

INTRODUZIONE

La legge 76/2016 è espressione della crisi della fattispecie su cui si fondava il diritto di famiglia, ossia il matrimonio, art. 29 della Costituzione.

Questa legge riconosce e inquadra le diverse forme che oggi esistono attraverso cui una relazione affettiva di coppia diviene fondamento di una famiglia, e che non si riferiscono all'art. 29 ma all'art. 2 della Costituzione.

CONVIVENZE DI FATTO, PRESUPPOSTI E CESSAZIONE Comma 36 legge 76/2016

La legge 76/2016 non definisce l'istituto delle convivenze, ma riconosce le convivenze che presentano i requisiti che fissa e prevede dei diritti di contenuto patrimoniale e personale.

Sono conviventi ex l. 76/16 due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità e adozione, da un matrimonio o unione civile.

Le due persone devono essere maggiorenni; il minorenni non può avviare convivenza con effetti ex l.76/16.

La coppia può essere omosessuale ed eterosessuale: questa possibilità non è esplicita ma si ricava dai commi 57 e 59 circa nullità e risoluzione del contratto di convivenza.

E' essenziale che le due persone siano unite da legami affettivi di coppia e di assistenza reciproca (co. 36). Si tratta quindi di una relazione aperta alla sessualità e che comporti e comprenda assistenza morale e materiale.

La relazione deve essere stabile: la legge non individua un termine temporale di stabilità. In giurisprudenza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 16379/14, individuano in 3 anni il tempo di un significativo rapporto di coppia (tale da far sì che fosse ostativo alla delibazione di una sentenza ecclesiastica di annullamento di matrimonio).

Il comma 37 specifica che per accertare la stabilità della coppia si deve fare riferimento alla dichiarazione anagrafica. Quindi l'iscrizione anagrafica è elemento probatorio e non costitutivo ed è superabile da prove contrarie (in tal senso Tribunale di Milano, sentenza del 31.5.16).

Non è previsto dalla legge il dovere di fedeltà ed è sostenibile che non vi sia in quanto esso non è previsto neppure per l'unione civile: la *ratio* normativa alla base della l. 76/16 è differenziare i due nuovi istituti dell'unione civile e della convivenza dal matrimonio.

La legge 76/16 non ha previsto una disciplina circa i rapporti patrimoniali dei conviventi di fatto che non abbiano stipulato un contratto di convivenza. Ciò impone il rimando ai principi sin qui elaborati della giurisprudenza che traccia in modo incerto ed impreciso il limite fra adempimento di obbligazione materiale, non ripetibile, e indebito arricchimento

Manca anche la possibilità per i conviventi di disciplinare preventivamente per contratto le conseguenze della cessazione della convivenza, ciò non può essere fatto neppure con il contratto di convivenza dato che il comma 56 vieta che il contratto possa essere sottoposto a termine o condizione.

Potrà essere sempre fatto con contratti atipici che però non saranno opponibili ai terzi.

CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA

Si ha cessazione della convivenza col venir meno di uno dei presupposti del comma 36; quindi quando i conviventi contraggono fra loro o con terze persone matrimonio o dichiarano unione civile, quando il legame affettivo viene meno e, ovviamente, alla morte di uno dei conviventi.

La libertà della forma, tratto distintivo di questo istituto, ne caratterizza anche la cessazione, oltre che l'instaurarsi.

EFFETTI DELLA CONVIVENZA DI FATTO. DIRITTI E DOVERI.

Interessante per l'avvocato analizzare i diritti ed i doveri che sorgono fra conviventi ex l. 76/2016, alcuni dei quali sopravvivono alla cessazione della convivenza. Di seguito si analizzano i principali.

Il comma 39 prevede espressamente il diritto alla visita ed all'assistenza del familiare ricoverato: lo scopo è quello di garantire al convivente gli stessi diritti dei familiari del paziente.

Si tratta di una previsione che potrà avere rilievo solo in casi in cui l'accesso alla struttura è limitato per ragioni sanitarie, ed il convivente potrà essere quindi preferito al parente di lontano grado.

Sempre il comma 39 prevede per il convivente il diritto di accedere alle informazioni sanitarie. Tale previsione si pone in contrasto con il disposto dell'art. 82 2° della Legge sulla privacy il quale dispone che le informazioni sanitarie possono essere date al paziente stesso o ai soggetti che lui indica. Tale legge prevede che le informazioni in vista del trattamento futuro possono essere date a terzi individuati, senza il consenso del paziente, solo in caso di prestazione sanitaria resa in stato di emergenza.

Il comma 39 prevede la possibilità per il convivente di designare, con poteri pieni o limitati, l'altro quale suo rappresentante per le decisioni in materia di salute, in caso di malattia che comporti incapacità di intendere e volere, per le donazioni degli organi, le modalità di trattamento del corpo o le celebrazioni funebri.

La designazione presuppone la capacità di intendere e di volere.

La norma ha il merito di accennare per la prima volta istituendola, alla figura del fiduciario per i trattamenti sanitari, ma pone una serie di problemi sia perché la figura è molto sommariamente tracciata quanto ai poteri ed alle modalità di istituzione, sia perché pone notevoli problemi di coordinamento con norme già esistenti. Senz'altro dovrà essere riletta oggi alla luce della Legge n. 219 del 2017, "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

I commi 47 e 48 riguardano la posizione del convivente rispetto agli istituti dell'amministrazione di sostegno e della tutela: il comma 47 modifica il 712 cpc aggiungendo il convivente ex comma 36 all'elenco dei soggetti il cui nome deve essere indicato nel ricorso introduttivo, il comma 48 stabilisce che il convivente può essere nominato ADS o tutore. Considerato che chiunque può essere nominato ADS o tutore, il convivente si aggiunge all'elenco dei soggetti sui quali deve cadere preferibilmente la scelta.

Il comma 46 estende al convivente la possibilità di partecipare all'impresa familiare introducendo un articolo specifico, il 230 ter cc. Si fa riferimento all'impresa dell'altro convivente e non all'impresa familiare; al convivente che partecipa sono riconosciuti partecipazione agli utili, premi agli incrementi ma non il diritto ad essere mantenuto. Si tratta quindi di una norma nuova.

In caso di cessazione della convivenza, il comma 65 attribuisce al convivente che si trova nella condizione di bisogno il diritto agli alimenti nei confronti dell'altro. L'onere della prova dello stato di bisogno grava sul richiedente. Il convivente viene dunque inserito nella lista dei soggetti tenuti a prestare gli alimenti, dopo discendenti ed ascendenti e prima di fratelli e sorelle.

L'obbligazione alimentare viene stabilita per un periodo di tempo proporzionale alla convivenza. Il Giudice avrà quindi un ampio potere discrezionale.

La previsione di un diritto di alimenti e non di mantenimento è una scelta legislativa di compromesso fra il dovere di solidarietà che sorge spontaneamente fra due soggetti che hanno condiviso una parte significativa della loro vita e la non responsabilità economica reciproca fra conviventi conseguente la scelta di non formalizzare la comunione di vita in matrimonio o unione civile.

Al comma 44 è disciplinato il diritto del convivente di continuare ad abitare nella casa comune, di proprietà del convivente premorto, o di comproprietà, per due anni, o per un periodo superiore se la convivenza è durata di più, comunque non oltre i 5 anni. Il diritto grava sulla casa principale, sulle pertinenze e sui mobili. Non è concepito come un diritto reale di abitazione ex art. 1022 cc.

Il comma 43 stabilisce che il diritto di abitazione viene meno se il convivente cessa di abitarvi, contrae matrimonio o unione civile o inizia nuova convivenza di fatto.

Sono previste delle eccezioni poste a tutela dei figli: in caso di presenza di figli minori o disabili del convivente superstite il limite temporale minimo è fissato in 3 anni.

Sorge quindi un primo contrasto normativo, di portata anticostituzionale: i figli della coppia sono meno tutelati laddove un genitore muoia perdurante la convivenza, rispetto all'ipotesi in cui la convivenza cessi, che rende operante l'art. 337 sexies c.c. e secondo cui infatti non c'è limite temporale ed il diritto è trascrivibile. Si ritiene quindi preferibile una lettura costituzionalmente orientata della norma e ritenere che anche in caso di morte i figli della coppia beneficino dell'art. 337 sexies. Rimane comunque il problema della mancata previsione della trascrivibilità e quindi della opponibilità ai terzi.

Comunque la norma non è concepita come una decadenza di diritto ma circostanza di fatto per cui il giudice potrà valutare la modifica (es. verificando la presenza di figli minori conviventi).

Il comma 49 parifica il convivente al coniuge quanto al risarcimento del danno da fatto illecito di terzo. La norma è discutibile in quanto prevede solo il caso morte e non anche le lesioni gravi, inoltre fa riferimento al risarcimento danni senza distinguere fra danno patrimoniale e non patrimoniale.

Quanto al non patrimoniale, la giurisprudenza ha ammesso da tempo tale parificazione, purché il richiedente dia prova della convivenza, quindi con riferimento ad essa non introduce una nuova regola. Quanto al patrimoniale la giurisprudenza la riconosceva già a patto che il richiedente desse prova che il defunto era la fonte del suo mantenimento. Non aver ripetuto il presupposto probatorio diventa norma nuova.

Essendo la normativa ancora piuttosto recente e l'applicazione limitata alle convivenze che abbiano i presupposti ex co. 36, ad oggi non abbiamo una consistente applicazione giurisprudenziale. Si può dire anzi che i maggior richiami a questa normativa sono stati dati nei giudizi di separazione e divorzio, per dare rilevanza e riempire di contenuto ed obblighi giuridici alle convivenze instaurate dai coniugi separandi e separati e dagli ex coniugi con terze persone.

Dovremo attendere ancora per avere un rilevante panorama giurisprudenziale focalizzato esclusivamente sui rapporti di convivenza che sarà interessante ovviamente sempre in caso di disgregazione della coppia e cessazione della convivenza.