sul punto PERFETTI, op. cit., 1757 e DELLE MONACHE, op. cit., 951. L'Autore definisce il cd. *“patto di convivenza”* quale *“negoziio bilaterale di stampo para-familiare”*;

regolamentazione della fattispecie ⁽³²³⁾, prevedendo che – oltre alla possibilità di eleggere domicilio e fissare la comune residenza – i partners possano regolarmente i loro rapporti essenzialmente patrimoniali ⁽³²⁴⁾.

Detto ciò, parte della dottrina ha fortemente criticato la scelta legislativa ⁽³²⁵⁾, in particolare a seguito dei dubbi non fugati circa la tassatività dell'elenco contenuto nella previsione normativa.

Parte degli autori - a dire il vero minoritari – hanno infatti ritenuto che la disposizione del comma 53 della Novella sul contenuto del contratto di convivenza sia imperativa e tassativa. E' stato in particolare sostenuto che esulerebbero dal campo di applicazione della Novella quelle pattuizioni aventi

(323) Già prima della Novella, era stato efficacemente sostenuto che i contratti di convivenza fossero accorti per *“la distribuzione del costo della convivenza tra le parti, il regime degli acquisti durante la convivenza o compiuti in precedenza, ed entro certi limiti la disciplina della rottura della convivenza”*, cfr. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, op. cit., 532;

(324) DOSI, op. cit., 203;

(325) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 948 che ritiene che il Legislatore abbia errato nel non prevedere parte delle soluzioni contenute nella prima proposta di legge presentata dal Sen. Cirinnà e più in particolare: (i) la regolamentazione della cessazione del rapporto di convivenza; (ii) la previsione, in deroga all'art. 458 Codice Civile (divieto dei patti successori), della possibilità di attribuire diritti successori al convivente (sottolineando però anche l'assenza di tale possibilità per i coniugi); (iii) la previsione di un assegno di mantenimento in caso di risoluzione del contratto che, a dire dell'Autore, farebbe dubitare sulla liceità di previsione pattizia di tale obbligo; il testo completo del provvedimento è disponibile al seguente link: www.senato.it/leg/17/BGT/schede/Ddliter/46051.htm;

ad oggetto la regolamentazione della cessazione della convivenza che quindi non potrebbero essere inserite nel contratto previsto dal comma 50 della L. 76/2016, di cui meglio nel proseguo ⁽³²⁶⁾. Peraltro, l'eventuale eccedenza di previsioni rispetto a quelle tipiche o il contrasto con le medesime darebbero luogo al vizio della nullità; una nullità eventualmente parziale qualora ricorrano i requisiti previsti dall'art. 1419 Codice Civile ⁽³²⁷⁾.

La maggior parte degli autori, invece, ha sottolineato che il contenuto previsto dal comma 53 non sia tassativo ed esaustivo, bensì la citata previsione si sia limitata a delineare solo le possibili previsioni includibili nel contratto di convivenza, negozio che, quindi, tollererebbe contenuti atipici, purché nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1322 Codice Civile e dei diritti indisponibili dei conviventi ⁽³²⁸⁾. Parte degli autori, peraltro, sono giunti a ritenere persino

(326) TASSINARI, op. cit., 1742;

(327) DOSI, op. cit., 208 che ritiene che i problemi di eccedenza rispetto al contenuto previsto dal comma 53 della Novella si porranno principalmente per quanto attiene alle modalità di contribuzione alla vita comune e alla sua interpretazione;

(328) RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, op. cit., 28; cfr. anche MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in i Contr., 2017, 9 il quale osserva, in nota, che il contratto di convivenza, stanti i limiti sopra indicati, non potrà ad esempio limitare la tutela dettata dal comma 65 della Novella, ritenuta "inderogabile in peius"; DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 706 che porta quale esempio di limite alle previsioni atipiche dei conviventi la disciplina degli alimenti dettata dal comma 65 per la cessazione della convivenza, richiamando altresì altra dottrina in tema di patti successori, e precisando che il Legislatore, avendo richiamato interamente il regime di comunione legale previsto per i coniugi, non avrebbe permesso invece previsioni atipiche nella regolamentazione di tale profilo; ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, op. cit.,

che l'inclusione di previsioni atipiche nel contratto di convivenza concluso e pubblicizzato ai sensi del comma 50 e ss. permettere di opporre a terzi anche convenzioni che, naturalmente, non godrebbero di questa efficacia *erga omnes* (cfr. *supra* in relazione alla pubblicità del contratto).

Tale soluzione possibilista muoverebbe da:

(i) la formulazione del comma 50, che non pone alcuna eccezione di sorta ai rapporti patrimoniali che possono essere oggetto di regolamentazione mercé il contratto di convivenza;

(ii) il tenore letterale del comma 53, che attraverso l'utilizzo della locuzione "può" non accompagnata da precisazione di esclusività, lascerebbe aperta la possibilità per i coniugi di regolare in modo atipico le loro esigenze patrimoniali di vita comune ⁽³²⁹⁾.

A tali motivazioni letterali deve aggiungersi anche l'esiguità delle previsioni legislative che, senz'altro, sembrerebbe far propendere per la tesi della non tassatività dell'elencazione del comma 53 ⁽³³⁰⁾.

348 che ipotizza per i conviventi la possibilità di prevedere disposizioni atipiche per la regolamentazione degli interessi, anche in occasione della cessazione del ménage, purché in senso migliorativo dei diritti già esistenti;

(329) Conclude così anche CALO', op. cit., 253 il quale, tuttavia, auspica un intervento chiarificatore del Legislatore;

(330) Cfr. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: in non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in Corr. Giur., 2017, 1, 893 ss. il quale, sulla scorta di tale riflessione, ha sottolineato come il Legislatore avrebbe potuto accordare uno strumento di maggior efficacia ai conviventi, proponendo, ad esempio, di intervenire derogando il

Peraltro, è stato osservato che tale interpretazione dovrebbe sposare gli obiettivi del Legislatore, in particolare quello di delegare all'autonomia privata la regolamentazione del rapporto patrimoniale; diversamente, la *ratio* della Novella sarebbe ingiustificatamente compressa.

Non si tratta quindi di un "*contratto standard*" per tale dottrina ⁽³³¹⁾.

E' stato anche precisato che lo scostamento dal tipo mediante previsioni di contenuto atipico nel contratto sarebbe ammissibile purché gli effetti del negozio in esame siano limitati alla sfera dei partners o, al più, vengano resi rilevanti per i terzi solo con gli strumenti che la Legge generalmente rende disponibili per tali finalità ⁽³³²⁾.

sistema di diritto comune per il caso di cessazione della convivenza e ammettendo eccezionalmente un patto successorio (cfr. art. 458 Codice Civile) ovvero consentire al convivente l'inclusione del partner nel sistema di titolarità delle somme previste dall'art. 2122 Codice Civile;

(331) GRECO, *Unioni civili e convivenze di fatto*, op. cit., 266;

(332) Cfr. VILLA, op. cit., 1197 che, soffermandosi sulla disciplina del discostamento contrattuale dal tipo, con parallelismi al rapporto vendita con riserva di proprietà / contratto di locazione finanziaria o fideiussione / contratto autonomo di garanzia, così osserva: *"Dunque, nella valutazione sull'ammissibilità di un contratto estraneo al tipo disciplinato dal legislatore mediante (anche) norme inderogabili, è preliminare che si stabilisca a quale modello la legge si riferisca quando detta norme inderogabili; successivamente, è necessario verificare se l'accordo che, discostandosi dalle norme inderogabili, non coincide più con il tipo, sia ugualmente influenzato dalle norme cogenti che per il tipo sono previste, sino a comprometterne eventualmente la validità, oppure se esso sia valido nonostante lo scostamento rispetto alla norma inderogabile. L'esperienza pratica del nostro ordinamento ha a che fare spesso con queste situazioni: ne sono esempio, nella prima direzione, l'estensione dell'art. 1526 al di fuori della vendita con riserva di proprietà, così da renderlo applicabile al*

Aderendo a quest'ultima ricostruzione, ragionevole in quanto volta a contemperare gli interessi dei conviventi e quelli dei terzi (non estendendo a questi ultimi negozi giuridici generalmente inopponibili), si dovrebbe notare però uno sfumare della differenza tra “contratto di convivenza a contenuto atipico” e “contratto di convivenza in sé e per sé atipico”, entrambi infatti sarebbero negozi giuridici contrattuali, leciti e aventi effetti solo *inter partes*. Sfumerebbe così anche l'utilità della tipizzazione del contratto ad opera della L. 76/2016. Ad ogni modo, tale dubbio sembra avere solo un risvolto teorico.

3. Segue. Elezione di domicilio e fissazione della residenza comune. Inventari e ruolo probatorio del contratto di convivenza.

contratto di leasing, e, nella seconda direzione, la restrizione alla fideiussione del principio di accessorietà dettato dall'art. 1939, con la conseguente ammissibilità del contratto autonomo di garanzia. Percorrendo quindi questa strada, osservato che all'identificazione del tipo contribuiscono molti indici, tra cui gli effetti prodotti dal contratto, si può affermare che il tipo disciplinato dalla legge sulle unioni civili si riferisce a quel contratto, che è idoneo a realizzare gli effetti di cui si è detto in precedenza (opponibilità ai terzi e creazione di un regime patrimoniale conformato su quello conseguente al matrimonio). Definito questo, occorre chiedersi allora se sia valida la deroga operata nel contratto estraneo al tipo rispetto alla norma cogente dettata per il tipo; in questa prospettiva, la compatibilità dipende dall'esistenza “di una fondata ragione per la deroga”, ovvero, esprimendosi in altri termini, dalla valutazione se lo scopo della norma inderogabile non sia aggirato attraverso contratti che, volendo porsi all'esterno del tipo, finiscano per frustrare gli obiettivi che la norma cogente si propone”;

Ai sensi del comma 53 lett. a) della L. 76/2016, il Legislatore ha previsto che il contratto di convivenza debba recare l'indicazione dell'indirizzo di ciascun convivente al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti a tale negozio. Rientra in tali possibili comunicazione, l'esercizio del diritto di recesso previsto per lo scioglimento del contratto che, in assenza di tale previsione, sarebbe reso inutilmente gravoso e potrebbe creare difficoltà di notificazione.

È possibile ritenere che tale indicazione possa atteggiarsi a dichiarazione ricognitiva dell'attuale domicilio o, diversamente, quale nuova elezione ai sensi dell'art. 47 Codice Civile ⁽³³³⁾. Peraltro, in difetto di esplicita diversa volontà, il domicilio individuato dal convivente nel contratto non avrà carattere di esclusività e dovrà intendersi concorrente con gli altri luoghi di svolgimento di vita ⁽³³⁴⁾. In pratica, si ritiene sarà possibile, per il convivente che voglia inviare

(333) La dottrina discute circa la natura dell'elezione: per parte di essa si tratterebbe di un atto giuridico in senso stretto; per altra parte, si tratterebbe di un negozio giuridico unilaterale. In questa direzione è orientata la giurisprudenza di legittimità e ritiene che l'elezione spieghi efficacia indipendentemente dal consenso o accettazione del domiciliatario. Peraltro, tale atto deve avvenire per determinati atti o affari in quanto il domicilio generale è necessariamente unico e ha una sua immancabile relazione con il luogo che costituisce il centro principale degli affari della persona. Pertanto, il domicilio eletto non può essere ampliato oltre i limiti legali;

(334) Cfr. Cass. 23 gennaio 2001 n. 904, in Giust. civ. Mass., 2001, 139 che osserva "L'elezione di domicilio fatta dalla parte in sede di stipula del contratto (...) deve intendersi a carattere non esclusivo in difetto di un'espressa e chiara volontà contraria, come tale non ostativa a che gli atti inerenti al rapporto contrattuale (...) vengano trasmessi al diverso indirizzo riferibile alla parte medesima";

una comunicazione relativa al contratto al proprio partner spedire la medesima anche nel luogo di reale domicilio ovvero di residenza di quest'ultimo, anche se tali luoghi non coincidano con l'elezione di cui al comma 53, senza che questa debba per forza essere giudicata preventivamente inefficace e/o invalida in quanto non inviata al domicilio indicato nel contratto ⁽³³⁵⁾.

Inoltre, è stato previsto che il contratto possa – e non “*debba*” - contenere l'indicazione della residenza comune dei partners ⁽³³⁶⁾. Parte della dottrina ha ritenuto tale contenuto necessario, contrariamente alla letteralità della norma ⁽³³⁷⁾.

Altra tesi ha invece ritenuto che la fissazione della comune residenza possa essere contenuta nel contratto solo qualora si accompagni con altra previsione di natura patrimoniale ⁽³³⁸⁾.

(335) In assenza di previsione espressa, mi sembra eccessivamente gravoso applicare i principi di tassatività dell'ordine alle notificazioni elaborati circa il diritto processuale civile, non essendo ragione a estendere tali previsioni in via analogica; diversa soluzione invece potrebbe ritenersi per l'operare della presunzione di conoscenza;

(336) È stato criticato tale aspetto, sottolineando che la individuazione della residenza non attiene al contenuto del contratto, bensì al momento costitutivo del rapporto. Una interpretazione più “*teleologica*” potrebbe portare a ritenere la fissazione della comune residenza possa sostituire la presenza di una certificazione di stato di famiglia in tutte quelle ipotesi in cui sia necessario dare riscontro documentale del ménage; cfr. GRECO, op. cit. 267;

(337) DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103;

(338) PERFETTI, op. cit., 1757;

Tuttavia sembra preferibile aderire alla dottrina che ritiene che tale indicazione potrebbe astrattamente essere anche l'unico contenuto del contratto e che la relativa menzione servirebbe ad evitare che possano nascere eventuali liti relativamente all'individuazione del luogo di svolgimento del *ménage* ⁽³³⁹⁾. Peraltro, è stato altresì evidenziato che l'eventuale mancanza della residenza comune (e non della menzione), in sé e per sé, non comporterebbe alcuna sanzione o invalidità dell'accordo, diversamente a quanto avviene nel matrimonio, nel quale un analogo comportamento potrebbe essere causa di addebito della separazione personale ⁽³⁴⁰⁾.

Tali considerazioni si legano a doppio filo con l'efficacia probatoria interna del contratto di convivenza, ed in particolare l'opportunità di prevedere atti ricognitivi e inventari delle *res* dei conviventi.

Questa soluzione, infatti, è stata ipotizzata dalla dottrina per evitare "*indesiderate confusioni patrimoniali di beni mobili*" dei conviventi. Tali inventari avrebbero natura di meri atti ricognitivi, volti a permettere la riappropriazione da parte del convivente in esito alla cessazione del rapporto dei propri beni concessi in godimento al proprio partner proprio in

(339) DOSI, op. cit., 203;

(340) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, op. cit., 964;

considerazione del *ménage* ⁽³⁴¹⁾ e sarebbero gli unici strumenti apportati dalle parti per provare la titolarità dei beni che si trovino presso la comune residenza.

Sul punto, sono state ritenute valide dalla dottrina – in quanto utili al fine di prevenire controversie - le clausole che sanciscano presunzioni (*iuris tantum*) di comproprietà di determinati beni o di determinate categorie di beni (342), mentre devono ritenersi illecite le previsioni che impongano al rivendicante la necessità di produrre prova scritta del proprio titolo d’acquisto o che trasformino la presunzione *iuris tantum* in presunzione *iuris et de iure*.

4. Segue. Le previsioni relative alla contribuzione e al mantenimento

(341) BASSETTI, op. cit., 71 che, peraltro, ritiene che tali negozi non possano aver forza di riconoscimento di debito in considerazione dell’inesistibilità a forme atipiche degli effetti dettati dall’art. 1988 Codice Civile (cfr. Cass., 6 aprile 1971, n. 1017, in Giur. it., 1972, I, 1, c. 381; in dottrina cfr. SCOGNAMIGLIO, *Riconoscimento di proprietà contenuto in un testamento*, in Giur. compl. Cass. civ., 1951, p. 31 ss.) e consiglia quindi di precisare nell’inventario che la sottoscrizione del medesimo costituisce dichiarazione di valore confessorio;

(342) E’ stato ritenuto che tali previsioni non siano in contrasto con l’art. 2698 Codice Civile, secondo cui sono nulli i patti che abbiano per effetto di rendere eccessivamente difficile ad una delle parti l’esercizio del diritto (cfr. sul punto OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219, in Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2005, p. 324 ss.);

Il Legislatore ha previsto alla lettera b) del comma 53 la possibilità che il contratto di convivenza contenga previsioni atte a regolare la contribuzione comune e il mantenimento del partner.

Più precisamente, è stato previsto che il contratto possa contenere “*le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune*” – e non la contribuzione comune, in assenza di modalità ⁽³⁴³⁾ - e, soprattutto, che tale contribuzione sia parametrata alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo ⁽³⁴⁴⁾.

Ciò detto, già prima dell'introduzione della Legge in commento, la dottrina si era già adoperata a individuare i possibili contenuti del contratto, al tempo atipico.

Tali contenuti, peraltro, erano in grande maggioranza legati alla regolamentazione del mantenimento reciproco – soprattutto in caso di rottura del rapporto (cfr. *amplius infra*) – e alla destinazione dell'abitazione di comune residenza.

(343) CALO', op. cit., 262;

(344) La dottrina più critica ha comunque plaudito alla formulazione della norma che, sostanzialmente ricalca quanto già previsto all'articolo 143 Codice Civile per i coniugi. E' stato sostenuto che la norma prevede che possa costituire obbligo ciò che sarebbe invece solo una obbligazione naturale e che quindi la Novella abbia efficacemente analizzato e risolto i limiti che affliggevano il contratto di convivenza prima della sua introduzione – es. la difficoltà di ammettere la novazione di una obbligazione naturale in obbligazione civile – spazzando via le incertezze sulla sua liceità, OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti tra i conviventi e il contratto di convivenza*, op. cit., 949;

In particolare, antecedentemente alla L. 76/2016, era stata giudicata ammissibile la previsione di versamenti periodici o *una tantum* di somme di denaro per far fronte alle necessità del convivente, sulla considerazione dell'assenza di obblighi di contribuzione reciproca tra i partners scaturenti dal mero rapporto e della possibile utilità anche "*transattiva*" di tali previsioni, utili al fine di impedire infatti il sorgere di liti alla cessazione del rapporto.

La dottrina aveva compiuto ulteriori approfondimenti sul tema, suggerendo tra l'altro (i) la necessità di fissazione nel contratto della misura e delle modalità di contribuzione ⁽³⁴⁵⁾ nonché di precisazione delle possibili cause di giustificazione per il mancato adempimento dell'obbligo ⁽³⁴⁶⁾, (ii) la possibilità di prevedere un sistema "negativo" di contribuzione, e cioè basato sulla ripartizione delle spese della famiglia già compiute dai conviventi ⁽³⁴⁷⁾.

Quanto alle modalità concrete di contribuzione diverse dal denaro, la stessa dottrina, senza fermarsi a previsioni puntuali, aveva esaminato - e giudicato lecita - la possibilità che il contratto di convivenza prevedesse una

(345) Per una disamina delle modalità effettive di versamento con i relativi pregi e difetti, si confronti BASSETTI, op. cit., 57;

(346) Cfr. anche sull'opportunità che dette previsioni vengano inserite anche nel contratto di convivenza regolato dalla L. 76/2016, DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103; OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 116, BASSETTI, op. cit., 57 e AA.VV., *Guida operativa: contratti di convivenza*, CNN, 2013;

(347) Cfr. BASSETTI, op. cit., 57 che, tuttavia, giudica negativamente tale previsione in quanto a rischio di possibile nullità per mancanza di giustificazione causale e foriera di liti;

vera e propria obbligazione di mantenimento del partner patrimonialmente più stabile nei confronti di quello più debole (³⁴⁸). Si riteneva quindi di poter prevedere una obbligazione a contenuto generico, senza dover stabilire preventivamente rigidi schemi di conferimento al *ménage* o determinazioni di somme che avrebbero ingessato il rapporto patrimoniale tra i conviventi. La particolarità dell'obbligazione di mantenimento - e cioè la sua subordinazione al caso di bisogno simmetricamente agli alimenti, ma con contenuto molto più ampio di questi ultimi - avrebbe infatti meglio soddisfatto le esigenze di tutela dei conviventi.

Su tali previsioni di contribuzione si era espressa anche la giurisprudenza di merito già citata che aveva sancito, oltre alla legittimità di tali previsioni, l'estensione dell'art. 143 Codice Civile dettato in tema di matrimonio al rapporto di convivenza, così disponendo: *“È valido il contratto con cui i conviventi “more uxorio” s'impegnano a partecipare alle spese della famiglia di fatto in misura eguale. In base al canone ermeneutico della buona fede, improntato ad un principio di solidarietà contrattuale, esso va tuttavia*

(348) Lo stesso Autore, peraltro, sottolineava la possibilità di optare, al posto del contratto di convivenza, per la conclusione di un contratto atipico di mantenimento e cioè un contratto mediante il quale un convivente, vita natural durante, si impegna a mantenere il partner non provvedendo solo alle prestazioni alimentari di contenuto ridotto, bensì soddisfacendo ogni esigenza di vita (vitto, alloggio, spese correnti e voluttuarie, etc.); il tutto eventualmente contro la alienazione di un immobile o la dazione di una somma di denaro. Tale contratto si differenzia dalla rendita vitalizia in quanto atipico e avente ad oggetto una prestazione di fare, e non di dare. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 118;

interpretato in analogia a quanto dispone, nei rapporti tra coniugi, l'art. 143 Codice Civile, cosicché l'obbligo di contribuzione va determinato in relazione alle sostanze ed alle capacità di lavoro professionale e casalingo dei conviventi. Di conseguenza la convivente che abbia contribuito in misura maggiore, a causa delle difficoltà lavorative dell'altro, non può ripetere le maggiori somme destinate alla vita comune” ⁽³⁴⁹⁾. Questa giurisprudenza – fortemente criticata – riteneva quindi lecita tale previsione di obblighi contributivi tra i conviventi, ma né snaturava il contenuto, disapplicando (o comunque diversamente interpretando) la misura prevista negozialmente dalle parti e applicando

(349) Trib. Savona 29 giugno 2002, in Fam. dir., 2003, 593; cfr. sul punto anche la dottrina – minoritaria – che prima della Novella proponeva l'estensione analogica dell'art. 143 Codice Civile ai conviventi in forza del dovere di lealtà e della sua cogenza per l'ordine pubblico, (PERLINGERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in Rassegna di diritto civile, 1, 1988, 612). La dottrina assolutamente prevalente riteneva impossibile estendere l'art. 143 Codice Civile al rapporto di fatto in assenza di previsioni contrattuali, considerato che il dovere di contribuzione è una vera e propria obbligazione, con necessità di rispettare il principio della riserva di legge ex art. 32 Cost., che comunque per la misura delle prestazioni del mantenimento pattizio, considerato che nel matrimonio l'inderogabilità dei criteri paritari di contribuzione deriva dal richiamo dall'art. 160 Codice Civile che è norma inapplicabile ai conviventi; FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, nota a Trib. Savona, 29 giugno 2002, in Fam. dir., 2003, 600; cfr. anche BASSETTI, op. cit., 55 il quale riteneva, prima della Novella, possibile una sperequazione di fatto degli obblighi di contribuzione, purché il convivente che versasse denaro in eccedenza ne ricavasse una controprestazione tale da giustificare la difformità, potendo quest'ultima essere effettuata anche in apporti di beni o obblighi di *facere* (es. prestazioni domestiche);

forzatamente quanto disposto per i coniugi, e cioè il criterio di corrispettività e parametrizzazione dell'art. 143 Codice Civile.

La dottrina contrariamente aveva sottolineato non solo la liceità, all'interno di un contratto di convivenza, della nascita di una siffatta obbligazione di mantenimento, ma anche che la medesima che avrebbe potuto essere prevista in assenza di una vera e propria controprestazione (es. la cessione di un bene o di un capitale) da parte del partner beneficiario ⁽³⁵⁰⁾ ⁽³⁵¹⁾.

Tuttavia, detta dottrina – erroneamente a parere di chi scrive – riteneva che l'eventuale assenza di corrispettivo avrebbe comportato la necessità di stipulare il contratto di convivenza in forma solenne ai sensi dell'art. 782 Codice Civile, trattandosi sostanzialmente di una donazione obbligatoria effettuata in favore del convivente mantenuto ⁽³⁵²⁾. Tale conclusione - anche qualora il contratto fosse stato concluso nel periodo di assenza delle previsioni contenute nella L. 76/2016 - ritengo non sia condivisibile: l'obbligazione di mantenimento,

(350) FERRANDO, Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento, op. cit. 729 che ritiene "superata" la visione degli obblighi tra conviventi ancorati alla reciprocità;

(351) Tale ricostruzione non escludeva, anche prima della L. 76/2016, la natura sinallagmatica del contratto di convivenza, cfr. PERFETTI, op. cit., 1763;

(352) Uguale soluzione per il caso di elevato squilibrio delle prestazioni è stato proposto da CCN, op. cit., 13 che ha osservato *"la principale avvertenza, nel caso della previsione di prestazioni reciprocamente «squilibrate», sarà quella di curare la presenza di testimoni al rogito, per assicurarne la validità, nel caso l'attribuzione dovesse essere ritenuta un giorno di tipo donativo"*;

infatti non avrebbe trovato causa nell'impoverimento dell'obbligato e nell'arricchimento del mantenuto a titolo liberale, bensì avrebbe trovato causa nel rapporto familiare tra i conviventi ("*causae familiae*") (353) (354).

Assodata la legittimità ante-riforma del mantenimento indipendentemente dalla misura della contribuzione, la dottrina aveva previsto anche altre previsioni atipiche – meno efficaci - atte a regolare il comune sostentamento tra i conviventi (355), suggerendo ad esempio:

(353) Cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 118 che ha analizzato anche il regime dell'apposizione di termini sia finali che di durata minima del mantenimento. Più precisamente, l'Autore riteneva valida la subordinazione degli effetti del mantenimento alla durata del rapporto di fatto, ritenendo che tale previsione avesse natura di condizione risolutiva non meramente potestativa e rilevandone l'opportunità di previsione per il partner che fosse l'unico o il principale obbligato all'interno del rapporto. E ancora, l'Autore ha ritenuto "*assai più delicato*" la possibilità di pattuire una durata minima del periodo di prestazione del mantenimento che fosse indipendente dalla durata del rapporto, ritenendo che una simile statuizione potesse scontrarsi con il principio generale d'ordine pubblico, che fa divieto ai soggetti di assumere vincoli giuridici di durata eccessiva, e concludendo che il rapporto di mantenimento sia connotato anche nella persona del debitore. Infatti, secondo tale dottrina, l'obbligazione di mantenimento potrebbe avere durata anche per tutta l'esistenza del beneficiario; con "*l'unico limite (...) dunque costituito dalla durata della vita del creditore della prestazione*";

(354) Conclude criticamente anche PERFETTI, op. cit., 1764 che sostiene la natura di contratto gratuito avente natura non donativa del contratto di convivenza che preveda prestazioni a carico di uno solo dei partner, in quanto la volontà sottostante al contratto non sarebbe quella di voler arricchire il convivente, bensì di giuridicizzare il proprio rapporto patrimoniale;

(355) Particolare rilievo ha avuto l'iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato che nel 2013 ha redatto una sorta di guida sulla redazione di tali contratti atipici, reperibile su <http://www.notaio-busani.it/Handlers/Document.ashx?ID=f2e83b1c-1472-4815-ba03->

(i) la contribuzione in natura, e cioè l'impegno dei conviventi a provvedere ai bisogni della coppia, prestando la propria collaborazione materiale e ponendo in essere qualsiasi attività finalizzata alla migliore organizzazione del rapporto ⁽³⁵⁶⁾, anche prestando assistenza anche morale e non solo materiale qualora il partner venisse a trovarsi in stato di bisogno ⁽³⁵⁷⁾;

(ii) la regolamentazione della destinazione della casa di comune abitazione, anche qualora non di proprietà di entrambi i conviventi ⁽³⁵⁸⁾.

b0c408866c63, più volte qui citata: AA.VV., *Guida operativa: contratti di convivenza*, CNN, 2013;

(356) Cfr. , op. cit., che, commentando le formule proposte, ha ricordato la liceità dell'impegno reciproco di contribuire alle necessità del *ménage* tramite la messa a disposizione di propri beni o della propria attività, anche soltanto domestica (cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 241 ss), avendo la giurisprudenza di legittimità già ritenuto valide pattuizioni del genere. (Cass., 27 aprile 1982, n. 2629, in *Arch. civ.*, 1982, p. 715; Cass., 5 gennaio 1980, n. 50, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1813 e da Trib. Napoli, 14 febbraio 1974, in *Dir. giur.*, 1975, p. 110);

(357) Era stato osservato, in commento alla sopra citata sentenza Trib. Savona 24 giugno 2008, come vi fosse la possibilità che la collaborazione lavorativa e professionale di uno dei conviventi all'attività posta in essere dall'altro entrasse a far parte del sinallagma negoziale, scambiandosi con la contribuzione in altro modo fornita dal partner;

(358) Sul punto si possono confrontare i precedenti giurisprudenziali, in particolare cfr. Cass. 8 giugno 1993, n. 6381 che ha riconosciuto la validità del comodato vita natural durante collegato alla convivenza in quanto non contraria né a norme imperative, né all'ordine pubblico, né al buon costume; Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Fam. dir.*, 2001, 529 che ha sancito la validità di un contratto di usufrutto in favore della convivente; Trib. Palermo, 3 febbraio 2002, in *Gius.*, 2003, p. 1506, che ha ritenuto lecito il diritto reale di abitazione sulla casa familiare in favore del convivente. Viene inoltre in rilievo la possibilità di appore al

Passando all'esame del contenuto del contratto a seguito della L. 76/2016, tutti tali contenuti – e precisamente, obblighi di mantenimento ⁽³⁵⁹⁾, clausole determinate di contribuzione *una tantum* o rateale, previsioni di ripetizione delle spese comuni, etc.- sembrerebbero attualmente inseribili

contratto di comodato quale termine finale la cessazione della convivenza, soluzione ritenuta lecita dalla dottrina (OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, op. cit., 119);

(359) Può qui richiamarsi quanto ritenuto dalla dottrina prima della L. 76/2016 in relazione al vitalizio alimentare: *“Non sorgono particolari questioni allorché la convivenza sia un motivo del patto od uno dei suoi effetti. Nella prima prospettiva essa ne è un'occasione; nella seconda prospettiva essa può risolversi in un effetto strumentale, nel senso di rappresentare una situazione necessaria od utile all'esecuzione del contratto, come nel caso del vitalizio atipico di mantenimento, là dove l'adempimento del vitalizante ha luogo nell'accogliere nella sua casa il vitaliziato. I principi relativi a tale forma atipica di vitalizio non possono essere richiamati nel caso in cui il corrispettivo del mantenimento non è dato dall'alienazione di un bene o dalla cessione di un capitale (art. 1872 c.c.), ma da un'altra prestazione di contribuzione, quando cioè le prestazioni concorrono a realizzare economicamente la convivenza. Esula, infatti, da tale ipotesi, a cui mi sembra appropriato riservare il nome di patto di convivenza, l'alea che caratterizza ogni vitalizio in dipendenza della durata della vita del vitaliziato, poiché la durata del rapporto, tendenzialmente, è rimessa all'arbitrio di ognuna delle parti. Il reciproco impegno di contribuzione ha una portata giuridica alla stregua dei principi attinti dagli artt. 1174 e 1322 c.c., non per la sola reciprocità delle prestazioni, ma perché queste ultime sono funzionali al soddisfacimento di esigenze primarie della persona e sono in grado di rispecchiare un interesse anche solo morale, cioè tendono alla gestione della vita in comune. La vincolatività di tale impegno s'atteggia, in definitiva, negli stessi termini in cui è configurata dalla normativa francese sul pacs. Il patto non incide sul protrarsi della convivenza, ma sul suo contenuto economico. In mancanza di una normativa come quella francese, ed in una prospettiva in cui gli accordi prescindono dal rapporto "di coppia", che può costituirne una delle esplicazioni, il patto dovrà enunciare le prestazioni che ne sono l'oggetto. Il che rileverà anche sotto il profilo della serietà dell'impegno, cioè allo scopo di ravvisare un intento giuridico”, cfr. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit., 985;*

anche nel contratto di convivenza come tipizzato dal Legislatore (³⁶⁰), considerato che permane, anche all'esito della riforma, la ragionevolezza della suddivisione negoziale dei compiti della contribuzione alla vita comune con strumenti atipici (³⁶¹) e che il vincolo di solidarietà che caratterizza ogni rapporto di coppia - principio esistente anche nella famiglia di fatto – è stato sembra confermato dal Legislatore (³⁶²).

Il contratto di convivenza si atteggia infatti come detto a contratto tipico a contenuto atipico, e cioè come possibile “contratto quadro” per i conviventi, i quali, nella regolamentazione del loro rapporto, potranno inserire sia

(360) Potranno quindi essere contenute nel contratto obbligazioni di mantenimento per il caso di bisogno, di contribuzione in denaro o in natura, di collaborazione domestica o professionale, sull'uso dell'abitazione comune o degli oggetti esclusivi di uno dei partners, nonché presunzioni di contitolarità dei beni esistenti nell'abitazione comune, PERFETTI, op. cit., 1761. Sono pertanto riproducibili la maggior parte delle clausole – con i relativi approfondimenti – contenute nella “guida” elaborata dal Consiglio Nazionale del Notariato prima dell'entrata in vigore della L. 76/2016, AA.VV., *Guida operativa: contratti di convivenza*, CNN, 2013;

(361) Cfr. *supra* sui contenuti che non sono stati riproposti rispetto all'originario D.D.L. Cirinnà, contenuti che nel testo proposto erano più ampi e prevedevano deroghe anche a previsioni imperative già esistenti (es. 458 Codice Civile);

(362) GRECO, op. cit., 267;

previsioni di mantenimento generiche che altre forme negoziali quali: rendite, modalità di suddivisione delle spese ordinarie e straordinarie, ecc ⁽³⁶³⁾.

Il tutto considerato peraltro che, tra la poca dottrina che ha analizzato le nuove previsioni, un autore ha ritenuto persino legittima l'apposizione di un termine di efficacia a tali obblighi, nonostante la previsione del comma 56 ponga divieto di apposizioni di termini al contratto, considerato che il partner obbligato non potrà essere legato vita natural durante alla contribuzione in caso di cessazione della convivenza (*amplius infra*) ⁽³⁶⁴⁾.

Ciò non toglie che non sussista ancora un interrogativo che nasce dalla lettera della norma.

La dottrina, infatti - come già accaduto precedentemente alla L. 76/2016 - si è interrogata sull'attuale possibilità di derogare alla parità dei partners nel regime di contribuzione dettata dall'art. 143 Codice Civile e ai parametri ivi contenuti, deroga che – come anticipato – è vietata in ambito matrimoniale dal combinato disposto degli artt. 143 e 160 Codice Civile e che, come sopra evidenziato, l'unica giurisprudenza sul punto aveva ritenuto di estendere ai conviventi prima dell'introduzione della Novella.

(363) Cfr. RIZZI, op. ult. cit., 28, che ha ritenuto astrattamente possibile inserire nel contratto di convivenza ai sensi del comma 50 e ss. della Novella: (i) il diritto di godere, anche senza corrispettivo, della casa di comune residenza; (ii) la destinazione di uno o più beni al soddisfacimento delle necessità della vita comune, anche ai sensi dell'art. 2645-ter Codice Civile e (iii) il trasferimento di diritti tra i partners;

(364) OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 89;

La conclusione che la recente dottrina ha tratto dal tenore letterale della norma - che comunque rievoca nella sua formulazione l'art. 143 Codice Civile - è che comunque quella di ritenere che i conviventi possano prevedere sperequazioni negli obblighi a loro carico per la contribuzione di vita rispetto al canone del citato articolo. A dire di un Autore che ha analizzato la previsione, infatti, mentre i coniugi avrebbero espressamente tale limite sancito dalle previsioni sopra citate, nulla in più di quanto già riportato prevedrebbe la Novella e la mancanza di una norma nella L. 76/2016 che ricalchi il contenuto dell'art. 160 Codice Civile - portatrice del divieto di deroga dei doveri a carico dei coniugi - farebbe propendere per una soluzione meno rigida nonostante la formulazione letterale della norma ⁽³⁶⁵⁾: il regime di contribuzione rimarrebbe, quindi, integralmente regolato in via pattizia, con piena libertà dai conviventi che potrebbero anche prescindere da ogni proporzionalità negli obblighi contributivi secondo i canoni dell'art. 143 Codice Civile in considerazione della diversa qualità del rapporto convivenziale rispetto al matrimonio ⁽³⁶⁶⁾ ⁽³⁶⁷⁾.

(365) In tal senso anche DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103

(366) RIZZI, op. cit., 26; sul punto cfr. anche OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 86; che ricostruisce le ragioni e i fatti alla base della sentenza Trib. Savona 29 giugno 2002 e conclude ritenendo non condivisibile la pronuncia e i cui arresti non sarebbero applicabili a seguito della Novella;

(367) E' stato così osservato che la L. 76/2016 non concepirebbe il contratto di convivenza come un contratto di mantenimento del partner più debole, bensì come un contratto di compiti relativamente al *ménage* familiare, simmetricamente a quanto previsto all'art. 143 Codice Civile per i coniugi, avendo come obiettivo l'idea della famiglia; DOSI, op. cit., 205,

Non deve tuttavia sottacersi che altra parte della dottrina, in forza del tenore letterale della norma che, come sopra rilevato, ricalca l'art. 143 Codice Civile, ha invece ritenuto che anche per i conviventi il parametro di definizione nella convivenza della contribuzione comune sia stato necessariamente ancorato ai dettami dall'articolo da ultimo citato – in particolare, la reciprocità - e che, pertanto, sia impossibile prevedere nel contratto obbligazioni di mantenimento a carico di uno solo dei partners, dovendosi invece necessariamente distribuire il carico degli obblighi del rapporto tra entrambi ⁽³⁶⁸⁾.

L'Autore ritiene quindi che la Novella suggerisca uno schema negoziale tipico per assumere un dovere di distribuzione dei compiti di conduzione del *ménage* e che sottolinei come il contenuto innovativo della Legge in commento sia nella possibilità di accedere a forme negoziali semplificate e, soprattutto, alla opponibilità *erga omnes* delle previsioni di contribuzione, soluzione che non sarebbe nemmeno concessa ai coniugi dall'art. 144 Codice Civile;

(368) TASSINARI, op. cit., 1743 che fa salvi i casi transitori e di forza maggiore. Cfr. anche DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 707; cfr. anche PERFETTI, op. cit., che ritiene ora che "l'art. 1, comma 53°, lett. b) trasponesse in ambito contrattuale e nel regime della convivenza anagraficamente dichiarata, i principi di proporzionalità e adeguatezza affermati dall'art. 143, comma 3°, cod. civ." e conclude ritenendo che l'adempimento degli obblighi di contribuzione possa essere quindi cessato per fatti estrinseci nonché che sia da escludere la ripetizione delle somme versate ad un convivente per "colmare il mancato apporto contributivo". L'Autore ritiene tuttavia che comunque il contratto di convivenza possa contenere pattuizioni sperequate e/o che infrangano il limite della necessità di contribuzione e che tali previsioni siano da ascrivere, piuttosto che a obblighi ai sensi del comma 53 lett. b), alla figura del *negotium mixtum cum donationem*. Cfr. anche CALO', op. cit., che ritiene anch'egli comunque applicabile la disciplina dettata dall'art. 143 Codice Civile per i coniugi ai

Infine, deve segnalarsi che un'isolata dottrina ha ritenuto che tali previsioni circa la contribuzione nel *ménage* debbano avere ad oggetto necessariamente elargizioni necessarie per la prosecuzione del rapporto, non potendo invece essere finalizzate alla soddisfazione di esigenze meramente voluttuarie ⁽³⁶⁹⁾.

5. Segue. La comunione degli acquisti: il rinvio operato dal comma 53 lett. b) della L. 76/2016

La L. 76/2016 ha espressamente previsto la possibilità per i conviventi di regolare i propri rapporti patrimoniali in analogia con quanto sancito per i coniugi all'esito della riforma del diritto di famiglia attuata con la L. 19 maggio 1975, n. 151 ⁽³⁷⁰⁾.

conviventi e, quindi, la parametrizzazione della contribuzione ai sensi dell'articolo da ultimo citato;

(369) Così TASSINARI, op. cit., 1742 che, esemplificativamente, ritiene non inseribile nel contratto *de quo* obblighi relativi all'acquisto di auto di grossa cilindrata;

(370) Già parte della dottrina aveva manifestato la propria preoccupazione per tale estensione, sottolineando che la comunione legale aveva già palesato i propri limiti in ambito coniugale e proponendo l'adozione di un modello sulla falsariga di quello francese (presunzione di contitolarità posteriore alla conclusione del patto di convivenza), cfr. IEVA, op. cit., 40;

Al comma 53, il Legislatore ha infatti introdotto la possibilità che il contratto di convivenza contenga *“il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile”*, precisando al successivo capoverso che *“Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51”*.

E' stato così esteso il regime della comunione degli acquisti tra coniugi ai conviventi (³⁷¹), dettandone anche le relative previsioni di forma per l'eventuale modificazione. Tale soluzione era già stata prospettata da parte della dottrina (³⁷²) che aveva proposto l'adozione di un regime di acquisto disegnato sulla fattispecie della comunione legale. Tuttavia, tale proposta aveva trovato scoglio in tre limiti insormontabili durante il regime di atipicità del contratto: (i) l'inopponibilità dell'eventuale regime ai terzi, (ii) l'impossibilità – in assenza di espressa disposizione legislativa – di godere del regime di acquisto automatico previsto per la comunione legale e (iii) l'assenza della tutela (non potendo applicarsi in via analogica il rimedio dell'annullabilità di cui all'art. 184 Codice Civile per il caso di atti di disposizione del convivente in assenza del consenso adesivo del partner) (³⁷³).

(371) Cfr. TASSINARI, op. cit., 1746 che sottolinea il decadimento della comunione legale tra le nuove coppie di coniugi e prevede che l'estensione ai conviventi ai sensi del comma 53 sarà destinata a rimanere marginale;

(372) BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, op. cit., 206;

Ad ogni modo, se il regime di comunione legale tra coniugi si instaura per mero effetto della conclusione del matrimonio, per i conviventi la nascita della comunione è invece rimessa alla loro volontà e, soprattutto, alla conclusione di un contratto di convivenza nelle forme previste dalla Novella

(373) Cfr. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit. 985 che sottolineava come non fosse possibile prima della L. 76/2016 ottenere un acquisto automatico dei beni alla comunione in analogia di quanto avviene con l'art. 177 Codice Civile, osservando che tale effetto avrebbe dovuto essere mediato necessariamente da un obbligo di trasferimento. L'Autore infatti aveva richiamato lo schema del mandato ad acquistare senza rappresentanza – giudicato inidoneo per la presenza dell'obbligo del mandatario di acquistare, obbligo assente per il partner - e il contratto preliminare – ritenuto uno strumento più duttile qualora avente ad oggetto gli acquisti futuri. Sul punto tuttavia mi sembra di poter ritenere che, in assenza di una espressa previsione legislativa qual è quella oggi contenuta nel comma 53, il rischio che tali previsioni si scontrassero con il divieto di donazione dei beni futuri era quanto meno da valutare, stante la sua possibile estensione agli atti liberali non donativi ai sensi dell'art. 809 Codice Civile;

(³⁷⁴) in cui tale opzione venga manifestata (³⁷⁵). Peraltro la dottrina ha osservato che tale scelta negoziale potrebbe anche essere l'unico contenuto del negozio in esame (³⁷⁶).

Preme osservare che sembrerebbe non l'intero impianto della regolamentazione patrimoniale tra i coniugi sia stato direttamente esteso per effetto della Novella ai conviventi. Il comma 53, infatti, richiama l'applicabilità del solo capo VI del titolo VI del libro primo del Codice Civile. Risultano pertanto

(374) Sulla determinazione del tempo di formazione e di inizio della comunione cfr. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 98. Tale dottrina si è infatti interrogata sul momento di efficacia ed operatività della comunione tra conviventi. Se infatti in caso di instaurazione in ambito matrimoniale è semplice individuare nel giorno di nozze il *dies a quo* dal quale si verificano gli effetti del regime legale, così semplice non appare in caso di conviventi. L'Autore ha evidenziato che l'unico momento dal quale possa farsi decorrere nei rapporti tra i partner l'effetto proprio della comunione dei beni è quello di stipulazione del contratto di convivenza (essendo quest'ultimo munito di data certa) (cfr. anche DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103), peraltro sollevando un interrogativo sulla possibilità che tale negozio preveda un termine ulteriore o una condizione sospensiva a cui legale gli effetti del regime patrimoniale. La tesi possibilista – a cui detto Autore aderisce – sembrerebbe suffragata (i) dalla simmetrica ammissibilità di apposizione di termini e/o condizioni alle convenzioni matrimoniali e (ii) dallo stesso testo normativo che permettere di procedere alla modificazione del regime “*in qualunque momento nel corso della convivenza*”. La tesi negativa, invece, pare fondata solamente su quanto previsto dal comma 56 della Novella a norma del quale il contratto in esame non tollera l'apposizione di termini o condizioni;

(375) cfr. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, op. cit., 348 che sottolinea la “*inusuale genesi pattizia*” del regime di comunione;

(376) RIZZI, op. ult. cit., 27;

esclusi testualmente dalla applicazione ai conviventi: (i) il fondo patrimoniale (Sezione II); (ii) la comunione convenzionale (Sezione IV) e (iii) la separazione dei beni (Sezione V).

Quanto alla prima di tali esclusioni, la dottrina ha prevalentemente ritenuto che i conviventi non possano stipulare tra loro un fondo patrimoniale con finalità di tutelare i bisogni della loro “famiglia di fatto” (377). Ciò principalmente per: (i) la volontaria esclusione da parte del Legislatore (378), (ii) l’impossibilità di derogare al principio di generale responsabilità patrimoniale ai sensi dell’art. 2740 Codice Civile, (iii) la natura di convenzione matrimoniale del fondo patrimoniale e (iv) il limitato rinvio della Novella alla sola sezione III

(377) TASSINARI, op. cit., 1742. All’esito della Novella, si è discusso sulla possibilità di estensioni del fondo patrimoniale ai soggetti conviventi. La *ratio* alla base della possibile estensione sarebbe rinvenibile nella uguale necessità rispetto al matrimonio di tutela del patrimonio familiare per far fronte ai bisogni della famiglia. Tale esigenza era già sentita prima dell’introduzione della L. 76/2016 (cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 157 e ss.). Ad oggi comunque, la dottrina pressoché unanime, tuttavia, non ritiene possibile per i conviventi costituire un fondo patrimoniale. Tale negozio sarebbe, infatti riservato, per espressa volontà del Legislatore, ai soli coniugi ed agli uniti civilmente, quale maggior tutela per un nucleo familiare caratterizzato da una maggior stabilità. Ciò non toglie che – ove ritenuti ammissibili – i medesimi effetti di separazione patrimoniale potranno essere ricercati attraverso altre figure connotate di realtà e per le quali, in parte, non sussistono neppure i limiti previsti dalla disciplina maggiormente stringente del fondo patrimoniale. In particolare, i conviventi potranno ricorrere alla costituzione di vincoli di destinazione e di *trusts*, di cui si tratterà meglio nel proseguo. Cfr. sul punto ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, op. cit., 335;

(378) RIZZI, op. ult. cit., 28

delle norme dedicate alla comunione legale. ⁽³⁷⁹⁾. A tale vuoto normativo per parte degli autori potrebbe sopperirsi mediante la stipulazione di un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter Codice Civile volto alla tutela della convivenza, seppur ritenuto dalla recentissima giurisprudenza inammissibile (cfr. *amplius infra*).

Quanto alla seconda delle discipline non richiamate, si evidenzia preliminarmente che anche in ambito matrimoniale, è discussa in dottrina e in giurisprudenza l'ammissibilità di regimi patrimoniali atipici. Ad ogni modo, l'espressa esclusione delle norme in tema di comunione convenzionale da parte del Legislatore farebbe propendere gli Autori per l'esclusione della possibilità per i conviventi di modificare la disciplina legale della comunione degli acquisti ⁽³⁸⁰⁾, sottolineando che le asserite modificazioni del regime

(379) DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103

(380) cfr. RIZZI, op. cit., 28. In altri termini, sulla possibilità per i coniugi di optare per un regime patrimoniale diverso rispetto da quello espressamente previsto dal Legislatore cfr. GENGHINI, op. cit., 246. Tale problematica si ripropone anche in ambito della Novella, potendo i conviventi voler disciplinare i loro rapporti patrimoniali, in particolare in relazione agli acquisti durante il *ménage*, diversamente da quanto previsto dal Legislatore. Si deve osservare che, in prima battuta che i regimi patrimoniali atipici non devono essere confusi con la adozione di comunioni modificate – per via della estensione o riduzione degli oggetti ricadenti nella medesima – in quanto già previste dal Legislatore per i coniugi (art. 201 Codice Civile). Sul punto preme osservare, secondo un orientamento, più restrittivo, i regimi patrimoniali della famiglia sarebbero tipici e costituirebbero un *numerus clausus*, rientrando tra essi solo: il fondo patrimoniale, la comunione legale, la comunione convenzionale e la separazione dei beni. Aderendo a tale tesi sia per i coniugi che ora per i conviventi – nonché per gli uniti civilmente – non sarebbe quindi possibile prevedere ulteriori fenomeni di comunione o di segregazione patrimoniale rispetto a quelli pensati dal Legislatore (GENGHINI,

op cit. , 247). Esemplicativamente: non sarebbe ammissibile un regime patrimoniale regolato per tutti i beni sulla falsa riga della comunione *de residuo* (art. 178 Codice Civile), nel quale pertanto tutti i beni acquistati durante il *ménage* familiare si considerino caduti in comunione solo alla cessazione del rapporto. Tuttavia, la dottrina prevalente che si è occupata del problema in relazione ai coniugi, ritiene ammissibile la previsione di regimi convenzionali atipici in forza del dato testuale dell'art. 210 Codice Civile. Tale ammissibilità è stata anche accolta dalla giurisprudenza (Cass. 16 settembre 1969, 31141, in Foro it., 1970, 800), seppure pre-rifoma del 1975. Nessun indice normativo è invece esistente per i conviventi. La soluzione del problema in relazione alla famiglia regolata dal contratto di convivenza sembra quindi discendere dall'adesione o meno alla tesi della atipicità del relativo contenuto del negozio da ultimo citato. Considerato di aderire alla tesi liberale e in assenza nella L. 76/2016 di limitazione in tal senso, riterrei astrattamente ammissibile che i conviventi optino per un diverso regime patrimoniale atipico, purché ciò sia congruente con i principi dell'ordinamento. L'esame si riduce a pochi casi di possibile adozione di un regime alternativo, tra le quali: (i) la caduta in comunione ordinaria degli acquisti e (ii) la pattuizione anticipata di conguagli allo scioglimento del vincolo. Mi sembra di poter sostenere che, anche se tali previsioni non si scontrino direttamente con la L. 76/2016, non mi pare sostenibile la loro validità in relazione ai principi dell'ordinamento, se non fortemente limitata. Tali previsioni infatti, nell'attribuire diritti a un convivente per spirito liberale, si scontrano con il divieto di donazione di beni futuri previsti dall'art. 771 Codice Civile, applicabile in adesione alla tesi più prudenti anche alle donazioni indirette. Appare quindi sostenibile che la previsione di immediata caduta in comunione ordinaria dei beni acquistati da uno solo dei conviventi non possa passare il vaglio del citato divieto. Diversamente, potrebbe però ritenersi possibile stipulare un contratto che preveda l'adozione di un regime in cui i conviventi, ora per allora, si obblighino a conguagliare tali acquisiti con denaro ovvero a trasferirne la proprietà in diversa quota al partner alla fine del *ménage*. Ciò ragionando in adesione alle recenti orientamenti giurisprudenziali che hanno sancito l'ammissibilità di donazione di beni altrui - e quindi soggettivamente futuri - purché il contratto in esame venga configurato come donazione obbligatoria e nel quale venga dato rilievo della conoscenza della alterità del bene da parte del donante;

previste dal comma 54 altro non potrebbero sostanzarsi che nella scelta dei conviventi di sciogliere il regime di comunione opzionato nel contratto di convivenza ⁽³⁸¹⁾ ⁽³⁸²⁾.

Deve tuttavia darsi atto di diversa tesi: la dottrina ha infatti ritenuto che, nel silenzio della Novella e in ossequio al principio della libertà contrattuale, i conviventi possano adottare regimi di comunione convenzionale purché nei limiti degli inderogabili principi dell'ordinamento. Tale Autore ha, infatti, portato quale esempio di tali regimi atipici la possibilità di prevedere la caduta degli acquisti compiuti singolarmente da ciascun convivente in comunione ordinaria ovvero l'inclusione nel regime opzionato ai sensi della lettera b) del comma 53 degli acquisti compiuti prima dell'instaurazione del *ménage*, ovviamente con il rispetto delle forme pubblicitarie previste nella L. 76/2016 (cfr. comma 51) ⁽³⁸³⁾.

(381) ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, op. cit., 348 che ritiene che il regime formale delle modificazioni del regime patrimoniale della convivenza, delineato dal combinato disposto dei commi 51 e 54, potrà materialmente operare solo qualora i conviventi non abbiano compiuto acquisti immobiliari che siano caduti in comunione, diversamente per l'Autore sarà necessaria la forma notariale ai sensi del comma 60, trovandosi in presenza di una "*vicenda immobiliare*";

(382) Contrario anche TASSINARI, op. cit., 1742 sulla presupposta natura tassativa delle previsioni di cui al comma 53;

(383) Sembra concludere positivamente per la conclusione di comunioni convenzionali, sulla base dell'utilizzo della locuzione "*scelto*" che accompagna il regime patrimoniale opzionato dai conviventi al comma 54 da parte del Legislatore; DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103;

Quanto infine alla separazione dei beni – più, correttamente, l’assenza di regime di comunione degli acquisti – il mancato rinvio da parte della Novella sembra giustificato dall’ovvia natura di regime opzionale di comunione, che non necessiti pertanto di contraria regolamentazione ⁽³⁸⁴⁾ ⁽³⁸⁵⁾.

(384) RIZZI, op. cit., 28; contra OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, op. cit., 954 che ritiene che la separazione tra coniugi non possa essere considerata una mera “assenza di regime” e che, in assenza di estensione, non possano applicarsi ai conviventi le particolari regole dettate dagli artt. 217, 218 e 219 Codice Civile;

(385) La dottrina dominante ritiene che le donazioni obnuziali rientrino nel novero delle convenzioni matrimoniali e che pertanto, ai sensi dell’art. 774 Codice Civile, il minore ammesso a contrarre matrimonio, l’inabilitando e l’inabilitato siano capaci di compiere personalmente – con la dovuta assistenza – le donazioni fatte nel loro contratto di matrimonio, nonostante la ridotta e/o assente capacità di agire (SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. dir. Priv.*, 107; PALAZZO, *Le donazioni, artt. 769-809*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano 1981; contra tuttavia la giurisprudenza: cfr. Cass. 4 aprile 1973 n. 945). In tal caso, la dottrina in parte addirittura ammissibile che tali soggetti incapaci non debbano richiedere ulteriori autorizzazioni (GENGHINI, op. cit., 267). Altra dottrina invece (CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 833; DE RUBERTIS, *Le convenzioni matrimoniali in genere*, in *Vita Not.*, 1975, 933) sostiene che il minore ammesso al matrimonio non possa comunque compiere tale tipo di donazioni, considerato che nella dizione letterale dell’art. 165 Codice Civile – come modificato dall’art. 165 Codice Civile – è scomparso ogni riferimento alla possibilità di compiere tali atti, diversamente da quanto previsto dall’art. 774 cc. per l’inabilitato. Quanto alla stipulazione di donazioni obnuziali- negozi a metà tra la natura di convenzione matrimoniale e la figura donativa - difetti di coordinamento delle norme – art. 165 Codice Civile e art. 774 cc. non rilevano nell’esame delle possibilità lasciate ai conviventi per regolamentare i loro rapporti patrimoniali, avendo in tema il Legislatore già disposto la nullità del contratto di convivenza stipulato da parte di minori. Ritengo che le norme sopra richiamate – e precisamente la eccezionale capacità dell’inabilitato di compiere donazioni in riguardo al proprio matrimonio – non siano estensibili al contratto di convivenza anche quando abbia finalità donativa/liberale. La donazione obnuziale e la relativa capacità di agire “aumentata” dell’inabilitando sono previsioni eccezionali non suscettibili di applicazione analogia. In tal

Precisato ciò, deve rilevarsi che anche per i conviventi la comunione dei beni sarà il regime patrimoniale in forza del quale gli acquisti compiuti dai partners, salvo alcune eccezioni, saranno *res comuni* e potranno essere divisi solo con il definitivo scioglimento del regime.

Tuttavia, se la comunione per i coniugi diviene operante automaticamente all'atto del matrimonio - prima ed indipendentemente dall'eventuale acquisto dei beni e salvo che i coniugi medesimi non vi derogino espressamente con una convenzione – nel caso in esame invece l'instaurazione del regime patrimoniale è solo convenzionale e rimesso alla espressa volontà dei conviventi ⁽³⁸⁶⁾. Pare così errato definire il fenomeno tra conviventi quale “comunione legale”, non potendo questo instaurarsi di diritto.

Ad ogni modo, circa la natura giuridica di tale regime patrimoniale si ripropongono le elaborazioni compiute in occasione dell'esame del fenomeno in ambito matrimoniale. Parte della dottrina – minoritaria – ha ritenuto che la comunione dei beni avesse natura di vero e proprio soggetto di diritto, muovendo dal dato testuale dell'art. 180 Codice Civile che attribuisce a ciascun coniuge la rappresentanza in giudizio della comunione, quasi fosse un centro

senso, peraltro, depone anche la scelta del legislatore che, nel richiamare la possibilità di applicare ai conviventi le disposizioni di cui “*alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile*” non vi ha ricompreso anche la disposizione di cui all'art. 166 Codice Civile;

(386) RIZZI, op. cit., 27;

autonomo di imputazione di posizioni giuridiche ⁽³⁸⁷⁾. La dottrina prevalente, tuttavia, ritiene oggi che la comunione dei beni sia una vera e propria comunione che si differenzia da quella ordinaria per la sua natura di stampo germanistico (c.d. comunione “a mani riunite”).

Anche per i conviventi e indipendentemente dalla sua nascita convenzionale, essa è comunione senza quote, nella quale i soggetti che ne fanno parte – nel caso in esame in conviventi – condividono il medesimo titolo di acquisto e sono solidalmente titolari di un diritto avente ad oggetto i beni che la compongono ⁽³⁸⁸⁾.

Da ciò discende inequivocabilmente, da quanto sopra evidenziato, l'impossibilità da parte dei soggetti partecipanti alla comunione di disporre della propria quota, diversamente da quanto previsto nella comunione ordinaria dall'art. 1103 Codice Civile ⁽³⁸⁹⁾. Inoltre, nella comunione degli acquisti in ambito familiare si riscontra l'ulteriore differenza, rispetto alla comunione ordinaria, nella misura della contitolarità della quota: inderogabilmente, i due conviventi si vedono titolari di pari quote dei diritti che fanno parte della comunione, come si ricava in forza (i) dell'art. 194 Codice Civile, che sancisce l'obbligo di divisione in parti uguali dei beni all'esito delle

(387) DE PAOLA – MACRI', op. cit., 92;

(388) Cost. 17 marzo 1988, 311, in Giust. Civ., 1988, 2482;

(389) Cfr. Cass. 11 novembre 1996, in Dir. Fa, 1997, 1322 con nota di MOTECCHIARI, in tema di forma e contenuto delle convenzioni matrimoniali modificative;

scioglimento e (ii) dall'art. 210 Codice Civile che non ammette deroga alla misura di tale contitolarità nemmeno in occasione della stipula delle comunioni convenzionali ⁽³⁹⁰⁾.

Tale ultimo articolo (art. 210 Codice Civile) è escluso dal richiamo operato dal Legislatore alle norme sulla comunione, tuttavia l'estensione ai conviventi del citato l'art. 194 Codice Civile e la *ratio* della previsione non sembrerebbero far dubitare circa l'inderogabilità delle quote di titolarità dei beni facenti parte la comunione opzionale ai sensi del comma 53. A tali caratteristiche si aggiungano, anche per i conviventi, i seguenti elementi caratterizzanti il regime di coacquisto:

(i) la facoltatività del regime, in quanto i conviventi possono optare per l'assenza di un regime patrimoniale degli acquisti – simmetricamente alla separazione dei beni per i coniugi;

(ii) il particolare regime di amministrazione dei beni caduti (cfr. *infra*);

(iii) l'inderogabilità del sistema: oltre alla misura delle quote come meglio sopra precisato l'intero sistema della comunione – con quindi le norme che ne regolano lo scioglimento e l'amministrazione – non può essere modificato convenzionalmente dai partecipanti (avendo riflesso anche verso i terzi) ⁽³⁹¹⁾.

(390) GENGHINI, op. cit., 331;

(391) Proprio tale ultimo punto, unito alla particolare disciplina relativa alla possibilità di esecuzione da parte dei creditori sui beni che ne fanno parte, hanno portato la dottrina a ritenere che la comunione dei beni abbia natura di patrimonio separato;

Le previsioni sopra illustrate e dettate circa la comunione legale sono integralmente applicabili al regime patrimoniale di comunione dei beni eventualmente scelto dai conviventi ⁽³⁹²⁾, deponendo in tal senso la tecnica legislativa (che ha richiamato l'intero impianto) e la medesima *ratio* della comunione (tutelare il possibile convivente debole che abbia sacrificato la propria vita lavorativa in ossequio alla cura degli interessi familiari) ⁽³⁹³⁾. Pertanto, con la scelta compiuta dai conviventi nelle forme previste dalla Novella, i partners daranno vita a un patrimonio separato connotato dalle medesime restrizioni e tutele previste per la comunione legale che si instaura tra coniugi.

Quanto invece all'opponibilità del regime della comunione nei confronti dei terzi, la dottrina si è mostrata critica ⁽³⁹⁴⁾. Per i coniugi, nel sistema innovativo dettato dal Legislatore della riforma del 1975, gli effetti nei confronti dei terzi sono stati subordinati ad uno specifico regime di pubblicità.

(392) In tal senso si confronti DOSI, op. cit., 206;

(393) Cfr. GENGHINI, op. cit., 328 che ricorda che il regime patrimoniale della comunione fu introdotto con la riforma del diritto di famiglia (entrata in vigore il 20 settembre 1975) e che la *ratio* risiedeva nel principio di parità tra i coniugi a cui si univa l'esigenza di tutelare il coniuge più debole, spesso la moglie che, dedicando la propria vita alla cura della famiglia, avrebbe sacrificato le proprie possibilità di incrementi patrimoniali. In precedenza invece l'unico regime legale era quello della separazione che poteva essere derogato attraverso una apposita convenzione matrimoniale;

(394) OBERTO, *La convivenza di fatto*, op. cit., 953;

Nonostante gli atti compiuti dai coniugi possano avere ad oggetto beni di diversa specie (con specifici regimi di pubblicità dichiarativa), assume nel sistema delle convenzioni matrimoniali principale ruolo l'annotamento a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione è relegata a mera pubblicità notizia ⁽³⁹⁵⁾. Si registra, quindi, un duplice sistema di pubblicità per le convenzioni matrimoniali: l'annotazione delle convenzioni all'atto di matrimonio e la trascrizione nei registri immobiliari ⁽³⁹⁶⁾.

Orbene, delineato brevemente il regime della pubblicità per i coniugi, proprio in tale ambito si scorgono le limitazioni della Novella. La dottrina infatti ha osservato che la mancata previsione di un valido strumento di pubblicità del

(395) Il sistema di trascrizione delle convenzioni matrimoniali è previsto dall'art. 2647 Codice Civile. A differenza della pubblicità realizzata con l'annotazione nei registri dello stato civile, la trascrizione nei registri immobiliari riguarda solo la sorte dei singoli beni immobili o mobili registrati che ne vengono investiti. Tale forma di pubblicità – diversamente dall'annotamento – ha funzione di mera pubblicità notizia e, pertanto, ad essa non è affidata alcuna funzione dichiarativa di opponibilità nei confronti di terzi;

(396) CORSI, op. cit., 74; peraltro, la pubblicità prevista dal legislatore è una pubblicità di tipo c.d. "negativo", dovendo essere rese pubbliche solo le convenzioni intese a derogare il regime ordinario della comunione legale. Più in particolare, la funzione dichiarativa dell'annotamento a margine dell'atto di matrimonio è stata una innovazione della riforma del 1975. Devono essere annotati tutti gli atti che derogano al regime legale e quindi: (i) la costituzione del fondo patrimoniale; (ii) la comunione convenzionale; (iii) la separazione dei beni. Inoltre, ai sensi dell'art 163 Codice Civile devono essere pubblicizzate in egual modo le successive modificazioni. A seguito del d.p.r. 396/2000 non vi sono più peraltro distinzioni tra annotamento a margine e in calce all'atto di matrimonio (cfr. Art. 69);

regime patrimoniale scelto dai conviventi crea evidenti limitazioni alla possibilità di opporre a terzi le eventuali situazioni di contitolarità che potrebbero venirsi a creare a seguito dell'esercizio dell'opzione della comunione dei beni nel contratto regolatorio della convivenza ⁽³⁹⁷⁾.

La dottrina ha infatti ritenuto che tale scelta – definita “*infelice*” – derivi da un progetto elaborato dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2001, ma che abbia trascurato di considerare che in quel progetto vi era la possibilità di opporre a terzi il regime eventualmente scelto attraverso l'istituzione di un “Registro nazionale dei patti di convivenza” ⁽³⁹⁸⁾.

E' stato così sottolineato, muovendo da una assunta natura non dichiarativa delle risultanze anagrafiche per il contratto di convivenza, che tale impossibilità di pubblicità del regime di comunione sarebbe dettata (i) dalla tassatività degli atti soggetti a trascrizione e (ii) dalla materiale assenza di possibilità di individuazione preventiva dei beni oggetto di acquisto comune in relazione ai quali effettuare la relativa pubblicità ⁽³⁹⁹⁾.

Non residuerebbe pertanto altra soluzione per il convivente non partecipante all'atto di acquisto, ma che abbia diritto a vedersi riconosciuto

(397) OBERTO, *La convivenza di fatto*, op. cit., 954, che ha ritenuto a tal fine inidonea la pubblicità del contratto effettuata presso i registri anagrafici;

(398) Testualmente cfr. PACIA, op. cit., 211;

(399) OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 105;

comproprietario, che esercitare azioni di rivendicazione con conseguente trascrizione della domanda giudiziale ⁽⁴⁰⁰⁾.

Tale ricostruzione, tuttavia, non mi sembra aderente al dato normativo. Mi sembra preferibile ritenere che, in ossequio alla tesi che ritrova nella pubblicità dichiarativa la ragione delle previsioni pubblicitarie del comma 50 e seguenti della Novella, la registrazione del contratto di convivenza assolverà i compiti demandati oggi per i coniugi all'annotamento a margine dell'atto di matrimonio, come peraltro sostenuto e sopra evidenziato.

6. Segue. Oggetto della comunione convenzionale tra i conviventi: i beni comuni, la comunione *de residuo* e i beni personali.

Qualora i conviventi abbiano optato per l'estensione dei principi della comunione legale tra coniugi per regolare i loro acquisti compiuti singolarmente dopo il perfezionamento del contratto, si porranno tutte le problematiche che dottrina e giurisprudenza hanno dovuto affrontare analizzando il regime patrimoniale *de quo* dopo la riforma operata con la L. 151/1975. Anche tale regime si differenzierà dalla comunione ordinaria,

(400) OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, 105 e sempre OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, op. cit., 954 che ha indicato come astrattamente l'unica opponibilità dell'effetto automatico dell'acquisto si potrebbe avere solo nel caso in cui uno dei conviventi abbia tempestivamente trascritto la propria domanda giudiziale atta a vedersi riconosciuti diritti sul bene oggetto di comunione;

principalmente per: (i) la misura della titolarità, inderogabilmente uguale per entrambi i conviventi ⁽⁴⁰¹⁾, salvo quanto *infra* osservato; (ii) l'indisponibilità di alienazione separata di ciascuna quota, trattandosi di "comunione a mani riunite" di stampo germanistico ⁽⁴⁰²⁾.

In primo luogo, in forza del rinvio generale operato dalla Novella alle norme dettate per i coniugi, i beni comuni tra i conviventi saranno individuati ai sensi dell'art. 177 Codice Civile – articolo che contiene la locuzione generica di "*acquisti*" – e precisamente i diritti acquistati in costanza di comunione e di convivenza. Si porranno tuttavia gli interrogativi, già affrontati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sulla eventuale inclusione degli acquisti avvenuti a titolo

(401) GENGHINI, op. cit., 331;

(402) Trattasi infatti di comunione solidale i cui i beni che ne formano oggetto assumo rilievo nel loro complesso, più che singolarmente; cfr. Corte Cost. 17 marzo 1988, n. 311, in Giust. Civ., 1988, 2482;

originario, in particolare in tema di accessione ⁽⁴⁰³⁾ e di usucapione ⁽⁴⁰⁴⁾ nonché di beni mobili acquistati a *non domino* ex art. 1153 Codice Civile ⁽⁴⁰⁵⁾.

Quanto alla natura dei beni, anche in tal caso i conviventi vedranno la caduta dei diritti reali di proprietà nonché dei diritti reali di godimento ⁽⁴⁰⁶⁾,

(403) Secondo la prevalente dottrina e la giurisprudenza, *“la costruzione realizzata durante il matrimonio da entrambi i coniugi sul suolo di proprietà personale ed esclusiva di uno solo di essi, appartiene esclusivamente a quest’ultimo”* in quanto l’accessione comporta la confusione diretta e immediata del suolo con quanto in esse incorporato, sicché la nuova costruzione non possa essere considerata un nuovo bene oggetto di acquisto in comunione (Cass. Sez. Un. 27 gennaio 1996, n. 651, in Dir. Fam, 1997, 107 con nota di PARENTI). Tale principio risulta estensibile anche per i conviventi che abbiano optato per il regime di comunione degli acquisti;

(404) La prevalente dottrina e la giurisprudenza sostiene che l’acquisto per usucapione cada in comunione legale qualora, allo spirare del termine richiesto per il suo maturare, il coniuge – nel presente caso il convivente – che aveva posseduto si trovi in regime di comunione; cfr. GENGHINI, op. cit., 341 e Cass. 23 luglio 2008, n. 20296, in Not. 2009, 16 con nota di SCOTTI;

(405) La prevalente dottrina ritiene che giovi alla comunione legale l’acquisto a titolo oneroso di beni mobili a *non domino* ex art. 1153 Codice Civile; cfr. RUSSO, *L’oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Commentario Schlesinger*, 331;

(406) Cfr. JANNUZZI – LOREFICE, op. cit., 569. È dubbio se i diritti di uso e abitazione, in quanto connotati dall’*intuitus personae*, cadano in comunione o siano beni personali ai sensi dell’art. 179 Codice Civile lett. C), Codice Civile Inoltre, in caso di acquisto di usufrutto, si ritiene che la durata del diritto sia parametrata alla sola vita del contraente-acquirente; da ciò deriverà che la morte di quest’ultimo comporterà l’estinzione del diritto, viceversa quella del coniuge/convivente non contraente avrà l’effetto di creare un eccezionale fenomeno di caduta in successione del diritto (GENGHINI, op. cit., 350);

diversamente saranno esclusi dalla contitolarità i diritti di credito ⁽⁴⁰⁷⁾ – anche in considerazione della inammissibilità della c.d. “comunione del credito” ⁽⁴⁰⁸⁾. Tale caduta in comunione, come avviene in ambito matrimoniale, sarà automatica e, perché essa si produca, sarà sufficiente la sola partecipazione di uno dei conviventi all’atto di acquisto ⁽⁴⁰⁹⁾.

Secondariamente, sarà applicabile ai conviventi anche la c.d. “*comunione de residuo*” ⁽⁴¹⁰⁾ e cioè la disciplina prevista in tema di caduta in comunione delle aziende e dei relativi incrementi dettata nell’art. 178 Codice Civile nonché delle ipotesi previste dalle lettere b) e c) dell’art. 177 Codice Civile ⁽⁴¹¹⁾. Tale comunione è considerata anomala in forza del suo carattere differito e solo eventuale, in quanto opera solo se i beni previsti dai citati articoli sussistano ancora al momento della relativa cessazione. In tale ultimo caso, secondo la dottrina allo stato preferibile, il convivente non acquirente vanterà

(407) Per la dottrina dominante, la comunione legale tra i coniugi non ha ad oggetto i diritti di credito, come anche confermato dalla giurisprudenza prevalente: cfr. RUSSO, op. cit., 231; Cass. 1 febbraio 1996, n. 875, in Soc., 1996, 661 con nota di FIALE;

(408) *contra* in parte, per la sola successione ereditaria, Cass. SEZ. UN. 28 novembre 2007, n. 24657 in Giur. It., 2008, 1916;

(409) Cass. 14 novembre 2003, n. 17216, in Riv. Not., 2004, 2, 476;

(410) Giunge a questa conclusione RIZZI, op. cit., 27, unico Autore che ha analizzato le singole previsioni dettate in tema di comunione in relazione ai conviventi;

(411) Cfr. GENGHINI, op. cit., 369;

solo in diritto di credito corrispondente al valore dei medesimi ⁽⁴¹²⁾. Tale istituto è volto a tutelare la libertà individuale di ciascuno dei coniugi, soprattutto per quanto attiene agli atti di disposizione di beni aziendali che, diversamente, potrebbero essere ingessati dal sistema di amministrazione previsto dagli art. 180 e ss. del Codice Civile. Inoltre, tale previsione tutela anche il coniuge non imprenditore che non assume i rischi e le relative responsabilità dell'attività di impresa ⁽⁴¹³⁾. Non vi è ragione pertanto di negare l'estensione di tale istituto anche ai conviventi che possano aver optato per il regime di comunione degli acquisti, ciò sul duplice presupposto dell'espresso richiamo da parte del Legislatore all'intero corpo delle norme sulla comunione e della eventualità che, anche in caso di convivenza, possano nascere esigenze di miglior amministrazione delle aziende personali e mono-gestite da un solo convivente.

Infine, anche per i partners di un rapporto di convivenza che abbiano espressamente esteso tra loro il regime di comunione degli acquisti sarà applicabile la disciplina dettata dall'art. 179 Codice Civile in tema di beni personali ⁽⁴¹⁴⁾. Ciò detto, saranno esclusi dall'acquisto in comune: (i) i beni di cui, prima della stipulazione del contratto di convivenza – e non della sua pubblicizzazione nel competente ufficio anagrafico – il convivente era titolare

(412) Cass. 7 febbraio 2006, n. 2597 in Corr. Giurr, 2006, 807 con nota di OBERTO;

(413) cfr. in tema SANTOSUOSSO, op. cit., 175;

(414) Propende per tale soluzione RIZZI, op. ult. cit., 27;

in proprio (lett. a, art. 179 Codice Civile); (ii) i beni acquistati per effetto di donazione, anche indiretta, o successione ancorché oggetto di trasferimento posteriormente all'instaurazione del regime di comunione attraverso il contratto di convivenza, salva la possibilità per il testatore o donante, prevista dall'articolo da ultimo citato, di attribuire i beni alla comunione; (iii) i beni di uso strettamente personale (es. vestiario, occhiali, ecc.); (iv) i beni che siano destinati all'esercizio della professione del convivente ⁽⁴¹⁵⁾, il cui riferimento alla "*professione*" deve ritenersi comprensiva di qualunque attività di lavoro, sia esso subordinato o autonomo, diversa da quella di impresa (quest'ultima regolata dall'art. 178 Codice Civile) ⁽⁴¹⁶⁾; (v) i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno o pensione per invalidità e/o infortunio; (vi) nonché - categoria che ha destato i maggiori dubbi dottrinali - i beni acquistati mediante utilizzo del prezzo del trasferimento di altri beni personali, purché tale circostanza risulti dall'atto di acquisto. Inoltre, qualora l'acquisto abbia ad

(415) Per ulteriori approfondimenti, si veda GENGHINI, op. cit., 390;

(416) Discusso anche per i conviventi sarà il caso di cessazione dell'attività professionale e i conseguenti riflessi sul regime di comunione. Come già ritenuto per i coniugi, parte della dottrina ha ritenuto che il bene di cui alla previsione in commento cada in comunione in conseguenza della cessazione del nesso di strumentalità con l'attività esercitata; altra dottrina - preferibile - sostiene che la natura personale del bene destinato alla professione sia ineliminabile e permanga nonostante la modifica della sua destinazione. Cfr. rispettivamente BARBERA, *La comunione legale*, in Trattato di diritto privato, a cura di RESCIGNO, III, Torino, 1982, 424 e SCHELSINGER, *Commento all'art. 177 cod. civ. in Commentario di diritto della famiglia*, Padova, 1993, 153;

oggetto beni mobili registrati o beni immobili, sarà necessario anche l'intervento e la dichiarazione confermativa dell'altro convivente ⁽⁴¹⁷⁾.

Si ripropongono con maggior forza, inoltre, i dibattiti e le questioni sorte in tema matrimoniale circa l'ammissibilità del rifiuto del coacquisto, e cioè la possibilità per i conviventi – per effetto della mera volontà espressa con dichiarazione del soggetto non acquirente – di evitare la caduta in comunione dei beni di cui agli artt. 177 e 178 Codice Civile, scenari ripercorribili all'esito della scelta dei convenuti di applicare il regime di comunione degli acquisti ⁽⁴¹⁸⁾.

(417) Tali beni ricevono la qualità personale per surrogazione con altri beni personali, è quindi necessario che ciò sia espressamente dichiarato nell'atto di acquisto. La dichiarazione del convivente acquirente sarà sempre necessaria; qualora si tratti di beni immobili o mobili registrati, è altresì necessaria la dichiarazione dell'altro convivente, che ha natura ricognitiva. Tali dichiarazioni assumono il ruolo di dichiarazioni di scienza e non di volontà – cfr. *amplius* sul rifiuto del coacquisto – e, pertanto, non possono modificare la natura e la qualità dei beni surrogati. È inoltre preferibile ritenere che detta dichiarazione operata dal convivente non acquirente debba essere contestuale all'atto e che, qualora questi non sia stato parte del negozio, il bene cada automaticamente in comunione. È stato però anche osservato, in caso di ingiustificato rifiuto del coniuge non acquirente alla prestazione di tale dichiarazione, il soggetto acquirente potrà promuovere un giudizio ordinario per ottenere l'accertamento della natura personale del bene; tesi che pare possa essere estesa anche al caso dei conviventi. Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. GENGHINI, op. cit., 404 e ss.;

(418) L'evoluzione degli interpreti ha conosciuto diverse stagioni e tesi circa tale possibilità. La dottrina più risalente sosteneva tale possibilità di rifiuto volontario sulla base della libertà all'autonomia privata dell'impossibilità di obbligare un soggetto ad un acquisto non voluto (GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale tra coniugi, esclusione della comunione di singoli beni e rifiuto di coacquisto*, in Riv. Dir. Civ., 1988, 356). Altra parte della dottrina (ROMOLI, *Rifiuto del coacquisto e sistema della comunione legale*, in Notariato, 2006, 67) e la giurisprudenza a più riprese (Cass. Sez. Un. 28 ottobre 2009 n. 22755) hanno invece negato tale possibilità sulla considerazione che nessuna disposizione legislativa parrebbe

Tuttavia – ancorché le motivazioni tradizionalmente negative non siano legate allo spettro di applicazione dell'autonomia privata, bensì alla assenza di disposizioni favorevoli in tal senso – potrebbe ripensarsi tale soluzione, considerato che la comunione tra conviventi non è di natura legale, bensì nasce e opera in forza della mera volontà di tali soggetti.

Si osserva, infine, che la riforma della L. 151/1975 aveva modificato l'art. 2659 Codice Civile, prevedendo che la nota di trascrizione debba indicare il regime patrimoniale dei soggetti acquirenti e venditore. La Novella non richiama l'estensione di tale menzione del regime scelto dai conviventi e, di conseguenza, sembrerebbe non necessario fare altrettanto negli atti di acquisto immobiliari che accedano alla trascrizione. Tuttavia, ragioni sistematiche e formali, impongono che la nota di trascrizione debba indicare l'eventualità il regime patrimoniale dei conviventi che abbiano esteso loro volontariamente il regime di comunione. Infatti, la Novella ha previsto mercé il contratto di convivenza l'applicazione volontaria *“il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile”*.

Mi pare così più sostenibile che il Legislatore - nonostante l'infelice formulazione della norma - non abbia voluto limitare o precisare quali siano le norme applicabili ai conviventi in caso di adozione del regime di comunione,

ammettere che uno dei soggetti della comunione possa efficacemente rinunciare alla contitolarità di un singolo bene, in parallelo con l'impossibilità per uno di essi di dismettere volontariamente l'intera sua quota;

bensi evidenziare il solo regime applicabile (quello delineato dalla sezione III del relativo capo), implicitamente rendendo applicabili anche le norme di corollario che ne regolano l'impatto nell'ordinamento.

7. Segue. L'amministrazione dei beni in comunione

Premesso quanto sopra, l'amministrazione dei beni oggetto di comunione tra i conviventi sarà regolata dalle norme di cui agli art. 180 e ss. del Codice Civile. Sulla possibilità di deroga di tali principi si evidenzia quanto sopra richiamato in tema di beni personali e di richiamo della sola Sezione III da parte del Legislatore, elemento formale che pone nel dubbio tali eventualità ⁽⁴¹⁹⁾.

Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 180 Codice Civile, l'amministrazione dei beni acquistati posteriormente all'instaurarsi della convivenza spetterà, in via ordinaria, ad entrambi i soggetti, disgiuntamente. Per gli atti di straordinaria amministrazione e per la stipulazione di contratti con i quali si concedano o acquistino diritti personali di godimento sui beni della comunione, invece, sarà necessario il consenso di entrambi i conviventi ⁽⁴²⁰⁾. Si ripercuotono anche in

(419) RIZZI, op. cit., 27;

(420) Indipendentemente dalla durata infra o ultra novennale del diritto di godimento concesso; cfr. GENGHINI, op. cit., 410;

tema di convivenza le problematiche dettate in tema di sostituzione soggettiva nell'amministrazione della comunione e, come appare preferibile, si ritiene che il convivente potrà eventualmente concedere procura sia al proprio partner che a un terzo, purché speciale ⁽⁴²¹⁾.

Uguualmente, in caso di rifiuto di uno dei partners, potrà applicarsi l'art. 181 Codice Civile, che prevede la possibilità del convivente di rivolgersi al giudice per ottenere l'autorizzazione a compiere in proprio eccezionalmente l'atto, qualora la stipulazione del medesimo sia funzionale ai bisogni – necessari o utili ⁽⁴²²⁾ – della famiglia, e la disciplina dettata dall'art. 182 Codice Civile per il caso di lontananza o impedimento di uno dei due conviventi ⁽⁴²³⁾.

Infine, solo parzialmente sarà applicabile ai conviventi quanto previsto dall'art. 183 Codice Civile, norma che permette a uno dei partecipanti della comunione di escludere l'altro qualora questi sia (i) minore, (ii) non possa

(421) La dottrina prevalente infatti esclude che il coniuge in comunione legale possa integralmente farsi sostituire da terzi o dall'altro coniuge, in quanto derogatoria del sistema delineato dal Legislatore per l'amministrazione dei beni comuni (cfr. sul punto CORSI, // *regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratto di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1984, 127);

(422) MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1982, 127;

(423) Tale previsione permette di effettuare atti necessari e indilazionabili sui beni della comunione da parte di uno solo dei partners purché ricorrano i due presupposti di (i) lontananza o impedimento materiale ad agire (rileva in tema anche l'impedimento giuridico, ad esempio quanto uno dei conviventi versi in situazione di incapacità temporanea; cfr. Trib. Torino 29 aprile 1997, in *Riv. Not.*, 1998, 682) e (ii) mancanza di procura rilasciata dal convivente impedito; il tutto previa autorizzazione del giudice;

amministrare e (iii) abbia male amministrato. I primi due casi infatti non appaiono *de plano* applicabili ai conviventi, considerato che – come già sottolineato – il contratto di convivenza, e quindi l'adozione del regime di comunione degli acquisti, non può essere stipulato da soggetti minori; l'eventuale interdizione giudiziale di uno dei partecipanti invece è previsto dia luogo alla sospensione degli effetti del contratto, tuttavia il Legislatore non ha previsto lo scioglimento del contratto medesimo; in tal caso, quindi, appare sostenibile che l'interdetto venga sicuramente escluso di diritto dall'amministrazione dei beni della comunione, seppur si voglia accedere alla tesi della permanenza del contratto in quiescenza ⁽⁴²⁴⁾.

Infine, appare richiamabile la disciplina dettata dall'art. 184 Codice Civile per il caso di mancato rispetto delle norme sull'amministrazione – come peraltro conforta l'integrale richiamo del comma 53 lett. c) al capo dedicato alla comunione legale in ambito matrimoniale – con le relative sanzioni. ⁽⁴²⁵⁾.

(424) GENGHINI, op. cit., 420;

(425) Più precisamente, in caso di atti compiuti da uno solo dei conviventi in lesione della citata disciplina ed aventi ad oggetti beni mobili non registrati, il convivente agente sarà onerato di reintegrare la comunione allo stato antecedente; diversamente, qualora tale atto abbia avuto ad oggetto beni mobili registrati o beni immobili, l'atto compiuto sarà annullabile entro un anno dall'avvenuta conoscenza, o comunque dalla trascrizione del medesimo, da parte del convivente non partecipante al negozio viziato. Si veda sulla possibilità di convalida ex art. 1444 Codice Civile degli atti così compiuti, anche in forma tacita: SANTOSUOSSO, op. cit., 269;

In conclusione, gran parte delle norme dettate per la comunione legale dei coniugi sembrano applicabili – seppur con i relativi minimi adattamenti – ai conviventi che abbiano optato per il sistema della comunione degli acquisti.

8. Segue. Lo scioglimento della comunione dei beni tra i conviventi e la divisione dei relativi beni

Il comma 60 della Novella prevede espressamente che la risoluzione del contratto di convivenza comporti la cessazione del regime di comunione dei beni eventualmente optato dai partners.

La dottrina ha ritenuto di sottolineare che, trattandosi di eventi o di atti aventi data certa – e più precisamente: (i) la risoluzione, (ii) il recesso unilaterale, (iii) il matrimonio o l'unione civile e (iv) il decesso delle parti – tali cause non comportino particolari problematiche in relazione alla cessazione del regime di co-acquisto ⁽⁴²⁶⁾. Diversamente, maggiormente problematica risulta la applicazione analogica delle cause tipiche di scioglimento dettate dall'art. 191 Codice Civile che necessita degli opportuni adattamenti ⁽⁴²⁷⁾, mentre

(426) FIGONE, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 283;

(427) Più precisamente, tale norma prevede gli atti giuridici ai quali la legge ricollega automaticamente l'effetto di scioglimento del regime ed essi sono: (i) la dichiarazione di assenza o di morte presunta, in quanto cause atte a sciogliere il vicolo di coniugio, ma che tuttavia non sono state previste quali ipotesi di risoluzione de contratto di convivenza e che quindi non paiono direttamente estensibili in tema di tali rapporti; (ii) la morte naturale,

appare estensibile l'ipotesi di cessazione giudiziale del regime ai sensi dell'art. 193 Codice Civile e che ricorre nelle ipotesi tassative ivi contenute: (i) interdizione o inabilitazione di uno dei conviventi, (ii) cattiva amministrazione dei beni della comunione, (iii) condotta nell'amministrazione che comporti messa in pericolo degli interessi del partner o della famiglia ed infine (iv) la mancata contribuzione ai bisogni della famiglia in misura delle proprie sostanze⁽⁴²⁸⁾. In tali ipotesi, infatti, viene in rilievo il solo comportamento di uno od entrambi i soggetti della comunione, senza alcuna rilevanza del vincolo matrimoniale. La medesima *ratio* che sottende a ciascuna delle ipotesi in esame – e cioè la tutela degli interessi patrimoniali di uno dei partner – viene in rilievo anche nel caso di regime di comunione opzionato dai conviventi.⁽⁴²⁹⁾.

simmetricamente prevista quale causa di risoluzione anche del relativo contratto di convivenza e quindi pienamente applicabile; (iii) lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ipotesi ovviamente non estensibili in alcun modo al contratto in esame; (iv) la dichiarazione di nullità del matrimonio; il Legislatore non ha preso espressamente in esame i riflessi della nullità del contratto di convivenza anche se sembrerebbe congruente che tale vizio operi come causa di scioglimento del regime patrimoniale, simmetricamente a quanto avviene in ambito matrimoniale; (v) il fallimento di uno od entrambi i coniugi, ipotesi che soddisfa l'esigenza di separare il patrimonio del fallito da quello del coniuge, destinandolo al soddisfacimento delle ragioni dei creditori, e pertanto pienamente estensibile anche in caso di adozione volontaria da parte dei partners del regime di comunione dei beni a mezzo del contratto di convivenza; (vi) la separazione personale, eventualità in alcun modo non estensibile in ambito di convivenza;

(428) RIZZI, op. cit., 27;

(429) Quanto alle modalità operative dello scioglimento, anche in tale caso potrà essere applicata per richiamo normativo, la disciplina con gli arresti giurisprudenziali sino ad ora

Sussiste, inoltre, anche la possibilità di modifica convenzionale il regime di comunione da parte dei conviventi che prevedano la relativa cessazione volontaria. Ciò è espressamente previsto dal comma 54 che recita: *“Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51”* - simmetricamente a quanto accade nell'ambito matrimoniale, ove la volontà dei coniugi, esplicitata attraverso una apposita convenzione matrimoniale – e sembra non vi siano ostacoli a sostenere che tale modifica possa spingersi sino a portare alla instaurazione della separazione dei beni tra i conviventi.

raggiunti in tema; in particolare la separazione giudiziale dei patrimoni potrà essere richiesta da ciascuno dei conviventi con ordinario giudizio contenzioso, di competenza del Tribunale. La giurisprudenza ha in tema sottolineato come la sentenza che pronuncia la separazione del patrimonio comune retroagisce al giorno in cui è stata proposta la domanda ed instaura il regime di separazione dei beni. Trattasi di deroga al principio secondo il quale, per una sentenza di natura costitutiva, gli effetti si producono *ex nunc* dal momento del passaggio in giudicato. Cfr. Cass. 27 febbraio 2001 n. 2844, in Fam. Dir., 2001, 441 per la quale *“Mentre in caso di separazione personale dei coniugi lo scioglimento della comunione legale di beni si verifica con effetto “ex nunc”, solo con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione o con l'omologa degli accordi di separazione consensuale - non spiegando alcun effetto al riguardo il provvedimento presidenziale ex art. 708 c.p.c. - in caso di separazione giudiziale dei beni gli effetti dello scioglimento della comunione retroagiscono invece al giorno in cui è stata proposta la domanda, secondo quanto espressamente prevede il comma 4 dell'art. 193 c.c., il quale, così disponendo, deroga al principio in forza del quale, allorché la pronuncia del giudice ha, come nella specie, valenza costitutiva, gli effetti di tale sentenza non possono prodursi se non dal passaggio in giudicato”*. Maggiori problemi invece desta la pubblicità del provvedimento, non essendo state debitamente richiamate le norme sulla trascrizione delle convenzioni matrimoniali dal Legislatore nella Novella;

Infine, il Legislatore si preoccupa di dettare le conseguenze della risoluzione del contratto di convivenza, prima, e della collegata cessazione del regime di comunione, poi. Il comma 60 della Novella prevede, infatti, che in caso di risoluzione del contratto “*si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile*”. L'applicazione delle norme dettate per lo scioglimento della comunione legale dei coniugi vengono pertanto richiamate dallo stesso Legislatore, tuttavia solo in tema di risoluzione del contratto per le ipotesi previste nella Novella stessa. Sembra, tuttavia, ragionevole ritenere che, con i dovuti adattamenti, la disciplina dettata dal Codice Civile in merito a rimborsi e restituzioni nonché in caso di necessità di divisione del patrimonio comune possano essere estese anche nelle ipotesi estese ai conviventi ed originariamente previste negli artt. 191 e 193 Codice Civile ⁽⁴³⁰⁾. Depongono in tal senso (i) la ratio delle previsioni coinvolte – e cioè la necessità di dettare una disciplina compiuta per i casi di cessazione di un regime di comunione di stampo germanistico (v. *infra*) – e (ii) il richiamo del Legislatore a tutta la

(430) RIZZI, op. cit., 27;

Sezione III dedicata alla normazione della comunione dei beni tra coniugi, senza esclusione ⁽⁴³¹⁾ ⁽⁴³²⁾.

(431) Pertanto, ai sensi dell'art. 192 Codice Civile, prima della divisione i conviventi provvederanno ai relativi rimborsi e restituzioni. Si potrà applicare anche in tal caso le tesi già prodotte dalla giurisprudenza e dalla dottrina (CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Milano 2004 e Trib. Catania 21 aprile 1987 in Dir. Fam., 1988, 321;) in tema di denaro utilizzato per l'acquisto di beni comuni di cui all'art. 177 Codice Civile secondo le quali le restituzioni previste dall'art. 192, comma 3, Codice Civile sarebbero solo quelle relative esclusivamente al denaro personale, e cioè quello pervenuto per donazione o successione da uno dei partners. Secondo tale tesi, la norma avrebbe carattere residuale: il partner potrebbe quindi chiedere la restituzione solo delle somme di denaro utilizzate per l'acquisto di beni caduti in comunione ai sensi dell'art. 177 Codice Civile, purché proveniente da donazione o successione, senza che invece si possa vantare alcun diritto sui pagamenti effettuati con denaro derivante dalla vendita di beni personali ai sensi dell'art. 179 lett. f) Codice Civile. Successivamente, i conviventi potranno procedere alla divisione dei beni comuni secondo le previsioni dell'art. 194 Codice Civile; sarà pertanto necessario ripartire l'attivo e il passivo del patrimonio comune in parti uguali. Come in ambito matrimoniale, anche per la divisione del patrimonio comunione dei conviventi si tratterà di divisione di comunione con massa unica, nonostante i beni caduti in comunione siano stati acquistati dai coniugi in forza di titoli diversi. Tale divisione potrà essere sia giudiziale che convenzionale e il giudice, in relazione alla necessità dei figli e al loro affidamento, potrà stabilire in favore di uno dei conviventi l'usufrutto c.d. "giudiziale" su tutti o parte dei beni spettanti all'altro partner e provenienti dalla divisione;

(432) Quanto al momento di cessazione della comunione dei beni scelta da conviventi si può segnalare un sostanziale c.d. "vuoto normativo", silenzio che assume purtroppo gravi conseguenze se si rammenta che l'art. 177 lett. a) Codice Civile individua nella cessazione del regime di comunione l'ultimo momento dal quale possa operare l'effetto legale di co-acquisto dei beni. Le uniche norme che vengono offerte all'interprete per ricostruire il tempo della cessazione del regime sono i commi 59, 60 e 61 della Novella, considerando che l'art. 191 Codice Civile - che individua le cause di scioglimento tra coniugi del regime di comunione legale - non appare completamente esaustivo al caso di partners non legati dal vincolo matrimoniale. Il Legislatore infatti non ha previsto una disciplina della crisi della convivenza –

la cui gestione è lasciata alla autonomia privata – e pertanto non ne ha nemmeno previsto i relativi riflessi sul regime patrimoniale della comunione degli acquisti eventualmente scelto dai partners: non appare infatti possibile estendere le previsioni dell'art. 191 Codice Civile dettate in tale ambito - quale l'annullamento del matrimonio, separazione e divorzio. Si può quindi concludere – sulla base degli scarni indici della Novella e della solo parziale estensione della normativa riservata ai coniugi e agli uniti civilmente – che la comunione tra i conviventi sarà da considerarsi cessata: (i) in caso di mutuo dissenso o recesso, nel momento in cui “la risoluzione viene redatta nelle forme di cui all'art. 51”; (ii) in caso di matrimonio o unione civile, nel momento in cui detti eventi si siano verificati essendo stato sottolineato che le formalità previste dai commi 62 e 63 sarebbero solo momenti esecutivi e/o ricognitivi dell'intervenuto scioglimento – salvi i problemi riflessi sui terzi – e infine (iii) per i casi già previsti dalla normativa dettata per i coniugi, varranno i medesimi arresti già elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per le ipotesi previste all'art. 191 Codice Civile. Si evidenzia infine che sembra doversi in ambito di convivenza escludere l'istituto della riconciliazione e il suo effetto automaticamente ricostitutivo della comunione, come avviene diversamente in tema di rapporti patrimoniali tra i coniugi. E' stato infatti osservato che le cause di scioglimento della comunione legale tra coniugi sono normalmente irreversibili, ma accidentalmente reversibili (si pensi infatti ai casi in cui lo scioglimento sia stato determinato dal ritorno dell'assente o del morto presunto, alla revoca o chiusura del fallimento ed infine proprio in caso di riconciliazione). L'art. 157 Codice Civile prevede che i coniugi infatti possano far cessare gli effetti della separazione senza che sia necessario alcun provvedimento giudiziale e, per di più, che sia sufficiente un comportamento non equivoco incompatibile con lo stato di separazione. La Cass., interrogata sul tema, ha stabilito che vi sia un ripristino automatico della comunione legale a seguito di riconciliazione, con esclusione però di ogni retroattività per il periodo medio tempore intercorso (Cfr. Cass. 12 novembre 1998 n. 11418, in Dir. Fam., 1999, 1059 con nota di PARENTE), tesi che parrebbe confermata dall'art. 69 lettera f) del DPR 396/2000 che prevede la pubblicità di tale evento. Tuttavia, la stessa giurisprudenza ha avuto modo di smentirsi successivamente, chiarendo la necessità di distinguere tra effetti interni ed esterni della riconciliazione (Cass. 05 dicembre 2003 n. 18619, in Vita not., 2004, 285). La dottrina che si è occupata di trasferire dette conclusioni in tema di convivenza ritiene ad ogni modo che l'automatica ricostituzione del regime di comunione ad opera della riconciliazione – ancorché sostenuto dalla giurisprudenza in tema di matrimonio – non sia applicabile a causa del chiaro dato normativo che sembrerebbe ancorare la costituzione del regime alla sola scelta formalmente manifestata;

9. Termine e condizione nel contratto di convivenza

Il comma 56 della Novella dispone che *“Il contratto di convivenza non puo' essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti”* ⁽⁴³³⁾.

Già prima della introduzione della nuova norma, la dottrina era dubbiosa sulla possibilità di sottoporre a termine ⁽⁴³⁴⁾ e condizione il contratto di convivenza, ciò sulla base dei timori di incorrere in coartazioni della libertà personali ovvero di scontrarsi con i divieti di patti successori, per quanto attiene gli elementi accidentali legati all'evento morte ⁽⁴³⁵⁾.

Tuttavia, in ovvia assenza di una previsione contraria, si era ritenuto che il termine e la condizione fossero strumenti in grado di favorire l'equilibrio tra

(433) Cfr. GRECO, op. cit., 265;

(434) cfr. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit., 989 che riteneva ammissibile il termine apposto non al contratto in sé, bensì alle obbligazioni di contribuzione scaturenti dal contratto, osservando che *“la relazione interpersonale non è presupposto, ma effetto del contratto, nel quale vengono in rilievo solo i profili patrimoniali: il termine, dunque, non menoma la libertà di porre fine alla convivenza, ma la rende un possibile presupposto di un inadempimento, con le relative conseguenze risarcitorie, che dovranno essere parametrate sulle prestazioni non effettuate”*;

(435) BASSETTI, op. cit., 95;

le tante esigenze che il contratto di convivenza si trovava a dover supplire ⁽⁴³⁶⁾. Era stato infatti sostenuto che la condizione – con il relativo meccanismo sospensivo o risolutorio – fosse l'unico mezzo per permettere il corretto e voluto esplicarsi delle previsioni patrimoniali tra i partners, facendo così divenire la convivenza “*il motore del contratto*” ⁽⁴³⁷⁾.

Il Legislatore della Novella, invece, ha ritenuto che gli elementi accidentali del contratto – termine e condizione – non trovino spazio nel contratto di convivenza, negozio che pertanto ha da considerarsi “*actus legitimus*” (cioè atto che non tollera l'apposizione di termini e condizioni) ⁽⁴³⁸⁾. La motivazione di tale scelta sembrerebbe risiedere nella volontà di soddisfare esigenze di certezza e, per parte della dottrina, della natura di un negozio familiare del contratto di convivenza ⁽⁴³⁹⁾ - parallelamente al matrimonio seppur discostandosi dal medesimo per la sua essenziale temporaneità ⁽⁴⁴⁰⁾.

(436) BASSETTI, op. cit., che, oltre a quanto evidenziato, presta in rassegna e analizza – ritenendolo lecito - un possibile trasferimento del diritto di proprietà “a scaglioni”, e cioè il cui diritto dominicale si accresca nella quota subordinatamente al trascorrere del tempo di convivenza. Cfr. anche OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 119;

(437) DEL PRATO, op. cit., 959;

(438) In tal senso anche PERFETTI, op. cit., 1749;

(439) cfr. DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103 che, appunto, ritiene la disciplina della convivenza sia ispirata al matrimonio in quanto volta alla tutela di rapporti “*personal*” che mal si concilino con l'apposizione di termini e condizioni, come già previsto per il vincolo coniugale ex art. 108 Codice Civile;

All'esito della L. 76/2016, sulla base del dato normativo, la dottrina ha ritenuto non possibile apporre un termine finale di efficacia (⁴⁴¹) o una condizione – sia sospensiva o risolutiva – né all'intero contratto che alle singole pattuizioni (⁴⁴²), come previsto dal Legislatore, e l'eventuale inserimento di tali elementi non renderebbe nullo l'intero negozio, ma ne determinerebbe la sola nullità del termine o della condizione inseriti (⁴⁴³).

Tale soluzione è stata però apertamente criticata da parte della dottrina che ha sottolineato l'inutilità di trarre per il contratto di convivenza le medesime conclusioni sulla personalità dell'atto matrimoniale, essendo il primo uno strumento essenzialmente volto a regolare l'aspetto patrimoniale

(440) MANILDO, *Unioni civili e convivenze, guida commentata alla Legge N. 76/2016*, Maggioli, 2016, 277, che in nota sottolinea il parallelismo con l'art. 108 previsto in tema di matrimonio e ricorda il divieto per l'ufficiale dello stato civile di procedere alla celebrazione quando venga rilevata una determinazione accessoria nella volontà dei nubendi;

(441) Cfr. DOSI, op. cit., 213 che ritiene, non condivisibilmente, che *“essendo consentita la risoluzione del contratto di convivenza (...) a tale contratto è implicitamente apposto il termine risolutivo dell'eventuale scioglimento dell'impegno dei conviventi”*, concludendo che, come per il matrimonio, il rapporto di convivenza non abbia alcun principio di indissolubilità in senso per effetto del comma in esame;

(442) Cfr. PERFETTI, op. cit., 1759 che ritiene possibile – sembrerebbe ritendo che tali previsioni non abbiano natura condizionale – subordinare parte dei contenuti delle obbligazioni di mantenimento del contratto, quali l'erogazione al partner di somme periodiche, e che esclude invece la possibilità di condizionare la dazione di una somma alla nascita di un figlio per motivi di ordine pubblico;

(443) RIZZI, op. cit., 31;

del rapporto, mentre il secondo uno *status* e peraltro facendo notare che l'apposizione di termine e condizioni appare pacifica all'interno del sistema delle convenzioni matrimoniali ⁽⁴⁴⁴⁾.

(444) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, op. cit., 952, il quale critica duramente la soluzione del Legislatore: *“La ragione vera della presenza del citato scampolo di prosa normativa risiede nell’ottica radicalmente errata in cui i conati di riforma degli ultimi decenni si sono andati muovendo in Italia. Come dimostra la storia dei disegni di legge in materia e come (inutilmente) denunciato più volte da chi scrive, alla chiarezza dei testi (e, prima ancora, delle idee) non ha potuto giovare il tipo d’approccio costantemente prescelto dall’italico legislatore nell’accostarsi ai problemi delle coppie omosessuali e delle famiglie di fatto. Un approccio che sempre ha manifestato una certa qual dose di confusione, talora evidente, tra le due radicalmente diverse prospettive che un intervento normativo in questo settore avrebbe dovuto perseguire. Da un lato, quella che mirava a porre fine, una buona volta per tutte, alla persistente discriminazione verso le persone omosessuali in merito alla possibilità di suggellare con il vincolo matrimoniale la propria unione affettiva. Dall’altro, quella che aveva per scopo la soluzione di una serie di problemi giuridici inevitabilmente destinati a sorgere da una convivenza tra persone (di sesso diverso, così come dello stesso sesso) che, però, coscientemente, per le più svariate ragioni, avessero liberamente escluso la via del matrimonio. Quest’ultima, e solo quest’ultima, era la considerazione che si sarebbe dovuta porre alla base di un’ipotetica disciplina ad hoc dei contratti di convivenza. Disciplina che avrebbe dovuto, quindi, mirare alla costituzione, per via negoziale, di un rapporto giuridico fonte di reciproci diritti e doveri che possono anche per taluni aspetti assomigliare a quelli di due soggetti i quali vivano, come si soleva affermare nei secoli passati, in schermate matrimoniali, ma che da questi divergano per modo di costituzione e di cessazione, nonché per qualità, quantità ed intensità di effetti. 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 regolamentazione “leggera” di una forma di unione diversa da quella coniugale, di pesi, oneri ed orpelli para-matrimoniali, del tutto superflui, se non addirittura dannosi”;*

Da ciò, quindi, alcuni autori hanno sconfessato parzialmente il dato normativo e tratto la possibilità di interpretare restrittivamente la previsione, ritenendo nulli i soli elementi accessori che investano il complesso del contratto di convivenza e non le condizioni o i termini che accedano alle singole pattuizioni patrimoniali ⁽⁴⁴⁵⁾, ciò con importanti riflessi pratici.

Più in particolare, infatti, è stata ritenuta ammissibile – nonostante la presenza dei divieti dettati dal comma 56 – la fissazione di un termine per limitare temporalmente la contribuzione ai sensi del comma 53 lett. b), dovuta cautela per evitare che il convivente rimanga esposto all'obbligazione di mantenimento per tempo indeterminato dopo la fine del *ménage*, non potendo, per l'Autore che ha approfondito il problema, farsi diversamente ricorso all'istituto della presupposizione ⁽⁴⁴⁶⁾.

(445) TASSINARI, op. cit., 1747; OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, op. cit., 89;

(446) OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, op. cit., 139 che ha osservato “L'obiezione decisiva è però ancora un'altra. Non sembra infatti che tra i conviventi possa affermarsi la sussistenza di una presupposizione sulla durata del rapporto. Invero, chi effettua una prestazione a titolo gratuito al convivente confidando nella futura utilizzazione in comune del bene acquistato dal compagno, non può ragionevolmente presupporre, proprio per l'assenza di vincoli giuridici al riguardo, che la comunione di vita attualmente in atto proseguirà anche per il tempo a venire. Né in proposito appare logico invocare il parallelo con la promessa di matrimonio, che potrebbe rompersi anche dopo breve tempo, atteso che in tal caso la soluzione normativa - esplicitamente predisposta da una norma che, tra l'altro, non appare analogicamente riferibile alla convivenza *more uxorio* – è determinata dalla presenza di un chiaro impegno a sottoporre i propri futuri rapporti patrimoniali a ben precisi effetti giuridici, ciò che le parti di una *union libre* invece chiaramente escludono”;

Appare invece più dubbia la possibilità di prevedere un termine a tali doveri contrattuali che non sia legato alla fine della convivenza ⁽⁴⁴⁷⁾, ma possa sopravvivere a quest'ultima ⁽⁴⁴⁸⁾. In tema, è stato sostenuto che tale previsione sia lecita, considerato quanto già sostenuto prima dell'avvento della Novella e che sia nella disponibilità prevedere che l'effetto dell'eventuale recesso esercitato dal convivente-contraente (comma 54) possa essere limitato alle sole altre previsioni del contratto, lasciando quindi inalterati gli obblighi contributivi.

Altra dottrina ancora - sempre sconfessando il dato letterale del divieto - ritiene che le uniche condizioni vietate sarebbero quelle che abbiano quale fatto dedotto a evento quelle circostanze che non rientrano nella normale dinamica del rapporto di convivenza. Pertanto, per tale Autore, sarebbero valide le pattuizioni subordinate alla cessazione della convivenza e che prevedano diverse misure e forme di contribuzione in conseguenza al mutamento di scenario rispetto alla data di stipula del contratto, osservando

(447) Cfr. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, op. cit. 730 che sembrerebbe, prima della Novella, ritenere il contratto implicitamente destinato a cadere con la fine della convivenza;

(448) In dottrina, prima dell'introduzione della Novella, si era palesata la necessità – non soddisfatta dalla L. 76/2016 – che gli eventuali accordi di convivenza, in particolare quelli atti a regolare la cessazione del ménage, fossero sottoposti al principio "*rebus sic stantibus*", sottolineando la necessità che di un "*meccanismo rettificativo*" simile a quello previsto per i coniugi, per i quali è necessario l'intervento del giudice nella definizione negoziale della crisi matrimoniale, previsione può essere compresa solo attraverso una dazione *una tantum* (cfr. art. 5, comma 8, L. 898/1970), cfr. IEVA, op. cit., 41;

che, diversamente, i conviventi sarebbero onerati di risolvere e concludere continuamente contratti di convivenza che soddisfino i mutamenti nel tempo ⁽⁴⁴⁹⁾.

Un ultimo spazio trova l'analisi dell'istituto della presupposizione in relazione al contratto di convivenza. In assenza di dottrina che si sia pronunciata dopo l'introduzione della L. 76/2016, si può ricordare che un Autore aveva ritenuto applicabile tale istituto al contratto in esame qualora i conviventi avessero preso a presupposto comune – e inespresso - della stipulazione del negozio una data condizione patrimoniale di uno delle stesse; in tal caso, l'Autore sosteneva la possibilità di ottenere la risoluzione del patto qualora le condizioni di contribuzione dessero luogo a prestazioni eccessivamente onerose da sostenere da uno dei conviventi ⁽⁴⁵⁰⁾. Tali conclusioni mi sembra che peraltro ormai abbiano risolto pratico, stante la possibilità dei partners di sciogliere il contratto per effetto di mero recesso immotivato.

In conclusione, sembra ragionevole distinguere tra condizioni e termini apposte al contratto di convivenza ed elementi accidentali collegati alle singole pattuizioni, ritenendo vietate le prime per espressa previsione legislativa, mentre lecite le seconde in quanto mezzi idonei – e a volte insostituibili – per

(449) RIZZI, op. cit, 98;

(450) DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit., 985;

riuscire a regolare compiutamente gli effetti negoziali voluti dai partners. Ovviamente, in assenza di chiare indicazioni dalla dottrina e di pronunce della giurisprudenza, si raccomanda la massima prudenza nel relativo inserimento.

10. Previsioni atipiche per la cessazione della convivenza

Come già segnalato, una delle maggiori aspettative tradite dal Legislatore è la mancata espressa previsione al comma 53 della possibilità per i partner di regolare i loro rapporti patrimoniali in esito alla cessazione del rapporto.

Sul punto si assiste in primo luogo alla necessità di esaminare la disciplina legale e la possibilità di derogarvi mercè il contratto di convivenza. La Novella, infatti, prevede per il caso di cessazione del rapporto l'attribuzione di un diritto alimentare attraverso provvedimento giudiziale qualora il convivente debole versi in stato di bisogno e non sia in grado di mantenersi (cfr. comma 65). Il Legislatore inoltre precisa: *“In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle”*.

Tale previsione, che costituisce una continuazione del dovere di solidarietà tra i conviventi anche dopo la cessazione rapporto, si attesta come tutela patrimoniale del partner debole ⁽⁴⁵¹⁾ che va ad aggiungersi a quanto *infra* evidenziato in tema di rilascio della abitazione familiare ⁽⁴⁵²⁾.

Sicuramente, considerato il carattere alimentare e le finalità, il contratto di convivenza non potrà derogare *in pejus* a tale attribuzione. Essa si sostanzierebbe in una rinuncia preventiva agli alimenti, rinuncia a più riprese giudicata nulla dalla giurisprudenza di legittimità in forza della indisponibilità del diritto alimentare, come si evince dall'art. 447 Codice Civile che non ammette né la cessione né la compensazione del relativo credito ⁽⁴⁵³⁾.

Tuttavia, deve segnalarsi che autorevole dottrina sembrerebbe ammettere tale deroga *in pejus* e pattizia agli obblighi alimentari dettati dal comma 65 sul presupposto che ai conviventi dovrebbe essere garantito “*il diritto a non avere diritti*” ⁽⁴⁵⁴⁾, anche in considerazione del fatto che (i) l'ex-

(451) ROMANO, op. cit., 349;

(452) Cfr. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, op. cit., 957, che plaude alla soluzione, osservando la correttezza che il dovere di solidarietà si manifesti anche nell'ambito della convivenza, e ricorda tuttavia che il convivente non potrà avvalersi degli strumenti – processuali e di merito – che assistono il diritto del coniuge separato o divorziato;

(453) QUADRI, op. cit., 277;

(454) AMADIO, *La crisi della convivenza*, in N.g.c.c., 2016, 12, 1774;

convivente è stato posto in basso nella scala dei tenuti agli alimenti e (ii) il Legislatore non ha ritenuto di modificare la disciplina di cui all'art. 433 Codice Civile ⁽⁴⁵⁵⁾.

Proprio la dottrina da ultimo citata ha infatti teorizzato la possibile presenza di contratti di “*opting out*” – e cioè contratti di esenzione - della disciplina legale della convivenza e dagli effetti automatici che la Novella ricollega alla presenza dei requisiti dettati dal comma 36; l'ammissibilità di tali contratti - aventi natura dissimile dal negozio previsto dal comma 50 della L. 76/2016 e rientranti invece in quelli di diritto comune – avrebbero pertanto la finalità di evitare le conseguenze della cessazione della convivenza previste dal comma 65 ⁽⁴⁵⁶⁾.

Secondariamente, allontanandosi dalle sole possibili deroghe al regime legale – minimo – par la cessazione della convivenza, deve evidenziarsi che – come anticipato - il Legislatore nulla ha previsto circa la possibilità che il contratto di convivenza preveda già conseguenze patrimoniali in vista dello scioglimento dello stesso ovvero della cessazione del *ménage* ⁽⁴⁵⁷⁾.

(455) TASSINARI, op. cit., 1747;

(456) Cfr. sul punto TASSINARI, op. cit., 1747 che, peraltro, aggiunge che le previsioni derogatorie alla disciplina legale contenuta ai commi 42 e 44 – discipline connesse alla cessazione della convivenza per morte – potranno essere contenute solo in un testamento, stante il divieto di cui all'art. 458 Codice Civile;

(457) Proprio tale ambito di analisi è stata oggetto di studio da parte della dottrina in relazione alla possibile equiparazione delle finalità del contratto di convivenza con i contratti pre-matrimoniali; l'Autore che si è occupato del tema, infatti, a conclusione delle proprie

Come meglio più avanti sottolineato, deve premettersi che non necessariamente alla caducazione del contratto si riconnette la cessazione del rapporto di convivenza, potendo i partners voler semplicemente liberarsi dalla pattuizioni patrimoniali tra loro precedentemente intercorse (⁴⁵⁸). Se è possibile giungere agevolmente a tale conclusione in caso consensuale, è invece più difficoltoso sostenere possibile il permanere del rapporto in caso di recesso unilaterale, considerato che tale negozio unilaterale sembra presupporre la fine del *ménage*, avendo previsto il Legislatore la necessità che la relativa dichiarazione assegni al convivente un termine per lasciare l'abitazione comune.

Ad ogni modo, in assenza di indicatori da parte del Legislatore, non può che farsi riferimento per sciogliere il punto circa le previsioni sulla cessazione del *ménage* anche a quanto elaborato dalla dottrina prima dell'introduzione della L. 76/2016 (⁴⁵⁹).

riflessioni ha osservato che le medesime istanze da parte degli ex-conviventi circa la ripetizione di quanto corrisposto durante il *ménage* sono da riscontrarsi come avanzate anche nella cessazione del rapporti coniugali, arrivando per converso a sostenere – seppur sotto il regime precedente alla L. 76/2016 – l'ammissibilità di un contratto di convivenza che contenga una "calibrazione" delle prestazioni contributive di ciascun partner per il fatto che uno di questi goda di trattamenti post-matrimoniali; cfr. OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali*, in Fam. Dir., 2015, 2, 165;

(458) Cfr. AMADIO, op. cit., 1768;

(459) Cfr. PERFETTI, op. cit., 1759 che critica la precedente dottrina (DEL PRATO, op. cit., 982), che riteneva nulla la previsione della estinzione del contratto alla cessazione della convivenza

Gran parte degli Autori riteneva infatti che, anche in assenza di regolamentazione, funzione preminente del contratto di convivenza – atipico – fosse quella di regolare il regime di cessazione del rapporto di coppia, con i conseguenti effetti patrimoniali e sulla prole dei partners.

In particolare, la dottrina più attenta riteneva lecita la stipulazione di un contratto tra conviventi che prevedesse, tra l'altro, l'assunzione di obblighi di carattere economico da effettuarsi dopo la cessazione del *ménage*, in considerazione del disposto dettato dall'art. 1322 Codice Civile (⁴⁶⁰); aggiungendovi la precisazione che tali previsioni non avrebbero dovuto atteggiarsi a clausole penali per la rottura del rapporto, pena la loro nullità per coartazione della libertà del partner tenuto all'erogazione (⁴⁶¹). E' stato infatti precisato dal tale Autore che la liceità delle previsioni dettate in tal senso avrebbe dovuto essere affermata ogni qualvolta si scorgesse nel regolamento contrattuale il fine per i conviventi di "*predisporre una forma di soccorso*" per il partner in stato di bisogno e qualora il sistema obbligatorio del contratto non rivestisse invece uno "*strumento di dissuasione*". Sulla scorta di tale riflessione

da parte di un partner in quanto subordinata ad una condizione risolutiva meramente potestativa, segnalando che la dottrina più moderna ritiene valida un siffatto meccanismo causale essendo il divieto posto dall'art. 1355 Codice Civile sancito a carico della sola condizione sospensiva meramente potestativa;

(460) AMADIO, op. cit., 1766;

(461) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 172;

era stato così consigliato di prevedere espressamente le misure e le modalità di erogazione, sia ai fini di determinazione della prestazione che per la necessità di verificarne la legittimità in forza dei canoni sopra citati ⁽⁴⁶²⁾.

Sul punto si era pronunciata positivamente la giurisprudenza, ritenendo lecita l'attribuzione del godimento vita natural durante subordinatamente alla cessazione del *ménage*, già sopra esaminata ⁽⁴⁶³⁾ ⁽⁴⁶⁴⁾.

La soluzione positiva, in generale, mi sembra percorribile anche all'esito dell'introduzione della L. 76/2016 ⁽⁴⁶⁵⁾ considerato che, ancora oggi, sussistono quelle motivazioni che rendono altamente opportuno regolamentare la cessazione della convivenza già dalla stipulazione del contratto, essendo proprio in tale contesto preminente la sua funzione ⁽⁴⁶⁶⁾ volta ad evitare di ricorrere al contenzioso e/o a negozi transattivi. Infatti, già prima della L. 76/2016, la dottrina aveva osservato l'opportunità di regolare

(462) Cfr. sempre OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 173 il quale osservava anche, prima della introduzione della L. 76/2016, l'impossibilità di riprodurre pattiziamente il sistema delle tutele del coniuge all'esito della separazione o dello scioglimento degli effetti civili del matrimonio ovvero del c.d. sistema dell'addebito, per ragioni strettamente legate alla riserva di legge;

(463) Cfr. Cass. 8 giugno 1993 n. 638, in Corr. Giur., 1993, 947;

(464) Cfr. per il caso di preliminare di trasferimento: DEL PRATO, op. cit., 980;

(465) Abbracciano questa soluzione anche VILLA, op. cit., 1333 e MACARIO, op. cit., 9;

(466) AMADIO, op. cit., 1765;

patrimonialmente il rapporto di convivenza – e, aggiungo, la sua cessazione – in un momento in cui il rapporto affettivo fosse ancora esistente ⁽⁴⁶⁷⁾.

Parte maggioritaria della dottrina ha oggi ritenuto che l'autonomia contrattuale che domina l'ordinamento debba condurre a sostenere necessariamente la liceità di “*veri e propri contratti di rottura della convivenza*” ⁽⁴⁶⁸⁾, nonostante altra parte degli autori abbia ritenuto che, in assenza testuale di siffatta possibilità nel comma 53, ciò non sarebbe possibile ⁽⁴⁶⁹⁾.

La dottrina negativista peraltro ha osservato che ammettere l'ammissibilità di pattuizioni per la sola cessazione del rapporto vorrebbe dire implicitamente andare contro il dettato normativo – in particolare contro il

(467) BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, op. cit. 206;

(468) L'Autore peraltro ritiene che tale sia l'unica strada per porre rimedio agli errori del Legislatore che nella Novella ha stralciato la previsione originariamente contenuta nel D.d.l. Cirinnà in forza del quale le parti, per la rottura della convivenza, avrebbero potuto prevedere a carico di una di queste la corresponsione di un assegno di mantenimento determinato sulla base di parametri determinabili al tempo stesso della rottura, tra i quali la capacità economica dell'obbligato, il numero di anni della convivenza e la capacità lavorativa degli ex-partners, OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti tra i conviventi e il contratto di convivenza*, op. cit., 957;

(469) CIANCIOLO, op. cit., 73; in tal caso, è stato proposto, per aggirare il vincolo della ritenuta tassatività del contenuto del contratto di cui al comma 53, la conclusione di accordi *a latere*, ammissibili sulla scorta delle elaborazioni dottrinali precedenti alla entrata in vigore della L. 76/2016 e per i quali anche i conviventi potrebbero optare in forza del generale principio di autonomia contrattuale ex art. 1322 Codice Civile, cfr. sul punto AMADIO, op. cit., 1772;

divieto di cui al comma 56 della Novella – e ritenere così lecito l’inserimento di condizioni sospensive nel contratto di convivenza ⁽⁴⁷⁰⁾. Ma le critiche mosse alla previsione di siffatti pattuizioni in quanto contrarie alla inapplicabilità di condizioni al contratto – ai sensi del comma 56 – non sembrano avere mordente: infatti, non si sarebbe in presenza di vere e proprie condizioni, bensì di previsioni che regolano il rapporto di convivenza in una sua naturale evoluzione fisiologica, considerazione del fatto che la Novella avrebbe quale scopo la regolamentazione dell’intero fenomeno ⁽⁴⁷¹⁾. Sul punto, è stato infatti precisato che la condizione di cessazione del rapporto sarà applicabile al contratto in quanto volta a regolare la sorte delle contribuzioni effettuate dai conviventi durante il ménage e le conseguenze ulteriori, quindi *“l’eventuale cessazione viene assunto come mero presupposto di fatto della vigenza della disciplina pattizia”* ⁽⁴⁷²⁾; devono invece escludersi quelle condizioni che abbiano quale scopo quello di disincentivare la cessazione o viceversa la permanenza dei conviventi nel rapporto, in un’ottica non dissimile da quanto rilevato circa la possibilità di introduzione di “penali condizionali” per il caso di inadempimento di prestazioni non patrimoniali.

Altra parte della dottrina, seppur mantenendo una rigida interpretazione del comma 56 ostativa all’inserimento di condizioni nel

(470) Riporta tale tesi, ancorché aderisca a quella liberale, RIZZI, op. cit., 29;

(471) RIZZI, op. cit., 29;

(472) AMADIO, op. cit. 1772;

contratto, sostiene la legittima apposizioni di clausole la cui efficacia sia sottoposta alla fine della convivenza, sostenendo che i patti volti a regolare la cessazione del ménage non siano riconducibili ai contratti di convivenza disciplinati dal comma 50 e seguenti della Novella e al loro contenuto; quindi, tali accordi non soffrirebbero il limite dettato dal comma 56 della L. 76/2016, rimanendo invece disciplinati dal diritto comune ⁽⁴⁷³⁾.

Per giungere ad una conclusione positiva e che sembra preferibile, ad ogni modo, si deve aderire necessariamente alla tesi che ammette l'inserimento di previsioni atipiche nel contratto di convivenza (⁴⁷⁴) – indipendentemente dalla loro opponibilità a terzi – e verificare anche oggi che tali previsioni non si atteggiino quale penali per vincolare il partner a permanere nel rapporto di coppia ⁽⁴⁷⁵⁾.

(473) TASSINARI, op. cit., 1747 che ritiene che tali condizioni possano essere apposte anche all'intero "contratto di cessazione della convivenza" in considerazione della previsione di cui all'art. 1353 Codice Civile applicabile a tali negozio che, per l'Autore, sfuggono alla L. 76/2016; (474) *contra* TASSINARI, op. cit., 1741 che ritiene, in ossequio alla tassatività del contenuto contrattuale del negozio delineato dal comma 53 (in forza del dato testuale che richiama la sola "*vita in comune*" e della disciplina che lega la risoluzione del contratto alla cessazione del rapporto) e alla sua natura giuridica più vicina alle convenzioni matrimoniali, che i patti aventi ad oggetto tali profili di regolamentazione non rientrerebbero nella previsione da ultimo citata, bensì nel generale fenomeno contrattuale dei contratti atipici e così li definisce "*contratti di cessazione della convivenza*". Secondo l'Autore, peraltro, deporrebbe in tal senso anche l'analisi dei lavori preparatori che, all'art. 14 del testo del d.d.l. del 2.7.2014, evidenzerebbero come fosse stato previsto espressamente che il contratto di convivenza avrebbe potuto regolare la cessazione del rapporto, possibilità successivamente stralciata dal testo legislativo;

La conclusione positiva sulla legittimità dei patti per la fine del rapporto mi sembra suffragata dalla stessa previsione legale della esistenza di obblighi assistenziali che scaturiscono dalla cessazione del *ménage* (comma 65), disposizioni indici di un generale *favor* verso la previsione di un sistema assistenziale per la tutela del convivente debole e dalla assenza di limiti che non permettano di ampliare tale tutela attraverso una previsione contrattuale, che peraltro non avrebbe altro effetto se non quello di aumentare i diritti dei conviventi, senza per questo irrigidire il vincolo.

E' stato inoltre osservato che escludere tale facoltà comporterebbe un ingiusta disparità di trattamento tra i conviventi di cui al comma 36 – per i quali sarebbe inibita tale possibilità – e i conviventi “atipici” – i quali, nei loro contratti che sfuggono dalle previsioni della Novella e rimangono normati dai principi elaborati dalla prassi precedente, sarebbero liberi di regolare a piacimento la cessazione del loro *status* ⁽⁴⁷⁶⁾.

Invece, per poter scongiurare che le previsioni patrimoniali per la cessazione del rapporto si atteggiino quali penali illecite, è stato anche proposto

(475) La dottrina richiedeva già questo esame preventivo in periodo antecedente alla Novella; sulla scorta che tali previsioni condizionali avrebbero potuto coartare la libertà personale del convivente alla cessazione del contratto. Lo stesso Autore infatti ritiene che la previsione di condizioni della cessazione del *ménage* possano essere qualificate come meramente potestative e che possano essere idonee a coartare i diritti del partner, proponendo una lettura analogica degli arresti e delle conclusioni effettuate da giurisprudenza e dottrina in tema di condizione di matrimonio di cui all'art. 636 Codice Civile, cfr. IEVA, op. cit., 43;

(476) PERFETTI, op. cit., 1760;

di estendere analogicamente la disciplina dettata dal Legislatore circa la cessazione degli effetti civili del matrimonio ⁽⁴⁷⁷⁾.

Abbracciata la tesi sopra esposta, rimane da verificare l'astratto contenuto del contratto, per il quale – come più volte sottolineato - la dottrina preferibile ritiene di non doversi fermare all'utilizzo di soli strumenti tipici considerata la possibilità di ritenere tali previsioni lecite in forza della c.d. "*causa familiae*" suffragata anche dalla Novella ⁽⁴⁷⁸⁾.

E' stato così ritenuto possibile inserire nel contratto di convivenza erogazioni *una tantum* subordinate alla cessazione del rapporto ⁽⁴⁷⁹⁾, quali (i) il pagamento di una somma determinata di denaro, gradandola anche per il caso

(477) MACARIO, op. cit., 9;

(478) AMADIO, op. cit., 1772;

(479) PERFETTI, op. cit., 1761; tuttavia, non sembra condivisibile la riflessione dell'Autore che ritiene che il trasferimento immobiliare subordinato alla cessazione della convivenza assuma natura di pagamento traslativo in analogia con quanto accade nella prassi per coniugi in via di separazione o divorzio. Infatti, il trasferimento acquisterà tale natura solo se non originariamente previsto nel contratto di convivenza, bensì posto in essere in esecuzione ed adempimento dell'eventuale obbligo assunto nel negozio;

in cui la cessazione della convivenza avvenga per volontà comune o unilaterale dei conviventi e (ii) il trasferimento di beni mobili e immobili ⁽⁴⁸⁰⁾ ⁽⁴⁸¹⁾.

La dottrina ha inoltre proposto la previsione di criteri di futura divisione degli acquisti compiuti in comune – anche ordinaria in assenza di applicazione del regime opzionale di cui al comma 53 ,lett. c) – ovvero porre a carico contribuzioni periodiche predeterminate per il caso in cui uno degli ex-conviventi non disponga di un sufficiente reddito da lavoro ⁽⁴⁸²⁾ ⁽⁴⁸³⁾.

(480) AMADIO, op. cit., 1772 che ricorre alla possibilità di prevedere nel contratto di convivenza obblighi di dare in occasione della cessazione della convivenza, da adempiere successivamente mediante trasferimento solutorio. Peraltro, l'Autore ritiene di poter ricorrere ai già criteri dettati dalla giurisprudenza in occasione della crisi coniugale – ed in particolare alla verifica in concreto dell'interesse perseguito dalle parti – per riuscire a tracciare una distinzione tra trasferimenti dettati dalla volontà di comporre la crisi della convivenza e donazioni (cfr. sul punto OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, 1999, 662);

(481) In particolare, sulla possibilità di operare con il contratto di convivenza il trasferimento di un diritto reale immobiliare alla cessazione della convivenza, si può osservare che è la stessa Novella che permette che il contratto di convivenza incida su diritti reali immobiliari, prevedendo che la relativa conclusione sia rimessa all'operato di un notaio. Inoltre, sembra condivisibile ritenere che la condizione sospensiva di efficacia della costituzione del diritto di abitazione non sia apposta al contratto di convivenza in sé e per sé, bensì al diritto oggetto di previsione in forza del consenso già manifestato;

(482) RIZZI, op. cit, 29; l'Autore osserva che la previsione di obblighi di contribuzione periodica non sia subordinata alla necessità di ricorso alla pronuncia giudiziale di cui al comma 65 della Novella;

(483) BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, op. cit., 205;

La dottrina peraltro ha evidenziato, oltre alla possibilità di prevedere erogazioni, la possibilità di regolare la destinazione della casa di comune abitazione che faceva da sfondo al rapporto. Sul punto era già stato ritenuto valido prevedere nel contratto, subordinatamente alla cessazione del rapporto, l'attribuzione di un diritto reale o obbligatorio per il caso in cui l'abitazione fosse stata di proprietà di uno dei conviventi ⁽⁴⁸⁴⁾. Un Autore che si era occupato del punto aveva ritenuto, condivisibilmente, più tutelante per il convivente l'attribuzione del diritto reale di abitazione, potendo assurgere al relativo sistema della trascrizione ai fini dell'opponibilità ai terzi, rispetto alla previsione di un comodato che esporrebbe – anche in presenza di un termine – l'ex-convivente al rischio di restituzione del bene ai sensi dell'art. 1809 Codice Civile per il caso di urgenti e impreveduti bisogni del comodante ⁽⁴⁸⁵⁾. Diversamente, il medesimo Autore aveva ritenuto plausibile, per il caso in cui l'abitazione fosse stata condotta in locazione da uno dei due partner, la previsione nel contratto di convivenza di una preventiva cessione del contratto di locazione in favore dell'altro partner. Sul punto, tuttavia, era stato osservato

(484) BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, op. cit., 205;

(485) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 174 che sottolinea l'utilità della previsione anche per il caso di cessazione del rapporto a causa di morte, ricordando però che in tal caso – qualora l'attribuzione del diritto di abitazione fosse contenuta nel contratto di convivenza – si scontrerebbe irrimediabilmente con il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 Codice Civile;

che la previsione avrebbe necessariamente richiesto il consenso del locatore ai sensi dell'art. 1406 Codice Civile, non avendosi deroghe in tema ⁽⁴⁸⁶⁾ (Cfr. *amplius supra* circa la morte del convivente e la successione nel contratto di locazione; il comma 44 infatti ha previsto tale subingresso solo per il caso di decesso di uno dei partner). Anche tali previsioni mi sembrano riproducibili attraverso il contratto di convivenza previsto dalla L. 76/2016.

Come esaminato dalla dottrina, sembra inoltre possibile e opportuno prevedere nel contratto una clausola compromissoria ovvero una deroga alla competenza territoriale dell'eventuale organo giudicante o ancora, consigliata dall'Autore per il caso in cui i coniugi abbiano già iniziato a convivere, una previsione transattiva sui rapporti pregressi ⁽⁴⁸⁷⁾.

Infine, sussiste la necessità che il contratto di convivenza contenga ora per allora la regolamentazione degli obblighi di mantenimento dei figli della coppia, contenuto che deve ritenersi lecito qualora si aderisca sempre alla liceità di previsioni atipiche nel contratto in esame e in ossequio a quanto già disposto agli artt. 337-bis e ter Codice Civile ⁽⁴⁸⁸⁾; peraltro, già prima della Riforma della Filiazione (cfr. L. 219/2012 e ss. mm.) la dottrina aveva teorizzato la possibilità di estensione analogica delle previsioni dettate in tema di

(486) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 174;

(487) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 175;

(488) Così anche RIZZI, op. cit., 29;

separazione e divorzio alla famiglia di fatto, ritenendo vincolanti gli accordi sul mantenimento dei figli in caso di disgregazione della convivenza per sostanziale applicazione analogica dell'art. 158 Codice Civile pre-riforma alla famiglia di fatto ⁽⁴⁸⁹⁾.

Infine, la dottrina si è altresì preoccupata di verificare la possibilità per i conviventi – o più correttamente ormai ex-conviventi – di modificare dopo lo scioglimento del rapporto le previsioni contenute originariamente nel proprio contratto di convivenza per il caso di cessazione. Tale soluzione è stata accolta positivamente, in forza del generale principio di modifica consensuale del regolamento contrattuale tra le parti; diversamente, non appare invece possibile prescindere da una apposita previsione legislativa – ad oggi assente – per poter prevedere mutamenti automatici o subordinati a pronuncia giudiziale delle previsioni in occasione del mutare dei bisogni degli ex-partners, in analogia con i modelli post-coniugali ⁽⁴⁹⁰⁾.

(489) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 186 che ricorda come detti accordi fossero validi e vincolanti senza approvazione giudiziale, ma anche che la prassi era sovente richiederla;

(490) AMADIO, op. cit., 1772;

CAPITOLO IV

IL DECESSO DEL CONVIVENTE E I MEZZI CONTRATTUALI PER LA REGOLAMENTAZIONE DELLA SUCCESSIONE

Sommario: 1. Le previsioni della L. 76/2016: il diritto di continuare ad abitare la casa di comune residenza - 2. Segue: il diritto di successione nel contratto di locazione – 3. Strumenti *inter vivos* di pianificazione della successione per i conviventi: il contenuto “*post mortem*” del contratto di convivenza – 4. Segue: la donazione *si premoriar* e le donazioni indirette – 5. Segue: la donazione con patto di reversibilità e la donazione con riserva di disporre – 6. Segue: la “società semplice”, strumento per la gestione unitaria del patrimonio dei conviventi – 7. Segue: il vincolo di destinazione ex 2645-ter Codice Civile - 8. Il mandato *post-mortem exequendum*

1. Previsioni tipiche per la successione del convivente. Il diritto di continuare ad abitare la casa di comune residenza

La Novella – al comma 42 – ha previsto una tutela diretta del convivente dopo la morte del partner, sancendo che “*Salvo quanto previsto dall’articolo 337-sexies del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni.*”

Il Legislatore con la previsione in esame ha così voluto attribuire stabilità alla situazione di fatto esistente per effetto della convivenza e, più precisamente, al diritto del convivente di mantenere la propria abitazione, dato che – come in ambito matrimoniale – alla morte del partner consegue certamente una sconvolgimento di vita materiale, non solo affettiva.

Prima della Novella, l’ordinamento positivo e la giurisprudenza non accordavano alcuna tutela in tale ambito per il convivente, salvo il diritto di successione nel contratto di locazione, di cui meglio *infra*.

Tale situazione era stata considerata “paradossale” se paragonata a quanto previsto in favore del coniuge superstite, tenuto conto inoltre che gli strumenti di autonomia privata che avrebbero potuto venire incontro alla esigenze (abitative e non) del soggetto superstite nel rapporto *more uxorio* ⁽⁴⁹¹⁾

(491) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 195;

subivano la forte compressione del divieto dei patti successori *ex art. 458 Codice Civile*.

Per il Legislatore del 1975 chiamato a risolvere tali problemi in relazione al coniuge al quale veniva sottratto per effetto della riforma l'usufrutto sul patrimonio del partner, la scelta in ambito matrimoniale era ricaduta sulla attribuzione di un duplice legato *ex lege* avente ad oggetto i diritti reali di abitazione e di uso, rispettivamente sulla casa familiare e sui mobili che la corredano (art. 540, comma 2, Codice Civile) ⁽⁴⁹²⁾.

Nuovamente chiamato a regolare tali esigenze con la Novella, invece, il Legislatore non ha compiuto una scelta normativa chiara: la nuova previsione non precisa infatti la portata e la natura dei diritti attribuiti al convivente e fa uso di terminologie generiche (i.e. la locuzione "*diritto a continuare ad abitare*"), riproponendo in parte le problematiche già passate in rassegna dalla dottrina e giurisprudenza in relazione all'attribuzione del godimento della casa familiare in caso di crisi matrimoniale (art. 337-sexies c.c.).

In primo luogo - a qualsivoglia tesi sulla natura giuridica del diritto si voglia accedere – deve rilevarsi che il Legislatore, con la norma in commento, ha previsto l'ingresso nell'ordinamento di una nuova ipotesi di vocazione anomala soggettiva, cioè di chiamata legale *mortis causa* di soggetti che non rientrano nel novero degli eredi legittimi (il convivente), ma che sono

(492) Sottolinea l'analogia della nuova disciplina con quanto previsto per i coniugi: ROMANO, op. cit., 344;

comunque beneficiati per ragioni ritenute meritevoli dal Legislatore. Le vocazioni anomale sono quelle chiamate legali all'eredità che si discostano, in via oggettiva e/o soggettiva, dai principi propri delle successioni legittime e si caratterizzano per la loro tassatività, esse infatti attribuiscono solo i diritti espressamente assegnati alla Legge ⁽⁴⁹³⁾.

Ad ogni modo, trattasi sempre di un legato *ex lege* ⁽⁴⁹⁴⁾ disposto in favore del convivente, che eccezionalmente – nel solo caso in cui il convivente superstite venga anche ad assumere la qualifica di erede – potrà avere natura di prelegato. La natura di prelegato del diritto attribuito dal comma 42 in esame permetterebbe così al convivente di ritenere il diritto di continuare ad abitare la casa di residenza comune, sebbene questi rinunci ad una eventuale chiamata ereditaria in forza di espressa disposizione testamentaria del *de cuius* ⁽⁴⁹⁵⁾. La natura di legati *ex lege* discende, peraltro, dalla fonte legale dell'attribuzione (comma 42 della Legge in commento), natura già del diritto di abitazione e uso

(493) Tali vocazioni sono generalmente inderogabili: il defunto non potrà quindi impedire che il soggetto consegua quanto previsto dal Legislatore (salvo rinuncia), da non confondere con i casi di acquisto *iure proprio*; cfr. GENGHINI – CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, in *Manuali notarili*, Cedam, 2012, II, 884;

(494) ROMANO, op. cit., 344 che ritiene essersi in presenza di un legato *ex lege* di abitazione;

(495) Si pensi, ad esempio, al vantaggio di continuare ad abitare la casa in forza del diritto di cui al comma 44, dismettendo invece una eredità dannosa rinunciando alla relativa chiamata ereditaria. Cfr. in dottrina sul prelegato: BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 672;

del coniuge superstite secondo pressoché unanime dottrina e giurisprudenza⁽⁴⁹⁶⁾.

Circa la natura del diritto attribuito al convivente, parte della dottrina ha ritenuto che

(i) il mancato richiamo al diritto reale abitazione (cfr. art. 1024 Codice Civile)⁽⁴⁹⁷⁾,

(ii) la continuazione di una situazione di detenzione qualificata già esistente in vita⁽⁴⁹⁸⁾,

(496) *Ex multis*: Cass. Sez. Un. 27 febbraio 2013 n. 4847, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 28 con nota di ACHILLE che così ha disposto: *“Nella successione legittima spettano al coniuge del “de cuius” i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall’art. 540 comma 2 c.c.; il valore capitale di tali diritti deve essere stralciato dall’asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest’ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto dell’attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato”*;

(497) Cfr. LENTI, op. cit., che ha osservato come il mancato richiamo testuale al diritto di abitazione di natura reale, l’intrascrivibilità e la durata limitata farebbero propendere per la - consapevole da parte del Legislatore - natura obbligatoria del diritto del convivente, previsione che pertanto amplierebbe il divario di tutela tra i componenti del *ménage* e i coniugi;

(498) Cfr. in tal senso PARDINI, *Unioni civili e convivenze di fatto L. 20 maggio 2016*, n. 76, Maggioli, 2016, 249 che ritiene che il riconoscimento ad opera della giurisprudenza della detenzione qualificata in capo al convivente (peraltro idonea per ottenere la tutela possessoria) per il caso di cessazione volontaria è coerente con la circostanza che tal situazione giuridica sia garantita per il caso della morte del partner;

(iii) l'esperienza della Corte Costituzionale (⁴⁹⁹) che aveva scartato l'estensione dei diritti di cui all'art. 540 comma 3 Codice Civile al convivente e (iv) la durata temporanea sembrerebbero far propendere per la natura meramente obbligatoria del diritto attribuito al convivente, discostandosi da quanto previsto per i coniugi (⁵⁰⁰).

Tuttavia, tali motivazioni non sembrano avere definitivo rilievo.

Altra parte della dottrina, infatti, sostiene che la facoltà di continuare ad abitare nella casa di comune residenza attribuita al convivente sia riconducibile al diritto reale di abitazione, parallelamente a quello già concesso al coniuge superstite (⁵⁰¹), considerato peraltro che

(i) non ci si debba fermare al *nomen iuris* contenuto nel comma 42,

(499) Corte Cost. 29 maggio 1989 n. 310, in Foro it. 1991, I, 446 che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, comma 2, Codice Civile in riferimento agli art. 2 e 3 cost., nella parte in cui non prevede il convivente more uxorio tra i componenti della famiglia del defunto aventi diritto di abitazione sull'alloggio comune;

(500) PARDINI, *Unioni civili e convivenze di fatto* L. 20 maggio 2016, n. 76, Maggioli, 2016, 249;

(501) ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, op. cit. , 333 il quale rileva che nelle disposizioni in commento "riecheggiano i diritti riconosciuti dall'art. 540, comma 2, al coniuge superstite; i primi commentatori ritengono di riconoscere analoga natura al diritto in oggetto, ravvisando un legato ex lege di abitazione, con la precisazione che quest'ultimo diritto non è, nel caso di specie, vitalizio ma necessariamente temporaneo";

(ii) la situazione di detenzione qualificata sussiste sia in capo al convivente che al coniuge a cui è attribuito il diritto di cui all'art. 540 comma 2 Codice Civile e

(iii) il diritto di abitazione ammette l'opponibilità di un termine finale.

Peraltro, ricorrerebbe anche per il convivente la *ratio* della attribuzione del diritto reale di abitazione in luogo di un mero diritto obbligatorio a godere dei beni del soggetto defunto: l'opponibilità a terzi che permetta al convivente superstite di continuare ad abitare la casa dove si svolgeva il *ménage*, senza alcuna necessaria cooperazione di altri soggetti (i.e. gli eredi onerati dell'eventuale obbligo).

Ad ogni modo, si registra una duplice differenza tra quanto attribuito al convivente con la previsione di cui all'art. 540, comma 2, Codice Civile: (i) l'assenza di una previsione che attribuisca l'uso sui mobili che hanno corredato la casa familiare e (ii) la necessaria temporaneità del diritto attribuito all'ex-convivente.

Si può osservare che, nella previsione della Novella, manca ogni riferimento ai mobili che corredano l'abitazione e che la dottrina ha ritenuto di poter includere nell'ampiezza del diritto del convivente ⁽⁵⁰²⁾, soluzione che mi pare condivisibile considerata la disciplina dettata dall'art. 818 Codice Civile in

(502) "È comunque indubbio che questo diritto, qualunque natura abbia, comprende anche quello di utilizzare le pertinenze della casa, sia immobili (box auto, ecc.) sia mobili (gli arredi di casa)". Cfr. LENTI, op. cit.;

relazione alle pertinenze.

Il comma 42 inoltre fa espressamente salva l'esistenza dei diritti scaturenti dalla assegnazione della casa familiare ai sensi dell'art. 337-sexies Codice Civile, previsti per ogni caso di crisi familiare, attribuendo a questi ultimi un maggior peso sociale, nascendo da provvedimento giudiziale e per il solo caso di interesse dei figli ⁽⁵⁰³⁾.

Come sopra sottolineato, tale l'incerta natura della attribuzione ha riflessi per quanto attinte: (i) i suoi presupposti oggettivi; (ii) la tutela in caso di diversa volontà del defunto e (iii) la relativa opponibilità a terzi.

Quanti ai presupposti oggettivi per la nascita del diritto del convivente, si nota che il sistema successorio attuale attribuisce diritti al coniuge superstite solo qualora la casa familiare sia di proprietà del defunto o di proprietà comune al momento della apertura della successione (cfr. art. 540 Codice Civile che testualmente prevede "*se di proprietà del defunto o comuni*"). In ambito matrimoniale, la dottrina ha peraltro evidenziato la possibilità di interpretare estensivamente la previsione in esame, comprendendovi qualunque diritto reale a contenuto più esteso di abitazione e di uso: enfiteusi, usufrutto e proprietà superficaria ⁽⁵⁰⁴⁾, mentre ha negato la che tale diritto possa essere

(503) È pacifico che il godimento della casa familiare ai sensi dell'art. 337-sexies Codice Civile sia attribuito tenendo conto dell'interesse dei figli, con esclusione che al provvedimento di assegnazione possa accedersi anche in mancanza di prole minorenni o maggiorenni non ancora autosufficienti; cfr. Cass. Sez. Un. 1995 n. 11295, in Fam Dir, 1995, 521;

(504) GABRIELLI, *Dei legittimari, Commento sub art. 540 c.c.*, in CIAN-OPPO- TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, 57;

attribuito anche in caso di comproprietà dell'abitazione con terzi: se infatti la dottrina sembra più permissiva ⁽⁵⁰⁵⁾, accordando tutela al coniuge superstite in danno del terzo comproprietario con il soggetto defunto, la giurisprudenza invece ritiene che il diritto di abitazione non sorga qualora il bene immobile sia in comproprietà con estranei ⁽⁵⁰⁶⁾ ⁽⁵⁰⁷⁾ ⁽⁵⁰⁸⁾.

(505) MENGONI, op cit., 177, nt. 59;

(506) Cass. 23 maggio 2000 n. 6691, in Giur. It., 2001, 248. Si è però anche evidenziato che se la casa familiare è un immobile di cui il defunto era titolare insieme ad un comproprietario estraneo, il diritto del coniuge superstite trovi limiti in ragione della quota di proprietà del defunto medesimo (Trib. Lucca 5 gennaio 2007, in Banca dati Utet giuridica; Trib. Taranto 4 settembre 1991, in Archivio Locazioni, 1992, 379);

(507) Per quanto attiene invece la previsione ai sensi dell'art. 337-sexies Codice Civile – anche dopo le riforme all'esito della L. 54/2006 – è stato sottolineato che unica rilevanza per l'individuazione dell'oggetto del diritto sia quella della "*casa familiare*", cioè il centro di aggregazione della famiglia durante la convivenza. La giurisprudenza in tema tuttavia non ha accolto le limitazioni previste dall'articolo, accordando tale diritto anche in assenza di sussistenza dei diritti del defunto sull'immobile ove si svolgeva la vita familiare. Infatti, è stato attribuito il diritto di godimento alla casa familiare anche ove la casa fosse precedentemente goduta a titolo di comodato, con la conseguenza che il proprietario della abitazione avrebbe dovuto continuare a garantirne il godimento finché l'immobile continui ad assolvere la funzione di abitazione per la famiglia (Cass. Sez. Un., 29 settembre 2014 n. 20488, in DeJure);

(508) Cfr. Cass. Sez. Un. 21 luglio 2004 n. 13603, in www.DeJure.it, successivamente confermata da Cass. Sez. Un. 29 settembre 2014 n. 20448, in www.DeJure.it;

La Novella, invece, accorda il diritto di continuare ad abitare nel luogo di svolgimento del ménage al convivente solo qualora il partner defunto fosse “*proprietario*” dell’immobile e quest’ultimo sia la “*casa di comune residenza*”.

Si può così da subito notare che, stante l’inapplicabilità degli arresti giurisprudenziali sopra ricordati, i requisiti richiesti dal Legislatore per il convivente sono più stringenti di quelli richiesti per il godimento dell’abitazione già goduta a titolo di assegnazione ex art. 337-sexies Codice Civile e per la nascita del diritto di abitazione del coniuge superstite ex art. 540 Codice Civile. Si può quindi ritenere che non sussisterà alcun diritto in capo al convivente superstite qualora il soggetto defunto fosse solo comodatario o comproprietario con terzi della casa di comune abitazione ⁽⁵⁰⁹⁾. Inoltre, è necessario precisare che tale diritto spetterà sulla “*casa di comune residenza*” che – nella lettera della norma in esame – è individuata nella casa di pregressa convivenza ⁽⁵¹⁰⁾ e non nella casa familiare ⁽⁵¹¹⁾.

(509) Diversamente saremmo in presenza di un legato *ex lege* di cosa altrui, dal quale il soggetto terzo, onerato della prestazione del legato, non avrebbe modo di tutelarsi. Infatti, in tal caso, non sarebbe possibile addivenire a una liquidazione a carico degli eredi del pregiudizio sofferto, in quanto contrario alla *ratio* della norma; cfr. LENTI, op. cit., che auspica una estensione degli arresti giurisprudenziali in merito all’art. 337-sexies sopra richiamati anche in favore del convivente per quanto attiene ai diritti ex comma 42, sottolineando la identità di ratio delle previsioni;

(510) PARDINI, op. cit., 251;

(511) Tuttavia, la mancanza di coincidenza lessicale per l’individuazione degli immobili oggetto dei diritti attribuiti ai superstiti – coniuge e convivente - parrebbe essere in prevalenza formale. Infatti, nella grande maggioranza dei casi, i due luoghi coincidono. Ad

Peraltro, dalla norma non traspare alcuna limitazione all'ampiezza del diritto di abitazione del convivente - altro indice che potrebbe far propendere per la natura obbligatoria del diritto – diversamente da quanto previsto all'art. 1024 Codice Civile per il quale *l'habitor* gode dell'abitazione commisuratamente ai suoi bisogni e a quelli della sua famiglia. Tuttavia, sia assiste simmetricamente a tale mancanza del parametro di godimento anche per quanto attiene i diritti attribuiti al coniuge *ex art.* 540 comma 2 Codice Civile. Si potrebbe quindi ritenere che, come per il coniuge superstite, l'entità del diritto del convivente sarà limitata alla misura che era effettivamente già utilizzata dalla famiglia, senza che il convivente debba limitare il proprio godimento alla parte dell'immobile strettamente necessaria per le sue esigenze ⁽⁵¹²⁾.

ogni modo, in caso di mancanza di coincidenza, si sottolinea che il dato della residenza anagrafica sarà irrilevante - trattandosi di mero dato presuntivo – e quindi per identificare la casa di residenza comune si dovrà tener in considerazione il luogo di svolgimento effettivo del rapporto; cfr. PARDINI, *op. cit.*, 251;

(512) Cfr. sul punto la dottrina che ha ritenuto, proprio per dissimmetria tra l'art. 540 e l'art. 1024 Codice Civile, che i diritti reali previsti dalle norme non abbiano la medesima natura, osservando testualmente: *“l'assenza di ogni limitazione, dovuta alla speciale funzione, non rende, in ossequio al principio del numero chiuso dei diritti reali, il diritto di abitazione mortis causa una situazione giuridica sui generis, diversa dal tipico diritto dell'habitor”* in COPPOLA, *Trattato di diritto di famiglia diretto da Bonilini*, Utet, 2016, I, 1017. Sul punto cfr. anche MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale Successione Necessaria*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, 2000, Milano, 175;

Quanto alla seconda delle problematicità riscontrate – e cioè la tutela dei diritti del convivente – si deve ricordare che sussiste la possibilità che la volontà testamentaria del convivente proprietario dell’abitazione si scontri con l’attribuzione del diritto previsto dall’art. 42 della Novella. La dottrina si è già occupata delle modalità di tutela del diritto di cui all’art. 540 cc., giungendo a diverse conclusioni, solo parzialmente sovrapponibili con la disciplina in esame⁽⁵¹³⁾. Le soluzioni che sono state autorevolmente proposte dalla dottrina per il caso di lesione dei diritti di cui all’art. 540 comma 2 sono essenzialmente due: (i) secondo alcuni autori, forse prevalenti, sarebbe necessario per il coniuge esperire azione di riduzione ai fini della reintegrazione qualitativa della propria quota di riserva⁽⁵¹⁴⁾ ⁽⁵¹⁵⁾; (ii) altra parte della dottrina, invece, ha proposto una

(513) Viene quindi in rilievo l’ipotesi che il testatore abbia disposto del diritto di abitazione o, più in generale, del godimento sulla casa di comune residenza in favore di altro soggetto, sia attraverso una disposizione a titolo particolare che attraverso una diversa istituzione *ex re certibus* (cfr. art. 588 comma 2 Codice Civile);

(514) MENGONI, op. cit., 163;

(515) All’interno di questa tesi, poi si registrano ulteriori diverse correnti in seno alla necessità di esperire azione di riduzione in caso di lesione solo quantitativa. Ciò discenderebbe per tali soggetti dalla natura di riserva qualitativa del diritto previsto in favore del coniuge superstite - con la particolarità di non dover imputare alla propria quota le precedenti liberalità ottenute a norma dell’art. 564 Codice Civile e di accettare l’eredità eventualmente devoluta con beneficio di inventario, trattandosi di lesione di un diritto di riserva c.d. “ qualitativo” (GABRIELLI, commento all’art. 540 cod. civ., 64) - indipendentemente dal titolo che muove l’attribuzione (legato o istituzione *ex re certa*). In tal caso, comunque soggetti passivi saranno solo eventuali legatari o eredi attualmente titolari del bene per forza della successione, in quanto – qualora l’abitazione fosse stata donata, anche con formula della liberalità *si*

diversa lettura della norma, ⁽⁵¹⁶⁾ suggerendo la necessità che il coniuge leso debba esperire per vedersi reintegrato una mera azione di rivendicazione ⁽⁵¹⁷⁾.

Pertanto, nel caso di lesione del diritto attribuito al convivente, la diversa natura del godimento e il suo inquadramento tra i legittimari ⁽⁵¹⁸⁾ - intesi quali titolari di un diritto di riserva – comporterà la applicazione di una diversa disciplina per conseguire e/o tutelare il proprio godimento della casa precedentemente goduta: (i) qualora si consideri il diritto ex comma 42 avente natura di riserva, il convivente sarà chiamato ad esperire azione di riduzione

premoriar – non potranno mai nascere tali diritti ex art. 540 Codice Civile; cfr. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, UTET, 2016, 163;

(516) Tale tesi prende le mosse dal presupposto che il diritto attribuito al coniuge superstite non abbia natura di riserva, tenuto conto tra l'altro della circostanza che esso gravi sulla disponibile e della natura di legato *ex lege*, FERRI, *i diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1988, 367;

(517) Tale tesi che peraltro appare accolta anche dalla giurisprudenza, si fonda sull'acquisto automatico del legato ai sensi dell'art. 649 Codice Civile e, soprattutto, sul meccanismo sanzionatorio dell'art. 549 Codice Civile che commina, a tutela del legittimario, la automatica nullità della disposizione lesiva dei pesi e delle condizioni apposte dal testatore sui diritti di riserva; Cfr. Cass. 06 aprile 2000 n. 4329, in Giust. civ. Mass., 2000, 739;

(518) Contra BONILINI, La successione *mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in Fam. Dir., 2016, 10 che sottolinea come il Legislatore non avrebbe attribuito al convivente superstite la qualifica di legittimario, diversamente dal soggetto unito civilmente e che tale scelta legislativa crea una "*disarmonia*";

avverso eredi e altri legatari, beneficiari di disposizioni lesive (⁵¹⁹), (ii) diversamente, qualora non si ricomprensca il convivente tra i legittimari, ma si concluda che il diritto a lui attribuito abbia natura reale, modalità di tutela per lo stesso sarà l'esperienza di una azione di rivendicazione verso coloro che ritengono di aver una posizione giuridica confliggente con quello del convivente (⁵²⁰), (iii) infine, qualora si ritenga che il diritto del convivente superstite abbia natura meramente obbligatoria, non si potrà che concludere per l'utilizzo dei generali rimedi previsti per la tutela dei diritti di godimento obbligatorio, prendendo le mosse dalla disciplina in tema di locazione (⁵²¹).

(519) Corollario di tale tesi, risulterà la prescrizione decennale della azione e la sua irrinunciabilità prima della morte del convivente;

(520) In ogni caso – sia che si ritenga che la previsione in esame attribuisca un diritto di natura obbligatoria, sia per il caso che il medesimo faccia nascere all'apertura della successione un diritto obbligatorio a favore del convivente – ritengo che sia comunque non necessario interrogarsi sulla necessità di esperienza della azione di riduzione e, quindi, sulla qualifica formale di legittimario del convivente, in quanto titolare di riserva di tipo qualitativo. Infatti, sia qualora si ritenga di aderire a tale ultima ricostruzione, sia qualora si ritenga di negarla, l'eventuale disposizione contraria da parte del testatore volta a inibire o diversamente disporre del diritto a favore del coniuge sarà nulla rispettivamente a norma ex art. 549 Codice Civile – come già per i diritti previsti per il coniuge - ovvero per contrarietà a una norma, quella della Novella, che parrebbe imperativa in quanto volta a tutelare il convivente superstite;

(521) In altri termini, il convivente non avrà legittimazione passiva per agire direttamente nei confronti del terzo e diretto ad affermare diritti incompatibili con la locazione, ma potrà agire con l'esperienza dei rimedi di carattere risarcitorio anche verso il terzo ove a causa della condotta di quest'ultimo, abbia subito un danno ingiusto (Cass. 09 maggio 2008 n. 11514, in Giust. civ. Mass., 2008, 5, 690). In altre parole, il convivente che abbia subito molestie di diritto di cui alla Novella da parte di terzi, avrà la facoltà di agire direttamente in via di

Infine, sussistono profili problematici nell'applicazione della previsione anche in relazione alla opponibilità a terzi del diritto in esame. In primo luogo, è stato sottolineato dalla dottrina che la mancanza di una specifica norma sulla trascrizione non permetterebbe - qualora si ritenga che il diritto in esame abbia natura obbligatoria - di provvedere alla pubblicità immobiliare. Questo poiché il diritto previsto della Novella non è contemplato negli artt. 2643 Codice Civile e ss. e tali norme non sono suscettibili di estensione analogica ⁽⁵²²⁾.

responsabilità extracontrattuale contro di essi, ma per essere reintegrato nella detenzione dovrà necessariamente agire nei confronti del titolare del diritto, salvo che ricorrano i presupposti per l'esperibilità della azione possessoria di spoglio (art. 1168 Codice Civile). La legittimazione attiva all'azione di spoglio spetta infatti non solo al possessore, ma anche a colui che sia detentore del bene in forza di un rapporto obbligatorio - quale potrebbe essere il diritto in esame - che eserciti il potere di fatto sulla cosa con *l'animus detinendi*, con l'intenzione cioè di detenere la cosa medesima a sua disposizione, nel proprio interesse e per l'esercizio di un proprio diritto (Cass. 09 dicembre 1982 n. 6729, in Giust. civ. Mass. 1982, 12);

(522) Rileva l'Autore che ha analizzato il problema: *“qualora si affermasse la tesi che lo qualifica come diritto di obbligazione, vi sarebbe un giusto interesse del convivente superstite a trascriverlo, per renderlo opponibile ai terzi: costoro, nel caso di specie, sono anzitutto i successori del convivente defunto, che potrebbero essere figli di precedenti unioni, in rapporti conflittuali con il convivente superstite. Tuttavia manca un'indicazione normativa che ne permetta la trascrizione, sicché questo diritto risulta esposto al fortissimo rischio di essere facilmente vanificato dagli eredi con un'immediata vendita, magari fatta in odio al convivente superstite. Non è chiaro se il legislatore non abbia colto il problema o se abbia scelto in modo consapevole, ma allora surrettizio, di non tutelare adeguatamente il convivente in presenza di situazioni conflittuali con gli eredi”* cfr. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit.;

In secondo luogo, anche qualora si ritengano superabili le eccezioni cui sopra, vengono al pettine problematiche nella relativa pubblicizzazione, principalmente legate alla assenza di un titolo attraverso il quale operare la formalità richiesta dall'art. 2658 Codice Civile e alla conseguente durata indefinita del godimento, considerato che la relativa trascrizione del diritto ex comma 42 sarebbe opportuna quantomeno ai fini di continuità (art. 2650 Codice Civile) ⁽⁵²³⁾.

Quanto alla prima di tali problematiche potrebbero sopperire alle lacune le soluzioni già elaborate dalla dottrina per operare la trascrizione del diritto di cui all'art. 540 comma 2 Codice Civile. In particolare, si è ritenuto sufficiente la presentazione di una nota, accompagnata dal certificato di morte in cui sia

(523) Non si applica infatti in tal caso il disposto dell'art. 2644 Codice Civile, non essendovi possibilità di contrasto tra acquirenti del medesimo diritto. Così anche la giurisprudenza, dopo un pronunciato contrario, che ha sancito ritenendo applicabile il disposto di cui all'art. 534, in tema di eredità apparente: *“Rispetto ad un immobile, destinato ad abitazione familiare e su cui il coniuge del defunto abbia acquistato perciò il diritto di abitazione sulla base dell'art. 540, comma 2, c.c., l'ipoteca iscritta dal creditore sulla piena proprietà dello stesso bene, in forza del diritto concessogli dall'erede, è opponibile al legatario alle condizioni stabilite dall'art. 534, commi 2 e 3, c.c. Non è invece applicabile come regola di risoluzione del conflitto quella dell'antiorità della trascrizione dell'acquisto dell'erede rispetto alla trascrizione dell'acquisto del legatario, perché la norma sugli effetti della trascrizione, dettata dall'art. 2644 c.c., non riguarda il rapporto del legatario con l'erede e con gli aventi causa da questo: infatti, il legatario acquista il diritto di abitazione direttamente dall'ereditando e perciò non si verifica nè in rapporto all'acquisto dell'erede dall'ereditando nè in rapporto all'acquisto del creditore ipotecario dall'erede la situazione del duplice acquisto, dal medesimo Autore, di diritti tra loro confliggenti”*; cfr. Cass. 24 giugno 2003 n. 10014, in Vita not., 2003, 1450;

indicato lo stato di coniuge ⁽⁵²⁴⁾; tale soluzione non può essere adoperata nel caso in esame, per la possibile assenza di una certificazione che dia riscontro della convivenza, considerato che il convivente potrebbe non aver ancora pubblicizzato la sua condizione ai sensi del comma 37 della Novella e che il diritto di abitazione concesso dalla medesima non prevede limitazioni in tal senso. Altra dottrina ha invece proposto di operare la trascrizione in forza di un atto di accettazione del legato *ex lege*, soluzione che permetterebbe anche di superare – per chi la ritiene violata – il principio di tassatività dei titoli per la trascrizione ⁽⁵²⁵⁾; tale soluzione, ancorché avente l'effetto di evitare la possibilità di rifiutare il legato, ha il pregio di poter essere utilizzata nel caso in esame anche per il convivente.

Appare, invece, difficilmente superabile l'assenza di durata definita del diritto attribuito al convivente, considerato che l'art. 2659 Codice Civile che sancisce il contenuto della nota di trascrizione richiede espressamente la menzione del termine. Il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza, infatti, è dipendente nella sua durata da fatti di cui il conservatore dei Registri Immobiliari non potrà avere contezza e, quindi, verificare la correttezza dell'operata pubblicità, non potendo riscontrare la pregressa convivenza e/o la presenza di figli minori o figli disabili del convivente

(524) GABRIELLI, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1989, 817 e Trib. Monza, 27 dicembre 2011, in www.ilCaso.it che ha ritenuto idoneo operare la pubblicità in forza del certificato di denunciata successione;

(525) MENGONI, *op. cit.*, 187;

superstite. Peraltro, non sembra di poter lasciare tale determinazione alla mera dichiarazione del convivente superstite, considerato che tali elementi dovrebbero nascere dal titolo portato in trascrizione.

Infine, il comma 43 della Novella prevede che: *“Il diritto di cui al comma 42 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto”*, norma che richiama le cause di cessazione del diritto attribuito ai sensi dell’art. 337-sexies Codice Civile e che non prevede ipotesi tipiche, ma che riconduce la fine del diritto alla sostanziale fine dell’esigenza abitativa ⁽⁵²⁶⁾.

(526) Cfr. PARDINI, *Unioni civili e convivenze di fatto* L. 20 maggio 2016, n. 76, Maggioli Editore, 2016, 249. E’ stato osservato che trattasi di ipotesi che fanno presumere il venir meno della necessità di compressione dei diritti degli eredi o dei legatari titolari della proprietà della casa familiare; E’ stata peraltro osservato che *“l’estinzione di diritto al verificarsi di queste circostanze mi sembra non possa aver luogo, oltre che nei casi in cui si applica l’art. 337-sexies, anche quando vi sono figli minori o disabili: di certo per i 3 anni di durata minima garantita; anche oltre, se si accoglie l’interpretazione proposta nelle righe che precedono. Infatti questa norma tutela primariamente il loro interesse e non in quello del convivente, sicché si attagliano perfettamente anche a questo caso le argomentazioni della corte costituzionale sulla decadenza dall’assegnazione della casa familiare in seguito alla separazione”* Il medesimo Autore sottolinea tra le cause di cessazione anche la particolare ipotesi in cui il figlio minore al tempo della apertura della successione – tale quindi da dare luogo alla nascita del diritto – diventi maggiorenne successivamente entro i tre anni o perisca. La cessazione del diritto al ricorrere di tali ipotesi si verificherà automaticamente, diversamente da quanto accade con il sistema di tutela previsto dall’art. 337-sexies Codice Civile Sarà tuttavia comunque necessario ottenere una sentenza di natura dichiarativa per aver tutela nello soggio dell’abitazione e, per chi lo ritenga possibile, utile a cancellare l’eventuale formalità di trascrizione; cfr. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit.;

In conclusione, la natura del diritto in esame non è pacifica. Non vi sono chiari indici infatti se lo stesso si atteggi come reale ovvero obbligatorio; in dottrina sembrerebbe prevalere la prima delle ipotesi, tuttavia mi sembra più ragionevole concludere per una dimensione obbligatoria del fenomeno, dettata dalla relativa temporaneità e dalla impossibilità di trascrizione per mancanza di relative previsioni.

2. Segue. Il diritto di successione nel contratto di locazione

La Novella ha altresì codificato e ampliato nel comma 44 gli arresti giurisprudenziali ⁽⁵²⁷⁾ che già accordavano, in caso di morte del convivente conduttore, al partner superstite il diritto succedere nella posizione contrattuale del contratto di locazione per l'abitazione di comune residenza ⁽⁵²⁸⁾. La disposizione prevede espressamente che *“Nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto”* e si colloca come punto di arrivo di un processo evolutivo durato cinquant'anni in merito alla successione – anomala – nel contratto di locazione.

(528) Cfr. PACIA, op. cit., 209, che ricorda come la Novella abbia altresì previsto una ulteriore tutela: nel caso di recesso del conduttore, il convivente avrà facoltà di succedergli nel contratto, privando di effetto la risoluzione anticipata della locazione;

Una ricostruzione storica del percorso compiuto dalla giurisprudenza è d'obbligo.

Dapprima infatti – nel vigore della disciplina vigente prima della Legge “Equo canone” – la Corte Costituzionale decise di ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2-bis della Legge 12 agosto 1974, n. 351, nella parte in cui non comprendeva il convivente *more uxorio* del conduttore defunto tra coloro che avevano diritto alla proroga legale del contratto di locazione; ciò sulla scorta delle profonde differenze intercorrenti tra la posizione giuridica del convivente e quella del coniuge, tra cui: la mancanza di stabilità, certezza, reciprocità, corrispettività del vincolo ⁽⁵²⁹⁾.

(529) Cfr. la giurisprudenza costituzionale per la quale “*La denunciata violazione del principio di eguaglianza non sussiste, perché la situazione del convivente more uxorio con il conduttore defunto è nettamente diversa da quella del coniuge e degli altri soggetti indicati, in modo tassativo, dalle norme impugnate. Invero, la convivenza more uxorio è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 cod. civ., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La coabitazione infatti del convivente more uxorio può cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento anche mediante azione giudiziaria. In ordine, poi, alla disparità di trattamento tra convivente superstite, che non ha diritto alla proroga, e figlio naturale dei conviventi, che vi ha diritto - ravvisata sia dal Pretore di Genova, sia dal Tribunale di Milano - è sufficiente rilevare che l'attribuzione ai figli naturali, del diritto alla proroga legale realizza la tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio espressamente prescritta dall'art. 30, comma terzo, della Costituzione, laddove il precedente art. 29, nel riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, considera il matrimonio elemento che distingue la famiglia legittima e ne giustifica la particolare rilevanza giuridica. Le caratteristiche del rapporto tra i conviventi more uxorio, sopra indicate, escludono pure che la situazione dei conviventi possa essere considerata assimilabile a quella degli altri soggetti, ai quali, insieme al coniuge ed ai figli, le norme impugnate attribuiscono il diritto alla proroga legale del contratto di locazione. Questi*

I dubbi e le censure permasero anche a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 392/1978 (c.d. Legge "Equo Canone"). L'art. 6, comma 1, in caso di decesso del conduttore, ammetteva e ammette ora testualmente la successione a beneficio del coniuge, degli eredi, di parenti ed affini del *de cuius* con questi conviventi nel rapporto locatizio avente ad oggetto un immobile urbano ad uso abitativo, fino alla scadenza prevista ⁽⁵³⁰⁾. Si trattava e trattasi tuttora di vocazione anomala: il Legislatore – come già osservato – attribuisce un diritto di successione legale, nella specie un legato di posizione contrattuale *ex lege*, anche a soggetti che non rientrano nel novero di quelli previsti dall'art. 565 Codice Civile e purché occorranno particolari situazioni per il nascere del diritto, nella specie l'abituale convivenza.

L'originaria assenza del convivente tra i soggetti chiamati a succedere nel contratto di locazione, tuttavia, destò particolari critiche, volte prevalentemente a riconoscere anche in capo al convivente l'esigenza di tutelare la continuazione nell'abitazione dell'immobile già goduto di fatto in costanza di rapporto. Pertanto, nuovamente investita della questione, la Corte

soggetti sono legati al conduttore da rapporti giuridici di parentela o di affinità o sono eredi dello stesso; proprio per questi precisi legami giuridici il legislatore ha voluto loro attribuire il diritto di permanenza nell'abitazione, nella quale hanno convissuto con il conduttore medesimo.” (Corte Cost. 14 aprile 1980 n. 45, in Giur. cost. 1980, I,323);

(530) Tra l'altro, il Legislatore ha previsto una ulteriore vocazione anomala all'art. 37 della citata L. 392/1978, accordando il diritto a coloro che continuino l'attività del defunto, in forza di contratto avente data certa o successione, a succedere nella posizione contrattuale del contratto di locazione commerciale; CAPOZZI, op. cit., 656;

Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 6 della L. n. 392/1978 nella parte in cui non prevede la successione, nel contratto di locazione, del convivente *more uxorio* in caso di decesso del partner ⁽⁵³¹⁾. A sostegno della pronuncia, il Supremo Collegio ritenne che la *ratio* dell'art. 6 fosse rinvenibile (ed è) nella volontà di tutelare la convivenza in ogni sua ampiezza, potendo esservi anche soggetti estranei tra gli eredi aventi diritto alla successione nel contratto. La Corte ritenne così irragionevole "*che nell'elencazione dei successori nel contratto di locazione non compaia chi al titolare originario del contratto era nella stabile convivenza legato "more uxorio"*", portando alla contraddittorietà della previsione con gli artt. 2 e 3 Cost. ⁽⁵³²⁾.

Tale arresto, esteso anche in caso di cessazione della convivenza in presenza di prole, peraltro costituisce il primo riconoscimento di diritti successori a favore del convivente *more uxorio* ⁽⁵³³⁾; uguale estensione del

(531) Cfr. la sentenza della Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 404, in Foro it., 1988, I, 2515 che ha altresì sancito l'illegittimità costituzionale "*per contrasto con gli art. 2 e 3 cost. l'art. 6 della legge n. 392 del 1978, nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza "more uxorio" in favore del già convivente partner, quando vi sia prole naturale*"; cfr. anche Cass., 25 maggio 1989, n. 2524; Cass., 10 ottobre 1997, n. 9868, in Fam. dir., 1998, 175 e Pret. Pordenone 23 dicembre 1998, in Arc. locaz. cond., 1999, 846;

(532) Cfr. anche cfr. Cass. 13 febbraio 2013 n. 3548, in Guida al diritto, 2013, 12, 24 secondo la quale il convivente *more uxorio* subentrerebbe nel contratto di locazione anche qualora l'evento-morte riguardi un soggetto che sia in precedenza a sua volta subentrato ai sensi della stessa norma nella posizione di conduttore al conduttore originario;

(533) ROMANO, op. cit., 344;

diritto alla successione nel contratto non era invece stata accordata al convivente per le ipotesi di cessazione della convivenza in assenza di prole ⁽⁵³⁴⁾, ancorché la dottrina sembrasse possibilista ⁽⁵³⁵⁾.

Premesso ciò, la Novella al comma 44 sopra riportato dell'art. 1 riproduce gli arresti della giurisprudenza, prevedendo espressamente la successione del convivente nel contratto di locazione per il caso di decesso del partner e ampliando la portata al caso di recesso dal contratto. Infatti, per la dottrina, tale previsione sarebbe stata dettata per il caso di rottura della coppia con conseguente fine della convivenza, ritenendo che il partner avrebbe così il diritto di succedere nel contratto al conduttore benché l'ex-convivente ne avesse comunicato al locatore la risoluzione anticipata, sicché questa resterà senza effetto ⁽⁵³⁶⁾.

Non risulta tuttavia precisato come possa materialmente operare la successione nel contratto in caso di recesso. Si potrebbe ipotizzare che, nel periodo di preavviso previsto dal contratto – nel rispetto della L. 392/1978 e L. 341/1998 – il convivente non locatario possa dichiarare la propria volontà al locatore. Procrastinare ulteriormente l'esercizio di tale diritto – e cioè oltre allo scadere del preavviso per recesso e quindi allo scioglimento del vincolo –

(534) Cfr. Corte Cost., 7 gennaio 2010, n. 7, in *Fam. dir.*, 2011, 113;

(535) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 180;

(536) LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, op. cit.;

comporterebbe oltre a una difficile ricostruzione in diritto - tale per cui sarebbe necessario ipotizzare una successione in un contratto già cessato - anche una ingiustificata compressione dei diritti del locatore che, diversamente, si vedrebbe ingiustamente esposto, senza termine, alla possibilità di esercizio della facoltà in esame da parte dell'ex-convivente.

Infine, la Novella si prende carico anche di risolvere le esigenze nate in seno alla formazione delle graduatorie per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, prevedendo al comma 45 che *“Nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto”*. Il bisogno di regolamentazione era già stato sentito dalla dottrina, trattandosi di diritti di godimento non disciplinati dall'art. 6 della L. 382/1978 e per i quali, quindi, le intervenute pronunce della Corte Costituzionale non avevano sortito alcun effetto ⁽⁵³⁷⁾.

3. Strumenti *inter vivos* di pianificazione della successione per i conviventi: il contenuto “*post mortem*” del contratto di convivenza

(537) Sul punto cfr. COPPOLA, op. cit., 379 ss. che, analizzando la problematica della formazione delle graduatorie, sottolinea che delibera del CIPE adottata nel 1981 in conformità all'art. 2, comma 2, n. 2, L. n. 457/1978 già prevedeva che, in caso di decesso del concorrente, avesse diritto ad ottenere l'assegnazione dell'alloggio il convivente che avesse stabilmente convissuto con l'aspirante assegnatario per almeno due anni anteriori al bando;

Analizzate le norme previste dal Legislatore in caso di fine della convivenza a causa della morte del partner e tralasciando le disposizioni testamentarie che, nei limiti posti dal sistema della successione necessaria (cfr. art. 553 e ss. Codice Civile), possono essere debitamente utilizzate dal convivente per regolare la propria successione (⁵³⁸), rimane da verificare lo strumento-contratto di convivenza e i collegati negozi tipici e atipici aventi natura contrattuale per regolamentare la successione del convivente.

Infatti, appare possibile vi sia l'interesse dei conviventi a operare trasferimenti di diritti che godano di irrevocabilità e con efficacia dal momento della morte del dante causa. E' stato però sottolineato che se il primo dei due obiettivi può essere raggiunto attraverso il contratto tipico di donazione - che

(538) Cfr. ROMANO, op. cit., 344 che ritiene che, nonostante le previsioni della Novella, unico strumento idoneo a garantire una disciplina coerente al sistema e omogenea sia il testamento nel rispetto dei limiti previsti dalla disciplina della successione necessaria, sottolineando l'anomalia dell'impianto successorio attuale, che opererebbe un "*riconoscimento delle aspettative successorie del partner*" (es. il caso in cui un soggetto sia costretto a limitare le proprie disposizioni al convivente per beneficiare un coniuge legalmente separato con il quale non ha più alcun rapporto) e ricordando le proposte parlamentari precedenti ("d.d.l. Manconi" e "d.d.l. Buffo") che quantomeno prevedevano un trattamento assistenziale simile al coniuge separato con addebito, se non la totale equiparazione al coniuge del convivente; nello stesso senso confronta BONILINI, op. cit., 987 che, nel ritenere anch'esso il testamento unico mezzo per una compiuta regolamentazione della successione in favore del convivente, passa in rassegna le possibili previsioni anche in relazione al rispetto delle quote dei riservatari;

presenta però anche l'inconveniente di determinare la perdita immediata dei diritti trasferiti - il secondo potrebbe essere conseguito con il negozio testamentario, che tuttavia è atto per sua natura sempre revocabile e quindi non in grado di creare una "corrispettività" di tutela reciproca tra i conviventi ⁽⁵³⁹⁾.

L'uso dello strumento contrattuale – nella specie del contratto di convivenza - tuttavia è necessariamente e fortemente limitato dalla previsione dell'art. 458 Codice Civile che nel nostro ordinamento sancisce il divieto di patti successori ⁽⁵⁴⁰⁾. Proprio tale circostanza ha portato i commentatori della Novella a criticare il mancato recepimento del D.d.l. Cirinnà nella sua prima versione ⁽⁵⁴¹⁾ che prevedeva, in deroga al tale divieto, la possibilità per i

(539) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 19;

(540) *"In dottrina si è evidenziato come in effetti, una delle clausole di cui all'estero, già prima dell'introduzione di apposite normative a tutela della convivenza, veniva e viene ancora con maggior frequenza raccomandato l'inserimento nei contratti di convivenza concerne proprio la previsione di effetti giuridici destinati a prodursi dopo la morte di uno dei contraenti e a beneficio dell'altro, quale strumento al fine di assicurare la tranquillità economica del partner superstite"*. Per una più approfondita disamina della questione e per i necessari rinvii cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, op. cit., 295 ss.; cfr. anche più risalentemente GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, op. cit., 165;

(541) Contra IEVA, op. cit., 43 che riteneva non opportuna una deroga al sistema del divieto dei patti successori solo per il contratto di convivenza, qualora non accompagnata da una revisione dell'intero sistema successorio;

conviventi di attribuire al convivente superstite una quota non superiore alla disponibile del partner defunto ⁽⁵⁴²⁾.

Più precisamente, l'art. 458 Codice Civile sancisce la nullità sia dei patti successori istitutivi che di quelli rinunciativi/dispositivi ⁽⁵⁴³⁾.

In particolare, il patto successorio istitutivo è la previsione contrattuale con la quale il futuro *de cuius* dispone per contratto della propria successione, istituendo eredi o disponendo legati con uno strumento *inter vivos*. Viene così attuata una c.d. "delazione contrattuale". La *ratio* del divieto risiede principalmente nella inammissibilità di una terza causa di delazione nel nostro ordinamento (l'art. 457 Codice Civile precisa infatti che l'eredità si devolve solo

(542) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, op. cit., 948; RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, op. cit., 20;

(543) Sul tema è stato evidenziato: *"Spazi altrettanto limitati di tutela per il convivente superstite sono offerti dagli strumenti alternativi al testamento, ai quali da tempo si guarda con favore per superare o, quantomeno, per ridurre il rigore del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.). In un ordinamento come il nostro, che non consente allo stato dell'attuale legislazione le convenzioni patrimoniali a causa di morte, il problema non si può certo risolvere con una deroga al divieto dei patti successori attraverso una specifica previsione legislativa a favore del convivente superstite, sul modello di alcune leggi locali nell'ordinamento spagnolo, come, ad es., quella aragonese del 26 marzo 1999, n. 6, sulle coppie di fatto, il cui art. 16 consente ai componenti la coppia stabile non coniugata «di stipulare patti successori» in deroga al divieto generale dell'art. 1271, 2° comma, c.c. sp. (70). Infatti, una deroga di tal genere non avrebbe alcuna razionalità dando luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento a danno delle convenzioni patrimoniali mortis causa al di fuori del rapporto di convivenza"*, MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in *Rivista del Notariato*, 2, 2014, 173;

per testamento) e nella volontà di tutela della libertà testamentaria e nel carattere essenzialmente revocabile del testamento (cfr. art. 679 Codice Civile e art. 589 Codice Civile) ⁽⁵⁴⁴⁾.

Sulla scorta di tali presupposti, deve quindi certamente escludersi la possibilità di nominare erede o legatario il convivente nel contratto di convivenza ⁽⁵⁴⁵⁾. Tali disposizioni saranno riservate al negozio testamentario. In particolare, non sarà lecito prevedere attribuzioni *mortis causa* – e ciò atte ad avere effetto dopo la morte e a causa della medesima – al convivente all'interno del contratto di convivenza, quali ad esempio diritti alimentari o di mantenimento che abbiano efficacia solo dopo la morte di uno dei partners (con le precisazioni di cui meglio nel proseguo per il caso della donazione a causa di morte o del mandato *post mortem exequendum*).

I patti successori dispositivi e rinunciativi invece – categorie che possono essere trattate insieme in quanto simili – non regolano la devoluzione della propria eredità o del legato, ma dispongono di una successione altrui non ancora aperta ⁽⁵⁴⁶⁾. Sono invalidi, quindi, sia i negozi dispositivi o rinunciati in relazione ai singoli beni che compongono tale eredità altrui, sia in relazione alla chiamata ereditaria. Non è rilevante la gratuità o onerosità del negozio

(544) GANGI, *La successione testamentaria nel diritto italiano*, Milano, 1964, 40;

(545) ROMANO, op. cit., 348;

(546) CAPOZZI, op. cit., 41;

dispositivo ⁽⁵⁴⁷⁾, se non nel primo caso per confermarne la illiceità con una ulteriore causa di nullità (cfr. art. 771 Codice Civile) ⁽⁵⁴⁸⁾.

In relazione alla loro previsione all'interno di un contratto di convivenza – o comunque in relazione alla loro attinenza con l'argomento di questo studio – si evidenzia in particolare che non sarà possibile per il convivente rinunciare preventivamente (e ciò quando ancora la successione del partner non si sia ancora aperta) ai diritti lui attribuiti dalla L. 76/2016 ⁽⁵⁴⁹⁾.

Il convivente non potrà, più precisamente, rinunciare (nemmeno parzialmente) per contratto ovvero per atto unilaterale al diritto di continuare ad abitare la casa familiare di proprietà del partner defunto ovvero di succedere nel contratto di locazione. Ugualmente, le parti non potranno prevedere contrattualmente che tali diritti non spettino al convivente superstite; nulla vieta tuttavia che, con apposita disposizione testamentaria del

(547) FERRI, *Successioni in generale*, op. cit., 95;

(548) Tuttavia, quando l'oggetto del contratto non sia stato considerato dalle parti come una entità di una futura successione, si potrà essere in presenza di un valido negozio dispositivo su beni altrui. Il discrimine è dato dalla volontà delle parti che, nella economia contrattuale, non devono aver subordinato la validità del contratto all'effettivo acquisto a titolo *mortis causa* da parte del disponente del bene, con conseguente possibile risoluzione e risarcimento del danno da inadempimento in caso di mancato acquisto da parte del cessionario;

(549) Cfr. tuttavia AMADIO, op. cit., 1773 che parrebbe aderire alla tesi contraria, ritenendo che l'autonomia privata possa spingersi finì a derogare a tale previsione. L'Autore, tuttavia, nulla rileva circa la compatibilità della soluzione proposta con il divieto dei patti successori;

convivente premoriente o con il consenso del locatore, tali diritti vengano ampliati.

Nel sistema di illiceità dell'art. 458 Codice Civile sono ricompresi non soltanto i patti successori con efficacia reale (es. diretta istituzione di erede in via contrattuale, rinuncia diretta a successione ancora aperta) ⁽⁵⁵⁰⁾, bensì anche i patti successori c.d. obbligatori.

Con tali accordi, il convivente si obbligherebbe a disporre della propria o altrui successione o a rinunciare a una successione ancora non aperta ⁽⁵⁵¹⁾. A tali obbligazioni si ritiene sia comminata la nullità, simmetricamente con quanto previsto per i patti c.d. reali. Tuttavia, diverso regime di invalidità si ritiene affligga i negozi giuridici posti in essere in esecuzione di tali patti:

(i) i negozi testamentari di adempimento di patti successori istitutivi si ritiene siano anch'essi nulli per illiceità del motivo (art. 626 Codice Civile) ⁽⁵⁵²⁾. Pertanto, la eventuale istituzione del convivente in esecuzioni di patto successorio contenuto in un contratto che regoli il rapporto – nullo – sarà anch'essa nulla per quanto sopra esposto ⁽⁵⁵³⁾, per alcuni non restando

(550) Nello stesso senso è orientata la giurisprudenza: Cass. 10 aprile 1964 n. 835, in Giust. civ., 1964, I, 1604 e Cass. 24 luglio 1971 n. 2477, in Rep. Foro it., 1971;

(551) DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1975, 95;

(552) DE GIORGI, op. cit., 95, anche se parte della dottrina riteneva invece tali disposizioni annullabili per errore sul motivo ex art. 624 Codice Civile, cfr. CAPOZZI, op. cit., 45;

(553) È stato precisato che, per evitare la invalidità della disposizione, è sufficiente che la medesima non contenga la menzione dell'impegno assunto dal testatore per

neppure possibile convalidare la disposizione con l'istituto previsto dall'art. 590 Codice Civile ⁽⁵⁵⁴⁾. Tali ipotesi sono tutt'altro che remote, essendo state già esaminate dalla giurisprudenza casi in cui si assisteva alla promessa di istituzione di erede in corrispettivo dell'impegno di eseguire le faccende domestiche ⁽⁵⁵⁵⁾ o di fornire al testatore alloggio e assistenza vitalizi ⁽⁵⁵⁶⁾;

(ii) i negozi posti in essere in essere in esecuzione di patti successori obbligatori dispositivi – di scarso interesse per l'argomento in esame considerato il ristretto diritto del convivente superstite – sono generalmente ritenuti annullabili per errore di diritto, qualora ne ricorrano i presupposti (art. 1429 n. 4 Codice Civile);

(iii) quanto infine ai patti successori rinunciativi, si ritiene che la rinuncia all'eredità posta in essere in esecuzione di un obbligo assunto in tal senso non possa essere impugnata. Il disposto dell'art. 526 Codice Civile infatti permette l'impugnativa solo per dolo o violenza e non anche per errore di diritto. Salvo ricorrere ai concetti di nullità virtuale per giustificare una azione volta alla declaratoria di invalidità di tale rinuncia, tale negozio dovrebbe rimanere salvo.

ragionevolmente escludersi che l'impegno assunto sia stato l'unico motivo fondante, cfr. CAPOZZI, op. cit., 45;

(554) contra DE GIORGI, op. cit., 547;

(555) Cass. 10 aprile 1964 n. 835;

(556) Cass. 6 gennaio 1981 n. 63, in Rep. Foro it., 1981, 20;

Per quanto attiene specificatamente il convivente, considerato che tale soggetto – come sopra evidenziato – è titolare ex lege solo di diritti lui attribuiti in forza di legato, si deve verificare se tale disciplina sia applicabile anche alla rinuncia del legato posto in essere in esecuzione di un patto successorio rinunciativo. Indipendentemente dalla sua natura - rinuncia abdicativa ⁽⁵⁵⁷⁾ o rifiuto eliminativo ⁽⁵⁵⁸⁾ – la dottrina pare orientata nell’escludere che la rinuncia al legato, come quella per eredità, possa essere impugnata per elementi diversi rispetto a dolo e violenza, applicando pertanto analogicamente quanto previsto all’art. 526 Codice Civile ⁽⁵⁵⁹⁾. Da tali considerazioni si giunge a ritenere che l’eventuale rinuncia di ai legati *ex lege* - diritto ad abitare la casa familiare e successione nel contratto di locazione - posta in essere dal convivente in esecuzione di un precedente patto contenuto nel contratto di convivenza non potrà essere impugnata e, quindi, produrrà i propri effetti.

Considerato quanto sopra esposto, il contratto di convivenza che contenga un patto successorio, sia esso obbligatorio che reale, sarà viziato da nullità per contrarietà a norma imperativa (cfr. artt. 1418 Codice Civile e 458 Codice Civile), se risulterà che i conviventi non lo avrebbero stipulato senza tali

(557) PUGLIATTI, *Delle successioni testamentarie. Dell'istituzione di erede e dei legati*, in Comm. D'Amelio-Finzi, Firenze, 1941, 547;

(558) FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, 37;

(559) GANGI, *La successione testamentaria*, op. cit., 108;

previsioni (cfr. art. 1419 Codice Civile) ⁽⁵⁶⁰⁾. Come già sottolineato, infatti, le ipotesi di nullità insanabile previste dal comma 57 della Novella non si ritiene siano tassative ed escludano l'applicazione dei principi generali. A ciò potrà anche conseguire una probabile responsabilità disciplinare per i soggetti autenticanti ⁽⁵⁶¹⁾.

Per attribuire diritti stabilmente al convivente che vengano acquisiti

(560) FUSARO, op. cit., che osserva *“Questi contratti si prestano ad ospitare un amplissimo spettro di clausole di contenuto patrimoniale, ma l'art.458 c.c. sbarra la strada a pattuizioni volte a regolare la successione ereditaria. Com'è noto, la giurisprudenza estende il divieto ai testamenti esecutivi di accordi, tra cui a quelli redatti in conformità a promesse di istituzioni di erede in cambio dell'impegno all'assistenza, oppure al disbrigo delle faccende domestiche. Poiché dalla norma si ricava, altresì, una preclusione nei confronti della donazione "mortis causa" e di quella "si premoriar", non rimangono che i meccanismi indiretti quali il contratto a favore di terzi in generale ed in specie l'assicurazione sulla vita, oppure la costituzione di una rendita vitalizia, o ancora l'acquisto di immobile per quote di nuda comproprietà ed in usufrutto congiuntivo con patto di accrescimento in capo al superstite, eventualmente incrociando le quote di usufrutto e di nuda proprietà”*;

(561) Come già rilevato infatti, il notaio chiamato a ricevere un contratto di convivenza che contenga un patto successorio, qualora non si astenga dal proprio ufficio, incorrerà in illecito deontologico per lesione di quanto previsto dall'art. 28 l.n., trattandosi di nullità della disposizione certamente pacifica e inequivoca (Cass. 23 marzo 2011 n. 5913 in www.iusexplorer.it). Diversamente, l'avvocato autenticante non dovrebbe avere tali riflessi deontologici – considerata l'assenza di una pari norma nel sistema della legge professionale e della deontologia – tuttavia nulla toglie che, ove incaricato della redazione del testo contrattuale, potrà incorrere in responsabilità contrattuale per inadempimento della propria prestazione, responsabilità che anche per il notaio si affiancherà a quella disciplinare già detta. Si può infatti ritenere che entrambi i professionisti rispondano per i danni derivanti dalla redazione di un contratto invalido qualora, come nel caso in esame, il vizio derivi dalla inosservanza di norme la cui ignoranza non può non essere considerata colpa grave (art. 1176 e 2236 Codice Civile);

per effetto e dalla morte del partner, si deve quindi verificare la possibilità di utilizzare strumenti alternativi al contratto di convivenza che contenga un patto successorio ⁽⁵⁶²⁾ ⁽⁵⁶³⁾. La dottrina ha così individuato diversi negozi giuridici che potrebbero soddisfare tali interessi, tra i quali spiccano: la donazione *si premoriar*, il trust, il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter. Codice Civile e – ove ammissibile – il patto tontinario ⁽⁵⁶⁴⁾ ⁽⁵⁶⁵⁾.

(562) BONILINI, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente” e del convivente di fatto*, op. cit., 989;

(563) Non mi sembra condivisibile quanto sembrerebbe sostenuto da una parte della dottrina circa l’inapplicabilità dell’art. 458 Codice Civile alle pattuizioni *trans-mortem* grazie alla “specificità dell’attribuzione e la sicura meritevolezza di tutela degli interessi”, cfr. MACARIO, op. cit., 10;

(564) Ritiene ammissibile il patto tontinario DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit. 985 in quando sarebbe a dire dell’Autore fondato sull’acquisto in forza di premorienza del convivente e, quindi, assimilabile alla donazione *si premoriar*;

(565) È stato altresì proposto un “*espediente*” - giudicato “*poco produttivo*” da un Autore - al fine di permettere al convivente di acquistare la qualifica di legittimario: l’adozione di persona maggiorenne, strumento che a causa del limite della differenza di età tra i partners richiesta dalla legge (art. 291 Codice Civile) e per le difficoltà di fronte al rifiuto del coniuge non separato dell’adottante e/o dell’adottando di consentire all’adozione (art. 297 Codice Civile), non ha avuto incidenza pratica. Il rimedio è però sconsigliato dallo stesso Autore per il suo carattere irreversibile: in caso di cessazione della convivenza, i partners si vedrebbero costretti a rimanere uniti per il futuro; cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 316 ss. Lo strumento è stato criticato, rilevando che esso possa trasformarsi in “*una camicia di Nesso, di cui i due partners non sono in grado di liberarsi, neanche per mutuo consenso*” e ricordando le esperienze straniere che, per ovviare al problema, hanno portato a dover normare la risoluzione dell’adozione tra maggiorenni (*adult adoption*) per mutuo

4. Segue. La donazione *si premoriar*

La situazione di esclusione del convivente dal novero dei chiamati *ex lege* – ad eccezione di quanto sopra per i diritti accennati – comporta la necessità per i partners di individuare strumenti giuridici atti ad assicurare, sin dal momento della convivenza, il mantenimento del soggetto superstite.

Svariate modalità sono state proposte dagli autori, spaziando dallo strumento della donazione diretta con termine di efficacia coincidente con la morte al patto tontinario. Tuttavia, le modalità per conseguire tali finalità che appaiono lecite e, soprattutto, idonee sono essenzialmente la donazione *si premoriar*, la stipulazione di contratti di assicurazione a favore di terzo e il contratto di mantenimento – oltre ai negozi di segregazione patrimoniale di cui ai successivi paragrafi.

La possibile attribuzione al convivente superstite di diritti al tempo della morte del partner potrebbe essere attuata, per chi al ritiene ammissibile, attraverso una donazione *si premoriar*.

Tale contratto, connotato dallo spirito liberalità, consiste nella attribuzione di un diritto di titolarità del donante al donatario sotto la condizione sospensiva che quest'ultimo sopravviva al primo.

Il vantaggio di tale soluzione sarebbe quello di evitare, come accade

consenso, come nello Stato della California; cfr. MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, op. cit., 170 e ss.;

nella donazione pura e semplice, di privare immediatamente il convivente della disponibilità dei beni donati, cui il disponente in vita non intende invece rinunciare, e di effettuare un negozio sostanzialmente irrevocabile, salvo quanto previsto espressamente per l'istituto (cfr. 800 e ss. Codice Civile)

In via preliminare, si ricorda che la donazione a causa di morte semplice, già prevista dal diritto romano arcaico, non è ammissibile nel nostro ordinamento in quanto patto successorio istitutivo vietato del divieto di patti successori (⁵⁶⁶). Essa infatti, negli effetti, sortirebbe lo stesso effetto del testamento in via contrattuale, privando il disponente della facoltà di revocare il beneficio (⁵⁶⁷). Tale negozio rientrerebbe tra quelli definiti "*post mortem*", attribuzioni nelle quali l'evento morte non è elevato a causa dell'attribuzione, bensì è ritenuto mero requisito condizionante la produzione degli effetti definitivi propri del negozio. La giurisprudenza ha infatti tradizionalmente sostenuto che - come la liberalità sottoposta alla condizione della morte (*si moriar*) del donante (⁵⁶⁸) - tali liberalità sarebbero nulle per contrarietà al divieto dei patti successori istitutivi o che, comunque, la invalidità deriverebbe sotto il profilo della frode alla Legge.

(566) Suggestisce un'applicazione della donazione con riserva di usufrutto al campo dei rapporti tra conviventi *more uxorio*: MAZZOCCA, *La famiglia di fatto. Realtà attuale e prospettive*, Roma, 1989, 114;

(567) CAPOZZI, op. cit., 53;

(568) DE GIORGI, *Patto successorio*, op. cit., 536;

La dottrina tradizionale ⁽⁵⁶⁹⁾, suffragata da una pronuncia della Suprema Corte ⁽⁵⁷⁰⁾, tuttavia sostiene la legittimità della donazione *si premoriar* sulla considerazione che, anche in tale figura, si assiste alla attualità dello spoglio del donante e che nessuna norma giuridica sancirebbe l'illeceità dell'elevazione della morte a fatto condizionale.

La dottrina ha infatti evidenziato che l'ammissibilità del negozio sarebbe suffragata dalla circostanza che, diversamente dal patto successorio istitutivo, in caso di donazione *si premoriar* il donatario acquisterebbe subito una aspettativa tutelata legalmente che gli consentirebbe di compiere atti conservativi (art. 1356 Codice Civile) o di disporre del suo diritto sotto la medesima condizione (art. 1357 Codice Civile) ⁽⁵⁷¹⁾.

Deve infine verificarsi la possibilità che tale negozio venga contenuto all'interno di un contratto di convivenza.

Qualora, come si ritiene, si acceda alla tesi che lo schema previsto dal Legislatore ai commi 50 e ss. della L. 76/2016 sia essenzialmente un "contenitore" che possa avere lo scopo anche di regolare la fine della convivenza con patti non espressamente previsti dalla Novella – sostanzialmente un contratto tipico a contenuto atipico – si deve ritenere

(569) TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1956, 312;

(570) Cass. 9 luglio 1976 n. 2619;

(571) SANTORO-PASARELLI, *Validità della donazione di usufrutto cum premoriar*, in *Foro It.*, I, 885;

ammissibile che a tale negozio possa essere collegata – o meglio in esso contenuta - una donazione *si premoriar*.

Tuttavia, trattandosi di donazione diretta condizionata, sarà necessario che – indipendentemente dal diritto donato – il contratto di convivenza venga stipulato con atto pubblico, innanzi al notaio e a due testimoni (cfr. art. 48 l.n.), scegliendo pertanto la più formale delle modalità previste dal comma 51 per la relativa conclusione.

5. Segue: la donazione con patto di reversibilità e la donazione con riserva di disporre

Sovente il convivente manifesta la volontà di beneficiare il proprio partner, mantenendo tuttavia delle riserve mentali circa la quantità dell'attribuzione ovvero in relazione alla possibile destinazione finali dei beni donati a soggetti privi con lui di rapporti (si pensi, ad esempio, ai famigliari del partner eventualmente chiamati ex lege a succedergli).

Senza ricorrere a forme atipiche di alienazione (i.e. *trust* o intestazioni fiduciarie) o comunque indirette, vengono in aiuto nella pianificazione della successione della famiglia di fatto due forme contrattuali previste dal Legislatore e poco utilizzate nella prassi: la donazione con riserva di disporre e la donazione con patto di reversibilità.

Il primo di questi negozi – la donazione con riserva di disporre (art. 790 Codice Civile) – si caratterizza per la possibilità da parte del donante di disporre

di qualche oggetto tra i più compresi nella donazione ovvero di una somma determinata che assorba il valore di beni donati. La norma prevede due possibilità, l'una di riserva materiale, l'altra di valore, e precisa che in ogni caso tale facoltà non potrà essere esercitata dagli eredi del donante.

La possibilità di disporre di una o più cose già oggetto di donazione da parte del donante è stata ricondotta alla presenza di una condizione risolutiva meramente potestativa eccezionalmente valida ⁽⁵⁷²⁾. La dottrina, peraltro, ritiene che non possa essere oggetto di riserva l'intero oggetto di donazione, sulla scorta della natura eccezionale della previsione ⁽⁵⁷³⁾ in particolare per il caso di cessazione del *ménage*.

Tale soluzione permetterebbe al convivente di donare più beni (anche immobili), riservandosi di riapprenderne una parte, esercitando la facoltà prevista nel contratto di donazione ai sensi della citata norma e ritornandone così in possesso ⁽⁵⁷⁴⁾.

(572) CAPOZZI, op. cit., 1579;

(573) BIONDI, op. cit., 855;

(574) Si pensi ad esempio al caso di donazione dell'intero complesso aziendale che contenga fabbricati produttivi e alla successiva volontà del donante di riottenere la componente immobiliare dell'azienda, al fine di preservare tali beni da una gestione non conforme alle aspettative ovvero per riottenerne un adeguato reddito; tutto ciò in considerazione che non è stata estesa al convivente la disciplina del patto di famiglia di cui all'art. 768-bis e ss. del Codice Civile;

Inoltre, la norma prevede la possibilità per il donante di riservarsi una somma di denaro predeterminata che riduca il valore di quanto donato, anche se l'oggetto della donazione non consisteva originariamente in denaro. La dottrina ha ricostruito la natura giuridica della previsione in esame quale donazione avente ad essa collegato un onere a carico del donatario di pagamento in favore del donante a sua richiesta. Anche in questo caso si riscontra la presenza di una condizione meramente potestativa eccezionalmente ammessa ⁽⁵⁷⁵⁾.

Anche tale possibilità può essere un utile strumento per il convivente che, avendo alienato un bene di grande valore, abbia successivamente volontà o necessità di ritornare in possesso di una somma di denaro per il proprio sostentamento o, semplicemente, per ridurre il beneficio disposto in favore del *partner* in esito alla cessazione del *ménage*.

Ad ogni modo, la dottrina ha ritenuto che la riserva di disporre prevista dall'art. 790 Codice Civile possa non solo ad aver ad oggetto un oggetto già ricompreso nella donazione o una somma di denaro determinata, bensì anche di un diritto reale sui beni oggetto di donazione, quale ad esempio l'usufrutto ⁽⁵⁷⁶⁾.

(575) CAPOZZI, op. cit., 1580;

(576) CAPOZZI, op. cit., 1580;

Il secondo strumento, invece, trae vita dalla volontà del Legislatore di assecondare i desideri del defunto di permanenza del bene donato entro una limitata cerchia di soggetti, avendo previsto la possibilità per il donante di apporre alla donazione una condizione di reversibilità (art. 791 Codice Civile). La norma, infatti, prevede che *“il donante può stipulare la reversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di preminenza del donatario e dei suoi discendenti”*. Tale effetto risolutorio può essere posticipato anche fino alla premorienza, rispetto al donante, dei discendenti del donatario.

Come detto la disciplina in commento trova la sua giustificazione nella considerazione che il donante può voler beneficiare il donatario ed eventualmente i suoi discendenti, ma non anche i soggetti che gli stessi potrebbero indicare nel loro testamento, o che fossero chiamati a succedere in base alle norme della successione legittima, sicché si consente al donante di prevedere il rientro nel suo patrimonio del bene donato qualora il donatario o anche i suoi discendenti muoiano prima del donante medesimo ⁽⁵⁷⁷⁾.

In forza di tale previsione, il convivente donante potrebbe così effettuare una donazione al proprio partner con la condizione che i beni donati, alla morte di quest'ultimo, tornino a lui. Tale soluzione avrebbe l'evidente vantaggio di permettere al convivente donante di evitare che i beni donati al partner, in caso di premorienza di questi, siano devoluti a soggetti terzi e non

(577) CAPOZZI, op. cit., 804;

graditi ⁽⁵⁷⁸⁾. Si pensi, a riguardo, alla possibilità che uno dei partners, dopo aver donato la metà della propria abitazione all'altro in ragione dei legami di affetto, si trovi alla morte del compagno in comunione con i parenti di quest'ultimo che abbiano appreso la relativa quota in forza della successione, soggetti con cui proprio il convivente donante aveva intenzione di evitare qualsivoglia vincolo e per questo scelse di non vincolarsi in matrimonio.

Entrambe le soluzioni proposte – donazione con riserva di disporre e donazione con patto di reversibilità – possono trovare spazio all'interno di un contratto di convivenza, sia come contratti collegati che come previsioni applicabili a spostamenti patrimoniali che trovino causa nel contratto stesso e si atteggiino come donazioni indirette ⁽⁵⁷⁹⁾. La dottrina ha quindi proposto diversi strumenti – elaborati durante il periodo di assenza di regolamentazione del contratto di convivenza – per cercare di mitigare il limite dettato dall'art.

(578) Per un approfondimento sulla donazione con patto di reversibilità si veda FEOLA, *Il patto di reversibilità*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di BONILINI, IV, 2009, 951 e ss., precisandosi sin da ora che beneficiario della reversibilità, in ogni caso, potrà essere solo il donante, mentre il patto a favore di altri si considererà nullo e come non apposto;

(579) Ritengo che non possa escludersi l'applicabilità delle norme in commento alle donazioni indirette, in accoglimento delle tesi più moderne che interpretano l'art. 809 Codice Civile – che richiama solo parzialmente per tali negozi la disciplina della donazione diretta – come previsione di carattere generale e non esaustiva;

458 Codice Civile e principalmente: il contratto di assicurazione a favore di terzi, il conto corrente cointestato ⁽⁵⁸⁰⁾.

6. Segue: la “società semplice”, strumento per la gestione unitaria del patrimonio dei conviventi

Il sistema successorio attuale impone il rispetto del c.d. principio della legittima in natura ⁽⁵⁸¹⁾, in forza del quale ogni legittimario ha diritto non solo a ricevere dal defunto una quota astratta di patrimonio, composto dalla sommatoria delle donazioni effettuate in vita e di quanto lasciato a causa di morte (cd. riunione fittizia), bensì anche alla circostanza che tali valore sia integralmente soddisfatto da beni del defunto ⁽⁵⁸²⁾. Non si ritiene quindi

(580) OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., e PERFETTI, op. cit., 1762;

(581) Cfr. CAPOZZI, op. cit., 474;

(582) Parte della dottrina ha analizzato il problema del divieto di patto tontinario, legato a doppio filo con le clausole di consolidazione societarie. Infatti, al fine di consentire al convivente superstite, in caso di acquisto in comune, di succedere nella quota del convivente premorto senza sottostare alle norme successorie, si è suggerito di fare ricorso alla c.d. clausola tontinaria o a un diritto di opzione di vendita reciproco sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del concedente al concessionario, soluzioni che – in parte – avrebbero lo stesso effetto del conferimento dei beni in società semplice evidenziato in questo paragrafo. In particolare, l’acquisto in tontina si avrebbe la concentrazione dei beni originariamente in comune a favore del partner superstite. Tuttavia, la dottrina prevalente non ritiene ammissibile nel nostro ordinamento il patto tontinario sulla base dell’estensione analogica dell’art. art. 12 del D.Lgs. 209/2005 dettato in tema di assicurazioni e sulla

possibile che la quota del legittimario venga composta con beni o danaro non ereditario.

Tale principio potrebbe scontrarsi con le necessità di sistemazione patrimoniale dei conviventi in esito alla morte di uno di essi. Si pensi, infatti, agli acquisti compiuti in comunione da conviventi durante il *ménage* – presumibilmente per la quota di un mezzo ciascuno – e la successiva possibilità che tale quota cada in successione. In tale scenario, il convivente superstite, anche qualora beneficiato nell'intera disponibile con apposito testamento, potrebbe trovarsi in comunione con i legittimari del partner defunto, soggetti con i quali potrebbe non aver e voler alcun rapporto. Da tale scenario, peraltro, si verificherebbe anche nel caso in cui i conviventi avessero deciso di optare per il regime di comunione degli acquisti.

Per evitare una “comunione forzata”, oltre alle possibilità descritte ai paragrafi che precedono, viene in aiuto uno strumento avversato da decenni,

impossibilità di prevedere un accrescimento *inter vivos* che leda i diritti dei legittimari. L'Autore che ha analizzato il punto, ha altresì osservato che le medesime necessità di concentrazione del patrimonio si ravvisano in caso di presenza di attività produttive svolte in comune dai conviventi, “*ove è forse ancora di più sentita l'esigenza di premunirsi reciprocamente contro il rischio che la quota di spettanza del partner premorto possa cadere in successione (legittima) ovvero essere «rivendicata» dagli eredi legittimari di lui*”. Sono state così riproposte le soluzioni – con le relative perplessità – già elaborate dalla dottrina in tali casi, tra le quali le clausole di consolidazione c.d. “impure”, cioè che prevedono l'obbligo di pagamento, a favore degli eredi, legittimi e/o legittimari, del partner premorto, del valore della quota consolidata; MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, op.cit., 173;

ma oggi sotto la lente di ingrandimento della dottrina, grazie soprattutto alle recenti norme fiscali: la società semplice ⁽⁵⁸³⁾.

Il panorama italiano – e soprattutto piemontese ⁽⁵⁸⁴⁾ – ha visto l'utilizzo di questo strumento come “cassaforte di famiglia” e mezzo per garantire una gestione unitaria del patrimonio familiare. La sua particolare disciplina e la duttilità della figura permetterebbe così ai conviventi – come prima alle facoltose famiglie italiane – da un lato, di evitare la comunione sui beni acquistati durante il rapporto di convivenza e, dall'altro, di imprimere una gestione unitaria degli stessi.

Ma l'utilizzo di tale strumento ha avuto un percorso piuttosto travagliato. Più precisamente, l'articolo 2249 Codice Civile sancisce che *“le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice...”*, disponendo quindi che la società semplice non possa esercitare alcuna attività commerciale.

La dottrina e la giurisprudenza più risalenti, ad ogni modo, ritenevano che non fosse ammissibile l'esistenza di una società che avesse quale unico scopo l'attività di gestione e godimento dei beni posseduti e riconducevano tale fenomeno alla esistenza di una comunione (cfr. art. 2248 Codice Civile).

(583) Già DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit., 985 ipotizzava prima della L. 76/2016 la possibilità di costituire una struttura associativa tra conviventi al fine di frapporre uno schermo alla titolarità dei beni;

(584) Celebri sono i casi di famose famiglie di imprenditori torinesi che hanno gestito i propri possedimenti azionari attraverso lo strumento in parola, si ricorda esemplificativamente la società semplice *“9 Dicembre S.S.”* della famiglia Agnelli;

Tuttavia, recentissimamente - anche grazie all'introduzione della normativa di favore per le società semplice di godimento (art. 1, comma 115 e s.s. L. 208/2015) – lo scenario è fortemente cambiato. Sembra infatti oggi ammissibile ritenere che nulla vieti che una società semplice possa avere ad oggetto il solo godimento dei beni sociali, purché in forma economica, cioè volto a trarne il miglior profitto ⁽⁵⁸⁵⁾.

Passando all'esame del profilo che più qui interessa ⁽⁵⁸⁶⁾, si ravvisa il vantaggio accennato nella previsione sancita dall'art. 2284 Codice Civile Tale articolo viene in gioco in caso di morte del socio che, nel caso qui esame, potrebbe rivestire anche la natura di convivente. L'articolo citato infatti dispone che gli eredi del defunto non vantino alcun diritto sui beni costituenti il patrimonio sociale né possano in alcun modo entrare a far parte della

(585) Sull'evoluzione delle finalità e dello scopo della società semplice in relazione alla sua legittimità si confrontino ex multis SPADA, *Dalla società civile alla società semplice di mero godimento*, CNN, Studio n. 69-2016/I e Trib. Roma 8 novembre 2016 che ha sancito *“la società semplice diviene, dunque, non solo il regime residuale di esercizio di attività economiche collettive non commerciali, ma anche un regime societario facoltativo, rispetto a quello della comunione, del godimento collettivo. In definitiva, la catena nel tempo di norme fiscali che legittimano la società semplice di mero godimento importa l'ammissibilità, sotto il profilo civilistico, di tali società. E, come detto, una interpretazione sistematica deve condurre a considerare che ciò che è ammesso in sede di trasformazione deve esserlo anche in sede di costituzione ex novo della società. È, dunque, legittima la costituzione di società semplici di mero godimento. Va da sé che, una volta ammessa la costituzione di società semplici di mero godimento, esse debbano essere iscritte nella sezione speciale del registro delle imprese”*;

(586) Ai vantaggi in tema di successione qui accennati, si accompagnano i numerosi vantaggi fiscali della società semplice attribuiti dal Legislatore;

compagine sociale senza il consenso del socio superstite – il partner del convivente defunto – che potrà quindi decidere di (i) liquidare la quota astratta ai primi, pagando il controvalore della medesima calcolato sul patrimonio netto, o (ii) ammettere gli eredi in società o ancora in ultimo (iii) liquidare la stessa ⁽⁵⁸⁷⁾.

Il vantaggio di utilizzare una società semplice come strumento di pianificazione della successione tra i conviventi così appare palese.

Qualora i partners decidessero di compiere acquisti in comune e volessero evitare eventuali “scomode comunioni” all’esito del decesso, grazie al preventivo conferimento in una società semplice, il convivente superstite non avrebbe modo di trovarsi inibito nella gestione dei beni acquistati congiuntamente con il partner defunto. Infatti, detto soggetto potrebbe sia gestire i beni senza la necessità di ottenere il consenso dei legittimari del convivente – rimanendo, infatti, in esito al decesso unico socio e, quindi, amministratore del compendio ereditario (gli eredi infatti, ai sensi dell’art. 2284 Codice Civile, sarebbero dei meri creditori della società e non avrebbero alcuna qualifica dei soci della compagine) - nonché, in seconda battuta, decidere se procedere alla liquidazione dell’intera società ovvero pagare ai presumibili legittimari del partner il controvalore dei beni presenti in società.

(587) Sulle modalità di liquidazione della quota ereditaria ex art. 2284 Codice Civile è intervenuta anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha sancito che tale liquidazione debba essere compiuta dalla società; cfr. Cass. Sez. Un. 26 aprile 2000 n. 291, in Soc., 2000, 10, 1200;

Mi sembra di poter concludere che tale strumento possa essere contenuto in un contratto di convivenza o, quantomeno, nel medesimo documento che lo accompagna, considerato peraltro che il Legislatore, per la costituzione di siffatta società, non ha richiesto la necessità di ministero notarile.

7. Segue: il vincolo di destinazione ex 2645-ter Codice Civile

L'art. 39-novies D.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv., con modif., in l. 23 febbraio 2006, n. 51 ha introdotto nel nostro ordinamento il vincolo di destinazione, inserendo il nuovo art. 2645-ter nel Codice Civile ⁽⁵⁸⁸⁾.

(588) Parallelamente è stata proposta, prima dell'introduzione della Novella, la stipulazione di un *trust* a tutela della posizione del convivente. Infatti, per ridurre la portata dell'art. 458 Codice Civile e cercare di sfuggire al divieto di patti successori – principalmente istitutivi, considerata l'assenza di diritti di riserva per il convivente – tra le molte ipotesi passate in rassegna dalla dottrina, viene in luogo tale figura, negozio giuridico entrato a far parte del nostro ordinamento con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, che ha ratificato la Convenzione di L'Aja dell'1^o luglio 1985. La dottrina che ne ha proposto l'utilizzo, in considerazione dell'impossibilità della famiglia di fatto di accedere all'istituto del fondo patrimoniale, ha dapprima rilevato la difficoltà di ammettere la legittimità di un trust interno, e cioè l'accedere a tale fenomeno di separazione patrimoniale in assenza di elementi di estraneità all'ordinamento italiano (si pensi, ad esempio, a trust aventi ad oggetto beni tutti siti su territorio italiano a favore di cittadini italiani). In astratto - superato tale problema e le altre perplessità manifestate dagli interpreti circa l'ammissibilità di deroga al sistema della responsabilità patrimoniale personale dettata dall'art. 2470 Codice Civile - l'Autore ha ritenuto che i divieti disposti in tema di costituzione di beni in dote (166-bis Codice Civile),

ovviamente, non possano essere estesi inopinatamente alla famiglia di fatto. Tuttavia, sempre tale Autore ha sottolineato che l'istituto del trust sia sostanzialmente inutile, in quanto possibile sostituirlo con gli strumenti già presenti nel nostro ordinamento. Più in particolare, (i) è stato criticato che – come condivisibile – il trust non offra alcun vantaggio per la tutela del convivente in relazione alla possibilità di comprimere parzialmente i diritti di legittima sul patrimonio del disponente a favore del partner, (ii) non vi sia possibilità di coercizione nell'istituto a favore dell'eventuale convivente debole e che comunque affidare a terzi la gestione del patrimonio utile allo sviluppo delle esigenze familiari sarebbe controproducente; per il dibattito confronta OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 129 e ss., COPPOLA, op. cit., 739 e MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in Riv. dir. comm., 2000, I, 667. Peraltro, la giurisprudenza si è espressa positivamente sulla possibilità di conclusione del trust a favore degli interessi della famiglia di fatto; infatti è stato così pronunciato: *“Volontà dei disponenti è quella di creare un patrimonio separato in analogia con il fondo patrimoniale, obiettivo questo non realizzabile direttamente per non essere i disponenti sposati. È noto come ai conviventi more uxorio non vengano riconosciuti diritti connaturati all'esistenza di un rapporto duraturo e stabile, ma che – non di meno - la tutela della prole e degli assetti patrimoniali nell'interesse degli stessi costituiscano importanti chiavi di interpretazione ai fini che ne occupano. Si ritiene che l'assenza di un vincolo parentale e di una situazione di certezza di rapporti giuridici, in nome della quale spesso i giudici di legittimità e lo stesso giudice delle leggi hanno dichiarato manifestamente infondate o rigettato questioni di incostituzionalità dell'assetto normativo, non impediscano nel caso di specie di ritenere meritevole lo strumento in questione al fine di concedere una tutela, altrimenti inesistente, ai genitori ed ai figli, nati prima o in costanza di questo rapporto di fatto. Si intende cioè dire che la segregazione di un patrimonio nel dichiarato intento di apprestare una tutela economica e di assistenza ad una famiglia di fatto, che non sarebbe altrimenti assicurabile in forme neanche lontanamente simili a quelle del fondo patrimoniale, rappresenta quel quid che consente di ritenere apprezzabile lo strumento innominato, e dare così ingresso al trust in questione, nei limiti di indagine di questo giudice. Proprio questo valore perseguito, e cioè la tutela della prole familiare, costituisce quel rilevante elemento che aveva indotto la giurisprudenza costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto di locazione al conduttore che avesse cessato la convivenza quando vi fosse prole naturale; non a caso lo stesso presupposto – questa volta in negativo - della ricorrenza di figli ha recentemente indotto la stessa corte a negare il diritto alla prosecuzione nel rapporto locatizio al convivente more uxorio in assenza*

Trattasi della possibilità di trascrivere gli atti di destinazione stipulati in forma pubblica con i quali un soggetto (detto “disponente”) vincoli i propri beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, al fine di realizzare un interesse meritevole di tutela a favore di uno o più soggetti beneficiari e per un tempo non superiore a novanta anni ovvero per la durata della persona fisica destinataria del beneficio.

E' stato osservato che la nuova norma non sembrerebbe porre limiti dal punto di vista soggettivo, ben potendo, oltre che in favore di persone con disabilità, che il vincolo venga costituito in favore della pubblica amministrazione, di enti o persone fisiche.

Effetto del vincolo – e, ai fini dell'opponibilità a terzi, della relativa trascrizione – è quello di far nascere un patrimonio separato, senza perdita da parte del disponente della titolarità. A ciò consegue, inoltre, l'obbligo di destinare i beni conferiti e i relativi frutti solo per la realizzazione del fine di

*di prole (C. Cost., ord. n. 204 del 2003, rel. CONTRI).” (cfr. Trib. Trieste 19 settembre 2007, in *Trust e attività fiduciarie*, 2008, 42). Tuttavia, la citata dottrina critica ha rilevato che la decisione qui riportata si fonda sulla asserita e denegabile assenza di altri strumenti di tutela per il convivente debole, strumenti che tuttavia sarebbero già presenti nell'ordinamento, quali la fideiussione o l'ipoteca legale, negozio collegati alla stipulazione di un contratto di convivenza senza ricorrere a fenomeni di separazione patrimoniale;*

destinazione, beni e frutti che potranno essere oggetto di esecuzione soltanto per debiti contratti per tale scopo ⁽⁵⁸⁹⁾.

Ciò detto, il punto più “spinoso” della nuova previsione attiene al suo ambito di applicazione e, più precisamente, all’individuazione del significato dato alla locuzione “*realizzazione di interessi meritevoli di tutela (...) ai sensi dell’articolo 1322, secondo comma*”.

In generale – non nell’ambito solo familiare (sia esso di diritto o di fatto) – si possono registrare due orientamenti. Il primo, più stringente e sembrerebbe minoritario, sostiene che l’interesse meritevole di tutela richiamato dalla norma non possa coincidere semplicemente con quelli leciti, bensì dovrebbe consistere in una finalità pubblica ⁽⁵⁹⁰⁾ o solidale ⁽⁵⁹¹⁾; il secondo, estensivo, ritiene che per meritevolezza debba intendersi qualsiasi interesse che non sia illecito, sulla base del richiamo all’art. 1322 Codice Civile ⁽⁵⁹²⁾.

(589) Per approfondire, *ex multis*, si veda: PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Riv. dir. civ., 2006, II, 162; BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste*, in Giust. civ. 2006, II, 190;

(590) GAZZONI, *Osservazioni sull’art. 2645 ter cod. civ.*, in Giust. civ., 2006, II, 170;

(591) CIAN, *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell’art. 2645 ter cod. civ.*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, 2007, 88;

(592) FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, a cura di BIANCA, Milano, 2007, 176;

In tale contesto, preso atto della novità legislativa, la dottrina ha manifestato la possibilità di utilizzare tale strumento per la tutela dei rapporti all'interno della famiglia di fatto (disposizioni sulla casa familiare, protezione del patrimonio destinato ad alimentare le risorse del ménage, creazione di un vero e proprio modello simmetrico al fondo patrimoniale tra conviventi) (593), ritenendo non discutibile la meritevolezza di tutela dei relativi scopi perseguiti (594).

Infatti, l'interesse, per le ragioni solidaristiche che ispirano la norma, è di tale evidenza da consentire anche di collocare la famiglia nel suo complesso (vuoi legittima, vuoi di fatto) tra uno di quegli "altri enti" cui fa richiamo la disposizione, "valorizzando quell'indirizzo che ormai unanimemente considera tanto la famiglia fondata sul matrimonio, come il ménage di fatto, quali «formazioni sociali» riconosciute dall'art. 2 Cost." (595). La dottrina, inoltre, ha ritenuto di poter scorgere nel fenomeno di separazione del fondo patrimoniale un dato della sicura ammissibilità di un vincolo di destinazione tra conviventi atto a perseguire i medesimi fini (596), sottolineando che la diversità di

(593) OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in Contr. e impr. Europa, 2007, 351;

(594) OBERTO, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in www.giacomooberto.it

(595) AA.VV., *Guida operativa in tema di convivenza*, Consiglio nazionale del Notariato, 2013;

(596) Cfr. VECCHIO, *Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare*, in Dir. Fam., 2, 795, che ha osservato: "A tal fine, è necessario, tuttavia, che tra l'istituto del fondo patrimoniale e l'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. siano tracciate alcune differenze.

trattamento tra le due figure giuridiche è legata solo alla diversità degli istituti, ma non alla *ratio* che sottende alla costituzione di tali patrimoni separati ⁽⁵⁹⁷⁾. Tale soluzione, peraltro, è stata accolta dalla prassi (⁵⁹⁸).

Solo in tal caso, si potrebbe dire di avere a disposizione uno strumento di destinazione alternativo. Su tale scia può evidenziarsi, ad esempio, che l'esistenza di un rapporto di coniugio di natura civile o concordataria rileva quale condizione essenziale per il ricorso all'istituto del fondo patrimoniale. Restano escluse, dunque, dalla portata applicativa di tale istituto, le convivenze more uxorio. L'art. 2645-ter c.c., dal canto suo, pare caratterizzato da un potenziale applicativo di maggiore estensione e duttilità, tale da far ricomprendere nel proprio raggio di applicazione tali rapporti di fatto. La presenza, in seno all'ordinamento, di svariati indici normativi di riferimento, ben potrebbe, del resto, far ritenere ammissibile - in punto di meritevolezza - la destinazione patrimoniale operata ex art. 2645-ter c.c. in favore della famiglia di fatto fondata sulla convivenza more uxorio”;

(597) Un Autore che ha analizzato la casistica addirittura ha ritenuto di poter prevedere un'automatica trasformazione del vincolo di destinazione attuato dai conviventi in un fondo patrimoniale. Egli infatti ha così sostenuto che *“nulla sembra escludere che un'apposita clausola dell'atto stesso colleghi all'eventuale celebrazione del matrimonio inter partes l'automatica trasformazione del vincolo in fondo patrimoniale. È noto che le convenzioni matrimoniali ben possono essere stipulate in data precedente alle nozze e, del resto, la condizione legale di celebrazione delle nozze impedisce alle stesse di produrre effetti in epoca anteriore; il riferimento sarebbe qui comunque ad un matrimonio ben determinato (quello dei conviventi, per l'appunto), per cui neppure sotto questo profilo potrebbero sussistere problemi di validità. Il tutto, ovviamente, a condizione che l'atto in questione soddisfi i requisiti di forma (art. 162 c.c., 48 l. notar.) e sostanza (artt. 167 ss. c.c.) previsti per il fondo e, più in generale, per la validità delle convenzioni matrimoniali (artt. 160 ss. c.c.)”;* OBERTO, op. cit., in www.giacomooberto.it;

(598) In particolare si osservino le elaborazioni del Consiglio Nazionale del Notariato che, nel 2013, ha dato alle stampe una guida per la tutela patrimoniale del convivente *more uxorio*, in cui compare, tra l'altro, un modello di atto di destinazione ex art. 2645-ter Codice Civile. Sulle possibili applicazioni cfr. FUSARO, *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, in Riv. not., 2014, I, 7;

Ciò non toglie che altra parte della dottrina abbia manifestato opinioni contrarie, sia di carattere tecnico che, principalmente, di contrarietà alla *ratio* del nuovo istituto previsto dal Legislatore.

Quanto alle prime, le maggiori critiche si sono osservate in relazione alla indeterminatezza del beneficiario del vincolo, requisito che sarebbe invece richiesto tassativamente dalla nuova previsione ⁽⁵⁹⁹⁾. Si è così ulteriormente sottolineato che «*mentre la famiglia legittima contiene in sé l'elemento formale ed unificante che consente l'immediato riconoscimento di tutti i suoi componenti presenti e futuri rispetto al momento genetico di un qualunque atto d'autonomia che possa riguardarli (tali, infatti, sono i coniugi uniti in matrimonio, o i loro figli legittimi), la famiglia di fatto non consente un'identificazione collettiva dei suoi componenti: i conviventi possono nel tempo cambiare senza alcuna ripercussione giuridica, e gli stessi figli sono tali, sul piano giuridico, in relazione a ciascun genitore che effettua il riconoscimento*» ⁽⁶⁰⁰⁾. Tale rigidità è stata però oggetto di critiche, avendo la dottrina sottolineato che individuare come beneficiario del vincolo di destinazione la famiglia nel suo complesso permetterebbe al negozio giuridico

(599) TRIMARCHI, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, 426, che ritiene di non poter individuare beneficiari determinati in forza del mero rinvio alla famiglia, essendo assente un elemento che consenta d'individuare i componenti quali facenti parte di un gruppo;

(600) TRIMARCHI, op. ult. cit., 426;

di non perdere di dinamicità e un riferimento specifico ai membri attuali del nucleo si sostanzierebbe in un formalismo che obbligherebbe al ricorso di atti di revoca e/o modifica continui del vincolo.

Tale conclusione parrebbe potersi trarre anche dalla disciplina del fondo patrimoniale che, all'art. 167 Codice Civile, individua genericamente la "famiglia" come ambito di individuazione dei soggetti beneficiari dell'istituto. (601).

Quanto alla seconda delle perplessità, sembrerebbe che parte della dottrina abbia ritenuto non utilizzabile lo strumento previsto dall'art. 2645-ter Codice Civile per soddisfare le esigenze della famiglia di fatto ⁽⁶⁰²⁾ sulla base

(601) È stato aggiunto che (i) anche nella famiglia legittima i confini soggettivi sono sfumati e (ii) sarebbe sufficiente individuare *per relationem* i beneficiari mediante indicazione nell'atto costitutivo dei due conviventi, aggiungendovi l'astratta possibilità che il nucleo si estenda, con l'inserimento di fatto di eventuali figli unilaterali o minori in affidato; cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi*, op. cit., 150 che aggiunge "Quanto all'ulteriore presupposto, costituito dalla previsione che il rapporto di filiazione sia legalmente accertato mercé riconoscimento o dichiarazione giudiziale, atteso il carattere meramente dichiarativo di siffatti atti e la presenza di un'obbligazione naturale per ciò che attiene al mantenimento di figli naturali eventualmente non riconosciuti né dichiarati, non sembra possa predicarsi l'assoluta indispensabilità di tale elemento (ancorché dal punto di vista pratico il suo inserimento appaia raccomandabile, così come consigliabile comunque appare la nominativa menzione dei soggetti beneficiari già in vita)";

(602) FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 632 che rileva "perché il programma di attuazione di interessi che costituiscono il profilo funzionale di inderogabili doveri familiari non appare determinabile mediante la destinazione al relativo soddisfacimento di un fondo agricolo, di un trattore, ovvero di una nave, manifestandosi come il prodotto della ponderazione degli interessi coinvolti nella reale vicenda e delle relazioni correnti tra essi che, soltanto dopo l'individuazione della sua

della considerazione che gli interessi familiari non sarebbero adeguatamente soddisfatti dalla destinazione di beni immobili o mobili registrati, e quindi della sostanziale assenza di causa della destinazione. Osserva, infatti, l'Autore che *“il proprium della destinazione, vale a dire la funzionalizzazione della situazione giuridica soggettiva che riscontra il suo punto di riferimento oggettivo nel bene destinato tale da esigere la riformulazione dei poteri, doveri, facoltà, in essa contenuti fino a determinare anche l'ingresso nella situazione giuridica soggettiva di nuovi obblighi finalizzati all'attuazione dello scopo di destinazione”* (603). Tale tesi negativa - anche se isolata e aversata dalla migliore dottrina che si è occupata del tema - ha trovato anche riscontro in giurisprudenza; i giudici di merito infatti hanno ritenuto priva di causa la segregazione patrimoniale operata dal convivente sull'abitazione oggetto del *ménage* per il caso di cessazione di quest'ultimo (604).

dimensione nel caso concreto, ne consente, essenzialmente ad opera dei coniugi mediante i c.dd. negozi di negozi di indirizzo della vita familiare, la concreta determinazione delle modalità attuative, sia pure per un tempo estremamente limitato”;

(603) FEDERICO, op. cit., 632, duramente criticato da OBERTO, op. ult. cit., che ha rilevato la stipula di un contratto di convivenza, e più in particolare di un vincolo di destinazione, vuole proprio fornire al convivente debole quella tutela che la legge gli rifiuta;

(604) Trib. Trieste Giud. Tavolare decr. 22 marzo 2016, inedita, che ha ritenuto lo scopo perseguito dalla disponente più egoistico che altruistico, non spettando in caso di alienazione alcuna legittima aspettativa in capo al beneficiario e dunque nessuna obiettiva tutela, e che quindi il programma negoziale non perseguisse alcun interesse meritevole di tutela;

La tesi sembra corroborata dalla esperienza professionale del notariato: è stato infatti sottolineato come la maggioranza delle stipulazioni di contratti di convivenza e, soprattutto, di collegati vincoli di destinazione ex art. 2645-ter Codice Civile siano stati posti in essere non per agevolare il ménage, bensì per perseguire l'interesse egoistico del disponente di sottrarre i propri beni ai creditori. E' stato così acutamente osservato "*l'interesse [alla base di tali negozi] (...) non è causalmente collegato alla convivenza, ma è ad essa totalmente estraneo*" (605).

Ad ogni modo, qualora si acceda alla tesi positiva e maggiormente condivisa dalla dottrina e considerato il formalismo richiesto dall'art. 2645-ter Codice Civile (606), l'eventuale contratto di convivenza che annoveri tra i suoi contenuti un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter Codice Civile dovrà necessariamente essere rogato per atto pubblico, non essendo quindi possibile ricorrere alle forme di autentica previste dal comma 51 della Novella.

Qualora, invece, detto vincolo venga stipulato per assolvere finalità *post-mortem* legate alla cessazione forzata della convivenza, sarà necessario

(605) TASSINARI, op. cit, 1738;

(606) L'art. 2645-ter Codice Civile sancisce la possibilità di trascrivere gli atti solo se rogati in forma pubblica, ne sono quindi escluse le scritture private autenticate o con sottoscrizione accertata giudizialmente. Ciò in quanto al notaio rogante sarebbe devoluto anche il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti. La forma pertanto è stato sostenuto sia prescritta non ai fini della validità dell'atto, ma solo per opponibilità: un eventuale difetto non determinerebbe quindi la nullità dell'atto. Per approfondimenti circa la forma si veda: PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 162;

che tale negozio venga disposto in via indiretta – e cioè mediante imposizione di onere in tal senso agli eredi) - ovvero, prudenzialmente, mediante testamento pubblico ⁽⁶⁰⁷⁾. La finalità di una siffatta previsione potrebbe essere quella di connotare di realtà il diritto di godimento previsto dalla Novella in favore del convivente superstite ⁽⁶⁰⁸⁾ e, contestualmente, soddisfare gli interessi del medesimo senza dover ricorrere all'attribuzione di un diritto reale di usufrutto o abitazione; ciò con il vantaggio di permettere maggior flessibilità nell'amministrazione del bene – anche mediante trasferimento strumentale a un soggetto attuatore – e mantenendo il possesso giuridico del medesimo in capo all'erede. In tal senso, un vincolo di destinazione volto a soddisfare i diritti del convivente superstite espressamente riconosciuti dalla Novella – il diritto di godimento sulla casa di comune residenza e il godimento degli alimenti alla cessazione del rapporto (cfr. comma 65 della Novella) – sembrerebbe rientrare tra le finalità meritevoli di tutela richieste dal Legislatore ⁽⁶⁰⁹⁾.

(607) Cfr. Trib. Roma 18 maggio 2013 n. 10975 che ha ritenuto non ammissibile la costituzione di un vincolo di destinazione ex art. 2645 ter Codice Civile attraverso il testamento, a causa di una interpretazione letterale del citato articolo, essendo tale strumento derogatorio al principio della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 Codice Civile;

(608) Cfr. il comma 42 della L. 76/2016;

(609) Già la dottrina riteneva utile il vincolo per soddisfare le esigenze dei conviventi, cfr. *“Posto che la giurisprudenza abbia già tracciato, in merito alle vicende inerenti al rapporto coniugale, percorsi applicativi percorribili dallo strumento destinatario disciplinato dall'art. 2645-ter c.c., per altro verso, non pare sussistano particolari ostacoli a che l'atto di destinazione possa trovare applicazione con riferimento alle vicende patologiche proprie della c.d. famiglia di fatto. Per mezzo dell'atto in questione, infatti, potrebbe realizzarsi un "fascio"*

8. Segue. Il mandato *post-mortem exequendum*

Infine, quanto alle finalità meramente pratiche, deve osservarsi che l'assenza di un diritto diametralmente speculare a quanto previsto in favore del coniuge sulla residenza oggetto della vita familiare e sui mobili che la corredano (cfr. art. 540 Codice Civile e par. 1 del presente capitolo) porta con sé la necessità di porre in essere una serie di attività materiali da parte del convivente superstite alla morte del partner.

Si pensi, esemplificativamente, alle modalità di abbandono della casa comune in caso di mancanza di quanto previsto al comma 42 della Novella – esigenza per il quale il Legislatore, in caso di solo recesso, ha approntato un termine di novanta giorni per il recedente ⁽⁶¹⁰⁾ – ovvero all'esecuzione di compiti meramente materiali relativi alla successione.

di garanzie patrimoniali anche nei rapporti tra conviventi. Certamente, tale attività destinataria, presuppone una progettualità di fondo, nello snodarsi del rapporto, che spesso non è dato riscontrare al di fuori del vincolo matrimoniale. Poiché, comunque, le generalizzazioni sono sempre approssimative, l'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. potrebbe rilevarsi strumento idoneo a conferire garanzie a quanti volessero arricchire il proprio rapporto di maggiore stabilità, disciplinando le vicende patrimoniali del decorso patologico che, in assenza di specifici strumenti giuridici, rimarrebbero dominate dall'incertezza", VECCHIO, op. cit., 795;

(610) Cfr. il comma 61 della L. 76/2016;

A tal fine, mi sembra possibile ritenere che il contratto di convivenza possa contenere anche obblighi da parte dei conviventi di eseguire, dopo la morte di uno di questi, uno o più compiti materiali (c.d. mandato *post mortem exequendum*).

La dottrina, infatti, ammette la possibilità di affidare a un soggetto, anche con previsione contrattuale, compiti da eseguirsi dopo la morte del mandante, purché aventi ad oggetto attività meramente materiali ⁽⁶¹¹⁾, anche in esecuzione di attribuzioni patrimoniali già avvenute in vita ⁽⁶¹²⁾.

Quella che deve, invece, ritenersi illecito è la possibilità che il contratto di convivenza contenga mandati e obblighi a carico dei conviventi che siano volti a porre in essere attribuzioni *mortis causa* in via contrattuale (c.d. mandato *mortis causa*). Tali figure, che ricorrono ad esempio qualora il contratto di convivenza preveda dopo la morte del convivente e a carico dell'altro di trasmettere beni determinati in favore di terzi, si risolverebbe in un patto successorio vietato nel nostro ordinamento (cfr. art. 458 Codice Civile) ⁽⁶¹³⁾.

(611) Cfr. Trib. Palermo 16 marzo 2000, in I contr., 2000, 1101 che ha sancito la validità del mandato avente ad oggetto la tumulazione delle spoglie del mandante;

(612) CAPOZZI, op. cit., 64;

(613) GROSSO – BURDESE, *Le successioni, parte generale*, 97;

CAPITOLO V

INVALIDITA' E SCIoglIMENTO DEL CONTRATTO DI CONVIVENZA

Sommario: 1. La nullità del contratto di convivenza – 2. La sospensione del contratto di cui al comma 58 – 3. La risoluzione del contratto di convivenza – 4. Segue. Accordo delle parti e recesso dal contratto di convivenza

1. La nullità del contratto di convivenza

La Novella, accanto ai requisiti formali e sostanziali della figura negoziale in esame, ha introdotto un regime di invalidità del contratto di convivenza ⁽⁶¹⁴⁾.

Il comma 57 prevede espressamente che *“Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile che può essere fatta valere da chiunque vi abbia*

(614) BONA, *Unioni civili e convivenze*, Pacini giuridica, 2016, 176 che sottolinea come le prime due ipotesi di nullità dettate dal Legislatore rispondano ad una inesistenza della causa del contratto, mentre le successive tre siano riprodotte dei tradizionali impedimenti dirimenti; tuttavia altra dottrina ha valutato negativamente la scelta legislativa, considerato che la Novella ha sanzionato con la nullità ipotesi che nel regime coniugale danno luogo alla mera annullabilità del vincolo (cfr. sul punto MANILDO, op. cit., 278)

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”.

In primo luogo si può rilevare che trattasi di ipotesi di nullità c.d. “testuale” e cioè di ipotesi di nullità del contratto espressamente previste dal Legislatore e che non richiedono, pertanto, un ulteriore esame sotto il profilo della liceità ⁽⁶¹⁵⁾.

Più precisamente ⁽⁶¹⁶⁾, il contratto di convivenza sarà invalido quando:

(i) uno degli stipulanti sia legato da un altro vincolo, sia esso matrimoniale o derivante dalla stessa L. 76/2016 ⁽⁶¹⁷⁾. In relazione a tale causa

(615) Si parla in dottrina di nullità testuale – contrapponendola alle c.d. nullità “strutturali” o “virtuali” - in relazione al disposto dell’ultimo comma dell’art. 1418 Codice Civile che prevede che il contratto sia nullo, oltre che per le ipotesi ivi contemplate, anche negli altri casi espressamente stabiliti dalla legge, con particolare riferimento a quelle norme che specificamente prevedono la nullità quale sanzione di fattispecie determinate e contrarie ai principi dell’ordinamento;

(616) Cfr. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 711 che giudica “*farraginoso*” la tecnica legislativa, avendo deciso il Legislatore di replicare ogni ipotesi di invalidità del contratto quando invece avrebbe potuto fare integrale riferimento al comma 36; sul punto si è espresso criticamente anche PERFETTI, op. cit., 1762 che ha osservato come la norma si caratterizzi da una “*circularità argomentativa*”, ripetendo quali condizioni di invalidità specifiche elementi già contenuti nel comma 36;

(617) Cfr. RIZZI, op. cit., 33, che osserva come invalidante il negozio in esame sia la conclusione di un contratto di convivenza con altra persona e non di nuovo contratto di convivenza tra i medesimi soggetti; sul punto cfr. anche TASSINARI, op. cit., 1747 che conferma quanto

di nullità del contratto, si può ribadire che il Legislatore conferma di non aver accolto le istanze della dottrina pre-riforma che - come già sottolineato - aveva evidenziato la necessità che lo strumento contrattuale fosse utilizzabile anche da soggetti legalmente separati; tali soggetti infatti, non potendo vincolarsi in matrimonio con il nuovo partner prima di aver ottenuto il divorzio, avrebbero necessitato maggiormente ad altri di un “regime ponte”. La dottrina maggioritaria per questo non faceva rientrare tra i necessari requisiti del contratto di convivenza – atipico - la libertà di stato del convivente. Ora, invece, il requisito della mancanza in capo ai soggetti conviventi di vincoli di *status* per il riconoscimento dei diritti dalla Novella e per la stipula, già sancito nel comma 36, è qui rafforzato e ribadito dal comma 57 ⁽⁶¹⁸⁾;

(ii) in caso di assenza dei requisiti del comma 36; più precisamente, sembrerebbe che la norma si riferisca alla presenza di vincoli parentali o di affinità tra gli stipulanti. In particolare, è stato già osservato come l’interpretazione letterale della Novella porterebbe a sostenere che il regime di conclusione del contratto di convivenza sia più stringente dei vincoli volti ad evitare incesti in ambito matrimoniale. Infatti, né il comma 36 né il comma 57

precede e sottolinea come i conviventi possano articolare il loro regolamento pattizio attraverso la stipulazione di più contratti di convivenza, anche atipici;

(618) MANILDO, op. cit., 279 che richiama le esperienze europee in tema di regolamentazione della convivenza dalle quali, sostanzialmente, il nostro Legislatore non si è discostato molto, se si considera che anche per tali paesi (Francia, Germania, Paesi Bassi) il matrimonio risulta un impedimento alla stipulazione di contratti che abbiano finalità simili a quelle della figura negoziale qui in esame;

prevedono alcuna limitazione parentale di grado. Sembra tuttavia, come peraltro già sottolineato, ritenere, per armonia nel sistema, che sia applicabile per analogia della disciplina prevista per i coniugi e ritenere che la stipulazione del contratto di convivenza sia inibita solo a soggetti che tra loro abbiano legami di affinità o parentela inibenti secondo la disciplina del matrimonio ⁽⁶¹⁹⁾;

(iii) uno dei conviventi sia minore di età, requisito già richiesto dal comma 36 e qui ribadito ⁽⁶²⁰⁾;

(iv) venga concluso da un soggetto che sia stato dichiarato interdetto giudizialmente (ipotesi che si perfeziona con il deposito della sentenza di interdizione in cancelleria – senza quindi che sia necessario il passaggio in giudicato della stessa). La previsione, peraltro, evidenzia il disinteresse del

(619) Cfr. PERFETTI, op. cit., 1756 che ammette la conversione del contratto di convivenza nullo per mancanza dei requisiti di cui al comma 36 in un contratto atipico di convivenza retto dai principi di diritto comune, come in essere prima della Novella, e che ha sottolineato come sia difficoltoso accertare la presenza del requisito dell'*affectio* tra i conviventi per evitare di essere in presenza di una delle convivenze atte a regolare fenomeni diversi quali la coabitazione o il mutuo aiuto. Come già rilevato l'Autore proprio per evitare tale accertamento – impossibile nella prassi – ritiene necessario che i conviventi effettuino la registrazione anagrafica ai sensi del comma 37 della Novella; ad ogni modo, non sembra che tale tesi possa essere completamente condivisibile: se tale dichiarazione anagrafica può essere indicativa, nulla vieta che questa possa essere volutamente simulata dai conviventi, in assenza della *affectio*; essa pertanto non esclude la possibilità di un uso distorto del contratto;

(620) DOSI, op. cit., 212 ritiene inspiegabilmente "*refuso normativo*" tale previsione e ricorda come i precedenti disegni di legge, portati all'attenzione del Parlamento non prevedevano tra i requisiti per la conclusione del contratto la maggior età, sottolineando peraltro che il negozio avrebbe potuto essere concluso con la necessaria autorizzazione giudiziale;

Legislatore per la possibile conclusione e partecipazione nel contratto di convivenza di un soggetto interdetto legalmente, probabilmente a causa della impossibilità che ricorrano i presupposti di cui al comma 36;

(v) uno dei partecipanti sia stato condannato per omicidio consumato in danno del coniuge del proprio partner (cfr. art. 88 Codice Civile), estensione che sembra rispondere alle medesime esigenze già manifestatesi nella regolamentazione del vincolo matrimoniale e, presumibilmente, volte a scongiurare che il contratto di convivenza diventi un mezzo per aggirare i vincoli previsti per assumere la qualità di coniuge.

Alle ipotesi previste del Legislatore, si aggiungono le altre ipotesi di diritto comune per la nullità del contratto, e più precisamente le c.d. nullità “strutturali”, cioè quelle derivanti dall’assenza di uno o più elementi fondamentali del contratto, e “virtuali”, cioè quando il contratto violi norme imperative per le quali il Legislatore non abbia previsto una espressa sanzione di invalidità ⁽⁶²¹⁾.

La norma in commento, peraltro, precisa che le ipotesi della Novella sono fattispecie di invalidità insanabile. La dottrina ha rilevato come la precisazione sia superflua, essendo già prevista dall’art. 1423 Codice Civile

(621) Ricorre tale ipotesi – la c.d. “nullità virtuale” - quando la sanzione della nullità per violazione della norma non sia espressamente prevista dal Legislatore, ma si evinca dalla natura generale degli interessi tutelati. Altra tesi, invece, ritiene che la nullità consegua alla violazione di norme costituzionali e di norme ordinarie che costituiscono attuazione dei principi costituzionali (FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 112);

l'impossibilità di convalida del contratto nullo (⁶²²), salve le ipotesi espressamente previste dal Legislatore (⁶²³).

La nullità del contratto di convivenza, in assenza di alcuna deroga prevista dal Legislatore, potrà quindi essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse - anche d'ufficio - e senza alcun termine di prescrizione. Deve peraltro escludersi che siano applicabili per analogia le limitazioni alla nullità previste dagli artt. 117, 128 e 129 Codice Civile dettate in ambito matrimoniale; tale conclusione, infatti, sembra esclusa dalla espressa volontà del Legislatore di non ammettere alcuna conferma (⁶²⁴).

Si riscontra così una dicotomia tra i conviventi e il regime dei coniugi: il Legislatore prevede un regime più stringente per l'invalidità del contratto di convivenza rispetto al matrimonio, considerato che l'art. 119 Codice Civile esclude la possibilità di agire per la nullità del matrimonio concluso dall'interdetto se, dopo la sentenza di revoca dell'interdizione, i coniugi abbiano convissuto per almeno un anno (⁶²⁵).

(622) GRECO, op. cit., 274;

(623) DOSI, op. cit., 212;

(624) TASSINARI, op. cit., 1747 che osserva anche come il Legislatore abbia previsto delle ipotesi di nullità per i casi di difetto di legittimazione a concludere il contratto, ipotesi che nell'ordinamento danno generalmente luogo al vizio dell'annullabilità;

(625) Cfr. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 711;

Infine, si ricorda che, per effetto delle disposizioni sancite dal comma 51, il professionista che proceda alla ricezione di un contratto di convivenza nullo per le ipotesi sopra evidenziate incorrerà in responsabilità professionale e, per l'ipotesi che questi sia un notaio, deontologica (cfr. 28 art. L.89/1913) ⁽⁶²⁶⁾.

2. La sospensione del contratto di cui al comma 58

La Novella ha altresì previsto una causa di sospensione legale degli effetti del contratto di convivenza.

A norma del comma 58 della L. 76/2016 infatti *“Gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi in pendenza del procedimento di interdizione giudiziale o nel caso di rinvio a giudizio o di misura cautelare disposti per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile, fino a quando non sia pronunciata sentenza di proscioglimento”*.

La dottrina che ha analizzato la previsione ha dapprima ritenuto che essa abbia natura giuridica di *condicio iuris* sospensiva e che il contratto, quindi, tornerà a esplicare i suoi effetti solo all'esito del rigetto della domanda di interdizione o del proscioglimento per i reati contenuti nella norma ⁽⁶²⁷⁾. La considerazione peraltro che tale “sospensione” abbia natura di condizione di

(626) In questo senso anche DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 712;

(627) BONA, op. cit., 176;

diritto comporta la assenza di retroattività nel regime di operatività, pertanto gli effetti del contratto, in caso di ricorrenza dei fatti sopra indicati, non retroagiranno al momento della conclusione.

La dottrina, sul punto, ha peraltro rilevato che la sospensione non sia stata disciplinata per quanto attiene al contenuto del contratto, e in particolare per il regime di acquisti comuni sulla falsariga della comunione legale; detta dottrina ha così sostenuto che, durante l'esplicarsi dei giudizi richiamati dal comma 58, gli acquisti compiuti dal convivente debbano rimanere sostanzialmente in uno stato di "sospensione" che sarà sciolto solo all'esito dei relativi procedimenti con definitivo acquisto del bene o sua esclusione definitiva ⁽⁶²⁸⁾.

La tesi, che potrebbe anche essere astrattamente corretta di primo acchito, non può andare esente da critiche: essa infatti (i) non tiene conto della irretroattività della condizione di diritto, errando di ritenere possibile una caduta in comunione sostanzialmente sospesa e (ii) crea problemi di coordinamento della tutela dei terzi, se si considera che questi non possono venire a conoscenza dell'avvio di detti giudizi e, quindi, probabilmente continueranno a fare affidamento sull'acquisto eventualmente comune dei conviventi sulla base delle risultanze anagrafiche.

(628) DOSI, op. cit., 212;

Si rileva infine che la norma non chiarisce quale siano gli effetti e le vicende del contratto all'esito della fine della sospensione, soprattutto per il caso di pronuncia di interdizione o di condanna. Mi sembra che si possa sostenere che il contratto si risolverà per effetto delle vicende cui sopra, anche se deve effettivamente sottolinearsi che la Novella non prevede l'interdizione o la condanna nei termini in commento quali motivi tipici di risoluzione ⁽⁶²⁹⁾.

Soprattutto, deve considerarsi che proprio in caso di interdizione – come peraltro già sopra sottolineato – potrebbero venire in rilievo quelle previsioni di contribuzione e mantenimento comuni la cui utilità potrebbe essere stata ricercata dai conviventi proprio nella volontà di trovare un rimedio per situazioni di difficoltà del *partner*.

3. La risoluzione del contratto di convivenza

Il Legislatore ha altresì previsto all'interno dell'unico articolo che compone la Novella la disciplina della risoluzione del contratto di convivenza, scegliendo – come già sopra effettuato – di dettare un regime tipico e senza preoccuparsi delle norme già presenti nell'ordinamento.

(629) Mi sembra di poter escludere una ipotesi di nullità sopravvenuta del contratto, considerato che tale invalidità generalmente risponde a difetti genetici del vincolo e non sopravvenuti alla sua formazione, come nel caso in esame;

Il comma 59 della L. 76/2016 prevede infatti che il contratto di convivenza si risolva:

(i) per accordo delle parti;

(ii) per recesso unilaterale di uno dei conviventi;

(iii) a seguito del matrimonio o unione civile di uno dei conviventi o di entrambi tra loro;

(iv) per la morte di un convivente.

Rinviando ai successivi paragrafi le ipotesi di cui ai punti (i) e (ii) sopra indicati, si ricorda che è stato sottolineato come le altre circostanze che danno luogo alla risoluzione si atteggiino come logiche conseguenze del venir meno del rapporto e all'incompatibilità dello *status* di coniuge o di unito civilmente – come previsto anche dal comma 36 – con quello di convivente ⁽⁶³⁰⁾.

E' stato osservato che sostanzialmente le ipotesi di risoluzione previste dal Legislatore coincidono con le cause di cessazione della convivenza ⁽⁶³¹⁾ e con la relativa formalizzazione sia per iniziativa comune che per iniziativa unilaterale dei conviventi ⁽⁶³²⁾; peraltro, parte della stessa dottrina ha

(630) RIZZI, op. cit., 31;

(631) Cfr. AMADIO, op. cit., 1768 che ritiene che il contratto di convivenza si sciogla anche per mera fine della convivenza, quale necessario presupposto di fatto del rapporto contrattuale che sarebbe confermato dal comma 50 della Novella;

(632) ROMANO, op. cit., 349;

sottolineato come sia possibile che il contratto di convivenza venga sciolto anche senza una sottostante cessazione del rapporto affettivo ⁽⁶³³⁾ ⁽⁶³⁴⁾. E' stato infatti portato ad esempio da tale dottrina la possibilità che il contratto venga risolto per mutuo dissenso solo per porre fine alla regolamentazione patrimoniale, senza tuttavia che venga meno l'*affectio* tra i conviventi.

Peraltro, come anticipato, la disposizione dettata dal Legislatore non si preoccupa di sancire se quelle previste nella norma siano le uniche ipotesi di risoluzione del contratto di convivenza. Più precisamente, è necessario chiedersi se le stesse non debbano considerarsi tassative e, quindi, siano applicabili al contratto di convivenza quelle ipotesi di risoluzione previste dal Legislatore per il negozio contrattuale.

Si può osservare che la risoluzione, quale scioglimento del contratto, può assumere la duplice veste di remediale o non remediale. Sono ascritte alla prima categoria quelle figure di scioglimento del vincolo che non presuppongono un malfunzionamento del contratto (es. recesso, accordo delle

(633) Contesta la tecnica legislativa RIZZI, op. cit., 33 che osserva come il comma 59, per l'ipotesi di risoluzione del contratto per morte o nuovo vincolo, e il comma 61, che prevede il termine per il rilascio dell'abitazione familiare all'atto del recesso unilaterale, siano indici della confusione del Legislatore tra conclusione del *ménage* e perdita di efficacia del contratto di convivenza;

(634) DOSI, op. cit., 214 che osserva come il Legislatore sostanzialmente si disinteressi della cessazione della convivenza, salvo in presenza di figli minori; in tal caso, infatti, troveranno applicazione le norme previste dal Codice Civile all'art. 337-bis e seguenti, con le relative ipotesi atte a regolamentare l'affidamento e il mantenimento della prole;

parti) mentre le seconde si atteggiavano quali rimedi a una disfunzione contrattuale che non giustifica il permanere del negozio ⁽⁶³⁵⁾.

Orbene il Legislatore sembra aver accolto per il contratto di convivenza ipotesi di risoluzione non remediale – e cioè il recesso del convivente e l'accordo delle parti – e di risoluzione remediale per mero effetto legale – morte o nuovo vincolo per uno dei conviventi. Sono invece rimaste escluse da ogni previsione le risoluzioni remediali giudiziali e negoziali. In particolare, mi riferisco alle risoluzioni sinallagmatiche, cioè applicabili ai contratti con prestazioni corrispettive ⁽⁶³⁶⁾. La loro applicabilità al contratto di convivenza discende dalla natura che si voglia attribuire a tale negozio nonché dalla tipologia che caratterizzerà le relative prestazioni.

Analizzando così le diverse ipotesi di risoluzione, potrebbe sostenersi che la risoluzione per inadempimento (cfr. art. 1453 Codice Civile) sia applicabile al contratto di convivenza solo qualora questi preveda obblighi – o effetti negativi – a carico di entrambi i conviventi (ancorché non di reciproca

(635) ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2005, 940 che ricorda le fonti della risoluzione remediale: legale (es. termine essenziale, condizione risolutiva d'inadempimento); giudiziale (es. risoluzione per inadempimento) e negoziale (es. diffida ad adempiere);

(636) La *ratio* delle risoluzioni remediali sinallagmatiche è discussa: per alcuni si sarebbe la reazione a un "*difetto funzionale della causa*" del contratto; per altri dall'"*implicita volontà delle parti*"; per altri ancora evitare arricchimenti ingiustificati di una parte in danno dell'altra (cfr. ROPPO, op. cit., 358);

entità) (⁶³⁷) e solo qualora si aderisca alla tesi della natura prettamente contrattuale e sinallagmatica del negozio (⁶³⁸): anche nel contratto in esame può verificarsi la possibilità che solo uno dei conviventi adempia la propria prestazione, rimanendo insoddisfatto da quella del partner e, quindi, con la necessità di slegarsi dal vincolo.

Peraltro, potrebbe subirsi una deroga a quanto qui sostenuto qualora il contratto prevedesse la costituzione di una rendita in favore del partner al fine di adempiere gli obblighi contributivi assunti ai sensi del comma 53; la particolare disciplina dettata in tema dall'art. 1878 Codice Civile, qui applicabile per il criterio della prevalenza nei contratti misti, porterebbe alla conclusione che il convivente insoddisfatto non potrebbe utilizzare il rimedio in parola, dovendo invece agire nei confronti del partner per assicurarsi il pagamento di quanto dovuto (⁶³⁹).

(637) Cfr. PERFETTI, op. cit., 1763 - unico Autore che ad oggi si è espresso sul punto - che ritiene applicabile l'istituto della risoluzione per inadempimento anche quando il rapporto di sinallagmaticità si sostanzia da un lato in prestazioni pecuniarie di contribuzione e dall'altro in prestazioni materiali (es. la cura domestica);

(638) Si osserva che la dottrina ritiene che il rimedio della risoluzione per inadempimento non si applica ai contratti gratuiti, in quanto in essi non vi è la necessità di rompere il vincolo contrattuale per tutelare il donatario insoddisfatto, considerato che questi non è tenuto ad alcuna prestazione, cfr. ROPPO, op. cit, 357;

(639) Tale norma è generalmente ritenuto non si applichi ai contratti di mantenimento atipico, stante l'eccezionalità della previsione;

Deve tuttavia osservarsi che, in tutte tali ipotesi, l'applicabilità delle risoluzioni remediali al contratto di convivenza sembra aver mero fine speculativo ⁽⁶⁴⁰⁾: il convivente frustrato, infatti, eserciterà il diritto recesso previsto dal Legislatore, senza necessità di adire l'autorità giudiziaria con la domanda di risoluzione del contratto ⁽⁶⁴¹⁾.

E' stato invece previsto espressamente che la risoluzione del contratto ponga fine al regime opzionale degli acquisti (cfr. comma 60) e, come osservato dalla dottrina, si applicheranno in quanto applicabili le norme sullo scioglimento della comunione legale tra coniugi (cfr. *amplius supra*) ⁽⁶⁴²⁾.

Infine, debbono sottolinearsi i profili formali e pubblicitari della risoluzione.

Quanto ai primi, la Novella impone il rispetto dei requisiti formali sanciti dal comma 51 ⁽⁶⁴³⁾; pertanto il mutuo dissenso o il recesso unilaterale dovranno

(640) Fa proprio questo ordine di idee anche PERFETTI, op. cit., 1763;

(641) Cfr. OBERTO, I diritti dei conviventi, op. cit., 175 che, già prima della L. 76/2016, ipotizzava la liceità di sollevare da parte di un convivente l'eccezione di inadempimento per il caso di mancata esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto (1460 e 1461 Codice Civile), ritenendo altresì applicabile a quest'ultimo, stante la natura di contratto di durata, la previsione contenuta nell'art. 1458 Codice Civile;

(642) ROMANO, op. cit., 349;

(643) ROMANO, op. cit., 349; RIZZI, op. cit., 32 che ricorda la possibile applicazione degli artt. 192, 194, 195, 196 e 197 Codice Civile allo scioglimento del regime patrimoniale opzionale dei

risultare da atto scritto e autenticato a norma del comma 51 da un notaio o da un avvocato. Peraltro, qualora dalla risoluzione derivi un effetto che comporti una modificazione nella titolarità di diritti immobiliari, ai sensi del comma 60 della Novella, gli atti sopra richiamati dovranno essere ricevuti solamente da notaio, essendo a questi riservata la competenza; la dottrina, infatti, ha sostenuto che, in ossequio a quanto appena ricordato, l'eventuale atto di scioglimento del contratto di convivenza che comporti cessazione del regime patrimoniale di comunione opzionale degli acquisti dovrà essere autenticato da un notaio qualora i conviventi abbiano durante il rapporto acquistato sotto tale regime beni immobili, ricordando che il pubblico ufficiale dovrà altresì provvedere alla relativa pubblicità presso i registri immobiliari ⁽⁶⁴⁴⁾.

Quanto al profilo pubblicitario nei registri anagrafici, è stato evidenziato che l'annotamento della risoluzione del contratto di convivenza sarà accompagnata o addirittura preceduta dal cambio di residenza oppure, per l'ipotesi di decesso, dalla cancellazione anagrafica del soggetto convivente ⁽⁶⁴⁵⁾. Ad ogni modo, il pubblico ufficiale ricevente gli atti sopra indicati dovrà provvedere a comunicare copia dell'avvenuta risoluzione agli uffici anagrafici

conviventi, rispettivamente avente ad oggetto i rimborsi alla comunione, la divisioni con i relativi prelevamenti e ripetizioni;

(644) RIZZI, op. cit., 32;

(645) DOSI, op. cit., 214;

del comune di residenza dei conviventi o, comunque, ove detto contratto sia stato registrato ⁽⁶⁴⁶⁾.

Più precisamente, in caso di risoluzione del contratto di convivenza per matrimonio o unione civile del convivente, è stato previsto l'onere in capo al convivente superstite e agli eredi di notificare l'estratto di morte del defunto al professionista che ha ricevuto il contratto (cfr. comma 63). Questi dovrà così annotare l'evento a margine del contratto di convivenza ⁽⁶⁴⁷⁾ e provvedere a notificarlo agli uffici anagrafici ⁽⁶⁴⁸⁾. La previsione è inspiegabile e diseconomica: gli uffici della pubblica amministrazioni dovrebbero già essere in possesso dei relativi dati di morte del defunto presso gli uffici dello Stato Civile ⁽⁶⁴⁹⁾.

(646) RIZZI, op. cit., 31;

(647) Questo annotamento, per l'eventuale notaio rogante o autenticante, si aggiunge alle altre ipotesi di annotamento previste tassativamente dalla L. 89/1913; cfr. DI FABIO, op. cit., 167;

(648) La formulazione della norma sembra alquanto discutibile: non si evince infatti se la notifica debba aver ad oggetto il contratto di convivenza annotato, ai fini della conservazione da parte della pubblica amministrazione, ovvero l'estratto dell'atto di morte. Sembra più plausibile la seconda delle ipotesi, tuttavia dovendosi rilevare che, se così fosse, saremmo in ipotesi di aperto contrasto con le previsioni di cui all'art. 40 D.P.R 445/2000 che vietano l'utilizzo di documenti certificazioni amministrative nei rapporto con lo Stato, essendo questi già in possesso dei medesimo;

(649) RIZZI, op. cit., 32;

E ancora, per il caso di matrimonio o unione civile del convivente, quest'ultimo dovrà notificare all'altro convivente e al pubblico ufficiale o all'avvocato che abbia ricevuto il contratto l'estratto dell'atto di matrimonio o di unione civile (cfr. comma 62). Diversamente da quanto sopra – peraltro in modo completamente asimmetrico - il soggetto ricevente non dovrà compiere alcuna comunicazione all'ufficio anagrafico ⁽⁶⁵⁰⁾. Tuttavia, parte della dottrina ha comunque ritenuto che, per analogia con quanto previsto al comma 63 e sopra richiamato, il professionista sarà comunque tenuto a compiere un annotamento sull'originario contratto di convivenza da esso ricevuto, considerato che a ragionare diversamente non si riuscirebbe a ricomporre la *ratio* della previsione ⁽⁶⁵¹⁾.

4. Segue. Accordo delle parti e recesso dal contratto di convivenza

(650) DOSI, op. cit., 219 che sottolinea che l'unico obbligo a carico del professionista autenticante il contratto di convivenza sia quello di conservazione dell'estratto di matrimonio o di unione civile a lui inviato;

(651) RIZZI, op. cit., 32; la Circolare Ministeriale del 1° giugno 2016 precisa peraltro che in tale ultima ipotesi non sarà necessaria alcuna comunicazione agli uffici anagrafici, ricevendo questi le informazioni sulla conclusione del vincolo direttamente dallo Stato Civile. La circolare citata sancisce inoltre le varie ipotesi di registrazione della risoluzione del contratto, che andrà sempre effettuata nella scheda di famiglia comune dei conviventi, oltre che in ciascuna scheda individuale, nelle quale andrà indicata: (i) data, (ii) luogo, (iii) causa di risoluzione, (iv) estremi di notificazione da parte del professionista ricevente o della comunicazione da parte dello Stato Civile;

Il comma 59 prevede, tra le ipotesi di risoluzione per volontà delle parti del contratto di convivenza, l'accordo delle parti.

Oltre a quanto osservato sopra in relazione alla forma della risoluzione, applicabile anche a tale vicenda in forza del rinvio operato dal comma 60 ai requisiti formali previsti dal comma 51 ⁽⁶⁵²⁾, si può osservare che il Legislatore ha qui previsto un'ipotesi espressa di mutuo dissenso (1372 Codice Civile) e, in relazione quantomeno al contratto di convivenza, ha sciolto i dubbi avanzati dalla dottrina circa la forma generalmente richiesta per il contratto ⁽⁶⁵³⁾, aderendo alle tesi più rigorose.

La Novella tuttavia non chiarisce gli effetti della risoluzione compiuta per accordo dei conviventi e, in particolare, se questa possa avere effetti retroattivi. Posto che mi sembra sostenibile che nell'esercizio della autonomia privata i conviventi possano inibire l'effetto retroattivo del mutuo dissenso e pattuire quindi la ripetizione delle prestazioni già effettuate tra loro ⁽⁶⁵⁴⁾, in

(652) DOSI, op. cit., 214;

(653) Cfr. *contra* ROPPO, op. cit., 540 che in generale ritiene il mutuo dissenso dominato da forme "*meno rigide*" qualora non abbia effetti su diritti reali e ricorda come la giurisprudenza abbia sostanzialmente adottato questa tesi, ragionando sulla considerazione che sciogliere il contratto già esistente sia atto meno gravoso e impegnativo che creare il vincolo contrattuale o modificarlo;

(654) ROPPO, op. cit., 541;

assenza di precisazioni, sembra opportuno applicare le regole previste dall'art. 1458 Codice Civile in tema di risoluzione per inadempimento. Pertanto la risoluzione del contratto di convivenza, nel silenzio dei contraenti, avrà effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di prestazioni che connotino il contratto quale contratto ad esecuzione continuata o periodica, riguardo alle quali l'effetto della risoluzione non si estenderà alle prestazioni già eseguite.

In analogia con l'art. 1458 Codice Civile, inoltre la risoluzione retroattiva del contratto di convivenza, anche se espressamente pattuita, non pregiudicherà i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della relativa pubblicità ⁽⁶⁵⁵⁾.

E' stato chiarito infatti dalla circolare ministeriale sopra richiamata che, nonostante nessuna previsione lo imponga, il professionista che riceve la risoluzione del contratto di convivenza debba notificarla agli uffici anagrafici in forza del combinato disposto dei commi 59 e 51 della Novella.

(655) La natura retroattiva della risoluzione consensuale, oltre a spiegare particolari effetti circa la ripetizione degli apporti tra conviventi, ha altresì particolare rilevanza fiscale in relazione alla restituzione dei beni eventualmente trasferiti in forza del contratto di convivenza. Infatti, tradizionalmente l'amministrazione finanziaria riteneva che il mutuo dissenso, quale *contrarius actus*, scontasse una imposizione fiscale come nuovo trasferimento, con l'onere per le parti contrattuali di provvedere al pagamento di una nuova imposta; recentemente, tuttavia, l'Agenzia delle Entrate ha espressamente ritenuto (cfr. Risoluzione 20/E del 14 febbraio 2014), in tema di risoluzione di donazione, che tale atto sconti una imposizione fissa, trattandosi di mero contratto risolutorio dell'originario acquisto che non dà luogo a un nuovo trasferimento, bensì solo al venir meno del effetto traslativo già compiuto;

Quanto invece al recesso, la Novella prevede espressamente una ipotesi di scioglimento unilaterale del contratto.

Il recesso previsto dal Legislatore peraltro si caratterizza come recesso legale di liberazione cioè volto a sottrarre il convivente da un vincolo contrattuale che diversamente peserebbe in modo intollerabile sulla sua libertà, non avendo previsto invece il Legislatore un sistema di separazione giudiziale dai vincoli della convivenza ⁽⁶⁵⁶⁾. Ciò è in linea sia con il carattere indeterminato del contratto di convivenza sia con il suo contenuto che, ancorché patrimoniale, incide sulla libertà di *status* delle parti. Il recesso previsto dal comma in esame inoltre si atteggia come libero e *ad nutum* ⁽⁶⁵⁷⁾, cioè senza che sia necessario il ricorrere di una giusta causa o di un evento a fare da presupposto e con effetto immediato ⁽⁶⁵⁸⁾.

(656) Cfr. DOSI, op. cit., 215 che ritiene che la previsione di un “recesso unilaterale” sia eccezionale in quanto generalmente tale negozio è previsto nei soli contratti che hanno esecuzione continuata, tuttavia mi sembra poter ritenere la soluzione coerente in quanto il contratto di convivenza è contratto di tal specie;

(657) TASSINARI, op. cit., 1747;

(658) Sul punto tuttavia è stato sostenuto che l’assenza di preavviso non legittimerebbe il convivente a esercitare il recesso frustrando l’affidamento del partner e, quindi, contrariamente a buona fede, nel qual caso esporrebbe il recedente al risarcimento del danno procurato secondo le tematiche affrontate dalla giurisprudenza (Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in *Giur. It.*, 2010, 809) in tema di abuso del diritto, PERFETTI, op. cit., 1763; sostanzialmente concorde Cfr. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, op. cit., 985 che prima della L. 76/2016 riteneva che il recesso del contratto di convivenza dovesse essere esercitato secondo il canone di buona fede ex art. 1375 Codice Civile;

In primo luogo è stato osservato che la manifestazione del recesso avrà effetto di porre nel nulla le sole obbligazioni che nascono dal contratto di convivenza e, quindi, di aver l'effetto di eliminare i soli effetti patrimoniali del negozio. Permarranno così nonostante l'esercizio del citato atto tutte quelle obbligazioni che nascono per mero effetto del ricorrere della convivenza ai sensi del comma 36, non potendo i conviventi derogare *in pejus* alle previsioni del Legislatore ⁽⁶⁵⁹⁾. Tale conclusione mi sembra estensibile anche all'altra fattispecie di risoluzione volontaria: il mutuo dissenso.

Quanto invece ai profili formali e pubblicitari, si può evidenziare che – come precisato anche dalla circolare del Ministero degli Interni più volte qui richiamata – la dichiarazione di recesso, ricevuta da un professionista per simmetria nelle forme di cui al comma 51, debba essere trasmessa agli uffici anagrafici del comune di residenza dei conviventi affinché venga effettuata la relativa pubblicità.

Inoltre, è altresì necessario che detto professionista notifichi - a propria cura essendo a questi imposto l'onere dalla norma e a mezzo ufficiale giudiziario, considerato che la norma non permette espressamente l'utilizzo di raccomandata A/R – all'altro convivente la dichiarazione di recesso del partner al domicilio indicato nel contratto. La dottrina peraltro ha rilevato l'assenza di un termine per tale adempimento e ha così ritenuto che questo debba essere

(659) DOSI, op. cit., 215;

compiuto entro dieci giorni dall'autentica, per analogia con quanto previsto per l'invio dell'atto agli uffici anagrafici ⁽⁶⁶⁰⁾.

Tale onere di notifica discende dalla natura di atto recettizio del recesso, natura che non sembra derogata dalla Novella per quanto attiene il contratto di convivenza ⁽⁶⁶¹⁾. Tuttavia, qualche dubbio potrebbe in realtà essere palesato dalla circostanza che il termine per la trasmissione della dichiarazione all'anagrafe è previsto decorra dalla stessa autenticazione da parte del professionista (ai sensi del comma 52 come richiamato dal comma 60) e non invece dal perfezionamento della relativa notifica al convivente che subisce l'atto. Si rileva quindi sul punto un difetto di coordinamento tra le norme che, diversamente da quanto richiamato da parte della sopra citata dottrina, mi sembrerebbe preferibile sciogliere facendo decorre il termine di dieci giorni in parola dalla restituzione da parte dell'ufficiale giudiziario dell'atto formale di recesso notificato. Diversamente, si richiederebbe la pubblicità nei registri anagrafici di un atto non ancora perfezionato.

Quanto agli effetti del recesso, si può ritenere qui applicabile l'art. 1373 Codice Civile con conseguente intangibilità delle prestazioni già eseguite dai

(660) DOSI, op. cit., 216 che osserva come non sia necessario che la dichiarazione venga manifestata con forme sacramentali e richiama la giurisprudenza per la quale è sufficiente una manifestazione di volontà in termini non equivoci (cfr. Cass. 26 novembre 1987 n. 8776), ricordando come nessuna condizione né termine potrà essere apposto a tale facoltà attribuita al convivente;

(661) ROPPO, op. cit., 542;

conviventi, con un effetto pertanto che – per quanto attiene le previsioni nel contratto di convivenza lo caratterizzino quale negozio di durata ed a esecuzione continuata – si atteggerà come irretroattivo. Tuttavia, la dottrina ritiene che la irretroattività del recesso possa essere derogata dalle parti del contratto (⁶⁶²), prevedendo la ripetizione delle prestazioni mediatamente effettuate. Mi sembra qui lecito prevedere *ab origine* tale deroga da parte dei conviventi: questi, infatti, potrebbero prevedere che in caso di recesso si faccia luogo all'integrale ripetizione delle elargizioni effettuate a titolo di contribuzione per il caso di recesso, prevedendo così una deroga volontaria al regime legale che non può essere ritenuta una penale per il caso di cessazione del ménage. Infatti, il convivente che recede non si vede arricchito di alcuna utilità e il convivente che subisce il recesso si vede impoverito, se non nella misura di quanto avesse già ricevuto.

(662) ROPPO, op. cit., 548. Rimane infine da sciogliere il nodo della possibilità di recesso unilaterale del convivente qualora il contratto di convivenza abbia avuto effetti reali e quindi fosse stato, quantomeno parzialmente, un contratto ad esecuzione istantanea. La dottrina citata ritiene legittima tale previsione, sulla scorta dell'esistenza nell'ordinamento dell'ammissibilità della condizione risolutiva potestativa, della clausola risolutiva espressa e della vendita con patto di riscatto, possibilità pertanto che deve essere affermata anche per quanto attiene al contratto di convivenza, il cui recesso (*rectius* revoca) potrà avere l'effetto di ripristinare in capo all'originario alienante il diritto ceduto. Sul punto, tuttavia, vertendosi in ambito di mitigata retroattività dell'atto unilaterale in esame, pare necessario che i conviventi regolino espressamente l'effetto del recesso alla stipula del contratto;

Infine, deve segnalarsi che la Novella prevede che, qualora la casa familiare sia nella disponibilità del convivente recedente, la dichiarazione di recesso deve a pena di nullità assegnare un termine, non inferiore a novanta giorni, al convivente per lasciare la comune abitazione ⁽⁶⁶³⁾. Tale norma, volta ad evitare “*l’estromissione violenta*” dell’ex-convivente ⁽⁶⁶⁴⁾, si innesta parallelamente con quanto sancito dalla giurisprudenza che aveva già riconosciuto necessità di tutela per la condizione del convivente rispetto all’alloggio familiare ⁽⁶⁶⁵⁾.

(663) La dottrina ha criticato la previsione che sancisce la nullità del recesso, ritenendo che sarebbe stato più opportuno prevedere una integrazione automatica dell’atto mancante del termine per il rilascio dell’abitazione a carico dell’ex-partner, e ne ha sostenuto l’inderogabilità sia in ordine all’*an* che al *quantum*, cfr. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit. 715;

(664) DE MICCOLIS ANGELINI, op. cit., 103

(665) E’ stata proposta l’estensione analogica del termine di novanta giorni anche al caso di rottura della convivenza non regolata da contratto a norma del comma 50, DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit. 715;

CAPITOLO VI

CONTRATTO DI CONVIVENZA E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

1. Cenni sul nuovo art. 30-bis L. 218/1995

La Novella ha altresì operato una modificazione sulle norme di diritto internazionale privato, introducendo alla L. 218/1995 l'art. 30-bis.

Prima dell'introduzione della norma da ultimo citata e della tipizzazione dei contratti di convivenza, tali accordi – al tempo aticipi – erano regolati dagli artt. 27, in tema di capacità delle parti, nonché 29 e 30, sui rapporti patrimoniali della L. 218/1995. Era infatti stato ritenuto inapplicabile il procedimento analogico con le norme regolatrici la famiglia legittima per le famiglia di fatto, anche in considerazione della volontaria “scelta di libertà” operata dai partner; si era evidenziato però anche che gli effetti di molti degli istituti negoziali che all'estero sono posti a disposizione dei conviventi sono sovrapponibili in gran parte alla disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi (666).

(666) CNN, *Guida al cittadino*, op. cit., 2013, nella quale viene ricondotto prima della L. 76/2016 al tempo come “la scelta di cui sopra pare confermata dal fatto che il regolamento UE in tema di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (che ha sostituito le norme di d.i.p. interne sul tema) chiaramente esclude dalla sua sfera di applicabilità le «questioni di stato e di capacità delle persone fisiche», «le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia o

Con l'introduzione della Novella nell'ordinamento, stato così stabilito che al contratto di convivenza si applichi dapprima la Legge nazionale comune ad entrambi i contraenti. In caso di contratti di convivenza stipulati tra soggetti di diversa nazionalità, si applicherà invece loro la Legge del luogo ove la convivenza è prevalentemente localizzata ⁽⁶⁶⁷⁾.

Peraltro, la norma sopra citata non ripropone la possibilità per i conviventi la possibilità di effettuare la c.d. "*professio iuris*" e cioè di optare per iscritto per l'applicazione della legge dello stato di cui almeno uno dei conviventi sia cittadino o nel quale almeno uno di essi risieda, come previsto per i coniugi all'art. 30 della L. 218/1995 ⁽⁶⁶⁸⁾.

In primo luogo, è stato rilevato la disciplina introdotta dalla nuova norma non si applicherebbe esclusivamente ai contratti di convivenza "tipici", cioè redatti a norma della Legge c.d. "Cirinnà", bensì ad ogni accordo redatto per la regolamentazione della convivenza (sempre qualora si acceda alla tesi della

dai rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili, comprese le obbligazioni alimentari», nonché «le obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali tra coniugi, da regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio, nonché dalle successioni»: cfr. art. 1, lett. a), b) e c), del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)";

(667) *Contra* DOSI, op. cit., 220 che ritiene prevalente, in difetto di cittadinanza comune, la legge del luogo in cui sia stata registrata la convivenza;

(668) DOSI, op. cit., 220;

possibilità di stipulare contratti volti a regolamentare la famiglia di fatto o altri fenomeni di convivenza, senza tuttavia aderire allo schema legale) ⁽⁶⁶⁹⁾.

Secondariamente, è stato evidenziato come il Legislatore ha voluto anche per i conviventi richiamare la soluzione già utilizzata per i coniugi all'art. 30 della citata Legge, ponendo l'accento quindi più sulla natura di formazione sociale - se non parificabile - alternativa ai modelli più formali del matrimonio e dell'unione civile e ponendo in secondo piano il dato contrattuale. Tale scelta sarebbe un altro dato infatti che depone nel verso del riconoscimento ai contratti di convivenza di una natura differente da quella meramente contrattuale, considerato che anche la disciplina delle questioni attinenti ai profili internazional-privatistici ricalca le soluzioni del Legislatore già introdotte per la regolamentazione, non solo dei profili patrimoniali, ma anche personali, del negozio matrimoniale ⁽⁶⁷⁰⁾.

E' stato anche osservato che le diverse soluzioni possibili per la dottrina avrebbero potuto essere essenzialmente tre: (i) richiamare le norme in materia di contratto e obbligazioni ⁽⁶⁷¹⁾, (ii) applicare le norme in tema di *status* e

(669) MECENATE, op. cit., 178;

(670) DI ROSA, *I contratti di convivenza*, op. cit., 715

(671) Ciò avrebbe significato applicare le norme in materia di obbligazioni contrattuali, ispirandosi ai criteri del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 (ROMA I), scelta che però è stato evidenziato esclude espressamente *“le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia o dai rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili (...) le obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali tra coniugi, da regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge*

capacità personale e (iii) estendere le norme già prevista in ambito di rapporti familiari; quest'ultima via sostanzialmente seguita dal Legislatore.

Ad ogni modo, quanto alle opinioni dottrinali sul punto, tale soluzione - e cioè l'inserimento della disciplina internazional-privatistica nel Capo IV della L. 218/1995 dedicata ai rapporti di famiglia - è la più appropriata nonché promossa a livello dottrinale ⁽⁶⁷²⁾. Il rinvio alla legge ove è prevalentemente collocata la convivenza è stato giudicato infatti il criterio più convincente. Ciò non toglie che darà luogo anche alle maggiori difficoltà di determinazione, a cui conseguono scenari pratici rilevanti; si pensi infatti ai contrasti tra residenze anagrafiche, luoghi di riferimento per assistenza medica, elezioni di domicilio, ecc. Per individuare dove effettivamente abbia luogo la vita comune dei partners è stato suggerito che essi compiano, in assenza delle manifestazione di cui al comma 53 nel contratto di convivenza, una elezione ricognitiva avente funzione probatoria, bensì non di *electio legis* ⁽⁶⁷³⁾.

E' stato poi ipotizzato il caso di contratto stipulato all'estero da pubblicizzarsi in Italia attraverso il sistema anagrafico. La dottrina che si è

applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio"; cfr. MECENATE, op. cit., 178;

(672) CNN, *Guida al cittadino*, op. cit.;

(673) BERGAMINI, *Il contratto di convivenza transnazionale*, relazione al seminario "Convivenze di fatto e unioni civili: i profili tecnico giuridici ed i riflessi sull'attività notarile", Viterbo;

occupata del caso ha evidenziato la necessità di applicare l'art. 106 l. not. e cioè la necessità di preventivo deposito presso un notaio o un archivio notarile del testo contrattuale affinché questo possa avere effetto nel nostro ordinamento ⁽⁶⁷⁴⁾. Ciò in quanto la Novella prevede a carico dei professionisti autenticanti un preventivo controllo o asseverazione sulla congruità delle previsioni contrattuali con i principi dell'ordinamento e la norma da ultimo citata ha la funzione di assoggettare gli atti stipulati all'estero al controllo formale e sostanziale di cui sopra nonché di provvedere alla traduzione e integrazione del contratto. Tuttavia, sarà possibile pubblicizzare solo i contratti che contengano gli elementi previsti dal comma 53 e limitatamente ai medesimi, più precisamente la pubblicità sarà attuata in relazione a: (i) l'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale verranno effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo, (ii) l'indicazione della residenza; (iii) le modalità di contribuzione alle necessità e (iv) l'eventuale opzione per il regime patrimoniale della comunione dei beni.

Tale scelta è stata però anche criticata da parte della dottrina ⁽⁶⁷⁵⁾ che avrebbe preferito una regolamentazione degli aspetti internazionalistici simile

(674) MECENATE, op. cit.,179; l'Autore ha anche segnalato l'importante circostanza che la Direttiva del Parlamento Europe del Consiglio 29 aprile 2004 n. 58 annovera tra le fonti di diritto al ricongiungimento la convivenza registrata (cfr. art. 3 comma 2);

(675) TONOLO, *Unioni civili e convivenze guida commentata alla legge n. 76/2016*, Maggioli Editore, 2016, 314;

a quanto già operato dallo stato francese per i Pacs ⁽⁶⁷⁶⁾. Nel vicino stato transalpino, infatti, per sciogliere i conflitti tra conviventi, si è decisi dare prevalenza non alla legge del paese ove viene svolta la vita familiare, bensì il luogo di registrazione del contratto - nel caso francese presso il competente Tribunale. Infatti, è stato rilevato che, in assenza di nazionalità comune tra i conviventi, vi sarebbe la difficoltà di ricostruire in fatto lo svolgimento del rapporto nel tempo, considerato che è possibile che il luogo di convivenza non coincida con il luogo di residenza dei soggetti ⁽⁶⁷⁷⁾.

E' stato quindi suggerito che sulla base della qualificazione della convivenza, sarebbe stato più opportuno utilizzare quale criterio di collegamento *l'electio iuris*, analogamente a quanto può avvenire in ambito successorio; ciò sulla base della natura negoziale dell'accordo - prima ancora che fattuale – e sulla scorta della dottrina che preferisce tale soluzione in ogni situazione di conflitto. A parere della autrice, tale soluzione sarebbe stata in linea con quanto già previsto negli altri sistemi di diritto internazionale privato

(676) Acronimo di "*Pacte civile de solidarité*", i Pacs sono contratti conclusi da persone maggiorenni, dello stesso sesso o di diverso sesso, fatti per regolare la loro vita comune (515-1 *code civil*). Innovati con la L. 15 novembre 1999 n. 99-444 che ne ha tratteggiato lo specifico fine di regolare la convivenza affettiva, hanno rilevanti conseguenze sullo stato dei soggetti stipulanti e, simmetricamente ai contratti di convivenza italiani, non possono essere conclusi da persone unite civilmente o sposate o che abbiano stipulato altro Pacs;

(677) Cass. 4 aprile 2011 n. 7599, in R.p.p.n., 2011, 1092;

(⁶⁷⁸) e avrebbe offerto numerosi vantaggi tra i quali la realizzazione di una disciplina uniforme di conflitto. Più in particolare è stato osservato che una diversa soluzione – quale quella proposta della adozione volontaria della legge di regolamentazione – avrebbe permesso una differenziazione più decisa e formale della disciplina della convivenza da quanto attualmente previsto per i rapporti di famiglia e una maggior attenzione alla volontà delle parte. Insomma, una maggior evidenziazione all'autonomia privata piuttosto che al dato meramente sostanziale della convivenza.

Infine, la soluzione prospettata dalla dottrina cui sopra avrebbe avuto sicuramente il pregio di poter rimettere ai conviventi la scelta sulla Legge applicabile e, soprattutto, la sua armonizzazione con i rapporti obbligatori eventualmente nascenti dal contratto stipulato.

(678) Soluzione già presente negli ordinamenti non solo per la risoluzione dei conflitti tra conviventi, bensì anche in ambito di: rapporti patrimoniali tra coniugi sia personali che patrimoniali, donazione, responsabilità extracontrattuale, successioni, ecc. Si pensi ad esempio alle norme che già prevedono nel nostro ordinamento tale possibilità, e più precisamente: l'art. 30 del L. 218/1995 che prevede che *“i rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede”* ovvero l'art. 46 a norma del quale *“il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato”* nonché *“la divisione ereditaria è regolata dalla legge applicabile alla successione, salvo che i conviventi, d'accordo fra loro, abbiano designato la legge del luogo d'apertura della successione o del luogo ove si trovano uno o più beni ereditari”*;

Ugualmente criticato è stato il comma 2 del citato articolo 30-bis L. 218/1995 che fa salve le norme nazionali e internazionali sulla cittadinanza plurima ⁽⁶⁷⁹⁾.

(679) L'Autrice ravvisa dubbi interpretativi in relazione a "il comma 2 dell'art. 30 bis secondo il quale sono fatte salve le norme nazionali, internazionali ed europee che regolano il caso di cittadinanza plurima, auguralmente non per rendere privo di significato il comma 1 e dunque facendo prevalere comunque la cittadinanza italiana sulla localizzazione della convivenza. Un altro problema posto dalla disposizione in esame riguarda il funzionamento del rinvio; il criterio della prevalente localizzazione sembra sfuggire, per la sua natura, al funzionamento del rinvio, pur se questa esclusione non sia espressamente prevista dall'art. 13; la sua eventuale sostituzione con criteri di tipo formale contrasterebbe con l'intento del nostro legislatore, mentre i criteri di residenza o domicilio comuni, eventualmente considerati da un ordinamento straniero, potrebbero invece concorrere alla determinazione della connessione più significativa" in TONOLO, op. cit., 314.

CONCLUSIONI

All'esito della novità normativa introdotta dal Legislatore con la L. 76/2016, il contratto di convivenza non sembra poter andare scevro dai dubbi e dai silenzi che, in parte, lo avevano connotato già quando ancora rivestiva la natura di negozio atipico.

Se, infatti, la Novella ha il pregio di confermare quanto già era stato sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza assolutamente prevalenti circa la liceità, essa invece non ha chiarito la natura del negozio giuridico.

Basti ricordare che, da un lato, la previsione normativa circa il contenuto del contratto sembrerebbe far propendere per l'esclusività di previsioni patrimoniali per la regolamentazione del *ménage* (cfr. comma 53) e quindi per la piena natura contrattuale del negozio; tuttavia, dall'altro, il richiamo a parte della disciplina del vincolo coniugale (i.e. l'art. 143 Codice Civile) – ancorché solo indiretto e lessicale – potrebbe condurre a sostenere che, nonostante le precisazioni del Legislatore, il contratto di convivenza non sia uno strumento prettamente contrattuale, attesa in adesione alle più recenti dottrine la compresenza di aspetti patrimoniali e non del rapporto.

La discussione, lungi dall'essere meramente teorica, si innesta nella possibilità che il negozio possa essere utile strumento per la regolamentazione anche di aspetti non strettamente economici della vita comune dei conviventi (i.e. eventuali doveri di fedeltà, coabitazione, ecc.). La lettera della norma, come osservato, sembrerebbe escludere tale possibilità, tuttavia nulla toglie

che – come osservato prima dell'intervento normativo – i conviventi concludano “*patti di convivenza*” che non abbiano alcun effetto obbligatorio, se non quello di connotare di disvalore la condotta di uno dei partner al fine di eventuali domanti a titolo di illecito extra-contrattuale.

Sembra, invece, criticabile la scelta di aver ristretto l'applicazione del contratto in esame ai soli conviventi liberi di stato. Se infatti la dimenticanza delle formazioni sociali non legate da *affectio* può essere una valida scelta politica o solo legislativa, ciò non può vale per quanto attiene all'omissione tra i possibili partecipanti al contratto del coniuge separato che, proprio attraverso siffatto negozio avrebbe potuto regolare – con uno “strumento ponte” - la propria nuova relazione affettiva. Sembra così trasparire dalla scelta legislativa una riaffermazione del primato del vincolo del matrimonio.

Quanto al contenuto patrimoniale, deve ancora evidenziarsi come il Legislatore non abbia colto l'occasione di prendere posizione sulle istanze manifestate da parte della dottrina circa la possibilità di escludere negoziabilmente gli eventuali effetti previsti dall'intervento normativo in favore dei componenti della famiglia di fatto in assenza di contratto. Infatti, la mancata previsione tra i possibili contenuti del negozio di formalizzare una scelta di c.d. “*opting out*” sembra uno dei vuoti che creeranno maggiori dubbi agli interpreti, soprattutto qualora si acceda alla tesi meramente dichiarativa della pubblicità prevista dalla Novella (prevalente allo stato tra gli Autori che si sono occupati del problema e confermata dall'unica giurisprudenza in materia).

In secondo luogo, la laconicità del comma 53 dell'art. 1 della L. 76/2016 unitamente al silenzio sulla possibilità di prevedere mezzi economici per regolare la cessazione del *ménage* potrebbero ostacolare l'autonomia negoziale dei conviventi.

Peraltro, anche l'istituto della comunione degli acquisti sembra aver dato corso a uno sforzo del Legislatore che potrebbe rimanere inutilizzato, essendo ormai tale istituto desueto anche tra i coniugi; a parere di chi scrive forse, sarebbe stato forse più opportuno prevedere anche per i conviventi un fenomeno di separazione patrimoniale a tutela dell'unione, eventualmente sulla falsariga del fondo patrimoniale.

Infine, circa il decesso del convivente e i mezzi per la sua tutela diretta e indiretta, non si può non rilevare come la scelta del Legislatore sia stata deludente, ma comprensibile, non volendosi aderire per ragioni di integrità di sistema alle istanze di chi, prima dell'intervento normativo, proponeva una mitigazione del divieto di conclusione di patti successori per i soli conviventi.

Da quanto sopra brevemente riassunto, si deduce che gli sforzi del Legislatore sembrerebbe si siano concentrati più nella direzione di giuridicizzazione dei profili formali e pubblicitari del contratto di convivenza, ponendo meno attenzione all'aspetto contenutistico.

Sulla scorta di tale riflessione, due possono essere le considerazioni finali:

- in primo luogo, comunque, si ritiene positivo l'intervento normativo nella sua interezza. Infatti, la giuridicizzazione del contratto di convivenza –

quale strumento atto a regolare i rapporti patrimoniali tra soggetti legati affettivamente che non abbiano voluto tra loro il sorgere del vincolo matrimoniale - sembrerebbe aver avvicinato il Legislatore al riconoscimento di maggiori effetti ed applicazioni della "*causa familiae*", potendo operarsi mercé il contratto in esame spostamenti patrimoniali e attribuzioni prive di corrispettivo che abbiano la principale finalità redistributiva del patrimonio familiare tra i soggetti che compongono il nucleo e non sussumibili sotto la categoria del negozio donativo. La L. 76/2016, pertanto, nella parte in cui non richiede il rispetto delle forme solenni previste per l'atto liberale in caso di assenza o sproporzione nelle prestazioni ai sensi del comma 53 dell'art. 1 della citata Legge (salvo aderire alle tesi più stringenti dell'art. 143 Codice Civile) sembrerebbe fornire un dato positivo in tal senso;

- secondariamente, non sembra che i conviventi – all'esito della L. 76/2016 – potranno abbandonare completamente la regolamentazione del loro rapporto attraverso forme negoziali atipiche. Infatti, i silenzi circa il contenuto non patrimoniale del contratto, gli stretti requisiti richiesti ai contraenti nonché i problemi rimasti irrisolti dalla Novella (soprattutto in ambito successorio e previsioni circa la cessazione volontaria del rapporto affettivo) potranno essere terreno fertile per il nascere di "patti di convivenza" atipici ovvero di contratti tipici aventi finalità di regolamentazione indiretta del *ménage*.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La famiglia di fatto. Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976)*, MontereGGio-Parma, 1977;

AA.VV., *Guida operativa: contratti di convivenza*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2013;

AMADIO, *La cessazione della convivenza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016;

AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2016;

AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015;

BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, *Studio Civilistico* n. 326-2012/C, C.N.N, 2012;

BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2016;

BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* CICU-MESSINEO, Milano, 2004;

BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007;

BALESTRA, *I contratti di convivenza*, in *Famiglia persona e successioni*, 2006;

BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014;

BERGAMINI, *Il contratto di convivenza transnazionale*, relazione al seminario "Convivenze di fatto e unioni civili: i profili tecnico giuridici ed i riflessi sull'attività notarile", Viterbo, 13 maggio 2016;

BERNARDINI, *Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994;

BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005;

BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste*, in *Giustizia civile*, 2006;

BLASI, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016;

BONA, *Unioni civili e convivenze*, Pacini giuridica, 2016;

BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, UTET, 2016;

BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Famiglia e Diritto*, 2016;

CALO', *Le unioni civili in Italia*, ESI, 2016;

CALVO, *Matrimonio, diritti della persona e libertà testamentaria*, in *Famiglia e Diritto*, 2010;

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2009;

CENNI, in *CNN Notizie del 20 giugno 2016*, 2016;

CHINE' – FRATINI – ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, in Manuali superiori a cura di ALPA – GAROFOLI, 2015;

CIANCIOLO, *Unioni civile e convivenze*, Maggioli, 2016;

CIAN, *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Padova, 2007;

COPPOLA, *Trattato di diritto di famiglia diretto da Bonilini*, Utet, 2016;

DE FILIPPIS, *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza*, Milano, 2014;

DE MICCOLIS ANGELINI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Primiceri Editore, 2016;

DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in Rivista di diritto civile, 2015;

DEL PRATO, *L'autonomia dei rapporti familiari*, Milano, 1999;

DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002;

DI ROSA, *Dell'impresa familiare* (art. 230 bis), in *Della famiglia* (artt. 177-342 ter), a cura di BALESTRA, in *Comm. UTET*, Torino, 2010;

DI ROSA, *I contratti di convivenza*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2016;

DI FABIO, *Manuale di notariato*, Roma, 2014;

DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza more uxorio e presupposizione*, in *Famiglia e Diritto*, 2011;

DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Digesto discipline privatistiche*, Torino, 1992;

DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016;

FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* a cura di BIANCA, Milano, 2007;

FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007;

FEOLA, *Il patto di reversibilità*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* a cura di BONILINI, 2009,

FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in *Famiglia e diritto*, 2003;

FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Famiglia e diritto*, 2015;

FERRI, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in *Rivista trimestrale di diritto civile e diritto processuale civile*, 1988;

FIGONE, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016;

FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Il diritto di famiglia a cura di BONILINI – CATTANEO*, 2016;

FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1994;

FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1994;

FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004;

FUSARO, *I contratti di convivenza*, in <http://www.osservatoriofamiglia.it/>;

FUSARO, *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, in *Rivista del notariato*, 2014;

GABRIELE, *Lavoro e famiglia non coniugale*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, UTET, 2014;

GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983;

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2004;

GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Giustizia civile*, 2006;

GAZZONI, *Trattato della Trascrizione*, UTET, 2012;

GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 2010;

GENGHINI – CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, in *Manuali notarili*, Cedam, 2012;

GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Torino, 2016;

GRECO, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Maggioli, 2016;

IEVA, *I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Notariato*, 2001;

JANNUZZI- LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2006;

LAURINI, *I patti di convivenza: dalla proposta del Notariato I testo unificato del Senato*, in *Notariato*, 2014;

LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Jus Civile*, 2016;

LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e Diritto*, 2016;

LIPARI, *La categoria del diritto civile*, Milano, 2013;

MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *Giustizia Civile*, 2016;

MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *i Contratti*, 2017;

MANILDO, *Unioni civili e convivenze, guida commentata alla Legge N. 76/2016*, Maggioli, 2016;

MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1982;

MAZZOCCA, *La famiglia di fatto. Realtà attuale e prospettive*, Roma, 1989;

MECENATE, *Unioni civili e convivenze: successioni, forma e pubblicità diritto internazionale privato*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016;

MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale Successione Necessaria*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2000;

MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2000;

MOSCATI - ZOPPINI (a cura), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002;

MOSCATI, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in *Rivista del Notariato*, 2014;

NAPPI, *Falso e legge penale*, Milano, 1999;

OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991;

OBERTO, *Contratti di convivenza*, in *Contratto e impresa*, 1991;

OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, Milano, 2005,

OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contratto e impresa*, 2007;

OBERTO, *I diritti dei conviventi*, Padova, 2012;

OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge*, Padova, 2015;

OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016;

OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e Diritto*, 2016;

OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in www.giacomooberto.it;

OBERTO, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in www.giacomooberto.it

OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1945;

PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus Civile*, 2016;

PARDINI, *Unioni civili e convivenze di fatto L. 20 maggio 2016*, n. 76, Maggioli, 2016;

PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016;

PERLINGERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rassegna di diritto civile*, 1988;

PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, 2006;

QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: in non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corriere Giuridico*, 2017;

QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998;

RIZZI, *Tecniche contrattuali e convivenze*, in *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della L. 219/2012*, Milano, 2015;

RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017;

ROCCHIO, *Obbligazioni naturali tra conviventi "more uxorio"?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015;

ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016;

ROMOLI, *Rifiuto del conquisto e sistema della comunione legale*, in *Notariato*, 2006;

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, 2011;

RUGGIERO, *Gli accordi di convivenza*, in AA.VV., *Le convivenze familiari, Diritto vivente e prospettive di riforma*, a cura di BOCCHINI, Torino, 2006;

SCHLESINGER, *Commento all'art. 177 cod. civ.*, in Commentario di diritto della famiglia, Padova, 1993;

SUCCI, *Patto di convivenza e obbligazioni naturali nel sistema civilistico italiano*, in Vita notarile, 2015;

TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella L. 20.5.2016, n. 76*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2016;

TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in Trattato di diritto privato diretto da BESSONE, Giappichelli, 2007;

TONOLO, *Unioni civili e convivenze guida commentata alla legge n. 76/2016*, Maggioli Editore, 2016;

TORRENTE, *La donazione*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale a cura di CICU e MESSINEO, Milano, 1956;

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;

TRIMARCHI, *Gli accordi tra conviventi e riflessi sull'attività notarile*, Studio CNN, n. 174-2008/C;

TRIMARCHI, *Negozio di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009;

TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e diritto*, 2016;

VECCHIO, *Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare*, in *Diritto di Famiglia*;

ROMEO - VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del D.D.L. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015;

VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corriere Giuridico*, 2016;

VOLPE, *Il patto di famiglia*, Napoli, 2011;

ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, Vol. I, Torino, 2005;

