

Monferrato Resort 28 febbraio 2014

**CONTRATTI DI CONVIVENZA E
PATTI PREMATRIMONIALI**

* * *

RELAZIONE

La convivenza *more uxorio*: i diritti e doveri dei conviventi

Analisi dello stato dell'arte in Italia, brevi cenni sul diritto comunitario

Con il mio intervento si chiudono i lavori dell'incontro di studio dedicato ai contratti di convivenza ed ai patti prematrimoniali.

E' parso utile con gli organizzatori dedicare l'ultima relazione ad un *excursus* sullo stato dell'arte della convivenza *more uxorio* andando a ricercare/individuare nel dettato legislativo e negli arresti giurisprudenziali che cosa si intende oggi per

convivenza *more uxorio* e quali siano i diritti e doveri dei conviventi che assurgono a rilevanza giuridica nel nostro ordinamento perché oggetto di riconoscimento normativo e giurisprudenziale.

I

Partiamo dalla definizione di convivenza *more uxorio*.

Nel nostro ordinamento manca una definizione legale di famiglia di fatto che viene generalmente identificata con il brocardo convivenza *more uxorio*.

E' questa l'espressione con la quale si indica l'unione tra due persone che pur non avendo contratto matrimonio tra loro convivono *more uxorio*, cioè come in matrimonio, ripetendo lo stile di vita proprio delle coppie sposate.

Con tale definizione si fa riferimento quindi ad una particolare formazione sociale che risulta assai simile alla famiglia fondata sul matrimonio, ma è caratterizzata dall'assenza di formalizzazione del rapporto di coppia.

La giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato che un consolidato rapporto ancorchè di fatto, non appare – anche a sommaria indagine – costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali ed alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche di cui all'art. 2 della Costituzione.

Sempre la giurisprudenza costituzionale ha altresì ribadito che per "formazione sociale" deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico.

... ne è passata di strada da quella pronuncia della Corte di Cassazione (30 aprile 1953 n. 1234) che sanciva il principio in forza del quale" il convivente

proprietario è legittimato ad esperire l'azione giudiziaria per espellere dalla propria abitazione il compagno non più tollerato che pretende, ciò nonostante di continuare nella coabitazione".

Già la terminologia utilizzata evidenziava la condizione di disvalore che per molto tempo ha contraddistinto la c.d. famiglia di fatto, contigua alla sfera della contrarietà al buon costume.

Tanto che sovente la stessa era equiparata ad ipotesi di "concubinato" a conferma della condanna di una tale situazione che veniva a crearsi ed era vista e considerata come grave onta.

Negli anni il concetto di disvalore si è attenuato e si è fatto strada il riconoscimento dell'unione di fatto in termini di formazione sociale, quale espressione di scelte di autonomia, libertà e autodeterminazione dei consociati, perdendo via via il connotato negativo che la contraddistingue.

Negli anni, grazie anche alla riforma del diritto di famiglia e ad una attenzione crescente ai diritti delle persone la riprovazione non solo normativa, ma anche socio-culturale, dell'unione fra due persone non istituzionalizzata dal vincolo del matrimonio ha iniziato a registrare una contrazione nella valutazione negativa ed una costante evoluzione.

La mancata riconduzione del modello familiare di fatto a quello delineato all'art. 29 Cost. non infatti ha impedito il riconoscimento costituzionale dell'unione di fatto, sia pure nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.

Il presupposto della tutela accordata ai conviventi *more uxorio* - che negli anni è andata affermandosi sempre più - non va ricercato nel diritto di famiglia, ma nell'ambito del più ampio diritto comune delle persone, in virtù della tutela accordata ai diritti fondamentali della persona anche all'interno delle formazioni sociali.

Tuttavia, l'unione di tipo matrimoniale costituisce il modello normativo al quale gli altri "tipi" di famiglia tendono – per assimilazione o per equiparazione – a ricondursi, nonostante l'insopprimibile diversità rappresentata dalla caratteristica "negativa" di non essere fondati sull'istituto del matrimonio, ma esclusivamente su un progetto non vincolante di solidarietà reciproca.

La decisione di una coppia di dar vita a una convivenza *more uxorio*, infatti, è determinata (pressoché esclusivamente) dalla volontà di sottrarre il rapporto ai vincoli della famiglia fondata sul matrimonio e "alla dimensione propria dell'ordinamento, affidandone l'attuazione a criteri qualificativi diversi (l'onore, la cortesia, la fiducia o simili)", da rinnovarsi quotidianamente nelle reciproche intenzioni dei conviventi.

La famiglia di fatto costituisce un difficile compromesso tra istanze "libertarie" ed esigenze di protezione.

Ora, muovendo dal presupposto che la convivenza *more uxorio* rientra, come riferito, tra le formazioni sociali meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2 Cost., in un contesto nel quale la rinuncia dei conviventi alla formalizzazione (*id est* regolamentazione) dell'unione risulta comunque espressione dei principi costituzionali di autodeterminazione, libertà e solidarietà sociale, si assiste a un progressivo riconoscimento al convivente di fatto di alcuni diritti accordati al coniuge, sia pure per il tramite di disarticolati provvedimenti (giurisprudenziali o legislativi) dettati dall'urgenza e dalla contingenza.

Tutto ciò ha determinato il sorgere di un modello (alternativo) di famiglia che aspira a ricevere l'ampio complesso di tutele attribuite alla famiglia fondata sul matrimonio, pur in assenza di una doverosa definizione di univoci e circostanziati requisiti minimi necessaria per una correlativa attribuzione di tutele (anche) al di fuori dell'ambito matrimoniale.

Le maggiori difficoltà derivano dal fatto che, al di là dell'indicata caratteristica "negativa" dell'assenza del matrimonio, financo da un punto di vista sociale, non è dato rinvenire nella famiglia di fatto degli elementi comuni e costanti tali da poterne giustificare una considerazione unitaria.

Tuttavia, nell'ampia ed eterogenea formazione sociale dell'unione di fatto, si ritiene – ai fini dell'indagine che ci occupa – di dover limitare l'attenzione a quel modello di relazione, stabile e continuativo tra due persone di sesso diverso, finalizzata a realizzare un progetto comune di vita familiare, fondato su un consenso istantaneamente revocabile, ma con i caratteri propri del matrimonio, quali l'assistenza reciproca, la coabitazione, la fedeltà, la procreazione.

Secondo l'orientamento prevalente, due sono gli elementi fondanti di tale modello di convivenza: il primo, di carattere soggettivo, consiste nell'*affectio maritalis*, mentre il secondo, di carattere oggettivo, è costituito dalla stabile convivenza pur in assenza di qualsiasi formalizzazione.

La famiglia di fatto pertanto, quale unione fondata sulla libertà e spontaneità dei comportamenti, non dà luogo a quel "dover essere", proprio del modello familiare fondato sul matrimonio.

Infatti, se in ambito matrimoniale è certamente esiguo lo spazio concesso alla libertà dei coniugi, non potendo certamente derogare al rigore formale dell'atto di matrimonio e disporre liberamente dei suoi effetti (*art. 160 c.c.*), la scelta dei conviventi di pianificare un (diverso) modello di vita comune, non fondato sul matrimonio, in ottemperanza a un programma di solidarietà e comunità familiare che, pur assicurando a ciascuno dei conviventi il libero sviluppo della propria personalità e la piena autodeterminazione, consenta agli stessi di potervi unilateralmente rinunciare *sic et simpliciter*, deriva proprio dal rifiuto degli effetti che scaturiscono dall'atto di matrimonio.

Pertanto, posto che le parti non intendono realizzare il modello tradizionale di famiglia, l'attribuzione di tutele che travalicano il novero dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali, costituzionalmente riconosciuti all'individuo nell'ambito di qualsiasi formazione sociale, finirebbe con l'imbrigliare e ingessare la libera realizzazione immaginata dalla coppia, imponendo comunque un modello di convivenza eteronomo e inevitabilmente ispirato a quello matrimoniale, invero scartato dai conviventi.

Infatti, come riferito, l'attribuzione di tutele e garanzie al convivente *more uxorio*, si pure soltanto per il tramite di occasionali e settoriali provvedimenti, certamente non impedisce il delinearsi – nella sostanza – di un catalogo di diritto (e conseguenti doveri) che inevitabilmente andrebbe a comporre un modello tipico di famiglia di fatto, il quale, però, - come è proprio di tutti i modelli standardizzati – dovendo prescindere dalle singole e particolari esigenze della coppia, determinerebbe un ritorno a quella posizione di retroguardia dello *status* (quand'anche di "convivente").

L'imposizione eteronoma di vincoli, sostanzialmente affini a quelli propri del matrimonio contrasterebbe con il desiderio della coppia di intraprendere una relazione spontanea e libera non caratterizzata dalla assunzione di reciproci obblighi e corrispondenti diritti.

Pertanto, estremamente difficile appare il bilanciamento di due esigenze tra loro contrapposte: la necessità di mantenere assolutamente libera e immediatamente revocabile la relazione di coppia, da un lato, e l'esigenza di assicurare un adeguato sistema di tutele in favore del *partner* che si trovi a dover subire involontariamente le (libere) decisioni del convivente, dall'altro.

Se nel 1966 (Cass 23 aprile 1966 n. 1041) la giurisprudenza affermava che a caratterizzare la convivenza *more uxorio* era proprio il coabitare in una comunione

spirituale e materiale che si concreta in quella consuetudine di vita comune tra due persone di sesso diverso che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco delle persone analogo per contenuto e forma a quello normalmente nascente dal vincolo coniugale e che abbia altresì il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso quale rapporto coniugale inteso non in senso assoluto ma in relazione alle condizioni sociali ed al cerchio di relazioni dei conviventi anche se sempre con un certo grado di stabilità .

Oggi, anche la giurisprudenza di legittimità - che si è occupata della questione in ordine a molteplici aspetti tra i quali, non ultimo, la rilevanza della convivenza ai fini dell'assegno di mantenimento in sede di divorzio - ha elaborato una definizione convivenza *more uxorio*, che ritroviamo in molte occasioni, nella quale rileva che la convivenza assuma connotati di stabilità e continuità ed i conviventi abbiano elaborato modelli di vita in comune, analoghi ed assimilabili a quelli che di regola caratterizzano la famiglia fondata sul matrimonio.

Entrano in rilievo elementi che comportano arricchimento e potenziamento reciproco della personalità dei conviventi e trasmissione di valore educativo ai figli (a questo proposito ricordiamo come gli obblighi ed i diritti dei genitori nei confronti dei figli siano assolutamente identici ai sensi dell'art. 30 della Costituzione e art. 261 cod. civ., sia nell'ambito del matrimonio che fuori dal matrimonio).

Quando ricorrono tali requisiti la mera convivenza si trasforma - lo prevede la Cassazione nel 1993, la definizione è data dalla decisione n. 471 - in una vera e propria famiglia di fatto.

La dottrina ha avuto modo negli anni di puntualizzare quelli che possono essere considerati come gli elementi costitutivi della convivenza *more uxorio* e che sono, il primo è un elemento che ha natura soggettiva ed è rappresentato dall'*affectio* ossia dalla partecipazione di ciascuno dei partner alla vita dell'altro, il secondo è di tipo oggettivo, è costituito da una stabile convivenza e quindi da una

relazione salda e duratura, connotata dai crismi della stabilità ed esclusività e reciproca contribuzione ed assistenza, quindi siamo di fronte ad una famiglia di fatto.

Rientriamo quindi nell'ambito della definizione di convivenza *more uxorio* quando siamo di fronte ad una comunanza di vita che presenta lo stesso contenuto della convivenza che ha invece alla base il matrimonio.

II

Se, da un lato, il nostro ordinamento non possiede un testo normativo organico e sistematico in merito a questa problematica, non possiamo non rilevare come vi siano plurime disposizioni di legge dove già la convivenza *more uxorio* che caratterizza la famiglia di fatto in qualche modo viene ad avere una sua rilevanza ed un riconoscimento.

La particolarità che si ricava da questa riflessione è che il nostro legislatore ha utilizzato e dato un riconoscimento in termini di legittimità alla convivenza *more uxorio* in ipotesi normative tra loro assolutamente differenti, vi cito come esempio la normativa in tema di procreazione assistita, il DPR 30 maggio 1989 che introduce il concetto di conviventi, identificando con tale definizione i componenti dello stesso nucleo familiare, oppure ancora la normativa in tema di assegnazione di case popolari, mi riferisco alla legge 31 luglio 1992, n. 179.

E sempre nella preparazione di questa breve relazione e andando a ripercorrere i principali interventi in ambito giurisprudenziale non possiamo prescindere da un'importante sentenza del Tribunale di Milano, 31 agosto 2012, con cui la Corte d'Appello ha fatto un passo avanti nel senso che, oltre a riconoscere

implicitamente un valore legittimante alla stabile convivenza tra due persone, ha precisato che anche l'unione omosessuale intesa proprio, e quindi unione che rispetti i caratteri di stabile convivenza anche tra due persone dello stesso sesso, costituisce una formazione sociale, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione e in quanto tale le persone che la compongono sono titolari del diritto fondamentale di vivere liberamente la loro condizione di coppia, tanto che l'espressione convivenza *more uxorio* che è intesa come comunione di vita caratterizzata da stabilità e dall'assenza del vincolo del matrimonio, nonché come nucleo portatore di vincoli di solidarietà e di sostegno reciproco, deve essere intesa conformemente alla funzione sociale del contratto, come riferita anche alle coppie dello stesso sesso e conseguentemente nel caso specifico poi veniva riconosciuto il diritto alle prestazioni di una cassa regolata contrattualmente da parte del convivente dello stesso sesso.

La difficoltà e la mancanza di una regolamentazione legislativa appare ancora più evidente riassumendo anche un po' le relazioni che mi hanno preceduta nel senso che la problematica della convivenza *more uxorio*, trova sì un riconoscimento ed una regolamentazione in determinate fattispecie ma lascia comunque ancora oggi aperto il fronte di problemi che non sono di poco conto e forse a maggior ragione, proprio oggi all'esito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 28.12.2013, n. 154, e quindi della sostanziale equiparazione veramente dei figli che sono ormai figli indipendentemente dal fatto di essere nati da un'unione che è sancita attraverso il vincolo matrimoniale o da una unione cosiddetta libera.

E questo perché, sempre ritornando ai principi espressi dal Supremo Collegio, e vi cito la decisione 21 marzo 2013, n. 7214, la convivenza *more uxorio* determina ad esempio sulla casa, dove si attua il programma di vita in comune ed il programma di vita in comune con riferimento alla casa coniugale è un principio che noi troviamo nell'ambito delle coppie sposate, tanto che la casa è definita dalla Cassazione come teatro degli affetti e luogo dove si svolge la vita familiare, si precisa appunto che nell'ambito della convivenza *more uxorio* la casa individua un potere di fatto che è basato su un interesse proprio che è molto diverso da quello

che deriva da ragioni di mera ospitalità e questo serve alla cassazione per dire che in presenza di una convivenza *more uxorio* l'estromissione violenta o clandestina del convivente dall'unità abitativa compiuta dal partner giustifica il ricorso alla tutela possessoria perché gli consente di esperire l'azione di spoglio nei confronti dell'altro anche quando il primo non vanti né un titolo di proprietà sull'immobile e che durante la convivenza è stato nella disponibilità di entrambe le parti.

Questo sta a significare che la Corte di Cassazione riconosce comunque ad una situazione di fatto quale può essere quella della convivenza *more uxorio* dei doveri in capo ai conviventi che sono di vedere comunque riconosciuta alla parte di non essere estromessa o cancellata dalla vita dell'altra persona solo perché l'altro cambia idea.

Il principio è molto importante, i conviventi godono di diritti e sottostanno a doveri certo ancora non sia al riconoscimento di un diritto di mantenimento, non sussiste ancora un obbligo di assistenza di cui all'art. 143, 2° comma, cod. civ., ma iniziano a farsi strada obblighi morali o di solidarietà che dovrebbero comunque indurre la persona a valutare le modalità di gestione della convivenza.

I doveri morali e sociali che trovano la loro fonte nella formazione sociale costituita dalla convivenza *more uxorio* refluiscono sui rapporti di natura patrimoniale, nel senso di escludere il diritto del convivente di ripetere le eventuali attribuzioni patrimoniali effettuate nel corso o in relazione alla convivenza: si attribuisce in tal modo alla nozione di obbligazione naturale fra conviventi una valenza marcatamente indennitaria che, soprattutto quando le dazioni siano avvenute non alla fine del rapporto, ma nel corso di esso, non le appartiene, in quanto l'assistenza materiale fra conviventi, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza - può affermarsi indipendentemente dalle ragioni che abbiano indotto l'uno o l'altro in una situazione di precarietà sul piano economico (Cass. 1277/14. Convivenza *more uxorio* e rapporti patrimoniali)

Eventuali contribuzioni di un convivente all'altro vanno intese, invero, come adempimenti che la coscienza sociale ritiene doverosi nell'ambito di un consolidato rapporto affettivo che non può non implicare, pur senza la cogenza giuridica di cui all'art. 143, comma 2, Cc, forme di collaborazione, e di assistenza morale e materiale.

Possiamo quindi affermare che sussiste una cerchia di diritti e doveri tra i conviventi che hanno rilevanza nei rapporti esterni più che nei rapporti interni, come se in qualche modo la giurisprudenza veda con maggiore favore una tutela esterna (risarcimento danni in caso di morte... altri) che non invece, dal di là di casi sporadici la nascita e la rilevanza di un'obbligazione reciproca tra i conviventi come se la scelta della convivenza non li rendesse meritevoli di tutela.

Sono molto più invece importanti alcuni doveri/diritti legati in maniera molto più pertinente a quello che sono diritti della persona e mi riferisco in particolare al diritto al risarcimento del danno nel caso di incidenti stradali che colpiscono la persona del convivente in misura più o meno grave e che comportano per l'altro convivente il riconoscimento di un diritto proprio ad un risarcimento del danno che è modulato a seconda del tipo di lesioni riscontrate dal danneggiato.

In quest'ottica rilevo altresì il diritto del convivente a subentrare nel contratto di locazione, diritto che – pensate la novità anche della questione – viene già riconosciuto con la legge istitutiva dei rapporti di locazione.

Viene poi ad essere oggetto di tutela il convivente spogliato del diritto di vivere nella casa e quindi gli viene riconosciuta una tutela possessoria perché, come dice la Cassazione, il diritto del convivente *more uxorio* fa sì che egli abbia una posizione di detenzione autonoma il cui titolo è dato rinvenirsi in un rapporto negoziale di fatto, in un negozio atipico, che lo rende quindi legittimato ad agire in tali casi.

Vi devo però segnalare che nell'ambito ad esempio della violazione degli obblighi cosiddetti familiari, secondo la Cassazione (mi riferisco alla sentenza 20.06.2013, n. 1548) precisa che l'intensità dei doveri ad esempio che derivano dal matrimonio non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro, pur in mancanza allo stato di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo, in un obbligo di lealtà e di correttezza e di solidarietà.

Prosegue ancora la Cassazione precisando che la ovvia diversità dei rapporti personali e patrimoniali nascenti dalla convivenza di fatto rispetto a quella originata dal matrimonio, ciononostante la legislazione è andata progressivamente evolvendo verso il sempre più ampio riconoscimento in specifici settori della rilevanza della famiglia di fatto e vengono citate oltre al campo della filiazione di cui abbiamo già parlato gli ordine di protezione contro gli abusi familiari, oppure la stabilità della coppia di adottanti, dove viene dato riconoscimento al periodo, come requisito di stabilità si considera anche il periodo in cui costoro abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio.

Altra ipotesi è quella della scelta dell'amministratore di sostegno che può cadere ancora sulla persona che stabilmente convive con il beneficiario dell'amministrazione, interdizione ed inabilitazione, l'accessibilità, come dicevo prima, alle tecniche di fecondazione e sull'affidamento condiviso.

Il Supremo Collegio quindi cosa dice? Che si tratta di segnali di una crescente attenzione del legislatore verso fenomeni di possiamo definirli consorzio solidaristico ai modelli familiari in cui per libera scelta si è escluso il vincolo e con esso le conseguenze legali del matrimonio.

Peraltro dobbiamo dire che già la giurisprudenza costituzionale nella sentenza del 1986 aveva affermato che un consolidato rapporto ancorchè di fatto non è costituzionalmente irrilevante.

Vorrei ancora segnalarvi come la Cassazione del 21 marzo 2013, n. 7128, ha addirittura superato alcuni limiti stabiliti dalla precedente giurisprudenza, stabilendo che integra di per sé un danno risarcibile ex art. 2059 cod. civ., giacchè lede un interesse della persona costituzionalmente rilevante ai sensi dell'art. 2, il pregiudizio recato al rapporto di coppia, da intendere quale stabile legame tra due persone connotato da durata e significativa comunanza di vita ed affetti, anche quando non si è contraddistinto da abitazione.

In caso invece di relazione prematrimoniale o di fidanzamento destinata successivamente ad evolvere in matrimonio, c'è un risarcimento del danno non patrimoniale che viene considerato come forma di tutela non solo della famiglia, ma anche del singolo a contrarre matrimonio e usufruire di quei diritti e doveri reciproci inerenti le persone dei coniugi nonché a formare una famiglia quale modalità di piena realizzazione della propria vita individuale.

Tra i provvedimenti legislativi che hanno riconosciuto al convivente *more uxorio* forme di tutele o particolari diritti riservati ai coniuge v. l'art. 5, l. 9 gennaio 2004, n. 6, in tema di amministrazione di sostegno, che attribuisce anche alla persona stabilmente convivente la legittimazione a proporre l'istanza per il riconoscimento di una misura di protezione in favore del *partner*; l'art. 5, l. 19 febbraio 2004, n. 40, che consente l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie conviventi, l'art. 17, l. 17 febbraio 1992, n. 179, in materia di edilizia popolare ed economica, che consente al convivente *more uxorio* di subentrare al *partner* nella qualità di socio o assegnatario; l'art. 2, d.m. 6 agosto 1993, n. 574, che consente anche al convivente del personale appartenente ai ruoli della Polizia di Stato di poter fruire degli alloggi di servizio; l'art. 70, d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, che per la determinazione dell'importo dovuto a titolo di tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani richiede l'indicazione delle persone fisiche componenti del nucleo familiare o della "convivenza"; l'art. 6, d.m. 29 marzo 1994, che nell'individuare i soggetti legittimati a ricevere il sussidio previsto in

favore degli eredi del notaio deceduto in esercizio considera rientranti nel nucleo familiare il convivente *more uxorio*; così come l'art. 13, comma 2, d.p.r. 28 luglio 1999, n. 510, che nell'individuare i destinatari dei benefici in favore dei superstiti di dipendenti pubblici vittime di azioni terroristiche fa espressa menzione del convivente.

Integra di per sé un danno risarcibile ex art. 2059 c.c. – giacché lede un interesse della persona costituzionalmente rilevante, ai sensi dell'art. 2 cost. – il pregiudizio recato al rapporto di convivenza, da intendere quale stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e affetti, anche quando non sia contraddistinto da coabitazione; in caso, invece, di relazione prematrimoniale o di fidanzamento che – a prescindere da un rapporto di convivenza attuale al momento dell'illecito – era destinato successivamente a evolvere (e di fatto si sia evoluto) in matrimonio, il risarcimento del danno non patrimoniale trova fondamento nell'art. 29 cost., inteso come norma di tutela costituzionale non solo della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, ma anche del diritto del singolo a contrarre matrimonio e ad usufruire dei diritti-doveri reciproci inerenti le persone dei coniugi, nonché a formare una famiglia quale modalità di piena realizzazione della propria vita individuale (Cass. civ., sez. III, 21-03-2013, n. 7128).

Le prestazioni patrimoniali di uno di conviventi *more uxorio* non possono inquadarsi nello schema dell'obbligazione naturale se hanno come effetto esclusivo l'arricchimento del partner e non sussiste un rapporto di proporzionalità tra le somme sborsate e i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi (nella specie, al convivente *more uxorio* che aveva realizzato un immobile, a proprie spese e con la propria manodopera, sul fondo appartenente al partner, è stato riconosciuto il diritto all'indennizzo cfr Cass., civ., sez. II, 13-03-2003, n. 3713).

Un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente *more uxorio* configura l'adempimento di un'obbligazione naturale a condizione che la prestazione risulti

adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens* (fattispecie nella quale i giudici di merito, con l'accertamento di fatto ritenuto dalla cassazione incensurabile in sede di legittimità, hanno escluso il rapporto di proporzionalità tra l'opera edificatoria realizzata, a propria cura e spese, con l'arricchimento esclusivo di uno solo dei componenti la famiglia di fatto, e l'adempimento dei doveri morali e sociali da parte del convivente *more uxorio* (cfr Cass., civ., sez. II, 13-03-2003, n. 3713).

È valido l'impegno negoziale assunto dai nubendi in caso di fallimento del matrimonio (nella specie trasferimento di un immobile di proprietà della moglie al marito, quale indennizzo delle spese, da questo sostenute, per ristrutturare altro immobile destinato ad abitazione familiare di proprietà della moglie medesima), in quanto contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, 2 comma, c.c., essendo, infatti, il fallimento del matrimonio non causa genetica dell'accordo, ma mero evento condizionale (Cass. civ., sez. I, 21-12-2012, n. 23713).

Stante la possibilità di inquadrare, oggi, il rapporto di convivenza *more uxorio* e la conseguente famiglia di fatto come «potenziale luogo di arricchimento della personalità, volto quindi a scopi socialmente utili e meritevoli (e sostanzialmente analoghi a quelli della famiglia fondata sul matrimonio)», in coerenza con lo spirito della riforma del diritto di famiglia, l. 19 maggio 1975, n. 151, con la quale alla prevalenza del vincolo formale del matrimonio, come fondamento esclusivo della famiglia, si è sostituito «l'elemento della stabilità dei sentimenti e degli interessi che legano i membri della famiglia stessa», deve affermarsi il diritto della convivente *more uxorio* al risarcimento del danno non patrimoniale, dovendosi però escludere il diritto al risarcimento del danno patrimoniale per la morte del coniuge di fatto (T. Verona, 03-12-1980).

III

Cenni di diritto comunitario

Vediamo brevemente che cosa succede negli altri stati europei, mi soffermo con brevi cenni sull'inquadramento delle unioni civili in Europa con particolare riferimento alla Francia, all'Olanda e alla Spagna.

FRANCIA

In Francia, come noto, manca una dettagliata normativa di rango costituzionale sulla famiglia, riscontrandosi, quanto all'istituto in esame, soltanto un riferimento nel Preambolo della Costituzione del 27 settembre 1946, richiamato come noto nel Preambolo della Costituzione della V Repubblica: "*la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*".

A livello di legislazione ordinaria, la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 ha introdotto, nel primo libro del codice civile francese, al titolo XIII, una disciplina "*Du pacte civil de solidarité et du concubinage*".

Quanto al *concubinage*, esso viene definito, nell'art. 515-8 del codice civile, come "*une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple*".

Il *Pacs* (*pacte civil de solidarité*) è qualificato dall'art. 1 della legge, che novella l'art. 515-1 del codice civile, come "*un contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*".

Secondo tale disposizione, l'accordo può, dunque, essere stipulato tanto da coppie eterosessuali che omosessuali.

Il *Conseil Constitutionnel* – chiamato a pronunciarsi in via preventiva sulla legittimità costituzionale della legge, secondo quanto previsto dall'art. 61 della Costituzione francese – ha evidenziato che la "*vie commune*" presupposta per l'applicazione dell'istituto comporta, oltre alla residenza in comune, una vera e propria "*vie de couple*". Ciò sarebbe confermato dalla previsione di una serie di cause di nullità del *Pacs* che o ricalcano quelle matrimoniali o sono volte a salvaguardare l'obbligo di fedeltà scaturente da un precedente matrimonio, come pure dalla disposizione secondo la quale il matrimonio al quale addivenga uno dei *partner* comporta lo scioglimento del *Pacs*.

Oltre al motivo ora ricordato e a differenza del rapporto matrimoniale, quello sorto dal *Pacs* può essere sciolto o per mutuo dissenso immediatamente o "unilateralmente, senza motivazione e fuori di ogni verifica di ragionevolezza", con effetto quando siano trascorsi tre mesi dalla notifica del recesso all'altra parte e alla cancelleria del Tribunale.

Il *Pacs*, pur non essendo riconducibile alla nozione di matrimonio, attribuisce alle coppie che lo contraggono, tanto omo- quanto eterosessuali, effetti in parte analoghi a quelli scaturenti dal matrimonio, come il diritto al mantenimento, assicurato dall'art. 515-4 del *Code civil*, non senza lasciare, però, ai *pacsés* un elevato tasso di autonomia in ordine alla regolazione degli effetti del negozio posto in essere.

OLANDA

Quanto all'Olanda, non soltanto le coppie di fatto e quelle omosessuali hanno la possibilità di iscriversi in appositi registri, ma è addirittura in vigore una legge che consente agli omosessuali di ricorrere – per il tramite di una delle manipolazioni terminologiche delle quali si dirà più avanti – ad un istituto definito quale matrimonio. E', inoltre, previsto la coppia omosessuale possa adottare minori.

SPAGNA

La Spagna è il paese europeo che ha la legislazione più interessante.

Pensate che fin dal 2003, in Spagna sono stati modificati n. 16 articoli del Codice civile spagnolo, sostituendo alle parole "marido" (marito) e "mujer" (moglie) il termine "cónyuges" (coniugi) e alle parole "padre" (padre) e "madre" (madre) il termine "progenitores" (genitori).

Tali modifiche hanno fatto sì che persone dello stesso sesso possano accedere al matrimonio, così come adottare minori.

Queste finalità sono state esplicitate introducendo nell'ordinamento spagnolo la seguente disposizione: "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*" (il matrimonio implicherà i medesimi requisiti e i medesimi effetti allorquando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso diverso).

Questa disciplina solleva evidenti dubbi di costituzionalità, ove si consideri che l'art. 32 della Costituzione spagnola proclama solennemente: "*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*".

Germania

In Germania anche di recente il *Bundesverfassungsgericht* ha ribadito che elemento essenziale del matrimonio è l'unione dell'uomo e della donna, escludendo pertanto che l'istituto possa trovare applicazione anche a persone dello stesso sesso e che tale esclusione dia vita a una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali.

Il Tribunale costituzionale ha, tuttavia, ritenuto che non esiste contrasto tra l'art. 6 GG – il quale, come noto, stabilisce che "*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*" – e la legge del 16 febbraio 2001 – entrata in vigore il 1° agosto dello stesso anno e recentemente novellata – per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle unioni tra omosessuali (*eingetragene Lebenspartnerschaften*).

Il *Bundesverfassungsgericht* ha, in particolare, respinto l'argomento – fatto proprio, invece, nelle opinioni dissenzienti da alcuni giudici – secondo il quale la convivenza registrata riproduce sostanzialmente, sia pure sotto altro nome, lo schema del matrimonio, per quanto concerne i diritti e i doveri, e, dunque, si pone in insanabile contrasto con detto articolo 6 GG.

Non essendo possibile in questa sede analizzare in dettaglio la disciplina tedesca e i dubbi di legittimità costituzionale che essa solleva, basti qui ricordare come le *Lebenspartnerschaften* possono essere concluse da due persone dello stesso sesso che dichiarino, di fronte alla autorità competente, di voler condurre insieme una *Partnerschaft* per tutta la vita.

Dalla stipulazione di questi accordi – chiaramente alternativi al matrimonio, come dimostra il fatto che la dichiarazione non è valida se una delle due persone è sposata, analogamente a quanto avviene con il *Pačs* – derivano molteplici conseguenze, come il diritto e il corrispondente obbligo per i partner al reciproco sostentamento, il diritto a una quota di legittima sull'eredità del defunto partner; il diritto di succedere nel contratto di affitto eventualmente stipulato dal defunto, la facoltà di astenersi dall'obbligo di prestare testimonianza contro il partner, la facoltà di assumere lo stesso cognome, la previsione di effetti, in caso di separazione, analoghi a quelle delle coppie sposate.

IV

La diversità di regime tra famiglia, convivenze *more uxorio* e unioni omosessuali è stata oggetto di diversi interventi del Parlamento europeo, che ha più volte invitato, talora implicitamente, altre volte in modo esplicito, tutti gli Stati membri dell'Unione a procedere nel senso dell'equiparazione di tutte le forme di convivenza.

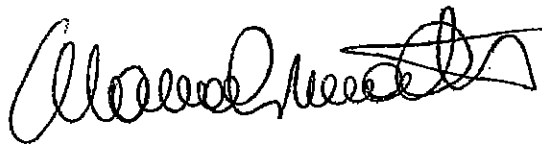
In particolare, pur in assenza di una specifica competenza delle Comunità in materia, il Parlamento europeo ha adottato, l'8 febbraio 1994, una Risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali, con la quale ha chiesto alla Commissione di presentare una proposta di raccomandazione nella quale venisse sollecitata la rimozione degli "ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni"; nonché la rimozione di "qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini".

Queste indicazioni sono state riprese dalla Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea in relazione al biennio 1998-1999, adottata il 16 marzo 2000, con la quale, richiamando l'art. 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea, il Parlamento europeo ha chiesto "agli Stati che non vi abbiano ancora provveduto di modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso" e ha evidenziato "la necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso".

Come vedete di strada da fare ne abbiamo ancora molta.... però consentitemi di chiudere con una mia personale osservazione....se le persone hanno il diritto di dar vita ad una convivenza e di scegliere di non regolare la propria vita in comune ... proprio per questo non si può e non si devono imporre regole a chi decide di non averle....

Vi ringrazio per l'attenzione.

Maria Cristina Ottavis



Riferimenti bibliografici

Il presente intervento riprende il contenuto di precedenti pubblicazioni e riporta stralci estratti in particolare da:

- Convivenza more uxorio e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto, Isabella Ferretti Giur. It. 2013, 12;
- Convivenza more uxorio e tutela possessoria dell'immobile adattato a casa familiare, Gaetano Guzzardi, Famiglia e Diritto, 2013, 11, 1051;
- Contratti di convivenza, Giacomo Oberto www.giacomooberto.com.