

## INDICE

### CAPITOLO I

#### I nuovi «percorsi familiari»: rilevanza assiologica e gerarchia dei valori

1. Il diritto di famiglia e la sua intima connessione alla realtà fattuale. Il fatto quale lente privilegiata di osservazione delle dinamiche dei rapporti interpersonali. Gli istituti giuridici e la necessità di un loro continuo processo di armonizzazione e di elaborazione critica. Opportunità della scelta di un metodo fondato sull'ermeneutica dei principi e dei valori 16
2. La l. 20 maggio 2016, n. 76 e le unioni omoaffettive. L'avvertita urgenza dell'intervento del legislatore. L'acquisita consapevolezza della famiglia quale struttura a «geometria variabile». Il ruolo del giurista e l'attività ermeneutica tra attuazione dei principi e gerarchia dei valori 19
3. La famiglia fondata sul matrimonio: *species* di un *genus* di «modelli» plurimi di convivenza familiare. Dalla famiglia c.d. «monolitica» alla famiglia c.d. «pluralista»: naturale abbandono di un'antica tradizione. La famiglia come «formazione sociale». Impossibilità di una sua riconduzione nell'ambito di un modello organizzativo unico e ripetitivo. Le trasformazioni della famiglia e la loro rilevanza nel sistema ordinamentale. La famiglia quale categoria plurale. L'art. 29 cost.: portata e ruolo della norma in termini di effettività. Superamento di un'interpretazione meramente letterale: dubbia valenza dell'esclusività del binomio famiglia-matrimonio 23
4. Famiglia e «società naturale»: affermazione del carattere «originario» di famiglia e interpretazione giusnaturalistica. I rapporti tra gli artt. 29 e 2 cost. La teoria della famiglia quale entità autonoma. Le contrapposte tesi dell'esclusione della soggettività della compagine familiare. Il dibattito oramai sopito sulla famiglia: dalla concezione «istituzionale» a quella «individualistica» 30
5. La dimensione della famiglia nella concezione «istituzionale». Critica. La famiglia quale strumento idoneo alla realizzazione degli interessi dei singoli componenti. La teorizzazione di un interesse

- autonomo della famiglia. La famiglia legittima (art. 29 cost.) e le altre formazioni sociali (art. 2 cost.) 34
6. Il primato del diritto dei componenti il nucleo familiare. Interpretazione sistematica e assiologia dell'art. 29 cost.: l'impossibilità di «cristallizzare» la nozione di famiglia. L'art. 29 cost. quale norma in bianco 39
7. Il «macroscopico» scollamento tra la famiglia nel pensiero dei costituenti e gli attuali «modelli familiari» plurimi. La famiglia fondata sul matrimonio quale unica destinataria di tutela. Critica. Rapporto tra unioni civili, convivenze di fatto e art. 29 cost. 42
8. Il ricorso alla formula «specifica formazione sociale» di cui alla l. n. 76 del 2016: chiaro intento del legislatore di diversificare i neo-introdotti istituti rispetto al concetto di famiglia tradizionalmente inteso. Le unioni civili e le convivenze di fatto quali formazioni sociali di «natura non familiare». Critica 43
9. La l. n. 76 del 2016: in specie i commi 11 e 12. Contribuzione ai «bisogni comuni» e obbligo reciproco di «assistenza morale e materiale». L'irragionevole mancata previsione del dovere di collaborazione 45
10. I principi di cui all'art. 29 cost. e la loro riferibilità alle formazioni sociali di «tipo familiare». Il principio di eguaglianza e pari dignità sociale dei componenti il nucleo familiare 46
11. I principi costituzionali e la loro estensione ad istituti e/o ad altre situazioni soggettive analoghe. L'estensione del raggio di azione dell'art. 29 cost. ad altre formazioni sociali «di tipo familiare»: il paventato pregiudizio arrecato alla famiglia tradizionale. L'art. 29 cost. e la sua idoneità attrattiva di relazioni affettive (formalmente) diverse dal matrimonio. Necessità di una ridefinizione del concetto di matrimonio nel sistema dei principi costituzionali 49
12. La rilevanza del criterio assiologico e della gerarchia dei valori. I principi di solidarietà familiare, eguaglianza, pari dignità sociale, non discriminazione: applicabilità diretta ad ogni formazione sociale con «funzione familiare». Dall'atto al rapporto; dalla struttura alla funzione 52
13. Le unioni civili e la nascita della *status* di unito. La registrazione delle convivenze quale indice dell'esistenza e stabilità del rapporto. La «funzione familiare» quale aspetto preminente ed elemento tipico di ogni «formazione sociale di tipo familiare» 53
14. La dubbia validità della individuazione di un unico paradigma di riferimento. La preferenza accordata alla famiglia matrimoniale ex art. 29 cost. Dal «modello etico» al «non modello» in considerazione dell'estrema mobilità dei confini della vicenda familiare. Il patrimonio degli affetti, della tradizione e dei valori quale «unica» forza aggregante la compagine familiare 57

## CAPITOLO II

Le attuali formazioni sociali di tipo familiare: dal disconoscimento alla disciplina delle unioni civili e delle convivenze

15. La famiglia quale luogo privilegiato di attuazione degli effettivi legami tra i suoi membri. Il ruolo del diritto e la sua strumentalità all'attuazione della «funzione familiare»: la necessaria apertura verso i principi di sussidiarietà e di differenziazione 59
16. La l. 20 maggio 2016, n. 76 e le risposte del legislatore al radicale mutamento dell'assetto sociale e culturale. La famiglia di «fatto»: dalla rilevanza sociale a quella giuridica. L'estensione analogica della normativa matrimoniale o il ricorso all'autonomia negoziale dei *partners*? 61
17. Il lavoro parlamentare: la proposta di legge c.d. Calvanese e l'avvertita esigenza di tutela del convivente più debole. Il d.d.l. c.d. Cappelletto: opportunità di una definizione della famiglia di fatto. Il ricorso al contratto quale unica possibilità di composizione degli interessi dei conviventi. L'inaugurazione della c.d. «stagione delle unioni civili». La disciplina dei PACS: assoluta centralità del potere regolamentare dei *partners* e assenza del richiamo alla disciplina matrimoniale. I Di.Co.: effettiva rilevanza del «fatto» convivenza. L'estensibilità della normativa ad ogni forma di convivenza stabile pur in assenza di un vincolo affettivo di natura sentimentale. I C.U.S.: il ritorno al primato dell'autonomia negoziale. I limiti al ricorso al contratto quale modalità di disciplina dei rapporti di natura non patrimoniale. I Di.Do.Re.: disconoscimento della convivenza connotata dall'*affectio* e dalla stabilità della qualifica di formazione sociale di natura familiare. Il d.d.l. n. 2081 del luglio 2014 (d.d.l. Cirinnà): il travagliato *iter* parlamentare. Il pesante compromesso politico sotteso alla l. n. 76 63
18. Il diritto vivente: suo ruolo determinante. L'attività delle Corti interne e sovranazionali ai fini del riconoscimento delle convivenze omoaffettive ed eterosessuali 74
19. La l. n. 76: il superamento della centralità della famiglia fondata sul matrimonio ed il recupero dell'effettività del «rapporto» quale indefettibile fondamento della vita di coppia 82

## CAPITOLO III

Il negozio di convivenza quale strumento di regolazione degli interessi familiari

20. L'autonomia «negoziale» quale possibile strumento di regolazione degli interessi familiari. L'indisponibilità assoluta delle situazioni

- giuridiche familiari: l'interesse superiore della famiglia quale limite all'autoregolamentazione privata. Critica. La collocazione degli atti attinenti alle dinamiche familiari nella categoria negoziale: l'appartenenza del diritto di famiglia alla materia privatistica e degli atti familiari alla categoria del negozio giuridico 88
21. L'idoneità delle situazioni giuridiche familiari ad essere plasmate dalla volontà privata: il progressivo riconoscimento del ruolo dell'autonomia «negoziale» nella regolamentazione degli interessi dei *partners*. L'iniziale prudente atteggiamento della dottrina. I «contratti» di convivenza e la contrarietà all'ordine pubblico: l'avvertita necessità del ricorso alle note e assicuranti fattispecie tipiche. Il «fatto» del convivere: mero presupposto oggettivo degli «accordi» in parola 94
22. Il giudizio di disvalore sulle unioni libere: il conseguente riverbero sull'elaborazione giuridica della natura delle attribuzioni rese fra conviventi. L'iniziale atteggiamento di apertura verso i contratti di concubinato. L'influenza del diritto canonico e la nullità dei «contratti» di convivenza per contrarietà all'ordine pubblico. La donazione remuneratoria quale fattispecie tipica di regolamentazione delle attribuzioni fra conviventi. Profili critici. Il ricorso all'obbligazione naturale ed il beneficio dell'irripetibilità del prestatore. Il rinnovato antagonismo tra contratto e famiglia 97
23. La valorizzazione del ruolo dell'autonomia negoziale nella disciplina dei rapporti familiari. I «contratti» di convivenza: la necessaria alternativa ad un intervento eteronomo. La l. 20 maggio 2016, n. 76: la «tipizzazione» legale del «contratto» di convivenza. Il regime opzionale offerto ai conviventi. Profili di criticità 103
24. La qualifica «contrattuale» degli accordi di convivenza. Critica. L'opportunità di ricorrere a concetti meno carichi di contenuto. L'oggetto del negozio e la sua presunta tassatività. L'esclusione della disciplina dei rapporti non patrimoniali e delle intese non attinenti alla «vita in comune». Critica. La necessaria variabilità dell'oggetto in relazione ai concreti interessi dei *partners*. L'impossibilità di previsione dell'obbligo di convivere. L'irragionevole esclusione delle clausole finalizzate alla definizione dell'epilogo della convivenza. Critica. L'eccessiva restrizione dell'autonomia negoziale. L'ingiustificata preclusione della possibilità di regolamentazione di interessi di natura non patrimoniale 104
25. La norma di cui all'art. 1, comma 50: la questione della «sua» conformità alla «categoria» contrattuale di diritto comune 114
26. L'accordo e le modalità di conclusione: la sua compatibilità con il classico schema «proposta-accettazione». La regolamentazione dei profili patrimoniali della «vita in comune» e la causa del negozio. La necessità di una corretta interpretazione e qualificazione giuri-

- dica. L'interpretazione e la qualificazione quale procedimento unitario dell'attività ermeneutica. Gli interessi concreti perseguiti dai *partners* ed il profilo causale: la loro sinergica (cor)relazione. Il tentativo di assimilazione al contratto di mantenimento vitalizio. Critica. Il contratto di mantenimento e l'antinomia causale tra i due schemi negoziali 117
27. Il negozio di convivenza, gli atti donativi e le liberalità. La possibile configurabilità di un *negotium mixtum cum donatione*. L'*af-fectio* e l'effettività della convivenza quale causa del negozio. La rilevanza causale degli «interessi familiari» 125
28. L'oggetto del negozio. L'art. 1, comma 53: la sua forza vincolante. L'indicazione della dichiarazione di residenza: l'omissione e le ricadute sanzionatorie sul negozio. La dichiarazione di residenza quale unica indicazione contrattuale. Profili di criticità. La contribuzione alla necessità della «vita in comune» e la sua coercibilità. Le modalità di contribuzione e la libera determinazione della ripartizione dei costi. Il regime patrimoniale della comunione dei beni: la libertà di scelta dei conviventi. L'estensione ai conviventi della disciplina della comunione legale dei beni dettata per i coniugi. La possibile adozione di un diverso regime patrimoniale. L'ineffettività ed insufficienza del negozio alla produzione degli effetti tipici del regime di comunione: il problema dell'opponibilità ai terzi. L'art. 1, comma 56, e la (imp)possibilità di apporre termini e condizioni. Critica. La necessità di un'interpretazione restrittiva della norma. Il problema della deducibilità in condizione di obblighi di natura personale: la condizione c.d. premiale e sua ammissibilità 127
29. Le pattuizioni «atipiche» e la loro riconducibilità nell'oggetto del negozio. L'ampia discrezionalità dei conviventi di ricorrere ai «contratti tra conviventi» precedenti alla legge Cirinnà 136
30. Le obbligazioni naturali e la loro deducibilità nel negozio: il superamento di un'annosa disputa. L'impossibilità di una regolamentazione della fase patologica del rapporto. La necessità del ricorso ad un ulteriore modello pattizio atipico. Critica. L'ammissibilità delle clausole connesse allo scioglimento della convivenza 138
31. Il negozio di convivenza e la prescrizione del requisito della forma scritta *ad substantiam*. Il negozio quale titolo esecutivo relativamente all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. La prescrizione del duplice nonché delicato giudizio di conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico 143

## CAPITOLO IV

## La risoluzione del negozio di convivenza: profili rimediali e sanzionatori

32. La regolamentazione dello «scioglimento» del negozio di convivenza. La compatibilità della disciplina con l'istituto della risoluzione in forma generica di cui all'art. 1372 cod. civ. L'improprio utilizzo del lemma «risoluzione». L'art. 1, comma 59, e le ipotesi di risoluzione – *rectius* – scioglimento del negozio di convivenza. L'art. 1, comma 59 e la sua tassatività. Critica. La possibile applicazione dell'istituto della risoluzione per inadempimento. Le problematiche relative al ricorso alla normativa dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta quale cause di risoluzione del negozio di convivenza. L'impossibilità del richiamo alla disciplina del termine essenziale 150
33. La mancata previsione dello scioglimento del negozio per il dissolversi della convivenza. Il comma 50 e l'individuazione del rapporto quale presupposto della legittimazione a contrarre. L'orientamento erroneo che vede nella durata del legame sentimentale il presupposto della regolamentazione pattizia. Critica. L'effettività del rapporto quale giustificazione causale del negozio 152
34. Le vicende estintive del negozio quale conseguenza della volontà delle parti. Il negozio risolutorio e l'imposizione del requisito formale: esigenza di certezza giuridica. Lo scioglimento del vincolo per mutuo dissenso e la sua riconducibilità nell'alveo dei negozi solutori. L'efficacia *ex nunc* dello scioglimento per mutuo consenso. La possibile efficacia *ex tunc* e la tutela dei terzi: profili critici. Il recesso quale causa di scioglimento del vincolo contrattuale. Gli effetti del recesso sulle prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. La possibile efficacia *ex tunc*. Il recesso quale negozio giuridico unilaterale e recettizio 154
35. La sopravvenuta assenza dello stato libero quale ulteriore causa di scioglimento del negozio. La possibile reviviscenza del negozio: critica. La morte del *partner* e lo scioglimento del negozio. L'inspiegabile assenza del richiamo alla dichiarazione di morte presunta. La previsione della risoluzione per morte e l'eccezione al principio di trasmissibilità dei rapporti negoziali in capo agli eredi 160
36. La mancata previsione dell'inadempimento quale causa di risoluzione del negozio di convivenza. La possibilità del ricorso a tale strumento rimediale. Il problema degli effetti *ex tunc* 162
37. L'eventuale squilibrio fra le prestazioni sinallagmatiche e la gestione delle sopravvenienze: la rimarcata flessibilità del dovere di contribuzione. La primaria rilevanza del principio della solidarietà familiare 163

<i>Indice</i>	13
38. La nullità del negozio di convivenza: considerazioni preliminari. L'art. 1, comma 57 e le ipotesi di nullità «insanabile»: una disciplina intermedia tra quella contrattuale e quella familiare. Il requisito dello stato libero e della maggiore età quali condizioni di validità del negozio. Critica	164
39. La sanzione della nullità quale tutela degli interessi particolari dei <i>partners</i> : dalla nullità testuale alla nullità di protezione. La pronuncia di interdizione giudiziale sopravvenuta e la conseguente nullità del negozio: perplessità di carattere sistematico. La condanna per delitto <i>ex art. 88 cod. civ.</i> e la sua apparente inapplicabilità ai conviventi	170
<i>Indice degli Autori</i>	175