

LA FAMIGLIA DI FATTO DAL DIRITTO EUROPEO AL
DIRITTO NAZIONALE, TRA DIRITTO VIVENTE E DIRITTO
VIGENTE

*DE FACTO FAMILY FROM EUROPEAN LAW TO NATIONAL LAW,
BETWEEN LIVING LAW AND CURRENT LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1690-1707



Michele
TAMPONI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Lo studio si sofferma sul regime della famiglia di fatto nell'ordinamento italiano a seguito dell'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016 n. 76 ed alla luce dei principi affermati in ambito europeo. È messa in particolare evidenza l'intensità della disciplina delle unioni omosessuali a fronte della sostanziale rinuncia del legislatore ad assicurare reali tutele alle coppie eterosessuali.

PALABRAS CLAVE: Diritto vivente; famiglia di fatto; convivenza more uxorio; coppia eterosessuale.

ABSTRACT: *The study focuses on the regime of the de facto family in the Italian legal system following the entry into force of Law no. 76 of 20 May 2016 and in the light of the principles established in the European context. It is highlighted in particular the intensity of the discipline of homosexual unions in the face of the substantial renunciation of the legislature to ensure real protections to heterosexual couples.*

KEY WORDS: *Living law; de facto family; more uxorio cohabitation; heterosexual couple.*

SUMARIO.- I. IL DIRITTO VIVENTE.- II. LA FAMIGLIA DI FATTO NELLA REALTA' EUROPEA.- III. LA LEGGE ITALIANA 20 MAGGIO 2016 N. 76.- I. SEGUE: UNA LEGGE TIMIDA E INCOLORE.- IV. CONCLUSIONI.

I. IL DIRITTO VIVENTE.

Sono trascorsi quasi trent'anni da quando comparve su un'importante enciclopedia giuridica italiana la voce "Diritto vivente", affidata alle sapienti riflessioni di Luigi Mengoni¹.

L'insigne civilista spiegava che con questa formula si sintetizza «il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto ... e del controllo delle valutazioni da lui compiute»², soggiungendo che essa, penetrata dal 1981 nel linguaggio della Corte costituzionale, aveva assunto l'accezione di "giurisprudenza consolidata", ovvero sia di orientamento concorde dell'autorità giudiziaria, specie se espresso ai livelli più elevati. La locuzione è stata via via recepita anche dalla manualistica: la Scuola pisana insegna che la nozione di diritto vivente assume precisione di contorni nel consolidato contesto di decisioni autorevoli e riceve massima consacrazione nei giudizi di legittimità delle leggi pronunciate dalla Corte costituzionale³; Iudica e Zatti spiegano che l'espressione, quantunque retorica, «rende l'idea che il diritto «reale» è quello applicato ... non quello immaginato come un grande apparato di testi scritti»⁴; nel manuale di diritto civile di Alberto Trabucchi il diritto vivente è descritto come *lex loquens* che viene consolidandosi nella realtà della tradizione giurisprudenziale⁵.

Il tema assume peculiare connotazione dinanzi alle situazioni non espressamente regolate dalla legge: è qui che il ruolo dell'interprete assume un peso ancora più accentuato. Non gli è richiesto, infatti, di modulare l'applicazione della norma dettata per il caso concreto, bensì – prim'ancora – di ricercare quale sia quella destinata a regolarlo vuoi attraverso una sua lettura estensiva, vuoi mediante il procedimento analogico. E se non soccorrono disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe, saranno i principi generali dell'ordinamento a consentire la soluzione della controversia insorta.

1 MENGONI, L.: "Diritto vivente", *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, vol. VI, Utet Giuridica, Torino, 1990, p. 445 ss.

2 ID.: *Op. cit.*, p. 448

3 BRECCIA, U. e altri: "Diritto privato", Parte prima, Utet, Torino, 2003, p. 42.

4 IUDICA, G.- ZATTI, P.: "Linguaggio e regole del diritto privato", 3° edizione, Cedam, Padova, 2002, p. 27.

5 TRABUCCHI, A.: "Istituzioni di diritto civile", 41° edizione, Cedam, Padova, 2004, p. 59.

• Michele Tamponi

Professore di diritto privato nell'Università Luiss Guido Carli di Roma. E-mail: mi.tamponi@virgilio.it.

II. LA FAMIGLIA DI FATTO NELLA REALTÀ EUROPEA.

Esemplare, sotto il prisma in discorso, l'itinerario che ha contrassegnato quel diffuso *modus vivendi* che chiamiamo convivenza *more uxorio*, o famiglia di fatto, o famiglia non fondata sul matrimonio.

Affacciamoci, anzitutto, alla realtà europea, per osservare che secondo l'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali siglata a Roma il 4 novembre 1950 l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali. Questa clausola fa dunque riferimento al matrimonio ed all'unione di coppia consacrata dal negozio matrimoniale. Il principio è stato riaffermato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata a Nizza il 7 dicembre 2000, ma con un importante ampliamento: l'art. 9 stabilisce che il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio. L'elemento di grande rilievo e di forte innovazione rispetto al passato è rappresentato dalla dissociazione tra "diritto di sposarsi" e "diritto di costituire una famiglia": viene rimosso, cioè, il monopolio del matrimonio quale strumento di formazione del gruppo familiare. Quest'ultimo può essere fondato sull'atto nuziale, ma ben può costituirsi anche senza il matrimonio.

Un non trascurabile segnale nella medesima direzione si era già registrato nei mesi precedenti: la Raccomandazione 16 marzo 2000 del Parlamento europeo sul rispetto dei diritti umani aveva sollecitato gli Stati membri a garantire alle famiglie monoparentali e alle coppie non sposate, oltre che alle coppie dello stesso sesso, parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regimi patrimoniali e diritti civili.

A questi importanti passaggi ulteriori evoluzioni hanno fatto seguito: in particolare, il Regolamento n. 2201/2003 ha esteso le regole in tema di responsabilità genitoriale anche alle coppie di fatto. La nozione di famiglia ha subito in tal modo una significativa estensione, rafforzata ancora più intensamente in anni più recenti, allorché il Parlamento europeo con Risoluzione del 13 marzo 2012 ha raccomandato agli Stati membri di evitare una definizione restrittiva del concetto di famiglia.

Nella realtà italiana, il modello familiare è rimasto rigorosamente scolpito dalla legge: matrimonio (civile o concordatario che fosse), fedeltà, procreazione, ruoli di genere, educazione della prole, relazioni verticali. Il nucleo affettivo di differente conformazione assumeva un rango assolutamente marginale, pur se alterne sono state le sue vicende nei secoli: ora foriero di sanzioni penali, ora contrassegnato da biasimo sociale quantunque concernente persone libere da vincoli matrimoniali, ora guardato con freddezza ma tollerato, ora relegato nell'indifferenza.

Venendo agli ultimi decenni del secolo passato, e tralasciando ogni richiamo al tempo in cui la vita di coppia non consacrata dal matrimonio era spregiativamente bollata quale concubinato, è persino superfluo osservare che anche sulla scia delle richiamate prese di posizione a livello europeo è stata ascritta meritevolezza di tutela agli affetti. Questi non sono più riguardati come irrilevanti sul piano del diritto, a prescindere dalla loro giuridica formalizzazione, in quanto reputati idonei a fondare gruppi di persone riconoscibili come formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 Cost., nelle quali si svolge la personalità individuale e si esercitano i diritti inviolabili che la Repubblica è chiamata a riconoscere e proteggere.

Il mutamento del linguaggio fu il primo segno di un diverso sentire: la transizione dalla riprovazione sociale di cui era intriso il vocabolo "concubinato" alla neutralità del termine "convivenza" è significativa del differente atteggiamento verso il fenomeno. Fu soprattutto l'introduzione della formula "famiglia di fatto" a segnare la svolta e a rivestire una forte valenza ideologica: non si limitava ad evocare il convivere *more uxorio*, ma mirava a descrivere una vera e propria famiglia, destinata ad affiancarsi – più che a contrapporsi – a quella "di diritto". Famiglia in entrambi i casi, con tutti i diritti e i doveri derivantine, specie per ciò che concerne responsabilità genitoriale e gestione della prole. Distinta solo per le modalità di costituzione, svincolate dalla laica sacralizzazione dinanzi all'ufficiale dello stato civile (matrimonio civile) e da quella confessionale dinanzi al ministro del culto cattolico (rito concordatario).

In particolare, è stata avvertita l'esigenza di decifrare la locuzione *more uxorio* alla luce dei principi generali dell'ordinamento (nazionale e) comunitario, attribuendole un'accezione non discriminatoria. Nessuno ha potuto più contestare che anche una comunità di vita sottratta alla formalizzazione del rapporto potesse e dovesse ricevere tutela: non soltanto perché rientrante comunque nel novero delle formazioni sociali ove si svolge la personalità individuale, ma anche perché il collegamento matrimonio-comunità familiare, pur sancito in sede costituzionale, non costituiva l'unico modello possibile.

Il privilegio storicamente accordato allo schema coniugale non preclude – si dovette riconoscere – l'attenzione dell'ordinamento al nucleo edificato sulla mera convivenza: pur nella priorità logica e giuridica, solennemente enunciata, della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, fu giocoforza ammettere l'impossibilità di continuare a prospettare una nozione univoca ed esclusiva.

Si è autorevolmente parlato, da vari anni, di "arcipelago familiare"⁶, e si è rilevato che la Corte costituzionale, richiamando i doveri dei genitori verso il figlio naturale, ha posto in luce la giuridicità della relazione tra figlio naturale e soggetti che lo

6 BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 517 ss.

hanno generato, e quindi anche del rapporto tra questi ultimi: una triangolazione non relegabile nel limbo dell'irrelevanza.

Il tema è – o almeno era – certamente condizionato da indubbi pregiudizi di ordine sociale, etico, religioso: a chi ravvisava nella vita di coppia non fondata sul matrimonio la dichiarazione di guerra alla compagine familiare, l'assalto all'arma bianca preordinato alla sua disintegrazione, il crepuscolo del matrimonio, si è contrapposta la più pacata visione dell'unione libera tra uomo e donna contrassegnata da convivenza stabile e monogamica come legame *fuori* dal matrimonio ma non *contro* la famiglia, ed anzi come famiglia *altra* rispetto all'impianto tradizionale.

Certo, si era al cospetto di un'entità giuridica sfuggente, mutevole, insofferente ai recinti del diritto ufficiale. Ma non per questo nemica ad esso.

Non poteva sfuggire, naturalmente, l'intrinseca fragilità di un'unione libera: esposta all'imprevedibile ed anche immotivata interruzione; prigioniera di un'instabilità destinata a riflettersi sugli interessi della prole; priva delle barriere protettive legislativamente approntate per la crisi matrimoniale.

Il rapporto tra conviventi – si diceva – crea un vincolo meramente sociale, significativo quanto si vuole, ma non tale da determinare l'insorgenza di obblighi giuridici. Se l'uno decideva di interrompere la relazione, di non ottemperare più agli impegni di carattere economico esplicitamente o implicitamente assunti, l'altro non aveva prerogative da far valere, né iniziativa giudiziaria da esercitare. E se non poteva fruire di alcun diritto nei riguardi del proprio convivente allorché questi era in vita, problematico diveniva affermare che la sua morte per dolo o colpa di terzi potesse fornire l'occasione per l'insorgenza di diritti risarcitori.

Dapprima timidamente, poi sempre più convintamente, si è però cominciato a osservare che la scelta della vita di coppia, determinando l'insorgenza di obbligazioni naturali, veniva ad assumere una rilevanza non incompatibile con l'ordinamento giuridico vigente.

La questione si poneva in particolare con riferimento alla sua cessazione e alla pretesa dell'ex convivente di ripetere le somme erogate all'altra parte nel corso del rapporto, e la giurisprudenza prese ad escludere il diritto alla restituzione, trattandosi di attribuzioni patrimoniali fondate su doveri morali e relazionali originati dalla formazione sociale costituita per l'appunto dalla convivenza.

Alle contribuzioni dell'uno in favore dell'altro è stato così riconosciuto il carattere di adempimenti reputati doverosi nell'ambito di un consolidato rapporto

affettivo implicante di necessità, pur senza la cogenza giuridica propria degli obblighi matrimoniali, adeguate forme di collaborazione e di assistenza morale e materiale⁷.

Con il passare degli anni, si è andati via via alla ricerca dello statuto minimo della libera unione: fino a qual punto era prospettabile una giuridicizzazione del gruppo costituito dalla società familiare non sorretta dal vincolo matrimoniale? L'esaltazione dello spirito spontaneistico era compatibile con un' almeno limitata proiezione giuridicamente rilevante dei rapporti interni alla coppia convivente, dei rapporti tra questa e il mondo esterno, delle relazioni tra uno solo dei *paraconiugi* e i terzi?

Si poteva innanzitutto osservare che la famiglia di fatto – intesa come consolidata convivenza contrassegnata da stabilità e ragionevole affidamento di durata, nonché dall'avvertito dovere di mutua assistenza – trovava la sua base, al pari dell'unione matrimoniale, in un consenso liberamente manifestato, sia pure in forma tacita: questo ha sempre costituito il fondamento di entrambe, ma nell'un caso consacrato formalmente e fonte di un'istituzione atta a dispiegare forza di legge tra le parti, nell'altro caratterizzato dalla prevalente volontà di sottrazione all'imperio del diritto.

Si trattava, nella seconda ipotesi, di un consenso *all'instaurazione* del rapporto, non accompagnato però dall'assunzione dell'impegno di stabilità e continuità. Rispetto a tali profili, era un semplice fatto, un mero presupposto privo di qualsivoglia valenza vincolante: un'adesione destinata a rinnovarsi momento per momento. Il suo diverso valore rifletteva un modello di libertà e spontaneità, sottratto ai legami valevoli sul piano del diritto.

Sulla legittimità della scelta, ovviamente, nessuno poteva discutere: tenuto conto della tutela riconosciuta dalla Carta costituzionale alle formazioni sociali quali sedi di esplicazione della personalità dell'individuo, non era dubitabile che rientrasse tra i diritti inviolabili dell'uomo anche quello di costituire, in alternativa alla famiglia fondata sul matrimonio, un gruppo affettivo edificato sul libero consenso, sulla piena autonomia di governo, sull'autoregolamento degli interessi comuni ai due conviventi, votato a esplicarsi e a operare esclusivamente sul terreno del costume sociale.

“Convivenza” assumeva allora la portata di espressione flessibile atta a delineare un ampio spettro di situazioni segnate dall'incessante evoluzione del costume sociale e riflettenti la pluralità dei modi di vivere “liberi insieme”:

7 Già da tempo la migliore dottrina, prendendo atto del mutato costume sociale, sottolineava l'inaccettabilità di una valutazione della convivenza *more uxorio* in termini di irrilevanza o peggio di riprovazione, e richiamava i doveri sociali fondati sulla solidarietà familiare idonei a far sorgere, quantomeno, un'obbligazione naturale. Per tutti BIANCA, C.M.: “Diritto civile”, *La famiglia – Le successioni*, vol. II, terza ed. riv. e agg., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 25-27.

comunioni spirituali e materiali per le quali diveniva istintivo l'accostamento al vincolo coniugale. Ma quanto, quando, e per quali versi siffatto accostamento era veramente proponibile?

Sistemi di pensiero, ideologie, concezioni sociali e religiose si incrociavano e tutt'oggi si incrociano, in un reticolo di grande complessità. Quale che sia l'individuale visione, l'universo simbolico del sistema "famiglia" è comunque percepito come contornato di sacralità, e le nuove culture delle relazioni interpersonali sono a volte capaci di concepire e prospettare modelli autentici di vita affettiva a carattere spiccatamente solidale e altruistico. La fuga dalla famiglia legittima, discriminata in ragione dei pesi che la sua formazione comporta, ben può determinare l'insorgere di unioni affettive in grado di mobilitare capitale sociale e di fornire risposte efficaci a talune inquietudini della realtà attuale.

I nuovi modelli di rappresentazione dei legami familiari e parentali, espressivi di una realtà sociale multidimensionale, hanno segnato non raramente, pur nelle variabili dell'informalità tipologica, schemi di convivenza stabile (e non meramente sperimentale e preuziale) capaci di generoso investimento affettivo: la coppia eterosessuale ha acquisito non solo la sua legittimazione sul piano erotico-sentimentale, ma anche la sua identificazione quale famiglia.

Centro di affetti, quindi, a fronte di una famiglia fondata sul matrimonio che è insieme, per volontà del legislatore, centro di interessi. Alla base, uno spiccato spontaneismo, una (legittima) ricerca di spazi, di affrancamento da vincoli, di immunità da sovrastrutture formali. Quelle, appunto, del diritto oltre che delle convenzioni sociali.

III. LA LEGGE ITALIANA 20 MAGGIO 2016 N. 76.

Il binomio famiglia-matrimonio, che per molti anni aveva indotto studiosi e pratici a contrapporre famiglia legittima e famiglia non fondata sul matrimonio, ha dunque mostrato progressivi segni di cedimento: già la Carta di Nizza, come si è ricordato al par. 2, aveva posto in luce l'esigenza di mantenere separati il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia.

Nel quadro descritto, sono progressivamente venuti a maturazione i tempi per una diretta presa di posizione legislativa. Ciò che è avvenuto attraverso la (pur per molti profili deludente) legge 20 maggio 2016 n. 76, sofferto traguardo di una parabola sociale e normativa partita da lontano, costituente il frutto di una consapevole accettazione, a livello sociale e politico, delle convivenze non fondate sul matrimonio.

Ragioni, tutte, che hanno indotto il legislatore a introdurre, all'esito di un laborioso e sofferto dibattito, misure volte a stabilizzare la libera unione e a far assurgere il *quid facti* a *quid iuris*, ancorché la giuridica regolamentazione, quantunque ispirata a rispettabili obiettivi, portasse inevitabilmente con sé il rischio di deprimere proprio quella libertà che è alla base della scelta di mera convivenza tra uomo celibe e donna nubile.

Diveniva sempre più problematico accreditare alla comunità costruita sul matrimonio, come un tempo avveniva, il monopolio dei rapporti familiari. Schema, questo, che rispondeva a una logica paternalistica dell'incontro-scontro tra singoli e Stato, quasi che l'individuo non fosse in grado di discernere nel modo migliore il proprio interesse. Non più contestabile appariva il diritto di ciascuno di individuarlo autonomamente, affrancandosi da ogni generalizzazione affidata al legislatore, purché – ovviamente – nel rigoroso ossequio ai canoni inderogabili dettati a salvaguardia dei principi generali, dell'ordine pubblico e del buon costume.

Sulla stessa scia, del resto, si erano mossi da tempo molti altri Paesi: nel decennio a cavallo tra la fine del secondo e l'inizio del terzo millennio molte legislazioni nazionali hanno disciplinato le convivenze non fondate sul matrimonio: cominciando da Danimarca, Svezia, Paesi Bassi, Belgio e Francia il fenomeno si è esteso in pochi anni alla Germania, alla Finlandia, al Portogallo, al Lussemburgo, al Regno Unito; nella stessa direzione si è mossa anche la Spagna, sia pure con differenti discipline regionali che hanno determinato una regolamentazione "a macchia di leopardo"⁸.

Frantumato il plurisecolare sintagma famiglia-matrimonio, il microcosmo tradizionale ha ceduto il passo a un polimorfismo che ben potrebbe lasciare immutata l'essenza dell'istituto familiare. Il proliferare di modelli affettivi e la poliedrica articolazione degli intrecci fondati sul sentimento e sulla scelta di vivere spontaneamente la propria sfera più intima ha portato a non percepire più quale *minus* sociale ciò che si discosta dall'ortodossia del plurisecolare schema del matrimonio. Il che, peraltro, non ha impedito alla Corte di Giustizia di ribadire la specificità del concetto di matrimonio, inteso come unione tra due persone di sesso biologico diverso, e quindi di escludere che per le unioni omosessuali, pur tutelate nell'ottica dell'eliminazione di ogni discriminazione e di ogni disparità di trattamento in danno delle coppie *same-sex*, debba necessariamente discorrersi di

8 Tra i molti scritti in argomento: VENDITTI, P.: "La pluralità dei modelli familiari nel quadro dei principi espressi in Italia e in Europa: dal matrimonio tradizionale al progressivo riconoscimento della convivenza di fatto", *Cultura e diritti*, 2016, fasc. 3, p. 101 ss.; BARBIERA, L.: "Le convivenze. Diritto civile nazionale e orientamenti europei", Cacucci, Bari, 2010; COSCO, G.: "Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo", *Dir. fam., pers.*, 2006, p. 357 ss.; BONINI BARALDI, M.: "Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno", Ipsosa, Milano, 2005; ALONSO PEREZ, J.I.: "La famiglia di fatto in Spagna: legislazione regionale", *Giur. merito*, 2006, 2052 ss.; ROCA TRIAS, E. (a cura di): "Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras", Madrid, 2005.

matrimonio⁹: scelta, questa, riservata alla sensibilità, alla cultura e alle valutazioni di ciascuna realtà statale, fermo il principio, sancito all'art. 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea a seguito delle modificazioni introdotte attraverso il Trattato di Amsterdam, preclusivo di ogni discriminazione fondata sul sesso, sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione, sulle condizioni sociali, sull'età, sulle tendenze sessuali.

Allentata la granitica antica simbiosi tra famiglia e istituto matrimoniale, il legislatore è andato alla ricerca di una nuova investitura dell'unione affettiva superando così il tradizionale generalizzato convincimento che il convivente *more uxorio* non potesse vantare alcun diritto nei confronti dell'altra parte.

Tralasciamo qui qualunque riferimento ai legami omosex, tema rispetto al quale ci limitiamo a ricordare che già la risoluzione CE 8 febbraio 1994 n. 28 aveva sancito parità di diritti per le coppie dello stesso sesso, e che fin dal 1 ottobre 1981 il Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione n. 924, aveva affermato la necessità di garantirne la dignità, muovendo dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assicura ad ogni persona il diritto al rispetto della vita privata e familiare, oltre che del suo domicilio e della sua corrispondenza. Concentrando l'attenzione sulle convivenze eterosessuali può osservarsi che la legge italiana del 2016 ha suggellato un disegno dualistico di vincoli di coppia, affiancando al matrimonio – storicamente consegnato al codice civile – la disciplina delle vite in comune tra uomo e donna non fondate sul patto nuziale. Si tratta tuttavia di una regolamentazione che le ha poste (*rectius*: lasciate) in condizione di assai minore significatività rispetto al matrimonio (oltre che rispetto alle unioni civili tra omosessuali, divenute oggetto di una larga e discussa disciplina).

Gli effetti giuridici che ne discendono sono molto più attenuati, e a cinque anni dalla sua introduzione può ben dirsi che la legge non ha posto in luce connotati di dirimente novità rispetto alle soluzioni già accolte da tempo in sede pratica. Lo si spiega osservando che si è al cospetto di una scelta fondata sull'autonomia privata: gli aspiranti alla formalizzazione del legame hanno il matrimonio (o, se omosessuali, l'unione civile); chi non intende vincolarsi opta invece per la mera convivenza, non del tutto orfana di rilevanza giuridica, ma oscillante a mezza via tra autonomia ed eteronomia.

Il legislatore ha scelto cioè di affiancare alla tutela organica riservata al matrimonio una disciplina di minore intensità per i semplici conviventi di fatto: coppie, cui non solo non interessi instaurare un rapporto coniugale o paraconiugale, ma che anzi non lo vogliono ed aspirino invece, con piena consapevolezza, a convivere senza

9 Corte giust. CE, 31 maggio 2001, n. 122, Riv. Notariato, 2002, 1263, con nota di CALO, E.: "La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze".

assumere i diritti e i doveri nascenti dalla formalizzazione. Decidano, cioè, di non addivenire al matrimonio. Naturale, allora, che il relativo regime sia estremamente aereo, in quanto riservato a soggetti nettamente e deliberatamente orientati a un rapporto ispirato alla massima libertà.

Proprio la fragilità, problematicità e incompletezza della relativa disciplina suggerisce di orientarsi in questa sede alla sua analisi, allo scopo di verificarne – sia pure solo per cenni – caratteri, peculiarità e grado di assoggettabilità alle regole sancite per le convivenze matrimoniali.

La rottura con un passato in cui l'unico regime di coppia riconosciuto era consacrato dal matrimonio è assai netta: convivenza registrata presso gli uffici anagrafici, non registrata, contrattualizzata (registrata o no che sia). Significativamente, la legge del 2016 è intitolata alla disciplina *delle* convivenze, a sottolinearne la varietà sotto plurimi profili: alla base della pluralità, del passaggio dalla fissità alla mutevolezza, una forte spinta alla liberalizzazione delle relazioni di coppia, un "rompete le righe" che ne investe l'intera vita, dalla modalità di instaurazione ai contenuti del vivere insieme, per finire con i differenti modi di scioglimento.

Il folto campionario di modelli che oggi il sistema normativo pone a disposizione non si caratterizza certamente per analiticità disciplinare, ed offre piuttosto un ventaglio di schemi in bianco, sui quali è chiamata a operare l'autonomia dei privati: le convivenze vedono affidata alla libera iniziativa l'individuazione di diritti e doveri (vuoi reciproci, vuoi unilaterali), con facoltà di affiancare all'intesa non matrimoniale sulle modalità di vita comune – intesa formalizzata o, più frequentemente, tacita e rimessa alla spontaneità del sentimento – un formale contratto diretto a regolamentare i profili patrimoniali.

La cennata evoluzione segna, all'evidenza, un netto abbrivio in senso privatistico e negoziale dei rapporti di coppia.

I. Segue: una legge timida e incolore.

Che cosa è dunque cambiato con il passaggio dall'agnosticismo ordinamentale alla regolamentazione?

Il legislatore discorre di "conviventi di fatto", ponendo così in evidenza che il convivere è un mero fatto, rilevante tuttavia sul piano del diritto poiché ne discendono conseguenze giuridiche, ora oggetto di specifiche regole: quella che il legislatore chiama convivenza *di fatto* è in realtà, a tutti gli effetti, convivenza *di diritto*, in quanto regolamentata, sia pure in forma decisamente *soft*.

Il fenomeno, a ben vedere, si presta con difficoltà a divenire oggetto di una normativa veramente organica e tendenzialmente compiuta: la ricchezza di sfumature, la pluralità delle formule, le peculiarità delle varieguate situazioni pongono in luce gli ostacoli a una regolamentazione a tutto campo. Ci si muove su un terreno refrattario all'inefeudazione normativa: un terreno che, per sua natura, si potrebbe qualificare "a giuridicità limitata".

Ne scaturisce una versione minore, impoverita, desacralizzata del tradizionale archetipo del matrimonio: l'intrinseca fattualità che la connota la relega in un ambito grigio, dimesso, sguarnito di solidi baluardi protettivi, ontologicamente fragile per la possibile anche immotivata e inopinata cesura.

Il legame trova nella precarietà la caratteristica principale, spoglio com'è di quella rete di salvaguardie – domanda di separazione, tentativo di conciliazione, intervento del giudice o mediazione familiare – che presidia la crisi coniugale. Scissa dall'ingombrante sineddoche del matrimonio, la famiglia si sottrae bensì alle costrizioni del diritto ufficiale, ma al contempo abdica alle tutele da esso apprestate.

Può dirsi perciò che la famiglia di fatto si differenzia rispetto a quella fondata sul matrimonio sotto il profilo della quantità e sistematicità delle disposizioni riservatele. Siamo dinanzi alla giuridicizzazione di una comunità affettiva non solo non sorretta dalla solennità nuziale, ma anche caratterizzata dall'esaltazione di uno spirito spontaneistico che condiziona sensibilmente la proiezione giuridica dei rapporti interni di coppia.

L'elemento comune è il consenso, ma in larga misura privo della forza di legge, giuridicamente non vincolante, destinato a rinnovarsi momento per momento, ontologicamente vacillante in quanto esposto alla revoca in qualunque istante.

Nel suo sorgere la convivenza opera sul piano dell'effettività e della concretezza, e non trascurabili prerogative sia personali che patrimoniali ne discendono automaticamente: non è previsto un procedimento costitutivo, né è richiesta una formalità manifestativa.

Mentre nel matrimonio si pone l'accento sull'atto, anima della convivenza è il fatto: difetta l'assunzione di un formale impegno per la sua insorgenza. È il semplice comportamento concludente a plasmarla. L'atto solenne, costituito dalla stipulazione di un contratto, è contemplato soltanto come eventualità, e comunque come passaggio non già istitutivo, bensì meramente regolatore, sì da poter sopraggiungere anche in corso di rapporto.

Tutto ciò, beninteso, non impedisce di attribuire all'intervenuto recepimento legislativo l'attitudine ad espungere la convivenza dalla categoria dei rapporti di mero

fatto: non si è più al cospetto di una relazione priva di specifica regolamentazione, e disciplinata solo in via indiretta. Essa gode di un apposito regime, quantunque blando e non invasivo, destinato ad operare senza la mediazione di canoni d'interpretazione estensiva o di regole e principi evocabili soltanto per analogia.

Non può però sfuggire che la legge in parola si è in realtà astenuta dall'intervenire sui temi più rilevanti e più delicati: l'ammissibilità dell'azione di arricchimento al momento di cessazione del rapporto; la possibilità di domande risarcitorie conseguenti alla rottura del legame; la sorte delle attribuzioni patrimoniali a senso unico intervenute durante la convivenza. Si trattava di profili presenti, almeno in larga misura, nel testo originario, e che sono stati espunti nel corso dei rimaneggiamenti compromissori pattuiti in sede politica per conseguire l'approvazione del Parlamento.

Erano infatti contemplati nei progetti iniziali i diritti e gli obblighi di natura patrimoniale scaturenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte, i diritti successori del superstite convivente da almeno sei anni, un assegno di mantenimento determinato in base alla durata della convivenza e alla capacità lavorativa di entrambi.

Stralciate queste previsioni, molto è stato lasciato agli sforzi e all'inventiva dell'interprete, cui resta demandato – esattamente come avveniva prima dell'entrata in vigore di questo provvedimento – anche il compito di stabilire se il prisma dell'obbligazione naturale, cioè di un dovere morale o sociale posto a metà strada tra rilevanza e irrilevanza giuridica, sia ancora adeguato all'attuale realtà delle relazioni non fondate sul matrimonio, o se proponga una chiave di lettura divenuta anacronistica.

Anche a una prima lettura della legge in parola balza all'occhio l'assenza di quei diritti-doveri reciproci che a norma dell'art. 143 cod. civ. investono marito e moglie: non è previsto alcun obbligo reciproco di fedeltà, né di assistenza morale e materiale, né di collaborazione nell'interesse della famiglia, né infine di coabitazione.

Il legislatore accenna soltanto, senza nulla prescrivere, a «legami affettivi» di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale. Semplicemente, discorre di «accertamento della stabile convivenza», ricavabile dalla dichiarazione anagrafica, e riconosce al superstite il diritto di «continuare ad abitare» nella «casa di comune residenza» appartenuta al convivente premorto, ovvero di succedere nel contratto di locazione che era stato stipulato da quest'ultimo.

La coabitazione non è contemplata come diritto-dovere reciproco, bensì quale mero dato di fatto cui si ricollegano i ricordati diritti del convivente superstite. Né lo sono la fedeltà e la collaborazione nell'interesse della famiglia.

Intuibili i corollari: illimitata facoltà di recedere, anche senza motivazione, dal rapporto di coppia; totale libertà di abbandono del tetto paraconiugale; nessun vincolo di esclusività sul piano dei rapporti intimi.

Invero non era mancato, prima che la legge entrasse in vigore, il tentativo di invocare per la convivenza *more uxorio* l'estensione delle regole proprie del matrimonio, motivatamente stroncato dalla Corte costituzionale la quale, sulla premessa che ci si trova dinanzi a una scelta di libertà dalle regole costruite dal legislatore per l'unione di marito e moglie, ha concluso per l'impossibilità, pena la violazione della libera determinazione delle parti, di estenderle ad essa.

In coerenza con questa impostazione, con specifico riguardo alla condotta fedifraga di uno dei conviventi la giurisprudenza aveva escluso la ravvisabilità di una responsabilità civile, difettando *in toto*, in seno alla relazione, un riconoscimento giuridico del reciproco impegno di fedeltà. E non vi è dubbio che queste conclusioni debbano essere tenute ferme anche ora che la convivenza è legislativamente regolamentata.

L'equiparazione tra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia di fatto resta improponibile anche per i profili patrimoniali: il convivente non può avanzare alcuna pretesa di contitolarità sui beni acquistati dal compagno in costanza di rapporto (salva la stipulazione di un apposito contratto di convivenza che preveda espressamente la comunione degli acquisti), né può vantare diritti di natura successoria, se non negli angusti limiti di un'eventuale disposizione testamentaria in suo favore.

L'ordine della famiglia non è stato dunque in alcun modo alterato dalla legge in parola: destinata, dopo l'ubriacante sequela di dibattiti e di polemiche che ne hanno preceduto, accompagnato e seguito l'emanazione, all'oblio che è riservato a un provvedimento diretto ad enunciare assai più che a regolare, ove solo si consideri che il fenomeno sociale di maggiore rilevanza – le convivenze eterosessuali – non è stato significativamente inciso né sul piano della disciplina né su quello delle tutele. E tutto ciò, quantunque ormai da tempo il legislatore avesse sancito, con ben maggiore coraggio di quello dimostrato nel 2016, che la coppia non coniugata è ammessa ad avvalersi della procreazione assistita (legge 15 febbraio 2004 n. 40), e che il convivente di fatto ha diritto di fruire della tutela assicurata dagli ordini di protezione contro gli abusi familiari (legge 4 aprile 2001 n. 154; artt. 342 *bis* e *ter* cod. civ.)¹⁰.

10 La rilevanza legale della convivenza *more uxorio* non è sfuggita a Cesare Massimo Bianca, che già nella prima edizione del suo "Istituzioni di diritto privato", Giuffrè, Milano, 2014, pp. 719-721 richiamava l'attenzione sugli indici legislativi citati sopra nonché sull'eloquente significato della legge 10 dicembre 2012 n. 219 che proclamando l'unicità dello stato giuridico dei figli ha eliminato le residue discriminazioni tra figli nati nel patrimonio o fuori di esso.

Al di là del clamore che nell'immediatezza ha suscitato, questa legge, lungi dal risultare dirompente, finisce semplicemente per sancire l'equazione *unioni omosessuali = matrimonio* (con la quasi unica variante costituita dalla transizione da "vita coniugale" a "vita comune"), rilevante in termini di principio e cara a una limitata schiera di fruitori del nuovo regime, ma incapace di incidere realmente sull'immagine della famiglia, se non per il profilo socialmente più problematico: quello – solo formalmente accantonato in sede legislativa, ma di fatto delegato alla vivace creatività giurisprudenziale – delle adozioni omosessuali e della connessa pratica della maternità surrogata, lacerante sul piano etico e sovrastata da ombre che oscurano la dignità della donna.

IV. CONCLUSIONI.

Nel quadro descritto, la disciplina del gruppo familiare si presenta incanalata su due filoni paralleli: da un lato le aggregazioni nuziali, connotate da ufficializzazioni e certificazioni pubbliche, necessarie sia per costituire il rapporto che per dissolverlo, ed aggrappate a regole e logiche patrimoniali ed ereditarie; dall'altro la provincia dell'informalità, connotata da rigorosa autonomia: nessun tipo di sovrastruttura (neppure la comunicazione anagrafica) è richiesta per dare vita alla convivenza così come per scioglierla. Anche se, abbastanza paradossalmente, per il contratto di convivenza (che è palesemente un *minus* rispetto al fenomeno convivenza in sé) è sancita una solennità particolarmente rigorosa.

La discrezionalità delle parti conquista un larghissimo ruolo. Ciò non sta ad esprimere la fine della famiglia, ma piuttosto la sua resilienza, la capacità di adattarsi ai mutamenti sociali, culturali ed economici della società, la forza di una vitalità emotiva e relazionale che supera gli ostacoli e supplisce alle lacerazioni del tessuto domestico fondato sul matrimonio e su un rigoroso spettro di regole e di condizionamenti. Questi confini mobili, capaci di istituire nuove affettività e di estendere il campo delle esperienze fondate sul sentimento, rivelano un "essere famiglia" non più giocato sul legame coniugale o di consanguineità, bensì sul terreno della scelta e delle affinità elettive. La complessità del mosaico delle umane relazioni è posta in luce in tutta la sua dimensione, nuove sensibilità e nuove responsabilità si protendono sulla privata comunità governata dai moti dell'animo.

Intervenuta la legge n. 76 del 2016, e trascorso ormai un lustro dalla sua entrata in vigore, che cosa è mutato riguardo alle convivenze eterosessuali? La frettolosa analisi fin qui condotta consente di osservare che in realtà ciò che il legislatore ha sancito in tema di convivenze *more uxorio* non aggiunge nulla ai risultati cui l'interpretazione era intervenuta negli anni precedenti sia in termini negativi che in termini positivi. Sul primo profilo, nessun obbligo di fedeltà, di coabitazione, di assistenza morale e materiale; nessun diritto ereditario (salvo

un limitato godimento della casa di comune residenza da parte del convivente superstite); nessuna comunione degli acquisti (se non attraverso eventuali apposite pattuizioni, già da tempo pacificamente ammesse); assai limitate tutele al convivente che collabori con il *partner* imprenditore. Sul secondo profilo: diritto del convivente superstite al risarcimento dei danni per morte del *partner* causata da fatto illecito di terzi (ma si tratta di un diritto riconosciuto in sede pratica ormai da oltre vent'anni); modeste prerogative di natura non patrimoniale (assistenza al convivente ospedalizzato o incarcerato, decisioni in materia funeraria: l'una e le altre già presenti nel diritto vivente).

In altre parole, salvo marginali protezioni aggiuntive il legislatore del 2016 si è limitato a sancire in favore del convivente *more uxorio* quelle stesse tutele che nella pratica gli erano state riconosciute ben prima che la legge in parola venisse emanata. Il diritto positivo, cioè, non ha fatto che conformarsi al diritto vivente. Le tutele sino al 2016 affidate ad esso, da quella data sono divenute *diritto vigente*.

Questa transizione si riduce, a ben vedere, a un dato meramente nominalistico, giacché il legislatore ha scelto di adagiarsi pigramente sulle opzioni e sulle soluzioni verso le quali la pratica giudiziaria si era orientata ormai da vari anni: si è "appropriato" del diritto vivente ricalcandone i contenuti, e pressoché nullo è il "valore aggiunto" della disciplina introdotta rispetto ai risultati cui la pratica era anteriormente pervenuta.

Il che, in sé e per sé, non costituirebbe un fenomeno negativo, se fosse consentito concludere che la scelta legislativa di recepire i risultati raggiunti dal diritto vivente costituisce l'indice della bontà ascrivibile alle soluzioni anteriormente elaborate in sede pratica e della loro piena e compiuta attitudine a disciplinare il fenomeno della famiglia non fondata sul matrimonio. Non può dirsi, tuttavia, che la vicenda descritta possa essere letta in termini di felice ed esauriente condivisione di quei risultati: ben altre erano le aspettative, posto che la normativa sulle convivenze *more uxorio*, auspicata da lungo tempo, era chiamata a dare risposte e soluzioni ad interrogativi e problemi cui la mera pratica non poteva e non può pervenire. Sotto questo profilo, non vi è dubbio che la disciplina consacrata dalla legge n. 76 del 2016 finisca per confluire nel denso archivio delle occasioni mancate¹¹.

¹¹ Per più ampio sviluppo, ci permettiamo di rinviare a TAMPONI, M.: "Del convivere. La società postfamiliare", La Nave di Teseo, Milano, 2019.

BIBLIOGRAFIA.

ALONSO PEREZ, J.I.: "La famiglia di fatto in Spagna: legislazione regionale", *Giur. merito*, 2006, 2052 ss.;

BARBIERA, L.: "Le convivenze. Diritto civile nazionale e orientamenti europei", Cacucci, Bari, 2010;

BIANCA, C.M.: "Diritto civile", *La famiglia – Le successioni*, vol. II, terza ed. riv. e agg., Giuffrè, Milano, 2001;

BIANCA, C.M.: "Istituzioni di diritto privato", Giuffrè, Milano, 2014;

BONINI BARALDI, M.: "Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno", Ipsoa, Milano, 2005.

BRECCIA, U. e altri: "Diritto privato", Parte prima, Utet, Torino, 2003.

BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 517 ss.

CALÒ, E.: "La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze", con nota a Corte giust. CE, 31 maggio 2001, n. 122, *Riv. Notariato*, 2002, 1263.

COSCO G.: "Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo", *Dir. fam., pers.*, 2006, p. 357 ss.

IUDICA, G.- ZATTI P.: "Linguaggio e regole del diritto privato", 3° edizione, Cedam, Padova, 2002.

MENGGONI, L.: *Diritto vivente in Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, vol. VI, Utet Giuridica, Torino, 1990, p. 445 ss.

ROCA TRIAS E. (a cura di): "Estudio comparado de la regulación autonómica de les parejas de hecho: soluciones armonizadoras", Madrid, 2005.

TAMPONI, M.: "Del convivere. La società postfamiliare", La Nave di Teseo, Milano, Milano, 2019.

TRABUCCHI, A.: "Istituzioni di diritto civile", 41° edizione, Cedam, Padova, 2004.

VENDITTI, P.: "La pluralità dei modelli familiari nel quadro dei principi espressi in Italia e in Europa: dal matrimonio tradizionale al progressivo riconoscimento della convivenza di fatto", *Cultura e diritti*, 2016, fasc. 3, p. 101 ss..

