

La tutela *post-mortem* del convivente *more uxorio*: dove non arriva la legge, arriva l'autonomia negoziale.

SOMMARIO: 1. Premessa storica – 2. L'evoluzione della famiglia 3. La legge Cirinnà – 4. La tutela *post-mortem* del convivente – 5. I margini dell'autonomia privata – 6. Conclusioni.

1. Premessa storica

La convivenza di fatto, detta anche convivenza *more uxorio*, rappresenta un fenomeno di cui si attesta l'esistenza già nel diritto romano. In epoca monarchica, infatti, le prime tracce di una rilevanza giuridica della convivenza derivano dalla c.d. *paelex*, termine con cui era indicata la donna convivente con un uomo sposato e che, pertanto, veniva sanzionata da una legge del re Numa. Aulo Gellio, noto giurista romano, nella sua opera *Noctes Atticae*, riferisce come il termine *paelex* possedesse una connotazione infamante. Infatti, dato il ruolo di concubina della *paelex*, alla donna venivano preclusi i luoghi sacri. Gellio precisa che "*Paelex aedem Iunonis ne tangito si tangit Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito*", cioè che ella non può toccare il tempio di Giunone e, qualora l'abbia fatto, dovrà sacrificare un agnello alle Dea. Nell'era post monarchica ad occuparsi della convivenza ci aveva pensato la legislazione augustea, senza qualificarla come illecita ma considerandola estranea al diritto civile e, pertanto, improduttiva di effetti civili. In epoca post-classica la nozione di concubinato venne estesa, includendovi anche quelle unioni durevoli ma nelle quali non vi era la volontà di contrarre matrimonio, prevedendosi anche dei limitati diritti successori ai figli nati dal concubinato. Già nel diritto romano, quindi, il fenomeno della convivenza di fatto viene preso in considerazione dall'ordinamento giuridico anche se in un'accezione negativa, come un fenomeno da sanzionare ovvero ignorare. Ciò era il corollario di una società fondata sulla famiglia che, a sua volta, era fondata sul matrimonio.¹

L'idea della famiglia quale istituzione fondata sul matrimonio permea anche la Costituzione Repubblicana, che al primo comma dell'art. 29 statuisce: "*la Repubblica riconosce i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio*". L'uso del termine "riconosce" disvela un'idea di famiglia quale modello organizzativo della società preesistente a qualunque modello statale; idea che si

¹ https://www.homolaicus.com/storia/antica/roma/riti_nuziali.htm

fonda sulla considerazione per cui fare gruppo e stabilirsi all'interno di un gruppo in cui vi siano valori condivisi sia un istinto connaturato all'essere umano. È da questa visione della famiglia, quale istituzione statutale, che sorge il problema delle convivenze di fatto, o comunque sui modelli alternative alla famiglia tradizionale.²

Questi modelli "alternativi" trovano riconoscimento e tutela nell'art. 2 della costituzione, nella parte in cui si prevede che è compito della Repubblica riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e *nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*. È evidente, infatti, che la convivenza di fatto rientra nell'ambito applicativo della norma, non potendosi revocare in dubbio che essa costituisca una delle formazioni sociali in cui si sviluppa e si afferma la propria personalità.

2. L'evoluzione della famiglia

Il concetto di famiglia, come del resto anche quello di proprietà, è uno dei concetti maggiormente influenzabili dal momento storico di riferimento. Infatti, la famiglia concepita dal codice del 42 risulta diversa e da quella delineata dalla costituzione e, soprattutto, da quella odierna.

In particolare, il codice del 42 delinea un modello di famiglia patriarcale, istituzionale, che si fonda sul matrimonio eterosessuale ed ha carattere indissolubile. Trattasi di un modello quasi aziendalistico, la cui struttura era autoritaria e piramidale, all'interno del quale la potestà maritale metteva la donna in una condizione di vera e propria inferiorità. Tale condizione era la conseguenza di una serie di previsioni normative, come il regime patrimoniale della separazione legale, la disciplina sui beni dotali, il dovere maritale di mantenimento dovuto solo in caso di stato di bisogno, che facevano della donna una vera e propria mantenuta del marito. Sistema piramidale che si ripercuoteva anche nei confronti dei figli, i quali erano completamente assoggettati alla *patria potestas* del padre, ed erano considerati illegittimi se nati al di fuori del matrimonio. In tale sistema era

² M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, quarta edizione, G. Giappichelli Editore, Pioltello (MI) 2018, pag. 102, 103.

chiaramente impossibile pensare a forma di famiglia alternative rispetto a quella fondata sul matrimonio.

Con la Costituzione, con il ruolo preminente che viene dato al singolo ed alla sua personalità, si supera il modello familiare autoritario e piramidale, definendo la famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, quindi alla stregua di una normale espressione della natura umana. Pertanto, la famiglia non è più anteposta alla personalità del singolo ma, al contrario, ha natura strumentale rispetto a quest'ultima, costituendo lo strumento per consentire al singolo di sviluppare la propria personalità. Dunque, se il punto focale è la tutela del singolo e della sua personalità, è evidente che, sebbene la famiglia fondata sul matrimonio resti quella "prediletta", anche i modelli alternativi vengono tutelati a livello costituzionale, in quanto formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 cost.³

Il rilievo fondamentale dei modelli familiari alternativi, definito da autorevole dottrina "*processo di pluralizzazione che dalla famiglia ha portato alle famiglie*", ha trovato una decisiva spinta nella Carta di Nizza che ha definitivamente rotto il binomio tra famiglia e matrimonio, considerando un diritto fondamentale della persona quello di potersi costruire una famiglia anche al di fuori del matrimonio.⁴

3. La legge Cirinnà

Il Legislatore nel 2016 con la legge del 20 maggio n. 76, c.d. Legge Cirinnà, ha finalmente adempiuto al dovere, più volte ribadito dalla Corte Costituzionale, di riconoscere anche gli altri modelli familiari sviluppatisi nell'epoca moderna. La novella ha introdotto per la prima volta una disciplina per le unioni tra persone dello stesso sesso, le c.d. unioni civili, e per le convivenze di fatto.

Per quel che riguarda la convivenza *more uxorio*, l'intervento si è reso necessario anche per la notevole diffusione al giorno d'oggi di tale "formazione sociale", ragion per cui un intervento *ad hoc* era atteso da tempo. Il declino, anche a livello costituzionale, della famiglia intesa in senso autoritario e piramidale, il

³ Francesco Gazzoni, *manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, XVII edizione, Napoli 2015, pag. 317.

⁴ Roberto Giovagnoli, *manuale di diritto civile*, Itaedizioni, Torino 2019, parte II, cap.1;

continuo affermarsi delle libertà individuali, la costante valorizzazione della persona e della sua personalità, hanno posto le basi per il superamento della famiglia quale istituzione formale basata sul matrimonio, per accedere ad una nuova concezione di famiglia, che dà maggior rilievo ai rapporti affettivi reali a prescindere sia dall'esistenza di un vincolo parentale o formale, sia dal sesso delle persone. Sono questi i motivi che stanno alla base dell'odierna diffusione delle coppie di fatto, nelle quali spesso si riscontrano tutti i requisiti che fondano un matrimonio e cioè il legame affettivo stabile, la reciproca assistenza morale e materiale, la comunione di spirito, la convivenza, ma che tuttavia differiscono solamente per l'elemento formale costituito dal vincolo matrimoniale. Il Legislatore, ben consapevole di ciò, al comma 36 dell'art. 1 della legge indicata ha definito la convivenza di fatto come quella tra *“persone maggiorenni, unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”*. Tuttavia, la novella, essendosi limitata ad introdurre qualche novità e, per il resto, a confermare quanto già era stato statuito in via pretoria⁵, non è stata ritenuta soddisfacente ed è stata oggetto di critiche in quanto ritenuta inadeguata a tutelare il convivente *more uxorio*. Il *vulnus* di tutela si riscontra soprattutto con riguardo alla disciplina *post mortem*. Ci si chiede, infatti, se sia ragionevole, anche ai sensi dell'art. 3 cost., differenziare in maniera così netta due “formazioni sociali” rilevanti ex art. 2 cost., come la famiglia “tradizionale” e la convivenza di fatto, in cui spesso la differenza è costituita dal mero atto formale del matrimonio.⁶

⁵ Cfr. Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Famiglia e dir.*, 2001, 529 in materia di autonomia negoziale *“È valido ed efficace il contratto di costituzione di usufrutto di immobile stipulato tra due conviventi more uxorio, senza corrispettivo alcuno, ove esso trovi il suo fondamento nella convivenza stessa e nell'assetto che i conviventi intendono dare ai loro rapporti.”* In senso analogo, Cass., 21 marzo 2013, n. 7214 secondo cui: *“La convivenza more uxorio determina un potere di fatto basato su un proprio interesse sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune completamente differente quello derivante da ragioni di mera ospitalità. Ne consegue che l'estromissione violenta o clandestina del convivente dall'unità abitativa, compiuta dal partner, giustifica il ricorso alla tutela possessoria, consentendo al partner spossessato di esperire l'azione di spoglio nei confronti dell'altro quand'anche il primo non vanti un diritto di proprietà sull'immobile che, durante la convivenza, sia stato nella disponibilità di entrambi.”*

⁶ Barbara Marini, *successioni e legge Cirinnà: la discriminazione delle coppie di fatto*, pubblicato il 14.03.2019 su *Diritto.it*.

4. La tutela *post mortem* del convivente

Come anticipato, le maggiori critiche hanno riguardato il *vulnus* di tutela delle coppie di fatto nel caso di morte di un membro della coppia. A tal proposito, le uniche previsioni della novella riguardano: il diritto di abitazione, il diritto alla successione nel contratto di locazione e il diritto al risarcimento del danno in caso di morte del convivente cagionata da terzi.

Più nello specifico, in caso di morte di uno dei conviventi, che sia anche proprietario della casa, il convivente superstite ha il diritto di restare nella casa in cui ha convissuto per due anni, ovvero per il periodo di durata della convivenza se superiore a due anni e comunque per un massimo di cinque anni. Tuttavia, poiché la norma fa salvo quanto previsto dall'art. 337- *sexies* c.c., è possibile che in presenza di figli tale disciplina venga derogata alla luce del, sempre prevalente, interesse del minore. Nel caso in cui, invece, il convivente defunto sia conduttore della casa di comune residenza, il superstite avrà diritto a succedergli nel contratto di locazione. Infine, l'art. 1 della legge Cirinnà al comma 49 prevede che, nel caso di decesso del convivente per fatto illecito di un terzo, per l'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite dovranno applicarsi *i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite*. La norma è molto importante per una serie di ragioni: innanzitutto è la prima e unica volta in cui c'è una equiparazione *expressis verbis* tra il convivente e il coniuge, ma soprattutto perché costituisce la prova di come il Legislatore sia consapevole che il rapporto affettivo del convivente di fatto è analogo a quello del coniuge, perché altrimenti non li avrebbe equiparati espressamente. Pertanto, da questa norma è possibile evincere che: il legislatore, consapevole della medesimezza del legame affettivo esistente tra i due rapporti, ha voluto ristorare in maniera analoga il convivente di fatto. Ragion per cui, considerando la giurisprudenza⁷ formatasi sul punto prima della novella, nonché

⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 310 del 1989, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 565 e 582 cc nella parte in cui non equiparano il convivente al coniuge nell'ambito della successione legittima, chiarisce: "Sotto il profilo del principio di eguaglianza la pretesa violazione dell'art. 3 è contraddetta dal rilievo, ripetutamente espresso da questa Corte, che "la situazione del convivente *more uxorio* è nettamente diversa da quella del coniuge" (sentenze n. 45 del 1980, n. 404 del 1988). È vero che l'art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla

anche alla luce del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, la mancata equiparazione sotto tutti gli altri aspetti, come ad esempio quello successorio, è frutto di una scelta politica che, in quanto tale, condivisibile o meno, non può essere sindacata.

5. I margini dell'autonomia privata

Posto quanto sopra, il convivente di fatto, una volta venuta a mancare l'altra persona, e salvo le previsioni indicate nel paragrafo precedente, ai fini successori è considerato un estraneo. Egli, infatti, non è considerato dalla legge né erede né legittimario, ragion per cui non sarà mai un chiamato all'eredità, non avrà mai il diritto alla pensione di reversibilità. Ne deriva che dove non arriva, o meglio, dove non è voluta arrivare la legge, potrà arrivarci l'autonomia negoziale. Infatti, la stessa Legge Cirinnà ha tipizzato il contratto di convivenza, nel quale i conviventi *more uxorio* possono introdurre il regime patrimoniale della comunione dei beni. Così facendo, il superstite potrà avere una tutela economica anche a seguito della morte del convivente. Ma non solo. Il convivente potrebbe sempre ricorrere a contratti tipici come la rendita vitalizia o la donazione; in quest'ultimo caso, tuttavia, vi

struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione "dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio". Lo stesso giudice remittente, là dove fa "salve eventuali, future differenziazioni riservate al legislatore", ammette in definitiva che l'art. 3 non può essere invocato nella sua portata eguagliatrice. Ma le norme in esame non meritano censura neppure sotto il profilo del principio di razionalità. Il riconoscimento della convivenza more uxorio come titolo di vocazione legittima all'eredità, da un lato, contrasterebbe con le ragioni del diritto successorio, il quale esige che le categorie dei successibili siano individuate in base a rapporti giuridici certi e incontestabili (quali i rapporti di coniugio, di parentela legittima, di adozione, di filiazione naturale riconosciuta o dichiarata), dall'altro, per le conseguenze che comporterebbe nei rapporti tra i due partners (non solo l'obbligazione alimentare, ma anche qualcosa di simile all'obbligo di fedeltà), contraddirebbe alla stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci. Nemmeno può dirsi violato il principio di tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana. Ammesso, come pure questa Corte ha ritenuto (sent. n. 237 del 1986), che l'art. 2 Cost. sia riferibile "anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità", ciò non implica la garanzia ai conviventi del diritto reciproco di successione mortis causa, il quale certo non appartiene ai diritti inviolabili dell'uomo, i soli presidiati dall'art. 2. In ordine alla famiglia naturale la discrezionalità lasciata al legislatore ordinario dall'art. 42, quarto comma, Cost. per la determinazione delle categorie dei successibili incontra soltanto il vincolo derivante dalla direttiva di equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi nei rapporti con i genitori che li hanno riconosciuti o nei confronti dei quali la filiazione è stata dichiarata, sancita dall'art. 30, terzo comma."

sarebbe sempre il rischio di esporsi all'azione di riduzione da parte dei legittimari, qualora la donazione ecceda la loro quota di riserva.

Oltre ai contratti indicati, in dottrina si ritiene che anche lo strumento del contratto a favore di terzo possa essere utilizzato per garantire una tutela al convivente defunto; in particolare, ai sensi dell'art. 1412 c.c. "*se la prestazione deve essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante, questi può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria ed anche se il terzo abbia dichiarato di volerne profittare*". Tale tipologia contrattuale potrebbe essere una modalità utilizzabile dal convivente di fatto e che non sarebbe nemmeno lesiva del divieto di patti commissorio.⁸

Un altro strumento cui potrebbe ricorrere il convivente è l'atto di destinazione previsto dall'art. 2645-ter c.c., con il quale si potrebbe destinare beni mobili iscritti o immobili, per una durata di non oltre novant'anni, a favore del proprio compagno al fine di realizzare interessi meritevoli di tutela. Gli strumenti appena indicati sono solo alcuni di quelli che le parti possono utilizzare, anche perché l'atipicità dei contratti consente di accordarsi nelle modalità più svariate per soddisfare i loro interessi, seppur nei limiti previsti dall'art. 1322 c.c. Infine, il convivente di fatto potrà sempre ricorrere al testamento e nominare erede il compagno, ma ciò a condizione che non vengano lesi i diritti dei legittimari.

6. Conclusioni

Da quanto esposto è evidente che, allo stato della normativa, manchi una vera e propria tutela economica *post mortem* per le convivenze di fatto. Ciò sembra essere il frutto di una scelta politica ben precisa da parte del legislatore, che ha voluto differenziare le convivenze *more uxorio* sia dal matrimonio che dalle unioni civili. La novella, tuttavia, tipizzando il contratto di convivenza, ha voluto dar spazio all'autonomia negoziale delle parti, le quali potranno stabilire i propri rapporti patrimoniali. Nonostante ciò, non può negarsi la netta disparità di trattamento che ancora oggi vivono le coppie di fatto rispetto alle unioni civili ed al matrimonio, trattandosi anche in tal caso di formazioni sociali tutelate dall'art. 2 della

⁸ S. Feroletto, *la tutela post mortem del convivente di fatto*, pubblicato il 19.11.2020 su justowin.it;

costituzione. Ne deriva che, nell'attesa di un eventuale intervento legislativo, le coppie di fatto potranno e dovranno attivarsi in vita, tramite negozi *inter vivos* o tramite il testamento, per garantirsi una tutela economica in caso di morte di uno dei due.