

Contratti di convivenza

I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)

di Giacomo Oberto

Lo studio si articola in due distinte parti. Di esse, la prima presenta una rassegna critica delle principali proposte di legge in tema di rapporti patrimoniali tra conviventi *more uxorio* e di contratti di convivenza, in un arco di tempo compreso tra la X legislatura e l'attuale, per concludersi con un'analisi dello schema di testo unificato proposto alla Commissione Giustizia del Senato il 24 giugno 2014, di cui vengono sottolineate le contraddizioni ed incongruenze. Nella seconda parte si propugna un approccio diverso rispetto a quello sino ad oggi seguito. Abbandonata la controproducente associazione tra contratti di convivenza (per le coppie tanto etero che omosessuali) e regolamentazione paramatrimoniale (per le sole coppie omosessuali che aspirano al matrimonio), posto che l'unica soluzione per questo secondo problema è costituita, per l'appunto, dalla pura e semplice introduzione del *mariage pour tous*, occorre invece farsi carico delle questioni giuridiche inevitabilmente destinate a sorgere da una convivenza tra persone (di sesso diverso, così come dello stesso sesso) che, per le più svariate ragioni, escludono la via del matrimonio. Quest'ultima, e solo quest'ultima, è la considerazione che deve porsi alla base di un'ipotetica disciplina *ad hoc* dei contratti di convivenza. Disciplina che deve, quindi, mirare alla costituzione, per via negoziale, di un rapporto giuridico fonte di reciproci diritti e doveri per taluni aspetti somiglianti a quelli di due soggetti coniugati, ma che da questi divergano per modo di costituzione e di cessazione, nonché per qualità, quantità ed intensità di effetti. Quanto mai stimolante, sotto questo profilo, può rivelarsi la comparazione con i risultati raggiunti dalle riflessioni in tema di contratti prematrimoniali, di cui vengono qui citati alcuni esempi.

«L'Italia è quel Paese che non ammette l'ignoranza della legge, ma ammette l'ignoranza di chi fa le leggi», M. Crozza, *Crozza nel paese delle meraviglie*, 5 dicembre 2014.

1. Le principali proposte di legge sui regimi patrimoniali dei conviventi e sui contratti di convivenza nelle legislature X-XIV

La via della disciplina normativa dei rapporti patrimoniali tra conviventi, già percorsa (peraltro non senza contraddizioni e ripensamenti) all'estero da svariate legislazioni (1), è stata tentata più volte

(1) È il caso (oltre che, come ovvio, degli ordinamenti che conoscono come legale un regime di tipo comunitario ed in cui la disciplina matrimoniale viene *sic et simpliciter* richiamata dalle norme sul partenariato registrato, come avviene, ad esempio, nei Paesi scandinavi) della Germania, ove il *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG)* del 16 febbraio 2001, che aveva originariamente previsto per i conviventi omosessuali che avessero provveduto alla registrazione della loro unione, l'apposito regime della *Ausgleichsgemeinschaft*, modellato sulla falsariga della *Zugewinnngemeinschaft*, ha, a seguito della riforma di cui alla l. 6 febbraio 2005, adottato quale *Güterstand* (cfr. il nuovo § 6), peraltro derogabile, proprio quello previsto quale regime legale per i coniugi, con espresso rinvio ai §§ 1363, secondo comma, nonché da 1364 a 1390 *BGB*. In Francia, invece, l'originaria versione dell'art. 515-5 *c.c. fr.*, introdotto dalla l. n. 99-944 del

15 novembre 1999, che stabiliva, in difetto di apposita convenzione derogativa, per i *concubins pacés* la regola dell'*indivision* (cioè della comunione ordinaria, e non di quella legale tra i coniugi) per gli acquisti compiuti, anche separatamente, è stata sostituita, per effetto della l. n. 2006-728 del 23 giugno 2006, in vigore dal 1° gennaio 2007, da una nuova formulazione che prevede come applicabile *par défaut* il regime di separazione dei beni (cfr. il primo comma della citata norma, a termini del quale «Sauf dispositions contraires de la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels»). La medesima soluzione era stata adottata ancor prima in Spagna dalla legge catalana n. 10/1998, del 15 luglio 1998, *de uniones estables de pareja* (cfr. l'art. 3, secondo comma, u.p., per le unioni eterosessuali, così come l'art. 22, ultimo comma, u.p., per le unioni omosessuali,

senza esito da numerosi progetti di legge di casa nostra. Nell'ambito di tali prospettate normative si collocano sovente disposizioni volte a disciplinare, in modo più o meno adeguato, i contratti di convivenza.

Cominciando dalle testimonianze più risalenti, potrà citarsi quel progetto di legge che, presentato già nel corso della X legislatura, prevedeva l'applicazione ai conviventi *more uxorio* degli artt. 177, 178, 179 e 194 c.c. (2). La proposta, se da un lato non sembrava lasciare spazio all'autonomia delle parti, prevedendo per ciascuno dei conviventi la possibilità di rivolgersi al giudice per la divisione del patrimonio formato durante il *ménage*, dall'altra sottintendeva in maniera abbastanza evidente – con il richiamo al concetto di divisione, che, come noto, esiste anche nella forma non giudiziale, vale a dire contrattuale – il potere dei *partners*, se d'accordo, di liquidare in maniera convenzionale i diritti reciprocamente spettanti.

Per venire (sempre, naturalmente, a titolo di mero esempio, atteso il gran numero di iniziative legislative sul tema di questi ultimi anni, rimaste, peraltro, tutte lettera morta) alle proposte presentate in tempi più recenti, potrà farsi menzione del progetto di legge intitolato «Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto» (3), risalente alla XIV legislatura.

Il regime patrimoniale *envisagé* da questa iniziativa si fondava (cfr. art. 11, commi terzo e quarto) sulla libertà di scelta tra il regime di «comunione legale regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione III, del codice civile» (regime che – a ben vedere – non si sarebbe più potuto definire, nel caso di specie, come «legale», nascendo dall'accordo delle parti, anziché «per *default*» dalla legge) e quello di «comunione convenzionale regolata dal libro I, ti-

tole VI, capo VI, sezione IV, del codice civile» (con il problema, non risolto dalla proposta, costituito dal fatto che una semplice «scelta» avrebbe dovuto dar luogo ad un regime che avrebbe dovuto essere dettagliatamente regolato da una serie di intese, le quali a loro volta non avrebbero potuto essere contenute se non in un apposito contratto). In caso di mancata effettuazione della scelta, il regime sarebbe stato quello separatista.

Un'analoga proposta coeva prevedeva invece l'alternativa «secca» tra il regime di separazione dei beni (che si sarebbe dovuto «presumere» in mancanza di scelta) e un non meglio precisato «regime di comunione per i beni che verranno acquistati a titolo oneroso posteriormente alla conclusione del contratto», di cui il progetto non si degnava neppure di specificare la natura (appartenenza alla *species* definita dagli artt. 177 ss. c.c., o a quella di cui agli artt. 1100 ss. c.c.?) (4).

2. Le principali proposte di legge sui regimi patrimoniali dei conviventi e sui contratti di convivenza nelle legislature XV e XVI

Nel corso della XV legislatura il richiamo agli artt. 177, 178, 179 e 194 c.c. era tornato a comparire nell'ambito di un progetto di legge piuttosto discutibile. Nel sistema ivi delineato, infatti, l'accertamento delle eventuali pretese delle parti sarebbe divenuto tecnicamente impossibile, dal momento che il rinvio alle cennate norme era inserito in una disposizione la cui prima parte contraddittoriamente avrebbe attribuito al giudice (secondo modelli propri dei sistemi di *common law*) il potere di procedere alla divisione del patrimonio «indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, tenuto conto della consistenza del patrimonio co-

secondo cui «cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes»; analogamente dispone l'art. 6 della legge aragonese n. 6/1999, del 25 marzo 1999, relativa a *parejas estables no casadas*). Inutile dire che il problema qui trattato viene almeno in parte determinato in Italia dalla totale assenza di una qualsivoglia disciplina dell'unione omosessuale: la questione viene invece, ovviamente, eliminata in radice da tutti i sempre più numerosi ordinamenti che estendono il matrimonio alle coppie dello stesso sesso (sul punto si fa rinvio per tutti a Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, 221 ss.).

(2) Si tratta della proposta presentata il 9 ottobre 1987, d'iniziativa dei deputati Calvanese e altri, recante il n. 1647 e intitolata «Nuove norme in materia di diritto di famiglia». Essa, agli artt. 13 e 15, prevedeva testualmente quanto segue: «Art. 13 (Patrimonio della famiglia di fatto)

I conviventi *more uxorio* possono rivolgersi al giudice per chiedere la divisione del patrimonio costituito durante la convivenza.

Il giudice valuta, indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, la consistenza del patrimonio costituito dai conviventi con apporti di lavoro professionale, o casalingo, ai sensi degli articoli 177, 178 e 179 del codice civile, come sostituiti rispettivamente dagli articoli 56, 57 e 58 della legge 19 maggio 1975, n. 151.

Il giudice procede alla divisione del patrimonio ai sensi dell'art. 194 del codice civile, come sostituito dall'art. 73 della legge 19 maggio 1975, n. 151».

«Art. 15 (Facoltà per i conviventi di escludere il regime di comunione e la costituzione di impresa familiare)

Le disposizioni di cui agli articoli 13 e 14 della presente legge non si applicano se i conviventi concordano su ciò con atto pubblico di cui all'articolo 2699 del codice civile».

(3) Cfr. la proposta n. 3296/XIV/C, presentata alla Camera il 21 ottobre 2002 di iniziativa del deputato Grillini.

(4) Cfr. l'art. 230-*nonies* c.c., secondo la proposta n. 4334/XIV/C («Disciplina del patto civile di solidarietà»), presentata il 2 ottobre 2003, di iniziativa del deputato Rivolta e altri.

stituito dalle parti con apporti di lavoro professionale e casalingo». Questa attività appare evidentemente inconciliabile con l'applicazione delle norme codicistiche citate, così come conformate dal nostro legislatore (5).

Assai più realisticamente, un'altra proposta della medesima XV legislatura prevedeva per *default* il regime di separazione tra conviventi *more uxorio*, in caso di mancata scelta per il regime di comunione legale *ex artt. 177 ss.* o di quello di comunione convenzionale *ex artt. 210 s. c.c.* (6).

Al contratto di convivenza veniva comunque lasciata un'ampia sfera d'azione, dal momento che lo stesso – oltre che derogare alla separazione dei beni, come detto – poteva disporre il passaggio dall'uno all'altro dei regimi patrimoniali previsti (separazione, comunione «legale», comunione convenzionale), utilizzando così le forme d'autonomia negoziale consentite ai coniugi (7); esso avrebbe inoltre potuto disciplinare il regime di contribuzione in modo difforme da come previsto dall'art. 8, sia nei rapporti interni, che, eventualmente, verso i terzi, escludendo la *solidarité ménagère* di regola introdotta per i conviventi. Al patto (scritto) veniva altresì affidata (cfr. l'art. 10 cpv.) la possibilità di escludere che «tutte le scelte di natura religiosa o morale, le modalità di svolgimento della cerimonia funebre, la scelta del luogo di sepoltura ovvero la decisione di cremare il corpo del defunto» fossero adottate dall'altro contraente di un patto civile di solidarietà, così lasciando desumere *a contrariis* che, in difetto di siffatta previsione, il *partner* avrebbe po-

tuto decidere (peraltro «sentiti gli ascendenti e i discendenti del soggetto interessato»).

Significativamente il d.d.l. governativo sui diritti delle persone conviventi (c.d. «di.co.») (8), risalente al medesimo turno di tempo, appariva muto sul punto, mentre la successiva proposta del Presidente della Commissione giustizia del Senato (sui c.d. «c.u.s.») (9) avanzava l'idea della (necessaria) indicazione, nel vagheggiato «contratto di unione solidale», dell'intenzione delle parti di assoggettare o meno «alle norme della comunione in generale i beni acquistati a titolo oneroso successivamente alla stipulazione del contratto stesso, anche quando l'acquisto sia compiuto da una sola delle parti». Formulazione, questa, da cui sembra dato arguire che il regime proposto avrebbe dovuto essere quello di una comunione ordinaria (con possibile determinazione convenzionale delle quote in misura diversa da quella paritaria, imposta, come noto, dall'art. 210 c.c.), che si sarebbe però costituita *ex lege* anche in caso di acquisto da parte di uno solo dei conviventi. La proposta non chiariva, peraltro, quale avrebbe dovuto essere il regime applicabile nel caso di silenzio del contratto sul punto (10).

Analoga poliedricità di posizioni caratterizza le proposte presentate nel corso della XVI legislatura. Così, mentre il progetto conosciuto con l'acronimo «Di.do.re.» (11) ignorava puramente e semplicemente ogni questione attinente al regime patrimoniale della coppia convivente, la proposta d'iniziativa dei deputati Bernardini e altri (12) mirava all'introduzione, tra l'altro, di un art. 455-*undecies*

(5) Cfr. il progetto di legge n. 1563/XV/C, presentato il 2 agosto 2006 dal deputato De Simone e altri, che proponeva l'introduzione di un art. 455-*septies* c.c., il cui quarto comma era del seguente tenore: «Nel caso di separazione, le parti procedono di comune accordo alla divisione patrimonio comune. Nel caso in cui l'accordo non sia possibile il giudice, indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, tenuto conto della consistenza del patrimonio costituito dalle parti con apporti di lavoro professionale e casalingo ai sensi degli articoli 177, 178 e 179, decide sulle conseguenze patrimoniali procedendo alla divisione del patrimonio ai sensi dell'articolo 194, fatta salva la possibilità per le parti agire per il risarcimento del danno eventualmente subito».

(6) Cfr. art. 8, terzo, quarto e quinto comma, della proposta n. 33/XV/C, presentata il 28 aprile 2006 d'iniziativa del deputato Grillini e altri.

(7) È impossibile in questa sede fornire un'esauriente elencazione dei contributi italiani e stranieri sull'argomento. L'autore si permette pertanto di fare richiamo a Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 8 ss., 151 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 81 ss.

(8) Cfr. il d.d.l. di iniziativa governativa n. 1339/XV/S, presentato il 20 febbraio 2007. Per alcune osservazioni su tale progetto cfr. Grasso, *Tiziano o Duchamp: sul disegno di legge in tema di «Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi»*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 723 ss.

(9) Cfr. il disegno di legge dal titolo «Contratti di unione solidale», presentato il 12 luglio 2007 dal senatore Salvi, Presidente della Commissione Giustizia del Senato, al comitato ristretto ed approvato dalla Commissione predetta il 4 dicembre 2007. Per alcune osservazioni su tale progetto cfr. Laurini, *Le convivenze extra-familiari. Una proposta di disciplina rispettosa dei principi etici e costituzionali*, in *Notariato*, 2008, 362 s.

(10) Cfr. il testo del proposto art. 455-*octies* c.c.: «Regime patrimoniale. Nel contratto di unione solidale le parti devono indicare se intendono assoggettare alle norme della comunione in generale i beni acquistati a titolo oneroso successivamente alla stipulazione del contratto stesso, anche quando l'acquisto sia compiuto da una sola delle parti».

(11) Cfr. il progetto di legge dal titolo «Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi», presentato l'8 ottobre 2008 dal deputato Barani ed altri (n. 1756/XVI/C). Analogo silenzio contraddistingueva la proposta n. 1862/XVI/C, d'iniziativa del deputato Mantini ed altri, dal titolo «Norme sulla responsabilità delle persone stabilmente conviventi, in materia di successione, obblighi alimentari, prestazione di lavoro, permesso di soggiorno, contratti di locazione, assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, assistenza in caso di ricovero, internamento o detenzione, nonché di decisioni in materia di salute e in caso di morte», presentata il 3 novembre 2008.

(12) Cfr. la proposta n. 1065/XVI/C («Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di unione civile»), presentata

c.c. così concepito: «(Regime patrimoniale dell'unione civile). – (1) All'atto di costituzione dell'unione civile le parti possono scegliere mediante convenzione ai sensi dell'articolo 455-*sexies* il regime patrimoniale della stessa. (2) Nel caso che, per qualsiasi ragione, si ometta di stipulare la convenzione di cui al primo comma, si presume scelto il regime di separazione legale».

Tra le convenzioni previste dal proposto art. 455-*sexies* c.c. non compariva, almeno espressamente, quella costitutiva di un regime di comunione, anche se l'ampia formulazione del primo comma della stessa («Con convenzione stipulata ai sensi delle disposizioni del presente codice e delle leggi speciali vigenti in materia di contratti, le parti dell'unione civile possono disciplinare gli aspetti patrimoniali della stessa, nonché i termini per la cessazione unilaterale di cui al terzo comma dell'articolo 455-*octies* e le conseguenze patrimoniali di tale cessazione») induceva a ritenere senz'altro possibile un accordo diretto alla creazione di un regime comunitario, sulla falsariga di quanto proposto dallo scrivente (13). Il problema sarebbe stato, semmai, e ancora una volta, quello di comprendere se tale comunione fosse opponibile ai terzi, né sul punto avrebbe potuto soccorrere quanto disposto dal capoverso del proposto art. 455-*octies*, che si limitava a legare al rispetto delle regole dell'atto pubblico l'opponibilità della convenzione, senza spendere una parola sul delicatissimo tema della relativa pubblicità.

Non molto dissimilmente da tale ultima iniziativa, un'altra proposta, d'iniziativa dei deputati Lucà ed altri (14), suggeriva (cfr. il relativo art. 4) la previ-

sione della «separazione dei beni, in conformità alla disciplina stabilita dal libro primo, titolo VI, capo VI, sezione V, del codice civile» quale «regime patrimoniale legale tra le persone componenti l'unione di fatto». Nessuna menzione era fatta della possibilità che le parti convenissero un regime diverso, anche se l'espresso richiamo al concetto di «regime patrimoniale legale» induceva a ritenere che non fossero esclusi regimi patrimoniali di fonte convenzionale, ivi compreso, quindi, un eventuale regime comunitario (15).

Più preciso sul punto il disegno di legge d'iniziativa della senatrice Franco (16), che, all'art. 8, terzo comma, prevedeva che «I contraenti dell'unione civile possono scegliere tra i seguenti regimi patrimoniali: a) la comunione legale, come regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione III, del codice civile; b) la comunione convenzionale, come regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione IV, del codice civile». Di tale opzione si sarebbe dovuto fare menzione nel registro dello stato civile, mentre, in difetto di scelta, il regime sarebbe stato quello della separazione dei beni, con conseguente applicazione delle «norme del libro I, titolo VI, capo VI, sezione V, del codice civile» (17).

3. Le principali proposte di legge sui regimi patrimoniali dei conviventi e sui contratti di convivenza nella XVII legislatura

Anche nel corso della XVII legislatura risultano presentate diverse proposte di legge in tema di rapporti patrimoniali nell'ambito della famiglia di fatto e di patti di convivenza, che in gran parte ri-

il 15 maggio 2008.

(13) Cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 262 ss., 268 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 120 ss.

(14) Cfr. la proposta n. 1858/XVI/C («Riconoscimento giuridico di diritti, responsabilità e facoltà alle persone che fanno parte di unioni di fatto e delega al Governo per la disciplina della successione tra le medesime»), presentata il 3 novembre 2008.

(15) Il citato proposto art. 4 si preoccupava invece di prevedere, al terzo comma, che «Gli atti di disposizione patrimoniale effettuati tra le persone componenti l'unione di fatto in proporzione ai rispettivi redditi, alle rispettive sostanze e alle rispettive capacità lavorative costituiscono adempimento di obbligazione naturale, in conformità alla disciplina stabilita dall'articolo 2034 del codice civile». Il successivo quarto comma stabiliva, poi, che «Salvo prova contraria, si presume che gli atti di disposizione patrimoniale eccedenti la misura individuata dal comma 3 costituiscono donazioni, per la cui validità sono richiesti i requisiti stabiliti dal libro secondo, titolo V, del codice civile». Siffatte disposizioni raccoglievano, ancora una volta, la più risalente proposta «privata», redatta dallo scrivente il 28 febbraio 2000, nell'ambito dei lavori di una riunione di esperti

convocata presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, inviata in pari data all'Ufficio Legislativo del suddetto Dipartimento e pubblicata nel proprio sito *web* il 10 giugno 2000 (cfr. Oberto, *Proposta di legge sul tema: disposizioni in materia di accordi di convivenza*, disponibile alla seguente pagina *web*: <http://www.giacomooberto.com/convivenza/proposta.htm>, anche in Id., *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d'attualità*, Milano, 2002, 1057 ss.; v. inoltre Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., Appendice B, VII, 367 ss.). L'art. 3 della proposta dello scrivente era stato letteralmente ripreso dalla proposta presentata il 13 giugno 2001 di iniziativa del deputato Belillo (n. 795/XIV/C) ed era stato quindi trasposto nel progetto qui menzionato e presentato nella XVI legislatura (sul tema v. anche Oberto, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, 87 ss.).

(16) Cfr. la proposta n. 91/XVI/S («Norme sul riconoscimento giuridico delle unioni civili»), comunicata alla Presidenza il 29 aprile 2008.

(17) Per una rapida rassegna di svariate proposte di legge sul tema v. anche Cocuccio, *Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 908 ss.

chiamano e riprendono i tentativi di cui si è dato conto nei §§ precedenti.

Così il d.d.l. n. 197/XVII/S d'iniziativa dei senatori Alberti Casellati, Bonfrisco, Caridi, D'Ascola e Caliendo, comunicato alla presidenza il 15 marzo 2013, dal titolo «Modifiche al codice civile in materia di disciplina del patto di convivenza», mira ad introdurre nel libro primo del codice civile, dopo il titolo VI, un titolo VI-bis, rubricato «Del patto di convivenza», contenente dieci nuovi articoli (da 230-ter a 230-duodecies c.c.), nessuno dei quali (piuttosto curiosamente) appare però destinato a regolare i profili del regime patrimoniale del patto di convivenza. Si prevede che il patto debba essere stipulato necessariamente con il rispetto della forma notarile (peraltro senza la prescrizione dell'intervento di testimoni) e successivamente trascritto nel Registro nazionale dei patti di convivenza di cui all'articolo 230-octies, primo comma, c.c. (18). Dalla stipula dell'accordo, che prevede effetti anche d'ordine personale, discende un obbligo alimentare, descritto con una sciatteria che, anche sotto il profilo stilistico, dimostra quale reale attenzione si voglia porre ai veri problemi di un'unione civile (19).

Il d.d.l. n. 239/XVII/S, d'iniziativa del senatore Giovanardi, comunicato alla presidenza il 20 marzo 2013, dal titolo «Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà», mira ad aggiungere nel libro quarto del codice civile, dopo il capo XXVI del titolo III, un capo XXVI-bis, rubricato «Del contratto di convivenza e solidarietà», contenente sei nuovi articoli (da 1986-bis a 1986-septies c.c.), oltre ad altre disposizioni «sparse» per lo stesso codice. Quanto al regime patrimoniale, la proposta prevede che il contratto, stipulato per atto pubblico notarile (anche qui non è imposta la presenza di testimoni), ovvero per scrittura privata autenticata da notaio (curiosamente *envisagée* solo dal secondo comma dell'art. 1986-ter) (20) possa contenere alcuni tipi di disposizioni *ad hoc*.

In particolare, ai sensi dell'art. 1986-quinquies (Diritti patrimoniali), le parti possono stabilire nel contratto: «1) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, anche in riferimento ai termini, alle modalità e all'entità delle rispettive

contribuzioni; 2) che i beni acquistati a titolo oneroso anche da uno dei conviventi successivamente alla stipula del contratto siano soggetti al regime della comunione ordinaria, di cui agli articoli 1100 e seguenti; 3) i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte; 4) che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre nove anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità».

Regole assai simili, sempre per ciò che attiene al regime patrimoniale, sono previste dal d.d.l. n. 1072/XVII/C, d'iniziativa dei deputati Moretti ed altri, presentato il 28 maggio 2013, dal titolo «Introduzione del titolo XIII-bis del codice civile, e altre disposizioni concernenti l'istituzione e la disciplina del patto di convivenza». Anche qui, la statuizione, secondo cui i contraenti possono prevedere nel contratto, *ex art. 448-quinquies* c.c., «che i beni acquistati a titolo oneroso da uno dei conviventi, successivamente alla stipulazione del patto, siano soggetti al regime della comunione ordinaria, di cui agli articoli 1100 e seguenti», induce a ritenere che, in difetto di espressa pattuizione, il regime legale sia quello della separazione dei beni tra conviventi.

Il d.d.l. n. 1211/XVII/S, d'iniziativa dei senatori Marcucci ed altri, presentato 19 dicembre 2013, si fonda sulla distinzione tra «unione civile» (riservata a persone del medesimo sesso), da un lato, e «patto di convivenza» (per unioni tanto omosessuali che eterosessuali), dall'altro: mentre per la prima vengono stabilite regole tali da avvicinare di molto l'istituto al matrimonio, per il secondo si prevede che le parti possano «organizzare la loro vita in comune», senza che il progetto spenda altre parole per chiarire come tale organizzazione dovrebbe aver luogo e, soprattutto, quali particolari rapporti siffatta organizzazione dovrebbe coinvolgere.

(18) Una copia dovrebbe essere trasmessa dal notaio «al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe, ai sensi del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, a margine dello stato di famiglia».

(19) «Art. 230-duodecies. - (Obbligo alimentare). - Nei casi di scioglimento di cui all'articolo 230-undecies, primo comma,

numeri 1), 2) e 3), c'è [sic!] l'obbligo di corrispondere ...».

(20) Successivamente trasmesso in copia, entro dieci giorni, «al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223».

Il d.d.l. n. 2560/XVII/C, d'iniziativa del deputato D'Alessandro, presentato il 23 luglio 2014, è volto all'introduzione nel codice civile di alcuni articoli aggiunti, a cominciare dall'art. 230-ter c.c., rubricato «Patto civile di solidarietà».

Il patto viene definito come un «contratto concluso tra persone maggiorenni per l'organizzazione della vita in comune o dopo la sua cessazione, le cui modalità sono regolate dal contratto stesso». La proposta chiarisce che al contratto si applicano le norme del codice civile e delle leggi speciali vigenti in materia di contratti, soggiungendo poi (non si capisce bene perché) espressamente che «Risultano altresì applicabili le cause di nullità del contratto previste agli articoli 1418 e seguenti». Il successivo art. 230-octies c.c. stabilisce che «I soggetti firmatari posso prevedere all'interno del patto civile entità, tempi e modi della contribuzione di ciascuno», mentre, per effetto dell'art. 230-novies c.c., «all'interno del patto civile i soggetti contraenti devono indicare se intendono scegliere il regime di comunione per i beni che verranno acquistati a titolo oneroso posteriormente alla conclusione del contratto stesso. In mancanza di tale scelta si presume il regime di separazione dei beni».

Il d.d.l. n. 14/XVII/S, d'iniziativa del senatore Manconi ed altro, presentato il 15 marzo 2013, prevede, all'art. 18, che il regime patrimoniale dell'istituenda unione civile possa essere scelto dai conviventi «con convenzione stipulata per atto pubblico», all'atto della registrazione della loro unione civile. Tale regime può essere modificato in qualunque momento nel corso dell'unione civile con atto stipulato nella medesima forma. Nel caso che, per qualsiasi ragione, si ometta di stipulare l'atto pubblico di cui al comma 1, si presume scelto il regime di comunione legale».

Il d.d.l. n. 1360/XVII/S, d'iniziativa del senatore Fattorini ed altri, presentato il 5 marzo 2014, volto alla «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso» prevede che il regime patrimoniale della coppia convivente omosessuale sia quello della separazione dei beni (art. 5). Peraltro si soggiunge (cfr. art. 6) che «al momento della registrazione ovvero in qualsiasi momento successivo ad essa, i *partner* possono stipulare convenzioni di convivenza relative, tra l'altro, alla contribuzione economica alla vita in comune, al mantenimento reciproco, al godimento della casa di abitazione, al

regime di appartenenza e gestione dei cespiti conseguiti nel corso della convivenza, all'assistenza reciproca in caso di malattia, alla designazione reciproca quale amministratore di sostegno, ai doveri reciproci in caso di scioglimento dell'unione civile registrata, a questioni testamentarie e ad altri aspetti che ritengano opportuno regolare».

Inutile dire che l'entusiasmo suscitato dall'encomiabile sforzo compiuto nella individuazione dei possibili campi di operatività dell'intesa è destinato immediatamente a smorzarsi di fronte alla menzione di non meglio precisate «questioni testamentarie»: esiste dunque il dubbio, più che fondato, che gli autori di un siffatto scampolo di prosa normativa non abbiano la più pallida idea delle gravissime questioni cui l'adozione di un testo del genere darebbe luogo (abrogazione del divieto dei patti successori, con valenza limitata alla famiglia di fatto, o semplice richiamo alla possibilità di prevedere attribuzioni *inter vivos*, pur se con valenza *post mortem*, ecc.?).

La stessa disposizione prosegue poi prevedendo, al secondo comma, che «Le convenzioni di convivenza sono annotate a margine dell'atto di registrazione, anche se definite successivamente all'iscrizione». Il terzo ed ultimo comma stabilisce invece che «Tali convenzioni perdono efficacia nei casi di scioglimento della convivenza, salvo per la parte relativa ai doveri reciproci in caso di scioglimento».

4. La proposta avanzata dal notariato nel 2011

Di ben altra ampiezza rispetto agli esercizi *de iure condendo* sin qui descritti, sebbene non scavra da punti critici, appare invece la proposta avanzata dal notariato nell'anno 2011 (21). Essa prevede l'introduzione, nel titolo III, del libro quarto del c.c., un capo XXVI-bis, rubricato «Del patto di convivenza». Il patto dovrebbe disciplinare i soli rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune ed alla cessazione del legame (art. 1986-bis c.c.).

Dal punto di vista formale, il patto, le sue successive modifiche ed il relativo scioglimento dovrebbero risultare da atto pubblico sotto pena di nullità (art. 1986-ter, primo comma, c.c.). La disposizione, se sicuramente commendevole per ciò che attiene alla scelta del regime patrimoniale, viene ad introdurre una prescrizione eccessivamente onerosa per

(21) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Nuove regole. Tra affetti ed economia. Le proposte del notariato. Accordi pre-matrimoniali. Convivenze. Successioni*, Roma, 2011, 42 ss.

quanto riguarda profili quali l'obbligo di contribuzione o l'opponibilità del rapporto al locatore, nel caso di successione *ex latere conductoris* per morte o crisi del *ménage*. Parimenti eccessiva sembra l'imposizione dell'onere (art. 1986-ter cpv. c.c.) di attuazione della pubblicità mediante trascrizione nell'istituendo Registro nazionale dei patti di convivenza ai fini della generica «opponibilità ai terzi», laddove si pensi che tra tali terzi dovrebbero ricomprendersi, allora, ad esempio, anche i soggetti tenuti ad erogare prestazioni «in materia di assistenza, informazione e misure di carattere sanitario e penitenziario» (art. 186-septies c.c.).

Il patto di convivenza è nullo: 1) se uno dei contraenti è vincolato da precedente matrimonio per il quale non sia stata pronunciata separazione giudiziale o sia stata omologata separazione consensuale; 2) se una delle parti sia vincolata da un altro patto di convivenza trascritto; 3) se tra i contraenti vi sia un vincolo di parentela in linea retta o collaterale entro il secondo grado o vi sia un rapporto di adozione o di affiliazione o siano entrambi figli adottivi della stessa persona (art. 1986-quinquies c.c.).

Di grande interesse è poi la norma sul contenuto del contratto, per effetto della quale le parti possono stabilire: «1) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, anche in riferimento ai termini, alle modalità e all'entità delle rispettive contribuzioni; 2) che i beni acquistati a titolo oneroso anche da uno dei conviventi successivamente alla stipula del patto siano soggetti al regime della comunione ordinaria regolata dagli articoli 1100 e seguenti; 3) i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte; 4) che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre nove anni dalla stipula del patto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile pattiziamente può arrivare fino a un terzo dell'eredità» (art. 1986-sexies c.c.).

La disposizione pone il problema, già evidenziato, dell'inopportunità di imporre, per la validità di un impegno sulla contribuzione, il rispetto della forma

dell'atto pubblico. A gravi incertezze può poi dare luogo la previsione sulla comunione (ordinaria), non chiarendo la proposta di legge, tra i due scenari disegnati già diversi anni or sono dallo scrivente, vale a dire quello ad efficacia reale e quello ad efficacia meramente obbligatoria (22), quale sia applicabile.

Il patto di convivenza si risolve per: 1) accordo delle parti; 2) recesso unilaterale; 3) matrimonio di uno dei contraenti; 4) morte di uno dei contraenti; 5) mancanza di effettiva convivenza per oltre tre anni; 6) sopravvenuto matrimonio tra i contraenti (cfr. art. 1986-octies c.c.).

Singolare la disposizione in tema di successione nel contratto di locazione della casa familiare. Al riguardo si stabilisce infatti (cfr. art. 3 della proposta di legge citata) che «Al primo comma dell'articolo 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, le parole: "ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi" sono sostituite dalle seguenti: «i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi ed il convivente che abbia sottoscritto un contratto di convivenza da almeno cinque anni e vi abbia stabilmente convissuto». La proposta viene dunque a porre requisiti più restrittivi di quelli oggi applicabili per effetto della nota sentenza n. 404 del 1988 della Consulta (23).

Nemmeno la disposizione sull'impresa familiare appare scevra da perplessità, posto che l'art. 230-ter c.c., *envisagé* dalla proposta, non collima, quanto a contenuto, con le previsioni in tema di partecipazione del coniuge (e altri familiari) all'impresa familiare di cui all'art. 230-bis c.c. (24). Tutto si sarebbe potuto risolvere, assai più semplicemente, mediante l'inserimento del convivente nell'art. 230-bis c.c.

5. Lo schema di testo unificato proposto alla Commissione Giustizia del Senato il 24 giugno 2014

I vari progetti di legge illustrati al § 3, proposti nel corso della XVII legislatura, sono confluiti nello schema di testo unificato proposto dalla relatrice Cirinnà alla Commissione Giustizia del Senato il 24 giugno 2014, sotto il titolo «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze». Lo schema si divide, dunque, in due titoli, dei quali il primo è dedicato

(22) Cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 262 ss., 268 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 120 ss.

(23) Su cui cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di*

fatto, cit., 53 ss.

(24) Si pongano a raffronto l'art. 230-bis c.c. e l'art. 230-ter c.c. nella proposta del Notariato cit.

alla disciplina delle «unioni civili», mentre il secondo (evidentemente influenzato dal progetto notarile di cui si è dato conto al § 4) è volto alla «disciplina delle convivenze». Seguendo, pertanto, la via già tracciata da precedenti proposte, sulla scia della soluzione tedesca della *eingetragene Lebenspartnerschaft*, il titolo primo contiene norme volte a regolamentare le sole unioni tra persone dello stesso sesso, cui viene fornito un succedaneo del matrimonio, che di quest'ultimo istituto non ha (quasi) solo il nome, prevedendosi per il resto una pressoché totale identità di effetti.

Le «convivenze» di cui al titolo secondo sono invece quelle (cfr. art. 8) che si instaurano tra «soggetti maggiorenni, conviventi stabilmente da almeno tre anni o da almeno un anno in presenza di figli comuni, uniti da legami affettivi e di solidarietà, ai fini di reciproca assistenza e solidarietà, materiale e morale, non legati da rapporti di parentela, né vincolati da matrimonio o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso».

I rapporti patrimoniali all'interno di queste formazioni sociali sono disciplinati da alcune disposizioni che sanciscono, in primo luogo, la sussistenza di un diritto di abitazione in capo al convivente superstite, in caso di morte dell'altro e in presenza di figli comuni minori «nella casa ove convivevano, se di proprietà del defunto, per un numero di anni pari alla durata della convivenza di fatto». Tale diritto cessa peraltro in caso di matrimonio o d'inizio di una nuova convivenza (art. 11, primo comma). Per l'abitazione detenuta in conduzione, invece, si stabilisce che, «In caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione della comune residenza da parte del convivente conduttore, l'altro convivente può succedergli nel contratto. In presenza di figli comuni, non si tiene conto del periodo di durata della convivenza prescritto ai sensi dell'articolo 8, comma 1» (art. 11, secondo comma).

I conviventi sono reciprocamente tenuti alla prestazione degli alimenti, a determinate condizioni (cfr. art. 12), mentre, per ciò che attiene più specificatamente alle intese d'ordine patrimoniale, ben sei distinti articoli sono dedicati al «contratto di convivenza».

L'art. 13 (rubricato «Contratto di convivenza») stabilisce che il contratto di convivenza è quel contratto con il quale «i conviventi possono disciplinare i reciproci rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune e alla sua cessazione». Assai

prudentemente, dunque, sulla scia di una consistente tradizione straniera, seguendo le raccomandazioni dello scrivente (25), il legislatore (ipotetico, per lo meno sino a tale momento) si fa carico di chiarire *expressis verbis* che l'intesa patrimoniale può abbracciare anche la *contemplation* delle conseguenze di una possibile crisi del rapporto.

Il capoverso del citato articolo 13 stabilisce poi che «Il contratto di convivenza, le sue successive modifiche e il suo scioglimento devono risultare da atto scritto a pena di nullità, ricevuto da un notaio in forma pubblica», mentre, «Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il notaio che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato le sottoscrizioni deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223. Con il contratto di convivenza, le parti stabiliscono di comune accordo la residenza comune» (cfr. il comma terzo). Anche con riguardo a tali previsione vanno, dunque, ripetute le perplessità già esternate in sede di commento al progetto del notariato (con particolare riferimento all'inopportunità della previsione dell'atto pubblico quale *condicio sine qua non* della produzione di effetti anche in settori nei quali basterebbe la semplice scrittura privata, se non addirittura l'intesa verbale).

Il quarto comma dello stesso art. 13 prevede che il contratto può stabilire:

1. «le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, anche in riferimento ai termini, alle modalità e all'entità delle rispettive contribuzioni;
2. che i beni acquistati a titolo oneroso anche da uno dei conviventi successivamente alla stipula del contratto siano soggetti al regime della comunione ordinaria, di cui agli articoli 1100 e seguenti;
3. i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte;
4. che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre sei anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile

(25) Cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 171 ss.

parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità;

5. che nei casi di risoluzione del contratto di cui all'articolo 17 della presente legge sia previsto l'obbligo di corrispondere al convivente con minori capacità economiche un assegno di mantenimento determinato in base alle capacità economiche dell'obbligato, al numero di anni del contratto di convivenza e alla capacità lavorativa di entrambe le parti».

Anche con riguardo a tali previsioni, se, da un lato, va sicuramente lodata la previsione della liceità di accordi in vista di una possibile rottura, così come la considerazione della possibilità di intese sulla contribuzione, rimangono i dubbi, dall'altro, sul meccanismo con il quale, ad es., i conviventi potrebbero dar luogo alla comunione e sulla sua opponibilità ai terzi. Per non dire poi dell'evidente difetto di coordinamento delle ipotesi descritte ai nn. 3 e 5.

Gli artt. da 14 a 16 del d.d.l. contengono una serie di cause impeditive alla stipula del contratto di convivenza, così come la descrizione di taluni effetti anche non patrimoniali, quali l'assistenza sanitaria e penitenziaria, ma anche la successione nel contratto di locazione *ex latere conductoris*. L'art. 17 disciplina la risoluzione del contratto di convivenza, individuandone le cause (accordo delle parti, recesso unilaterale, sopravvenuto matrimonio o unione civile di uno dei contraenti, morte di uno dei contraenti), e descrivendo le forme di esercizio della concorde volontà di risoluzione e del recesso, nonché le relative formalità pubblicitarie.

Lo schema di testo unificato attribuisce poi anche al convivente che abbia stipulato un contratto e presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente (salvo diversa disposizione contenuta nel contratto medesimo), una partecipazione agli utili commisurata al lavoro prestato. Il diritto non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato (cfr. il testo del proposto art. 230-ter c.c.).

Lo stesso documento propone anche l'introduzione di un art. 30-bis, dopo l'art. 30 della l. 31 maggio 1995, n. 218: secondo tale disposizione «1. Ai contratti di convivenza disciplinati dalla presente leg-

ge si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo di registrazione della convivenza. 2. Ai contratti di convivenza tra cittadini italiani oppure ai quali partecipa un cittadino italiano, ovunque siano stati celebrati, si applicano le disposizioni della legge italiana vigenti in materia. 3. Sono fatte salve le norme nazionali, internazionali ed europee che regolano il caso di cittadinanza plurima». Inutile dire che una siffatta normativa sarebbe comunque destinata ad essere travolta dall'approvazione (e, ovviamente, dalla successiva entrata in applicazione) dell'istituendo Regolamento dell'Unione Europea sulle conseguenze patrimoniali delle unioni registrate (26).

Al *partner* legato da un contratto di convivenza competerebbero, infine, i diritti che la legge attualmente già attribuisce alla «persona stabilmente convivente» (la cui menzione, si badi, non sarebbe destinata a venir meno) in relazione agli istituti dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno (art. 417 c.c.), nonché il diritto di vedere applicati «i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite», in caso di «decesso di una delle parti del contratto di convivenza, derivante da fatto illecito di un terzo».

6. In guisa di (temporanea) conclusione: per una valutazione complessiva dei progetti di legge in termini di insufficienza

La valutazione complessiva dei progetti di legge sin qui descritti porta a tracciare un bilancio tutt'altro che incoraggiante.

Alla chiarezza dei testi (e, prima ancora, delle idee) non giova certo la confusione, talora evidente, tra le due radicalmente diverse prospettive che un intervento normativo in questo settore dovrebbe perseguire. Da un lato, quella che mira a porre fine, una buona volta per tutte, alla persistente discriminazione, indegna di un Paese che vorrebbe dirsi civile, verso le persone omosessuali in merito alla possibilità di suggellare con il vincolo matrimoniale la propria unione affettiva. Dall'altra, quella che ha per scopo la soluzione di una serie di problemi giuridici inevitabilmente destinati a sor-

(26) Cfr. la *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships*, in http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2011_127_en.pdf. Da notare che le relative norme di conflitto dovrebbero avere (come del resto accade in molti degli altri strumenti attraverso cui si attua la cooperazione giudiziale

in materia civile) valore universale: esse dovrebbero pertanto sostituire in tutto e per tutto le corrispondenti disposizioni di d.i.p. italiano, anche nei rapporti «extracomunitari» (cfr. l'art. 16 della citata proposta: «Article 16. Universal nature of the conflict-of-law rule. 1. Any law determined in accordance with the provisions of this Chapter shall apply even if it is not the law of a Member State»).

gere da una convivenza tra persone (di sesso diverso, così come dello stesso sesso) che, però, coscientemente, per le più svariate ragioni, escludono la via del matrimonio.

Quest'ultima, e solo quest'ultima, è la considerazione che deve porsi alla base di un'ipotetica disciplina *ad hoc* dei contratti di convivenza. Disciplina che deve, quindi, mirare alla costituzione, per via negoziale, di un rapporto giuridico fonte di reciproci diritti e doveri che possono anche per taluni aspetti assomigliare a quelli di due soggetti i quali vivano, come si soleva affermare nei secoli passati, *in schemate matrimoniali*, ma che da questi divergono per modo di costituzione e di cessazione, nonché per qualità, quantità ed intensità di effetti.

Il che, naturalmente, non esclude che stimolanti parallelismi si possano tracciare tra i due sopra descritti «mondi»: e così si viene anche a rispondere alla questione fondamentale che, con riguardo ai contratti di convivenza, da molti anni s'agita. Vale a dire: ha un senso prevedere per legge (oltre tutto, affrontando il rischio degli sfracelli cui ci ha abituato l'insipienza legislativa di questi ultimi tempi) interventi i cui effetti, comunque (per lo meno in parte consistente), già si possono realizzare mercé il ricorso all'autonomia privata (27)?

La risposta è positiva, per almeno un triplice ordine di ragioni.

Il primo è che, come le svariate esperienze straniere dimostrano, l'intervento normativo potrebbe svolgere una funzione, per così dire, «incentivante», con il risultato di prevenire possibili liti nate

dall'imprevidenza o dall'avventatezza dei *partners*. In quest'ottica si poneva, ad esempio, esattamente trent'anni fa, l'Unione Internazionale dei Magistrati, la cui Seconda Commissione di Studio approvava, tra le conclusioni del congresso di Oslo (18 e 19 giugno 1985), quella secondo cui «Il est souhaitable que les concubins puissent régler contractuellement au moins leurs droits de propriété» (28), mentre alla stessa prospettiva è riconducibile la raccomandazione con la quale il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, tre anni dopo, veniva ad esortare gli Stati Membri a non prevedere ipotesi di nullità dei contratti, per il solo fatto di essere stati questi stipulati tra persone «living together as an unmarried couple» (29).

Il secondo motivo risiede nel fatto che l'adozione dell'opzione legislativa potrebbe favorire l'apertura di nuove prospettive negoziali in settori da cui l'attività contrattuale è esclusa o indebitamente compressa: si pensi, ad esempio, al superamento del divieto dei patti successori, per il quale si avverte, come noto, un'analoga necessità anche nei rapporti intessuti nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio.

La terza ragione consiste nel fatto che l'intervento legislativo (specie se adeguatamente meditato, come purtroppo non sembra il caso in questo frangente, a dispetto della «vetustà» dell'idea) potrebbe senz'altro aiutare a sciogliere residui dubbi sulla validità di singoli tipi di clausole o su profili ancillari delle intese.

(27) E' noto, infatti, che, pur rimanendo la discussione aperta su aspetti quali la concreta estensione del contenuto, sulla praticabilità di singole clausole, o sui profili formali e via discorrendo, per ciò che attiene al concetto di base, vale a dire la fondamentale ammissibilità dei contratti destinati a disciplinare i profili patrimoniali del *faux ménage*, può veramente dirsi che non vi sia (quasi) più discussione. Per una panoramica al riguardo cfr. G. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 151 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, 81 ss. Per un recente esercizio pratico cui ha preso parte anche lo scrivente cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, Roma, 2013.

(28) Cfr. Oberto, *La famiglia di fatto nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 110. Le conclusioni delle Commissioni di Studio dell'Unione Internazionale dei Magistrati (www.iaj-uim.org) sono disponibili all'indirizzo *web* seguente: <http://www.iaj-uim.org/study-commissions/>; quelle della Seconda, in particolare, si raggiungono direttamente tramite il link seguente: <http://www.iaj-uim.org/?document=2-study-commission-civil-law-and-procedure&document-year=&document-type=conclusion-s&document-nation=>.

(29) Cfr. la *Recommendation N. R(88)3 of the Committee of*

Ministers to Member States on the validity of contracts between persons living together as an unmarried couple and their testamentary dispositions (adottata dal Comitato dei Ministri il 7 marzo 1988, durante la 415a riunione dei Vice-Ministri; disponibile al sito *web* seguente: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=706791&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>), del seguente tenore: «The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members, in particular by promoting the adoption of common rules in legal matters; Considering that many problems concerning persons living together as an unmarried couple may be resolved by the conclusion of contracts between such persons or by testamentary dispositions made by one in favour of the other; Noting that in some countries such contracts and testamentary dispositions might be considered to be contrary to public policy or morality, Recommends that the governments of member states take the necessary measures: i. to ensure that contracts relating to property between persons living together as an unmarried couple, or which regulate matters concerning their property either during their relationship or when their relationship has ceased, should not be considered to be invalid solely because they have been concluded under these conditions; ii. to apply the same principle to testamentary dispositions».

7. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. L'insegnamento ricavabile dal raffronto tra le due categorie

Proprio nella prospettiva da ultimo segnalata, di grande utilità potrebbe rivelarsi il «dialogo» con l'esperienza maturata nello studio delle questioni legate ai contratti preventivi sulla crisi coniugale, o contratti prematrimoniali (30).

Ed infatti, che tra le due categorie si pongano forti legami ed interazioni è dimostrato, innanzi tutto, dall'osservazione di alcune tra le più significative esperienze straniere.

Così, posizionandoci idealmente ai nostri antipodi, e collocandoci temporalmente nel lontano 1984, scopriamo che, in una delle prime legislazioni al mondo ad occuparsi dei contratti di convivenza, vale a dire nel *De Facto Relationships Act* del Nuovo Galles del Sud (Australia), si prevede espressamente (art. 44) che un accordo di convivenza possa essere «made in contemplation of the termination of a domestic relationship».

Proprio tale disposizione (ora inserita nel *Property (Relationships) Act*) ha, in tempi meno remoti, contribuito a determinare l'introduzione per via legislativa dell'ammissibilità della stipula di *prenuptial agreements*, conclusi anche eventualmente in con-

templation of divorce, per effetto della riforma di cui al *Family Law Amendment Act 2000*, in vigore in Australia dal 1° gennaio 2001 (31). Si è, invero, constatato al riguardo che «it seemed 'illogical' that parties to a de facto relationship may have contractual rights or entitlements enforceable by a court, whereas agreements by parties who intend to marry will generally after marriage not be recognised as binding or enforceable by the Family Court» (32).

In luoghi e tempi più vicini a noi, invece, va rilevato come, la legislazione catalana, dopo aver espressamente consentito, sin dal 1998, intese preventive, in contemplazione di una possibile rottura del rapporto, nel contesto degli accordi tra conviventi, sia eterosessuali che omosessuali (33), sia passata ad ammettere, nel relativo *Codi de familia matrimonials*, «hom pot determinar el règim econòmic matrimonial, convenir heretaments, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenientes, àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial» (34), per poi pervenire ad un'articolata definizione di siffatto tipo di intese nel *Codi Civil de Catalunya* del 2008 (35).

Ad ulteriore riprova di tale osmosi, va ricordato che, nel 2010, anche a seguito dell'apertura in Spa-

(30) Cfr., anche per i richiami, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 483 ss.; Id., «Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, in Aa. Vv., *Trattato del contratto* (a cura di E. Roppo), VI, *Interferenze* (a cura di E. Roppo), Milano, 2006, 251 ss.; Id., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, 25 ss.

(31) Su cui v. per tutti Panforti, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, in *Familia*, 2002, 153 ss.

(32) Cfr. la relazione sul *Bills Digest No. 88 1999-2000, Family Law Amendment Bill 1999*, preparato nel 1999 dal *Department of the Parliamentary Library del Parliament of Australia*, consultabile all'indirizzo web seguente: http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/Bd9900/2000bd088.

(33) Si v. al riguardo gli artt. 3 (per le convivenze eterosessuali) e 22 (per le convivenze omosessuali) della legge catalana n. 10 del 15 luglio 1998 (d'unions estables de parella/de uniones estables de pareja), secondo cui i conviventi, sin dall'inizio della loro unione, «pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia con el límite de los derechos que regula este capítulo, que son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles». Sul tema cfr. Oberto, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 70.

(34) V. inoltre l'art. 3 della legge aragonese n. 2/2003 del 12 febbraio 2003 (*de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*), secondo cui «Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer el matrimonio, así como celebrar

entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio "standum est chartae"», con una previsione comunemente interpretata come ammissiva degli accordi in vista del divorzio: cfr. Martín Casals e J. Ribot, *Neue Entwicklungen im Bereich des Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, 1436. Sul tema v. anche Ferrer i Riba, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in Aa. Vv., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di S. Hofer, D. Schwab e D. Henrich, Bielefeld, 2005, 271 ss.

(35) Cfr. art. 231-20: «Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial

1. Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial es poden atorgar en capítols matrimonials o en una escriptura pública. En cas que siguin avantnupcials, només són vàlids si s'atorquen abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni.

2. El notari, abans d'autoritzar l'escriptura a què fa referència l'apartat 1, ha d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir amb els pactes respecte al règim legal supletori i els ha d'advertir de llur deure recíproc de proporcionar-se la informació a què fa referència l'apartat 4.

3. Els pactes d'exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que limiten o als quals es renuncia.

4. El cònjuge que pretengui fer valer un pacte en previsió d'una ruptura matrimonial té la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques, sempre que aquesta informació fos rellevant amb relació al contingut del pacte.

5. Els pactes en previsió de ruptura que en el moment en

gna del matrimonio alle coppie omosessuali, si è proceduto in Catalogna ad una revisione delle disposizioni sulla convivenza *more uxorio*, con la conseguenza che oggi il codice civile della citata regione autonoma iberica (cfr. le modifiche introdotte dalla *Ley 25/2010*, de 29 de julio) tratta in modo uniforme le coppie conviventi omosessuali ed eterosessuali, concedendo loro la possibilità, ove non intendano accedere al matrimonio, di stipulare una *escriptura pública*, nella quale esse regolino svariati aspetti patrimoniali della loro unione, persino «en previsió del cessament de la convivència» (cfr. artt. 234-1 – 234-14 del *Codi Civil de Catalunya*), con espresso rinvio, in questo caso, alla dettagliata normativa degli accordi prematrimoniali all'uopo predisposta dal codice.

8. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Ricognizione dei possibili punti di contatto in prospettiva *de jure condendo*

Ulteriore conferma dei punti di contatto tra le due categorie di accordi risiede in alcuni di quelli che possono costituire gli elementi qualificanti degli stessi. Il cultore del diritto di famiglia sa bene che svariati tipi di questioni teoriche, ma anche di sofferte controversie giudiziali, si pongono nel medesimo modo e con la medesima frequenza nel caso di crisi della coppia, coniugata o meno che sia.

Si pensi, ad esempio, alla questione della sorte delle attribuzioni patrimoniali «a senso unico» eseguite in costanza di rapporto affettivo per l'acquisto di beni operati esclusivamente (o in una quota non proporzionale all'esborso effettuato) dall'ex coniuge, già in regime di separazione dei beni, o dall'ex *partner* ed all'uno o all'altro «intestati» in modo, per così dire, «difforme» rispetto al soggetto da cui il denaro proveniva (36). Orbene, il suggerimento (37) di inserire una clausola «preventiva» sul significato da attribuire a determinati tipi di attribuzioni patrimoniali, nel caso fossero concretamente eseguite in costanza di rapporto affettivo, sembra possedere valore e pratica utilità non solo con ri-

guardo alle intese tra conviventi, bensì anche a quelle *inter (futuros) coniuges*.

La «cartina di tornasole» dell'attendibilità di questi rilievi e dell'utilità dell'idea è rappresentata dal singolare raffronto tra la giurisprudenza in tema, ad esempio, di «mutuo» (*rectius*: allegato, ma mai dimostrato mutuo) tra coniugi o conviventi per l'acquisto di beni immobili in capo (in tutto o in parte) all'asserito «mutuatario» (coniuge o *partner* che sia), di cui abbiamo dato conto in altra sede (38), ove è dato riscontrare una curiosa convergenza, assolutamente «trasversale» rispetto ai due tipi di famiglia, sia nel modo di impostare la causa, allegazioni e *petita* della parte attrice, difese della parte convenuta, sia nella sentenza di (inevitabile) rigetto, fondata sulla semplicissima constatazione dell'inevitabilità della prova dell'effettuazione di un esborso per un acquisto operato da un altro (coniuge o convivente che sia) a dimostrare la sussistenza dell'obbligazione di restituire il *tantundem* da parte del «beneficiario finale» dell'operazione.

E' pur vero che dubbi sono stati espressi in dottrina sulla validità delle intese preventive tra conviventi, auspiccate e proposte al riguardo dallo scrivente; dubbi attinenti all'allegato mancato rispetto del principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali accolto dal nostro ordinamento. Questo principio, si asserisce, non potrebbe infatti «essere semplicemente determinabile mediante la *relatio* ad un precedente negozio normativo» (39).

Siffatte perplessità appaiono peraltro agevolmente superabili ponendo mente, innanzi tutto, alla conclamata piena validità di negozi traslativi a causa esterna. Ipotesi, questa, alla quale può poi essere affiancata anche quella del contratto normativo o programmatico, specie tenuto conto dell'incontestabile dato normativo scolpito nell'art. 1321 c.c., da cui emerge che, mercé lo strumento contrattuale, le parti possono non solo costituire od estinguere, bensì anche «regolare» rapporti giuridici, senza che la disposizione distingua a seconda che tali rapporti giuridici siano già in essere o meno *inter partes*. Del resto, una volta ammessa la validità del negozio d'accertamento nel nostro ordinamento,

què se'n pretén el compliment siguin greument perjudicials per a un cònjuge no són eficaços si aquest acredita que han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar».

(36) Per la trattazione delle rispettive questioni con riguardo, rispettivamente, alla famiglia fondata sul matrimonio ed in regime di separazione dei beni, da un lato, ed alla famiglia di fatto, dall'altro, cfr. Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*. Artt. 215-219, in *Il codice civile. Commentario* fondato

e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 347 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 59 ss.

(37) Su cui v. già Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 280 s.

(38) Cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 78 ss.

(39) Cfr. in particolare Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 537 s.

non si riuscirebbe a comprendere per quale ragione tale istituto non dovrebbe avere cittadinanza nel sistema vigente, sol perché concluso in via preventiva rispetto ai negozi che si pongono quali possibili fonti, a loro volta, di situazioni di incertezza (40). Resta inteso, ovviamente, che la qualificazione giuridica, in caso di controversia, non potrà spettare che al giudice. Le clausole in esame servono però ad «orientare» la decisione nel caso di difetto di elementi da cui trarre, di volta in volta, indicazioni circa la sussistenza di una volontà negoziale in senso difforme (41).

Altri esempi di «contaminazione» e «interazione» tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza potrebbero essere costituiti dalle intese sulla gestione della responsabilità genitoriale, in relazione sia alla prole nascita, che a quella già nata, che a quella che venga a porre un problema di affidamento in sede di crisi dell'unione affettiva, tanto più che le relative regole (42) non possono, per definizione, differire, una volta operata la piena equiparazione tra tutte le «antiche» categorie di figli (43).

(40) Sul tema cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 161 s.

(41) Ecco le formule suggerite al riguardo, per iniziativa dello scrivente e con la fattiva collaborazione dei Notai Antonio Diener e Francesco Striano, dal Consiglio Nazionale del Notariato (cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 34): «10.1. I pagamenti relativi a spese non comuni, ove effettuati da un convivente con mezzi propri, ma a vantaggio dell'altro convivente, sono da considerarsi liberalità d'uso o di modico valore, se di importo non superiore ad Euro ... per ogni pagamento; ove invece siano di ammontare maggiore, superando i singoli importi la somma di Euro ..., essi dovranno intendersi quali mutui erogati da un convivente all'altro, da restituirsi alla scadenza di mesi ... dalla loro erogazione, senza interessi [ovvero: maggiorati dell'interesse pari al ... per cento (%) in ragione d'anno]. La medesima regola sarà applicabile ad ogni attribuzione patrimoniale effettuata da un convivente a vantaggio dell'altro, qualora la parte interessata non dimostri che l'attribuzione è avvenuta per un titolo differente.

10.2. Le parti, ai fini civilistici e fiscali, dichiarano che la presente convenzione si configura quale strumento negoziale atipico per dedurre in obbligazioni, suscettibili di valutazione patrimoniale, le rispettive condotte comportamentali determinate dal comune legame di convivenza e che la medesima convenzione pertanto: - non è stata posta in essere da parte di essi conviventi con alcun intento donativo o liberale; - esaurisce la disciplina delle obbligazioni reciproche indicate nel presente contratto e derivanti dal rapporto di convivenza, con conseguente esclusione di altre cause contrattuali tipiche od atipiche che non siano concordemente ed espressamente adottate per iscritto o siano meramente esecutive della presente convenzione».

(42) Regole sostanziali; per quelle processuali si fa rinvio quanto osservato in altra sede: cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 114 ss.

(43) E' noto che la piena equiparazione tra la prole un tem-

Altri esempi ancora sono ricavabili da alcuni peculiari profili di carattere patrimoniale: dalla predefinizione del contributo del *partner* ad un'eventuale impresa familiare (44), che ben potrebbe servire di modello ad un'analogo pattuizione programmatica tra futuri coniugi (con l'attribuzione in via preventiva di eventuali diritti in caso di cessazione del rapporto collaborativo e/o coniugale), alla creazione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* a favore della famiglia di fatto, con l'inserimento della clausola che ne preveda l'automatica trasformazione in fondo patrimoniale nel caso di celebrazione delle nozze tra i due conviventi (45). Sempre con riguardo a tale ultima norma potrà notarsi come questa si presti a costituire un vero e proprio «ponte» tra i due tipi di famiglia, ben potendo adattarsi a realizzare interessi meritevoli di tutela in relazione ad entrambe le formazioni sociali in discorso, una volta superata la tesi, pure autorevolmente prospettata, che predica l'inapplicabilità dell'*art. 2645-ter c.c.* alla famiglia fondata sul matrimonio, in seno alla quale potrebbe darsi vita solo ad un fondo patrimoniale (46). Per questa ra-

po definita legittima e quella un tempo definita naturale è stata operata dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014. Peraltro, sul tema specifico qui in discorso la perfetta e completa estensione delle regole attinenti a quella che oggi si chiama responsabilità genitoriale, in sede di crisi del rapporto coniugale o paraconiugale, era già stata realizzata per effetto dell'*art. 4, l. 8 febbraio 2006, n. 54*.

(44) Su cui v. le clausole proposte in Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 22 e dallo scrivente commentate *ivi*, 23.

(45) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 71; sul tema v. anche Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 137. Da notare, poi, che, per effetto della (in altra sede dimostrata: cfr. il lavoro richiamato alla nota seguente) «concorrenzialità» tra il fondo patrimoniale ed il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, sarà possibile, per una coppia di coniugi, non solo costituire un fondo patrimoniale su alcuni beni ed un vincolo di destinazione su altri, ma anche stabilire, nell'atto costitutivo di un fondo patrimoniale, che lo stesso si trasformerà in vincolo di destinazione al sopravvenire di uno degli avvenimenti di cui sopra (crisi coniugale, o comunque scioglimento del vincolo, sopravvenuta incapacità di uno o più figli, ecc.), così realizzando una forma piuttosto singolare di ideale contraltare rispetto alla possibilità (descritta nel testo), per un vincolo di destinazione tra conviventi, di trasformarsi in fondo patrimoniale all'atto della celebrazione delle eventuali nozze tra i *partners*.

(46) Il dubbio è sollevato da Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 321 ss. Contra Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in *Aa. Vv., Le destinazioni patrimoniali*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, nel

gione, tanto alcuni progetti di legge sugli accordi prematrimoniali (47), quanto taluni formulari ufficiali di contratti di convivenza (48), vi fanno esplicito richiamo. Inutile dire, quanto alla soluzione normativa, che la possibile obiezione fondata sulla superfluità del rinvio alla disposizione sui vincoli di destinazione appare superabile sulla base della considerazione della funzione «didattica», «premiale» e «incentivante» che l'adozione nello specifico settore giusfamiliare di una normativa *ad hoc* può assumere, nello stimolo agli operatori ad utilizzare strumenti che l'ordinamento già pone a disposizione dei soggetti in linea generale.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento ad un altro possibile punto di convergenza, costituito dalla creazione *de iure condendo* di un *trust* familiare all'italiana, di cui si rinvergono tracce in alcune proposte di legge sui patti prematrimoniali (49), ma che ben s'adatterebbe a soddisfare analoghe esigenze della famiglia di fatto. Uno specifico intervento normativo consentirebbe, tra l'altro, di superare le persistenti obiezioni (per molti profili largamente fondate) circa l'ammissibilità *de iure condito* di un *trust* interno, di cui si è dato conto in altra sede (50).

9. Segue. Le clausole sulla rottura del rapporto (matrimoniale o di convivenza)

Naturalmente, anche la possibilità di dedurre in condizione l'eventuale rottura del rapporto – tanto coniugale, che paraconiugale – in relazione alla ripetizione di attribuzioni patrimoniali pregresse, *ad instar* di quanto effettuato dalla coppia di fidanzati cui si riferisce una nota decisione di legittimità emanata alla fine del 2012, si pone al-

la stregua di una soluzione aperta tanto ai coniugi, come ai conviventi, come a futuri tali (51). Sarà dunque immaginabile legare la restituzione di un determinato importo mutuato (magari, come avvenuto nel caso testé citato, mercé un'ipotezzata *datio in solutum*) al «fallimento» (sempre per utilizzare la terminologia di quella concreta coppia) del rapporto già in atto, o che sta per costituirsi tra i due. E qui, ancora una volta, a prescindere dal fatto che siffatto legame affettivo sia stato o debba essere suggellato dal vincolo matrimoniale.

Sempre in relazione alla preventiva determinazione delle conseguenze della rottura del rapporto un altro evidente punto di convergenza è costituito dalla possibile previsione di trasferimenti e di costituzione di diritti a tacitazione di eventuali pretese postmatrimoniali, analogamente a quanto già ampiamente consentito dalla giurisprudenza in tema di contratti della crisi coniugale (52). Il trasferimento o la costituzione potranno dunque avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), così come la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla condizione sospensiva della crisi coniugale.

Ovviamente, identico tipo di accordi potrebbe stipularsi tra conviventi (o ex tali), sia in via preventiva, che a chiusura di un rapporto progressivo. Inutile dire che di estrema importanza sarebbe non solo il ripristino, bensì l'estensione, tanto alle intese prematrimoniali, così come a quelle relative alla famiglia di fatto, del contenuto dell'art. 19 della legge n. 74/1987; disposizione che, come noto, ha cessato di esistere il 31 dicembre 2013 (53), pur se inopinatamente «resu-

Trattato dei contratti, a cura di E. Gabrielli e P. Rescigno, Torino, 2014, 236 ss.

(47) Cfr. ad es. la proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino, già consultabile al sito *web* seguente: http://www.notariato.it/export/sites/default/en/highlights/news/archive/pdf-news/Le_proposte_del_notariato_011.pdf, ora disponibile nella pubblicazione *Nuove regole tra affetti ed economica. Le proposte del Notariato. Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, edita dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011.

(48) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 66 ss.

(49) Cfr. ad es. la già citata proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino; v. inoltre l'art. 162-bis, ottavo comma, c.c., vagheggiato in Oberto, *Proposta di legge in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale, disponibile alla*

pagina *web* seguente: http://giacomooberto.com/proposta_di_legge_Oberto_accordi_in_vista_della_crisi_coniugale.htm; il contributo è stato pubblicato con il titolo *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 2014, 88 ss. Secondo tale possibile disposizione, «8. Un coniuge può anche trasferire, o impegnarsi a trasferire, all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di handicap per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità a causa dell'handicap».

(50) Cfr. Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 147 ss.

(51) Cfr. Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in questa *Rivista*, 2013, 323 ss., con nota di Oberto.

(52) Cfr. per tutti Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, dal 4 marzo 2009 disponibile al seguente indirizzo *web*: http://www.giacomooberto.com/trasferimenti/taormina2009/relazione_oberto_taormina.htm.

(53) Cfr. art. 10, comma quarto, d.lgs. 14 marzo 2011, n.

scitata» da una quanto meno «rocambolesca» circolare ministeriale (54). E' peraltro universalmente riconosciuto il contributo che la regola in esame ha dato per un quarto di secolo alla consensualizzazione delle crisi coniugali e, in definitiva, alla positiva soluzione di almeno una parte del folto ed intricato contenzioso familiare.

Ulteriore possibile punto di contatto (o ... di scontro) tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza è rappresentato da un argomento che ormai s'avvia a diventare un «classico» della crisi coniugale, vale a dire il rilievo che l'eventuale instaurazione di una convivenza *more uxorio* – da parte dell'uno e/o dell'altro dei (futuri) coniugi – può dispiegare sull'efficacia dell'assetto postmatrimoniale, eventualmente già divisato in un'intesa prematrimoniale. Anche in questo caso è opportuno che le parti d'un *prenuptial agreement* s'accordino, espressamente prevedendo o, in alternativa, escludendo che la realizzazione di tale eventualità dispieghi effetti sulle attribuzioni postmatrimoniali (contributo al mantenimento del coniuge separato, assegno di divorzio, assegnazione convenzionale della casa coniugale, ecc.) pattuite *ex ante*, così come su quelle che dovessero venire concordate *ex post*, o eventualmente anche determinate dal giudice, in caso di separazione o di divorzio contenzioso (55). Inutile rammentare che una soluzione del

genere è valida alla sola condizione che, secondo la tesi di gran lunga preferibile, le prestazioni postmatrimoniali in oggetto (concernenti i rapporti tra i coniugi, così come quelle coinvolgenti la prole minorenni, a condizione che le stesse non si pongano in contrasto con l'interesse di quest'ultima) siano pienamente disponibili *inter partes* (56).

Correlativamente, anche un contratto di convivenza può mettere in conto la possibilità che la prestazione postmatrimoniale attualmente goduta da uno dei due *partners* (o, perché no, da entrambi) venga meno per qualche ragione (magari proprio per l'instaurazione della convivenza in oggetto). In ogni caso, ciò che appare vivamente consigliabile in ipotesi del genere è che le parti sappiano «calibrare» opportunamente, oltre che con la dovuta precisione, le reciproche contribuzioni e le condizioni di modifica o cessazione delle stesse.

10. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Analisi di alcune tra le più rilevanti divergenze

La presenza dei sopra evidenziati punti di contatto tra le due categorie di intese non deve però indurre a trascurare la sussistenza di molteplici e sostanziali differenze, sia nell'attuale contesto normativo del nostro Paese, che, in prospettiva, *de jure condendo*.

23, così come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2013, n. 104, in vigore dal 1° gennaio 2014, il quale prevede che, con l'entrata in vigore delle nuove modalità di tassazione dei trasferimenti immobiliari, siano «soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali».

(54) Ed invero, la norma citata nel testo, sostanzialmente abrogata a partire dal 1° gennaio 2014, è stata inopinatamente «resuscitata» da una sorprendente lettura (tanto benevola per il contribuente e – sia chiaro! – sacrosanta sotto il profilo dell'opportunità, quanto radicalmente infondata sul piano tecnico-giuridico) fornita dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2/E del 21 febbraio 2014, non per nulla del tutto carente in parte qua della benché minima motivazione. Si riporta qui la porzione rilevante del citato provvedimento amministrativo: «9.2 Procedimenti in materia di separazione e divorzio. L'articolo 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, dispone che "tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa". Come chiarito con la circolare 21 giugno 2012, n. 27, tali disposizioni di favore si riferiscono a tutti gli atti, documenti e provvedimenti che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare i rapporti giuridici ed economici 'relativi' al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso. Qualora nell'ambito di tali procedimenti, vengano posti in essere degli atti di trasferimento immobiliare, continuano ad applicarsi, anche successivamente al 1° gennaio 2014, le agevolazioni di cui alla citata legge n. 74 del 1987. L'articolo 10, comma 4, del decreto non esplica effetti

con riferimento a tali disposizioni agevolative che assicurano l'operatività dell'istituto in argomento». Inutile ricordare che, in realtà, l'art. 10, comma 4 del d.lgs. n. 23/2011 dispone testualmente che «in relazione agli atti di cui ai commi 1 e 2 sono soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali». Ora, «leggi speciali» non erano certo solo quelle che prevedevano esenzioni e agevolazioni esclusivamente in relazione agli atti ivi descritti (trasferimenti immobiliari), bensì tutte quelle che comportavano tali effetti in relazione quegli atti (i trasferimenti immobiliari, appunto), vuoi «isolatamente», vuoi nel contesto di esenzioni più ampie e diverse: proprio come previsto dall'art. 19 cit., la cui «specialità» era costituita non già dal fatto di concernere solo (tanto che siffatto avverbio, lo si ripete, nel citato art. 10 non compare!) la materia dei trasferimenti, bensì dalla circostanza di attenersi ad una «materia speciale», quale il diritto tributario della crisi coniugale (e, dunque, inevitabilmente, anche il diritto tributario dei trasferimenti immobiliari in sede di crisi coniugale), rispetto alla «materia generale» costituita dal riordino della normativa fiscale sui trasferimenti immobiliari nel suo sconfinato complesso.

(55) Ovviamente le clausole dovranno tenere conto del necessario rispetto dei principi d'ordine pubblico: così, ad esempio, non sarebbe valido l'impegno a non porre in essere tout court una convivenza *more uxorio*: il tema è sviluppato in Oberto, *Del «Galateo postmatrimoniale»: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, in *Riv. notar.*, 1999, 337 ss.

(56) Il tema è sviluppato in Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 379 ss.; Id., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in questa *Rivista*, 2003, 389 ss., 495 ss.

Ed invero, nella perdurante situazione di totale assenza di una disciplina organica del fenomeno della convivenza *more uxorio*, con particolare riguardo ai rapporti personali e patrimoniali tra i membri dell'unione di fatto, è evidente che il contratto di convivenza tende ad assumere quella valenza di «carta costituzionale» della vita di una certa coppia, che, in campo matrimoniale, è svolta (per molti profili, tra l'altro, inderogabilmente) dagli artt. 143 ss. c.c. In questa situazione, all'accordo prematrimoniale – stretto, da un lato dalla disciplina codicistica dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio e, dall'altro, dalle regole in tema di convenzioni matrimoniali e regimi patrimoniali della famiglia legittima – non rimane che limitarsi a disciplinare i soli aspetti collegati alle prestazioni patrimoniali divorzili: dall'assegno di divorzio, ad eventuali prestazioni pecuniarie *una tantum*, a trasferimenti immobiliari o mobiliari, alla restituzione di mutui erogati prima delle nozze o durante il rapporto coniugale, ecc.

In ordinamenti nei quali, invece, la convivenza è inquadrata nell'ambito di regole para-matrimoniali le due categorie negoziali qui in discorso (accordi prematrimoniali e contratti di convivenza) possono presentarsi come entità quasi fungibili (57). Tanto più che in molti di tali sistemi (si pensi ad esempio, a quelli di *Common Law*), la distinzione tra

profili attinenti a quello che noi definiamo come «regime patrimoniale» (vale a dire ai principi che attengono allo «statuto» dei beni acquistati e, più in generale, dei rapporti giuridici costituiti in costanza di matrimonio o di libera unione), da un lato, regole sull'attuazione dell'indirizzo concordato, accordi sulla contribuzione, sulla prole, sulle eventuali prestazioni dovute in caso di rottura, ecc., dall'altro, risulta assai più sfumata rispetto a quanto avviene da noi (58).

Un'ulteriore differenza, sempre strettamente legata allo stato della legislazione attuale italiana, attiene poi a quello che potremmo definire come il «livello» di necessità di un intervento da parte del legislatore. Fermo restando, infatti, che, secondo la tesi da decenni sostenuta dallo scrivente, tanto gli accordi prematrimoniali che i contratti di convivenza ben possono essere stipulati già *de iure condito*, non vi è dubbio che, come già detto, l'accettazione di tale idea può darsi per (quasi) pacifica solo relativamente ai secondi.

Ben diverso è il discorso per gli accordi prematrimoniali *in contemplation of divorce*. Qui, come noto, è la possibilità stessa di pattuire in anticipo le conseguenze di un mutamento di *status*, quale quello determinato dallo scioglimento del vincolo matrimoniale (59), ad essere messa in dubbio, a cominciare da una giurisprudenza consolidata, ancorché

(57) Cfr., a mero titolo d'esempio, Parkman, *The Contractual Alternative to Marriage*, in *Northern Kentucky Law Review*, 32 (2005), 125 ss.; v. inoltre Clemens e Jaffe, *Drafting and Litigating Prenuptial, Cohabitation, and Marital Settlement Agreements: Program Material*, Oakland (Ca), 1981, *passim*; Fehlberg e Smyth, *Binding Pre-Nuptial Agreements in Australia: The First Year*, in *Int. Journal of Law, Policy and the Family*, 16 (2002), 127 ss.; Mackay, *Who Gets a Better Deal? Women and Prenuptial Agreements in Australia and the USA*, in *University of Western Sydney Law Review*, 7 (2003), 109 ss.

(58) Evidente è la commistione dei due profili, ad esempio, nelle argomentazioni di *Radmacher v Granatino*, [2009] EWCA Civ 649, disponibile anche alla seguente pagina web: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed36874>, su cui v. pure Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, I, Milano, 2010, 174 s., 204 s., 214, nota 709. Con tale decisione, nel 2009, la *Court of Appeals* ha letteralmente demolito il precedente indirizzo contrario al riconoscimento anche nel Regno Unito degli *ante-nuptial contracts*. Qui, partendo dalla considerazione per cui «the civil law jurisdictions of Europe generally employ notarised marital property regimes to regulate both the property consequences of marriage and divorce, the common law jurisdictions attach no property consequences to marriage and rely on a very wide judicial discretion to fix the property consequences of divorce», Lord Thorpe punta tutto sul «doppio argomento» (*à la fois* comparatistico e internazionalistico) per cui la coppia in oggetto era formata da un cittadino francese e da una cittadina tedesca e che, ove la questione della validità dell'accordo prematrimoniale (stipulato in Germania ed in forza del quale il marito non avrebbe potuto vantare alcuna pretesa

d'ordine patrimoniale in caso di divorzio) fosse stata affrontata da un giudice tedesco o da uno francese, essa sarebbe stata sicuramente risolta in modo positivo. In motivazione è dato leggere, tra l'altro, che non tenere conto del fatto che la moglie era tedesca e che il *pre-nuptial agreement* era stato stipulato in Germania, con l'assistenza di un legale tedesco e che colà – così come in Francia – l'intesa sarebbe stata ritenuta valida, «would be both unfair and unjust», atteso che tali «foreign elements» andavano considerati «relevant», in quanto costituenti «essential features». E più oltre si legge che «The parties entered into their agreement with the help and advice of a German lawyer, under German law, making an agreement which was familiar to the civil law under which both parties and their families had grown up in Germany and France».

(59) O dal suo semplice «allentamento» rappresentato dalla separazione personale, ancorché, assai curiosamente, gli scudi pur fieramente levati per il caso di divorzio qui vengano piuttosto abbassati ... Ed invero, la stessa Cassazione ha in non poche occasioni riconosciuto la validità – per esempio – di un impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale (e dunque non nel contesto di quest'ultima), prometteva di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile «anche se tale sistemazione patrimoniale avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice... purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento e agli alimenti» (Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. pers.*, 1984, 922). Ancora, potrà citarsi il caso in cui si è ammessa la validità di una transazione preventiva, con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista di una futura separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti (Cass. 12 maggio 1994, n.

tutt'altro che monolitica, per non parlare poi di alcune consistenti «sacche di resistenza» in dottrina. Ma, per tornare ai contratti di convivenza, sembra evidente come la rassegna dei punti di contatto sopra evidenziati abbia posto in luce una costellazione di situazioni la cui esistenza (e la cui necessità di regolamentazione a livello di diritto positivo) pare sfuggire anche ai più dettagliati (*rectius*: ai meno superficiali) esercizi di ipotetica legislazione, di cui si è cercato di dare conto nel presente scritto.

Inevitabile, dunque, l'auspicio che un ben più meditato approccio ai temi qui in discussione porti ad evitare soluzioni del genere di quelle che, ad esempio, nel 2006, «partorirono» veri e propri *monstra* di (pessima) tecnica legislativa (e, quel che è peg-

gio, di vera e propria confusione concettuale), quali il patto di famiglia o i vincoli di destinazione.

Tale opera si renderebbe, però, necessaria non solo (e non tanto) per fugare i dubbi dei residui scettici, quanto per introdurre quegli accorgimenti e quelle cautele che potrebbero definitivamente convincere anche i più pervicacemente contrari dell'utilità (anzi, dell'imprescindibile necessità!) dell'introduzione della prassi di accompagnare ogni decisione di due persone di unire le proprie vite (suggerata, o meno, dalla celebrazione delle nozze) ad un'accorta pianificazione dei profili giuridici inevitabilmente legati ad un'eventuale cessazione (*inter vivos*, certo, ma anche *mortis causa*) del rapporto affettivo.

4647, in questa *Rivista*, 1994, 660, con nota di Cei; in *Vita notar.*, 1994, 1358; in *Giust. civ.*, 1995, I, 202; in *Dir. fam. pers.*, 1995, 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 882, con nota di Buzzelli; in *Riv. notar.*, 1995, II, 953). Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito (cfr. Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 12) evidenziando l'ovvia differenza tra separazione e divorzio, rappresentata dalla perdurante esistenza del vincolo matrimoniale nella prima ipotesi, che si caratterizzerebbe così per il suo carattere di situazione «aperta», rispetto alla seconda. E' infatti pacifico che anche la separazione dà vi-

ta ad uno *status* familiare: pertanto, se le intese preventive sono da considerarsi nulle in quanto dirette a «fare mercimonio» di uno *status* indisponibile al di fuori del momento solennizzato dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice, non si riesce a comprendere per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi *in contemplation of divorce* non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione. Per non dire poi della giurisprudenza di legittimità favorevole agli accordi preventivi in tema di conseguenze economiche della pronuncia di annullamento del matrimonio (Cass. 13 gennaio 1993, n. 348).