Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico

di Davide Achille*

SOMMARIO: 1. La tipizzazione del contratto di convivenza. – 2. Elementi strutturali e funzionali del contratto di convivenza. – 3. Il contenuto tipico del contratto di convivenza. – 4. L'autonomia privata atipica nelle convivenze tipiche. – 5. Limiti e non limiti di sistema: a) l'attribuzione del diritto di abitazione sulla residenza comune. – 6. *Segue*: b) la successione convenzionale tra conviventi. – 7. *Segue:* c) la regolamentazione degli aspetti personali tra i conviventi. – 8. *Segue:* d) le pattuizioni connesse allo scioglimento della convivenza. – 9. Sopravvenienze nella regolamentazione contrattuale della convivenza. – 10. La nuova nozione di famiglia.

1. La tipizzazione del contratto di convivenza.

Nella tendenza generale, diffusa anche in altri ordinamenti[1], ad ampliare lo spazio attribuito all'autonomia privata nei rapporti familiari[2] si inserisce la disciplina del contratto di convivenza contenuta nei commi 50º ss. dell'art. 1 l. 20.5.2016, n. 76, la quale probabilmente costituisce oggi il più significativo portato della contrattualizzazione nel diritto di famiglia.

All'interno della regolamentazione dei modelli familiari non matrimoniali, contenuta nella citata legge, il comma 50º apre le disposizioni sul «contratto di convivenza», vale a dire la fonte opzionale della regolamentazione della convivenza, applicabile sia alle coppie eterosessuali che a quelle omossessuali, con ciò consentendo di distinguere le convivenze non regolamentate convenzionalmente dalle convivenze regolamentate con contratto di convivenza[3].

La natura opzionale del contratto di convivenza si desume dallo stesso dato normativo, dal quale risulta che il legislatore con il contratto in parola ha voluto attribuire ai conviventi lo strumento attraverso il quale questi *possono* regolamentare gli aspetti patrimoniali del loro rapporto.

Il legislatore ha in tal modo introdotto nel nostro ordinamento un nuovo tipo contrattuale, al quale peraltro già da tempo la dottrina aveva rivolto la propria attenzione[4], ma che tuttavia non sembra aver assunto, nonostante l'ampia attenzione da parte degli studiosi, una diffusione tale da poter essere qualificato come un contratto socialmente tipico.

Le difficoltà di individuare precisi spazi di operatività dell'autonomia privata in un contesto di relazioni personali in cui il riferimento immediato e diretto è al modello matrimoniale, in cui l'autonomia privata è tradizionalmente limitata in virtù di principi generali che importano inevitabilmente delle restrizioni alla libertà di regolamentazione convenzionale dei privati, ha infatti comportato lo scarso utilizzo di tali contratti nella prassi[5].

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**
Lo scritto è destinato agli scritti in memoria di Paolo Maria Vecchi.

[1] Di recente, su tale tendenza, con riguardo all'esperienza giuridica francese, v. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *La contractualisation du droit de la famille*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2016, 773 ss.

[2] Sul tema in generale v. LUCCHINI GUASTALLA, voce «Autonomia privata e diritto di famiglia», in *Enc. del dir.*, Annali, VI, Giuffrè, 2013, 77 ss. Indici della progressiva contrattualizzazione del diritto di famiglia possono rinvenirsi ad esempio nella recente normativa in tema di separazione personale tra i coniugi e di scioglimento degli effetti civili del matrimonio, laddove la regolamentazione della fase patologica del matrimonio è sempre meno soggetta ad un controllo giurisdizionale, come dimostra la disciplina introdotta dal d.l. 12.9.2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10.11.2014, n. 162. Sul tema degli accordi tra i coniugi in occasione della separazione e del divorzio, la dottrina, già prima della normativa da ultimo citata, ha avuto modo di interrogarsi sui vari profili sottesi agli stessi (cfr. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, c. 1320 ss.; BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in MOSCATI-ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, 2002, 33 ss.; DELLACASA, *Del divorzio, liceità e integrazione*, in *Contratti*, 2001, 46; OBERTO, Prenuptial agreements in contemplation of divorce *e disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss.).

[3] DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50º ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 697, parla al riguardo di «doppio livello di disciplina (...) che assicura altresì un doppio livello di rilevanza giuridica».

[4] Tra i contribuiti di più ampio respiro si segnalano: GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, 1983, *passim*; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza* more uxorio *e autonomia privata*, Giuffrè, 2001, *passim*; MOSCATI-ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., *passim*; GRILLINI-MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra* status *e contratto*, Jovene, 2001, *passim*; BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Cedam, 1992, *passim*; OBERTO, *Contratto e famiglia*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, VI, *Interferenze*, Giuffrè, 2006, 349 ss., il quale si era occupato del tema già negli anni precedenti nel saggio *Convivenza (contratto di)*, in *Contr. e impr.*, 1991, 388 ss.

[5] MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, il quale parla di

Seppur deve senz'altro riconoscersi che la convivenza, in mancanza di una disciplina legislativa e salvo i settoriali interventi giurisprudenziali che negli anni hanno esteso alle convivenze specifiche disposizioni riservate ai soggetti uniti in matrimonio[6], abbia sino ad oggi reclamato il ricorso all'autonomia privata[7], essendo la convivenza collocata in un contesto, quello familiare, in cui la libertà contrattuale trova tradizionalmente dei limiti di carattere generale, ben si comprende la ragione per cui la regolamentazione convenzionale della convivenza abbia fino ad ora avuto scarsi sviluppi nella prassi.

In mancanza di una specifica disciplina legislativa, il contratto, inteso quale espressione della libertà dei soggetti di disciplinare autonomamente i propri rapporti, difficilmente era in grado di costituire lo strumento attraverso cui porre in essere una efficace regolamentazione dei rapporti familiari non fondati sul matrimonio.

Infatti, pur essendo riconosciuta la meritevolezza degli interessi sottesi ad una regolamentazione convenzionale della convivenza[8], risultavano di fatto necessarie espresse disposizioni normative che, da un lato, autorizzassero il richiamo a schemi e soluzioni proprie del modello matrimoniale[9] e che, dall'altro, avessero ad oggetto profili non considerati o diversamente considerati nel modello matrimoniale e che non era possibile demandare né alla disciplina generale del contratto né alla autonomia privata[10].

I due profili da ultimo evidenziati si traducono nella rilevanza di quegli aspetti che assumono portata centrale nella materia familiare, ossia la rilevanza dei principi generali dell'ordinamento, con conseguenti limiti di ordine pubblico, e il ruolo centrale da attribuire al giudice nella dinamica familiare, ruolo che in maniera insufficiente e meno intensamente trova risposta nella disciplina generale del contratto.

È in tale contesto che trova giustificazione la tipizzazione del contratto di convivenza, la quale, pur non necessitando delle medesime ragioni di urgenza che invece sottendevano, per vari motivi[11], alla disciplina delle unioni civili[12], risultava indispensabile per l'effettivo esplicarsi dell'autonomia privata in tale ambito.

Quanto detto, ed in particolare la necessità di una disciplina normativa del contratto di convivenza, non fa venir meno quanto opportunamente rilevato in dot-

---

«sostanziale inesistenza, o comunque inconsistenza, di una prassi diffusa»; Tassinari, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015, n. 76*, in questa ***Rivista***, 2016, II, 1737, il quale rileva che «non solo non esiste alcun notaio italiano che abbia stipulato più di qualche singolo contratto definito come di convivenza, ma non esiste neppure una prassi, o almeno un filo significativo».

[6] Per una ricognizione v. Roppo-Benedetti, voce «Famiglia, III, Famiglia di fatto», in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Ed. Enc. it., 1999, 2 ss.

[7] Con riguardo all'autonomia privata nel rapporto di convivenza, prima dell'approvazione della l. n. 76/2016, la dottrina ha tentato di ricondurre ad unità gli spostamenti patrimoniali tra conviventi, ritenendo che nella nozione di contratto tra conviventi *more uxorio* possano rientravi tanto l'«accordo volto a regolare i profili patrimoniali della relazione di fatto» come anche il «comportamento attributivo via via tenuto dai conviventi» (così Senigaglia, *Convivenza* more uxorio *e contratto*, in questa ***Rivista***, 2015, II, 671 ss.).

[8] La meritevolezza degli interessi divisati con il contratto di convivenza, pur non essendo in passato condiviso dalla giurisprudenza (si può al riguardo citare Cass., 30.6.1950 n. 1678, in *Foro it.*, 1951, II, c. 1067, in tema di nullità per contrarietà al buon costume della donazione in favore della concubina), può dirsi – già prima della l. n. 76/2016 – un dato acquisito in dottrina e giurisprudenza (v. Cass., 8.6.1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, 947; nonché Trib. Savona, 24.6.2008, n. 549, in *Fam. e dir.*, 2009, 385, la quale afferma che i contratti atipici di convivenza «*sono* (...) *ammissibili e validi in quanto volti a regolare interessi meritevoli di tutela. Tali interessi sono da ravvisarsi nella volontà e ella necessità di dare un assetto equilibrato sul piano patrimoniale al rapporto di convivenza* more uxorio *anche al fine di prevenire ed evitare liti e giudizi*»). Sulla meritevolezza degli interessi regolamentati con il contratto di convivenza, prima della legge sulle unioni civili e le convivenze, v. Senigaglia, *Convivenza* more uxorio, cit., 679 ss.

[9] Sotto tale profilo rilevano tanto gli aspetti patrimoniali, quali ad esempio il regime patrimoniale tra i coniugi, posto che secondo l'opinione largamente diffusa ai conviventi era precluso la possibilità di ricorre al regime della comunione legale di cui agli artt. 177 cod. civ. (sul punto cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1., La famiglia*, Giuffrè, 4a ed., 2014, 27, il quale ritiene che «deve escludersi anzitutto l'adozione convenzionale del regime di comunione legale. Tale regime comporta infatti regole di responsabilità personale e patrimoniale e di automatico subingresso negli acquisti, che esula dalla competenza dell'autonomia privata»; diversamente Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 377 ss., il quale ritiene ammissibile la pattuizione avente ad oggetto l'automaticità dell'acquisto), quanto gli aspetti personali, atteso che la nozione di contratto fornita dall'art. 1321 cod. civ., dovendo questi avere ad oggetto rapporti patrimoniali, difficilmente potrebbero contenere la regolamentazione di profili di natura personale. Con riguardo a tali ultimi aspetti, anticipando quanto si dirà nel prosieguo, riteniamo che sia da escludere, anche dopo la l. n. 76/2016, che l'autonomia privata dei conviventi possa spingersi sino a disciplinare profili di natura personale, che ieri come oggi restano di esclusiva competenza del legislatore e comunque sottratti all'autonomia privata.

[10] Si allude in particolare agli aspetti della forma del contratto, come anche a quelli dello scioglimento e, in una più ampia prospettiva, quelli di esecuzione del rapporto contrattuale.

[11] Si tenga al riguardo presente la condanna dell'Italia da parte della Corte eur. dir. uomo, 21.7.2015, ricc. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, in questa ***Rivista***, 2015, I, 918 ss., la quale ha affermato che «*in assenza di matrimonio, le coppie omosessuali quali i ricorrenti abbiano particolare interesse a ottenere la possibilità di contrarre una forma di unione civile o di unione registrata, dato che questo sarebbe il modo più appropriato per poter far riconoscere giuridicamente la loro relazione e garantire loro la relativa tutela* (...) *senza ostacoli superflui*» (§ 74). La differente rilevanza, in termini di politica del diritto, tra la necessità di regolamentare le relazioni tra persone dello stesso sesso e l'opportunità di dettare una disciplina delle relazioni di fatto, sia etero che omosessuali, è evidente, atteso che per queste ultime si pone un differente (e per certi versi maggiore) problema costituito dal rispetto della libertà individuale dei soggetti che si esprime nella scelta di non giuridicizzare il loro rapporto. Al riguardo, con specifico riferimento alle formazioni familiari non matrimoniali, v. Roppo, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 697 ss.; Id., voce «Famiglia, III, Famiglia di fatto», *op. loc. citt.*, il quale evidenzia i termini del problema nel «trovare un adeguato punto di equilibrio tra doveroso rispetto della libertà individuale e doveroso intervento della legge e delle pubbliche istituzioni».

[12] V. E. Quadri, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss.; Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 7.

trina circa la natura opzionale e non vincolante della disciplina convenzionale[13], atteso che lo stesso comma 50º, nell'aprire la disciplina del tipo contrattuale, come anche il comma 53º, disposizione parimenti di portata generale volta ad indicare il contenuto (come si vedrà) non vincolante del contratto di convivenza, espressamente si riferiscono al contratto in parola come lo strumento attraverso cui l'ordinamento attribuisce ai conviventi la possibilità di regolamentare gli aspetti patrimoniali del loro rapporto.

In mancanza di una regolamentazione convenzionale, il rapporto di convivenza, sussistendone i presupposti, risulterà assoggettato unicamente alla scarna disciplina normativa di cui ai commi 36º-49º e 65º, che costituisce la disciplina legale di base della convivenza[14], vale a dire del modello familiare diverso dal matrimonio e dall'unione civile.

2. Elementi strutturali e funzionali del contratto di convivenza.

La natura opzionale del contratto di convivenza implica che la convivenza, dotata dei requisiti di cui al comma 36º[15], costituisce un presupposto dell'atto di autonomia privata, che caratterizza l'elemento causale concreto del contratto.

Ne deriva che la mancanza di una convivenza stabile, con i caratteri previsti dal comma 36º, produrrà certamente, stante il disposto del comma 57º, lett. *b*), la nullità del contratto tipico di convivenza eventualmente posto in essere[16], ancorché detta nullità non potrà dirsi sussistere per una mancanza di causa concreta del contratto[17], e neppure come violazione di norma imperativa, essendo invece riconducibile detto vizio alla nullità testuale di cui all'art. 1418, comma 3º, cod. civ., avendo il legislatore in tal modo posto in essere una mera configurazione del tipo contrattuale, al quale la norma imperativa si ricollega[18].

L'elemento causale che costituisce la ragione pratica del contratto, secondo l'accezione di causa concreta, è infatti senz'altro presente anche in un contratto stipulato tra conviventi privi dei requisiti di cui al comma 36º, con la conseguenza che il contratto eventualmente posto in essere da questi ultimi non potrà ritenersi nullo, ma la nullità colpirà unicamente quelle parti della pattuizione che il legislatore ha inteso riservare solo ai conviventi che abbiano detti requisiti e, in particolare, la regolamentazione del regime patrimoniale e la sua opponibilità ai terzi.

Differente conclusione si deve raggiungere per il caso in cui difetti in termini assoluti una forma di convivenza tra le parti o, meglio una reale comunione di vita, nel qual caso, mancando la causa del contratto[19], questi dovrà ritenersi nullo, fatta salva, in ogni caso,

---

[13] Rileva S. Patti, *La convivenza «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it*., 2016, I, c. 305 ss. (anche in *Familia*, 2017, 3 ss.), che «Dopo il gruppo di norme che trovano applicazione sulla base del fatto (la convivenza stabile), e quindi a prescindere da una dichiarazione negoziale degli interessati ed anzi anche contro la loro volontà di (uno di) essi, il legislatore – più o meno consapevolmente – ha altresì predisposto un regime opzionale, al quale gli interessati possono accedere stipulando l contratto di convivenza».

[14] Sul punto è da segnalare la riflessione dell'autorevole dottrina che, nella lungimirante e profonda riflessione sui contenuti della auspicata normativa sulle unioni non matrimoniali, nell'individuare tre principi fondamentali, costituiti dalla «assunzione dell'unione libera nel quadro dei diritti della persona», nel «diritto della persona di rifiutare la consacrazione giuridica formale dell'unione libera» e nella «libertà di stipulare accordi di vita comune», riteneva necessario «favorire il riconoscimento, nei sistemi legislativi nazionali, di un regime giuridico di base, in grado di coprire i quattro settori nei quali il fenomeno richiama l'attenzione del diritto: situazioni dei membri della coppia non sposata rispetto alla legge; rapporti tra le parti; rapporti tra le parti e i figli; rapporti tra le parti e i terzi» (così Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. III. Scritti d'occasione*, Giuffrè, 2010, 156 s., e già negli stessi termini in Id., *La coupe non marié*, *ivi*, 101 ss. Per una dettagliata analisi del pensiero di Falzea con riguardo al diritto di famiglia v. M. Bianca, *Angelo Falzea e il diritto di famiglia*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. civ*. (che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'a.).

[15] Al riguardo deve essere precisato che elemento costitutivo della convivenza è esclusivamente il «fatto» della convivenza e non anche la formalità della dichiarazione anagrafica di cui al comma 37º (v. sul punto il documento del Ministero dell'Interno-Dipartimento per gli affari interni e territoriali-Direzione centrale per i servizi demografici, del 6.2.2017 n. 231). Già con riguardo ai pregressi progetti di legge, la dottrina aveva peraltro rilevato le criticità connesse ad un riconoscimento basato sulla sola risultanza anagrafica, ritenendo, correttamente, che risulta imprescindibile il riferimento alla volontà degli interessati (v. Vecchi, *Alcune osservazioni sulle proposte italiane*, in Moscati-Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., 283 s., il quale rileva che il riferimento alla comunione di vita morale e materiale «si traduce in una mera formulazione di principio capace di dar luogo peraltro a grosse difficoltà»). Per tale questione, di indubbio interesse è il rilievo di Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, cit., 160, il quale afferma che «Non è il tempo, o non soltanto il tempo che può richiamare l'attenzione del diritto sull'unione libera, bensì il consolidarsi dell'unione libera, nella *communio omnis vitae* attraverso l'*affectio* nella sua oggettiva evidenziazione».

[16] In termini generici cfr. Alpa, *La legge sulle unioni civili e le convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in questa ***Rivista***, 2016, II, 1718, il quale afferma che «Il contratto di convivenza non è (...) elemento costitutivo della convivenza, ma non può sussistere se essa non vi sia»; Amadio, *La crisi della convivenza*, *ibidem*, II, 1768, secondo il quale l'esistenza della convivenza di fatto costituisce «una sorta di presupposto della legittimazione a contrarre».

[17] Sembra invece riferirsi alla nullità per mancanza di causa S. Patti, *La convivenza «di fatto»*, cit., c. 305, secondo il quale «la convivenza (...) non rileva (soltanto) quale presupposto per l'applicazione delle norme di cui ai commi 51-64, bensì la sua mancanza come ipotesi di "nullità insanabile" del contratto (comma 57, lett. b), che risulta privo di causa concreta se le parti non convivono».

[18] In tal senso sembrano orientate le riflessioni di Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 1319 ss., spec. 1347 ss., il quale «alla individuazione della *ratio* che accompagna i requisiti soggettivi, di forma e di contenuto» del contratto tipico di convivenza, «*ratio* (...) individuabile nella possibilità di opporre il contratto e di imprimere ai beni un particolare regime di circolazione e responsabilità», ritiene che «si deve concludere che è ammissibile un contratto volto a regolare i rapporti economici tra i conviventi modellato secondo scelte autonome, purché i suoi effetti siano limitati ai contraenti, al più, siano resi rilevanti per i terzi unicamente con gli strumenti che la legge rende disponibili alla generalità dei soggetti».

[19] V. Russo, *La convivenza giuridica (di fatto)*, in *Vita not*., 2016, 565,

una sua possibile sussunzione all'interno di un altro tipo contrattuale.

Il sopra riferito profilo funzionale del contratto di convivenza consente di condividere quanto sostenuto dai primi commentatori della nuova normativa, secondo i quali il contratto in parola non costituirebbe l'unico modello negoziale cui potrebbero ricorrere i conviventi, potendo questi, anche oltre l'ambito di applicazione soggettiva delineato dal comma 36º, stipulare contratti diversi da quello proposto dal legislatore ai commi 50º ss. dell'art. 1 l. n. 76/2016[20].

Il rilevo è senz'altro da accogliere, dovendosi ritenere che il contratto eventualmente posto in essere tra soggetti che non rientrano nella nozione di conviventi data dal legislatore, essendo sprovvisti dei requisiti previsti dal comma 36º, esce dal tipo legale previsto dal legislatore ma non per questo deve ritenersi nullo, potendo essere valido secondo la disciplina generale del contratto.

Si deve quindi ritenere che ad un contratto di convivenza tipico, riconducibile ai commi 50º ss. dell'art. 1 l. n. 76/2016, si contrapponga un contratto di convivenza atipico, espressione della libertà contrattuale dei privati e soggetto ai limiti tradizionalmente individuati con riguardo all'autonomia privata dei conviventi e che, al fine di una più agevole distinzione dal primo, può essere denominato come 'patto di convivenza'.

3. Il contenuto tipico del contratto di convivenza.

La creazione del nuovo tipo contrattuale costituito dal contratto di convivenza non sembra riconducibile alla tecnica legislativa consueta, posto che con riguardo al contratto in esame il legislatore non ha dettato un contenuto necessario ed un effetto tipico vincolante dell'atto di autonomia privata, ma si è limitato a prevedere possibili, e pertanto non necessari, contenuti ed effetti che il contratto può avere.

Il nucleo centrale del contratto di convivenza, vale a dire l'oggetto della pattuizione, è individuato, al comma 50º, come il potere dei conviventi di «disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla (...) vita in comune», la cui portata prescrittiva deve tuttavia essere integrata con il disposto del comma 53º, specificatamente dedicato al contenuto del contratto di convivenza.

Contenuto essenziale del contratto di convivenza è costituito dall'«indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo», il che, al di là della singolare formulazione della previsione, lascia presupporre che l'indirizzo indicato possa non essere il medesimo per entrambi i conviventi e possa non coincidere con quello di residenza. Tale elemento risulta funzionale agli adempimenti di comunicazione previsti dalla stessa legge (ad. es. al comma 61º e, applicando analogicamente tale ultima previsione, anche al comma 62º, che pure sul punto non offre indicazioni) ed è stato preferito dal legislatore rispetto al differente elemento residenziale[21], senza che alla base di tale scelta risultino ragioni ben precise, dovendosi anzi ritenere che sarebbe stato preferibile non disciplinare un simile profilo, lasciando che l'obbligo del professionista di effettuare tali comunicazioni fosse assolto mediante l'invio nel luogo di residenza al momento in cui si effettua la comunicazione.

A questo contenuto essenziale, nel senso che deve necessariamente esserci ma non è sufficiente nel caso in cui i conviventi non inseriscano altri profili di regolamentazione della convivenza, il comma 53º affianca un contenuto opzionale, rimesso alla libera scelta discrezionale dei conviventi.

In primo luogo, stando al dato normativo, i conviventi possono inserire nel contratto di convivenza «l'indicazione della residenza», il che, pur mancando ulteriori specificazioni nella norma, sembra dover essere inteso come residenza comune dei conviventi[22].

Detta ultima soluzione sembra da preferire rispetto alla possibile alternativa di intendere che la residenza di ciascun convivente sia quella funzionale agli adempimenti cui è tenuto il professionista, posto che a tale ultimo fine rileva espressamente l'indirizzo di cui alla parte iniziale della stessa disposizione. Si tratta di una pattuizione di natura non patrimoniale che, come tale, si è ritenuta in dottrina inidonea ad esaurire il contenuto del contratto di convivenza, dovendo necessariamente accompagnarsi ad una disposizione a contenuto patrimoniale, al fine di connotare sempre e comunque

---

il quale afferma che «La convivenza giuridica di fatto fornisce la causa (familiare) delle determinazioni contenute nel contratto di convivenza».

[20] Così Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit., 1352, il quale rileva che «al di fuori di questo modello, sempre che non si rinvengano in concreto ragioni di illiceità, continua a sopravvivere il diritto degli interessati di stipulare un contratto di convivenza, per così dire, "di diritto comune", legittimato dal precetto di autonomia privata fissato dall'art. 1322 c.c.»; la medesima opinione si trova espressa in Id., *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, 1189 ss. Nello stesso senso Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, cit., 8; Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il* nuovo *contratto di convivenza*, in questa ***Rivista***, 2016, II, 1755.

[21] Bona, *La disciplina delle convivenze*, in Bona-Carello-Casaburi-Grimaldi-Pipponzi-Zen, *Unioni civili e convivenze*, Pacini, 2016, 167, parla di elezione di domicilio di cui all'art. 47 cod. civ., rilevando altresì che la mancata indicazione dell'indirizzo, non potrebbe comportare la nullità del contratto, con la conseguenza che mancando la definizione del domicilio si dovrà applicare la regola in tema di atti recettizi di cui all'art. 1335 cod. civ.

[22] Sul punto, pur con riguardo alla differente formulazione contenuta nel d.d.l. che ha poi condotto all'approvazione della l. n. 76/2016, v. Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1014 ss., il quale rileva che l'espresso riferimento alla «comune residenza» (art. 16, comma 1º, d.d.l.) attiene non all'oggetto del contratto ma alla costituzione della convivenza.

di patrimonialità il contratto[23]. In realtà, se si valuta la rilevanza che assume l'abitazione nella dinamica familiare, non sembra possibile convenire con tale conclusione, dovendosi ritenere che la mera previsione della residenza comune, disposizione di chiara natura non patrimoniale, in deroga al generale contenuto patrimoniale della regolamentazione contrattuale, sia ammissibile.

Si tratta a questo punto di individuare il significato che una tale pattuizione può in concreto avere, e ciò anche per quanto riguarda gli effetti, posto che ritenere questa priva di qualsivoglia obbligo per i conviventi non sembra del tutto soddisfacente[24].

Al riguardo occorre considerare che nella convivenza la residenza comune assume una rilevanza differente e per certi versi maggiore rispetto a quanto avviene nel matrimonio, in quanto nella prima costituisce il possibile e certamente significativo momento costitutivo della fattispecie, atteso che questa – al di là delle risultanze anagrafiche – dà origine a quella comunione di vita che è presupposto della convivenza, mentre nel matrimonio la residenza comune rileva quale predicato del dovere di coabitazione dei coniugi[25]. Peraltro, alla eventuale funzione costitutiva della residenza comune, si affianca un'altra funzione, di maggiore rilevanza per il discorso che in questa sede ci occupa, vale a dire la funzione che la comune residenza assume quale luogo di svolgimento delle dinamiche della vita comune[26].

In tale fondamentale funzione da attribuire alla residenza comune, crediamo si debba senz'altro confermare che la relativa pattuizione, che il comma 53º, lett. *a*), consente possa essere inserita nel contratto di convivenza, non possa avere effetti vincolanti per i conviventi, i quali, una volta inserita la previsione nel contratto, potranno certamente modificare la stessa anche tacitamente, con la conseguenza che i conviventi i non potranno essere chiamati a rispondere di una violazione di tale pattuizione, in quanto una tale possibilità costituisce in ogni caso espressione della libertà di autodeterminazione del soggetto.

La previsione non è tuttavia priva di rilevanza, potendosi a questa far conseguire quella serie di effetti ascrivibili, secondo una recente e condivisibile chiave interpretativa, alle situazioni di appartenenza di fonte negoziale[27], che giustificano la tutela possessoria del convivente[28], ammessa oggi anche dalla giurisprudenza[29], ma che per effetto della disposizione in parola consente di attribuire una portata differente, assimilabile per certi versi al diritto reale di abitazione, a cui si collega anche l'opponibilità ai terzi del contratto di convivenza secondo la regola di cui al comma 52º. In altri termini, ritenendo, in aderenza alla prospettiva ricostruttiva dinanzi citata[30], che la fonte negoziale costituita dal contratto di convivenza, nel quale sia indicata la residenza comune dei conviventi, abbia la funzione di strumento di conformazione della situazione di godimento del bene, sembra possibile estendere al convivente la tutela reale propria del diritto di abitazione[31].

Altro profilo di possibile regolamentazione convenzionale è costituito dalle «modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo».

Sul punto si deve ricordare che già in passato la giurisprudenza di merito era giunta ad affermare la validità delle pattuizioni intese a ripartire gli oneri della convivenza[32], ed in dottrina si era rilevato che i profili

---

[23] In tal senso Perfetti, *Autonomia privata*, cit., 1757.

[24] Così invece Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze*, in Blasi-Campione-Figone-Mecenate-Oberto, *La nuova legge sulle unioni civili*, Giappichelli, 2016, 69 ss. Da disattendere è anche l'opinione che alla violazione della pattuizione sulla residenza fa discendere conseguenze risarcitorie (così Bona, *La disciplina delle convivenze*, cit., 168), atteso che la violazione dell'accordo sulla residenza è sempre e comunque espressione di una libertà personale del soggetto.

[25] Sul dovere di coabitazione tra i coniugi cfr. C.M. Bianca, *La famiglia*, cit., 60; Meloni, *Gli obblighi di assistenza e coabitazione tra coniugi nel quadro delle innovazioni normative e dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1990, 699 ss.; Macioce, *Sull'obbligo di coabitazione fra i coniugi*, in *Familia*, 2004, 225 ss., ed in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Giuffrè, 2006, 345 ss.; Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2012, *sub* artt. 143-148,75 ss.

[26] V. Venuti, *I rapporti patrimoniali tra conviventi*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di Romeo, Utet, 2014, 274, la quale rileva che «l'abitazione è elemento imprescindibile per la convivenza in quanto "luogo", in senso anche figurato, di svolgimento del rapporto e della personalità di ciascuno dei componenti dell'unione affettiva».

[27] Il riferimento è a Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, 2015, 93 ss.

[28] In dottrina, sulla posizione del convivente con riguardo alla casa familiare di proprietà dell'altro convivente, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, 6, La proprietà*, Giuffrè, 2a ed., 2017, 655 s.; Gazzoni, *Il diritto all'abitazione della casa parafamiliare*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 378 ss.; Sesta, *Comunione di vita e "diritti" sulla casa familiare*, in *Fam. e dir.*, 2013, 511 ss.; Carbone, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 37 ss.; Sacco, voce «Detenzione autonoma e qualificata», nel *Digesto IV ed., disc. priv., sez. civ.*, Agg., V, Utet, 2010, 522.

[29] Cass., 2.1.2014, n. 7, in *Giur. it.*, 2014, 31 ss.; Cass., 21.3.2013, n. 7214, in *Giust. civ.*, 2013, I, 2455 ss.

[30] V. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., 138, il quale parla di «interesse dei privati a veder tutelata la concessione di particolari facoltà d'uso delle risorse attraverso una stabile "forma di appartenenza", intesa come espressione di un potere giuridicamente qualificato sui beni».

[31] Tale prospettiva sembra avere una indubbia rilevanza con riguardo al problema dell'opponibilità ai terzi della situazione giuridica di appartenenza del convivente non proprietario del bene, potendosi al riguardo ipotizzare una estensione (non generalizzata, ma sempre selezionata e funzionale) delle previsioni proprie del diritto reale in ragione della sostanziale coincidenza degli interessi sottesi a tale fattispecie rispetto a quella propria del diritto reale cui è riconducibile.

[32] Trib. Savona, 29.6.2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 596, con riguardo all'accordo con cui si conveniva una eguale ripartizione alle spese, interpretato nel senso della proporzionalità alle rispettive sostanze e capacità di lavoro.

della contribuzione reciproca tra i conviventi, in quanto funzionali al soddisfacimento di esigenze primarie della persona, hanno portata giuridica secondo quanto disposto dagli artt. 1174 e 1322 cod. civ.[33].

Questo profilo della regolamentazione costituisce il nucleo centrale dei rapporti tra i conviventi, che consente di regolamentare i bisogni economici reciproci delle parti, in relazione al quale il legislatore ha inteso richiamare pressoché testualmente il disposto dell'art. 143 cod. civ. in tema di rapporti tra i coniugi, con ciò rendendo applicabili i criteri di proporzionalità e adeguatezza ivi previsti[34].

La norma si riferisce espressamente alle modalità di contribuzione, il che induce a ritenere che i conviventi possano regolamentare nel contratto di convivenza unicamente il contenuto della contribuzione, ma non potrebbero escludere il dovere di contribuzione ai bisogni della vita comune[35].

Di centrale importanza è infine la previsione che consente ai conviventi di adottare il regime della comunione prevista dagli artt. 177 ss. cod. civ., posto che prima dell'entrata in vigore della disciplina sul contratto di convivenza era generalmente escluso che i conviventi potessero adottare convenzionalmente un regime patrimoniale riservato ai coniugi e, in particolare, il regime della comunione dei beni[36].

Tale possibilità è invece oggi ammessa espressamente dal legislatore, il quale al comma 53º, lett. *c*), consente ai conviventi di indicare nel contratto «il regime patrimoniale della comunione dei beni», mentre risulta preclusa, in mancanza di una espressa previsione normativa in tal senso, la scelta degli altri regimi patrimoniali, ed in particolare del fondo patrimoniale[37], potendo tuttavia prodursi un effetto analogo a questo attraverso il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-*ter* cod. civ.[38].

Occorre al riguardo rilevare che, a differenza di quanto accade nel matrimonio, detto regime non sarà un regime legale, ma sarà applicabile solo in virtù di una espressa indicazione dei conviventi in tal senso, potendosi quindi affermare che il regime della comunione non trova la sua fonte nella legge ma nell'accordo tra i conviventi[39]. Nonostante detto ultimo profilo, il legislatore ha espressamente esteso al regime della comunione tra conviventi le norme in tema di comunione legale, sottraendo a questo l'applicazione delle norme in tema di comunione convenzionale[40].

La scelta della comunione dei beni renderà applicabile la regola della comunione automatica degli acquisti compiuti dai conviventi durante la convivenza, dovendosi ritenere che la cessazione volontaria della convivenza determini lo scioglimento automatico del regime della comunione dei beni. Maggiormente problematica sembra essere la questione degli effetti della nullità del contratto di convivenza sul regime della comunione dei beni, dovendosi ritenere, in virtù dell'efficacia retroattiva della nullità, che questa travolga sin dall'origine gli acquisti dei conviventi.

È agevole rilevare che la disciplina normativa che il legislatore ha dettato, lungi dal potersi definire completa, ha ad oggetto solo ed esclusivamente una precisa e limitata fase del rapporto di convivenza, vale a dire alcuni aspetti riguardanti i rapporti durante il permanere della convivenza, mentre nessuna indicazione è fornita per quanto riguarda altri aspetti della convivenza, come la morte di uno dei conviventi, o i poteri di regolare in via convenzionale i rapporti successivi alla cessazione della convivenza.

Si tratta quindi di verificare possibili spazi dell'autonomia privata anche oltre quanto espressamente previsto dal legislatore.

4. L'autonomia privata atipica nelle convivenze tipiche.

Nell'individuare il contenuto del contratto di convivenza, la cui delimitazione deve essere integrata, oltre che con il disposto del comma 50º, con quello del comma 53º, non sembra potersi convenire con l'affermazione secondo cui «i tre requisiti di cui alle lettere *a*), *b*) e *c*) rappresentano il perimetro massimo attribuito, in questa sede, all'autonomia privata dei conviventi»[41], come anche da disattendere è la soluzione restrittiva della stessa dottrina da ultimo citata, la quale, facendo leva sulla formulazione letterale del comma 50º, ritiene ammissibile una regolamentazione dei soli profili aventi ad oggetto la vita comune, escludendo quindi una regolamentazione di altri profili connessi

---

[33] del Prato, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 983 s., il quale precisa che tale pattuizione «non incide sul protrarsi della convivenza, ma sul suo contenuto economico» (984).

[34] Al riguardo v. Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi*, cit., 105 ss.

[35] V. E. Quadri, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso"*, cit., 893; Russo, *La convivenza*, cit., 567 s.

[36] In tal senso C.M. Bianca, *La famiglia*, cit., 25.; Franzoni, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 754; Id., *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi* more uxorio, nel *Trattato dir. fam.*, a cura di Bonilini e Cattaneo, II, Utet, 1997, 546; Spadafora, *Rapporto di convivenza*, cit., 209 ss. Per riferimenti, anche di tipo comparatistico, con riguardo all'ordinamento inglese e nord-americano, v. Roppo, *La famiglia senza matrimonio*, cit., 747 ss.

[37] Critico su tale scelta Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sulla famiglia: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 709, il quale sembra ritenere che tale possibilità, da escludere in base al dato normativo, sarebbe stata auspicabile.

[38] Per tale soluzione, già prima della legge sulle unioni civili e le convivenze, C.M. Bianca, *La famiglia*, cit., 155 s.

[39] Sul punto v. Vecchi, *Alcune osservazioni*, cit., 287, il quale, con riguardo ai pregressi progetti di legge, rileva le perplessità circa «la previsione della comunione legale come regime che si instaura automaticamente».

[40] Russo, *La convivenza*, cit., 571.

[41] Tassinari, *Il contratto di convivenza*, cit., 1742.

alla convivenza, salvo ammettere che detta regolamentazione possa eventualmente essere contenuta in un contratto diverso[42].

Una lettura restrittiva della normativa, che conduca a ritenere tassativo il contenuto del contratto di convivenza, si rivelerebbe illogica e irrazionalmente discriminatoria, posto che rapporti di fatto privi dei caratteri di cui ai commi 36º s. potrebbero ricorrere ad un contratto atipico attraverso il quale disciplinare profili la cui regolamentazione sarebbe invece preclusa tramite il contratto tipico di convivenza di cui al comma 50º[43].

In tal senso si deve altresì considerare che l'attribuire valore vincolante ai contenuti del contratto come previsti dal legislatore ai commi 50º e 53º, sembra porsi in contrasto con la stessa natura e funzione del contratto di convivenza e, in ultima istanza, con la stessa intenzione del legislatore, il quale ha in tal modo positivizzato ed esplicitato la meritevolezza dei contratti con causa familiare o, se si preferisce, parafamiliare[44].

Una soluzione favorevole alla regolamentazione non solo degli aspetti patrimoniali relativi al periodo di durata della convivenza, ma anche per il periodo successivo, si impone se si considera che, pur rilevante, è per gran parte superflua, una regolamentazione limitata alla fase fisiologica della convivenza[45], laddove invece la necessità di una regolamentazione convenzionale assume evidente rilevanza proprio con riguardo al momento della cessazione del rapporto[46].

Si deve al contrario ritenere che l'autonomia privata dei conviventi possa ben esplicarsi oltre quanto individuato dalle disposizioni richiamate, pur dovendo rispettare i limiti generali posti dall'ordinamento.

In altri termini, non si può negare che il contratto di convivenza tipico, vale a dire quello di cui al comma 50º, ben possa avere un contenuto ulteriore rispetto a quello individuato dal legislatore, la cui ammissibilità deve essere valutata in concreto, e ciò sia alla luce dei principi generali risultanti dopo l'entrata in vigore della l. n. 76/2016 sia in base all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale precedente alla stessa, in quanto con essa compatibili.

Nell'ampia autonomia che si deve accordare ai conviventi, salvo i limiti di carattere generale, su cui ci soffermeremo nel prosieguo, si deve ritenere che un limite generale al potere regolatorio dei conviventi sia costituito dalla stessa disciplina che il legislatore ha previsto per le convivenze di fatto non regolamentate, atteso che il legislatore, nel dettare norme imperative, ha sottratto la relativa disciplina al potere dispositivo dei conviventi. In particolare, restano sottratti alla disponibilità dei conviventi la disciplina del comma 42º, avente ad oggetto il diritto di abitazione della casa di comune convivenza e di proprietà del convivente in caso di decesso di questi; del comma 46º, avente ad oggetto l'applicazione delle norme in tema di impresa familiare anche al convivente, che costituisce la tutela minima applicabile in mancanza di un'altra e diversa qualificazione dell'attività svolta[47]; e del comma 65º, che attribuisce al convivente in stato di bisogno il diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza di fatto.

Attraverso le disposizioni da ultimo richiamate, come anche dalle ulteriori previsioni contenute nei commi applicabili alle convivenze non regolamentate con contratto di convivenza, il legislatore ha inteso dettare la disciplina di base inderogabile delle convivenze basate sulla comunione di vita familiare, disciplina a cui i conviventi non possono derogare se non in senso migliorativo e fatti salvi i limiti generali dell'ordinamento.

5. Limiti e non limiti di sistema: a) l'attribuzione del diritto di abitazione sulla residenza comune.

Quanto al contenuto atipico del contratto di convivenza, l'esplicarsi dell'autonomia privata dei conviventi sembra richiedere un approfondimento con riguardo a vari profili, ed in particolare a quelli riguardanti la possibilità di attribuire convenzionalmente la casa familiare in godimento ad uno dei conviventi, la regolamentazione convenzionale degli aspetti successori, dei rapporti personali tra i conviventi e degli aspetti connessi allo scioglimento della convivenza.

Con riguardo al primo degli evidenziati profili, posto che il comma 60º, nell'attribuire al notaio la competenza esclusiva agli atti di trasferimento dei diritti immobiliari discendenti dal contratto di convivenza[48], implicitamente consente che questi effetti possano essere contenuti nel contratto in questione, sembra senz'altro da ammettere che il convivente proprietario dell'immobile possa attribuire contrattualmente il diritto di godimento

---

[42] Id., *op. ult. cit.*, 1742 s., il quale ritiene insuperabile il dato testuale, differenziando il contratto di convivenza dal contratto in caso di cessazione della convivenza.

[43] Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 1759.

[44] V. Amadio, *La crisi della convivenza*, cit., 1771.

[45] Al riguardo sembra possibile porre considerazioni analoghe a quelle che hanno portato alla sostanziale disapplicazione dell'art. 145 cod. civ. con riguardo all'intervento del giudice nelle scelte sull'indirizzo della vita familiare tra i coniugi (v. al riguardo Gazzoni, *Pasticche in tema di amore e diritto*, in *Oltre il diritto*, a cura di Costanza, Cedam, 1994, 35 ss.).

[46] In tal senso Amadio, *La crisi della convivenza*, cit., 1765.

[47] V. E. Quadri, *«Unioni civili tra persone dello stesso sesso»*, cit., 893. Diversamente Russo, *La convivenza*, cit., 566, il quale ritiene che «il contratto di convivenza può determinare o addirittura escludere i diritti del convivente sulla impresa familiare». Sul punto non si può non considerare che la disciplina dell'impresa familiare è e rimane la tutela minima ed inderogabile per il familiare che presta la propria attività nell'impresa, con la conseguenza che le parti potranno diversamente qualificare il rapporto ma non per questo escludere in termini assoluti la partecipazione del convivente all'impresa.

[48] Sulle perplessità intorno a tale disposizione v. Di Rosa, *I contratti di convivenza*, cit., 712 s.

della casa familiare all'altro convivente, sia per il periodo in cui questa sussiste, sia per quello successivo alla stessa, e con ciò derogando al disposto del comma 61º in senso migliorativo della posizione del convivente beneficiario della pattuizione.

La disposizione normativa da ultimo citata, nel riconoscere il diritto del convivente a beneficiare di uno spazio temporale in cui questi può continuare a godere della casa in cui vi è stata la convivenza, non esclude – specie se si considera che la norma prevede solo il tempo minimo di 90 giorni, non anche il tempo massimo – la possibilità di predeterminare anticipatamente detto godimento all'interno del contratto di convivenza.

Detta possibilità, ammessa in passato dalla giurisprudenza[49], deve a maggior ragione essere riconosciuta oggi che il legislatore ha attribuito specifica rilevanza alla convivenza di fatto, consentendo ai conviventi di regolamentare in via convenzionale i loro rapporti, nel qual contesto si deve ritenere meritevole di tutela la pattuizione volta a regolare un profilo connesso all'esigenza abitativa, fondata sulla solidarietà che sorge dalla convivenza, quale è quello dell'attribuzione in godimento della casa familiare.

6. *Segue*: b) la successione convenzionale tra conviventi.

Con riguardo agli aspetti successori della convivenza, anche in ragione dei limitati diritti ereditari che la l. n. 76/2016 ha riconosciuto al convivente[50], da più parti in dottrina si è rilevata criticamente la mancanza di una disposizione normativa che consentisse ai conviventi di regolamentare gli aspetti successori[51], prevedendo una deroga al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 cod. civ.[52].

Il rilievo, prescindendo dagli aspetti più propriamente connessi al divieto dei patti successori[53], non sembra condivisibile con riguardo alla mera disciplina delle convivenze, mentre sembra invece da accogliere nella più ampia prospettiva della regolamentazione convenzionale della successione per quanto riguarda i profili familiari in generale e, in particolare, del regime patrimoniale tra i coniugi, in relazione ai quali sembrano senz'altro meritevoli di approfondimento le istanze di riforma volte a mitigare la rigida applicazione del divieto dei patti successori[54].

Si deve infatti rilevare che le norme sul regime patrimoniale della famiglia non sembrano sufficientemente plasmate sui profili successori, in relazione ai quali maggiori spazi all'autonomia privata sembrano ammissibili, senza che con ciò ne risultino compromesse le ragioni di tutela del disponente e degli suoi stretti congiunti, ragioni queste che sottendono tradizionalmente al divieto dei patti successori.

Quanto detto non consente tuttavia di ammettere, in mancanza di una espressa disposizione normativa in tal senso, una deroga in via interpretativa al divieto dei patti successori, giustificata in ragione della specificità dell'attribuzione e della meritevolezza degli interessi tra i conviventi[55], atteso che la generica e assoluta portata

---

[49] Con riguardo all'ammissibilità tra conviventi del comodato a tempo determinato e indeterminato sulla casa d'abitazione v. Cass., 8.6.1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, 947 ss.

[50] Per una analisi della disciplina successoria nella normativa sulle unioni civili e le convivenze cfr. Padovini, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1817 ss.; Bonilini, *La successione* mortis causa *della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 980 ss. Sul tema, in prospettiva comparatistica, Viglione, *I diritti successori dei conviventi: uno studio di diritto comparato*, Giappichelli, 2016, *passim*.

[51] V. E. Quadri, *«Unioni civili tra persone dello stesso sesso»*, cit., 902; Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, cit., 10; S. Patti, *La convivenza «di fatto»*, cit., c. 307.

[52] Si tenga al riguardo presente che una deroga espressa, a dire il vero non poco singolare nei contenuti e nella formulazione, risultando del tutto avulsa dai principi basilari del diritto successorio, era contenuta nella prima versione del d.d.l. Cirinnà, il quale all'art 13, comma 4º, prevedeva che il contratto di convivenza potesse prevedere che «in deroga al divieto di cui all'art. 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre sei anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità».

[53] Su tale divieto sia consentito rinviare ad Achille, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Jovene, 2012, *passim*. V. inoltre, più di recente, Barba, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, Esi, 2015, *passim*.

[54] Uno spunto in tal senso già in Achille, *Il divieto dei patti successori*, cit., 227, ove si afferma che «ulteriore settore dove, *de iure condendo*, sarebbe possibile ipotizzare ed avvallare una maggiore autonomia dei privati in riferimento alla successione futura è forse quello familiare, dove i coniugi – in ragione del superiore interesse familiare – potrebbero regolamentare pattiziamente la vicenda successoria». Per alcuni profili di interazione tra regime patrimoniale della famiglia e diritto successorio v. di recente Sirena, *Cointestazione dei conti correnti bancari e comunione legale dei beni: le ricadute nel trattamento successorio*, in *Familia*, 2016, 411 ss. il quale, con riguardo alla cointestazione del conto corrente bancario a fronte della morte di un coniuge, rilevate le incongruenze cui porterebbe l'applicazione della disciplina della comunione legale, ed al fine di giungere ad una soluzione senz'altro più ragionevole, ipotizza – richiamando una recente pronuncia dell'Arbitro bancario finanziario in tal senso (A.B.F. Roma,, 7.4.2016, n. 3143) – l'applicazione di una differente regola, ritenendo che «laddove i beni cadano in comunione di residuo perché è deceduto uno dei coniugi, tale comunione, trattandosi pur sempre di un regime patrimoniale della famiglia, possa operare esclusivamente a vantaggio del coniuge superstite, e non già di quello premorto (ossia, in realtà, dei suoi eredi)».

[55] Così Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, cit., 10, il quale precisa che resterebbe «fermo il controllo (...) sull'eventuale lesione dei diritti dei legittimari». In precedenza v. Lucchini Guastalla, *Autonomia privata*, cit., 91, secondo il quale «è da ritenere (...) che non contrastino con il divieto dei patti successori (istitutivi) alcune pattuizioni destinate a regolare aspetti patrimoniali per il momento in cui uno dei due conviventi abbia cessato di vivere; si è così affermata la validità del patto con il quale il convivente superstite venga a percepire la proprietà dell'intero bene originariamente in comunione, nonché di quello con cui si preveda che il convivente superstite rimanga titolare dell'usufrutto vitalizio sulla quota di proprietà dell'altro». Al riguardo, mentre con riferimento a tale ultima ipotesi, strutturata come usufrutto reciproco tra conviventi sulla quota di proprietà dell'altro, non si pongono problemi di compatibilità con il divieto di cui all'art. 458 cod. civ., in quanto, fermo che la nuda proprietà entrerà nell'asse ereditario

del divieto contenuto nell'art. 458 cod. civ. non si presta ad una tale operazione in via ermeneutica[56].

Deve quindi escludersi che possano trovare applicazione congegni negoziali volti ad eludere il divieto dei patti successori, vale a dire quegli atti negoziali, tutti più o meno plasmati sullo schema del contratto a favore di terzo[57], che nella prassi hanno dimostrato fino ad ora una scarsa utilità pratica, non avendo trovato una diffusione tale da poter mettere in discussione il divieto contenuto nell'art. 458 cod. civ.

7. *Segue*: c) la regolamentazione degli aspetti personali tra i conviventi.

Una ulteriore questione che riguarda il contenuto dei contratti di convivenza e, quindi, lo spazio consentito all'autonomia privata dei conviventi, è quella che ha ad oggetto la possibilità di dettare in via convenzionale non solo la regolamentazione degli aspetti patrimoniali, ma anche le regole che presidieranno i profili non patrimoniali della convivenza[58], e ciò – ovviamente – in aggiunta a quanto consente il comma 53º, lett. *a*), con riguardo alla «indicazione della residenza», secondo quanto detto in precedenza[59].

Un'indicazione in favore della soluzione negativa all'interrogativo si impone già in virtù del dato normativo[60], posto che il comma 50º, in sintonia con quanto previsto in generale dall'art. 1321 cod. civ., consente ai conviventi di regolare tramite il contratto di convivenza i «rapporti *patrimoniali* relativi alla (...) vita in comune» (corsivo aggiunto).

Al di là del riferimento normativo da ultimo citato, l'impossibilità di una regolamentazione contrattuale degli aspetti personali della convivenza si estende anche oltre il contratto di convivenza ed il contenuto tipico dello stesso, assumendo portata generale. Si deve infatti escludere che con il contratto di convivenza, sia esso tipico o atipico, si possano regolare aspetti personali e far sorgere da questo doveri personali dei conviventi[61], profili questi che, in linea con gli elementi caratterizzanti della convivenza, sono demandati alla libertà delle parti e non possono essere vincolati per effetto di una loro contrattualizzazione[62].

In altri termini, un accordo avente ad oggetto profili

---

e salvi i diritti dei legittimari, l'usufrutto è produttivo di effetti e vincolante sin da subito, non avendo la morte alcuna rilevanza causale nello schema negoziale in questione, analoga conclusione non sembra possibile per il caso in cui l'usufrutto sia condizionato alla premorienza del concedente (v. Achille, *Il divieto dei patti successori*, cit., 117 ss.) nonché per quanto concerne la prima delle fattispecie negoziali richiamate dall'a. in parola. Quest'ultima, costruita in dottrina come clausola tontinaria riconducibile alla donazione condizionata alla premorienza del donante (così del Prato, *Patti di convivenza*, cit., 986), proprio in ragione di tale qualificazione risulta rientrare nell'ambito applicativo di cui all'art. 458 cod. civ., atteso che tale meccanismo negoziale, in virtù della causa (concreta) successoria che lo caratterizza, svolge una funzione attributiva di un diritto rientrante nella futura successione (sul punto v. Achille, *Il divieto dei patti successori*, cit., 114 ss.; in giurisprudenza Cass., 24.4.1987, n. 4053, in *Riv. notar.*, 1987, II, 582 ss. Più di recente v. Ballerini, *La donazione* cum praemoriar *non è un patto successorio (Nota a Trib. Pordenone, 6 aprile 2016)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 219, la quale ha ritenuto che non sia qualificabile come patto successorio la donazione *cum praemoriar*).

[56] Analogamente Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 1761, il quale tuttavia ipotizza la validità di alcune pattuizioni (assicurazione sulla vita, rendita vitalizia, deposito bancari e clausola tontinaria), la cui validità crediamo debba in ogni caso essere valutata in base alla portata del divieto di cui all'art. 458 cod. civ.

[57] Sul punto, in particolare, v. Palazzo, *Testamento e istituti alternativi*, nel *Trattato teorico-pratico di dir. priv.*, diretto da Alpa e Patti, Cedam, 2008, 241 ss.; Id., *Istituti alternativi al testamento*, nel *Trattato dir. civ. del CNN*, diretto da Perlingieri, VIII, 1, Esi, 2003, 47 ss.

[58] In senso favorevole v. Venuti, in 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 civ. comm.*, 2015, 1006, la quale già con riguardo al d.d.l. Cirinnà, configura il contratto di convivenza come «una sorta di patto di solidarietà»; soluzione poi confermata con riguardo al testo della l. n. 76/2016 (Id., *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. dir.*, 2016, 121), traendo argomento da alcune disposizioni normative (in particolare i commi 53º, lett. *a*), 56º), che tuttavia non sembrano decisivi, in particolare considerando il dato normativo del comma 50º. In senso favorevole, prima della recente normativa, v. Di Gregorio, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Giuffrè, 2003, 159. Con riguardo ai termini generali del problema, v. Amadio, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in *Scritti in onore di Nicolò Lipari*, Giuffrè, 2008, 27 ss.; nonché, nella più ampia prospettiva della depatrimonializzazione del diritto privato, v. De Cupis, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 482 ss.; Perlingieri, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.; Donisi, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 644 ss.

[59] *Supra* § 3.

[60] È da rilevare al riguardo che la soluzione favorevole alla regolamentazione convenzionale dei doveri personali tra conviventi è stata ammessa dal legislatore francese, il quale, nella disciplina dei PACS, ha ammesso tale possibilità prevedendo che tramite il *pacte* possano «*organiser leur vie commune*» (art. 515-1 *code civ.*). Sul punto il *Conseil costitutionnel* ha avuto modo di rilevare che «*résulte de ces dispositions* (i.e. *artt. da 515-1 a 515-4 code civil), éclairées par les débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées, que la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes; que la vie commune mentionnée par la loi déférée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage; qu'en conséquence, sans définir expressément le contenu de la notion de vie commune, le législateur en a déterminé les composantes essentielles*» (Cons. cost., 9.11.1999, n. 99-419, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2000, 109 ss.). Sulla legge francese che ha introdotto i PACS, v. Vitucci, *'Dal dì che nozze…'. Contratto e diritto di famiglia nel Pacte Civil de Solidarité*, in *Familia*, 2001, 713 ss.; Grimaldi, *Le pacte civil de solidarité du droit francais*, *ivi*, 2004, 133 ss.

[61] Per la soluzione negativa, ancorché con riguardo alla disciplina anteriore alla legge sulle unioni civili e le convivenze, v. Gazzoni, *Dal concubinato*, cit., 164; Franzoni, *I contratti tra conviventi*, cit., 740; Id., *Le convenzioni*, cit., 463; Balestra, *I contratti di convivenza*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 43 ss.; Id., *Convivenza* more uxorio *e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2014, 143, il quale afferma che «i profili di natura personale rimangono fuori dall'area della contrattualità».

[62] Al riguardo si tenga presente che la giurisprudenza ha ritenuto superflua la qualificazione in termini negoziali degli accordi di vita familiare tra i coniugi, sul presupposto che questi possono sempre «*essere posti nel nulla dalla contraria volontà di una delle parti*» (così Cass., 1º.2.1983, n. 858, in *Giust. civ.*, 1983, II, 2003 ss.).

non patrimoniali sarebbe privo di ogni valore vincolante ed impegnativo per le parti[63], stante la libertà di autodeterminazione nell'esercizio dei diritti espressione di valori fondamentali della persona che deve riconoscersi al convivente. Si deve quindi ritenere che eventuali clausole aventi ad oggetto i rapporti personali tra i conviventi siano affette da nullità[64].

Neppure sembra possibile condividere l'opinione secondo cui, la regolamentazione di profili personali tra conviventi, pur non giuridicizzando i doveri pattuiti, e quindi escludendo che questi possano essere oggetto di tutela *ex* art. 1218 cod. civ. in caso di violazione, avrebbero una rilevanza sul piano dell'illecito aquiliano[65]. In tal senso depone la considerazione che il parallelismo con la responsabilità per violazione dei doveri coniugali, di recente affermata anche in giurisprudenza, la quale peraltro la fa derivare non dalla mera violazione dei doveri matrimoniali, ma dalla lesione di beni inerenti la persona che conseguono e derivano da tali violazioni[66], non sembra idoneo a condurre ad altra e contrapposta soluzione, in quanto i doveri coniugali hanno sempre e comunque fonte nella legge, non anche nell'autonomia privata, la quale non può rendere illecito ciò che per la legge non solo non è tale, ma non può esserlo perché connesso ad una libertà personale del soggetto. Si tratterebbe, in altri termini, di qualificare come danno ingiusto quello derivante da una condotta ritenuta sempre e comunque lecita dell'ordinamento, ossia considerare con disvalore una condotta che è espressione di una libertà personale del convivente.

8. *Segue*: d) le pattuizioni connesse allo scioglimento della convivenza.

Per certi versi affini alle clausole aventi ad oggetti i doveri personali tra i conviventi sono le pattuizioni connesse alla rottura della convivenza e, in particolare, la previsione di un obbligo ad una determinata prestazione di natura patrimoniale connesso a scelte personali, come, ad esempio, attribuzioni penali o premiali legate, rispettivamente, alla cessazione o al perdurare della convivenza.

L'ammissibilità di tali pattuizioni è stata variamente sostenuta in dottrina, la quale ha ritenuto la liceità e la meritevolezza di tutela di tali clausole, costruite come attribuzioni condizionate, sospensivamente alla cessazione della convivenza o risolutivamente al permanere della convivenza[67].

Sennonché, tali clausole, pur configurate nei termini anzidetti, nel momento in cui risultano connesse a scelte personali e all'esercizio di libertà personali del convivente, devono essere valutate alla luce dei limiti di disponibilità che si riconoscono alle libertà personali[68]. In particolare, si deve considerare che il meccanismo condizionale, pur potendo l'evento dedotto in condizione essere in astratto lecito, può essere in concreto illecito nel momento in cui incide sulle libertà personali del soggetto in quanto produttivo di un effetto coartante e limitativo delle libertà stesse[69].

Il problema crediamo debba essere risolto, una volta superato l'ostacolo costituito dalla disposizione di cui al comma 56º, che sembra doversi intendere preclusiva di termini o condizioni riguardanti il contratto di convivenza complessivamente inteso, non anche singole pattuizioni ivi contenute[70], con una valutazione in concreto delle ragioni che giustificano e supportano dal punto di vista causale le clausole contrattuali inserite nel contratto di convivenza.

Per tale via, attribuzioni connesse semplicemente

---

[63] Su tale profilo v. Amadio, *Teoria del negozio*, cit., 37 ss., il quale, nella analisi critica della configurabilità di negozi familiari a contenuto non patrimoniale, rileva le mancanze in termini di libertà, valore impegnativo ed efficacia costitutiva che questi hanno rispetto agli atti di autonomia privata in generale.

[64] V. Balestra, *Convivenza* more uxorio *e autonomia privata*, cit., 149. In giurisprudenza v. Cass., 11.4.2000, n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, c. 2235, con riguardo alla deroga convenzionale al dovere di coabitazione tra i coniugi, ritenuta valida se limitata nel tempo in ragione di concrete esigenze lavorative dei coniugi.

[65] In tal senso Delle Monache, *Convivenza* more uxorio *e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 949 ss.; nonché Perfetti, *Autonomia privata*, cit., 1757.

[66] Si allude in particolare a Cass., 1º.6.2012, n. 8862, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2037 ss., la quale ha affermato che «*la risarcibilità dei danni non patrimoniali scaturenti dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio non è esclusa dalla previsione normativa dell'addebito e presuppone l'accertamento della lesione, a seguito di siffatta violazione, di beni inerenti la persona umana, quali la salute, la privacy, i rapporti relazionali*». Per un'analisi delle questioni sul punto v. Morace Pinelli, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1220 ss.

[67] Gazzoni, *Dal concubinato*, cit., 165, il quale ritiene ammissibile l'obbligo di pagamento di una somma di denaro per il caso di rottura ingiustificata della convivenza. Nello stesso senso v. Spadafora, *Rapporto di convivenza*, cit., 231 ss.; Balestra, *I contratti di convivenza*, cit., 46.

[68] Sul tema, in termini generali, v. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, 2005, *passim*.

[69] Il tema ha trovato ampio approfondimento in materia testamentaria, dove, per il particolare atteggiarsi della delazione testamentaria, come noto espressione della volontà unilaterale del testatore, ci si è interrogati attorno ai limiti di validità dei lasciti condizionati ad eventi connessi a scelte personali del beneficiario. Al riguardo sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, ad Achille, *Individuazione e rilevanza della condizione illecita*, in Cuffaro, *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Giappichelli, 2015, 528 ss.

[70] Cfr. Villa, *Il contratto di convivenza*, cit., 1341; Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sulla famiglia*, cit., 367 ss., afferma che «Non si comprende la ragione per la quale non dovrebbe essere meritevole di tutela, ad esempio, un contratto con il quale si assicura al convivente, dopo la rottura dell'unione, un diritto al mantenimento per un periodo determinato o subordinatamente al fatto che la crisi non sia riconducibile al suo comportamento. Salvo a ritenere che il contratto nel suo complesso non possa essere sottoposto a termine o condizione, ma ciò risulti ammissibile per le singole clausole in esso contenute» (397); e v. anche Di Rosa, *I contratti di convivenza*, cit., 694 ss., 708-710. Diversamente Perfetti, *Autonomia privata*, cit., 1758 s.

all'esercizio di una libertà personale, essenzialmente le clausole legate al perdurare o meno della convivenza e, quindi, all'esercizio della libertà di convivenza, devono ritenersi illecite, con conseguente nullità della relativa pattuizione in quanto coartante della libertà personale del convivente. In tal senso, ad esempio, la clausola penale pattuita per la cessazione della convivenza, oltre a risultare carente dell'inadempimento e del danno che ne costituiscono il presupposto, contrasta con la libertà delle scelte di vita del convivente[71].

Al contrario, eventuali clausole che, pur connesse allo scioglimento della convivenza, trovino giustificazione, ad esempio, nella disparità economica tra i conviventi, risulteranno essere espressione di un interesse meritevole di tutela, dovendosi quindi ritenere ammissibili, in quanto l'indiretto condizionamento della libertà personale del convivente viene comunque giustificato causalmente dal dovere di solidarietà post convivenza che crediamo abbia assunto oggi, per effetto dell'opera di regolamentazione posta in essere dal legislatore con la l. n. 76/2016, portata di principio generale. Detto ultimo assunto sembra infatti trovare fondamento nell'opera del legislatore, il quale ha dettato una disciplina che, come dinanzi detto, costituisce la tutela minima ed inderogabile del convivente che, pur non paragonabile a quella matrimoniale, ha ad oggetto anche il periodo successivo alla convivenza, come dimostra il portato del comma 65º.

Diversa soluzione rispetto al caso della penale sembra quindi doversi affermare con riguardo all'obbligo di assistenza materiale in favore del convivente a fronte della cessazione del rapporto, in riferimento al quale non può dirsi immeritevole di tutela una pattuizione che attribuisca al convivente, per il caso di cessazione del rapporto, il diritto al mantenimento, eventualmente anche per il caso in cui la rottura del rapporto non sia imputabile ad una sua scelta[72].

Occorre peraltro precisare che tale conclusione non sembra trovare un limite all'interno della stessa normativa sulle convivenze, in particolare per quanto riguarda la derogabilità o meno del comma 65º, il quale prevede il diritto agli alimenti per il convivente in stato di bisogno per il caso di cessazione del rapporto. A tale ultimo riguardo, posta l'inderogabilità della previsione da ultimo citata in senso da precludere o limitare convenzionalmente il diritto agli alimenti per il convivente, non sembrano invece esservi ragioni per escludere una deroga in senso più favorevole rispetto a quanto riconosciuto *ex lege*[73].

9. Sopravvenienze nella regolamentazione contrattuale della convivenza.

Volendo individuare la disciplina applicabile al contratto di convivenza, non sembra esservi dubbio che questi sarà regolato, salvo le deroghe espresse, come avviene ad esempio in tema di forma, dalla disciplina generale del contratto e, quindi, dagli artt. 1321 ss. cod. civ.

Sennonché, gli schemi propriamente contrattuali, improntati ad una logica egoistica, non sempre si adattano alle dinamiche, fondate sul contrapposto dovere di solidarietà, che sottendono ai rapporti familiari. Di tale rilievo, a voler generalizzare, non sembra che il legislatore, nel dettare la disciplina delle convivenze, abbia sufficientemente tenuto conto, avendo omesso di offrire soluzioni a profili che sembrano tutt'altro che trascurabili.

In generale crediamo sia da escludere un'applicazione incondizionata e automatica della disciplina contrattuale per quanto riguarda le disposizioni codicistiche di chiara matrice economica o comunque parametrate sulla logica economica dello scambio, dovendosi ritenere che tali previsioni siano inevitabilmente destinate a cedere il passo alla componente solidaristica che permea la causa concreta del contratto di convivenza.

A tale riguardo, paradigmatica sembra essere la questione degli strumenti di controllo delle sopravvenienze rispetto alle pattuizioni del contratto di convivenza, atteso che le regole di diritto comune dei contratti sono scarsamente rivolte ad un controllo sullo squilibrio delle prestazioni contrattuali e per altro verso non sarebbe possibile, in mancanza di una espressa previsione del legislatore in tale senso, consentire l'applicazione anche alla regolamentazione convenzionale della convivenza del principio *rebus sic stantibus* diffusamente applicato nei rapporti familiari matrimoniali.

La problematica in parola può in particolare avere due differenti implicazioni, vale a dire, da un lato, il caso in cui uno dei due conviventi, a causa di determinati eventi, non sia più in grado di far fronte ai propri obblighi aventi ad oggetto le modalità di contribuzione pattuite per il periodo di durata della convivenza, dall'altro lato, il diverso problema della gestione delle sopravvenienze riguardanti il momento patologico della convivenza, in cui il convivente vincolato a determinati oneri, in ragione di eventi sopravvenuti e imprevedibili al momento di conclusione del contratto, non sia successivamente in grado di far fronte agli stessi.

I due profili, per quanto importino differenti soluzioni, sembrano trovare un utile parametro di valutazione della congruità degli impegni assunti dai conviventi

[71] Così già C.M. Bianca, *La famiglia*, cit., 27 s.; Bernardini, *La convivenza*, cit., 202; Oberto, *Convivenza*, cit., 378.

[72] Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, cit., 397.

[73] V. Amadio, *La crisi della convivenza*, cit., 1771, il quale esclude la derogabilità *in peius* rilevando che il credito alimentare è «incedibile e non compensabile (...) impignorabile ed escluso dalla massa fallimentare, (...) intransigibile, irrinunciabile e non compromettibile ad arbitri».

nella disciplina del comma 53º, lett. *b*), il quale, nel richiamare nella sostanza il disposto dell'art. 143, comma 3º, cod. civ., consentirà una valutazione di congruità della pattuizione che risulterebbe altrimenti compromessa.

Tale valutazione, diretta nel caso abbia ad oggetto la congruità delle modalità di contribuzione pattuite per la durata della convivenza [74], sarà invece mediata dalle regole proprie del diritto dei contratti, ed in particolare dalle regole sulla gestione delle sopravvenienze, rinegoziazione o onerosità sopravvenuta di matrice contrattuale [75], ove i parametri di riferimento non potranno non essere, di nuovo, quelli di contribuzione ai bisogni della famiglia in base alle capacità e alle sostanze dei conviventi, pur con le difficoltà insite nelle regole che consentono un limitato intervento del giudice sul contratto.

In proposito sembrano da valutare positivamente le considerazioni della dottrina che con riguardo ai contratti che incidono sulla dimensione familiare ha ipotizzato un ampio e maggiore ricorso alla clausola di buona fede, su cui fondare un preciso obbligo di rinegoziazione in capo alle parti per il caso di sopravvenienze [76].

10. La nuova nozione di famiglia.

Dal quadro che si è offerto circa il contenuto del contratto di convivenza, nella sua configurazione tipica ed atipica, espressione dell'autonomia privata dei conviventi, emerge l'indiscussa complessità delle problematiche sottese alle scelte che l'interprete è tenuto a compiere con riguardo ad una disciplina legislativa non impeccabile. A tale riguardo, crediamo che il compito dell'interprete possa essere facilitato con una considerazione di portata generale, seguendo il suggerimento della dottrina che ha sollecitato la lettura della normativa contenuta nella l. n. 76/2016 in base ad una «ricostruzione in chiave familiare delle unioni non fondate nel matrimonio» [77].

Crediamo infatti che oggi non sia più possibile dubitare che anche le formazioni nascenti dalle unioni non matrimoniali, siano esse, secondo la terminologia del legislatore di oggi, unioni civili o convivenze di fatto, possano sussumersi a pieno titolo nel paradigma familiare [78], aspetto questo che riteniamo debba costituire l'imprescindibile riferimento per l'interprete che intenda fornire accettabili soluzioni nell'opera di ricostruzione della disciplina dei rapporti familiari non fondati sul matrimonio.

D'altronde è proprio in questo senso che si è espressa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha affermato che la nozione di famiglia non è limitata alle relazioni matrimoniali, potendo comprendere altri legami familiari qualora le parti convivano fuori dal vincolo matrimoniale, e ciò sia che si tratti di coppie omossessuali che di coppie eterosessuali [79].

Oggi più che mai, con riguardo alla disciplina delle unioni civili e delle convivenze, bisogna prendere atto di quanto già rilevato oltre vent'anni addietro dalla dottrina, vale a dire che «nelle comunità non fondate sul matrimonio (...) la *sostanza* è una comunione di vita materiale e spirituale non diversa da quella che si realizza nel matrimonio» [80] (corsivo aggiunto).

---

[74] Un riferimento in tal senso si rinviene in Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit., 1760, il quale afferma che il disposto di cui al comma 53º, lett. *b*), che evoca il disposto dell'art. 143, comma 3º, cod. civ., «significa che, pattuito contrattualmente – ad esempio – un obbligo di corresponsione di un determinato importo a titolo di contribuzione alle necessità della vita in comune, non vola quell'impegno il convivente che per fatti successivi (ad es. perdita del lavoro) cessi di corrisponderlo e non sussiste il diritto di credito alla restituzione delle maggiori somme che proporzionalmente l'altro avesse dovuto destinare al *ménage* per colmare il mancato apporto contributivo».

[75] Sul punto v. Amadio, *La crisi della convivenza*, cit., 1772.

[76] Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213 ss., spec. 235, ove si afferma che «l'intervento del giudice può (...) manifestarsi anche nell'interpretazione integrativa del contratto, al fine di ricostruire una regola adeguata all'assetto di interessi in concreto mancante; così come sussiste un obbligo di rinegoziazione incombente sulle parti collegato all'obiettivo modificarsi dei presupposti del contratto». Con riguardo al ruolo che la buona fede ha avuto nella giurisprudenza tedesca per il controllo sugli accordi in vista del divorzio, v. Bargelli, *L'autonomia privata*, cit., 64 ss.

[77] Così Auletta, *La crisi della convivenza*, cit., 1772.

[78] Cfr. sul punto Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 502 ss.; Scalisi, *La famiglia e le famiglie*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, 1986, 270; Id., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss. (prima parte) e 1287 ss. (seconda parte); Id., *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, *ibidem*, 7 ss.; Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Giappichelli, 3a ed., 2016, *passim*, spec. 329 ss.; Zatti, Familia, Familiae – *Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, e Id., *II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, rispettivamente 9 ss., e 337 ss.; Marella-Marini, *Di cosa parliamo quanto parliamo di famiglia*, Laterza, 2014, *passim*, spec. 90 ss. Per una ricostruzione di tali problematiche v. Azzarri, voce «Unioni civili e convivenze (dir. civ.)», in corso di pubblicazione in *Enc. del dir.*, Annali, 1 ss. del dattiloscritto (che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'a).

[79] Si allude in particolare a Corte eur. dir. uomo, 24.6.2010, ric. 30141/04, *Schlak e Kopf c. Austria*, in questa ***Rivista***, 2010, I, 1137 ss., la quale ha affermato che «*the notion of "family"* (...) *is not confined to marriage-based relationships and may encompass other* de facto *"family" ties where the parties are living together out of wedlock*» (§ 91) e che quindi «*the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable* de facto *partnership, falls within the nation of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would*» (§ 94). Nella nostra giurisprudenza di legittimità riferimenti in tal senso si rinvengono in Cass., 20.6.2013, n. 15481, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1357 ss.; Cass., 3.4.2015, n. 6855, in questa ***Rivista***, 2015, I, 681 ss.

[80] Rescigno, *I rapporti familiari fra i coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Cedam, 1996, 25 ss., ed ora in Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, 2000, 239.