



LEONARDO LENTI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Torino

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CONVIVENZA DI FATTO: OSSERVAZIONI A PRIMA LETTURA

SOMMARIO: 1. La discussione sulla nuova legge. – 2. Qualche osservazione preliminare. – 3. Che cosa si intende per convivenza. – 3.1. I «legami affettivi di coppia». – 3.2. La stabilità. – 3.3. I legami di «reciproca assistenza morale e materiale». – 3.4. L'assenza di vincoli familiari (matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione). – 4. L'assistenza reciproca non patrimoniale. – 4.1. Le leggi penali in senso lato. – 4.2 I ricoveri ospedalieri. – 4.3. La designazione del rappresentante in materia sanitaria. – 4.4. L'amministrazione di sostegno e l'interdizione. – 5. I diritti di contenuto patrimoniale. – 5.1. I diritti sulla casa familiare in seguito alla morte del convivente. – 5.2. La convivenza ai fini dell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica. – 5.3. La partecipazione all'impresa familiare. – 5.4. Il diritto al risarcimento del danno. – 5.5. Il diritto agli alimenti.

1. – La nuova disciplina delle conseguenze di diritto derivanti dal mero fatto della convivenza e dei contratti volti a regolarla ha avuto una gestazione molto tormentata e non ancora definitivamente compiuta. La ragione fondamentale credo stia nella scelta, fatta dai politici, di farla confluire in un unico progetto di legge insieme con la disciplina dell'unione civile per le persone dello stesso sesso. A fondamento di questa scelta mi sembra resti pur sempre l'idea che la famiglia era, è e sempre sarà quella fondata sul matrimonio di due persone di sesso diverso, in qualche modo finalizzata alla procreazione, e che i cosiddetti nuovi modelli di famiglia – come la coppia omosessuale o la convivenza libera – siano soltanto una versione minore, impoverita, desacralizzata di questo archetipo¹.

Tale scelta mi sembra sia stata poco opportuna. Tralasciando ogni considerazione di tipo tattico, strettamente legata alla peculiare configurazione dell'attuale sistema politico, il motivo di fondo è il seguente: la richiesta sociale di disciplinare per legge le unioni omosessuali ha un fondamento del tutto diverso, se non addirittura opposto, rispetto alla richiesta sociale di disciplinare con una legge organica le conseguenze derivanti dal mero fatto della convivenza.

La prima reclama, in nome del principio di eguaglianza, che cada ogni distinzione fondata sull'orientamento sessuale, e che sia quindi introdotta anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso una disciplina legale della vita di coppia, che preveda diritti e obblighi, a somiglianza di quelli stabiliti per il matrimonio. Chiede dunque per queste coppie un *più* di regolazione rispetto al passato.

La seconda richiesta sociale esprime invece il progressivo allontanamento dal matrimonio, la sempre minore accettazione delle regole etiche e comportamentali che per tradizione lo caratte-

¹ È un'idea neppur troppo mascherata, soprattutto nell'ultima versione del disegno di legge, quella poi approvata dal senato.

JUS CIVILE



rizzano, cui consegue la crescente diffusione delle convivenze libere. Chiede dunque per queste coppie un *meno* di regolazione rispetto al matrimonio, ma non la totale mancanza di regolazione tipica dell'epoca napoleonica²: chiede in particolare una disciplina minima e al tempo stesso razionalmente costruita, capace di regolare in modo quanto più completo possibile soprattutto i rapporti fra la coppia e i terzi.

L'unificazione in un unico progetto di legge ha fatto sì che le nuove norme sulla convivenza di fatto siano rimaste completamente oscurate da quelle sull'unione civile: l'indubbia grande importanza di queste ultime sul piano dei principi ha ingiustamente trasformato quelle sulla convivenza in una sorta di appendice secondaria. Nel mondo politico, nei mezzi d'informazione di massa e per conseguenza nella stessa società civile il dibattito in materia si è centrato pressoché soltanto sull'unione civile per le coppie di persone dello stesso sesso e in particolare sulla questione dell'adozione dei figli del compagno/a.

Iniziata su toni di ragionevolezza e di rispetto reciproco, la discussione – anche sotto l'urgenza di intervenire in seguito alla sentenza della CEDU *Oliari e al. c. Italia*, 2015 – è chiosamente degenerata in un conflitto puramente ideologico, come di solito succede in Italia quando si discute di famiglia e di bioetica. Così si è persa di vista la realtà sociale dei fenomeni che la nuova legge intendeva regolare e la loro frequenza, come pure si è manifestato di ignorare le evoluzioni recenti del diritto giurisprudenziale in materia di adozione in casi particolari. Spesso si è addirittura equivocato su quali fossero i termini effettivi delle questioni in discussione, oscillando confusamente nel dibattito politico e mediatico fra l'adozione di cui all'art. 44 legge n. 184 e l'adozione piena, fra l'adozione e la procreazione assistita con maternità di sostituzione, fra l'accesso a quest'ultima (all'estero) da parte delle coppie omosessuali maschili e l'accesso alla stessa da parte delle coppie eterosessuali (caso infinitamente più frequente del precedente).

L'attenzione prestata alla disciplina delle conseguenze del mero fatto della convivenza, contenuta nella seconda parte della legge, è stata dunque molto scarsa. Eppure si tratta di un argomento di grande importanza: è facile prevedere, infatti, che tali norme sono destinate a essere applicate nella pratica quotidiana con molta frequenza, certo maggiore rispetto a quelle sull'unione civile.

2. – Il testo normativo approvato in prima lettura dal senato nel febbraio scorso è composto da un solo articolo diviso in un'infinità di commi (ben 69), secondo la tecnica comunemente usata per la legge cosiddetta di stabilità: è il risultato, un po' ridicolo, del concorso tra la contingenza politica del momento e le norme del regolamento parlamentare. Questo risultato era forse politicamente inevitabile, perché ha permesso di saltare la discussione delle molte migliaia di

²È celebre la frase attribuita a Napoleone nei lavori preparatori del *Code civil*: «les concubins se passe de la loi, la loi se désintéresse d'eux».



emendamenti presentati a fini solo ostruzionistici, per lo più mal scritti e nella loro gran maggioranza irragionevoli o addirittura privi di qualunque senso³.

Le nuove norme sulla convivenza di fatto e sui contratti di convivenza sono deludenti: non rispondono all'esigenza di disciplinare in modo organico e completo la situazione giuridica delle coppie conviventi non sposate, né per quanto riguarda i rapporti della coppia con i terzi, né per quanto riguarda i rapporti interni fra i componenti della coppia, sia durante la convivenza sia dopo la sua fine⁴. Insomma, lasciano purtroppo invariata l'immagine che la disciplina legislativa in materia offriva in precedenza: un coacervo di norme incoerenti, ove regnano sovrane la casualità e la singola urgenza del momento, senza che traspaia alcuna linea di politica del diritto di sufficiente chiarezza e coerenza.

Le nuove norme introducono qua e là spezzoni di disciplina – di qualità tecnica spesso inadeguata – i quali integrano i numerosi spezzoni di disciplina legislativa e giurisprudenziale già presenti nell'ordinamento, senza preoccuparsi di coordinare le nuove disposizioni con le regole già operanti.

Anzi: l'integrazione delle nuove regole con le vecchie genera ulteriori complicazioni, molte delle quali dovute a una peculiarità che anticipo qui e che emergerà più volte in seguito. Le regole preesistenti sulle convivenze, sia di fonte legislativa sia di fonte giurisprudenziale, riconnettono conseguenze giuridiche al mero fatto materiale del vivere insieme, limitandone a volte l'operatività in base a dati anch'essi *fattuali*, come per esempio la durata; ma mai in base a dati *giuridici*, come per esempio lo stato civile dei conviventi.

La nuova legge si discosta vistosamente da ciò: limita le conseguenze giuridiche del fatto materiale della convivenza in base al dato, non fattuale ma giuridico, dello stato civile dei conviventi, se legati o meno da un matrimonio non sciolto né annullato. La scelta del legislatore mi sembra manifesti implicitamente la sua perseveranza nell'idea che convivenze di tal genere sarebbero contro la legge e quindi indegne di essere tutelate⁵.

³ La loro pubblicazione non credo gioverebbe alla stima di cui il nostro ceto politico-parlamentare oggi gode, ma sarebbe interessante per studiarne i connotati socio-culturali e psicologici. Tralasciando i molti privi di ogni senso, riporto un emendamento di esemplare irragionevolezza, con il quale il sen. Giovanardi proponeva di sostituire l'attuale comma 2 con il seguente: «*Due persone omosessuali (purché non sposati ovvero accompagnanti, nemmeno all'estero o per altro ordinamento riconosciuto dall'ONU) costituiscono un concubinato quando dichiarano di voler fondare tale unione di fronte al medico di famiglia, ovvero a mezzo posta elettronica (eventualmente certificata) inviata per conoscenza all'ufficiale di stato civile della residenza di entrambi i concubini*».

⁴ Restano privi di una nuova regolazione di fonte legislativa, tra l'altro, i rapporti patrimoniali all'interno della coppia nel caso non sia stato stipulato un contratto per regolarli. È certamente giusto evitare indicazioni *prescrittive* di obblighi reciproci tra i conviventi; tuttavia sarebbe stato opportuno regolare in modo quanto più attento possibile la sorte dei conferimenti di ciascuno all'amministrazione domestica e più in generale alla vita comune, sia con beni sia con attività personali, fatti in adempimento del dovere – pur solo etico e non giuridico – di reciproca assistenza morale e materiale, naturalmente connesso con la convivenza. Nella giurisprudenza, infatti, non è ben certa e precisa la linea di confine tra i casi in cui le restituzioni e i rimborsi sono dovuti, in base al principio dell'ingiustificato arricchimento, e quelli in cui non lo sono, in base al principio dell'obbligazione naturale.

⁵ Ritorno più ampiamente sul punto soprattutto nel § 3.4.



Il quadro complessivo della regolazione delle convivenze che si disegna oggi, dunque, è ancora più incoerente di prima sul piano sistematico e porta addirittura con sé la conseguenza che molti casi di convivenza cui si applicano le vecchie norme sparse potrebbero sembrare invece esclusi dall'applicazione delle nuove norme, non meno sparse. Si tratta di un esito che non solo rende l'applicazione della disciplina più incerta e complessa di prima, ma che è pure evidentemente paradossale, visti i proclami gridati a gran voce sulle finalità di questa parte della legge.

I paragrafi seguenti propongono al lettore una serie osservazioni critiche a prima lettura – quindi inevitabilmente superficiali e provvisorie – soltanto sulle nuove norme che regolano le conseguenze di diritto derivati dal mero fatto della convivenza (commi 36-49 e comma 65).

3. – Il comma 36 definisce che cosa si intende per *convivenza di fatto*, alla quale si applicano le norme dei commi 37-65⁶: deve trattarsi di

- «due persone maggiorenni» (i minorenni ne sono quindi esclusi, senza eccezione),
- «unite stabilmente da legami affettivi di coppia»
- «e di reciproca assistenza morale e materiale»,
- «non vincolate da rapporti» giuridici familiari: matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione (assenza di “impedimenti”).

3.1. – La norma non dice apertamente che le convivenze che intende regolare sono solo quelle i cui componenti hanno una relazione reciproca aperta anche alla sessualità. Pressoché mai il nostro diritto menziona espressamente la sessualità, tranne quando si tratta di stabilire divieti: a quanto pare fa parte delle cose che “non sta bene” dire esplicitamente. Che si riferisca però solo alle convivenze aventi questa caratteristica è indicato in modo inequivocabile, benché implicito, da due elementi: la previsione degli impedimenti derivanti da rapporti giuridici familiari, che riconferma il principio del divieto di incesto; la precisazione che si deve trattare di «due» persone, anzi di una «coppia», che riconferma il principio monogamico. Sono due principi di fondo comuni a tutti gli ordinamenti giuridici di matrice culturale europea.

La nuova legge esclude dunque che le sue norme si applichino a convivenze di tipo diverso, in cui le relazioni reciproche tra i componenti – che potrebbero essere anche più di due – non comprendono l'apertura alla sessualità: per esempio la convivenza tra due o più anziane sorelle o amiche, rimaste sole, senza altri familiari stretti con cui condividere l'abitazione e la vita quotidiana. Queste persone hanno certamente legami affettivi fra loro, ma non «di coppia», vale a dire aperti alla sessualità, e ovviamente si prestano reciproca assistenza morale e materiale; anzi, di solito è proprio questa la ragione principale per la quale convivono.

⁶ Il comma 36 menziona erroneamente anche i commi 66 e 67: questi infatti riguardano la previsione di spesa pubblica derivante dall'attuazione della legge stessa, spesa che riguarda la sola unione civile ed è dovuta soprattutto all'estensione delle regole previdenziali previste per il matrimonio.



L'esclusione di queste convivenze – che invece alcuni paesi europei hanno disciplinato per legge, come per esempio il Belgio – non impedisce ovviamente che possano essere regolate mediante un contratto: ma si tratta di un contratto *atipico* e non del contratto di convivenza di cui al comma 50 ss., il cui impiego è espressamente limitato solo alle convivenze che rientrano nella definizione del comma 36.

3.2. – La nuova legge non contiene un'indicazione temporale precisa, che ci dica dopo quanto tempo una convivenza possa essere qualificata come stabile, sicché a un primo sguardo sembrerebbe di dover fare riferimento alle indicazioni generali contenute nell'ordinamento su che cosa si intenda per convivenza, appunto, *stabile*. Su questa via non si trova però alcuna indicazione interpretativa sicura⁷, in quanto le regole in tema non sono affatto unitarie, ma si sfrangano in una pluralità di diverse regole, alcune legislative altre giurisprudenziali. Fra queste non si riesce a reperire alcun filo conduttore logico, che ne spieghi ragionevolmente le differenze: in materia sembra proprio che la casualità regni sovrana.

Il comma 37 contiene però implicitamente una norma della massima importanza sul punto, ricavabile da un testo che però è connotato da un poco perspicuo “burocratese”. Vi si legge infatti che «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica» di cui all'art. 13, comma 1, lett. *b*, d.p.r. n. 223/1989 sull'anagrafe. Questa indicazione, pur riferendosi esplicitamente solo all'accertamento, fa presumere che la convivenza abbia inizio con la dichiarazione all'ufficiale dell'anagrafe, visto che è da quel momento che può dirsi *accertata*: la sua “stabilità” consiste pertanto nell'avvenuta dichiarazione di costituire la famiglia anagrafica di cui all'art. 4 del d.p.r. stesso. Ne consegue che la convivenza è “stabile”, pur se iniziata da un solo giorno, purché risulti nel certificato di stato di famiglia.

È bene sottolineare che questo è uno dei punti caratterizzanti fondamentali della nuova legge sulle convivenze: al fine di applicare le conseguenze stabilite dai commi successivi della legge stessa, *la situazione fattuale di convivenza è presa in considerazione solo se è accompagnata dalla dichiarazione di convivenza come famiglia anagrafica* (art. 4 d.p.r. n. 223).

3.3. – Il requisito dei legami di «reciproca assistenza morale e materiale» si aggiunge a quello dei vincoli affettivi e sembra quindi differenziare il contenuto del comma 36 dal contenuto dell'art. 4 d.p.r. n. 223, il quale invece non lo prevede. Non credo però si tratti di una differenza effettiva, che ponga un requisito davvero ulteriore rispetto a quelli dell'art. 4 cit. Non so infatti immaginare un legame *affettivo* che sia degno di tal nome, se non contiene anche una disponibilità all'assistenza morale e materiale reciproca e una prassi corrispondente. Insomma: dove c'è un legame affettivo – penso – c'è ovviamente anche la disponibilità suddetta.

⁷ Come invece ha curiosamente ritenuto possibile fare la corte suprema a sezioni unite con la sentenza n. 16379/2014 in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità, *creando* – novello legislatore! – una norma: è reputata stabile una convivenza durata almeno 3 anni.



L'indicazione di questo requisito intende fare un palese riferimento al sistema dei doveri nascenti dal matrimonio, ove i coniugi sono *obbligati*, tra l'altro, proprio all'assistenza morale e materiale reciproca. Tuttavia qui assume un valore ben diverso, com'è ovvio: *non prescrive delle condotte*, ma si limita a *descrivere una situazione di fatto*.

Tenendo sempre presente la finalità solo *descrittiva*, va comunque sottolineato che non sono menzionate la contribuzione, la fedeltà e la collaborazione nell'interesse della famiglia. La mancata menzione di quest'ultima, che nei fatti non si lascia ben distinguere dall'assistenza morale e materiale, si spiega forse con una sorta di retro-pensiero certamente presente in una parte dei parlamentari che hanno approvato questa legge: senza matrimonio, quindi senza doveri personali stabiliti dalla legge, non c'è famiglia. Affermazione, questa, che per motivi strettamente ideologici vuole ignorare che la giurisprudenza, a partire da quella – fondamentale – della CEDU, è costante e inequivocabile nel giudicare che si ha *famiglia* ovunque vi siano relazioni interpersonali caratterizzate da quell'intimità che secondo il comune sentire è detta appunto *familiare*, indipendentemente dall'esistenza o meno di vincoli giuridici.

3.4. – La norma è palesemente ricalcata, almeno nell'intenzione, sulle norme del codice civile che stabiliscono gli impedimenti al matrimonio.

La prima osservazione, la più importante, riguarda l'impedimento di matrimonio: questo è preso in considerazione solo come vincolo formale, che permane quindi fino al suo scioglimento. Come già premesso sopra (§ 2), la previsione secca dell'impedimento di matrimonio, senza eccezioni, comporta che le convivenze nelle quali almeno una delle parti sia separata, tanto di fatto quanto legalmente, *siano escluse* dall'applicazione delle norme che seguono, anche se risultano all'anagrafe come *famiglie* (art. 4 d.p.r. n. 223): la separazione infatti non scioglie il matrimonio. Altrettanto si dica per l'impedimento di unione civile, ma qui con riguardo solo alla separazione di fatto, non essendo prevista per questa la separazione legale (commi 23 e 24).

Il legislatore conferma a questo modo la tradizionale assimilazione dei coniugi legalmente separati ai coniugi conviventi invece che a quelli divorziati: tale assimilazione, benché priva di un riscontro effettivo secondo il modo di sentire più comune della società d'oggi, compare ancora qua e là nel nostro diritto, in particolare in campo successorio. Tuttavia è in contrasto logico con molte altre norme di legge: tanto con gran parte della legislazione sull'assistenza sociale quanto con varie altre norme sparse⁸. Non solo, ma è anche in conflitto frontale con alcune importanti regole giurisprudenziali, fra le quali due soprattutto meritano di essere ricordate: quella, consolidata da lungo tempo⁹, che esclude l'addebito per le violazioni dei doveri matrimoniali successive al momento in cui la convivenza è divenuta intollerabile, poiché i doveri personali nascenti dal matrimonio si estinguono con la separazione; e quella, recente ma ormai ben conso-

⁸ Per esempio, restando nel campo del diritto civile, in tema di amministrazione di sostegno e di opposizione al prelievo di organi a scopo di trapianto: ritornerò su queste regole in seguito.

⁹ A partire da Cass. n. 10512/1994, in *DeJure*, poi costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva.



lidata¹⁰, secondo la quale il coniuge perde il diritto all'assegno se inizia una nuova convivenza stabile, poiché questa manifesta per un verso che si è costituito un nuovo nucleo meritevole della qualifica di *familiare* e della correlativa tutela, per un altro verso che il nucleo familiare precedente è definitivamente morto.

In ogni caso questa previsione, come già sottolineato, si cala su una serie di disposizioni legislative e di regole giurisprudenziali che attribuiscono alla convivenza determinate conseguenze, indipendentemente dal fatto che uno dei conviventi abbia o no lo stato libero.

Di qui un problema interpretativo generale della massima importanza, cui ho fatto cenno sopra, nel § 2. Dal fatto che la nuova legge esclude le conseguenze di diritto della convivenza qualora manchi lo stato libero deriva che questa, pur dichiarando ad alta voce l'intento di accrescere la protezione giuridica dei conviventi, porterebbe invece all'esito opposto nei molti casi di regolazione già esistenti. Una simile conseguenza sarebbe talmente contraria ai dichiarati intenti di questa legge da indurmi a un'opzione interpretativa che escluda l'applicabilità delle restrizioni che ne deriverebbero.

Pertanto il coordinamento delle vecchie disposizioni legislative e delle vecchie regole giurisprudenziali con le nuove norme mi sembra debba essere configurato nel modo seguente: i *nuovi* diritti attribuiti dalla legge in esame riguardano solo le convivenze i cui componenti sono in stato libero; gli altri diritti, già esistenti in precedenza, restano attribuiti a tutte le convivenze, indipendentemente dallo stato libero dei loro componenti. Pertanto il fatto che questi diritti siano menzionati e quindi confermati nella nuova legge resta sostanzialmente irrilevante.

Le nuove norme dunque, invece di diminuire la complessità e l'incoerenza della disciplina, ottengono l'effetto di aumentarla.

La seconda osservazione, minore, riguarda gli impedimenti derivanti da rapporti di parentela e affinità: è estremamente generica, non essendovi precisato se vi siano limiti di grado, come invece prevede l'art. 87 c.c. Se si applicasse la norma alla lettera, gli impedimenti riguardanti la convivenza risulterebbero più ampi di quelli riguardanti il matrimonio.

Dal momento che ciò è ovviamente assurdo, occorre non badare troppo al tenore letterale della norma, che manifesta l'evidente disattenzione e superficialità di chi l'ha scritta, e invece interpretarla in modo ragionevole, vale a dire estendendo anche ai conviventi di fatto gli stessi limiti di grado previsti per gli impedimenti al matrimonio.

4. – 4.1. – Il comma 38 estende ai conviventi le regole dell'ordinamento penitenziario riguardanti i rapporti dei carcerati con i loro coniugi. Lo fa in modo opportunamente generale, senza prodursi in elencazioni specifiche, nelle quali è molto probabile incorrere in qualche dimenticanza.

¹⁰ A partire da Cass. n. 17195/2011, in *DeJure*, costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva tanto per l'assegno di separazione quanto per quello di divorzio.



La nuova legge non modifica la norma generale che elenca i «prossimi congiunti» «agli effetti della legge penale» (art. 307, comma 4, c.p.), la quale non comprende il convivente, né estende al rapporto di convivenza alcune norme penali per le quali rileva il rapporto di coniugio¹¹, né ricapitola i casi in cui già oggi le disposizioni penalistiche riguardanti il coniuge sono estese anche al convivente¹².

Nulla dice la nuova legge con riguardo alle regole di diritto processuale penale, ove però la posizione del convivente era già stata oggetto di specifiche norme, alcune delle quali recenti¹³.

4.2. – Il comma 39 riguarda i ricoveri ospedalieri. È scritto in modo approssimativo, senza adeguata attenzione al preciso significato giuridico delle regole che stabilisce e alle loro implicazioni. Contiene due aspetti ben diversi.

Il primo riguarda *le visite al familiare ricoverato*: impone a tutte le strutture sanitarie di assimilare il convivente al coniuge, garantendogli cioè i medesimi diritti di visitare il paziente attribuiti dai loro regolamenti interni al coniuge e ai familiari¹⁴. La norma ha una portata pratica modesta: può essere effettivamente innovativa soltanto nel caso, non frequente, di ospedali che permettano ai soli congiunti legati con il ricoverato da un rapporto *giuridico* familiare l'accesso a quei reparti in cui motivi sanitari impongono di limitare quanto più possibile i visitatori esterni, quali per esempio i reparti di rianimazione. Al di fuori di questi, è risaputo che tutte le strutture sanitarie regolano solo gli orari di visita e il numero dei visitatori, senza occuparsi del loro stato civile.

Il secondo riguarda *l'accesso alle informazioni sanitarie personali sul malato*. La menzione normativa è posta in parallelo a quella sulle visite e sembrerebbe presupporre, stando al suo tenore letterale, che anche l'accesso alle informazioni sia disciplinato dai regolamenti interni delle strutture. Ciò sarebbe in aperto, evidente conflitto con il diritto vigente, in particolare con le regole sul trattamento dei dati sanitari dettate dal codice per la protezione dei dati personali. Onde

¹¹ Per esempio in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), di non punibilità o di punibilità solo a querela dell'offeso per i reati contro il patrimonio (art. 649 c.p.), di aggravante nei reati di abbandono di persona incapace (art. 591 comma 4), di lesione personale e di omicidio (artt. 577 e 585 c.p.), di maggiorazione della pena edittale nel reato di sequestro di persona (art. 605 c.p.).

¹² Per esempio in tema di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), di aggravante in vari reati di carattere sessuale coinvolgenti minori (artt. 600-bis, 600-ter, 609-quater c.p.) o di sfruttamento di persone in stato di soggezione (artt. 600, 601 e 602 c.p.).

¹³ Per esempio in tema di astensione dalla testimonianza (art. 199 comma 3 lett. a c.p.p.), di diritti dei familiari della persona offesa dal reato deceduta in conseguenza dello stesso (art. 90 comma 3 c.p.p., modificato dal d.lgs. n. 212/2015 proprio per aggiungere la menzione del convivente), di incompatibilità di sede dei magistrati (art. 18 e 19 r.d. n. 12/1941 sull'ordinamento giudiziario, modificati dal d.lgs. n. 109/2006, applicabili anche alla giurisdizione civile).

¹⁴ È appena il caso di notare che in questo comma il termine «familiari» si riferisce solo a quelli legati fra loro da rapporti giuridici rilevanti sul piano dello stato civile, quindi non comprende il convivente. Il legislatore mostra così di ignorare il significato consueto, assai generico, del termine *familiare*: si riferisce a tutte le persone reciprocamente legate da una relazione, anche solo di fatto, connotata dall'intimità familiare.



evitar di attribuire alla nuova norma un significato del tutto assurdo¹⁵, occorre superare la lettera della legge e interpretare il richiamo alle regole interne delle strutture come riferibile alle sole visite.

Le informazioni sanitarie, pertanto, restano e non possono che restare regolate dal suddetto codice: di regola, pertanto, possono essere comunicate soltanto al paziente stesso e alle persone cui questi autorizza la comunicazione. In via di eccezione però, dopo eseguita la prestazione sanitaria senza il consenso del paziente per motivi di emergenza, le informazioni possono essere comunicate ai suoi «prossimi congiunti»¹⁶ e ai suoi «familiari» (tra i quali è espressamente compreso il convivente), anche senza il suo consenso, qualora sia in stato di incapacità fisica, legale o naturale (così si legge nell'art. 82 comma 2 lett. a d.lgs. n. 196/2003).

Per il caso particolare delle informazioni concernenti una persona che si trova «all'inizio nel periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte», la legge n. 91/1999 sui prelievi e trapianti di organi (da cadavere) prevede che l'informazione sia data anzitutto «al coniuge non separato o al convivente *more uxorio*» (art. 3 comma 2). In questa norma, come si vede, mentre il coniuge separato è escluso, il convivente è espressamente indicato e per di più senza le limitazioni previste invece nel comma 36: pertanto la norma si applica anche nel caso in cui uno dei conviventi fosse ancora legato in matrimonio con un'altra persona.

Sulle informazioni sanitarie, dunque, il comma 39 non introduce alcuna effettiva innovazione.

È comunque bene ricordare che qui si sconta, in generale, la mancanza di una disciplina ragionevole e certa da parte del legislatore in tema di comunicazione dei dati sanitari del paziente ai suoi familiari, ben al di là del caso specifico dei diritti del convivente: è ovvio che non è questa la sede opportuna per approfondire la questione.

4.3. – Il comma 40 attribuisce a ciascun convivente di fatto la facoltà di designare l'altro come suo rappresentante per prendere le decisioni sui trattamenti sanitari, sulla donazione degli organi, sulle modalità di trattamento del corpo e sulle celebrazioni funerarie. Soggiunge, con una locuzione drammaticamente atecnica, che può attribuirgli «poteri pieni o limitati». Non si capisce che cosa ciò significhi: se *limitato* significhi solo su alcune delle materie elencate e *pieno* su tutte; o se *limitato* significhi secondo le direttive dell'interessato e *pieno* senza tali direttive. In ogni caso, così approssimativa e generica com'è, sembra una precisazione inutile.

¹⁵ Se il legislatore avesse consapevolmente attribuito ai regolamenti interni delle strutture sanitarie anche la competenza a regolare l'accesso alle informazioni, ci troveremmo davanti a una sciocchezza giuridica, indicativa però purtroppo di un dato reale: guardando alla prassi delle relazioni tra i pazienti, i loro familiari e le strutture sanitarie con l'occhio del cosiddetto «uomo della strada» (ma dal legislatore ci si aspetterebbe una conoscenza di causa un po' superiore!), le regole che davvero contano non sono quelle di legge, ma quelle decise da chi nel singolo caso di specie si trova in una posizione di potere. Ciò ovviamente salvo contestarle appellandosi in modo fondato alle regole di diritto, cosa che però non è alla portata di tutti, tanto meno nelle difficili circostanze del ricovero ospedaliero di un proprio caro.

¹⁶ La locuzione richiama la nozione penalistica corrispondente (art. 307, comma 4, c.p.).



Il comma 41 stabilisce la forma della designazione: un documento redatto «in forma scritta e autografa»¹⁷ o una dichiarazione orale in presenza di un testimone, che di solito sarà un componente del personale sanitario, o anche un familiare, purché però – aggiungo – diverso da quello designato, onde evitare conflitti d’interesse.

La prima doverosa osservazione è che in linea di principio tale potere era già pacificamente esistente: chiunque può designare qualsiasi altra persona come proprio rappresentante, senza necessità di una norma che glielo permetta. Ma la peculiarità di questa norma sta nel contenuto dei poteri che possono essere attribuiti al rappresentante, di carattere strettamente personale.

Immagino che il legislatore avesse in mente una situazione tipo di questo genere: intorno al letto dell’interessato, che si trova nella fase finale della sua vita, si scatena la lite fra i suoi i figli e la sua convivente, che non è la loro madre, su come gestire la sua infermità e la sua morte. Con questa norma credo intendesse attribuire all’interessato la possibilità di indicare la/il convivente, invece dei figli, come persona legittimata a decidere per conto suo quando non fosse più stato in grado di farlo da sé con sufficiente consapevolezza. Ottima idea, si direbbe con il sapere del cosiddetto “uomo della strada”: inseriamo il convivente di fatto nel novero dei familiari che hanno voce in capitolo su queste materie, lasciando all’interessato la scelta della voce cui dare la preferenza.

È un vero peccato, per il nostro dilettantesco legislatore, che purtroppo la regolazione su chi ha voce in capitolo in queste materie, così delicate, sia incerta e lacunosa, sostanzialmente governata da *prassi consuetudinarie*: sarebbe necessaria una disciplina generale di legge, frutto di una discussione seria, basata su un’adeguata conoscenza della realtà fattuale e soprattutto libera dalle ammorbanti contrapposizioni ideologiche consuete.

Potrebbe però esservi anche un’altra cosiddetta intenzione del legislatore, più sotterranea: quella di lanciare un primo accenno di regolazione generale della materia del consenso in sostituzione dell’interessato stesso, introducendo la figura del *fiduciario per i trattamenti sanitari*, figura della quale si discute da tempo nel mondo politico, con tanti proclami di principio ma poco costruito. Di sicuro, se si introduce questa figura per il convivente di fatto, ragionevolezza impone che sia applicata anche ad altri strettissimi familiari come il coniuge non separato, i figli maggiorenni, i genitori non più esercenti la responsabilità parentale.

È ovvio che questa non è la sede opportuna per trattare un tema così ampio e delicato, neppure sinteticamente, sicché mi limito a qualche osservazione sparsa sul nuovo testo di legge.

Anzitutto è innegabile che in un qualche modo la nuova legge istituisce, surrettiziamente, la figura del fiduciario, forse senza ben avvedersi della sua novità, né del fatto che non può natu-

¹⁷ La parola «autografa» è del tutto atecnica, in stile “linguaggio da bar”: potrebbe significare che dev’essere *olografa*, con riferimento all’art. 602 c.c.; oppure che dev’essere scritta dal paziente in persona, ma non necessariamente tutta a mano; oppure solo significare che dev’essere sottoscritta, cosa peraltro ovvia per attribuire valore probatorio a qualsiasi scrittura privata. La prima interpretazione mi sembra preferibile, per la maggiore garanzia di autenticità che offre.



ralmente riguardare solo il convivente, ma chiunque sia indicato dal paziente¹⁸. Tuttavia la lascia quasi senza regole, soprattutto riguardo al grado di vincolatività delle decisioni del designato, a differenza di altri paesi più seri del nostro, come per esempio la Francia¹⁹.

Comunque sia, la nuova legge impone di inserire il convivente di fatto nell'elenco dei *familiari* che hanno voce in capitolo su queste materie: una scelta di doveroso rispetto per le relazioni di convivenza stabile, o in altre parole per la *vita familiare*.

Presupposto della designazione è che la persona malata sia ancora capace naturale. Se invece non lo è più, la norma non può operare. Ora, se lo scopo principale è quello di proteggere la volontà dell'interessato e al tempo stesso di evitare liti e di garantire al convivente una condizione di parità con gli altri familiari, mi sembra *inidonea* proprio quando si tratta di risolvere i casi più delicati: sono quelli in cui gli eventi sono precipitati con tale rapidità da non aver permesso alcuna designazione, come per esempio quando in seguito a un incidente stradale il ferito è in stato di coma e in condizioni disperate. In circostanze di questo genere, se si intende ridurre al massimo paralizzanti liti intrafamiliari²⁰, sarebbe necessario attribuire *di diritto* il potere rappresentativo e decisionale a un familiare, in base a una graduatoria stabilita in via generale e astratta dalla legge, secondo il modello degli artt. 374-378 del codice civile svizzero²¹. È però evidente che sono questioni che prescindono del tutto dal tema specifico della disciplina della convivenza.

La nuova norma pone problemi di coordinamento con altre norme, anzitutto con quelle sul-

¹⁸ Mi sembra necessario però segnalare che nella prassi consuetudinaria i familiari "fiduciari" (per così dire) esistono già, come ogni medico ospedaliero sa perfettamente: ma tale prassi non offre alcuna regola di prevalenza dell'opinione di un familiare su quella di un altro, lasciando al medico lo sgradevole compito di barcamenarsi alla meglio tra le discordie familiari.

¹⁹ Il *Code de la santé publique* prevede che chiunque, in previsione di trovarsi in futuro in una situazione patologica grave, tale da non permettergli di ricevere le informazioni necessarie per esprimere il suo consenso informato ai trattamenti sanitari suggeriti dai medici o di manifestare la sua volontà in proposito, possa nominare con atto scritto revocabile una persona di sua fiducia (*de confiance*) liberamente scelta, che dovrà essere consultata (art. 1111-6 comma *santé*). Nel decidere se effettuare o sospendere un trattamento sanitario, i medici devono tener conto sia delle eventuali direttive anticipate, sia del parere del fiduciario, ma non sono tenuti a seguire né le une né l'altro qualora possa derivarne rischio per la sua vita: in tal caso decidono sulla base della procedura collegiale prevista dal codice di deontologia medica (artt. L.1111-4 comma 5 e R.4127-37 *Code santé*). Tuttavia, se si tratta di un malato terminale, il parere della persona di fiducia deve avere la prevalenza (art. 1111-12 *Code santé*).

²⁰ Esempio sul punto è la lunga e complessa vicenda del caso Lambert, sul quale cfr. tra l'altro la sentenza della CEDU *Lambert c. Francia*, 2015.

²¹ Le norme sono state introdotte con la riforma del diritto tutorio nel 2013. L'art. 374, qualora manchino sia un «mandato precauzionale» (rappresentante designato dall'interessato) sia un *curatore* (rappresentante legale di nomina giudiziaria), attribuisce *di diritto* un potere generale di rappresentanza al coniuge o al partner registrato, purché vi sia la convivenza o una «regolare assistenza» prestata di persona. L'art. 378, al solo fine di consentire o rifiutare i trattamenti sanitari e i ricoveri qualora manchi un rappresentante (sia designato sia legale), attribuisce *di diritto* la rappresentanza ai familiari, secondo un ordine che colloca al secondo posto «la persona che vive in comunione domestica con la persona incapace di discernimento e le presta di persona regolare assistenza», subito dopo il coniuge e il partner registrato e prima dei discendenti e degli ascendenti.



l'amministrazione di sostegno e sulla tutela. La funzione di rappresentante per le decisioni in materia sanitaria è una delle tipiche funzioni che possono essere attribuite all'amministratore o al tutore. Se vi è il tempo per farlo, questa via mi sembra più opportuna²²: la nomina da parte di un giudice, pur restando ovviamente ferma l'eventuale designazione da parte dell'interessato di cui all'art. 408, comma 1, c.c., costituisce per quest'ultimo una miglior garanzia rispetto alla via spiccia indicata dai commi 40 e 41.

La nuova norma dovrebbe essere coordinata con la legge n. 91/1999 sul prelievo di organi a scopo di trapianto: questa attribuisce al coniuge non separato e al convivente, menzionati in modo paritario, il diritto di opporsi in forma scritta all'espianto «entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte» (art. 23, comma 2). La legge non prevede che la loro opposizione debba rispecchiare le scelte manifestate in precedenza dal malato, salvo risultino da «documenti personali o dalle dichiarazioni depositate presso la ALS» (art. 23 comma 3), sicché lascia loro un ampio margine di discrezionalità. La nuova norma è invece molto più stringente nel far valere le scelte del malato, perché la voce del suo fiduciario deve dichiarare la volontà espressa dal malato quando era ancora in grado di esprimerla.

La nuova norma dovrebbe anche essere coordinata con le disposizioni non patrimoniali che possono essere contenute nel testamento, fra le quali sono comprese le modalità di trattamento del corpo e il rito funebre. In presenza di precedenti disposizioni in materia redatte in forma testamentaria, le eventuali diverse disposizioni precisate successivamente nel documento di nomina del fiduciario (comma 41) possono avere valore di revoca di quelle date nel testamento precedente, purché redatte in forma olografa; la funzione del fiduciario presenterebbe allora una qualche somiglianza con quella dell'esecutore testamentario. Ma non è ammissibile che possano essere revocate dall'interessato con uno scritto non olografo, né con una dichiarazione orale alla presenza di un testimone, né tanto meno che possano "revocate" dal fiduciario in attuazione dell'ultima volontà oralmente espressa dal paziente.

Mi si permetta un commento finale: legiferare su queste delicatissime materie ormai non presenta più le enormi difficoltà che presentava fino a un paio di decenni fa: basta copiare dai paesi seri; ma copiare bene, possibilmente.

4.4. – I commi 47 e 48 riguardano la posizione del convivente dinanzi all'amministrazione di sostegno e all'interdizione dell'altro.

Il comma 48 nulla innova, a quanto sembra, ma si limita a ripetere – malamente come dirò tra poco – quanto già previsto dagli artt. 408, comma 1 e 424, comma 3, c.c.: la persona stabilmente convivente fa parte dell'elenco delle persone sulle quali deve preferibilmente cadere la scelta per essere nominate come amministratore o tutore, insieme con il coniuge non separato legalmente, i genitori, i figli, i fratelli e le sorelle e i parenti entro il 4° grado. Come si vede,

²² Ciò però solo in astratto: se ogni volta in cui ricorrono queste circostanze si chiedesse la nomina di un amministratore, gli uffici di giudice tutelare collasserebbero, travolti da una mole di lavoro immane.



l'art. 408, opportunamente, esclude dall'elenco il coniuge legalmente separato: se ne deve dedurre che per l'art. 408 comma 1 c.c. il convivente è inserito nel suddetto elenco sulla base del solo dato fattuale, indipendentemente dall'esistenza di un matrimonio non ancora sciolto che legghi l'altro convivente. Pertanto, se si volesse far prevalere la lettera del combinato disposto dei commi 48 e 36 sull'art. 408 comma 1, sarebbero esclusi da questo elenco sia il convivente, se l'altro è ancora legato da un matrimonio, sia il coniuge, in quanto legalmente separato: l'evidente assurdità della conseguenza porta a escludere che la norma innovi alcunché.

Il comma 48 inoltre non riproduce il contenuto degli artt. 406 e 417 c.c., secondo i quali la persona stabilmente convivente è legittimata a chiedere l'amministrazione di sostegno e l'interdizione per il proprio convivente. Mi sembra ovvio che si tratti di una semplice dimenticanza.

Dato che non vi era alcun bisogno di innovare la disciplina del 2004 sul punto e viste anche l'incuria e l'imprecisione del legislatore, sarebbe stato sicuramente preferibile se la nuova legge avesse ignorato la posizione del convivente riguardo all'amministrazione di sostegno e all'interdizione: infatti era già adeguatamente tutelata.

Il comma 47, con una precisione inconsueta in una legge così approssimativa, colma una lacuna di coordinamento tra la legge introduttiva dell'amministrazione di sostegno e il codice di procedura civile, piccola e sostanzialmente irrilevante. L'art. 712, comma 2, c.p.c. non menzionava il convivente fra le persone il cui nome dev'essere indicato nel ricorso per l'amministrazione di sostegno e per l'interdizione. Siccome però l'elenco di queste persone riproduce quello dei legittimati alla richiesta, una volta ammessa la legittimazione del convivente con i nuovi artt. 406 e 417 c.c., la necessità di menzionarlo mi sembra fosse già implicita.

5. – 5.1. – I commi 42-44 dettano alcune regole riguardanti il diritto del convivente superstite di continuare ad abitare nella casa familiare dopo la morte dell'altro²³.

Il comma 42 riguarda l'ipotesi in cui la casa fosse di proprietà del convivente defunto, al quale va ragionevolmente aggiunta l'ipotesi in cui la casa fosse di proprietà comune dei due conviventi. Si tratta di un diritto ispirato, almeno a prima vista, al modello del diritto di abitazione del coniuge superstite di cui all'art. 540, comma 2, c.c. Va notato però che non si usa la locuzione «diritto di abitazione»²⁴, con il suo riferimento inequivocabile all'art. 1022 e segg. c.c. Immagino quindi che si riproporrà, anche qui, la nota discussione che si era posta all'indomani della riforma del 1975 sul diritto del coniuge affidatario dei figli ad avere assegnata la

²³ Questa casa non è però detta *familiare* ma «di comune residenza»: il dato lessicale vuole forse ricordare anche qui che quella non matrimoniale è famiglia, sì, perché lo impone la giurisprudenza della CEDU, ma non tanto quanto quella matrimoniale. Ciò è in armonia ideologica con l'irrilevante affermazione contenuta nel comma 1 della nuova legge, che a proposito dell'unione civile richiama gli artt. 2 e 3 della costituzione, a sottolineare che si tratta di situazioni diverse da quelle di cui all'art. 29.

²⁴ Tale locuzione era invece usata nei progetti unificati precedenti a quello approvato: cfr. come ultima la versione aggiornata al 12 marzo 2015, reperibile nel sito articolo29.it.



casa familiare: se si tratti del diritto reale di cui all'art. 1022, o a questo assimilabile, oppure di un diritto di obbligazione.

Qualora si affermasse la tesi che lo qualifica come diritto di obbligazione, vi sarebbe un giusto interesse del convivente superstite a trascriverlo, per renderlo opponibile ai terzi: costoro, nel caso di specie, sono anzitutto i successori del convivente defunto, che potrebbero essere figli di precedenti unioni, in rapporti conflittuali con il convivente superstite. Tuttavia manca un'indicazione normativa che ne permetta la trascrizione, sicché questo diritto risulta esposto al fortissimo rischio di essere facilmente vanificato dagli eredi con un'immediata vendita, magari fatta in odio al convivente superstite. Non è chiaro se il legislatore non abbia colto il problema o se abbia scelto in modo consapevole, ma allora surrettizio, di non tutelare adeguatamente il convivente in presenza di situazioni conflittuali con gli eredi²⁵.

È comunque indubbio che questo diritto, qualunque natura abbia, comprende anche quello di utilizzare le pertinenze della casa, sia immobili (box auto, ecc.) sia mobili (gli arredi di casa).

A differenza del diritto di abitazione di cui all'art. 540, comma 2, ha un termine finale preciso: va da un minimo garantito di 2 anni a una durata pari a quella della convivenza, quindi anche maggiore ma comunque entro il limite massimo di 5 anni.

Vi sono due eccezioni, poste entrambe nell'interesse dei figli minori a mantenere il proprio ambiente domestico. Se la coppia si era separata e la casa era stata assegnata al convivente superstite, prevalgono le regole dettate in generale dall'art. 337-*sexies* c.c. per la separazione della coppia genitoriale, secondo le quali il diritto si estingue quando i figli non convivono più con il genitore o hanno raggiunto l'indipendenza economica.

In tutti gli altri casi in cui il convivente superstite abita con figli minori o disabili, il tempo minimo garantito è aumentato ad almeno 3 anni. Non è precisato se ciò riguardi unicamente i figli comuni della coppia o anche quelli che discendono solo dal convivente superstite.

Vi è un'evidente differenza di trattamento dei figli tra il caso che resta regolato dall'art. 337-*sexies* e quello regolato dalla frase finale del comma 42. La prima norma è nettamente più favorevole per i figli per la durata e per la sicura opponibilità ai terzi, purché vi sia stata la trascrizione.

Ciò che soprattutto colpisce all'interno di questa differenza di trattamento è il caso dei figli comuni della coppia, minori o disabili, qualora la morte del genitore proprietario sopravvenga mentre la famiglia convive unita e la proprietà della casa spetta a eredi estranei a quel nucleo, per esempio i figli avuti dal defunto in un'unione precedente: stando alla lettera della legge, in questo caso – di certo raro ma non irrealistico – si dovrebbe applicare il comma 42 e non l'art. 337-

²⁵ L'abbandono della locuzione *diritto di abitazione*, insieme con la riduzione della durata nel tempo del diritto del convivente – che emergono dal confronto tra il testo approvato e la versione del 12 marzo 2015 – mi induce a sospettare la consapevolezza: evitando di qualificarlo in modo non equivocabile come diritto reale e non prevedendone espressamente la trascrivibilità, diventa amplissima la differenza rispetto al diritto del coniuge e quindi la differenza della convivenza rispetto al matrimonio. Un altro “colpo di coda” della tutela della *famiglia legittima*?



sexies. Ne risulta quindi che i figli di una coppia convivente sarebbero discriminati, quanto al diritto di restare nella casa familiare dopo la morte del genitore che ne è proprietario, rispetto ai figli di una coppia separata.

Questa ingiustificabile disparità di trattamento potrebbe – forse – essere evitata ricorrendo a un'interpretazione analogica costituzionalmente orientata, che applichi il principio generale che vieta le discriminazioni tra figli dovute a circostanze loro estranee, qual è quella rilevata²⁶. Pertanto in presenza di figli minori o disabili, che siano comuni dei due conviventi e che coabitino con il convivente sopravvissuto, si dovrebbe sempre applicare la regola a loro più favorevole, quindi applicare per analogia quella dell'art. 337-*sexies* c.c., invece di quella della frase finale del comma 42. Così ragionando, la regola della frase finale del comma 42 sarebbe applicabile unicamente ai figli che discendono solo dal convivente superstite²⁷.

Il comma 43 stabilisce che il diritto si estingue qualora «il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto». L'estinzione di diritto al verificarsi di queste circostanze mi sembra non possa aver luogo, oltre che nei casi in cui si applica l'art. 337-*sexies*, anche quando vi sono figli minori o disabili: di certo per i 3 anni di durata minima garantita; anche oltre, se si accoglie l'interpretazione proposta nelle righe che precedono. Infatti questa norma tutela primariamente il loro interesse e non in quello del convivente, sicché si attagliano perfettamente anche a questo caso le argomentazioni della corte costituzionale sulla decadenza dall'assegnazione della casa familiare in seguito alla separazione²⁸.

Il comma 44 ribadisce la regola, già da lungo tempo vigente²⁹, secondo la quale in caso di morte del convivente conduttore, l'altro convivente gli succede di diritto nel contratto di locazione.

Il comma 44 aggiunge un'altra regola, mal scritta: qualora il convivente conduttore receda dal contratto di locazione, l'altro «ha facoltà di succedergli nel contratto». La norma mi sembra vada letta così: in caso di scissione della coppia e quindi di fine della convivenza, il convivente ha il diritto di succedere nel contratto al conduttore, benché questi ne abbia comunicato al locatore la risoluzione anticipata, sicché questa resta senza effetto.

Il legislatore non prende in considerazione il caso in cui il diritto di godimento sulla casa facente capo al convivente defunto derivasse da un contratto di comodato. Il tema è oggi molto

²⁶ Questa articolazione del principio di eguaglianza è ben espressa nella sentenza n. 454/1989 della corte costituzionale, che ha escluso si potesse discriminare tra figli di separati e figli di divorziati, proprio con specifico riferimento all'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa familiare, a quel tempo prevista dalla legge solo per i figli di divorziati.

²⁷ Ciò sarebbe coerente con l'orientamento giurisprudenziale costante che ritiene applicabile l'assegnazione della casa familiare solo in presenza di figli comuni di entrambi i genitori che pongono fine alla convivenza.

²⁸ Cfr. la sentenza n. 308/2008.

²⁹ Cfr. l'art. 6 legge n. 392/1978, sull'equo canone, come esteso dalla sentenza n. 404/1988 della corte costituzionale.



dibattuto a proposito dell'assegnazione della casa familiare: la corte suprema ha giudicato che il diritto dell'assegnatario sia opponibile al proprietario comodante che ne chiede la restituzione solo qualora si tratti di un comodato con *espressa determinazione* della sua finalità (art. 1809 c.c.), e precisamente per lo svolgimento della vita familiare del convivente defunto³⁰. Se si accoglie l'interpretazione costituzionalmente orientata proposta sopra, in presenza di figli minori o disabili questa regola giurisprudenziale potrebbe essere estesa per analogia anche al caso di morte del convivente.

5.2. – Il comma 45 parifica la convivenza al matrimonio al fine di formare le graduatorie per assegnare gli alloggi di edilizia residenziale pubblica³¹.

La norma è fortemente a rischio di conflitto con la legislazione regionale, dal momento che la materia appartiene alla competenza delle regioni. Tuttavia il legislatore sembra non avvedersene.

Potrebbe essere salvata interpretandola come espressione di *principio generale di diritto civile*, cioè di un settore dell'ordinamento che appartiene alla competenza esclusiva dello stato: il principio di eguaglianza di trattamento fra la coppia spostata e quella non sposata, pur solo a questo ridotto fine. È appena il caso di ricordare che nel settore del diritto assistenziale vigente tale parificazione è molto frequente, anzi è da lungo tempo pressoché normale: basti pensare, fra le tante, alle regole sull'ISEE per l'accesso ai servizi pubblici.

Se la norma resisterà ai probabili ricorsi delle regioni alla corte costituzionale, porterà inevitabilmente a disapplicare molte norme regionali, che ai fini del diritto all'inserimento in graduatoria trattano le coppie non sposate meno favorevolmente di quelle sposate³².

5.3. – Il comma 46 estende al convivente la possibilità di partecipare all'impresa familiare, inserendo nel codice civile il nuovo art. 230-*ter*, che riproduce in modo più rapido e semplificato l'art. 230-*bis* comma 1 c.c. La mancata riproduzione dei commi 2, 4 e 5 dell'art. 230-*bis* mi sembra irrilevante. Si tratta infatti di norme che connotano l'istituto dell'impresa familiare in modo essenziale: se non le si applicasse, la disciplina della partecipazione del convivente all'impresa sarebbe gravemente lacunosa e dovrebbe comunque essere integrata per via interpretativa.

Proprio per questo non è ben chiara la ragione per la quale il legislatore ha scelto di aggiungere una nuova norma al codice: molto più semplicemente, avrebbe potuto aggiungere il convivente nell'elenco dei familiari, contenuto nel comma 3 dell'art. 230-*bis* c.c.

³⁰ Cfr. Cass., sez. un., n. 13603/2004, in *DeJure*, successivamente confermata da Cass., sez. un., n. 20448/2014, in *DeJure*.

³¹ O *popolare*, come si continua dire nel linguaggio di tutti i giorni, fatto proprio da questo legislatore.

³² In particolare, molte leggi regionali chiedono una pregressa durata minima della convivenza *anagrafica*, qualora manchi il matrimonio. Per esempio il Piemonte e le Marche chiedono 1 anno di convivenza pregressa, il Veneto, la Campania e la Puglia 2 anni; la Liguria, invece, non chiede la convivenza se si tratta di coppie sposate.



5.4. – Il comma 49 parifica il convivente di fatto al coniuge al fine del risarcimento del danno per il caso di morte dell'altro convivente, dovuta al fatto illecito di un terzo.

La norma è mal scritta. La prima ragione è che il suo tenore letterale la limita al caso di morte, senza preoccuparsi del caso di lesioni gravi, magari invalidanti, che possono turbare a fondo la vita della famiglia, tanto sul piano esistenziale quanto su quello economico. La seconda è che fa riferimento genericamente al «risarcimento del danno», senza preoccuparsi di distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, forse ignorando che le regole giurisprudenziali in materia sono diverse.

Quanto al risarcimento del *danno non patrimoniale*, la giurisprudenza costante riconosce infatti da lungo tempo al convivente stabile il medesimo diritto spettante al coniuge, sicché sul punto il comma 49 non introduce una nuova regola, ma si limita a riprodurre in veste legislativa una regola giurisprudenziale previgente.

Quanto al risarcimento del *danno patrimoniale*, il comma 49 modifica invece la regola della giurisprudenza consolidata³³, che attribuisce al convivente il diritto a tale risarcimento a patto di dimostrare che l'altro, deceduto, era l'effettiva fonte del suo mantenimento. Era dunque tutelata la sua *aspettativa* a che questa situazione di fatto non subisse interferenze lesive da parte di terzi. Al coniuge non è invece richiesta una prova analoga, argomentando dall'obbligo giuridico di contribuire ai bisogni della famiglia di cui all'art. 143 c.c. In applicazione della nuova norma, questa differenza dovrebbe essere cancellata, liberando il convivente dall'onere della prova suddetta.

Il comma 49, come accennato, non tocca la questione del risarcimento del danno per le *lesioni* subite dell'altro convivente, dovute al fatto illecito di un terzo, che incidano in modo significativo sull'andamento della vita familiare. La ragione di questo silenzio non mi è comprensibile, visto che il legislatore ha ritenuto opportuno pronunciarsi sul caso della morte.

È importante ricordare anche qui quanto scritto sopra (§§ 2 e 3.4): le regole applicate costantemente dalla giurisprudenza non distinguono fra convivenze di persone aventi lo stato libero e convivenze di persone ancora legate in matrimonio con altri, ma separate, mentre la nuova legge lo fa. Mi sembra ne consegua che nel caso in cui i conviventi non abbiano entrambi lo stato libero il risarcimento del danno patrimoniale dovrebbe restare governato dalle regole giurisprudenziali consolidate, senza applicare l'eguaglianza di criteri prescritta dal comma 49.

La nuova legge non tocca la disciplina della varie indennità riconosciute ai familiari – tra i quali sono sempre compresi i conviventi – delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata³⁴ e delle richieste estorsive e dell'usura³⁵.

³³ La sua prima affermazione da parte della Corte Suprema risale alla sentenza n. 2844/1994, poi seguita da giurisprudenza costante.

³⁴ Legge 20 ottobre 1990, n. 302, artt. 4 e 5: la pregressa convivenza deve essere durata almeno 3 anni e il convivente essere a carico della vittima ai fini IRPEF.

³⁵ Legge 23 febbraio 1999, n. 44, art. 8: la pregressa convivenza deve essere durata almeno 3 anni.



5.5. – In caso di cessazione della convivenza di fatto, il comma 65 attribuisce al convivente che si trovi nella condizione di bisogno di cui all'art. 438, comma 1, c.c. il diritto agli alimenti nei confronti dell'altro. Il loro ammontare è determinato secondo le regole dell'art. 438, comma 2, c.c.

Sono assegnati «per un periodo proporzionale alla durata della convivenza»: la locuzione *periodo proporzionale*, usata qui, ha un significato ben diverso rispetto alla locuzione *periodo pari*, usata a proposito dell'abitazione della casa familiare (comma 42): mentre la seconda permette un semplice calcolo numerico, la prima lascia al giudice un ampio margine di discrezionalità, per valutare quanto la convivenza e le sue modalità abbiano inciso sulle scelte esistenziali dei componenti della coppia, in particolare del componente bisognoso dell'assegno alimentare.

La collocazione della norma dopo la disciplina del contratto di convivenza (commi 50-64) indica che gli alimenti sono dovuti in ogni caso, anche in presenza di un accordo contrattuale fra le parti sulle regole patrimoniali della loro convivenza e qualunque ne sia il contenuto, coerentemente con la loro comune qualifica di diritto irrinunciabile: costituiscono infatti un soccorso ultimo per chi è in stato di bisogno.

Molto opportunamente, il convivente è espressamente collocato nella graduatoria dell'art. 433 c.c.: senza tener conto del donatario, il suo posto è in realtà il terzo³⁶, dopo gli ascendenti e prima sia dei fratelli e delle sorelle, sia dell'ex-coniuge in caso di annullamento del matrimonio (art. 129-*bis*, comma 1, ultima frase).

L'ultima versione del testo di legge ha soppresso – giustamente, a mio modo di vedere – l'obbligo di mantenimento in seguito alla cessazione della convivenza, che era invece previsto nel testo presentato inizialmente per la votazione dello scorso febbraio in senato.

³⁶ Di certo, infatti, non possono esservi né il coniuge (n. 1) né gli affini (nn. 4 e 5).