



MARINA FEDERICO

Assegnista di ricerca – Università Ca' Foscari Venezia

NEGOZIARE LA CONVIVENZA. NOTE DI DIRITTO COMPARATO ED EUROPEO

*“Once again they broke the Love Laws. That lay down
who should be loved. And how. And how much”*
Arundhati Roy, *The God of Small Things*

SOMMARIO: 1. Il diritto delle relazioni affettive e la messa in discussione di una dicotomia. – 2. Famiglia, contratto, Europa. – 3. Ordinamenti a confronto. Cenni su contratti di convivenza ed autonomia privata. – 4. Segue. Contratti di convivenza e vulnerabilità. – 5. Verso un modello europeo? Qualche spunto di riflessione. – 6. Considerazioni conclusive.

1. – Nel romanzo che l’ha resa nota al grande pubblico, “Il dio delle piccole cose”, la scrittrice indiana Arundhati Roy mette in discussione le “leggi dell’amore”, che determinano “chi bisogna amare, come e quanto”¹. In Italia, tra le “leggi dell’amore” si annovera la c.d. legge Cirinnà (l. n. 76/2016) che ha introdotto nel nostro ordinamento le unioni civili tra le persone dello stesso sesso (art. 1, commi 1-35) e regolamentato le convivenze di fatto (art. 1, commi 36 ss.), ed in particolare i contratti di convivenza (art. 1, commi 50 ss.)².

La legge, lungamente attesa, non ha, secondo parte della dottrina, soddisfatto le aspettative³. Alle unioni

¹ A. Roy, *The God of Small Things*, New York, 2017, p. 33.

² La legge in questione è la l. n. 76 del 20/05/2016, integrata dal d.lgs. n. 5 del 19/01/2017. Un riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso era assolutamente necessario in Italia, soprattutto in seguito alla notissima sentenza della Corte EDU del 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, caso *Oliari c. Italia*, con cui la CEDU ha chiarito che gli artt. 8, 12, 14 della CEDU obbligano gli Stati nazionali aderenti alla convenzione ad istituire un quadro giuridico, non necessariamente corrispondente all’istituto del matrimonio, che consenta alle coppie omosessuali di contrarre un’unione registrata o civile che consenta loro di godere dei diritti fondamentali di una coppia che ha una relazione stabile (G. De Cristofaro, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34° dell’art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n.5, in NLCC, 2017, p. 104*). Anche per questo, la scelta di disciplinare con un unico provvedimento le unioni civili e le convivenze di fatto, istituendo anche i contratti di convivenza, è stata giudicata come insolita. Si ritiene che l’intento del legislatore sia stato quello di dare un riconoscimento normativo ai “nuovi” modelli familiari, che già si erano affermati nel tessuto sociale – pur non indicandoli, però, dichiaratamente come tali, poiché le unioni civili e le convivenze sono descritte come “formazioni sociali” (art. 1, comma I; si veda C. M. Bianca, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, in ID (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 469 ss.).

³ Si veda F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *Giustiziacivile.com*, 2016. Per una panoramica dello stato dell’arte prima della legge n. 76 del 2016 ci si limita, in questa sede, a rinviare a E. Moscati – A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, *passim*; E. Del Prato, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 959 ss.; L.



tra persone dello stesso sesso è stata conferita rilevanza giuridica, ma non la stessa tutela accordata alle coppie matrimoniali. Gli effetti giuridici delle convivenze di fatto sono stati definiti, e i contratti di convivenza, in una certa misura, “tipizzati”⁴, ma sono state sollevate diverse critiche con riferimento ad alcune scelte legislative dotate di implicazioni sistematiche (per esempio, il fatto che il legislatore non abbia riconosciuto la natura familiare dei rapporti di coabitazione, che trovano, invece, la loro legittimazione normativa nelle formazioni sociali di cui all’art. 2 della Costituzione⁵).

Il contratto di convivenza potrebbe essere descritto come un contratto a causa familiare, con il quale due conviventi, vale a dire “due persone maggiorenni stabilmente unite da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”, scelgono di regolare gli assetti patrimoniali del proprio rapporto⁶. Tale istituto sembra espressione del passaggio dallo *status* al contratto⁷ che si è verificato nel diritto di famiglia contemporaneo⁸. Se tradizionalmente, infatti, negli ordinamenti occidentali, la materia delle obbligazioni e quella della famiglia sono state concepite come inevitabilmente distanti tra loro, tale assunto appare, oggi, quantomeno meritevole di riconsiderazione⁹.

L’idea della “specialità” del diritto di famiglia è stata a lungo giustificata dalla presenza, in quest’area giuridica, degli aspetti intimi, legati alla sfera privata dell’individuo, e in tal senso non riconducibili al novero degli interessi negoziabili. Si tratta, a ben vedere, di un’operazione simile a quella realizzata in epoca coloniale, quando gli europei imposero ai popoli nativi il loro diritto “patrimoniale”, ma concessero ai gruppi dirigenti locali, almeno in una fase iniziale, di continuare ad applicare le proprie regole ai rapporti non economici¹⁰.

Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, *passim*; ID, *Contratto di convivenza, transazione e adempimento dell’obbligazione naturale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 921 ss.; G. Autorino – P. Stanzione, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. Autorino – P. Stanzione (a cura di), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. I, *Il diritto di famiglia. Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, p. 247 ss.; S. Sica, *Famiglia non fondata sul matrimonio e autonomia negoziale*, in *ivi*, pp. 409-433; S. Delle Monache, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 944 ss.; M. R. Marella, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 231 ss.

⁴ Per alcuni rilievi critici, M. Sesta, *Matrimonio e famiglia a cinquant’anni dalla legge sul divorzio*, in C. Camardi (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano. Atti del Convegno – Università Ca’ Foscari Venezia, 11-13 novembre 2021*, Milano, 2022, p. 67 ss.; R. Amagliani, *I contratti di convivenza nella l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà)*, in *Contr.*, 2018, p. 317; E. Quadri, “Convivenze” e “contratto di convivenza”, in *Jus Civile*, 2017, in part. p. 106; G. Villa, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189 ss.; ID, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1319 ss.

⁵ Art. 1, comma I, l. n. 76/2016, sulla scia di quanto affermato in C. Cost., 15 aprile 2010, n. 138. Sul punto, in prospettiva critica, S. Patti, voce *Convivenza e contratto di convivenza*, in *Enc. dir., I Tematici – Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, p. 223; G. D’Amico, *Riflessioni sulla famiglia (recte: sulle famiglie) come fattispecie*, in *Famiglia*, 2024, p. 773.

⁶ Si potrebbe trattare di un negozio giuridico familiare, su cui S. Pagliantini, *Sul negozio giuridico: itinerari novecenteschi e della contemporaneità*, Napoli, 2023, p. 119, che rinvia a C. M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia*, Milano, 2017, p. 12. Si rinvia anche, di recente, a G. Autorino, *Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un’introduzione storico-sistematica)*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, spec. pp. 13-14.

⁷ M. R. Marella, *The Contractualisation of Family Law in Italy*, in F. Swennen (a cura di), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Cham, 2015, p. 241 ss.

⁸ Sul punto, G. Alpa, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *NGCC*, 2016, p. 1718 ss.

⁹ M. R. Marella – G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, pp.4 ss., 21 ss.; J. Halley – K. Rittich, *Critical Directions in Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 753 ss. Per un’analisi della tassonomia effettuata da Friedrich Carl Von Savigny con riferimento alla distinzione tra diritti patrimoniali e non nel sistema del diritto privato, si rinvia a D. Kennedy, *Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 811 ss.

¹⁰ J. Halley – K. Rittich, *op. cit.*, p. 755; M. R. Marella, *Ripensare lo statuto del diritto privato nella dimensione collettiva degli interessi*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, p. 3.



E così, a fronte del principio dell'uguaglianza formale dei soggetti, riferito ai rapporti di mercato, per molto tempo il diritto ha istituito nella famiglia, attraverso la tecnica dello *status*, una situazione di “disuguaglianza” dei suoi componenti¹¹, e dunque una sorta di “*summa divisio*” tra diritto patrimoniale e diritto familiare.

Tuttavia, la globalizzazione, la riconsiderazione della famiglia come sede di estrinsecazione e realizzazione della personalità dell'individuo, dell'autodeterminazione e della libertà della persona, la presa di coscienza della sua natura di centro di produzione di reddito e consumo¹², per un verso; e per altro verso, l'ampliamento del raggio di operatività dei diritti fondamentali anche alla dimensione del contratto, e l'aumento della fiducia in questo istituto come mezzo di trasformazione sociale¹³, hanno portato a rivedere quella divisione e a sostituirla con quello che viene chiamato oggi il “diritto delle relazioni affettive”¹⁴, caratterizzato da una dinamica componente di autonomia privata.

Ed infatti, mentre, per quanto riguarda i rapporti tra genitori e figli, e gli aspetti più personali delle relazioni di coppia, le esigenze di ordine pubblico, il primato della persona e la sua indisponibilità, sono rimasti, tendenzialmente, prevalenti rispetto all'autonomia privata – cui, quindi, viene lasciato minore spazio¹⁵ – quest'ultima è stata sempre più valorizzata, negli ultimi anni, nella regolazione degli aspetti patrimoniali dei rapporti affettivi.

E così, ad oggi, coniugi e conviventi ricorrono agli schemi contrattuali per imprimere un certo assetto ai loro interessi, oltre ed al di là degli schemi normativi. Questa tendenza ha coinciso con la crescente importanza attribuita alla persona ed *alle persone*, nell'ultimo secolo, in Europa¹⁶, ritenendosi che una società pluralista debba permettere di regolare *anche* i propri rapporti personali al di fuori degli schemi tradizionali e predeterminati, “contrattualizzandoli”¹⁷.

Pertanto, nella dimensione familiare, i singoli devono poter costruire la propria personalità e realizzare i propri bisogni al di fuori degli schemi dominanti, tra cui quello matrimoniale, tradizionalmente preferito dal nostro ordinamento, ma criticato, in quanto etero-normativo e ancora di stampo patriarcale¹⁸. Peraltro, non è

¹¹ F. Caggia, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1579.

¹² F. Swennen, *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*, in *Familie & Rechte*, 2013, p. 3.

¹³ M. Grondona, *Il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia. Premesse per una discussione*, in A. Marchese (a cura di), *Sul contratto. Raccolta degli scritti di presentazione del volume “Contratto” della collana “I Tematici” dell'Enciclopedia del diritto*, Messina, 2023, p. 72.

¹⁴ P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove responsabilità e nuovi danni*, Padova,

¹⁵ Si pensi, ad esempio, al riconoscimento, nell'ordinamento italiano, come in quello europeo, dell'istituto islamico della kafala, con cui, nei Paesi islamici, può instaurarsi una “relazione di cura”, che non si concretizza in un rapporto di filiazione, né di affidamento, tra maggiorenni e minori abbandonati. In merito, e sugli orientamenti recenti della nostra Corte di Cassazione, C. Peraro, *L'istituto della Kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di Giustizia nel caso S. M. contro Entry clearance office*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2019, p. 319 ss.; R. Senigaglia, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa “tradizione”. I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.

¹⁶ Tale processo segna anche il passaggio dal “soggetto di diritto” ai soggetti, alle persone, con la graduale presa di coscienza, da parte dell'ordinamento giuridico (non ancora completa) delle intersezioni che caratterizzano la personalità degli individui, e l'affermazione di strumenti che consentono alle persone di liberarsi dalle “coercizioni identitarie” (v. M. R. Marella, *Queer eye for the straight guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in M. G. Bernardini – O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, p. 249 ss.; ampiamente, sull'intersezionalità, si rinvia al fondamentale lavoro di K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989).

¹⁷ F. Caggia, *op. cit.*, p. 1576.

¹⁸ C. Camardi, *Pluralismo e statuti giuridici delle persone*, in *Jus civile*, 2023, pp. 73-74.



certamente semplice comprendere e definire i limiti dell'autonomia privata in questo campo, e riuscire a salvaguardare e promuovere le differenze tra identità ed individui, evitando di giungere ad esiti paradossalmente discriminatori e neutralizzando il rischio che le definizioni normative "imprigionino" l'individuo nella sua diversità¹⁹.

Proprio i contratti di convivenza segnano l'apertura della famiglia "alle logiche della patrimonialità"²⁰, intaccano la presunta specialità del diritto delle relazioni intime, e si dispongono a realizzare effetti redistributivi, non solo interni alla coppia, ma anche esterni; consentendo alle coppie di conviventi di usufruire di alcuni benefici, prima solo tipici del matrimonio e, gradualmente, di segnare anche un cambiamento nei ruoli di genere²¹.

Il riconoscimento giuridico dei rapporti di convivenza e dei contratti che li regolano non deve, però, esitare nella "stigmatizzazione" di queste nuove forme di regolazione del rapporto²²; e resta fondamentale assicurare una certa tutela normativa agli individui che si trovino in situazioni di svantaggio o di debolezza, senza rimettere tutto all'autonomia privata, considerata la diversità delle situazioni che possono prospettarsi all'interno delle coppie.

Per quanto il diritto di famiglia sia estremamente legato al contesto storico, culturale e sociale di riferimento²³, i sopramenzionati cambiamenti hanno coinvolto tutti gli Stati europei²⁴. Ovunque, in Europa, negli scorsi anni, si è discusso della validità degli accordi prematrimoniali²⁵, degli accordi presi in considerazione dello scioglimento e della crisi del rapporto²⁶, nonché delle convenzioni stipulate in costanza di una convivenza; una prassi che, già da prima della legge Cirinnà, cominciava ad affermarsi in Italia come negli altri Paesi d'Europa, e che, come anticipato, può essere vista come l'emblema dell'ingresso dell'autonomia privata nei rapporti familiari²⁷.

¹⁹ C. Camardi, *op. cit.*, p. 78.

²⁰ F. Caggia, *op. cit.*, p. 1580.

²¹ Si veda M. R. Marella, *La contrattualizzazione dei rapporti di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.

²² Queste considerazioni sono espresse in C. Camardi, *op. cit.*, p. 77 e, in generale, in G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 360 ss.

²³ Un'interessante lettura della famiglia come immagine di un certo tipo di Stato e di società è offerta da M. F. Lenaerts, *National socialist family law: the influence of national socialism on marriage and divorce law in Germany and the Netherlands*, in *Studies in the History of Private Law*, Leida, 2014, p. 27 ss.

²⁴ A. Fusaro, *Marital contracts, chevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *NGCC*, 2012, p. 475.

²⁵ Gli accordi prematrimoniali erano stati inseriti anche nel progetto di riforma del c.c. italiano, poi sospeso (su cui si rinvia al commento di R. Amagliani, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contr.*, 2019, p. 601 ss.). Su questo tema, si rinvia a L. Ventura, *Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della feminist relational contract theory*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 317 ss. In Inghilterra, in particolare, i *pre-nuptial agreements* sono considerati generalmente validi, a partire dalla sentenza UKSC, *Granatino v. Radmacher* [2010] 42, che ha aperto la strada verso il riconoscimento anche degli accordi tra coniugi.

²⁶ Su cui si veda, tra i molti, A. Fusaro, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in S. Landini – M. Palazzo (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2018, p. 7 ss.

²⁷ Indicati generalmente come "patti di convivenza", per distinguerli dai contratti di convivenza. Può trattarsi di contratti di locazione, comodato, usufrutto e così via (v. D. Achille, *Comma 53*, in C. M. Bianca (a cura di), *op. cit.*, p. 650 ss.).



2. – Come è noto, l'Unione Europea non ha competenza in materia di diritto di famiglia, ad eccezione delle “misure aventi implicazioni transnazionali” (art. 81 TFUE)²⁸. Eppure, sin dagli anni settanta, il diritto comunitario ha esercitato una forte influenza sul diritto di famiglia nazionale, soprattutto attraverso l'emanazione di atti normativi rivolti a combattere le discriminazioni, specialmente di genere²⁹. D'altra parte, “un'Europa che si limitasse a registrare una realtà familiare disarticolata e dispersa, sicuramente verrebbe meno agli scopi e agli obiettivi suoi propri”³⁰.

L'Europa solidale³¹, inaugurata con il trattato di Maastricht, con cui è stata istituita la cittadinanza europea, riconosce, infatti, diritti e libertà agli europei in quanto tali, e non solo in quanto attori di mercato. La c.d. Carta di Nizza, inoltre, dotata ormai dello stesso valore giuridico dei Trattati, sancisce a sua volta il rispetto della vita privata e familiare, l'uguaglianza e il principio di non discriminazione, il diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia, nelle sue varie forme³².

Considerato il numero sempre maggiore di coppie composte da individui di cittadinanza diversa che conducono la loro vita familiare “a cavallo” di diverse parti d'Europa, le determinazioni contenute nei contratti di convivenza sono suscettibili di incidere in maniera significativa sulla libertà di circolazione, di prestare servizi e di stabilimento, e le implicazioni di diritto internazionale privato sono numerose. Tra l'altro, non solo i cittadini europei, ma anche i loro familiari sono dotati di importanti diritti, collegati all'assegnazione di un permesso di soggiorno o altri benefici ed è, dunque, di cruciale importanza comprendere chi possa essere considerato tale³³.

Anche altre organizzazioni internazionali, oltre l'Unione Europea, si sono interessate specificamente al tema dei contratti tra conviventi; la Raccomandazione n. 3 del 1988 sulla validità dei contratti tra conviventi e sulle disposizioni testamentarie, per esempio, emanata dal comitato interministeriale del Consiglio d'Europa, esprime il proprio favore verso tali forme di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coppie non matrimoniali³⁴.

I contratti di convivenza sembrano, quindi, prestarsi ad una riflessione di ampio respiro, non solo legata all'ordinamento nazionale. Per tale ragione, nel presente lavoro, si è scelto di procedere allo studio di tali contratti con riferimento, in particolare, a tre ordinamenti: quello italiano, quello francese e quello inglese. Il legislatore francese già nel 1999, con la legge n. 99-944, ha introdotto all'interno del codice civile lo strumento del *Pacte Civil De Solidarité* (PACS), per cui i conviventi possono iscrivere, in un apposito registro,

²⁸ C. Honorati, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in C. Ricci – S. Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 3 ss. È stato osservato come, per esempio, riconoscendo determinati effetti alle relazioni formalmente registrate l'Unione Europea si sia, di fatto, pronunciata favorevolmente rispetto a queste ultime, e così via (v. la Dir. 2003/86/CE sul rinvio congiungimento familiare). Sul punto, si vedano anche M. Antokolskaia, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, in M. Antokolskaia (a cura di), *Convergence and divergence of family law in Europe*, Anversa, 2007; R. Lamont, *Registered partnership in European Union law*, in J. M. Scherpe – A. Hayward (a cura di), *The future of registered partnership*, Cambridge, p. 499.

²⁹ K. Boele-Wolki, *The Road Towards a European Family Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 1997, p. 1 ss.

³⁰ V. Scalisi, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 10.

³¹ Estensivamente, G. Alpa, *Solidarietà: un principio normativo*, Bologna, 2022.

³² Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), art. 9. In argomento, E. Bargelli, voce *Famiglia (profili di diritto europeo)*, in F. Macario (a cura di), *op. cit.*, p. 442.

³³ R. Lamont, *op. cit.*, p. 503. Ad esempio, la Direttiva 2004/38/CE prevede che lo Stato membro ospitante agevoli l'ingresso e il soggiorno del *partner* di un cittadino dell'Unione, con cui questi abbia una relazione stabile, debitamente attestata; la Direttiva, inoltre, richiama anche le nozioni di “dipendenza” economica e fisica in ambito familiare (v. G. D'Amico, *op. cit.*, p. 782, sul punto e per delle riflessioni di ampio respiro sul diritto di famiglia europeo).

³⁴ Recommendation n. R. (88) 3 Council of Europe, Committee of Ministers, disponibile su: <https://rm.coe.int/rec-88-3e-on-the-validity-of-contracts-between-persons-living-together/1680a3b3e8>.



un contratto contenente i termini della loro unione³⁵. In Inghilterra e in Galles, invece, i *cohabitation agreements* non sono regolati dalla legge, ma sono ammessi dalla giurisprudenza. Nonostante non sia più ufficialmente parte dell'Unione Europea, la scelta di guardare all'Inghilterra si giustifica per l'appartenenza culturale, oltre che geografica, di tale Paese all'Europa, ed in quanto ordinamento rappresentativo dei sistemi di *common law*³⁶. Infine, il nostro ordinamento presenta pure alcune peculiarità che lo rendono meritevole di attenzione; i contratti di convivenza, infatti, proprio come in Francia, non attribuiscono lo *status* di conviventi ai membri della coppia, ma garantiscono loro determinati diritti e doveri, che superano quelli che possono derivare dall'applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti.

Il confronto tra ordinamenti verrà svolto alla luce di due principi: quello dell'autonomia privata e della tutela delle situazioni di vulnerabilità all'interno della coppia. L'autonomia privata non solo è espressione della volontà di autodeterminarsi e di delineare assetti e contorni della vita familiare e di coppia, ma anche della libertà di esprimere liberamente la propria personalità³⁷.

Laddove, però, vi siano squilibri economici e non solo, che rendono una parte più vulnerabile rispetto all'altra, sarà necessario impedire che l'autonomia privata possa condurre ad un aumento delle disuguaglianze (sociali, di classe, di genere, etniche e di vario tipo), che ancora permeano la nostra società e le relazioni affettive³⁸.

Vanno infatti garantite le fondamentali esigenze di ordine pubblico e di tutela dei soggetti "deboli", quali la parte più vulnerabile del rapporto o eventuali figli³⁹. Le situazioni di squilibrio e di asimmetrie di potere, se così possono essere chiamate, tra parti, possono emergere nella fase delle trattative, durante la conclusione del contratto e nel corso della sua esecuzione, e sono suscettibili di alterare l'architettura del contratto stesso. In questo senso, appare fondamentale assumere un approccio intersezionale, che tenga quindi conto e non sia cieco rispetto alle forme di marginalizzazione basate sul genere, sull'etnia, sulla classe, sulla lingua, sull'età, presenti nel contesto europeo⁴⁰.

In ambito familiare bisogna, poi, fare i conti con ruoli di genere spesso prestabiliti. Si pensi al lavoro domestico, molto frequentemente affidato ancora soltanto alla donna, e che stenta ad essere pienamente riconosciuto come contributo alla vita familiare; per cui, però, il *caregiver* spesso abbandona o trascura altre opportunità ed attività, professionali e lavorative⁴¹. L'autonomia privata deve, perciò, se occorre, cedere il passo alla tutela del soggetto vulnerabile.

³⁵ Sui PACS, si rinvia, tra i molti, a A. Ambanelli, *La disciplina del pacte civil de solidarité e del concubinage*, in *NGCC*, 2001, p. 75 ss.; L. Rubellin-Devichi, *Le coppie non sposate: lo stato della legislazione in Francia*, in M. R. Marella – F. Grillini, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, p. 69 ss.; I. Riva, *Il PACS o la convivenza registrata in Francia*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 742 ss.; S. Fulli-Lemaire, *La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2016, p. 405 ss.

³⁶ Simile anche la scelta del legislatore tedesco per quanto attiene le convivenze eterosessuali; agli individui di sesso diverso in una relazione stabile è garantito il diritto di unirsi in matrimonio o di regolare il loro rapporto mediante gli strumenti di diritto contrattuale (S. Patti, *op. cit.*, p. 223).

³⁷ T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *NLCC*, 2016, p. 1304.

³⁸ S. Thompson, *op. cit.*, p. 623. L'Autrice fa attenzione a distinguere, in questo senso, tra autonomia e consenso: il consenso può anche essere valido, ma una parte è veramente autonoma quando riesce a prendere delle decisioni capendone effettivamente le conseguenze (cfr. anche S. McLean, *Autonomy, consent and the law*, New York, 2010, p. 215).

³⁹ Sugli accordi nell'ambito del diritto di famiglia ed una loro interpretazione in chiave femminista, si rinvia a S. Thompson, *Feminist Relational Contract Theory: A New Model for Family Property Agreements*, in *Journal of Law & Society*, 2018, p. 617 ss.

⁴⁰ Si rinvia, sul punto, per tutti, a K. Crenshaw, *op. cit.* e, da ultimo, alla raccolta di saggi contenuti in *Intersezionalità: Genealogia di un Metodo Giuridico*, Napoli, 2024, nonché alla provocatoria relazione di M. Hesselink – L. Tjon Soei Len, *European Private Law and Intersectionality: Three Strategies*, SECOLA Annual Conference – Contract and Power, Londra, 2024.

⁴¹ M. R. Marella, *Contractualisation*, cit., *passim*; ID, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 233 ss.



Tali due principi, di tutela dell'autonomia privata e delle situazioni di vulnerabilità, fungeranno da *tertium comparationis* per una valutazione del quadro normativo in Italia, Francia e Inghilterra. Si cercherà di appurare, infatti, come i tre sistemi giuridici assicurano e bilanciano queste esigenze⁴².

Infine, ci si propone di svolgere qualche riflessione sui progetti finora intrapresi a livello sovranazionale ed europeo per elaborare dei principi comuni in questa materia⁴³. Il riferimento principale sarà al progetto della *Commission on European Family Law*, gruppo di studiosi guidato da Katharina Boele-Woelki, rivolto ad ipotizzare delle regole europee di portata generale con il fine ultimo di favorire l'armonizzazione del diritto di famiglia⁴⁴. In particolare, ci si soffermerà soprattutto sui principi CEFL relativi agli aspetti patrimoniali delle unioni di fatto (*"Principles regarding the property, maintenance and succession rights of couples in de facto unions"*). Per quanto il lavoro della Commissione sia stato autorevolmente criticato, in particolare con riguardo ai parametri adottati (vale a dire, la ricerca della *better law* e del *common core*, su cui nel prosieguo si tornerà)⁴⁵, i *Principles* hanno senz'altro avuto il pregio di stimolare il dialogo tra attori istituzionali, comunità accademica e società civile, nonché quello di avviare un dibattito realmente transnazionale sui limiti, il contenuto e l'estensione del diritto privato europeo⁴⁶.

Proprio nel preambolo ai principi CEFL sugli aspetti patrimoniali delle convivenze, vengono annoverate l'autonomia privata, la certezza giuridica e la tutela della vulnerabilità tra i principi fondamentali che le normative nazionali devono garantire. Se, dunque, gli ordinamenti europei riusciranno a conciliare e bilanciare tali istanze, il contratto di convivenza potrebbe proporsi come ottimo strumento di collaborazione tra le parti⁴⁷, e realmente fungere da sostegno e cornice dei rapporti familiari non matrimoniali⁴⁸.

3. – Il contesto sociale in cui si incardina l'analisi sui contratti di convivenza è un contesto sociale in costante mutamento, dove le unioni non-matrimoniali guadagnano sempre più popolarità⁴⁹.

⁴² Per delle riflessioni sul rapporto tra autonomia privata ed esigenze di protezione del soggetto debole, nel diritto di famiglia, si rinvia a M. R. Marella, *Contractualisation*, cit., p. 241.

⁴³ Per esempio, si vedano le conclusioni delle Commissioni di studio dell'Unione internazionale Magistrati del 1985 (G. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia e Europa*, Milano, 2012, p. 87).

⁴⁴ La Commissione europea sul diritto di famiglia è stata istituita nel 2001, ed è composta da esperti di diritto comparato ed europeo dei vari Stati dell'Unione. I principi finora elaborati dalla Commissione sono i seguenti: *Principles on Divorce and Maintenance between Former Spouses; on Parental Responsibilities; on Property Relations between Spouses; Regarding Property, Maintenance and Succession Rights in de facto Unions*. Alcune informazioni sul lavoro della CEFL sono disponibili sul sito web dedicato, disponibile su: <https://ceflonline.net/>.

⁴⁵ M. R. Marella – G. Marini, *op. cit.*, p. 127 ss.; M. R. Marella, *The Non-Subversive Function of European Private Law: the Case of Harmonization of Family Law*, in *European Law Journal*, 2006, p. 78 ss.

⁴⁶ Sul diritto di famiglia, tra pubblico e privato, si vedano J. Halley – K. Rittich, *op. cit.*, *passim*; M. R. Marella – G. Marini, *op. cit.*, p. 7 ss.

⁴⁷ D. Markovits, *Contract and Collaboration*, in *Yale L. Journ.*, 2004, p. 1419 ss.

⁴⁸ Si veda F. Swennen, *op. cit.*, p. 3, che riprende W. G. Runciman, *A theoretical overview*, in Q. Skinner, *Families and States in Western Europe*, Cambridge, 2011, pp. 15 ss., per cui: *"families are intermediate bodies which should perform the functions of solidarity"*.

⁴⁹ Per delle riflessioni di portata generale sull'evoluzione dei modelli familiari, N. Lipari, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in F. Macario (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 420 ss. In Inghilterra, nel 2021, 3.6 milioni di coppie si dichiaravano conviventi stabili; un numero in costante crescita, mentre le coppie in procinto di sposarsi o di costituire una *civil partnership* apparivano, invece, in diminuzione (C. Fairbairn, *"Common law marriage" and cohabitation*, House of Commons Library, Research briefing, 2022, disponibile su: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN03372/SN03372.pdf>. Per un'analisi di tipo sociologico dei cambiamenti nelle dinamiche familiari in Inghilterra, si rinvia a J. Lewis, *Debates and Issues Regarding Marriage and Cohabitation in the British and American Literature*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2001, pp. 159 ss.). In



Nel nostro sistema giuridico, come è noto, un contratto di convivenza ai sensi della legge n. 76/2016 può essere stipulato tra soggetti maggiorenni, dello stesso o di sesso diverso, non vincolati da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o unione civile, “uniti stabilmente da legami affettivi di coppia e reciproca assistenza morale e materiale”⁵⁰.

Il contenuto del contratto, ai sensi del comma 53 dell’art. 1 della legge sulle unioni civili, può indicare la residenza, le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune ed il regime patrimoniale della comunione legale; si ritiene, però, che l’elenco abbia natura meramente esemplificativa e che, nei limiti della patrimonialità, il contratto possa essere liberamente definito⁵¹.

Rimane, quindi, preclusa la possibilità di stipulare con questo strumento accordi relativi all’esercizio della responsabilità genitoriale, ed è invece dibattuta quella di regolare gli aspetti relativi alla cessazione del rapporto⁵². È senz’altro lecito anche prevedere un obbligo di mantenimento a favore del contraente più debole, oltre l’obbligo legale di prestare gli alimenti⁵³. In generale, fintanto che si rimane nell’ambito patrimoniale, il contenuto degli accordi è libero, purché superi, come sempre, il vaglio di meritevolezza⁵⁴.

Si è discusso sulla natura del contratto di convivenza, quale atto negoziale di tipo familiare, o vero e proprio contratto⁵⁵. Nonostante alcune previsioni, quali il divieto di apporre termini o condizioni, sulla falsariga dell’art. 108 c.c., o la possibilità di optare per il regime patrimoniale della comunione⁵⁶, l’ultima opzione sembra preferibile⁵⁷.

Proprio perché, quindi, altrimenti potrebbe sembrare eccessivamente restrittivo nei confronti dell’autonomia privata, il divieto di apporre termini e condizioni al contratto, legislativamente sancito al comma 56 della legge Cirinnà, è stato interpretato in quanto riferito al contratto nel suo complesso, e non alle sue singole clausole⁵⁸. È, quindi, possibile prevedere l’applicazione di una diversa modalità di contribuzione ai bisogni della famiglia al verificarsi di particolari circostanze; come un nuovo lavoro o la nascita di un figlio, nonché subordinare i trasferimenti di proprietà o l’attribuzione di diritti reali ad eventi futuri ed incerti, quali la restituzione dell’immobile da parte di un terzo detentore, e così via⁵⁹. In altre parole, si ritiene che il divieto di apporre termini o condizioni al contratto sia più che altro volto ad evitare che questo sia composto da clausole che finiscono con il limitare la libertà personale delle parti, inducendo a continuare la convivenza

Francia, nel 2022, si contavano 209.827 PACS e 247.710 nuovi matrimoni (tra persone dello stesso e di diverso sesso) (si vedano i dati raccolti dall’INED, Institut National D’Études Démographiques, disponibili su: <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/mariages-divorces-pacs/>). Non sono disponibili i dati ufficiali dell’Istituto di Statistica Nazionale italiano (ISTAT) sulla diffusione dei contratti di convivenza, ma si conta che nel 2022 siano stati celebrati 189.140 matrimoni e 2.813 unioni civili, e che le convivenze *more uxorio* siano circa 1.500.000 (https://www.istat.it/it/files/2022/02/Report_Matrimoni-unioni-separazioni-2020_21_02.pdf). Si riscontra, in Italia, una tendenza a sfuggire dai modelli impostati dal legislatore in ambito familiare, cui i contratti di convivenza non sembrano fare eccezione.

⁵⁰ Art. 1, comma 36, L. n. 76/2016.

⁵¹ Sulla tassatività o meno del contenuto del contratto di convivenza secondo il comma 53, v. D. Achille, *op. cit.*, p. 650 ss.; R. Amagliani, *I contratti*, cit., p. 8.

⁵² M. Grondona, *op. cit.*, p. 676.

⁵³ A. Busani, *I contratti nella famiglia*, Milano, 2020, pp. 484-485.

⁵⁴ R. Amagliani, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁵ Una sintesi del dibattito si trova in L. Bardaro, *Il contratto di convivenza*, Napoli, 2021, p. 66 ss.

⁵⁶ M. Grondona, *op. cit.*, p. 673. Sono illecite e perciò nulle le clausole che, ad esempio, introducano una penale nel caso di cessazione del rapporto di coppia, o che riproducano disposizioni sfavorevoli, come quella dell’addebito della separazione. Si ritengono, invece, le clausole premiali (v. F. Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contr.*, 2017, p. 9).

⁵⁷ S. Patti, *op. cit.*, p. 216; R. Mazzariol, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁸ G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1341 ss.

⁵⁹ ID, *op. ult. loc. cit.*



per ricavarne vantaggi di tipo patrimoniale⁶⁰, oppure ostacolando il pieno esercizio del diritto di recesso⁶¹. Si ritiene, inoltre, inapplicabile la disciplina del fondo patrimoniale, perché inevitabilmente collegata all'istituto del matrimonio, ma è possibile istituire un vincolo di destinazione su alcuni beni immobili per i bisogni della famiglia, *ex art. 2645-ter c.c.*⁶²

La pubblicità del contratto è garantita dalla sua iscrizione all'anagrafe, nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, da un avvocato o da un notaio⁶³. Alla pubblicità è subordinata l'opponibilità ai terzi di disposizioni che, altrimenti, avrebbero solo un effetto obbligatorio, come la reciproca attribuzione di diritti reali di godimento sull'eventuale immobile comune, o la scelta del regime della comunione legale⁶⁴. Un'ulteriore opzione per i conviventi rimane, infine, quella di stipulare dei contratti al di fuori dello schema negoziale della legge Cirinnà, generalmente indicati come "patti" di convivenza per non confonderli con il nuovo tipo contrattuale⁶⁵.

La legge italiana si ispira a quella francese. Mediante i PACS, disciplinati dall'art. 515-1 al 515-7 del *Code Civil*, due individui maggiorenni, dello stesso o di diverso sesso, possono organizzare la propria convivenza in via contrattuale, in particolare (ma non soltanto, e qui si trova una significativa differenza rispetto all'ordinamento italiano) per quanto riguarda i rapporti patrimoniali. Dalla trascrizione del contratto in un apposito registro discende non solo la pubblicità, ma anche l'applicazione del regime della responsabilità solidale dei conviventi per le obbligazioni ricollegate alla vita in comune e le spese relative all'abitazione (514-4 c.c.)⁶⁶.

La Corte Costituzionale francese ha avuto modo di chiarire che il PACS è un vero e proprio contratto che non modifica lo stato civile delle parti, nonostante spesso lo si descriva come un *quasi-mariage*⁶⁷. Ciononostante, la legge prevede, in via inderogabile, l'applicazione del dovere di contribuzione⁶⁸; le parti possono, inoltre, applicare il regime della comunione dei beni ai loro acquisti a titolo oneroso (515-5 c.c.).

Nonostante i PACS abbiano natura puramente contrattuale, il legame tra *status* e contratto è, anche nell'ordinamento francese, particolarmente forte⁶⁹. Dal punto di vista dell'autonomia privata, il fatto stesso che il legislatore abbia scelto di tipizzare i contratti di convivenza dimostra, da un lato, un'attitudine favore-

⁶⁰ G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1342.

⁶¹ G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1343. Il diritto di recesso è previsto al comma 59; altre cause di scioglimento sono l'accordo delle parti e circostanze esterne, quali il decesso o altra unione civile o matrimonio.

⁶² A. Busani, *op. cit.*, p. 443, che rinvia alla giurisprudenza di merito in tema (Trib. Bologna, 5 dicembre 2009; App. Venezia, 10 luglio 2014). Sul punto, cfr. anche M. Trimarchi, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, p. 436 ss.

⁶³ In questo caso è proprio il comma 51 a conferire all'avvocato la funzione di pubblico ufficiale (R. Amagliani, *I contratti*, cit., p. 4).

⁶⁴ G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1340.

⁶⁵ Di questo avviso G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1320 ss. Nel nostro ordinamento, la legittimità degli accordi volti a regolare gli aspetti economici delle convivenze è stata ammessa gradualmente fin da prima dell'entrata in vigore della legge Cirinnà, in quanto idonei a generare delle obbligazioni civili oltre a quelle naturali che, *ex art. 2034 c.c.*, sussistono già tra conviventi; tutto nei limiti del contenuto patrimoniale di tali accordi, in ossequio all'art. 1321 c.c., il che già restringe la libertà contrattuale rispetto all'ordinamento francese (v. ID, *op. cit.*, pp. 1327-1329).

⁶⁶ A. Maietta, *Accordi prematrimoniali, contratti di convivenza e diritti delle parti. L'ordinamento italiano e gli ordinamenti stranieri a confronto: certezze e dubbi*, in *Comp. e dir. civ.*, 2019, p. 8.

⁶⁷ *Conseil Constitutionnel, décision n. 99-419 du 9 novembre 1999*.

⁶⁸ C. Minasso, *Il patto civile di solidarietà e la situazione italiana*, 2002, p. 2, disponibile su: <https://www.diritto.it/wp-content/uploads/old2022/materiali/civile/minasso.html>.

⁶⁹ Si veda A. Barlow, *Regulation of cohabitation, changing family policies and social attitudes: a discussion of Britain within Europe*, in *Law & Policy*, 2004, p. 66.



vole nei confronti dell'autodeterminazione contrattuale nei rapporti familiari e, dall'altro, la volontà di mantenere un certo controllo sul contenuto e sulle caratteristiche dei PACS⁷⁰.

Per quanto il dovere di contribuzione sia inderogabilmente stabilito dalla legge, le parti sono comunque libere di organizzare *il modo* in cui ciascuna di esse contribuisce alla vita comune. In mancanza, sarà il giudice a determinare come e in che misura i *partners* dovranno contribuire ai bisogni della coppia, sulla base delle loro condizioni economiche⁷¹. È inderogabile anche il regime di solidarietà per quanto riguarda le spese comuni (515-4 c.c.)⁷².

Il contenuto dei PACS può anche essere rivisto in giudizio, in presenza di sopravvenienze che abbiano alterato la situazione di fatto dei contraenti, limitatamente alla *imprévision*⁷³. Infine, previa notifica, ciascuno dei conviventi può recedere unilateralmente dal contratto⁷⁴.

I profili non patrimoniali del rapporto, come l'affidamento dei figli o le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, possono pure essere definiti in via contrattuale, ma gli accordi vanno, in quest'ultimo caso, omologati dal giudice, al fine di salvaguardare il miglior interesse del minore⁷⁵. In definitiva, il sistema francese sembra lasciare spazio all'autonomia privata, ma non a scapito delle esigenze di tutela del soggetto debole del rapporto. Resta, quindi, tutto sommato, saldo il controllo ordinamentale sui contratti di convivenza.

Quando non ricorrono al PACS, la situazione giuridica dei conviventi è quella della *concubinage*; ai *concubines* sono riconosciuti alcuni diritti (per esempio, il subentro nel contratto di locazione nel caso di decesso del *partner*, ed il diritto di esperire l'azione di arricchimento ingiustificato, qualora uno dei due abbia sacrificato le aspettative professionali per le esigenze della convivenza) ma, per il resto, gli effetti della convivenza *more uxorio* non appaiono normativamente disciplinati⁷⁶. Alle eventuali *conventions de concubinage*, termine con cui si indicano le convenzioni con cui i conviventi regolano i loro rapporti patrimoniali senza ricorrere al PACS, si applicano le regole del diritto dei contratti. Resta fermo, naturalmente, il limite dell'ordine pubblico; ad esempio, eventuali accordi che imponessero ai conviventi un obbligo di fedeltà o che li tenessero, in qualsiasi altro modo, vincolati al *ménage*, sarebbero illecite⁷⁷.

Negli ordinamenti di *common law*, invece, i *cohabitation contracts*, in passato, non erano considerati vincolanti mentre, adesso, sono ritenuti validi, e hanno prevalentemente un contenuto patrimoniale⁷⁸. Di solito, indicano le modalità di contribuzione alla convivenza ed il regime giuridico degli acquisti dei beni, dispongono rispetto alla divisione dei beni nell'eventualità della fine del rapporto, e definiscono i diritti sull'abitazione comune. Generalmente, quando gli individui non sono comproprietari dell'immobile ove risiedono, possono scegliere di predisporre nel *cohabitation agreement* una "*declaration of trust*", con cui il pro-

⁷⁰ M. Grondona, *Comma 56*, in C. M. Bianca (a cura di), *op. cit.*, p. 671.

⁷¹ A. Las Casas, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contr.*, 2013, p. 918.

⁷² I. Riva, *Il PACS o la convivenza registrata in Francia*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 742 ss.

⁷³ F. Swennen, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁴ Art. 515-7 *code civil*.

⁷⁵ K. Boele Woelki – F. Ferrand – C. González Beilfuss – M. Jänterä-Jareborg – N. Lowe – D. Martiny – V. Todorova, *Principles of EU Family Law Regarding the Property, Maintenance and Succession Rights in De Facto Unions*, Cambridge, 2019, pp. 107-108.

⁷⁶ R. Mazzariol, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza. Il nuovo tipo negoziale introdotto dalla l. 76 del 2016*, Napoli, 2018, p. 132.

⁷⁷ Cfr. G. Oberto, *I diritti*, cit., p. 100.

⁷⁸ A. Maietta, *op. cit.*, p. 7. Si veda il caso *Sutton v. Mishcon de Reya*, 2003, EWHC 3166. Il caso in questione riguardava un accordo di convivenza illecito, ma i giudici, in motivazione, si sono pronunciati a favore, in generale, della validità degli accordi di convivenza che non forzano la libertà personale e non vadano contro l'ordine pubblico.



prietario dell'immobile indica il compagno o la compagna come "beneficiario", in modo tale che, in ipotesi di crisi del rapporto, a quest'ultimo vadano comunque riconosciuti dei diritti sull'immobile⁷⁹. I *cohabitation agreements* possono anche includere alcune disposizioni relative al mantenimento dei figli, purché siano conformi al *Children Act*, pietra angolare del diritto minorile inglese⁸⁰, e sono soggetti alle regole di validità del diritto dei contratti⁸¹.

Tra i tre ordinamenti, proprio quello inglese di *common law* sembra attribuire maggior enfasi al fondamentale valore dell'autonomia privata. Di più: l'autonomia privata, che si estrinseca nella libertà contrattuale, viene considerata, in ambito familiare, quasi un corollario del diritto fondamentale alla *privacy* e all'identità personale, da cui discende la libertà di regolare i propri rapporti, anche affettivi, nel modo che si ritiene più opportuno⁸².

Un'attitudine favorevole verso il contratto a causa "familiare" si riscontra in tutto il sistema del diritto di famiglia britannico⁸³; a differenza della giurisprudenza italiana e francese, quella inglese riconosce la validità dei patti prematrimoniali, con il limite dell'ordine pubblico⁸⁴, ed anche il matrimonio viene concepito come un contratto, i cui aspetti possono essere definiti dai coniugi⁸⁵.

Le corti possono sindacare la *fairness*, e cioè l'equità e la ragionevolezza, dei contratti tra conviventi⁸⁶; il contesto è quello dei contratti di durata, i c.d. *relational contracts*, su cui i giudici possono intervenire in presenza di un cambiamento sostanziale delle circostanze⁸⁷.

Da un punto di vista dottrinale, finora, l'argomento dei *cohabitation contracts* non è stato particolarmente approfondito⁸⁸. Da un esame della casistica, però, risulta che la loro stipula avviene di solito in forma di *deed*⁸⁹ e che, nella fase delle trattative, le parti devono adempiere a determinati obblighi di informazione sulle rispettive condizioni economiche. Gli *implied cohabitation contracts*, accordi di convivenza "impliciti", la cui sussistenza si dedurrebbe dalla condotta delle parti, diffusi oltreoceano, in Inghilterra, invece, solitamente non sono ritenuti validi⁹⁰. È possibile definire in via contrattuale, attraverso specifici *parental responsibility agreements*, anche gli aspetti relativi ai rapporti dei conviventi con i figli⁹¹. Inoltre, poiché i patti

⁷⁹ Si fa riferimento all'istituto del *trust*, con cui viene impresso ad un immobile di proprietà di un soggetto un vincolo di destinazione (N. Meldrun, *Cohabitants: best-laid plans*, in *Family Law Journal*, 2017, p. 2).

⁸⁰ Children Act, 1989; v. *Morgan v. Hill*, 2006, EWCA, 1602.

⁸¹ N. Meldrun, *op. cit.*, p. 3.

⁸² A. Barlow, *Regulation*, cit., *passim*.

⁸³ Sul contratto "a causa familiare", su cui in questa sede non è il caso di soffermarsi, e che qui viene solamente evocato, si vedano le considerazioni di G. Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996.

⁸⁴ Ch. 4, sections 73 and 74, British Civil Partnership Act, 2004. Di conseguenza sono nulli, ad esempio, in quanto restrittivi della libertà personale, gli accordi con cui le parti si obbligano ad unirsi in matrimonio, oppure a costituire una *civil partnership*, detti anche *civil partnership agreements*.

⁸⁵ Ch. 18, sections 23 ss., Matrimonial Causes Act, 1973, che prescrive, tra l'altro, che nel caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia il giudice a dover determinare i rapporti patrimoniali tra i coniugi.

⁸⁶ *Hyman v. Hyman*, 1929, AC 601. Il caso riguardava in realtà un *postnuptial agreement*. Sul punto, L. Ventura, *op. cit.*, spec. p. 324 ss.

⁸⁷ Si veda L. Ventura, *op. cit.*, spec. p. 341 ss. ed S. Thompson, *op. ult. loc. cit.*, che prendono le mosse dalla *relational contract theory* elaborata da I. R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, p. 877 ss.

⁸⁸ G. Douglas, *Marriage, cohabitation and parenthood – from contract to status?*, in S. N. Katz – J. Eekelaar – M. Maclean (a cura di), *Cross-currents: family law and policy in the United States and England*, Oxford, 2000, p. 221.

⁸⁹ G. Giaimo, *I contratti di convivenza nell'ordinamento giuridico inglese*, in E. Moscati – A. Zoppini (a cura di), *op. cit.*, p. 215.

⁹⁰ G. Oberto, *I diritti*, cit., p. 105.

⁹¹ G. Douglas, *op. cit.*, pp. 225-226; Section 4(1)(b), Children Act.



successori sono ammessi, il *cohabitation contract* può includere delle disposizioni attributive della ricchezza *mortis causa*⁹², o con riferimento all'interruzione della relazione⁹³.

L'ampio spazio dedicato all'autonomia privata si giustifica anche per via dell'assenza di un quadro normativo che regola i diritti e i doveri dei conviventi in maniera onnicomprensiva. Alcuni Studiosi hanno sottolineato come spesso questi si trovino, infatti, in un *common law marriage myth*; con tale espressione si indica la convinzione, erronea, che il *common law* gli riconosca diritti e doveri analoghi a quelli delle coppie matrimoniali, quando, invece, la realtà è ben diversa⁹⁴. In definitiva, la contrattualizzazione del diritto di famiglia appare quasi naturale in un contesto normativo, come quello inglese, frammentato e settoriale che, al di là di alcune previsioni normative di settore, trascura, altrimenti, la rilevanza delle convivenze di fatto e lascia i conviventi in una situazione di incertezza giuridica⁹⁵.

4. – L'altra faccia della medaglia rispetto all'autonomia privata consiste nella tutela del soggetto vulnerabile nel rapporto di coppia.

Come si è già messo in rilievo, spesso le parti non si trovano in una situazione (socio-economica o personale) paritaria, né hanno la medesima consapevolezza e padronanza della disciplina dei contratti di convivenza. Le situazioni di "fragilità" dei singoli vanno, quindi, tenute in considerazione e tutelate, in modo tale da realizzare gli effetti redistributivi cui si è fatto in precedenza riferimento.

In Italia, il divieto di apporre termini o condizioni al contratto (art. 1, comma 56, l. 76/2016), cui si è già fatto riferimento, è un evidente limite all'autonomia privata, ma serve anche a scongiurare eventuali abusi a danno della parte debole. Difatti, si intende prevenire che uno dei conviventi venga vincolato all'unione pur di non perdere benefici o vantaggi patrimoniali, quindi "forzando" la prosecuzione della vita in comune, mediante il condizionamento di un'attribuzione patrimoniale alla durata del rapporto. La limitazione del contenuto del contratto ai profili patrimoniali persegue, in un certo senso, lo stesso obiettivo.

Il divieto di apporre termini o condizioni, però, se inteso restrittivamente e riferito all'intero contratto, precluderebbe ai conviventi di disporre pienamente dei loro interessi patrimoniali, per esempio in considerazione della fine del rapporto. Inoltre, a differenza del matrimonio (art. 108 c.c.), quella del contratto di convivenza è una disciplina molto più libera, come attesta la facoltà di recedere liberamente dal vincolo. Non è quindi ammissibile un'interpretazione della norma volta ad ostacolare la libertà delle parti di sottoporre a condizioni o termini alcune clausole contrattuali, tanto più che nelle convenzioni matrimoniali, ex art. 210 c.c., l'apposizione degli elementi accidentali del contratto sopracitati è invece ammessa⁹⁶.

Utili a salvaguardare la parte vulnerabile sono anche le disposizioni che prevedono l'applicazione del dovere di solidarietà nei rapporti tra conviventi, come quella che impone la contribuzione ai bisogni comuni; nonché quelle relative alla forma del contratto, prescritta a pena di nullità. Alla lett. b), comma 53, art. 1, del-

⁹² A. Barlow – R. Probert, *Addressing the Legal Status of Cohabitation in Britain or France: Plus ça change?*, in *Web JCLI*, p. 3.

⁹³ F. Ferrand – K. Boele-Woelki – M. Jänterä-Jareborg – C. González Beilfuss – N. Lowe – D. Martiny – V. Todorova, *op. cit.*, pp. 103-104.

⁹⁴ C. Fairbairn, *op. cit.*, p. 7, in cui viene dato conto di un questionario che, nel 2019, fece emergere l'esistenza di un *common law marriage myth* tra i conviventi inglese; tra gli intervistati, il 46% dei conviventi senza figli, il 55% di quelli con figli, era convinto che il diritto inglese gli riconoscesse gli stessi diritti delle coppie sposate. Anche per questo non è così comune per le coppie di conviventi stipulare dei *cohabitation contracts* (v. *Stack v Dowden*, 2007 UKHL 17).

⁹⁵ Si veda G. Douglas, *op. cit.*, p. 214 ss.

⁹⁶ R. Mazzariol, *op. cit.*, pp. 207-209.



la l. 76/2016, difatti, è prevista la possibilità di determinare le modalità di contribuzione alla vita in comune sulla base “delle sostanze di ciascuno, e della capacità di lavoro professionale o casalingo”. Il lavoro domestico entra, così, nella legge Cirinnà, dimostrando, quindi, l’importanza dello stesso negli assetti del rapporto di coppia. Al contempo, il legislatore mostra anche di tenere presente la diversità di situazione in cui ciascuno dei contraenti/conviventi potrebbe trovarsi, legando esplicitamente la portata del dovere di contribuzione alle rispettive sostanze.

Dal punto di vista della forma del contratto, come in Francia, il controllo del notaio e dell’avvocato sull’atto scritto non solo garantisce i diritti dei terzi che entrano in contatto con la coppia, ma serve anche, in teoria, ad assicurare che gli interessi di una delle parti non vengano eccessivamente compressi e limitati a scapito dell’altra. Gli stessi requisiti di forma sono richiesti per le modifiche contrattuali, la risoluzione del contratto e il recesso⁹⁷.

Altri casi di nullità “insanabile” del contratto di convivenza sono l’assenza di un’unione affettiva stabile o delle qualità soggettive previste nei contraenti⁹⁸; ancora, il contratto è da considerarsi integralmente nullo per illiceità della causa quando deroga al dovere di contribuzione ai bisogni della vita in comune, di cui al comma 53⁹⁹. Tale disposizione è significativa per quanto riguarda la tutela della parte vulnerabile; il dovere di contribuzione diviene parte integrante del contratto, connotandolo, in un certo senso, di profili solidaristici. Nell’individuare le modalità di contribuzione, come anticipato, non vanno, pertanto, ignorati gli interessi dei soggetti più deboli¹⁰⁰.

Sono altresì nulle le clausole con cui si intende derogare alle norme che ricollegano determinati diritti alla convivenza di fatto, quali quelli indicati ai commi 38-49 dell’art. 1; si tratta dei diritti del convivente nel caso di detenzione, malattia o ricovero del compagno, di successione nel contratto di locazione, di assegnazione dell’alloggio di edilizia popolare, e così via¹⁰¹.

Inderogabile è anche l’obbligo di prestare gli alimenti al convivente di fatto qualora ne sussistano i presupposti, che non può esser fatto oggetto, come è noto, di rinunce o transazioni¹⁰². Inoltre, come anticipato, nel caso di morte del conduttore dell’immobile il convivente ha il diritto di succedere nella locazione e per l’assegnazione della casa familiare si applicano gli stessi criteri del matrimonio¹⁰³. Tutte queste disposizioni limitano certamente l’autonomia privata, ma si tratta di restrizioni necessarie a garantire la parte che si trovi in una condizione di vulnerabilità, durante o al termine del rapporto di convivenza.

Tuttavia, anche per quanto riguarda la tutela della parte vulnerabile, la disciplina italiana appare migliorabile. Per esempio, il problema del lavoro domestico, anche se viene menzionato, non è adeguatamente affrontato. Inoltre, la possibilità di intervenire in sede giudiziale sul regolamento contrattuale, in modo da riequilibrare le posizioni delle parti, è incerta. La legge tace poi anche con riferimento ai profili successori¹⁰⁴, ai diritti pensionistici, alle misure di protezione in caso di abbandono o violenza domestica. Ancora, la posizione del convivente che contribuisce all’impresa familiare non appare adeguatamente garantita; tutto sommato,

⁹⁷ G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1336; A. M. Benedetti, *Il controllo sull’autonomia: la forma dei contratti di convivenza nella legge n. 76/2016*, in *Famiglia*, 2017, pp. 18-19.

⁹⁸ Si rinvia ai rilievi svolti da P. Sirena, *Commi 57 – 58*, in C. M. Bianca (a cura di), *op. cit.*, p. 684 ss.

⁹⁹ S. Patti, *op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁰ V. G. Alpa, *Solidarietà*, cit., p. 256.

¹⁰¹ S. Patti, *op. cit.*, pp. 214-216.

¹⁰² A. Busani, *op. cit.*, p. 484 ss.

¹⁰³ Cass. civ., n. 3553 del 10 febbraio 2017 (v. L. Bardaro, *op. cit.* pp. 26-30).

¹⁰⁴ In chiave critica, sul punto, S. Patti, *op. cit.*, pp. 217-220; R. Mazzariol, *op. cit.*, p. 203 ss.



il convivente viene ancora individuato come un estraneo, la cui situazione solo in parte viene assimilata a quella dei membri della famiglia, il che dimostra la reticenza del legislatore a qualificare la convivenza come un modello familiare¹⁰⁵.

Anche la normativa francese presta attenzione alle situazioni di vulnerabilità. È importante ricordare che i PACS sono stati introdotti in un momento in cui il matrimonio omosessuale non era ancora ammesso, da cui le disposizioni di natura previdenziale e tributaria che assimilano il PACS al *mariage*, offrendo tutela a soggetti che, prima, si trovavano in una sorta di situazione di “vuoto normativo”¹⁰⁶.

Alcune norme, come quella che sancisce il dovere di contribuzione, la solidarietà nelle spese non manifestamente eccessive relative alla vita in comune, la considerazione dei conviventi come un unico nucleo familiare, sembrano proprio rivolte alla tutela del soggetto vulnerabile¹⁰⁷. Inoltre, i PACS vanno stipulati nella forma prevista dalla legge a pena di nullità, per ragioni di certezza giuridica e per garantire che, al momento della loro conclusione, gli interessi di entrambe le parti siano adeguatamente rappresentati¹⁰⁸. Ciò non toglie che il PACS continui a restare, nella sua struttura, una forma di unione più “leggera” rispetto a quella matrimoniale, come attesta, per esempio, il diritto unilaterale di recesso dal contratto, che può essere esercitato, previa notifica, in qualsiasi momento da parte dei conviventi. Il convivente ha, inoltre, anche diritto di richiedere di essere nominato amministratore di sostegno¹⁰⁹. L’art. 515-4 c.c. specifica poi che le parti hanno un dovere di assistenza materiale reciproca, da cui deriva anche, alla fine del rapporto, l’obbligo di prestare gli alimenti a chi si trova stato di bisogno, come avviene in Italia. Tuttavia, a differenza del nostro ordinamento, il lavoro domestico non viene riconosciuto come modalità di contribuzione nel *Code Civil*.

In Inghilterra e nel Galles, la mancanza di una legge dedicata al contratto di convivenza e, in generale, alle convivenze di fatto, rende problematica la salvaguardia di chi si trova in condizione di vulnerabilità, a meno che non proceda a registrare la propria unione rendendola formalmente una *partnership*. Le *civil partnerships* sono state introdotte dal *Civil Partnership Act* del 2004; dapprima limitate agli individui dello stesso sesso, oggi sono state estese agli individui di sesso diverso, e sono diventate una sorta di alternativa al matrimonio¹¹⁰.

In definitiva, dunque, nel Regno Unito, la piena tutela delle situazioni di vulnerabilità nei rapporti di coppia si ottiene solo mediante il matrimonio o la *civil partnership*¹¹¹. Entrambi impongono alle parti un obbligo di assistenza reciproca (*duty to maintain each other*¹¹²) ed attribuiscono ai *partners* chiari diritti, anche in materia successoria¹¹³.

Coloro che non ricorrono al matrimonio, alla *civil partnership* e nemmeno ad un *cohabitation agreement* possono contare su alcuni diritti riconosciuti da leggi di settore; per esempio, dopo la morte del convivente, chi ha convissuto per più di due anni può ottenere un assegno di mantenimento a carico dell’eredità, se ne ricorrono i presupposti, ed è legittimato a succedere nel contratto di locazione della casa comune¹¹⁴. Inoltre, di recente, è stata prevista la possibilità di ordinare a chi abbia commesso violenza domestica a danno del

¹⁰⁵ S. Patti, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁶ La storia della riforma del PACS in Francia è sintetizzata in A. Barlow – R. Probert, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁷ Su cui L. Bardaro, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁸ Art. 515-7, *code civil*.

¹⁰⁹ E. Fongaro, La protection des personnes vulnérables en droit français, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 260 ss.

¹¹⁰ A. Hayward, *Registered Partnerships in England and Wales*, in J. M. Scherpe – A. Hayward (a cura di), *op. cit.*, p. 194.

¹¹¹ A. Hayward, *op. cit.*, p. 203.

¹¹² Hayward, *op. cit.*, p. 205 (v. Children Protection Act (CPA), Ch. 5, part 9).

¹¹³ CPA, Ch. 4, part. 2, para. 7.

¹¹⁴ G. Douglas, *op. cit.*, p. 219. Si veda anche il Law Reform Succession Act 1995, sections 1 e 2.



convivente l'allontanamento dalla casa familiare, che viene assegnata alla persona offesa, a prescindere dalla titolarità dell'immobile¹¹⁵.

Le corti possono altresì applicare le regole generali sul *disgorgement of profit* nel caso in cui una parte abbia compiuto dei sacrifici, anche economici, durante il rapporto, che hanno provocato un arricchimento dell'altra¹¹⁶. Di frequente, si è ricorso all'istituto del *trust*, e nello specifico all'*implied trust* e al *resulting trust*, per ottenere il riconoscimento di alcuni diritti dominicali sui beni acquistati da una sola parte, ma utilizzati da entrambe¹¹⁷. Difatti, per l'assegnazione dei beni appresi durante la convivenza, inclusa la casa familiare, al termine della stessa, si può tenere in considerazione l'eventuale contributo fornito dal soggetto non formalmente titolare del bene al suo acquisto o mantenimento, per esempio, tramite il pagamento delle utenze, di un eventuale mutuo, o lo svolgimento di riparazioni¹¹⁸.

Tuttavia, fuori dall'ambito di applicazione del *trust*, del *proprietary estoppel*¹¹⁹, e dei diritti riconosciuti da specifiche leggi di settore, la situazione dei conviventi di fatto rimane incerta, e non vi è alcun dovere di contribuzione o di solidarietà stabilito in via normativa¹²⁰. Inoltre, spesso il lavoro domestico non è riconosciuto come una valida *financial contribution* ai fini di ravvisare la sussistenza di un *beneficial interest* che, ai sensi del *Trust of Lands and Appointment of Trustees Act* (TOLATA), è necessario per radicare dei diritti sull'immobile dove si è svolta la vita in comune¹²¹. La tutela delle situazioni di vulnerabilità, nel contesto del *cohabitation agreement*, avviene solo per volontà delle parti, oppure a livello interpretativo, tramite l'intervento del giudice, nei limiti della sindacabilità dei contratti di durata.

Le numerose richieste di intervento legislativo sulle convivenze di fatto ed in tema di *cohabitation agreements* avanzate dalla società civile sono rimaste, ad oggi, inascoltate, e manca, quindi, un vero e proprio riconoscimento giuridico delle situazioni di vulnerabilità in questa materia¹²².

¹¹⁵ G. Douglas, *op. cit.*, p. 220.

¹¹⁶ A. Fusaro, *Marital contracts*, cit., p. 481 ss.

¹¹⁷ ID, *op. cit.*, p. 127.

¹¹⁸ *Kernott v. Jones*, 2011 UKSC 53.

¹¹⁹ *Hammond v Mitchell*, 1991 1 WLR 1127; *Drake v Whip*, 1996, 1 FLR 826; *Wayling v Jones*, 1995 2 FLR 1030.

¹²⁰ Sul punto, G. Giaimo, *op. cit.*, p. 206.

¹²¹ In questo senso, si rinvia ai casi *Burns v. Burns*, 1984, Ch 317; *Lloyds Bank plc v Rosset*, 1991 1 AC 107; *Midland Bank v Cooke*, 1995 EWCA; *Drake v Whip*, 1996 1 FLR 826; *Eves v Eves*, 1975 EWCA; *Hammond v Mitchell* 1999 1 WLR 1127; *Le Foe v Le Foe*, 2001 EWCA e *Barnes v. Woolwich plc*, 2001 EWCA. La legge, infatti, prevede che, anche quando più individui non instaurano formalmente un rapporto fiduciario, il vincolo di destinazione su un determinato immobile possa comunque essere ricondotto alla figura del "*common intention constructive trust*". Affinché ciò avvenga occorre che colui che richiede l'accertamento dei propri diritti in quanto fiduciario dimostri: "*i) a common intention that the beneficial ownership of the property was to be shared, which was relied upon by the claimant to their detriment; or b) evidence of a direct financial contribution to the acquisition of the property, enabling the court to infer the presence of said common intention*". Poiché il presupposto di cui alla lett. a), che implica l'affidamento, è particolarmente difficile da dimostrare, generalmente, l'attore tenta di dimostrare di aver contribuito all'acquisto della proprietà: per esempio, nel caso in cui abbia dato il suo apporto ad un mutuo prodromico per l'acquisto della dimora comune, oppure nel caso in cui si sia incaricato di liberarla da eventuali privilegi immobiliari, come un *mortgage* (l'ipoteca). Il lavoro domestico è stato, invece, riconosciuto come contributo alla vita familiare nel caso *Hall v. Hall*, 1982, 3 FLR, 379. Nella sua *opinion*, Lord Denning osservò che il contributo economico di un *partner* all'acquisto di un bene immobile, e in generale alla vita di coppia, va considerato anche tenendo conto "del lavoro domestico e della cura prestata nella crescita e nell'educazione della prole". Ancora diverso è stato l'orientamento della High Court nel caso *Rowe v. Prance* [1999] 2 FLR 787, dove addirittura fu riconosciuta la comproprietà della barca del precedente compagno, poiché alcuni comportamenti impliciti adottati dalle parti durante la loro convivenza avevano generato nella donna un affidamento relativamente ad una situazione di comunione del bene (G. Giaimo, *op. cit.*, p. 209).

¹²² A. Barlow, *Regulation*, cit., p. 78. Una proposta è stata quella di prevedere l'attribuzione di alcuni diritti ai conviventi che decidano di registrare la propria unione come una "convivenza stabile", da cui poi le coppie potrebbero effettuare una sorta di *opt out* (ID, *op. ult. cit.*, 78).



In definitiva, i sistemi europei appaiono piuttosto riluttanti ad attribuire alla coppia di fatto il rango di vero e proprio tipo familiare, e ciò incide, inevitabilmente, anche sul profilo della protezione delle vulnerabilità. Mentre in Francia e in Italia il quadro normativo dei contratti di convivenza appare comunque arricchito da previsioni normative volte a salvaguardare i diritti dei soggetti vulnerabili, in Inghilterra, nel silenzio del legislatore, quasi tutto è rimesso all'autonomia delle parti ed all'eventuale intervento del giudice. Ciò appare problematico, perché il diritto delle obbligazioni e dei contratti, un diritto, per definizione, di "libertà", per quanto possa essere interpretato in chiave solidaristica, non è, da solo, sufficiente ad assicurare adeguati strumenti di tutela al convivente "fragile"¹²³.

5. – Il confronto svolto sui profili dell'autonomia privata e della vulnerabilità ci restituisce un quadro variegato, ma non eccessivamente difforme. Da un lato, l'ordinamento inglese garantisce maggiore libertà alle parti, e quindi il profilo dell'autonomia privata appare valorizzato, rispetto al contesto francese o italiano, in cui, invece, il controllo ordinamentale sulle regole della convivenza è più incisivo. Tutti e tre i Paesi europei, però, costruiscono gli accordi sulla vita comune come veri e propri contratti, che quindi, naturalmente, riguardano soprattutto i profili patrimoniali del rapporto di coppia.

La libertà contrattuale e la tutela della vulnerabilità si affermano nella nostra materia in quanto principi sopraordinati, che costituiscono una sorta di minimo comun denominatore tra ordinamenti, ed assurgono quasi al rango di "interessi irrinunciabili condivisi", suscettibili di essere bilanciati ed articolati in maniera diversa sulla base del contesto sociale e culturale di riferimento, ma comunque assicurati nel loro contenuto fondamentale¹²⁴.

Considerata questa evidente condivisione di principi e valori, sorge spontaneo domandarsi se vi sia spazio per un intervento armonizzatore dell'Unione Europea in questo campo. Il diritto privato europeo non può evidentemente del tutto disinteressarsi di una materia che incide così tanto sull'individuo e i suoi diritti di cittadino europeo, nonché, più ampiamente, sui rapporti patrimoniali tra consociati. La Corte di Giustizia è, infatti, gradualmente intervenuta in ambito di diritto di famiglia¹²⁵, lavorando soprattutto con il principio di non discriminazione e di uguaglianza¹²⁶. La stessa legge Cirinnà, più volte citata, prende in considerazione l'ipotesi di una convivenza che si svolga in un luogo diverso da quello di origine dei contraenti, o tra conviventi di diversa cittadinanza¹²⁷.

A tal proposito, è stato sostenuto che il diritto di famiglia europeo dovrebbe nascere "dal basso", attraverso l'opera dei giudici e la spontanea circolazione dei modelli giuridici, che avviene mediante il libero movimento dei cittadini stessi¹²⁸. A ben guardare, è questo, forse, ciò che si sta verificando, adesso, in Europa; si pensi alla disciplina dei PACS, che sembra aver ispirato anche la nostra normativa italiana, senza la necessità di un intervento di armonizzazione dall'alto.

Tuttavia, negli ultimi anni, sono stati intrapresi diversi progetti volti ad elaborare dei principi europei in materia di diritto di famiglia. Questo è il dichiarato fine dei *Principles of Common European Family Law*,

¹²³ ID, *op. cit.*, p. 211.

¹²⁴ V. Scalisi, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, pp. 32, 52.

¹²⁵ J. M. Scherpe, *Is There a European Family Law?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2023, p. 324.

¹²⁶ K. B. Woelki, *The principles of European Family Law*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 162.

¹²⁷ S. Patti, *op. cit.*, p. 225.

¹²⁸ M. R. Marella, *The Non-subversive Function*, cit., p. 84.



ideati dalla *Commission on European Family Law* (CEFL), istituita nel 2001¹²⁹. Le aree che i Principi coprono sono varie, ed includono le convivenze di fatto ed i contratti di convivenza.

La rilevanza immediata di un progetto come quello della CEFL anche rispetto ai contratti di convivenza è apprezzabile se si pensa che alcuni atti normativi dell'Unione Europea, prettamente di diritto internazionale privato, richiamano concetti come quello di “relazione stabile” o di “obbligazione alimentare”¹³⁰, cui sono ricollegati determinati diritti e doveri¹³¹. Ad esempio, il Regolamento europeo del Consiglio n. 1104 del 2016, relativo agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, definisce le “convenzioni tra *partners*” (art. 3, par. 1, lett. c), come “qualsiasi accordo tra i *partners* o i futuri *partners* con il quale essi organizzano gli effetti patrimoniali della loro unione registrata”¹³².

Il lavoro della CEFL si è svolto, in primo luogo, identificando il modo in cui un determinato problema viene affrontato dai vari ordinamenti giuridici, adoperando il metodo c.d. funzionale di diritto comparato¹³³. Dopo aver elaborato dei *reports* che attestano la situazione di fatto in ciascun ordinamento, la Commissione ha formulato alcuni principi scegliendo, di volta in volta, se proporre una “*better law*”, un diritto ideale, o se invece aderire alle regole più diffuse tra gli Stati europei (il *common core*)¹³⁴.

Entrambe le nozioni di *better law* e *common core* appaiono problematiche. La prima presuppone una sorta di ripartizione dei Paesi europei in Stati “progressisti” e più “arretrati”, che dovrebbero “seguire” i primi, trascurando, tra l'altro, che nessun sistema giuridico può dirsi interamente progressista o conservatore in un campo come il diritto di famiglia¹³⁵. Per quanto riguarda il profilo del *common core*, invece, è stato giustamente osservato che il fatto che una regola sia la più diffusa non significa che, per ciò solo, sia adatta a tutti gli ordinamenti o debba essere adottata a livello sovranazionale. I Principi sono stati, inoltre, tacciati di aderire ad un'idea di diritto di famiglia “autoreferenziale”, in quanto sembrano concepirlo come un sistema chiuso, trascurandone i legami con le altre branche del diritto e il resto delle scienze sociali¹³⁶. Alcune previsioni dei Principi CEFL, infine, finiscono per sembrare in qualche modo arbitrarie o artificiose; si pensi, per esempio, a quella che individua in cinque anni la durata di un rapporto di convivenza affinché questo possa essere considerato “stabile”¹³⁷.

Anche chi non condivide le scelte contenute nel progetto della Commissione guidata da Katharina Boele-Woelki, però, riconosce che, oggi, ragionare sull'armonizzazione del diritto di famiglia europeo è essenziale¹³⁸. In un'ottica futura, i Principi CEFL possono senz'altro essere utili ad individuare non tanto “la miglior

¹²⁹ Altre organizzazioni che hanno discusso dell'armonizzazione del diritto di famiglia sono l'International Commission on Civil Status (ICCS) e la conferenza de l'Aia (si vedano le c.d. The Hague Family Law Conventions) (J. M. Scherpe, *op. cit.*, p. 326).

¹³⁰ Reg. CE n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni ed alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Già dal Regolamento emerge chiaramente come il concetto di alimenti, nel diritto europeo, sia più ampio rispetto al nostro, di cui agli artt. 433 ss. c.c.

¹³¹ Dir. CE n. 2003/86 del Consiglio relativa al diritto di ricongiungimento familiare; Dir. CE 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

¹³² Reg. UE n. 2016/1104 del Consiglio che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

¹³³ K. Boele-Woelki, *The principles*, cit., p. 165.

¹³⁴ In merito, K. Boele-Woelki, *The working method of the Commission on European Family Law*, in ID (a cura di), *Common Core and Better Law in European Family Law*, 2005, Antwerp-Oxford, pp. 15-38.

¹³⁵ M. R. Marella, *The Non-subversive Function*, cit., p. 87.

¹³⁶ ID, *op. ult. cit.*, p. 90.

¹³⁷ Principio 1, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*.

¹³⁸ M. R. Marella, *op. ult. cit.*, p. 91.



norma giuridica”, ma la regola più “europea”, condivisa e compatibile con i principi del diritto dell’Unione. Nei vari preamboli ai Principi vengono richiamati la libera circolazione delle persone, l’uguaglianza di genere, il miglior interesse del minore, l’autonomia privata e la tutela del soggetto vulnerabile, tutti interessi presenti nei Trattati europei e nelle Carte sovranazionali dei diritti cui l’Unione aderisce¹³⁹.

Tra l’altro, alcuni Stati hanno, effettivamente, recepito i suggerimenti della CEFL nel momento in cui hanno intrapreso delle riforme del diritto di famiglia nazionale¹⁴⁰. Inoltre, il lavoro svolto dalla CEFL si dimostra particolarmente utile anche per i ricercatori e gli operatori del diritto che si trovano a doversi confrontare con il diritto di famiglia in prospettiva comparatistica.

Ai fini della nostra analisi, appare utile considerare i “*Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*”¹⁴¹. La CEFL, innanzitutto, enfatizza la necessità di tutelare la posizione di chi si trova in una condizione di vulnerabilità¹⁴². Sono definiti conviventi di fatto coloro che “vivono insieme e si trovano in una relazione duratura”, da almeno cinque anni o che abbiano un figlio. Non viene richiesta la fissazione di una residenza comune ed i Principi sono suscettibili di applicazione analogica anche a coloro che siano già uniti da altro vincolo formale (unione civile o matrimonio), al fine di tutelare e valorizzare qualsiasi tipo di relazione che abbia i caratteri della stabilità¹⁴³.

Al Principio 5:6 viene sancito che, se non disposto altrimenti in via contrattuale, i conviventi devono compiere congiuntamente gli atti di straordinaria amministrazione che riguardano i beni familiari. Come nell’ordinamento francese, dunque, i redattori dei *Principles* applicano un certo regime giuridico patrimoniale alle coppie non matrimoniali, cui le stesse possono derogare pattiziamente.

I Principi CEFL sono preceduti da *reports* di diritto comparato che danno conto dello stato dell’arte in Europa. Quanto emerge dal rapporto comparatistico in apertura dei *Principles of European Family Law on Property, Maintenance and Succession Rights in de facto Unions* è che, in generale, gli Stati europei guardano con favore ai contratti di convivenza. Si riscontrano due approcci: il primo è quello di tipizzare i contratti di convivenza ed individuarne il contenuto essenziale (ciò che avviene in Italia e in Francia); il secondo, invece, è di ricorrere allo strumento ed alle regole generali del diritto dei contratti anche nel settore delle convivenze, limitando l’intervento normativo (è il caso dell’Inghilterra).

Il rapporto CEFL dà poi conto del fatto che vi sono alcuni Paesi, come l’Italia, che riconducono determinati diritti e doveri alla sola situazione della convivenza; altri, invece, richiedono la registrazione dell’unione. In altre parole, alcuni ordinamenti europei scelgono di collegare effetti giuridici alla convivenza in quanto fatto giuridicamente rilevante, altri richiedono la formalizzazione del rapporto¹⁴⁴. Forse proprio in virtù della speciale attenzione rivolta dalla Commissione alle situazioni di vulnerabilità, la CEFL sembra a favore del primo approccio. Nei Principi, infatti, alcuni diritti e doveri, cui le parti non possono derogare in via pattizia, sono ricollegati alla sussistenza dell’unione di fatto; tra questi, l’uguaglianza giuridica dei *partners* e l’applicazione del dovere di contribuzione (Principi 5:4-5.6)¹⁴⁵.

La Commissione CEFL si esprime positivamente anche rispetto alla possibilità di determinare in via con-

¹³⁹ C. G. Belfuss, *Agreements in European family law – the findings, theoretical assessments and proposals of the Commission on European Family Law (CEFL)*, in *European Review of Contract Law*, 2022, pp. 162-163.

¹⁴⁰ J. M. Sherpe, *op. cit.*, p. 326.

¹⁴¹ Si tratta, tra l’altro, anche della raccolta più recente di Principi, adottata nel 2019.

¹⁴² S. Patti, *op. ult. cit.*, p. 226.

¹⁴³ ID, *op. cit.*, pp. 226-227.

¹⁴⁴ F. Viglione, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *NGCC*, 2016, p. 1724.

¹⁴⁵ S. Patti, *op. cit.*, p. 227.



trattuale gli aspetti personali, e non solo quelli patrimoniali, delle convivenze. Infine, al Principio 5:9, si auspica che gli Stati garantiscano all'autorità giudiziaria un sindacato piuttosto ampio sul contenuto degli *agreements*, inclusa la possibilità di rilevare la sussistenza di “gravi ingiustizie” nell'accordo. La giustificazione fornita è che, mentre il matrimonio viene celebrato davanti a un pubblico ufficiale ed è preceduto da un'adeguata pubblicità, lo stesso non avviene per i patti di convivenza, in cui occorre maggior controllo sull'autonomia delle parti ¹⁴⁶.

Inoltre, al Principio 5:17 è espressamente riconosciuto il lavoro domestico come modalità di contribuzione ai bisogni della vita familiare, tanto da dar diritto anche, qualora ne ricorrano i presupposti, ad una *compensation* (grossomodo, un indennizzo) nei casi in cui essere il *caregiver* abbia generato uno squilibrio nella posizione economica delle parti, o abbia causato ad una di esse uno svantaggio in termini economici o professionali ¹⁴⁷.

Altri spunti utili si trovano nei *Principles on Parental Responsibility* ¹⁴⁸. I Principi riconoscono ai conviventi la facoltà di regolare in via pattizia l'esercizio della responsabilità genitoriale, fino ad attribuirla ad un solo genitore (Principle 3:15). Tale regola però, ad esempio, difficilmente appare adatta al nostro ordinamento, in cui i diritti e i doveri dei conviventi con riferimento alla prole non sembrano prestarsi, in quanto situazioni giuridiche soggettive indisponibili, ad essere oggetto di un contratto (art. 30 Cost.). Ciò dimostra la delicatezza di questa materia, e quanto complicato sia concepire e formulare delle regole realmente europee.

Nonostante la complessità dell'argomento e le criticità evidenziate in precedenza, ci sembra tuttavia di aderire a quanto professato da autorevole dottrina, per cui non bisogna rinunciare a stabilire quantomeno dei principi comuni di diritto di famiglia a livello europeo, che possano illuminare ed orientare le riforme degli ordinamenti nazionali ¹⁴⁹. I vantaggi possono essere numerosi, sia da un punto di vista di certezza del diritto, sia per quanto riguarda il raggiungimento degli obiettivi fondamentali che l'Unione si prefigge, quali la non discriminazione, la libertà di circolazione in uno spazio comune europeo, la tutela dei diritti fondamentali delle persone ¹⁵⁰.

6. – Per lungo tempo il diritto di famiglia è stato considerato un settore poco adatto alla comparazione giuridica. Questo assunto è, oggi, oggetto di ripensamento. È vero che i forti legami con le radici storiche, culturali e sociali di una nazione rendono particolarmente delicato effettuare “trapianti giuridici” in questa materia, che rischiano, piuttosto, di diventare “irritanti” giuridici, *legal irritants*.

Tuttavia, l'idea per cui il principale obiettivo della comparazione giuridica sarebbe il “trasferimento” di regole giuridiche da un sistema all'altro solleva ormai diverse perplessità. Piuttosto, la funzione essenziale del diritto comparato è quella di comprendere meglio il proprio ordinamento giuridico, e lo studio del diritto di famiglia in prospettiva comparatistica può sicuramente servire a quest'intento. Esso può anche fungere da

¹⁴⁶ K. Boele Woelki – F. Ferrand – C. González Beilfuss – M. Jänterä-Jareborg – N. Lowe – D. Martiny – V. Todorova, *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁷ Inoltre, il Principio 5:24 attribuisce determinati diritti successori in caso di morte del *partner*, ma solo in presenza di una convivenza di durata almeno quinquennale o di figli. Per quanto sia sicuramente encomiabile la scelta di tutelare i diritti successori dei conviventi, la disciplina scelta dalla CEFL presta comunque il fianco a critiche, poiché appare discriminatoria nei confronti delle coppie senza figli (S. Patti, *op. cit.*, pp. 228-229).

¹⁴⁸ K. Boele Woelki – F. Ferrand – C. González Beilfuss – M. Jänterä-Jareborg – N. Lowe – D. Martiny – W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Cambridge, 2007.

¹⁴⁹ V. Scalisi, *Studi*, cit., *passim*.

¹⁵⁰ Si vedano, in particolare, non solo gli artt. 10-18-19-20 TFUE e gli artt. 3-6 TUE, ma anche i già menzionati artt. 8, 12, 14 CEDU e gli artt. 7-9-21 CDFUE.



chiave di lettura di alcune scelte di politica del diritto (per esempio, la volontà di incoraggiare il ricorso al matrimonio potrebbe spiegare perché un certo ordinamento è più o meno aperto a riconoscere la duttilità dei contratti di convivenza). Inoltre, la comparazione è prodromica a qualsiasi progetto, più o meno ambizioso, di armonizzazione del diritto europeo¹⁵¹.

Le regole sul diritto di famiglia sono essenziali nell'architettura dello stato sociale. Ancora, più, forse, che in altre aree del diritto, il diritto di famiglia richiede di essere considerato non soltanto in prospettiva "giuridica", ma in rapporto alle altre scienze *pratiche*, quali l'economia, le scienze politiche, l'antropologia¹⁵². Occorre, dunque, aderire ad una metodologia non solo di diritto comparato, ma realmente interdisciplinare¹⁵³.

I contratti di convivenza, infine, consentono di riflettere su due idee che hanno subito un profondo cambiamento nel corso degli ultimi decenni. La prima è l'idea di famiglia; non più soltanto matrimoniale, la famiglia in Europa, oggi, consiste in modi diversi di vivere i propri rapporti affettivi, tra cui la convivenza¹⁵⁴. Non più soltanto un centro di composizione degli interessi personali delle parti, la famiglia si afferma, e viene percepita, come soggetto di mercato e nucleo in cui si prendono accordi e si stipulano contratti¹⁵⁵.

La seconda è un'idea di contratto non solo come sintesi di interessi contrapposti, ma come occasione di collaborazione tra parti¹⁵⁶. Le convenzioni tra conviventi possono essere un ottimo strumento per quei soggetti che non vogliono vincolarsi mediante il matrimonio, ma vogliono imprimere un determinato assetto ai propri rapporti patrimoniali (e non, in base al sistema giuridico di appartenenza), in deroga, per quanto possibile, alle previsioni di legge o proprio in mancanza delle stesse, nel contesto di una vita comune¹⁵⁷.

Guardare ai contratti di convivenza può essere un buon modo per osservare il delicato equilibrio tra la famiglia come entità e la famiglia come luogo di realizzazione e sviluppo delle libertà della persona. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, è ormai acclarato che il carattere personale dei rapporti familiari non ne esclude la negoziabilità¹⁵⁸ né, più specificamente, la possibilità di renderli oggetto di un contratto; purché ciò avvenga di comune accordo, e purché la tutela dell'individuo e della sua dignità rimangano valori e principi irrinunciabili¹⁵⁹.

Allo stesso tempo, i contratti di convivenza possono offrire l'occasione di ripensare, ancora una volta, allo strumento del *contratto*, ed al ruolo che in esso potrebbero o dovrebbero rivestire i principi della solidarietà, della collaborazione, della buona fede¹⁶⁰. Al contratto di convivenza ben si confà la suggestiva definizione di contratto "rugiadoso, non rude", coniata da Pier Giuseppe Monateri¹⁶¹, in cui la cooperazione tra le parti, la giustizia, si inseriscono e conformano il regolamento contrattuale; a maggior ragione, in una materia così sensibile come quella delle relazioni affettive.

¹⁵¹ K. Boele Woelki, *What Comparative Family Law Should Entail*, in *Utrecht Law Review*, 2008, spec. pp. 23-24.

¹⁵² N. Lipari, *op. ult. cit.*, p. 419.

¹⁵³ Sul punto, *ex multis*, da ultimo, G. Resta, "So Lonely": *Comparative Law and the Quest for Interdisciplinary Legal Education*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2024, pp. 1 ss.

¹⁵⁴ Ampiamente si rinvia alla raccolta di scritti in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020.

¹⁵⁵ M. R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.

¹⁵⁶ D. Markovits, *Contract as Collaboration*, in H. Dagan – B. C. Zipursky (a cura di), *Research Handbook in Private Law Theory*, Cheltenham, 2020, pp. 109-111.

¹⁵⁷ N. Lipari, *Osservazioni conclusive*, in E. Moscati – A. Zoppini (a cura di), *op. cit.*, pp. 340; 342.

¹⁵⁸ G. Autorino, *Governo della famiglia e relazioni personali tra coniugi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, pp. 1, 3.

¹⁵⁹ Sulle trasformazioni del concetto di famiglia, N. Lipari, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in F. Macario (a cura di), *op. cit.*, pp. 417 ss.

¹⁶⁰ P. G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, pp. 409 ss.; A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 75 ss.

¹⁶¹ P. G. Monateri, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 502 ss.