

Alessandro Torroni

**LA CONVIVENZA DI FATTO ED IL
CONTRATTO DI CONVIVENZA:
DISCIPLINA LEGISLATIVA E
RICORSO ALL'AUTONOMIA
PRIVATA**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

LA CONVIVENZA DI FATTO ED IL CONTRATTO DI CONVIVENZA: DISCIPLINA LEGISLATIVA E RICORSO ALL'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La nozione di conviventi di fatto. — 3. La dichiarazione anagrafica. — 4. I diritti riconosciuti ai conviventi di fatto. — 5. La natura del contratto di convivenza. — 6. La forma e la pubblicità. — 7. Il contratto di convivenza come contratto puro. — 8. Il contenuto tipico del contratto di convivenza. — 9. Il contenuto atipico del contratto di convivenza. — 10. Altri negozi estranei al contenuto tipico del contratto di convivenza. 11. Le verifiche del professionista chiamato a ricevere (notaio) o autenticare (notaio o avvocato) il contratto di convivenza.

1. *Premessa.*

La legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) ha dettato una disciplina giuridica per le convivenze di fatto¹.

Il rapporto tra due conviventi, al di fuori del matrimonio, ha subito, dapprima nella coscienza civile e poi nella giurisprudenza, una netta evoluzione². Inizialmente, il rapporto tra due conviventi non sposati era definito di concubinato, era fortemente riprovato dalla coscienza sociale,

¹ Per una completa analisi, cfr. S. PATTI (a cura di), *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, 2020.

² Sul tema GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983.

costituiva reato³ ed era considerato causa di separazione per colpa. In una seconda fase, si è iniziato a parlare di convivenza *more uxorio*, sul modello di quella familiare, con un'accezione sostanzialmente neutra. Con la riforma del diritto di famiglia, si è proceduto al riconoscimento del valore sociale del rapporto che unisce stabilmente una coppia di conviventi legati da un vincolo affettivo, nel quale si ritrovano alcuni valori tipici del matrimonio come solidarietà, aiuto reciproco, disponibilità a crescere ed educare eventuali figli nati dalla coppia. La Corte di Cassazione, con giurisprudenza consolidata, ha chiarito che l'espressione «famiglia di fatto» non consiste soltanto nel convivere come coniugi, ma indica prima di tutto una «famiglia», portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni componente, e di educazione e istruzione dei figli, ritrovando il valore costituzionale della famiglia di fatto nell'art. 2 Cost., quale formazione sociale in cui si svolge la personalità dell'individuo⁴. È cambiata nel tempo anche la valutazione giuridica delle contribuzioni effettuate da un convivente a favore dell'altro, un tempo qualificate come donazioni remuneratorie, successivamente considerate come adempimento di un'obbligazione naturale, in esecuzione di doveri morali e sociali, fino ad arrivare ad avvicinarle alle contribuzioni a cui sono tenuti i coniugi per far fronte ai bisogni della famiglia⁵.

Con la legge n. 76/2016 il legislatore ha recepito gli elementi costitutivi della famiglia «di fatto» consolidati in giurisprudenza, ha ampliato i diritti soggettivi riconosciuti dalla legge a favore dei conviventi «di fatto», che indubbiamente assolvono alla funzione di soddisfare fondamentali esigenze di vita dei conviventi (esigenze abitative, di natura economica, di condivisione di momenti difficili della vita, di scelte

³ Il reato di concubinato è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 147 mentre il reato di adulterio è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 126.

⁴ Cfr. Cass. 3 aprile 2015, n. 6855; Cass. n. 17195/2011. Per il riconoscimento del rilievo costituzionale della famiglia «di fatto», con riguardo alle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'individuo, si veda Corte cost. 18 gennaio 1996, n. 8. La Corte costituzionale ha, tuttavia, posto in luce la netta 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 (Corte cost. n. 8/1996; n. 310/1989; n. 423 e 404/1988 e n. 45/1980).

⁵ Cfr. Trib. Savona 24 giugno 2008, n. 549, in *Fam e dir.*, 2009, 385, con nota di ASTIGGIANO, *La possibilità di contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali tra i partners che compongono la famiglia di fatto.*

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

riguardanti il fine vita), ed ha tipizzato il contratto di convivenza. Nella disciplina del contratto di convivenza il legislatore ha fornito una regolamentazione scarna e insufficiente a dare risposta alle esigenze dei conviventi che intendono regolare i rapporti economici relativi alla convivenza, lasciando una serie di dubbi all'interprete in una materia che era stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza⁶. La scarsa qualità del testo normativo può, in parte, derivare dalla tecnica legislativa utilizzata per l'approvazione della legge: a causa dei forti contrasti all'interno delle aule parlamentari e dei numerosissimi emendamenti presentati dalle opposizioni, principalmente per la disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, il testo è stato presentato in aula come emendamento governativo, sottoposto al voto di fiducia, di unico articolo composto da 69 commi, sottraendolo in tal modo all'esame parlamentare dei singoli articoli.

Si può affermare che, con la legge n. 76/2016, la convivenza «di fatto» viene elevata dal legislatore a *convivenza di diritto o registrata*; il mantenimento della definizione «di fatto» si giustifica per il valore simbolico che il termine ha acquisito nella coscienza collettiva e per la mancanza di una formalizzazione iniziale del rapporto di convivenza che nasce, immancabilmente, di fatto⁷. Un fondamentale elemento di novità nella disciplina della convivenza di fatto è dato dalla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 del d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223 (Regolamento anagrafico della popolazione residente) con cui viene dichiarata all'anagrafe l'esistenza della convivenza.

La disciplina della convivenza registrata non esclude che si debba riconoscere alle convivenze di fatto non registrate almeno la stessa disciplina giuridica già riconosciuta prima della legge del 2016 in vari settori dell'ordinamento anche tramite gli interventi della Corte costitu-

⁶ Il Consiglio nazionale del notariato ha presentato in occasione di un *Open day* svoltosi il 30 novembre 2013 una *Guida operativa in tema di convivenza, Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale*.

⁷ Afferma MAZZARIOL, *Convivenza di fatto — «coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una «convivenza di fatto»*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1242 che «La convivenza del 2016 ha acquisito una dimensione giuridica «piena», cui la legge riconosce un'immediata efficacia nel campo del diritto e detta per essa una disciplina applicabile senza intermediazioni interpretative. Il mantenimento del riferimento al «fatto» nella definizione legislativa si giustifica solamente in ragione dell'ormai inveterato uso terminologico e della perdurante genesi non formalizzata in un atto della fattispecie, ma non consente più di considerarla un «rapporto di fatto» in senso tecnico: si è ora di fronte a un «rapporto di diritto»».

zionale. In realtà, a ben vedere, *i diritti riconosciuti ai conviventi dalla nuova legge dovrebbero trovare direttamente applicazione anche alle convivenze di fatto non registrate, che abbiano i requisiti stabiliti dalla legge n. 76/2016*⁸. Il legislatore italiano, a differenza di quello francese, non ha previsto per i conviventi un regime *in toto* opzionale, a cui si accede tramite un espresso atto di volontà, ma ha stabilito una serie di prerogative personali e patrimoniali che si applica automaticamente sulla base del fatto-convivenza, a prescindere dal volere dei suoi componenti⁹. Il regime opzionale di disciplina, dipendente direttamente dalla volontà delle parti, è riservato al *contratto di convivenza*.

Uno dei problemi più spinosi della nuova disciplina consiste nel valore da attribuire alla citata dichiarazione anagrafica: elemento coesenziale della fattispecie, necessario per l'applicazione dell'intera disciplina, oppure semplice elemento di prova? Se si riconosce alla dichiarazione anagrafica un valore semplicemente probatorio, coerentemente, non si può escludere l'applicazione della nuova disciplina di legge anche ai rapporti di convivenza «di fatto», aventi i requisiti di cui al comma 36 della legge, ma non registrati all'anagrafe.

652

2. *La nozione di conviventi di fatto.*

Ai sensi dell'art. 1, comma 36 della legge n. 76/2016 «*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*».

Il fulcro della definizione normativa di conviventi di fatto si basa sui concetti di *unione stabile caratterizzata da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale*; a questo elemento centrale caratterizzante si aggiungono due presupposti legali, uno positivo: *la maggiore età* e l'altro negativo: *l'assenza di rapporti di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile*. Si noti che il rapporto giuridico convivenza di fatto non ha il suo fattore genetico in una dichiarazione formale, solenne, in maniera analoga al matrimonio o all'unione civile,

⁸ In senso conforme, RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, 11.

⁹ PATTI, *Le convivenze «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it.*, 2017, I, 306; MAZZARIOL, *Convivenze di fatto*, cit.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

ma in un elemento psicologico di per sé incerto, come l'unione affettiva, stabile di coppia, con tutte le difficoltà probatorie che ne conseguono.

Il requisito dell'*assistenza morale e materiale* si atteggia in maniera diversa nel matrimonio e nella convivenza di fatto. Nel matrimonio, tali requisiti costituiscono doveri reciproci dei coniugi, poiché «*dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione*» (art. 143, comma 2, c.c.). Nella convivenza la stabile unione tra due persone legate da rapporti affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale è l'elemento costitutivo centrale della fattispecie giuridica, la cui mancanza impedisce il riconoscimento della convivenza ed il cui venir meno provoca la dissoluzione della convivenza.

Il requisito dell'*unione affettiva stabile* si basa, evidentemente, su una componente psicologica interiore che traspare, all'esterno, da diversi elementi quali ad esempio: la stabile coabitazione, la condivisione di un progetto di vita, la condivisione del tempo libero e delle vacanze, l'esistenza di un unico conto corrente bancario, l'assunzione di obbligazioni in comune, l'eventuale nascita di figli¹⁰. Si è già chiarito che *la convivenza nasce di fatto* e non da una dichiarazione formale solenne; né può avere valore costitutivo della convivenza la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 del d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223 (Regolamento anagrafico della popolazione residente) che non deve essere resa da entrambi i conviventi e può essere sostituita da un accertamento d'ufficio, essendo funzionale unicamente alla completezza delle registrazioni anagrafiche. *L'elemento esteriore che manifesta in maniera più chiara la convivenza è, di regola, la coabitazione prolungata dei due partners*. Ciò non esclude che possano esservi conviventi di fatto, legati da un rapporto affettivo, che, per ragioni familiari, di lavoro, di studio, non possano coabitare stabilmente sotto lo stesso tetto. Queste situazioni sono agevolate dalla maggiore facilità rispetto ad un tempo dei contatti audio-video e degli spostamenti, anche su lunghe distanze, con mezzi privati e pubblici nel *week end*. È stato affermato che risulterebbe contrario allo spirito del tempo ed alla *ratio* della novella legislativa escludere dalla tutela legale quelle relazioni interpersonali, oggi socialmente riconosciute come «di

¹⁰ MAZZARIOL, *Convivenza di fatto*, cit.

coppia», per il sol fatto che i suoi componenti mantengono, per ragioni oggettive, stabili rapporti affettivi a distanza ¹¹.

Quanto agli altri presupposti: *maggiore età; assenza di rapporti di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile*, pur essendo modellati sulla disciplina del matrimonio, la descrizione normativa appare approssimativa: il riferimento a parentela, affinità e adozione non specifica fino a quale grado sussiste il divieto; si potrebbe ritenere che rilevino anche vincoli lontanissimi. Sembra corretta l'interpretazione che applica, per analogia, la disciplina del matrimonio di cui all'art. 87 c.c. ¹². Si è argomentato, sul punto, che «per un accordo che riguarda la sola sfera patrimoniale, non possono valere limiti più rigorosi di quelli stabiliti per la creazione, attraverso il matrimonio o l'unione civile, di vincoli incidenti in modo penetrante non solo su questioni economiche, ma anche su interessi di carattere personalissimo» ¹³.

La formulazione normativa non distingue tra conviventi eterosessuali e conviventi omosessuali, per cui si ritiene, prevalentemente, che la disciplina della convivenza «di fatto» si applichi anche ai conviventi omosessuali ¹⁴.

3. *La dichiarazione anagrafica.*

Oltre ai requisiti sopra indicati, l'art. 1, comma 37 della legge n. 76/2016 richiede, *per l'accertamento della stabile convivenza*, la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e all'art. 13, comma 1, lett. b) del d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223 (Regolamento anagrafico della popolazione residente).

L'art. 4 del regolamento anagrafico della popolazione residente, rubricato «Famiglia anagrafica», stabilisce che «*Agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio,*

¹¹ MAZZARIOL, *Convivenza di fatto*, cit.

¹² Cfr. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, 11; VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1319.

¹³ VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.

¹⁴ In senso conforme, ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1570; GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 859 ss.; OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 943; PELLEGGATA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, in *Fam. e dir.*, 2017, 891; RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit.; RUSCELLO, *Le convivenze di «fatto» tra famiglia e relazioni affettive di coppia*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1156.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune». Dunque, si può affermare, che, ai fini meramente anagrafici, due conviventi, legati da vincoli affettivi, che registrino all'anagrafe la propria convivenza, costituiscono una *famiglia anagrafica*. La dichiarazione anagrafica di costituzione della convivenza ex art. 13, comma 1, lett. b), d.p.r. n. 223/1989 deve essere resa dalla persona che dirige la convivenza, fermo restando che ciascun componente può rendere le dichiarazioni relative alle mutazioni delle posizioni degli altri componenti della famiglia (art. 6, comma 1, secondo periodo, d.p.r. n. 223/1989).

L'individuazione della funzione della dichiarazione anagrafica ha dato luogo ad un'accesa disputa tra gli interpreti.

Secondo una prima impostazione, la dichiarazione anagrafica sarebbe elemento indispensabile della fattispecie convivenza di fatto, in mancanza della quale non potrebbe applicarsi l'intera disciplina di cui alla legge n. 76/2016, poiché difetterebbe la possibilità di dimostrare il legame affettivo di coppia e, soprattutto, *la stabilità del rapporto*¹⁵. Un argomento testuale a favore della natura costitutiva della dichiarazione anagrafica è stato ravvisato nel richiamo iniziale che il comma 37 compie al precedente «ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36», che assumerebbe rilevanza definitoria della fattispecie, in quanto andrebbe ad integrarla¹⁶.

Secondo un'altra impostazione, la dichiarazione anagrafica avrebbe funzione di prova privilegiata della convivenza, con la conseguenza che l'esistenza della convivenza di fatto, avente le caratteristiche di cui alla legge n. 76/2016, potrebbe essere dimostrata anche con altri mezzi di prova, diversi dalla dichiarazione anagrafica. Sul piano letterale è stato correttamente osservato che l'«accertamento» è sostantivo incompatibile con la funzione costitutiva: si accerta una fattispecie già esistente e perfetta, non la si costituisce»¹⁷. Da un punto di vista sostanziale, appare contraddittoria l'idea che la convivenza, in quanto situazione di fatto, possa trovare formalizzazione e riconoscimento attraverso dichiarazioni

¹⁵ PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1749 ritiene che la dichiarazione anagrafica sia indispensabile per provare che si tratta di convivenza *stabile*.

¹⁶ TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1738.

¹⁷ AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1769.

aventi funzione di accertamento: è il fattore temporale a conferire stabilità ad una relazione di coppia e non la registrazione, magari operata per un solo giorno¹⁸. Risulterebbe contrario allo spirito della legge attribuire valore costitutivo alla dichiarazione anagrafica con l'effetto di escludere dal perimetro di tutela della legge tutti quei rapporti di convivenza stabile non registrati all'anagrafe. Si consideri, inoltre, il valore tradizionalmente attribuito alle certificazioni anagrafiche che non possiedono un'efficacia costitutiva ma solo probatoria, che è piena relativamente all'esistenza delle annotazioni, e indiziale in merito alla loro corrispondenza alla realtà oggettiva, potendo in tal caso concorrere al convincimento del giudice quali presunzioni semplici, comunque superabili da una prova contraria (Cass. 27 gennaio 1986, n. 524).

Tra le due opposte opzioni interpretative, circa il valore da dare alla dichiarazione anagrafica, si colloca una terza opzione che propone di attribuire alla dichiarazione anagrafica il valore di *strumento di prova esclusivo*¹⁹. La nuova legge avrebbe voluto dare rilevanza giuridica soltanto alle convivenze registrate, al fine di accordare protezione solamente a quei legami più stabili. Rimarrebbero fuori dalla tutela della legge le convivenze nelle quali sia mancata la dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 della legge. *Questa impostazione garantirebbe ai conviventi non registrati quel margine di libertà e autodeterminazione che è alla base della preferenza della convivenza rispetto al matrimonio*. In realtà, l'argomento è debole poiché anche i conviventi non registrati godono di quei diritti previsti da varie norme che riguardano i conviventi in diversi settori dell'ordinamento giuridico, anche per effetto di alcune sentenze della corte costituzionale, già applicabili prima della legge n. 76/2016, a cui si farà cenno nel paragrafo seguente. È stato affermato che «seppure la scelta delle parti è motivata dall'esigenza di non sottostare ai vincoli più intensi e agli obblighi derivanti dal matrimonio, la legge prevede una serie di conseguenze e regole che non abbandonano il rapporto alla logica della libertà senza confini. Gli effetti della convivenza sono improntati alla tutela della parte debole del rapporto e in larga parte rispecchiano i principi già elaborati dalla giurisprudenza nella vigenza del vuoto normativo. La legge ribadisce la libertà delle parti, prevedendo la

¹⁸ MAZZARIOL, *Convivenza di fatto*, cit.; RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit.

¹⁹ La tesi è esposta in PELLEGGATA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, cit.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

risoluzione del contratto di convivenza per volontà anche di uno solo dei contraenti»²⁰.

Il Tribunale di Milano, ordinanza 31 maggio 2016²¹, sul valore da attribuire alla dichiarazione resa all'anagrafe, si è schierato per la natura di mero strumento probatorio e non di requisito essenziale per l'applicazione della nuova disciplina, con la possibilità di provare per altra via il requisito della «stabile convivenza», senza che assurga a vero e proprio elemento costitutivo della «unione» l'atto formale di dichiarazione resa all'anagrafe. La Corte di cassazione 13 aprile 2018, n. 9178 ha considerato elemento essenziale, per la riconduzione di un rapporto di coppia al modello legale della convivenza di fatto, l'esistenza di un legame affettivo stabile e duraturo tra le parti e la spontanea assunzione di reciproci impegni di assistenza morale e materiale, a prescindere dagli elementi della coabitazione e della registrazione anagrafica di cui al comma 37 della legge n. 76/2016. Il Ministero dell'interno con la circolare del 6 febbraio 2017 n. 231 ha ritenuto che la dichiarazione anagrafica abbia la funzione di accertamento della stabile convivenza e non di costituzione della convivenza di fatto²².

La dichiarazione anagrafica facilita non poco la prova della convivenza ma non può essere ritenuta dimostrazione incontrovertibile e decisiva del *quid pluris* rappresentato dalla stabile unione affettiva. Si può concludere nel senso che elemento centrale della convivenza «di fatto» è la stabile unione di due persone legate da rapporti affettivi di coppia²³ e che, pur essendo la dichiarazione anagrafica la prova privilegiata, è ammessa anche per altra via la prova della convivenza. La

657

²⁰ FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1188.

²¹ In *Fam. e dir.*, 2017, 891, con nota di PELLEGGATA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*

²² Non appare conforme alla lettera né allo spirito della legge n. 76/2016 la prassi istituita da alcuni Comuni che hanno predisposto un modulo di richiesta di costituzione della convivenza, con la dichiarazione da parte di entrambi i conviventi di sussistenza di tutti i requisiti stabiliti dalla legge, sottoscritto dagli stessi in forma di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. In tal modo, si richiede una *formalizzazione ufficiale di costituzione della convivenza di fatto* che non è stata prevista dalla legge e si attribuisce un valore costitutivo/civilistico ad una dichiarazione funzionale ad una certificazione amministrativa, quale la dichiarazione di cui all'art. 4 del regolamento anagrafico della popolazione residente.

²³ MAZZARIOL, *Convivenza di fatto*, cit. afferma che il legame affettivo continua a essere considerato un fatto normativo, ossia un rapporto avente una genesi non formalizzata in un atto, con le correlate difficoltà di ordine probatorio che un simile accertamento pone: stante l'assenza di un dato costitutivo giuridico formale, la convivenza può ricostruirsi unicamente *ex post*, attraverso l'osservazione empirica condotta in base al caso concreto.

dichiarazione anagrafica sembra, però, imprescindibile ogni qualvolta si debba provare *la data di inizio della convivenza o la durata della stessa* (cfr., ad esempio, i commi 42 e 65 della legge n. 76/2016). Inoltre, la dichiarazione anagrafica sembra imprescindibile, se non altro per mere ragioni pratiche, per poter sottoscrivere il contratto di convivenza sia in funzione della prova dell'esistenza di un'unione stabile affettiva di coppia, che costituisce un presupposto indispensabile del contratto di convivenza, sia per la pubblicità del contratto stesso attraverso l'iscrizione all'anagrafe²⁴.

4. *I diritti riconosciuti ai conviventi di fatto.*

La legge n. 76/2016 riconosce ai conviventi di fatto una serie di diritti soggettivi che indubbiamente assolvono alla funzione di soddisfare fondamentali esigenze di vita dei conviventi (esigenze abitative, di natura economica, di condivisione di momenti difficili della vita, di scelte riguardanti il fine vita).

658

Com'è noto, a favore dei conviventi di fatto erano già stati riconosciuti, in vari settori dell'ordinamento, diritti soggettivi funzionali a soddisfare le esigenze di vita dei conviventi stessi. Ad esempio, l'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392 è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404 nella parte in cui non prevedeva, tra gli aventi diritto alla prosecuzione del rapporto locativo dopo la morte del titolare, anche il convivente *more uxorio*, nonché nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto, al conduttore che avesse cessato la convivenza, a favore del già convivente quando sussista prole. L'art. 17 della legge 17 febbraio 1992, n. 179, sulle cooperative a proprietà indivisa, ha previsto, in mancanza del coniuge o di figli minorenni, che il convivente *more uxorio* si sostituisca, in qualità di socio e di assegnatario, al socio deceduto dopo l'assegnazione dell'alloggio. L'art. 30 della legge 26 luglio 1975, n. 354 ha previsto la possibilità che il magistrato di sorveglianza, nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, conceda ai condannati ed agli internati il permesso di recarsi

²⁴ Sul punto, si condividono le perplessità manifestate da VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit. sulla anomalia di collegare la prova della convivenza *more uxorio*, e quindi la validità del contratto di convivenza, alle risultanze di un certificato anagrafico, considerando che la stessa residenza anagrafica non è ritenuta indispensabile neppure per la vita matrimoniale, in quanto i coniugi sono liberi di stabilire la residenza della famiglia e di mantenere, per motivi personali, residenze separate.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

a visitare l'infermo. È stato riconosciuto il diritto del convivente, al pari del coniuge, al risarcimento dei danni subiti per l'uccisione dell'altro convivente da parte di un terzo (Cass. 7 giugno 2011, 12278; Trib. Napoli 13 maggio 2015, n. 7179). L'art. 199 c.p.p. ha esteso la facoltà, prevista a favore dei prossimi congiunti dell'imputato, di astenersi dal deporre come testimone anche per chi convive o abbia convissuto con lo stesso. La legge 20 ottobre 1990, n. 302 ha esteso al convivente *more uxorio* il diritto di richiedere le provvidenze accordate in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; la legge n. 82/1991, sui collaboratori di giustizia, ha stabilito che siano usate le stesse misure di protezione nei confronti del coniuge o del convivente. L'art. 317-*bis* c.c., aggiunto dall'art. 140 della legge n. 151/1975, e successivamente sostituito dall'art. 41 del d.lgs. n. 154/2013, ha riconosciuto il rilievo giuridico della convivenza nell'esercizio della potestà genitoriale di figli nati fuori dal matrimonio avendo stabilito che «*se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi*»; l'art. 342-*bis* ha equiparato coniuge e convivente nella protezione contro gli abusi familiari. L'art. 6, comma 4 della legge n. 184/1983, sostituito dall'art. 6 della legge n. 149/2001, consente di tenere conto della convivenza stabile e continuativa che ha preceduto il matrimonio per determinare l'idoneità della coppia all'adozione; l'art. 5 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 attribuisce la possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età parzialmente fertile, entrambi viventi. L'art. 417 c.c., modificato dalla legge n. 6/2014, attribuisce anche alla persona stabilmente convivente la facoltà di promuovere l'interdizione o l'inabilitazione e si applica anche al ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in forza del richiamo contenuto nell'art. 406 c.c. L'art. 129 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 equipara, ai fini dell'esclusione, limitatamente ai danni alle cose, dai benefici derivanti dal contratto di assicurazione obbligatoria, il convivente *more uxorio* al coniuge non legalmente separato.

Si descrivono di seguito i diritti riconosciuti ai conviventi di fatto dalla legge n. 76/2016, sulla base del semplice rapporto di convivenza, senza la necessità di alcun concorso di una manifestazione di volontà dei conviventi. Si ritiene che presupposto necessario e sufficiente per il godimento di tali diritti sia la sussistenza del rapporto di convivenza di fatto, a prescindere dalla dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 che

assolve ad una funzione di prova e assume particolare rilevanza solo ove sia necessario dimostrare la durata della convivenza. Si è già chiarito che il regime opzionale di disciplina, dipendente direttamente dalla volontà delle parti, è riservato esclusivamente al contratto di convivenza.

I conviventi di fatto hanno gli stessi *diritti riconosciuti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario* (comma 38).

In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno lo stesso *diritto reciproco di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali*, previsto per i coniugi ed i familiari dai regolamenti delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate dove sono ricoverati (comma 39).

Il convivente di fatto può — in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone — *designare l'altro suo rappresentante, determinando i relativi poteri*, i) per assumere le decisioni, in caso di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere; ii) per decidere la donazione degli organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie, in caso di morte (comma 40).

È riconosciuto al convivente di fatto *un diritto di abitazione nella casa di comune residenza, nel caso di morte del convivente proprietario della casa* (comma 42). Il diritto di abitazione ha durata di due anni dalla morte o per il periodo superiore pari alla durata della convivenza ma non superiore a cinque anni. Qualora il convivente superstite abbia figli minori o disabili, che coabitino nella casa di comune residenza, la durata del diritto di abitazione è prolungata a tre anni. Si noti che la disciplina accennata si applica ove il figlio minore o disabile sia figlio solamente del convivente superstite. Nella diversa ipotesi in cui il figlio minore o disabile sia figlio comune con il convivente defunto, si applica, in forza del rinvio di cui all'inciso iniziale del comma 42, la norma di cui all'art. 337-*sexies* c.c. che disciplina l'assegnazione del godimento della casa familiare nelle ipotesi di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio. Il diritto di abitazione nella casa di comune residenza viene meno nei casi i) in cui il convivente superstite cessa di abitare stabilmente nella stessa, ii) di matrimonio, iii) di unione civile o iv) di nuova convivenza di fatto (comma 43). Per determinare l'inizio della convivenza e la corrispondente durata del diritto di abitazione del convivente superstite — pari alla durata della convivenza ma

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

non superiore a cinque anni — assume un ruolo decisivo la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 del regolamento anagrafico della popolazione residente.

Il diritto di «continuare ad abitare nella stessa casa» riconosciuto dalla legge n. 76/2016 al convivente superstite non è assimilabile al diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare riconosciuto dall'art. 540, comma 2, c.c., a titolo di legittima, al coniuge superstite. È stato affermato che la nuova legge ha attribuito ai conviventi diritti *in scala ridotta* rispetto a quelli consimili riconosciuti ai coniugi²⁵. Il diritto di abitazione riconosciuto al convivente superstite è modellato piuttosto sul diritto di godimento della casa familiare attribuito al genitore affidatario dei figli essendo, in particolare, soggetto alle medesime cause di estinzione qualora il titolare cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza oppure contragga matrimonio, si unisca civilmente o intraprenda una convivenza di fatto. Mentre il diritto di abitazione del coniuge superstite, riconosciuto in qualità di legittimario, ha durata vitalizia e natura di diritto reale di godimento, il diritto di continuare ad abitare nella casa della convivenza ha natura di diritto personale di godimento, così come l'analogo diritto riconosciuto al coniuge separato o divorziato affidatario dei figli, per la precarietà e temporaneità del diritto che è legato a dei presupposti specifici per la sua costituzione ed è destinato a cessare quando gli stessi presupposti vengono meno, caratteri che lo rendono incompatibile con gli schemi delle situazioni giuridiche reali²⁶.

Il convivente di fatto ha la facoltà di *subentrare nel contratto di locazione della casa di comune residenza* intestato al convivente, nel caso di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto (comma 44).

²⁵ PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit.

²⁶ Secondo Trib. Firenze 30 aprile 1979, in *Dir. fam.*, 1980, 123 l'assegnazione ad uno dei coniugi della casa familiare di proprietà dell'altro, disposta con la sentenza che definisce un giudizio per separazione giudiziale, non vale a costituire a vantaggio del coniuge assegnatario il diritto reale di abitazione di cui all'art. 1022 c.c. né, quanto ai mobili che arredano la casa, il diritto reale d'uso di cui all'art. 1021 c.c. La natura di diritto personale del diritto di abitazione è stata confermata da Corte Cost. 27 luglio 1989, n. 454, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2244; in *Foro it.*, 1989, I, 3336 la quale ha ritenuto che il giudice della separazione, con l'assegnazione dell'abitazione della casa familiare al genitore affidatario della prole, secondo la *ratio legis*, piuttosto che creare un titolo di legittimazione ad abitare per uno dei coniugi, conserva la destinazione dell'immobile nella funzione di residenza familiare; cfr. in giurisprudenza anche Cass. 16 marzo 2007, n. 6192, in *Foro it.*, 2007, 5, 1, 1398; in *Fam. e dir.*, 2007, 8-9, 775, con nota di Salvati; in *Fam. pers. succ.*, 2007, 7, 614, con nota di Cicala; Cass. 8 aprile 2003, n. 5455, in *Fam. e dir.*, 2003, 5, 439, con nota di Quargnolo; in *Vita not.*, 2003, 884; in *Notariato*, 2003, 346.

I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti di un nucleo familiare, a parità di condizioni, nelle graduatorie per *l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare* (comma 45).

Il comma 46 della legge ha introdotto nel codice civile il nuovo art. 230-ter (Diritti del convivente) che riconosce al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente una partecipazione agli utili dell'*impresa familiare* ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Si è precisato che il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato. A differenza della disciplina dell'impresa familiare, non sono stati previsti il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia né il diritto di partecipazione alle decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi, la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi e la cessazione dell'impresa né il diritto di prelazione in caso di trasferimento dell'azienda. Il diritto attribuito al convivente che collabora nell'impresa ha una connotazione meramente patrimoniale mentre è stata esclusa qualsiasi partecipazione alle decisioni sulla gestione dell'impresa, sulla cessazione della stessa e sulla alienazione dell'azienda.

Il comma 47 ha modificato l'art. 712, comma 2, c.p.c. prescrivendo l'indicazione nella domanda per interdizione o inabilitazione, proposta al tribunale, anche *l'indicazione di nome, cognome e residenza del convivente di fatto*; il comma 48 ha stabilito che *il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno*, qualora l'altra parte sia interdetta, inabilitata ovvero ricorrano i presupposti per la nomina dell'amministratore di sostegno²⁷.

In caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite (comma 49). La legge recepisce un principio già più volte applicato dalla giurisprudenza nel caso di decesso di uno dei conviventi per fatto illecito di un terzo.

In caso di cessazione della convivenza di fatto può essere riconosciuto giudizialmente il diritto del convivente, che versi in stato di

²⁷ L'art. 408 c.c. prevedeva già, tra le persone da nominarsi preferibilmente quale amministratore di sostegno, la persona stabilmente convivente.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

bisogno, di ricevere dall'altro convivente *gli alimenti* per un periodo proporzionale alla durata della convivenza, nella misura determinata ai sensi dell'art. 438 c.c. L'obbligo di prestare gli alimenti da parte del convivente si colloca prima di quello di fratelli e sorelle (comma 65).

5. *La natura del contratto di convivenza.*

Dalla definizione normativa di cui al comma 36 della legge n. 76/2016 si ricava che la convivenza è *un rapporto di fatto*, non formalizzato da una dichiarazione solenne, caratterizzato da una unione «stabile» di due persone maggiorenni (non necessariamente eterosessuali) legate da un vincolo affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale. Dispone il comma 50 della legge n. 76/2016 che «*I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza*».

Per inquadrare il contratto di convivenza, anche al fine di tentare di delinearne il perimetro contenutistico, è opportuno interrogarsi sulla natura giuridica del contratto stesso. Il contratto di convivenza disciplina i rapporti patrimoniali tra i due *partners* ed in particolare *le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune*, nel cui ambito rientra anche l'eventuale scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni.

a) È un *contratto tipico*²⁸, in quanto è stato espressamente disciplinato dal legislatore che ha regolamentato un rapporto, quello di convivenza, diffuso nella prassi, che ha acquisito nel tempo un particolare rilievo sociale.

b) È un *contratto oneroso* poiché con lo stesso i contraenti assumono delle obbligazioni reciproche.

²⁸ Cfr. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. che evidenzia come il legislatore, pur avendo inteso tipizzare il contratto di convivenza, non lo ha ritenuto «degno» di essere inserito nel *corpus* del codice civile; BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, 146 ss.; DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76, in Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 694 il quale segnala che era già ammessa la sussistenza del c.d. contratto atipico di convivenza, rientrante nell'autonomia contrattuale delle parti con positiva verifica del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., riconducibile alla ravvisata causa (atipica) di convivenza; ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit. rileva che il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo tipo contrattuale al quale peraltro già da tempo la dottrina aveva rivolto la propria attenzione, 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.

c) *Non è un contratto a prestazioni corrispettive*²⁹, poiché le obbligazioni non sono l'una in funzione dell'altra, non realizzano una causa di scambio ma concorrono a realizzare *una causa di natura familiare*³⁰, in senso lato, intendendo la convivenza come formazione sociale nella quale si esplica la personalità dei due *partners*. È stato autorevolmente osservato che «la convivenza *more uxorio*, dando vita, per scelta autonoma delle parti, a una «formazione sociale» rilevante *ex art. 2 Cost.*, poggia, per elezione formale, sui valori del solidarismo, dell'associazionismo e del personalismo»³¹. Le prestazioni effettuate dai conviventi, nell'ambito della convivenza, non hanno la funzione di remunerare o retribuire il convivente ma di *riconoscere il valore del suo contributo al «funzionamento» del rapporto, secondo una logica più associativa che di scambio*³². La natura di contratto oneroso comporta che le obbligazioni assunte dai contraenti, nella eventuale fase patologica del rapporto, possono dare luogo ad azioni esecutive ed a domande di risarcimento danni.

d) Rimanendo sul tema della *causa familiare del contratto di convivenza*, si può affermare che, ridotto ai minimi termini, lo stesso *ha la funzione di trasformare un'obbligazione naturale, avente ad oggetto l'assistenza materiale e la contribuzione a favore del convivente, in obbligazione civile*³³. Per mantenere ferme le prestazioni che il disponente ha eseguito durante la convivenza, la giurisprudenza impiega oggi l'art. 2034 c.c., qualificando l'attribuzione come adempimento dell'obbligazione

664

²⁹ DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 948 ss. il quale, escludendo la corrispettività del rapporto, ritiene coerentemente inapplicabili strumenti quali la risoluzione per inadempimento e l'eccezione di inadempimento.

³⁰ FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1188 ravvisa nelle unioni civili tra persone dello stesso sesso e nelle convivenze registrate la causa c.d. familiare, intesa come la funzione di costituire una comunione di vita, improntata ad un principio solidaristico ed egualitario.

³¹ SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 20671; P. PERLINGERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Aa.Vv., Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Esi, 1988, 145.

³² Cfr. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, cit. che applica lo stesso principio alle contribuzioni tra coniugi in separazione dei beni; Oppo, *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 516.

³³ OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. La possibilità per i privati di trasformare in rapporti pienamente vincolanti obbligazioni che, per espressa disposizione di legge (art. 2034 c.c.), «non producono altro effetto» che l'irripetibilità del pagato non era pacificamente ammessa in dottrina. Sul tema cfr. le profonde argomentazioni, su posizioni opposte, di NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, c. 39 ss. e OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 358; sulla causa del contratto di convivenza, cfr. SENIGAGLIA *Convivenza more uxorio e contratto*, cit.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

naturale, mentre in passato sottraeva alla nullità le donazioni effettuate a favore della concubina, se era possibile qualificarle come donazioni remuneratorie³⁴. Detto in altri termini, «il contratto di convivenza ha la funzione di declinare in forma di dovere giuridico (in quanto contrattualizzato) e trasferire sul piano del giuridicamente dovuto il dato della reciproca assistenza morale e materiale»³⁵. Il contratto di convivenza presenta la particolarità che *le promesse di eseguire prestazioni corrispondenti a quelle ricollegabili ad un'obbligazione naturale sono reciproche*³⁶.

L'importanza della riconosciuta causa familiare del contratto di convivenza consiste nell'assicurare *la stabilità delle prestazioni patrimoniali pattuite nel contratto*, riconducibili nell'alveo della contribuzione adeguata e proporzionale alle necessità della vita in comune — da tenere nettamente distinte dalle donazioni e dalle liberalità indirette effettuate nel corso del rapporto — rispetto alla eventuale cessazione del rapporto, ed escludere azioni di ripetizione dell'indebito o di ingiustificato arricchimento³⁷. Già prima della novella legislativa, era pacifica l'applicabilità anche alle prestazioni effettuate nella c.d. famiglia «di fatto» del criterio della solidarietà rintracciabile nella disciplina degli obblighi di contribuzione tra coniugi di cui all'art. 143 c.c. «In ciò è espresso un principio di proporzionalità, il quale, con riguardo alla singola relazione familiare «di fatto», assurge a tecnica di qualificazione delle prestazioni, distinguendo quelle che costituiscono adempimento di obbligazioni naturali, quelle che si atteggiavano come adempimento di donazioni e quelle che integrano un'ipotesi di arricchimento senza causa»³⁸.

e) È un contratto nel quale *l'autonomia privata si esplica in*

³⁴ VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.

³⁵ PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit.

³⁶ VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.

³⁷ DI ROSA, *I contratti di convivenza*, cit.; VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit. evidenzia che la valutazione delle prestazioni tra conviventi è oggi espressa generalmente nelle decisioni che riguardano le azioni di ripetizione dell'indebito o di ingiustificato arricchimento introdotte da un convivente dopo la fine della relazione ed aventi ad oggetto le prestazioni patrimoniali rese a beneficio dell'altro nel periodo di convivenza; in tali decisioni si esclude che il convivente che ha prestato abbia il diritto di ottenere la restituzione e si riconducono simili prestazioni all'adempimento di un dovere morale o sociale, e quindi alla disciplina delle obbligazioni naturali.

³⁸ SENIGAGLIA *Convivenza more uxorio e contratto*, cit.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffrè, 1998, 30 ss.; FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015, 723 s.

*maniera ridotta*³⁹ poiché non si tratta di regolare un normale rapporto giuridico patrimoniale ma di *specificare degli obblighi all'interno di una cornice normativa tendenzialmente inderogabile*⁴⁰. L'autonomia privata può esplicarsi nelle modalità di assolvimento degli obblighi e degli impegni ma non nell'*an*. Ad esempio, nella determinazione delle modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, la legge fa riferimento ai parametri delle sostanze di ciascuno e della capacità di lavoro professionale o casalingo. L'accordo delle parti può certamente dare un contenuto concreto agli obblighi di contribuzione ma non può escludere completamente l'obbligo per uno dei due contraenti⁴¹. Inoltre gli accordi contenuti nel contratto non possono essere contrari ai principi, di rilievo costituzionale, di *uguaglianza, di solidarietà e di rispetto reciproco* all'interno del sodalizio convivenza di fatto. È stato affermato che «le convivenze «di fatto» formalizzate dal legislatore del 2016 non possono [non] essere tali se non siano anche fondate sulla eguaglianza e sulla solidarietà, sul reciproco rispetto tra i membri che di quel rapporto sono parte attiva, e su una collaborazione e su una fedeltà pur non espressamente richiamate ma, salvo incorrere in incoerenze forse insanabili, da dover considerare presenti»⁴².

³⁹ ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit. rileva che, 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.

⁴⁰ FADDA, *Modelli familiari*, cit. attribuisce agli accordi coniugali *ex art. 144 c.c.* una funzione specificativa in quanto si limitano a concretizzare il contenuto degli obblighi stabiliti dalla legge con un effetto c.d. debole, ossia destinato a venir meno nel caso di mutamento della situazione sottostante, ma non per questo privi del carattere della negozialità; DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996, 76 ss. afferma che l'accordo determina e concretizza il contenuto degli obblighi inderogabili, incidendo su di essi; configura gli accordi come atti negoziali determinativi del contenuto degli obblighi legali inderogabili; parla di efficacia «debole», in quanto soggetta a modificazioni dipendenti dal mutare delle circostanze di fatto; con specifico riferimento al contratto di convivenza; RUSCELLO, *Le convivenze «di fatto»*, cit. afferma che il contratto di convivenza non fa sorgere il dovere di contribuzione, già di per se stesso prodotto dalla convivenza, ma ne determina solamente le modalità e il contenuto.

⁴¹ FADDA, *Modelli familiari*, cit., nel matrimonio il dovere di contribuzione non può essere totalmente escluso, in quanto una esclusione totale sarebbe contraria alla causa familiare e al principio solidaristico che la sorregge. Fermo questo principio, l'autonomia privata sarebbe libera di determinare il rapporto specificando i doveri, anche in senso affievolito e modellandoli in base alle concrete esigenze della coppia e al tenore di vita familiare concordato dai coniugi.

⁴² RUSCELLO, *Le convivenze di «fatto»*, cit. che sul punto rinvia a BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 929; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 933.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

f) È un *contratto di natura programmatica, soggetto alla regola, tipica dei rapporti familiari, del rebus sic stantibus*⁴³, nel senso che le contribuzioni concordate si basano sulla situazione personale ed economica in essere al momento dell'accordo, ma potrebbero essere soggette a richiesta di revisione ove le condizioni dovessero cambiare.

g) È un *contratto con vincolo obbligatorio debole* poiché è soggetto a risoluzione per il semplice recesso unilaterale di una delle parti.

6. *La forma e la pubblicità.*

Il contratto di convivenza deve avere la forma dell'atto pubblico notarile oppure della scrittura privata che deve essere autenticata da un notaio oppure da un avvocato. Ai sensi del comma 51 della legge n. 76/2016, il notaio e l'avvocato debbono *attestare la conformità del contratto alle norme imperative e all'ordine pubblico*. La prescrizione è di certo superflua per il contratto redatto o autenticato dal notaio il quale, sulla base dell'art. 28 della legge notarile, non può ricevere atti espressamente proibiti dalla legge o contrari all'ordine pubblico ed al buon costume ed è soggetto ad una ispezione biennale da parte del Conservatore dell'Archivio notarile, organo periferico del Ministero della giustizia che sovrintende al controllo sull'attività dei notai nonché alle sanzioni disciplinari previste dalla stessa legge notarile. Stante la chiara formulazione normativa, nonostante la stranezza della prescrizione che richiede l'attestazione della conformità del contratto alle norme imperative e all'ordine pubblico, è necessario che il professionista chiamato a ricevere (il notaio) oppure ad autenticare (il notaio o l'avvocato) il contratto di convivenza attesti la conformità del contratto alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Nel caso della scrittura privata autenticata, che si compone di due parti ben distinte a) il testo del contratto che, formalmente, proviene dalle parti e b) l'autentica, che è opera del professionista, l'attestazione di conformità dovrà essere contenuta nell'autentica delle sottoscrizioni.

Ai fini dell'opponibilità ai terzi, copia del contratto deve essere

⁴³ AMAGLIANI, *I contratti di convivenza nella l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà)*, in *Contratti*, 2018, 317 sottolinea come le necessità della vita in comune non possono essere certamente confinate in una prospettiva meramente statica, legate inscindibilmente come sono alle sempre mutevoli esigenze della persona nella sintesi determinata inevitabilmente dalla vita di coppia; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 213 ss. ammette, nei contratti che incidono sulla dimensione familiare, un obbligo di rinegoziazione incombente sulle parti per il caso di sopravvenienze.

trasmessa, a cura del professionista che lo ha ricevuto (notaio) o autenticato (notaio o avvocato), al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe. L'opponibilità ai terzi del contratto riguarda principalmente l'eventuale scelta del regime di comunione legale dei beni, l'automaticità degli acquisti compiuti in costanza del regime di comunione dei beni (art. 177, lett. a), c.c.; il regime di responsabilità dei beni della comunione e dei beni personali, per effetto della scelta del regime della comunione dei beni. L'opponibilità nei confronti dei terzi si estende anche ad un eventuale riconoscimento di un diritto personale di abitazione sulla casa della convivenza a favore del convivente che non abbia la proprietà dell'immobile⁴⁴. Tale forma di pubblicità rende opponibile il diritto personale di godimento dell'immobile al terzo acquirente o ai creditori del comodante e consente di superare la naturale precarietà del contratto di comodato che può essere reso inefficace dal comodante, anche durante il termine convenuto, «se sopravviene un urgente e impreveduto bisogno del comodante» (art. 1809, comma 2, c.c.).

668

Coerentemente, la legge n. 76/2016 prevede che *debba essere iscritta all'anagrafe del comune di residenza la risoluzione del contratto di convivenza*, per recesso unilaterale (e per identità di *ratio* si ritiene anche per accordo delle parti, nonostante la dimenticanza del legislatore)⁴⁵, che debbono essere redatti nella stessa forma del contratto di convivenza (comma 60) e per il decesso di uno dei conviventi (comma 63); non risulta testualmente l'obbligo di pubblicizzare all'anagrafe la risoluzione del contratto per successivo matrimonio o unione civile (comma 62) ma si presume che sia una semplice svista del legislatore e che, per identità di *ratio*, debba essere effettuata la stessa pubblicità presso l'anagrafe del comune di residenza⁴⁶.

7. *Il contratto di convivenza come contratto puro.*

Dispone il comma 56 «*Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano*

⁴⁴ Nello stesso senso VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.

⁴⁵ Ai sensi del comma 60 della legge n. 76/2016 l'accordo delle parti di mutuo dissenso o il recesso unilaterale debbono essere redatti nella stessa forma prescritta per il contratto di convivenza; non si comprenderebbe la necessità della forma vincolata per il mutuo dissenso se non fosse soggetto ad iscrizione presso l'anagrafe del comune di residenza.

⁴⁶ Nello stesso senso VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

termini o condizioni, questi si hanno per non apposti». La regola è modellata sull'art. 108 c.c. che prevede la non apponibilità di termini o condizioni alla «dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie».

Il divieto di apporre termini o condizioni deve intendersi riferito all'intero contratto di convivenza⁴⁷. Un termine iniziale o una condizione sospensiva apposti al contratto di convivenza sarebbero la manifestazione del difetto di volontà di una delle parti di voler concludere quel contratto. Un termine finale o una condizione risolutiva determinerebbero l'inefficienza del contratto, al di fuori delle ipotesi tassativamente stabilite dal comma 59, per le quali è prevista la notifica all'altro contraente ed all'anagrafe presso la quale è iscritto il contratto di convivenza⁴⁸.

Non dovrebbero esservi ostacoli ad ammettere l'apposizione di un termine o di una condizione riferiti ad una singola clausola contrattuale, ad esempio la previsione della temporanea cessazione della contribuzione economica per il periodo in cui uno dei conviventi rimanga senza lavoro.

8. *Il contenuto tipico del contratto di convivenza.*

I conviventi di fatto possono disciplinare *i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune* con la sottoscrizione di un contratto di convivenza. Il contenuto tipico del contratto di convivenza è indicato dal comma 53 dell'articolo unico della legge n. 76/2016.

È prescritta *«l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo»*. La prescrizione suscita qualche perplessità se si considera che il comma 37 richiede, per l'accertamento della stabile convivenza, la dichiarazione anagrafica resa dalla persona che dirige la convivenza che attesti la costituzione di una «famiglia anagrafica», secondo il modello di cui all'art. 4 del regolamento della popolazione residente. Si è visto in precedenza uno dei requisiti prescritti per aversi «famiglia anagrafica» è *la coabitazione e la dimora abituale nello stesso comune*. Si deve allora ritenere che la richiesta di indicazione dell'indirizzo al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo, ha una funzione *di elezione di domicilio al quale possono essere effettuate validamente le*

⁴⁷ ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit.; DI ROSA, *I contratti di convivenza*, cit.

⁴⁸ Per una trattazione sistematica dell'argomento si veda VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.

comunicazioni nel corso di svolgimento del rapporto ed in particolare nella sua eventuale fase patologica, ad esempio per manifestare la volontà di recedere dal contratto di convivenza.

Il comma 53 stabilisce, inoltre, che il contratto di convivenza 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) la scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni.

Quanto alla lettera a), per «indicazione della residenza», la legge sembrerebbe riferirsi alla *residenza comune* che risulta all'anagrafe, sulla base della dichiarazione di cui all'art. 4 del regolamento anagrafico della popolazione residente. Se la residenza comune è la situazione che accomuna la gran parte dei conviventi di fatto, non può escludersi che, per ragioni di lavoro, di studio o familiari, due conviventi debbano avere due residenze differenti, pur avendo stabilito il luogo di coabitazione e dimora abituale presso la residenza di uno dei conviventi. Si consideri che i termini dimora, residenza e domicilio hanno significati nettamente distinti. *Dimora* è il luogo dove di fatto la persona vive abitualmente. *Residenza* è il luogo nel quale ufficialmente la persona dimora abitualmente, sulla base di un accertamento eseguito dal Comune e dell'iscrizione nelle schede dell'anagrafe. *Domicilio* è il luogo dove la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi (cfr. art. 43 c.c.).

La possibilità di stabilire *la residenza della famiglia*, pur mantenendo due residenze anagrafiche distinte, per ragioni personali, è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza per i coniugi e non dovrebbe potersi negare per i conviventi. Resta da valutare la compatibilità della descritta situazione con la convivenza di cui alla legge n. 76/2016 e con la modulistica predisposta dai comuni per rendere la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4, d.p.r. n. 223/1989, se cioè la modulistica comunale accetti l'elezione di una *residenza della convivenza*, in maniera analoga alla residenza della famiglia di cui all'art. 144 c.c., con la possibilità per i due conviventi di mantenere residenze separate per ragioni strettamente personali (di lavoro, di studio, familiari, ecc.)⁴⁹.

⁴⁹ Secondo RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit. non sarebbe necessaria una residenza comune per poter sottoscrivere il contratto di convivenza; la trasmis-

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

La lettera b) è modellata sull'art. 143, comma 3, c.c. in base al quale «Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze ed alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia». Sono previsti due parametri di riferimento per determinare i reciproci obblighi di contribuzione: i) «le sostanze» di ciascun convivente, cioè il patrimonio personale e le rendite di cui il convivente può disporre; ii) le capacità di lavoro professionale o casalingo. All'interno di questa cornice si può esplicitare l'autonomia privata dei conviventi che possono stabilire le «modalità» di contribuzione. Va evidenziato che si tratta di *parametri, il patrimonio personale e la capacità di lavoro, mutevoli nel tempo, anche in maniera importante*: si pensi ad una forte perdita patrimoniale per un affare sbagliato oppure alla perdita del lavoro di uno dei conviventi. È evidente che l'accordo in ordine alle modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, secondo una regola tipica degli accordi di natura familiare, è soggetto alla regola *rebus sic stantibus* ed è soggetto a variazione qualora mutino i descritti parametri di riferimento.

La lettera c) consente ai conviventi di scegliere il regime patrimoniale della comunione dei beni. Com'è noto la comunione dei beni ha ad oggetto i beni ed i diritti reali acquistati, anche separatamente, durante il regime di comunione, salvo che si tratti di beni personali (art. 177, lett. a), c.c.). Comporta, inoltre, il diritto per il convivente alla c.d. *comunione de residuo*, cioè alla metà del valore dei frutti dei beni e dei proventi dell'attività separata dell'altro convivente, delle aziende o partecipazioni in società di persone dell'altro convivente, esistenti al momento del verificarsi di una causa di scioglimento della comunione. A differenza del matrimonio in cui la comunione dei beni è il regime legale, operante *ex lege* in mancanza di diversa scelta dei coniugi, nella convivenza di fatto *il regime di comunione dei beni opera sulla base della scelta effettuata nell'ambito del contratto di convivenza*.

671

sione del contratto al Comune di residenza, posta a carico del professionista, può essere fatta al Comune di «rispettiva» residenza di ciascun convivente, e quindi anche a Comuni diversi, se la residenza anagrafica dei conviventi non è fissata nello stesso luogo. Quanto alle modalità di iscrizione all'anagrafe del contratto di convivenza, l'Autore propone di utilizzare le seguenti modalità: se i conviventi coabitano, formando un'unica «famiglia anagrafica», la registrazione del contratto sarà fatta nelle schede individuali di ciascun convivente e nell'unica scheda di famiglia riferita ai conviventi coabitanti; se i conviventi hanno diverse residenze anagrafiche, formando ciascuno una propria «famiglia anagrafica», mono-personale, la registrazione del contratto sarà fatta nelle schede individuali e nelle schede di famiglia di ciascun convivente.

Dispone il comma 54 «*Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51*». Si ritiene che l'unica modifica possibile al regime patrimoniale della comunione dei beni sia *la revoca della scelta del regime di comunione dei beni* con la conseguenza che tra i conviventi non sussiste alcun regime patrimoniale (per l'esattezza non può parlarsi di regime di separazione dei beni, poiché la convivenza non incide sullo *status* dei conviventi che rimangono di stato libero). *Non sembra possibile per i conviventi scegliere un regime di comunione convenzionale* con cui i coniugi possono modificare, in ampliamento o in diminuzione, il regime di comunione dei beni, ai sensi dell'art. 210 c.c.⁵⁰. Com'è noto, la pubblicità delle convenzioni matrimoniali si attua mediante l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio e per i conviventi non è possibile utilizzare tale forma di pubblicità. La trasmissione di copia del contratto presso l'anagrafe non sembra idonea a pubblicizzare una comunione convenzionale. Dunque, l'unica modifica ammessa dopo la scelta della comunione dei beni è la successiva revoca della scelta, con una modifica del contratto di convivenza per atto pubblico notarile oppure per scrittura privata autenticata da notaio o da avvocato, a differenza delle convenzioni matrimoniali per la cui stipula è prescritta la forma vincolata dell'atto pubblico notarile ricevuto con l'assistenza di due testimoni.

Dalla formulazione legislativa «*I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza*» (comma 50) e «*Il contratto può contenere*» (comma 53), si desume che il contenuto del contratto di convivenza può riguardare tutti gli aspetti patrimoniali della vita in comune dei conviventi.

In primo luogo il contratto di convivenza disciplinerà *gli obblighi reciproci di contribuzione necessari per soddisfare le necessità della vita in comune*, come erogazioni periodiche di somme di denaro, contribuzione sotto forma di lavoro casalingo, messa a disposizione dell'abitazione della convivenza, ecc. L'obbligo di contribuzione è ancorato dalla legge ai medesimi parametri previsti dall'art. 143, comma 3, c.c. per i coniugi

⁵⁰ Nello stesso senso, ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

(sostanze patrimoniali di ciascuno e capacità di lavoro professionale o casalingo).

Vanno tenute nettamente distinte dagli obblighi di contribuzione eventuali donazioni o liberalità che possono essere effettuate nell'ambito della convivenza e possono anche essere inserite nel contratto di convivenza, ma che non rientrano nella causa familiare del contratto di convivenza e sono, di conseguenza, soggette alle normali regole della revocazione per sopravvenienza di figli o per ingratitudine, della riunione fittizia, della riduzione e della collazione. Per distinguere tra contribuzione alla vita in comune, in esecuzione di un dovere morale e sociale, e liberalità bisogna considerare il carattere proporzionato e adeguato della prestazione in relazione alle circostanze del caso concreto ed in particolare va considerato il sacrificio patrimoniale subito nell'ambito degli assetti socio-economici della specifica relazione, con particolare riguardo alle condizioni patrimoniali, reddituali e sociali del singolo contribuente⁵¹. È la proporzionalità che funge da parametro per distinguere ciò che costituisce adempimento dei doveri morali e sociali e l'atto di liberalità⁵².

Il primo problema da affrontare riguarda la determinazione del *quantum* della contribuzione reciproca dei conviventi: deve essere rigidamente proporzionale alle sostanze di ciascun convivente ed alle sue capacità di lavoro professionale o casalingo? Oppure i conviventi sono liberi di discostarsi dai parametri dettati dalla legge? Prima della novella legislativa, la giurisprudenza ha fatto applicazione analogica ai conviventi del principio strettamente proporzionale di contribuzione fissato per i coniugi dall'art. 143 c.c.⁵³. La formulazione del comma 53, lett. b) della legge n. 76/2016 ripropone un criterio di contribuzione modellato sull'art. 143 c.c., anche se non esiste per i conviventi una norma come l'art. 160 c.c. che stabilisce l'inderogabilità dei diritti e dei doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio⁵⁴. Si ritiene che i parametri normativi di

673

⁵¹ Cass. 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 513 ha stabilito che «un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente *more uxorio* configura l'adempimento di un'obbligazione naturale a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens*».

⁵² SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, cit.

⁵³ Trib. Savona 10 giugno 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 596, con nota di FERRANDO, *Le obbligazioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*.

⁵⁴ Secondo RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit. i conviventi non sono tenuti a rispettare il principio di proporzionalità nel fissare i rispettivi obblighi di contribuzione alle necessità della vita in comune, poiché per i conviventi nessun obbligo di contribuzione discende dalla legge ma tutto è rimesso alla volontà delle parti da esprimere in

riferimento: sostanze del patrimonio personale e capacità di lavoro professionale o casalingo debbano essere tenuti in considerazione nella fissazione degli obblighi di contribuzione, in quanto espressione dei principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà all'interno delle formazioni sociali nelle quali si esplica la personalità dell'individuo, sanciti dall'art. 2 della Costituzione⁵⁵. Non sarebbe conforme ai citati parametri normativi un contratto di convivenza che imponesse l'onere di contribuzione totalmente a carico di un convivente ed esonerasse l'altro convivente da qualsiasi tipo di contributo lavorativo o patrimoniale⁵⁶. Ciò non toglie che residui un certo margine a disposizione dell'autonomia privata per dare concretezza e specificità agli obblighi di contribuzione, tenendo conto della situazione personale e lavorativa dei conviventi, e del tenore di vita concordato⁵⁷.

L'accordo sulla contribuzione nell'ambito della convivenza soffre di alcuni importanti limiti fisiologici. Come già anticipato, la funzione del contratto di convivenza è di trasformare un'obbligazione naturale, quella di prestare assistenza al convivente e contribuire alle esigenze della vita in comune, in un'obbligazione civile, con la conseguenza di rendere definitive e irripetibili le prestazioni eseguite in adempimento del contratto di convivenza⁵⁸. Si è già chiarito che *l'effetto della definitività e della irripetibilità riguarda esclusivamente le contribuzioni adeguate alle esigenze della vita in comune che trovano la loro giustificazione nella causa familiare del contratto di convivenza*. Non riguarda, invece, le donazioni e le liberalità eseguite nel corso della convivenza, anche se contenute nel contratto di convivenza. La valutazione della proporzio-

674

un contratto di convivenza, con piena libertà, pertanto, per gli stessi di disciplinare i reciproci rapporti nel modo considerato più opportuno.

⁵⁵ È stato affermato che il principio della proporzionalità, nella sua dimensione quantitativa/qualitativa e coniugato con quello della adeguatezza, non può essere trascurato in sede di ermeneutica contrattuale e di valutazione a questo fine del comportamento delle parti, soprattutto quando il rapporto in considerazione presenti, come nella specie, un così rilevante coinvolgimento di profili personali e sussista, per di più, una espressa indicazione normativa (Amagliani, *I contratti di convivenza*, cit.).

⁵⁶ In senso conforme ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit.

⁵⁷ In tal senso SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1071 ss.

⁵⁸ Secondo l'orientamento giurisprudenziale affinché le prestazioni eseguite in adempimento di obbligazioni naturali siano irripetibili è necessario che sussista un rapporto di proporzionalità della prestazione spontaneamente eseguita rispetto al dovere morale e/o sociale al quale si intende adempiere (Cass. 15 maggio 2009, n. 11330; Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277).

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

nalità degli obblighi contributivi si riferisce principalmente alle *prestazioni già eseguite*, cioè all'assetto patrimoniale che i conviventi hanno dato *in passato* alla loro vita in comune, nel caso di contestazioni nella fase patologica del rapporto. La proporzionalità delle contribuzioni incide in misura minore sulle *prestazioni future* poiché ciascun convivente ha la potestà di fare cessare gli effetti del contratto di convivenza con l'esercizio del diritto di recesso unilaterale, senza la necessità di esporre alcuna motivazione (comma 59, lettera b))⁵⁹.

Pur non essendo espressamente previsto dal comma 53 della legge n. 76/2016, si ritiene che possa rientrare nel contenuto tipico del contratto di convivenza, *l'attribuzione al convivente di poteri in materia di diritti personalissimi*, prevista dalla stessa legge 76/2016 e da altre disposizioni normative. Ci si riferisce, in particolare, alla designazione del convivente quale rappresentante, con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporti incapacità di intendere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per le decisioni riguardanti la donazione degli organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie (comma 40). Ci si riferisce, inoltre, alla designazione del convivente quale amministratore di sostegno, ai sensi dell'art. 408 c.c.

675

9. *Il contenuto atipico del contratto di convivenza.*

Il contenuto del contratto di convivenza indicato dal comma 53 della legge n. 76/2016 non garantisce una regolamentazione completa dei rapporti tra i conviventi e non soddisfa le esigenze di certezza e di prevenzione delle liti che intendono soddisfare due conviventi che si accingono a sottoscrivere un contratto di convivenza. È evidente che la formalizzazione di accordi patrimoniali ed anche non patrimoniali sulla gestione della vita in comune è quasi superflua nella fase fisiologica del rapporto mentre diventa importante nella eventuale rottura della convivenza, soprattutto in presenza di una diversa situazione economico-patrimoniale dei due conviventi, per evitare richieste restitutorie motivate dall'indebito oggettivo o da arricchimento senza causa oppure richieste risarcitorie in genere.

Dovrebbero ritenersi ammissibili accordi per la ripartizione delle spese di mantenimento, cura, istruzione ed educazione dei figli e per l'affidamento dei figli della coppia in caso di rottura della convivenza.

⁵⁹ Cfr. AMAGLIANI, *I contratti di convivenza*, cit.

L'art. 337-ter, comma 2, c.c. stabilisce che il giudice, nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole, «prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori». Inoltre, quanto agli obblighi di mantenimento dei figli, l'art. 337-ter, comma 4, c.c., fissa il principio della proporzionalità dell'obbligo di mantenimento dei figli al reddito del singolo genitore «salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti». Naturalmente, gli accordi raggiunti dai genitori sono suscettibili di essere modificati dal giudice qualora siano ritenuti *in contrasto con l'interesse morale e materiale della prole*. Si è affermato in dottrina che l'esercizio dell'autonomia privata può incidere — anche in modo determinante — sui contenuti dei provvedimenti giurisdizionali pronunciati in sede contenziosa nell'interesse dei coniugi e della prole. Quando la legge stabilisce che il giudice deve «prendere atto» di tali accordi, non soltanto impone al giudice di modellare il contenuto della propria decisione recependo il regolamento d'interessi che ha titolo nell'accordo fra i coniugi, ma fa anche perdere a tale accordo la sua natura negoziale, divenendo parte integrante della sentenza anche per quanto concerne la sua attuazione ⁶⁰.

676

Il legislatore ha completamente trascurato la fase della rottura della convivenza e la possibilità di concludere *accordi sulla cessazione della convivenza*, come ad esempio l'obbligo a carico di uno dei conviventi di corrispondere una somma di denaro, proporzionale alla durata della convivenza, a favore del convivente con minor reddito oppure l'obbligo di concedere in godimento all'altro convivente un proprio immobile, per un periodo successivo alla rottura della convivenza. L'accordo potrebbe riguardare anche i criteri per la futura divisione dei beni mobili e immobili, di proprietà dei conviventi, alla cessazione della convivenza. La prima versione del c.d. «testo Cirinnà» prevedeva la possibilità di stabilire «i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per causa diverse dalla morte» ma la disposizione non è stata inserita nel testo definitivo della legge n. 76/2016 ⁶¹. La mancata previsione nella legge della possibilità di inserire accordi sulla cessazione della convivenza potrebbe far propendere per la soluzione negativa; d'altro canto, la

⁶⁰ TOMASSEO, *Libertà negoziale e principio dispositivo nei procedimenti in materia di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2018, 419.

⁶¹ Sul punto si veda ampiamente OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

disposizione del comma 50 «*I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune...*» sembra aprire alla possibilità di includere nel contratto qualunque accordo patrimoniale relativo alla convivenza, e quindi anche alla cessazione della convivenza⁶². Appare decisiva l'osservazione che «pur rilevante, è per gran parte superflua, una regolamentazione limitata alla fase fisiologica della convivenza, laddove invece la necessità di una regolamentazione convenzionale assume evidente rilevanza proprio con riguardo al momento della cessazione del rapporto»⁶³. *Un accordo sulla cessazione della convivenza appare espressione di quel dovere di solidarietà che permea l'istituto convivenza di fatto*, quale formazione sociale nella quale si esplica la personalità dell'individuo.

L'accordo potrebbe essere diretto a soddisfare l'esigenza abitativa del *partner* più debole, nel caso di cessazione della convivenza per recesso⁶⁴ o per morte del convivente⁶⁵, riconoscendo all'altro convivente un diritto personale di godimento oppure un diritto reale di abitazione sulla casa della convivenza oppure su altra casa di proprietà del *partner* più abiente, sottoposti alla condizione sospensiva della cessazione della convivenza⁶⁶. Si ritiene che la concessione di un siffatto diritto personale o reale di godimento non contrasti né con il divieto di apporre termini o condizioni al contratto di convivenza né con il divieto di patti successori. Quanto al divieto di apporre termini o condizioni al

677

⁶² Per l'ammissibilità di accordi sulla cessazione della convivenza AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1765 ss.; AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 396; Venuti, *La disciplina dei rapporti patrimoniali nel D.D.L. Cirinnà*, in 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 *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1009.

⁶³ ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit.; nello stesso senso AMADIO, *La crisi della convivenza*, cit., 1771.

⁶⁴ Nel caso di recesso del convivente che abbia la disponibilità esclusiva dell'abitazione, l'altro convivente ha, per legge, il termine di novanta giorni per lasciare l'abitazione oppure il maggior termine concessogli con la dichiarazione di recesso (comma 42 della legge n. 76/2016).

⁶⁵ Nel caso di morte del convivente proprietario della casa di comune residenza, il convivente superstite ha diritto di continuare ad abitare nella casa per i) due anni oppure ii) per tre anni, se con il convivente superstite coabitino suoi figli minori o disabili oppure iii) per il periodo superiore pari alla durata della convivenza ma non oltre cinque anni.

⁶⁶ OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit.; Id., *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in Blasi, Campione, Figone, Mecenate, OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, 123 ss.; Id. *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 285 ss.; ASPREA, *L'assegnazione della casa familiare nella separazione, nel divorzio e nella convivenza*, Torino, 2003, 104 ss.

contratto di convivenza, si ritiene che riguardi il contratto nella sua interezza e non la singola pattuizione e che, in ogni caso, non possa applicarsi ad una pattuizione favorevole al contraente più debole, che è intesa a soddisfare una sua esigenza primaria. Quanto al divieto dei patti successivi di cui all'art. 458 c.c., il patto non contrasta con il divieto perché la disposizione del diritto avviene con il contratto di convivenza, anche se la sua efficacia è condizionata all'evento morte che non costituisce la causa della disposizione ma un termine iniziale di efficacia.

Un limite espresso agli accordi sulla cessazione della convivenza si ritrova nel comma 65 che riconosce, alla cessazione della convivenza, il diritto del convivente, che versi in stato di bisogno, di ricevere dall'altro convivente gli alimenti nella misura determinata ai sensi dell'art. 438 c.c. L'eventuale accordo sulla cessazione della convivenza non può ovviamente incidere in senso peggiorativo sul diritto agli alimenti riconosciuto dalla legge.

Un secondo limite agli accordi sulla cessazione della convivenza è dato dal rispetto della libertà personale dei conviventi, nel senso che la clausola non deve essere costruita come clausola penale che imponga una prestazione patrimoniale in danno del convivente che intende cessare la convivenza in maniera da coartare la sua libertà personale.

Un altro aspetto del *menage* convivenza che può assumere importante rilievo per i contraenti e del quale va valutata la deducibilità nel contratto di convivenza è la possibilità di concludere *un accordo sul tenore di vita*. Si tratta dell'accordo con cui viene riconosciuto al convivente più debole economicamente di beneficiare, per la durata della convivenza, dello stesso tenore di vita, superiore del *partner*⁶⁷, ad esempio tramite contribuzioni economiche, la messa a disposizione di abitazioni o automobili, il regalo di vacanze, ecc. L'accordo dovrebbe prevedere che l'impegno economico cessi nel caso di interruzione della con-

⁶⁷ FADDA, *Modelli familiari*, cit. ritiene ammissibile, tra coniugi, un accordo relativo al tenore di vita oppure un obbligo di somministrazione, a carico del coniuge più abbiente, di quanto necessario all'altro per godere del tenore di vita concordato. La rilevanza di tali accordi poteva manifestarsi nella fase patologica del rapporto, con una pretesa del coniuge meno abbiente commisurata al tenore di vita concordato e attuato nel matrimonio. Il problema è superato dall'orientamento giurisprudenziale che, in materia di divorzio, ha escluso la rilevanza del criterio del tenore di vita per la determinazione dell'entità dell'assegno, introducendo, da ultimo, un criterio composito assistenziale compensativo (Cass., sezioni unite, 11 luglio 2018, n. 18287; Cass. 10 maggio 2017, n. 11505, in *Fam. e dir.*, 2017, 636; Cass. 22 giugno 2017, n. 15841, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1010 ss, con nota di Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*).

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

vivenza. Si ritiene che siffatto accordo sia valido, sia per la non riferibilità del divieto di patti e condizioni alla singola pattuizione, sia per la meritevolezza di tutela della causa che è finalizzata, da una parte, a garantire, *manente* convivenza, un tenore di vita più elevato al *partner* più debole economicamente e, d'altra parte, ad evitare, alla cessazione della convivenza, una situazione di incertezza o conflittualità, causata da pretese economiche dello stesso.

Altra questione rilevante nella predisposizione di un contratto di convivenza è la possibilità di inserire, all'interno del contratto, accordi di natura personale. Ad esempio i conviventi potrebbero richiedere di formalizzare un accordo sull'indirizzo che i due partners intendono dare alla loro convivenza⁶⁸. La lettera della legge sembra escludere tale possibilità: «*I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza*» (comma 50). Il comma 53 prevede l'indicazione nel contratto di convivenza dell'indirizzo al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto e della residenza dei conviventi. Si tratta di due indicazioni che non hanno contenuto patrimoniale e potrebbero essere l'indice di un possibile contenuto anche personale del contratto di convivenza; d'altra parte, è possibile sostenere che si tratta di indicazioni necessarie per l'applicazione della disciplina della legge n. 76/2016, ad esempio per comunicare il recesso dal contratto di convivenza oppure per la notifica dell'estratto dell'atto di matrimonio o di unione civile di uno dei contraenti all'altro oppure per individuare la casa di comune residenza ai fini della disciplina di cui ai commi 42 e 43. Preso atto della difficoltà di trovare una soluzione letterale al problema, bisogna interrogarsi se la causa del contratto di convivenza possa offrire un contributo alla soluzione del problema. Si è detto che il contratto di convivenza, pur essendo un contratto oneroso, non regola un normale rapporto giuridico patrimoniale di scambio, ma specifica e dà un contenuto concreto a degli obblighi di contribuzione all'interno di una cornice legislativa tenden-

⁶⁸ Secondo OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. il contratto di convivenza non potrebbe avere ad oggetto rapporti diversi da quelli patrimoniali (come è invece il caso, ad es., per il PACS francese); nello stesso senso DI ROSA, *I contratti di convivenza*, cit.; SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, cit.; *contra*, prima della riforma, per la possibile regolamentazione del rapporto di convivenza secondo il modello matrimoniale (con la deducibilità dunque di obblighi personali quali la fedeltà e la coabitazione), DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 949 ss.

zialmente inderogabile. Il comma 53, lett. b) della legge, che regola le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, è modellato sull'art. 143, comma 3, c.c. che disciplina i doveri di contribuzione ai bisogni della famiglia⁶⁹. Non si dubita della possibilità per i coniugi di concludere accordi sull'indirizzo della vita familiare, ai sensi dell'art. 144 c.c.⁷⁰. Né si dubita che tali accordi possano riguardare aspetti personali della vita familiare, come ad esempio l'accordo di dormire in stanze separate, di allontanarsi dall'abitazione familiare in alcuni giorni della settimana per coltivare un hobby personale, per assistere un parente o per lo svolgimento di attività di volontariato, anche con la destinazione di parte dei proventi dell'attività lavorativa ad opere di beneficenza⁷¹. Si può allora sostenere che il contratto di convivenza, nonostante il *nomen iuris*, abbia natura di patto familiare di natura programmatica⁷², come è confermato dalla possibilità di scegliere il regime della comunione dei beni e dal divieto di apporre al contratto termini o condizioni che è caratteristica tipica dei negozi di natura familiare (cfr. art. 108 c.c. per il matrimonio). Se si accetta l'idea che il contratto di convivenza abbia natura di patto familiare di natura programmatica, si dovrebbe ammettere che i conviventi possano introdurre accordi di natura personale sulla gestione del tempo libero e delle vacanze, sul riconoscimento di margini di autonomia personale ad uno dei *partners*, ecc. Si tratta di accordi certamente marginali rispetto a quelli di natura patrimoniale ma che possono essere ritenuti importanti dai conviventi così come possono essere, pacificamente, siglati tra due coniugi.

680

⁶⁹ In senso conforme, AMAGLIANI, *I contratti di convivenza*, cit.

⁷⁰ Si noti che l'art. 144, comma 1, c.c. stabilisce che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa; il comma 53, lett. a) della legge n. 76/2016 stabilisce che il contratto di convivenza può contenere l'indicazione della residenza. È possibile argomentare nel senso che l'indicazione della residenza nel contratto di convivenza abbia una funzione analoga alla fissazione della residenza della famiglia di cui all'art. 144 c.c. e ritrovare, dunque, un parallelo tra il contenuto del contratto di convivenza e l'accordo dei coniugi sull'indirizzo della vita familiare di cui all'art. 144 c.c. ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit. attribuisce all'indicazione della residenza un valore sostanziale, di significativo momento costitutivo della fattispecie, che va oltre le risultanze anagrafiche.

⁷¹ Sul tema si veda l'ampia trattazione di FADDA, *Modelli familiari*, cit.

⁷² DI ROSA, *I contratti di convivenza*, cit. evidenzia come il contratto di convivenza appaia strutturato, sia dal punto di vista della genesi dell'accordo, sia per lo svolgimento e l'eventuale cessazione, in maniera da configurarsi in termini alternativi al matrimonio o all'unione civile; DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 951 evidenzia la natura di contratto di diritto familiare.

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

È stato rilevato che «anche nelle relazioni familiari gli spazi di autonomia privata sono più ampi, se la promessa di una certa prestazione patrimoniale non costituisce il corrispettivo per una controprestazione di carattere personale considerata come dovuta, ma è offerta come premio condizionato all'assunzione di certe condotte, che rimangono però libere per il promissario a cui è destinata la ricompensa»⁷³. Si potrebbe ipotizzare un accordo tra due conviventi di diversa nazionalità che preveda la promessa di accompagnare il *partner* una volta l'anno nel suo Paese natale con l'assunzione del promissario del pagamento delle spese di viaggio e di soggiorno. Si ritiene ammissibile una clausola con la quale un convivente, che per ragioni di carriera potrebbe essere trasferito in un'altra città, prometta all'altro, anche in relazione ai maggiori disagi e alle spese che potrebbero derivarne, di incrementare il proprio contributo economico, a condizione che il beneficiario lo segua nella nuova destinazione⁷⁴.

La questione è molto delicata poiché si tratta di accordi di natura non patrimoniale che non danno origine ad obbligazioni vincolanti e che potrebbero essere ritenuti contrari all'ordine pubblico, in quanto implicanti limitazioni alle libertà personali dell'altro contraente, espressione di valori fondamentali della persona⁷⁵. Secondo una tesi più liberale, con il contratto di convivenza è possibile anche dare una regolamentazione contrattuale ai diversi aspetti non direttamente patrimoniali della convivenza che, trasfusi nel contratto di convivenza, assumono valore obbligatorio, fermo restando la possibilità di interrompere in qualsiasi momento la convivenza con la dichiarazione di recesso⁷⁶.

⁷³ VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.; sul tema in generale Basini, *Le promesse premiali*, Milano, 2000.

⁷⁴ L'esempio è proposto da VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit. che, per altri esempi nella stessa prospettiva, rinvia a Franzoni, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi «more uxorio»*, in *Il diritto di famiglia* diretto da Bonilini, Cattaneo, II, Torino, 2007, 543.

⁷⁵ In questo senso, ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, cit.; SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, cit.; DI ROSA, *I contratti di convivenza*, cit. secondo il quale il contratto che contenga pattuizioni di natura personale potrebbe essere ritenuto in contrasto con l'ordine pubblico e non potrebbe, quindi, contenere l'attestazione richiesta dal comma 51 della legge n. 76/2016, ossia la conformità dichiarata dal notaio o dall'avvocato all'ordine pubblico o comunque alle norme imperative; anzi, più precisamente, un tale atto dovrebbe addirittura ritenersi, proprio a tutela del professionista (che altrimenti sarebbe certamente responsabile), da questi non rogabile o autenticabile.

⁷⁶ Afferma PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit. che «gli atti cui si riferisce l'art. 1, comma 50°, cit., sembrerebbero costituire veri e propri contratti in grado di dare regole

L'eventuale inserimento nel contratto di convivenza anche di accordi di natura personale, ove ritenuto ammissibile, dovrebbe essere accompagnato dalla specifica previsione che tali accordi di natura non patrimoniale *non determinano il sorgere di obbligazioni, non sono suscettibili di alcuna azione esecutiva e non possono limitare la libertà personale del convivente.*

10. *Altri negozi estranei al contenuto tipico del contratto di convivenza.*

Il contratto di convivenza come descritto fino ad ora non esaurisce le esigenze che i conviventi, in astratto, possono desiderare di soddisfare ⁷⁷.

La legge non riconosce ai conviventi la possibilità di costituire un patrimonio destinato a soddisfare le esigenze della famiglia di fatto, in maniera analoga all'istituto del fondo patrimoniale per i coniugi. Si ritiene che i conviventi abbiano la possibilità di destinare uno o più beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri a soddisfare le esigenze della convivenza con la trascrizione di un vincolo di destinazione *ex art. 2465-ter c.c.* Si ritiene, inoltre, che i conviventi possano costituire un *trust* interno, con la scelta di una legge di uno Stato estero che disciplini il *trust*, segregando un certo patrimonio alle descritte esigenze familiari. Si pensi all'ipotesi in cui i conviventi costituiscano un *trust* per formare un patrimonio idoneo a garantire le esigenze di studio dei figli, fino alla loro indipendenza economica, con la possibilità di alimentarlo con successivi incrementi patrimoniali da parte dei conviventi o dei più stretti congiunti.

Non si può escludere, inoltre, la possibilità di costituire una rendita

impegnative ad aspetti altrimenti non vincolanti giuridicamente e non dotati di rilevanza patrimoniale diretta; sempre che — si ribadisce — regolamentino aspetti del rapporto in grado di conferire al negozio l'indispensabile nota della patrimonialità e con l'avvertenza fondamentale per cui la presenza di tale nota non può giustificare la vincolatività di comportamenti che, in quanto espressione di libertà, non tollerano coazioni».

⁷⁷ OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. ritiene che possano essere inseriti nel contratto di convivenza istituti giuridici già prima della novella legislativa utilizzati per soddisfare gli interessi dei conviventi *more uxorio* come contratti di comodato, donazioni, mandati, contratti di mantenimento; nello stesso senso VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, cit.; secondo PISCHETOLA, *L'intervento del notaio nella soluzione della crisi coniugale, della unione civile e della convivenza: profili fiscali*, in *CNN Notizie* del 25 luglio 2017 «La legge n. 76 — al comma 53 dell'articolo unico — indica solo alcune delle materie che ne possono costituire l'oggetto (la residenza, le modalità di contribuzione, il regime patrimoniale della comunione dei beni), ma è pacifico che i conviventi possano adottare una regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali con modalità e contenuti ad ampio spettro».

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

vitalizia o un contratto di mantenimento a favore del convivente che si trova in una situazione economica più precaria.

Il comma 60 della legge n. 76/2016 prevede espressamente la possibilità di trasferimento di diritti reali immobiliari discendenti dal contratto di convivenza, per i quali resta ferma la competenza del notaio, in tal modo dimostrando chiaramente la possibilità di introdurre nel contratto di convivenza accordi ulteriori rispetto al suo contenuto tipico.

11. *Le verifiche del professionista chiamato a ricevere (notaio) o autenticare (notaio o avvocato) il contratto di convivenza.*

La sottoscrizione di un contratto di convivenza richiede una particolare attenzione da parte del professionista chiamato a riceverlo o autenticarlo, sia per la molteplicità di verifiche che è chiamato ad effettuare sia per la possibile atipicità del contenuto, stante la pochezza del dato normativo che non esaurisce certamente le esigenze di chiarezza e completezza del regolamento contrattuale che sono alla base della decisione di sottoscrivere un contratto di convivenza.

Quanto ai presupposti, il professionista deve verificare che: i) i contraenti siano maggiorenni, ii) non siano vincolati da rapporti di parentela, affinità, adozione, matrimonio o da un'unione civile; iii) non sia in corso un procedimento di interdizione; iv) non via stato né sia in corso alcun procedimento penale per il delitto di cui all'art. 88 c.c. (omicidio tentato o consumato nei confronti del coniuge dell'altra parte); v) sussista il legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale.

In particolare, per quanto riguarda il requisito della stabile unione, si è già chiarito che secondo l'opinione prevalente la dichiarazione anagrafica ha una funzione esclusivamente probatoria mentre l'esistenza della c.d. famiglia «di fatto» dipende dalla sussistenza di un rapporto stabile caratterizzato dall'unione affettiva e dalla reciproca solidarietà. Ciò non toglie che il professionista non possa che fare affidamento sulla dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 della legge n. 76/2016 sia per l'impossibilità di accertare diversamente una relazione connotata da aspetti prevalentemente personali e affettivi sia per la conseguente pubblicità del contratto di convivenza che si attua tramite l'iscrizione all'anagrafe (comma 52).

Un aspetto particolarmente delicato consiste nella valutazione degli accordi patrimoniali sulla contribuzione alla vita in comune pattuiti dai

conviventi. La proporzionalità e adeguatezza degli accordi patrimoniali sono considerate dalla giurisprudenza elemento essenziale della giustificazione causale degli spostamenti patrimoniali nell'ambito della convivenza. Al di fuori dei citati parametri, gli spostamenti patrimoniali sono considerati senza causa e potrebbero essere soggetti all'azione di ripetizione, salvo che ne sia dimostrato l'intento liberale e siano rispettati i requisiti di sostanza e di forma richiesti dalla liberalità. Si è detto in precedenza che, come prescritto per i coniugi dall'art. 143 c.c., i parametri di riferimento per la determinazione del *quantum* della contribuzione reciproca sono rappresentati dalle sostanze personali di ciascuno e dalla capacità di lavoro professionale o casalingo. Funzione essenziale del contratto di convivenza è quella di specificare e dare concretezza, con riferimento alla singola situazione del caso concreto, agli obblighi reciproci di contribuzione. In ciò si ritiene si espliciti l'autonomia privata delle parti contraenti, senza la possibilità per il professionista di entrare nel merito delle scelte effettuate.

684

Il contratto di convivenza ha una causa, *lato sensu*, familiare, in quanto disciplina gli accordi programmatici dei conviventi ritenuti opportuni per il miglior funzionamento della formazione sociale, famiglia «di fatto», alla quale si ritengono applicabili i principi di uguaglianza, solidarietà e libertà enucleabili dall'art. 2 Cost. Il professionista deve valutare con attenzione che gli accordi contenuti nel contratto di convivenza non vadano a coartare o limitare la libertà personale o la dignità di uno dei conviventi. Ad esempio, non si ritengono ammissibili clausole penali o premiali che ancorino determinate prestazioni patrimoniali alla durata o alla rottura della convivenza e possano compromettere la libertà personale dei conviventi.

Secondo l'opinione prevalente, non sarebbero ammissibili neppure accordi di natura personale, quali ad esempio accordi sulla gestione del tempo libero o delle vacanze, sulla libertà riconosciuta ad uno dei conviventi di svolgere determinate attività, di assistere una persona malata, di coltivare *hobbies* nel tempo libero, di impiegare parte del denaro personale per attività di beneficenza, ecc. Tale tipo di accordi rientrano nel perimetro degli accordi *ex art. 144 c.c.* che i coniugi possono realizzare sull'indirizzo della vita familiare. Attesa la natura di contratto connotato da causa familiare, appare fortemente limitativo negare ai conviventi di raggiungere accordi di tale natura, se ritenuti utili alla programmazione della loro convivenza, certamente ammessi per i co-

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

niugi, fermo restando che è fuori discussione il valore non vincolante e non coercibile di simili accordi. Spetterà al singolo professionista prendere posizione sull'ammissibilità di tali accordi e adottare le opportune clausole per chiarire esattamente la loro natura, la loro portata e la non interferenza con diritti fondamentali della persona che potrebbero portare a dichiararne la nullità per contrarietà all'ordine pubblico.

Alla luce delle considerazioni che precedono l'attestazione richiesta dal comma 51 da parte del professionista della conformità del contratto alle norme imperative e all'ordine pubblico, che può essere ritenuta una trovata bizzarra di un legislatore frettoloso, appare una dichiarazione fortemente impegnativa per il professionista, tutt'altro che una mera menzione formale.