

THE
CARDOZO ELECTRONIC
LAW BULLETIN

FALL 2018

WRITING FOR THE “SCHOLAR AND THE GENTLEMAN”.
LANGUAGE, SOCIETY, AND LEGAL EDUCATION
IN BLACKSTONE’S *COMMENTARIES*

Matteo Nicolini

L’AFRIQUE, SES CONSTITUTIONS ET LE DROIT COMPARÉ

Salvatore Mancuso

BIG DATA ANALYTICS
IN THE ITALIAN NATIONAL HEALTH SYSTEM:
LEGAL PERSPECTIVES, STARTING WITH THE POLICIES
TO ERADICATE HEPATITIS C

Matteo Falcone

OLTRE LE OBBLIGAZIONI NATURALI:
LE UNIONI DI FATTO COME RAPPORTO CONTRATTUALE

Antonio Vercellone

RECENSIONE
ROSTAM J. NEUWIRTH,
LAW IN THE TIME OF OXIMORA, ROUTLEDGE, 2018

Salvatore Casabona

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

ALL PAPERS SUBMITTED TO *THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN* ARE SUBJECT TO DOUBLE BLIND PEER REVIEW AND TO THE APPROVAL OF THE STEERING COMMITTEE.

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

VOLUME XXIV

FALL 2018

NUMBER 2

CONTENTS

ARTICLES

WRITING FOR THE “SCHOLAR AND THE GENTLEMAN”.
LANGUAGE, SOCIETY, AND LEGAL EDUCATION
IN BLACKSTONE’S *COMMENTARIES*

Matteo Nicolini

L’AFRIQUE, SES CONSTITUTIONS ET LE DROIT COMPARÉ

Salvatore Mancuso

BIG DATA ANALYTICS
IN THE ITALIAN NATIONAL HEALTH SYSTEM:
LEGAL PERSPECTIVES, STARTING WITH THE POLICIES
TO ERADICATE HEPATITIS C

Matteo Falcone

OLTRE LE OBBLIGAZIONI NATURALI:
LE UNIONI DI FATTO COME RAPPORTO CONTRATTUALE

Antonio Vercellone

RECENSIONE
ROSTAM J. NEUWIRTH,
LAW IN THE TIME OF OXIMORA, ROUTLEDGE, 2018

Salvatore Casabona

OLTRE LE OBBLIGAZIONI NATURALI:
LE UNIONI DI FATTO
COME RAPPORTO CONTRATTUALE¹

Antonio Vercellone

1. INTRODUZIONE.
2. QUALE FAMIGLIA DI FATTO?
3. RAPPORTI PATRIMONIALI TRA I CONVIVENTI E AUTORITÀ PRIVATE.
4. LA FAMIGLIA DI FATTO COME RAPPORTO CONTRATTUALE.
5. CONCLUSIONI

¹ Il presente contributo è il frutto delle riflessioni sviluppate in occasione del convegno *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca* svoltosi a presso l'Università Roma 3 e l'Università Bocconi il 27 ottobre e il 9 novembre 2017. Una sua prima versione è stata pubblicata in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di) *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

1. Introduzione

Era il 1977 quando Cesare Massimo Bianca, ricorrendo al dispositivo delle autorità private, mostrava come la l. 19 maggio 1975 n. 151 avesse mutato la concezione giuridica della famiglia nel nostro ordinamento: da “terreno meno propizio per l’affermazione del principio di uguaglianza” a “solidale comunanza di vita”², in cui le posizioni di autorità – in questo ambito, sempre di diritto – si giustificerebbero solo se esercitate nell’esclusivo interesse di coloro che ne sono assoggettati, come avviene nelle fattispecie di incapacità³.

La riforma, peraltro, non si è limitata a eliminare quelle posizioni di autorità (ad es. la potestà maritale) ritenute ormai insostenibili alla luce dei principi costituzionali e del mutato sentire sociale, ma ha anche promosso la parità tra i coniugi sotto il profilo sostanziale, come testimoniano – ad esempio – il *favor* verso la comunione dei beni e l’obbligo inderogabile, imposto a entrambi gli sposi, di contribuire ai bisogni della famiglia secondo le proprie sostanze e il proprio lavoro professionale o casalingo (art. 143 c.c.).

La questione dell’eguaglianza nella famiglia si ripropone oggi, in un contesto che vede profondamente mutati i termini del problema.

Infatti, se è vero che, nel nostro ordinamento, l’eguaglianza delle parti del *ménage* familiare ha trovato compiuto accoglimento sia nel matrimonio sia nell’omologo istituto recentemente previsto per le coppie omosessuali, d’altra parte occorre evidenziare come matrimonio e unioni civili non esauriscono tutte le ipotesi di famiglia presenti nella nostra società⁴.

² C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 9.

³ Ivi, pp. 8 ss.

⁴ Si potrebbe peraltro argomentare che il percorso verso l’eguaglianza non sia giunto a compimento effettivo neppure nel matrimonio. Sul punto, per tutti, si veda M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e ‘resistenze’. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, pp. 233 – 272.

Nell'attuale contesto, contraddistinto da un marcato pluralismo dei modelli familiari, solo una minoranza delle unioni rispetta l'archetipo della coppia sposata che abita con i propri figli. A questo archetipo si affiancano le più disparate forme di legame, forme tra loro anche molto diverse (omo- ed eterosessuali, plurime e di coppia, sessualizzate e non) ma tutte riconducibili – come si vedrà – entro quella nozione giuridica di famiglia propria delle cc.dd. unioni di fatto. Tutti questi casi implicano, infatti, esigenze di tutela tipicamente “familiari”: tali unioni debbono dunque qualificarsi “famiglie” per il diritto⁵. Nel rapporto interno tra le parti, queste esigenze comportano soprattutto la necessità di proteggere il componente economicamente più debole del rapporto nonché colui che investe nel nucleo familiare tutta o gran parte della propria capacità lavorativa. Ebbene: questi bisogni non trovano, al di fuori del matrimonio, un'adeguata protezione.

Rispetto ai nuovi modelli di unione, dunque, il problema delle autorità private si ripropone. Il rischio, infatti, è che posizioni autoritarie ingiustificate, estromesse dal matrimonio con la riforma del 1975, possano fare nuovamente ingresso nel diritto di famiglia - questa volta sotto forma di autorità di fatto - nell'ambito delle convivenze non matrimoniali.

A questo problema, nonché alle soluzioni che ad esso può offrire una concezione contrattuale della famiglia di fatto, capace di superare l'ormai obsoleta tesi delle obbligazioni naturali nei rapporti patrimoniali tra conviventi, sono dedicati i paragrafi che seguono.

⁵ Sul punto, con specifico riferimento al nesso tra esigenze di tutela e nozione giuridica di famiglia, sia consentito il rinvio a A. VERCELLONE, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 4, 2017, pp. 607-637, spec. pp. 635-637. Sul pluralismo dei modelli familiari, per un primo inquadramento nella prospettiva dei *socio-legal studies*, si veda: E. SCOTT, R. SCOTT, *From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationship*, in *Col. L. Rev.*, 2015, pp. 293 – 374.

2. *Quale famiglia di fatto?*

Prima di affrontare la vicenda delle autorità private nelle unioni non matrimoniali occorre delimitare i contorni del fenomeno e, dunque, chiarire, con la dovuta precisione, cosa si intende per famiglia di fatto. Sul punto, si deve rilevare che il dibattito giuridico, abitualmente impegnato in discussioni qualificatorie, abbia per lungo tempo omesso di affrontare la questione, affidandosi a ricostruzioni tutto sommato approssimative; ricostruzioni che, come si vedrà, hanno dato luogo a non indifferenti equivoci e a numerose aporie.

La narrativa tradizionale, infatti, vorrebbe che, ove due persone vivano insieme *come fossero sposate*⁶, l'assimilabilità di una tale situazione di fatto alla forma giuridica della famiglia legittima imponga al diritto di intervenire per riconoscere l'unione, e ciò al fine di accordarvi un nucleo minimo di tutele. La storia solitamente continua rilevando come, sulla base di questo argomento, una lunga evoluzione giurisprudenziale e legislativa abbia lentamente individuato alcuni diritti e doveri applicabili ai conviventi *more uxorio* (nozione che si è di recente allargata fino a ricomprendere anche le coppie omosessuali), diritti e doveri oggi cristallizzati, con alcune aggiunte, in un organico testo normativo: la seconda parte della l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà).

Ecco dunque la famiglia di fatto: mimesi in fatto, appunto, della coppia sposata, dalla quale si distinguerebbe soltanto per la mancata formalizzazione del vincolo e alla quale, per questo motivo, il diritto riconosce talune (limitate) prerogative.

Alcune recenti ricostruzioni mettono tuttavia in crisi questa impostazione.

⁶ L'espressione ricalca il titolo di uno dei più autorevoli studi sulla convivenza di fatto. Il riferimento è, chiaramente, a A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *RDC*, 1965, 2, p. 407.

Differenti studi suggeriscono, infatti, che la *ratio* alla base dell'elaborazione giurisprudenziale e legislativa precedente all'emanazione della nuova legge sia tale da accogliere anche le unioni plurime, poliamorose o poligamiche, e mostrano come una tale *ratio* individui una nozione di famiglia indifferente non solo al genere ma anche al numero dei soggetti coinvolti nel rapporto⁷. Tralasciando per un attimo le difficoltà che questo approccio determina in punto coordinamento tra vecchio assetto e nuova disciplina – difficoltà tutte risolvibili e sulle quali si tornerà a breve – ciò che occorre sottolineare è come esso finisca per smentire una ricostruzione che vorrebbe l'intero fenomeno della famiglia di fatto appiattito sulla nozione di convivenza *more uxorio*. Invero, se la ricca elaborazione che ha dato origine all'istituto consente di aprire anche alle convivenze plurime, il suo fondamento ultimo non può certamente rinvenirsi nell'assimilabilità strutturale tra famiglia di fatto e coppia sposata, posta la necessaria bilateralità del rapporto di coniugio⁸. La verità è dunque un'altra.

Una più attenta analisi di quell'elaborazione legislativa e giurisprudenziale a cui si è appena fatto cenno, svela che la *ratio* alla base delle regole che ne costituiscono il frutto non ha nulla a che vedere con l'equivalenza strutturale tra un particolare fenomeno sociale e una fattispecie astratta prevista *ex lege*. Essa è piuttosto connessa alle esigenze di tutela che discendono dal fatto in sé della convivenza tra due o più persone, convivenza che va intesa nel suo

⁷ Sul punto sia consentito, nuovamente, il rinvio a A. VERCELLONE, *op. cit.*; sul poliamore si vedano, inoltre, i saggi raccolti in E. GRANDE, L. PES (a cura di), *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018; sulle unioni poligamiche v. M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, pp. 178 – 207. Con particolare riferimento al nesso tra pluralità di parti del *ménage* familiare e contratti di convivenza, v. P. SIRENA, *Sub commi 57-58*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze, Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017, d.lgs. 6/2017, d.lgs. 7/2017*, Torino, 2017, spec. p. 683.

⁸ Lo stesso ragionamento è riferibile anche alle unioni civili ex art. 1 commi 1-36 l. n. 76/2016.

significato etimologico (non di mera coabitazione ma) di instaurazione di una comunione di vita⁹.

In altre parole, l'interpretazione teleologica dell'assetto elaborato prima dell'entrata in vigore della legge Cirinnà, assetto che, come si dirà a breve, la nuova legge non ha in alcun modo abrogato, ne svela un ambito soggettivo di applicazione capace di abbracciare qualsiasi unione che attui, tra i suoi componenti, un vincolo stabile di sostegno morale e materiale, a prescindere da come un tale vincolo, concretamente, si strutturi¹⁰. Emerge così una nozione di famiglia (di fatto) articolata e flessibile, capace di includere ogni forma di legame purché dotata di un certo livello di stabilità, comprese quelle la cui struttura devia notevolmente dall'archetipo matrimoniale. Vi rientrerebbero, infatti, non solo coppie eterosessuali libere da precedenti *status*¹¹, ma anche rapporti omo-affettivi, relazioni plurime, unioni tra persone non libere nonché assetti familiari che superano la necessaria sessualizzazione del rapporto primario interno al *ménage* e che segnano, a fronte della crescente crisi economica, il riemergere della famiglia quale struttura cooperativa dal carattere marcatamente distributivo. Si tratta, in quest'ultimo caso, delle cc.dd. "unioni di mutuo aiuto": unioni, cioè, che vedono due o più persone attuare un vincolo stabile di sostegno morale e materiale (vincolo che spesso implica la coabitazione) e mettere in comune le proprie risorse (umane e finanziarie) per affrontare comunitariamente situazioni che, singolarmente, i componenti del *ménage* non sarebbero in

⁹ Sulla distinzione tra convivenza e coabitazione nel diritto privato si veda U. ROMA, *Convivenza e coabitazione*, Padova, 2005.

¹⁰ Per una più articolata argomentazione di questa tesi sia consentito il rinvio a A. VERCELLONE, *op. cit.*, e alla bibliografia ivi indicata.

¹¹ Il riferimento alla libertà di *status* viene in rilievo, soprattutto, in relazione al coniuge separato ma non divorziato che intraprende una nuova convivenza e che, tutelato dalle precedenti regole, è oggi escluso dalla definizione di "convivenza di fatto" di cui all'art. 1 comma 36 della l. 76/2016.

grado di sostenere¹². Si pensi, ad esempio, al caso dei fratelli germani (ma le stesse considerazioni varrebbero anche in assenza di legami di sangue tra le parti) che si recano a convivere presso la casa dell'anziana madre bisognosa di assistenza, l'uno impegnandosi a prendersene cura a tempo pieno e l'altro a procurare, lavorando all'esterno della famiglia, il reddito necessario al sostentamento dell'intero *ménage*.

Quanto fin qui detto non deve stupire. D'altra parte, è proprio la presenza di un vincolo stabile di sostegno morale e materiale, e non astratti indici da cui è possibile desumerne l'esistenza (la coppia, la fedeltà monogamica, la coabitazione, il genere, il sesso ecc.), a dar vita a quelle esigenze di tutela, squisitamente familiari, in cui si radica la necessità d'intervento del diritto. In ultima analisi, è dal fatto in sé che due o più persone decidano di attuare una stabile comunione di vita che discende il bisogno di proteggere la parte economicamente più debole del rapporto, di garantire che il vincolo venga riconosciuto a certi effetti di legge per permettere ai componenti del *ménage* di esercitare poteri protettivi l'uno nei confronti dell'altro, l'obbligo di predisporre regole particolari per quei beni che – come la casa comune – assumono un ruolo determinante nell'ambito della comunione affettiva ecc¹³. Questa ricostruzione è solo apparentemente smentita dalla seconda parte della legge 76/2016 che, nel disciplinare le unioni di fatto, ne introduce una nozione particolarmente restrittiva, modellata sostanzialmente sull'archetipo

¹² Sul fenomeno delle unioni di mutuo aiuto si veda M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in E. MOSCATI, A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, pp. 94-96.

¹³ Sugli indici di serietà della convivenza ai fini del suo riconoscimento, v. A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il 'nuovo diritto di famiglia': il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI – A. ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 1 – 29; P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in Id., *Persona e comunità*, Vol. III, Padova, 1999, pp. 3-20, spec. p. 16, ove l'A. insiste sull'assenza di una garanzia costituzionale per le formazioni sociali caratterizzate dalla labilità dei rapporti.

della coppia nucleare sessualizzata che coabita¹⁴. Come osservato dalla dottrina – e come si è già anticipato – la nuova legge si limita a recepire un’elaborazione in gran parte già intervenuta e non determina il venir meno della precedente disciplina a matrice prevalentemente giurisprudenziale, che continuerà dunque ad operare e a farlo secondo il suo autonomo ambito soggettivo di applicazione¹⁵.

L’effetto della novella è, quindi, tutto sommato residuale, limitandosi a consentire a quelle famiglie di fatto che integrano *anche* gli estremi della definizione fatta propria dalla nuova legge di accedere, oltre che alle tutele previste per *tutte le altre* forme di unione, a quel limitato novero di diritti in più che essa sembrerebbe introdurre.

Se non ai fini dell’applicazione di questo limitatissimo numero di diritti aggiuntivi, rispetto ai quali è dunque possibile individuare una fattispecie “tipica” (positivizzata dalla nuova legge) e una “atipica” (che segue la vecchia disciplina) di convivenza, la famiglia di fatto si afferma nel nostro ordinamento come fenomeno unitario, che dà origine a conseguenze giuridiche omogenee.

In particolare, dal fatto in sé che due o più persone attuino un vincolo stabile di sostegno morale e materiale, l’ordinamento fa conseguire una serie di effetti che possiamo definire “esterni” poiché determinano il riconoscimento del rapporto da parte di soggetti che, rispetto ad esso, sono qualificabili come terzi (si pensi al diritto di visita in ospedale, al diritto di iscrizione nelle liste

¹⁴ Ai sensi dell’art. 1 comma 36 della l. 76/2016 “si intendono per conviventi di fatto due 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”.

¹⁵ Sul punto, v., *ex multis*, V. U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1749 – 1765, 2016; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, *Fam. Dir.*, 10, 2016, pp. 931 – 943; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, *Fam. Dir.*, 2016, 10, pp. 919- 931;

di attesa per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, al ruolo accordato al convivente in materia di misure di protezione di soggetti incapaci, al risarcimento del danno per morte del *partner* ecc)¹⁶.

Per quanto concerne i rapporti “interni” tra i conviventi si assiste, invece, a una sorta di ritrazione da parte del diritto. I rapporti patrimoniali tra i componenti dell'unione sono infatti dominati dalla teorica delle obbligazioni naturali: sempre che le parti non abbiano differentemente stabilito per iscritto, ogni prestazione resa da un *partner* in favore dell'altro o del *ménage* è dunque inesistente per il diritto, salvi gli effetti della *soluti retentio*.

3. *Rapporti patrimoniali tra conviventi e autorità private*

Si è detto, dunque, che, nel nostro ordinamento, per “unione di fatto” si intende qualsiasi rapporto che attui una comunione di vita che lega due o più persone in un vincolo stabile di reciproco sostegno morale e materiale. Si è anche detto che la qualificazione di un rapporto come “unione di fatto” determina delle conseguenze giuridiche, che riguardano soprattutto il riconoscimento della relazione da parte di soggetti terzi. A questo attivismo nei rapporti esterni non consegue, invece, una parallela attenzione ai rapporti interni tra le parti, di fronte ai quali – come abbiamo visto – il diritto anzi si ritrae, nascondendosi dietro alla teorica delle obbligazioni naturali.

È questo secondo aspetto quello che qui ci interessa, poiché è proprio nell'estromissione del diritto da un settore – quello dei rapporti patrimoniali tra i conviventi – in cui scelte private con forti implicazioni economiche si innestano su relazioni personali particolarmente intense che rischiano di

¹⁶ Occorre segnalare che l'unico aspetto in cui il diritto interviene nei rapporti patrimoniali interni tra conviventi riguarda le scarse tutele previste sulla casa di comune abitazione che, se nelle convivenze atipiche si riducono al riconoscimento della tutela possessoria in capo al *partner* che non detiene alcun formale titolo per l'occupazione dell'immobile, per le convivenze tipiche ammontano alla più articolata disciplina di cui ai commi 42 e ss. dell'art. 1 della l. 76/2016.

annidarsi ingiustificabili posizioni di autorità¹⁷. Il principio per cui le prestazioni eseguite da un *partner* in favore dell'altro o del *ménage* sono irrilevanti, se non agli effetti dell'irripetibilità, va allora approfondito e questo per mostrare le conseguenze distributive di soluzioni tecniche solo apparentemente neutre e leggere.

Il primo punto che, in tale prospettiva, occorre investigare è il trattamento giuridico del lavoro intra-familiare. E infatti, poiché la teoria delle obbligazioni naturali colpisce ogni prestazione realizzata all'interno della famiglia, al suo regime sono assoggettate anche le attività lavorative rese da un convivente in favore dell'altro o a servizio del *ménage*. Anzi: è stato proprio il lavoro familiare il terreno sul quale la tecnica delle obbligazioni naturali è stata dapprima sperimentata nonché l'ambito in cui trova ancor oggi il suo maggior impiego¹⁸.

Ebbene: è evidente che sancire con il crisma del diritto il principio per cui il lavoro reso all'interno della famiglia è sempre prestato *affectionis vel benevolentiae causa* equivalga a disconoscere *de jure* il valore economico e a determinarne l'incommensurabilità patrimoniale, con ovvio pregiudizio per chi (di solito le donne) nel consorzio familiare investe tutta o gran parte della propria capacità lavorativa.

È questa una conclusione che trova conferma nell'ulteriore constatazione per cui, alle unioni di fatto, non si applicano quelle regole che, nel matrimonio, sono deputate a bilanciare la logica della gratuità, restituendo al lavoro di cura una qualche forma di riconoscimento economico, quantomeno al momento della conclusione del rapporto. Il riferimento è, chiaramente, all'assegno divorzile, ma la medesima funzione può essere parzialmente

¹⁷ Si tratta, chiaramente, di autorità di fatto, v. C.M BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 55 – 79.

¹⁸ Sul lavoro familiare e sulle sue implicazioni distributive, alla luce della teoria delle obbligazioni naturali, si veda M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e 'resistenze'* cit.

assolta anche da istituti in grado svolgere, tra le altre cose, un generico ruolo di riequilibrio: si pensi, in tal senso, agli obblighi in materia di alimenti, alla posizione successoria del coniuge o, ancora, alla disciplina dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c.¹⁹.

La distinzione, prodotta dal diritto, tra mercato, luogo della produzione, e famiglia, luogo della solidarietà, costruisce così i presupposti per la subalternità di fatto del *partner* debole, specialmente nelle unioni non matrimoniali²⁰.

Il regime delle obbligazioni naturali determina, infatti, che la distribuzione delle utilità prodotte attraverso il lavoro domestico venga appaltata ai rapporti di forza tra le parti. Ciò appare problematico soprattutto in quei contesti familiari in cui la divisione dei ruoli è particolarmente marcata e il lavoro di cura demandato in via esclusiva (o quasi) a un particolare componente dell'unione. Rispetto a questi casi, al momento della rottura del vincolo, la questione distributiva si arricchisce, invero, di ulteriori elementi, sintomatici altrettanti vuoti di tutela. Vengono in rilievo, in particolar modo, le conseguenze patrimoniali della rinuncia, ad opera del *partner* debole, a

¹⁹ Una tale conclusione non muta anche ove si volesse ritenere il nuovo art. 230-ter c.c. applicabile non solamente alle convivenze tipiche ma anche a quelle atipiche, soluzione ermeneutica peraltro condivisibile perché permette di raccordare la nuova disciplina sull'impresa familiare introdotta dall'art. 1 comma 46 della l. 76/2016 con gli approdi raggiunti dalla più recente giurisprudenza pre-riforma, che aveva finito per estendere anche ai conviventi l'ambito di applicazione dell'art. 230-bis c.c. (v., ad es., Cass. 15 marzo 2006, n. 5632). La norma riservata ai conviventi, infatti, a differenza di quanto stabilito dall'omologa disposizione prevista per l'istituto matrimoniale, limita la tutela alla parte che “presti stabilmente la propria opera nell'impresa dell'altro convivente”, estromettendo così ogni rilievo del lavoro reso all'interno della famiglia.

²⁰ Mi pare esser questa una delle tesi di fondo sostenuta da M.R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari*, cit. passim. Su questi aspetti, la riflessione fin qui condotta potrebbe trarre importanti insegnamenti dal femminismo giuridico statunitense e, in particolare, dalle opere di Trina Grillo. Tra tutte si veda T. GRILLO, *Anti-Essentialism and Intersectionality, Tools to Dismantle the Master House*, in 10, *Berkeley Women's L. J.*, 16, 1995, pp. 16 ss.

perseguire alternative professionali nel mercato e la frustrazione dell'affidamento riposto nella prosecuzione del rapporto.

Sono, queste, problematiche sociali di non poco rilievo se si pone mente al fatto che un maggior equilibrio tra uomo e donna nei rapporti familiari sta affermandosi soltanto presso i ceti più abbienti (e rispetto ai quali, dunque, le conseguenze dello squilibrio di cui stiamo discutendo si pongono in modo meno pressante) e che, a prescindere dalle questioni di genere, alcuni dei nuovi modelli di unione che sempre più stanno emergendo (le unioni di mutuo aiuto, soprattutto) si fondano spesso sull'attribuzione del lavoro di cura ad uno solo tra i componenti del *ménage*.

L'assenza di strumenti di riequilibrio è peraltro aggravata da un atteggiamento particolarmente rigido della nostra giurisprudenza²¹, che se da una parte tende a superare la presunzione di gratuità solo a fronte del vincolo di subordinazione, dall'altra finisce per limitare la prova di tale vincolo alla presenza di un atto scritto stipulato tra le parti²². E così, il lavoro come segretaria nello studio dentistico del compagno, nel rispetto delle direttive di orario e delle mansioni da quest'ultimo impartite, deve considerarsi prestato a titolo gratuito, posta l'impossibilità dell'attrice di provarne per iscritto l'onerosità²³. Alla stessa conclusione si dovrà pervenire nel caso della badante, assunta "in nero" da un uomo anziano e facoltoso, che abbia finito per intraprendere con quest'ultimo una relazione intima. Le corti ricorrono così alla tecnica della presunzione semplice per introdurre, in

²¹ Si veda, ad es., Cass., 24 marzo 1977, n. 1161; Cass., 14 giugno 1990, n. 5803; Cass., 10 dicembre 1994, n. 10927.

²² Esemplificativa, in tal senso, Trib. Genova, 13 aprile 1988.

²³ V., sul punto, Cass., 10 dicembre 1994, n. 10927, cit.

realtà, il requisito della necessaria prova per iscritto di ogni accordo in deroga al regime ordinario di gratuità²⁴.

Questo eccessivo formalismo tende a rendere ancora più insostenibile un assetto in cui l'alternativa secca tra la logica debole dell'obbligo morale e quella forte della subordinazione finisce per schiacciare una realtà, quella del lavoro familiare, che trova tipicamente in un luogo *terzo* (e intermedio tra i due poli) il suo terreno di coltura.

Quanto appena osservato in materia di lavoro di cura è strettamente connesso al secondo nodo problematico che occorre qui affrontare: quello, cioè, relativo al regime giuridico a cui, nella famiglia di fatto, sono sottoposti gli acquisti comuni.

Come noto, agli acquisti compiuti durante la convivenza contribuiscono generalmente tutti i *partner*. Sotto il profilo dell'analisi economica, infatti, l'acquisto è a essi (tutti) riconducibile non solo quando i componenti dell'unione versino *pro quota* una somma di denaro destinata a costituirne la provvista, ma anche ove esso sia intervenuto nell'ambito di un *ménage* in cui gli obblighi di contribuzione sono equamente distribuiti tra le parti. E così, per ricorrere a un esempio di scuola, in un assetto familiare composto da due persone, l'una (Tizio) che lavora all'interno della famiglia, l'altra (Caio) nel mercato, l'automobile acquistata con reddito formalmente di Caio è in realtà

²⁴ Sulle conseguenze distributive della teorica delle obbligazioni naturali nell'ambito del lavoro intra-familiare, con specifico riferimento alla frustrazione degli affidamenti ingenerati tra le parti, nonché sull'atteggiamento che la giurisprudenza riserva alla questione, anche in chiave comparatistica, v. M.R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari*, cit., spec. pp. 247 e ss. ma anche ID., *Il diritto di famiglia tra status e contratto*, cit. spec. pp. 96 e ss. Una critica al prevalente approccio giurisprudenziale in materia di lavoro domestico è, peraltro, offerta da G. OBERTO, *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio* (nota a Cass. 19 settembre 2015 n. 19304) in *Fam. Dir.*, 2016, p. 232 ss., il quale tuttavia auspica a che il lavoro familiare venga definitivamente ricondotto entro l'unico alveo della subordinazione. Sembrerebbe, in ogni caso, che la giurisprudenza inizi a mutare il proprio orientamento, spostando la presunzione sull'onerosità del rapporto. Sul punto v., ad es., Cass. 11 luglio 2017, n. 17093.

ascrivibile a uno sforzo economico comune. Il perché è evidente: Caio può dedicarsi interamente al lavoro extra-familiare poiché Tizio adempie alle faccende domestiche, il reddito di Caio non è decurtato dell'ammontare pari alla retribuzione di un colf ecc.

Nell'ambito delle unioni di fatto queste valutazioni di natura economica sono disattese dal diritto tutte le volte in cui il contratto avente ad oggetto un acquisto riconducibile a tutti i componenti del *ménage* venga, in realtà, formalmente concluso da uno solo di essi.

Infatti, le contribuzioni in denaro, lavoro o altre utilità erogate da un *partner* in favore dell'altro non cambiano di natura innanzi agli acquisti compiuti nell'interesse della famiglia: esse continuano ad essere giuridicamente inesistenti e qualificate alla stregua di obbligazioni naturali. Salvo patto contrario, dunque, tali contribuzioni non sono in grado di influire sul regime giuridico del bene o del servizio acquistato, che seguirà la titolarità formale di chi lo ha compiuto²⁵.

Ecco che il diritto pone, nuovamente, il *partner* debole in una condizione di subalternità, posto che, tecnicamente, in questi casi, tutt'altro che marginali, egli potrà godere e disporre dei beni che ha contribuito ad acquistare solo per gentile concessione dell'/degli altro/i; beni verso i quali non può vantare alcuna pretesa, né in costanza di rapporto né alla sua conclusione.

E così, il convivente che abbia contribuito all'acquisto della casa comune o dei relativi mobili lavorando nella famiglia ovvero consegnando al proprio *partner* una somma di denaro per permettergli di concludere il relativo contratto, venuto meno il vincolo affettivo resterà con in mano un pugno di

²⁵ Per una più approfondita analisi del regime degli acquisti nella famiglia di fatto v. L. BALESTRA, *I rapporti patrimoniali*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in Trattato di diritto di famiglia diretto da P. ZATTI, Milano, 2002, pp. 840 ss.

mosche ove non abbia avuto la cura di formalizzare per iscritto l'accordo raggiunto.

Invero, anche in questo caso la giurisprudenza appare piuttosto rigida nel riconoscere eventuali accordi in deroga²⁶, finendo per introdurre surrettiziamente un requisito di forma che non soltanto si pone in antitesi con i principi generali del contratto, ma anche con quelli più ordinari del buon senso, posto che difficilmente la fiducia che ispira il rapporto di convivenza ammette di formalizzare per iscritto questo tipo di patti.

Ci si trova, dunque, ancora innanzi ai risultati di un approccio ermeneutico fortemente squilibrato. Ai conviventi si estendono *-in malam partem-* regole originariamente pensate con riguardo ai soli coniugi e, cioè, la presunzione di gratuità delle elargizioni familiari, ma vengono nuovamente negati alla parte debole del rapporto i relativi strumenti di tutela (in questo caso rinvenibili, soprattutto, nel regime ordinario della comunione dei beni).

Le aporie generate dalla teorica delle obbligazioni naturali, e che abbiamo appena veduto, non sono ovviamente sfuggite alla nostra dottrina. Parte di essa ha allora provato a porvi rimedio invocando la necessità di ricorrere ai principi in materia di arricchimento ingiustificato per accordare una qualche tutela alla parte debole del rapporto²⁷.

Secondo questa impostazione, che inizia invero a riscuotere un certo successo pure presso la giurisprudenza²⁸, anche alle unioni di fatto si applicherebbe il principio di proporzionalità delle contribuzioni previsto, per

²⁶ V., ad es., Cass. 22 aprile 2010, n. 9541; Cass. 13 marzo 2013, n. 6293; Cass. 7 aprile 2014, n. 9864. L'atteggiamento incoerente della giurisprudenza in materia di acquisti familiari è da tempo stigmatizzata dalla dottrina, v., ad es., U. MATTEI, *Attrazione fatale. Un sogno ad occhi aperti su accessione, riforma del diritto di famiglia ed esami di procuratore*, in *Giur. It.*, 1992, p. 4.

²⁷ Sul punto v. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in *Aa.Vv.*, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, pp. 11 e ss.

²⁸ V., *ex multis*, Cass. 22 settembre 2015, n. 18632.

il matrimonio, all'art. 143 ult. comma c.c., con la conseguenza che solo le prestazioni che rispettino un siffatto equilibrio possono qualificarsi come adempimenti di obbligazioni naturali. Le altre, quelle che cioè vi esorbitano, sono invece da ritenersi prive di causa e, dunque, soggette all'azione generale di arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.²⁹.

È questa una soluzione che, tuttavia, non può ritenersi soddisfacente. Essa, infatti, sconta il limite di ridurre le convivenze alla logica dello scambio (ciascuna prestazione di un *partner* deve trovare giustificazione causale in una corrispondente prestazione degli altri *partners*) obliterando così, in nome del sinallagma, le più complesse e sofisticate questioni che si celano dietro a *rapporti di durata* improntati, più che sullo scambio, sulla *cooperazione* tra le parti³⁰.

Infatti, come noto, l'azione generale di arricchimento, specialmente nella prospettiva asfittica fatta propria dalla giurisprudenza, limita il *quantum* dell'indennizzo entro i ristretti parametri della perdita secca subita dall'impovertito e del vantaggio immediatamente conseguito dall'arricchito³¹.

²⁹ Secondo altra parte della dottrina la tutela del *partner* debole potrebbe rinvenirsi anche nella teorica della presupposizione ovvero nelle regole proprie dell'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. Sul punto v. L. BALESTRA, *I rapporti patrimoniali*, cit., pp. 846 ss. Ai fini delle nostre considerazioni, indebito oggettivo e arricchimento ingiustificato costituiscono tuttavia teoriche interscambiabili, posto che esse sono espressione di un medesimo principio, quello, cioè, per cui ogni spostamento patrimoniale deve essere sorretto da un adeguato sostegno causale. Sul punto, anche nella prospettiva comparatistica del diritto privato europeo, si veda P. SIRENA, *Towards a European Law of Unjustified Enrichment*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2012, pp. 113-133. In generale, al tema delle restituzioni nella famiglia sono dedicati i contributi contenuti nel recente volume curato da L. BERTINO, *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017.

³⁰ La necessità di ricorrere a un'ermeneutica controllata delle regole sull'arricchimento ingiustificato al fine di evitare di imporre alle parti, per loro tramite, scambi indesiderati è stata dapprima invocata da P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 11 ss.

³¹ Per una critica di questa impostazione si veda P. SIRENA, *La nozione di arricchimento e il risarcimento del danno*, in *RDC*, 1, 2009, pp. 65 ss., in questa prospettiva, dello stesso A. si veda, anche, *Towards a European Law of Unjustified Enrichment*, cit.

Fondare la tutela della famiglia di fatto sul principio dell'arricchimento ingiustificato, dunque, non soltanto viola il carattere sussidiario della relativa azione³², sussidiarietà la quale dovrebbe quantomeno impedire che l'art. 2041 c.c. possa assurgere a cardine rimediabile di intere discipline, ma soprattutto determina la completa estromissione dal dibattito di poste che costituiscono, invece, la manifestazione più tipica delle esigenze che sorgono in un rapporto complesso e dinamico come quello che si attua con la convivenza. Il riferimento, in particolare, è all'eventuale perdita di *chance* subita da chi ha deciso di investire nella famiglia tutta o gran parte della propria capacità lavorativa, il profitto eventualmente ottenuto dall'arricchito in virtù delle contribuzioni prestate dagli altri componenti dell'unione e, più in generale, gli affidamenti che la vita in comune può ingenerare nelle parti. In altre parole, l'equivoco di fondo risiede nel voler ricorrere a un rimedio puramente restitutorio per far fronte a esigenze di tutela che richiedono quelle più complesse valutazioni tipiche di operazioni (re)distributive.

Riassumendo. Il regime delle obbligazioni naturali costruisce i rapporti patrimoniali tra i conviventi come un terreno di non diritto, secondo un'opzione politica tutt'altro che neutrale e solo apparentemente ispirata a un diritto leggero che lascia spazio alla libertà delle parti. L'estromissione del diritto, obliterando il carattere distributivo della famiglia non matrimoniale, appalta la regolazione del rapporto alla legge del più forte, autorizzando "poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociali"³³.

³² V. P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'arricchimento senza causa*, in RDC, 2, 2018.

³³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 55. Per una prospettiva critica sugli squilibri di potere all'interno delle comunità sociali e sul ruolo che, rispetto ad essi, gioca il diritto si veda, in chiave teorico-generale ma anche comparatistica, U. MATTEI, E. GRANDE, *Giustizia allo specchio*, in *Antropologia*, 11, 2008, pp. 28 ss. nonché L. NADER, E. GRANDE, *Current Illusions and Delusions about Conflict Management. In Africa and Elsewhere*, in *Law and Social Inquiry*, 2002, pp. 573-594.

Ci si trova, dunque, innanzi all'emergere di pericolose posizioni di autorità di fatto.

A differenza di quanto generalmente si afferma, queste forme ingiustificate di autorità non solo non vengono arginate ma sono addirittura confermate dal ruolo che, in questo assetto, gioca il contratto di convivenza.

Infatti, come noto, le parti possono derogare o specificare il regime fino ad ora descritto regolando per via negoziale le conseguenze patrimoniali del proprio rapporto. I componenti del *ménage* potrebbero così convenire, per via contrattuale, regole di maggior tutela per il *partner* debole, ad esempio inserendo pattuizioni volte ad attribuire un valore economico al lavoro di cura, prevedendo obblighi perequativi in vista dell'eventuale conclusione della relazione sul modello dell'assegno divorzile e stabilendo, financo, il regime della comunione dei beni³⁴.

Il contratto di convivenza, tuttavia, deve essere redatto per iscritto. È questo un requisito previsto *ad validitatem* per quegli atti di autonomia che ricadono nell'alveo applicativo della nuova legge ("contratti tipici di convivenza") ma che deve ritenersi proprio (quantomeno *ad probationem*) anche dei c.d. "contratti atipici"³⁵, posto il veduto rigore applicato dalla giurisprudenza in materia di prova dei patti in deroga.

Non vi è chi non veda, tuttavia, come questo assetto ribalti completamente i principi ordinari che dovrebbero sovrintendere a un corretto rapporto tra

³⁴ La comunione dei beni sarà, tuttavia, opponibile ai terzi solo in quei casi in cui le parti godono dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 1 comma 36 l. 76/2016 e decidono regolare i propri rapporti patrimoniali seguendo le formalità previste dai commi 51 e seguenti del medesimo articolo (trascrizione inclusa). In tutti le altre ipotesi la convenzione produrrà i suoi effetti esclusivamente *inter partes*.

³⁵ Sulla distinzione tra contratti di convivenza "tipici" ed "atipici" v. P. SIRENA, *Sub commi 57 – 58*, in C.M BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*, cit., pp. 680-684; U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit.; R. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *RDC.*, 2016, pp. 1340 ss; D. ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2, 2017, pp. 1570 ss.

regole di *default* e autonomia privata³⁶. Sono le prime, infatti, a dover fornire la disciplina di maggior tutela, di modo che eventuali deroghe *in pejus* debbano superare la doppia barriera costituita dall'ingresso nel rapporto contrattuale e dalla negoziazione del suo contenuto. Qui avviene il contrario, e il contratto di convivenza, a fronte di effettivi squilibri, si presenta al più come lo strumento attraverso cui il *partner* forte può decidere se rinunciare a parte del proprio arbitrio, concedendo all'altro (o agli altri) una qualche forma di garanzia.

Il problema delle autorità, allora, si ripropone: rispetto al contratto di convivenza si pongono infatti i noti problemi di un'eguaglianza contrattuale solo formale, che cela in realtà squilibri capaci di frustrare i profili sostanziali di un'eguaglianza effettiva³⁷. In altre parole, la sensazione è che l'allocatione degli incentivi operata dal regime in analisi releghi il contratto di convivenza a istituto marginale, destinato a essere utilizzato soprattutto in unioni composte da persone abbienti già in posizione di effettiva eguaglianza, affossandone così le potenzialità di strumento diffuso a tutela del familiare debole.

Fermi i rilievi fin qui condotti, è pur vero che limitarsi alla critica dell'assetto vigente senza restituire la complessità delle opzioni di politica del diritto entro le quali esso si iscrive sarebbe ingeneroso verso le scelte operate dal nostro sistema e restituirebbe un discorso soltanto parziale.

Ed infatti, quando si parla di rapporti patrimoniali tra conviventi, l'alternativa all'assenza del diritto viene tradizionalmente individuata nella c.d. tecnica dello *status*³⁸. È questa un'opzione già sperimentata in altri

³⁶ Sui quali si rinvia a U. MATTEI, *Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules*, 39, in Va. J. Int'l L., 1999, pp. 537 ss.

³⁷ V. C.M BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 62 ss.

³⁸ Per un'approfondita analisi, anche in chiave comparatistica, della contrapposizione tra *status* e autonomia quali tecniche di disciplina della famiglia di fatto e per un panorama critico delle

ordinamenti e che consiste nell'individuazione, da parte del legislatore, di una fattispecie di convivenza legalmente rilevante, alla quale far conseguire non soltanto effetti verso terzi (come avviene nell'impostazione della l. 76/2016) ma anche una serie di effetti perequativi interni. Si tratterebbe, in altre parole, di rendere più pregnanti le conseguenze derivanti “dal fatto in sé della convivenza”, ad esempio inserendo disposizioni di maggior tutela in materia di lavoro familiare, una disciplina inderogabile sull'assegno di mantenimento in favore della parte debole e un regime ordinario degli acquisti modulato sulla comunione dei beni.

Senonché, anche questa opzione presta il fianco a una serie di obiezioni tutt'altro che infondate, non meno allarmanti di quelle abbiamo mosso nei confronti della teorica delle obbligazioni naturali. Ai nostri fini sarà sufficiente menzionarne due.

In primo luogo, nell'epoca del pluralismo dei modelli familiari, epoca che non permette di predeterminare tutte le possibili forme in cui i privati decidono di organizzare i propri rapporti affettivi, una tecnica che si fondi sull'individuazione di una fattispecie astratta di convivenza legalmente rilevante appare del tutto inadeguata. Essa, infatti, rischia di lasciare fuori dalla propria portata applicativa numerose unioni rispetto alle quali sorgono comuni esigenze di tutela.

Ma, soprattutto, a questo modello è stato giustamente obiettato di violare le libertà individuali e – in particolare – la libertà dei componenti del *ménage* di scegliere una forma familiare che *volutamente* si sottrae alla logica dello *status* e dunque alle garanzie previste dal matrimonio e dagli istituti ad esso equiparabili (ad es. le unioni civili) in un contesto, peraltro, in cui si assiste a

principali implicazioni di *policy* che esse comportano si veda M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia tra status e contratto*, cit.

una sempre maggiore apertura al contratto da parte dello stesso istituto matrimoniale.

Queste ultime considerazioni sembrerebbero allora mutare i termini della questione. I rapporti patrimoniali tra i conviventi assurgerebbero a terreno in cui le opposte esigenze di eguaglianza e libertà sono di per sé inconciliabili, dando luogo al dilemma per cui il diritto non potrebbe promuovere l'una senza sacrificare l'altra³⁹. In questo contesto, l'opzione adottata dal nostro ordinamento sarebbe così da rivalutare, quantomeno sotto il profilo sistematico-generale: essa consisterebbe, in ultima analisi, nella legittima implementazione di uno dei due possibili modelli di regolazione del fenomeno, nessuno dei quali immune da profondi elementi di criticità.

Il problema non può essere, tuttavia, liquidato prendendo atto di una presunta inconciliabilità delle soluzioni proposte, posto che, quando si discute di unioni di fatto, si discute non soltanto dei diritti dei componenti della famiglia, ma anche di questioni di interesse generale (ad esempio: su chi occorre allocare i costi derivanti dalla conclusione di un rapporto, in cui uno dei *partner* abbia rinunciato ad intraprendere un'attività lavorativa per dedicarsi interamente al *ménage*? Sulla collettività o sull'altro *partner*?).

L'unica via per superare quest'*impasse* consiste nell'individuare, a diritto vigente, opzioni potenzialmente trasformative, capaci di scovare soluzioni terze che muovano lo sguardo oltre l'immobilismo tipico degli approcci dilemmatici.

A tal fine, occorre ripartire dalla teorica delle obbligazioni naturali per vagliarne la coerenza non solo distributiva ma anche tecnico-dogmatica. Ciò

³⁹ Più approfonditamente, su questo aspetto, v. *ivi*, pp. 76 ss.

ci permetterà di scoprire quanto di “pubblico” ci può essere nel “privato”⁴⁰ e di verificare le potenzialità distributive dello strumento competitivo per eccellenza: il contratto.

Si tratta, in altre parole, di esplorare le frontiere nobili dell'autonomia privata⁴¹.

4. *La famiglia di fatto come rapporto contrattuale*

Tornando, dunque, alle obbligazioni naturali, e alla loro applicazione ai rapporti patrimoniali tra i conviventi, stupisce notare come una soluzione che è giunta ad escludere la sussistenza tra le parti di obbligazioni civili (regola generale), in favore di una disciplina speciale a portata tutto sommato residuale (quella di cui all'art. 2034 c.c.) sia stata solo parzialmente argomentata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e come essa venga di solito presentata alla stregua di *jus receptum* che non necessita di particolari spiegazioni⁴².

Il tenore generale della letteratura e delle pronunce in materia sembrerebbe in ogni caso suggerire che il fondamento ultimo di questa tesi sia da rinvenire – ancora una volta – nell'assimilabilità delle unioni di fatto alla fattispecie matrimoniale.

L'unione di fatto, in altre parole, realizzerebbe lo stesso fenomeno sociale della coppia sposata, con l'unica differenza della mancata formalizzazione

⁴⁰ V. M. SPANO', *Situazioni dell'autonomia. Sul carattere cooperativo del diritto privato*, in A. QUARTA, M. SPANO' (a cura di), *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto*, Verona, 2017, pp. 127-145.

⁴¹ Così definite da M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia tra status e contratto*, cit. p. 118.

⁴² Sul punto v. F. ROCCHIO, *Obbligazioni naturali tra conviventi more uxorio?* Nota a Cass. 1277/14, in *Giur. it.*, 2015, 5, pp. 1090 ss. il quale rileva come non sia riscontrabile, nella nostra giurisprudenza, una sola pronuncia che abbia compiutamente argomentato l'esclusione, tra conviventi, di obbligazioni civili in favore dell'opposta tesi delle obbligazioni naturali e come il tema sia stato affrontato solo marginalmente da parte della dottrina.

del vincolo. Tuttavia, se per i coniugi la reciproca assistenza (morale e) materiale rappresenta l'oggetto di un preciso obbligo giuridico che discende direttamente dalla legge, lo stesso non vale per i conviventi, i quali vi adempiono spontaneamente. Il non aver suggellato il legame attraverso il matrimonio impedirebbe, infatti, a tali obblighi di assumere un qualsivoglia significato per il diritto, e li arginerebbe nell'alveo dell'incoercibilità. Ma il comune sentire sociale si opporrebbe a che colui che come coniuge convive con il proprio *partner* possa ripetere quanto prestato in costanza di rapporto (e in virtù di quest'ultimo): di qui la soluzione in favore della *soluti retentio* e del meccanismo di cui all'art. 2034 c.c.

Quest'argomentazione, tuttavia, non convince.

In primo luogo, non si capisce perché l'intera questione dei rapporti patrimoniali tra i conviventi debba essere risolta all'interno del diritto speciale della famiglia, estromettendo dalla fattispecie, senza alcuna apparente ragione, le regole ordinarie del diritto privato.

Ed infatti, muovere dall'assimilabilità tra la famiglia di fatto e quella matrimoniale per poi giungere a negarle ogni tutela configura un percorso argomentativo quantomeno eccentrico se analizzato alla luce delle regole ordinarie in materia di interpretazione⁴³.

Delle due l'una. O la convivenza è fenomeno fattualmente identico alla famiglia legittima, ma allora la conseguenza dovrebbe essere quella dell'applicazione alla prima delle regole proprie della seconda, posto che la similitudine tra due fattispecie di cui solo una espressamente disciplinata dalla legge, nel diritto, dà origine all'analogia⁴⁴. Ovvero famiglia di fatto e

⁴³ La negazione di tutela alla quale qui ci si riferisce riguarda, ovviamente, il solo aspetto dei rapporti patrimoniali interni tra i conviventi.

⁴⁴ Sarebbe questa, peraltro, un'opzione difficilmente sostenibile, posto che finirebbe per ignorare la volontarietà della lacuna legislativa. Non manca, tuttavia, chi in dottrina abbia proposto questa tesi: v. F. PROSPERI, *La famiglia 'non fondata sul matrimonio'*, Napoli, 1980.

famiglia legittima costituiscono fenomeni diversi, ma allora la disciplina della prima sarà da vagliarsi alla stregua delle norme di diritto comune, posto che la mancanza di regole speciali nel diritto di famiglia non equivale alla mancanza di regole *tout court*.

In secondo luogo, l'approccio in questione sconta il limite di fondarsi su di un presupposto sbagliato: l'idea, cioè, per cui l'intero fenomeno della famiglia di fatto sia riducibile alla convivenza *more uxorio* a struttura paramatrimoniale. Si è visto, tuttavia, che la convivenza *more uxorio* costituisce *solo una* delle possibili manifestazioni di un fenomeno la cui cifra risiede in una marcata inclusività; un fenomeno capace di accogliere ogni unione che attui un vincolo stabile di sostegno morale e materiale a prescindere dal genere, dal numero e financo dalla necessaria sessualizzazione del rapporto tra i suoi componenti. Se si inserisce questa più articolata nozione di convivenza nell'ambito della teoria tradizionale, la tesi delle obbligazioni naturali cade. Infatti, gli obblighi morali o (*rectius* e) sociali alla base della disposizione di cui all'art. 2034 c.c. richiedono di individuare, rispetto a un dato fenomeno, una comune etica sociale⁴⁵. Ebbene, pare difficile che il frastagliato panorama di rapporti sussumibili all'interno della nozione di famiglia di fatto permetta di ricostruire un siffatto sentire comune. Se la convivenza rappresenta un terreno giuridicamente flessibile, che apre il diritto al pluralismo dei modelli familiari, un terreno in cui si tutela la massima libertà del singolo e delle comunità di scegliere autonomamente come organizzare i propri rapporti affettivi, anche prescindendo dalle strutture più tradizionali, allora essa non è certamente compatibile con una teorica che fa del "comune sentire sociale"

⁴⁵ Sul punto, e sulle sue più rilevanti implicazioni, anche in relazione alla tesi che qui si sostiene, v. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Camerino, 1947, pp. 244 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, pp. 691 ss.; P. SIRENA, voce *Obbligazione naturale*, in *Enc. giur. sole 24 ore*, 2008, pp. 185 ss.; L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 1380; E. MOSCATI, voce *Obbligazioni naturali*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1979, pp. 353 ss.

la propria categoria ordinante. Anzi, la famiglia di fatto costituisce proprio l'argine che il diritto pone all'etica comune affinché essa non impedisca al soggetto di attuare i propri rapporti familiari seguendo l'unica stella polare dello sviluppo della sua personalità, anche prescindendo dalle strutture tipizzate nei rapporti sociali. In ultima analisi, se l'art. 2 Cost. assurge a istanza massima di tutela delle minoranze, il "comune sentire sociale" ne rappresenta l'antitesi.

Sulla scorta di queste considerazioni, ci pare allora che la diversità, anche di fondamento costituzionale, tra famiglia legittima e unioni di fatto, diversità spesso avversata dall'area più progressista della nostra dottrina, possa invece essere ribaltata quale elemento da valorizzare non solo per offrire maggiore rigore tecnico a un dibattito non sempre chiaro, ma soprattutto quale principio potenzialmente trasformativo, idoneo a offrire adeguate forme di tutela proprio alla parte debole del rapporto.

Ed invero, se la famiglia di fatto rappresenta un fenomeno costituzionalmente e socialmente differente dalla coppia coniugata, una tale diversità non solo autorizza ma addirittura impone di non restringere al diritto speciale della famiglia la ricerca delle regole che le sono proprie⁴⁶.

Muovendo da questa prospettiva, sembrerebbe allora conseguenza naturale individuare nell'organizzazione patrimoniale del *ménage* posta in essere dalle parti attraverso condotte concludenti ovvero per il mezzo di accordi verbali gli indici di un rapporto di natura squisitamente contrattuale, e ciò – dunque – a prescindere dalla stipula di un contratto scritto di convivenza⁴⁷. In altre

⁴⁶ Evitando, in tal modo, di ricorrere a interpretazioni analogiche in un ambito in cui esse sono precluse dall'insussistenza dei necessari presupposti tecnici.

⁴⁷ L'idea di considerare la famiglia di fatto come rapporto di per sé contrattuale non è mai stata oggetto di un ampio dibattito da parte della dottrina italiana. Ciò è curioso, soprattutto se si pensa che, a metà degli anni ottanta, durante uno dei primi convegni organizzati sul tema, un Maestro come Angelo Falzea indicava la via contrattuale come quella più naturale. V. A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in Aa. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Atti del

parole se, esternamente, la famiglia di fatto si presenta come una serie di condotte attuative di un'organizzazione comune che può essere apprezzata sotto il profilo patrimoniale e se, di questo fenomeno, occorre fornire una qualificazione secondo i principi ordinari del diritto privato, è ovvio che una tale qualificazione non potrà che avallare la natura contrattuale del vincolo. È questo un epilogo quasi necessario ove si voglia far riemergere la convivenza dalla confusa “marmellata della solidarietà familiare”⁴⁸ per collocarla nei più sicuri binari dei principi codicistici.

La prospettiva contrattuale determina conseguenze non indifferenti, la maggior parte delle quali, peraltro, apprezzabili solo alla luce dei casi concreti e, cioè, in virtù di come le parti effettivamente organizzano le proprie comunità affettive nell'ambito dei singoli rapporti.

Ciò non impedisce, tuttavia, di tracciare alcune valutazioni di ordine generale: prima tra tutte, ovviamente, quella per cui, se la convivenza è un contratto, gli obblighi tra conviventi acquistano la statura di obbligazioni civili. A tal proposito, occorre precisare che ciò che diviene obbligazione civile non è il sostegno morale e materiale, ma i singoli obblighi di

Convegno svoltosi a Roma il 3 dicembre 1987, Napoli, 1988, pp. 51 – 54 e spec. p. 52: “La libertà di stipulare accordi di vita comune e il valore giuridico da riconoscere a tali accordi è il terzo nodo essenziale della problematica relativa alla coppia non sposata. Io ho ritenuto di suggerire che a tali accordi non possa e non debba essere negata rilevanza per il diritto, sia nel loro contenuto personale sia in quello patrimoniale. Ho ritenuto inoltre di proporre che il contenuto di tali accordi, ove manchi lo scritto, possa essere desunto dal comportamento reale dei coniugi nella loro vita comune, come espressione di una loro volontà attuosa”; suggerisce di approfondire questa tesi, evidenziandone le principali conseguenze sia tecniche sia di politica del diritto, M.R. MARELLA, *La famiglia tra status e contratto*, cit., *passim*, spec. pp. 118 ss. Ma si veda anche F. PROSPERI, *op. cit.*, il quale, muovendo da presupposti opposti a quelli che qui si propongono (e, cioè, dall'assimilabilità strutturale tra famiglia di fatto e matrimonio) giunge a qualificare come fattispecie contrattuali sia la famiglia legittima sia quella di fatto. Per una riflessione teorico generale sul ruolo del contratto, e soprattutto della volontà negoziale, nell'ambito dei rapporti familiari, anche con riferimento alla filiazione, si vedano le interessanti riflessioni, di ispirazione femminista, condotte da C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992.

⁴⁸ L'espressione è di M.R. MARELLA, *La famiglia tra status e contratto*, cit., p. 119.

contribuzione desumibili dalla concreta organizzazione di ciascun *ménage* affettivo e rispetto ai quali il sostegno morale e materiale assurge a causa contrattuale⁴⁹.

Se di obbligazioni civili si tratta, le parti, in caso di inadempimento, possono allora agire per l'adempimento e per il risarcimento del danno ad esso conseguente.

In proposito si pensi, nuovamente, al caso dell'unione di mutuo aiuto attuata dai fratelli germani che convivono con l'anziana madre nell'abitazione di proprietà di quest'ultima, l'uno (Tizio) impegnandosi a prendersene cura e l'altro (Caio) a procurare con il proprio lavoro il reddito necessario al sostentamento del nucleo familiare. Ebbene: è evidente che Tizio risulterà meno ricattabile e la sua posizione meno precaria ove egli possa agire per costringere Caio ad adempiere al suo obbligo di contribuzione se questi dovesse decidere improvvisamente e arbitrariamente di interromperlo. La prospettiva contrattuale restituisce così valore economico all'opera prestata da Tizio e attenua la posizione di forza garantita a Caio dalla qualificazione delle sue prestazioni come adempimenti spontanei che può sospendere in ogni momento.

È questo un elemento che introduce la seconda, e forse più rilevante, conseguenza che la prospettiva contrattuale comporta e, cioè, la possibilità per il principio di buona fede di fare finalmente ingresso anche nei rapporti patrimoniali tra i conviventi, possibilità preclusa, nella teoria delle obbligazioni naturali, dal secondo comma dell'art. 2034 c.c., che

⁴⁹ Sotto questo profilo, la prospettiva contrattuale permetterebbe anche di superare la confusione tra causa degli spostamenti patrimoniali e singole prestazioni di contribuzione che permea invece l'assetto fondato sulle obbligazioni naturali. Il presupposto di quest'ultima tesi è infatti quello per cui il sostegno morale e materiale, nelle convivenze, non assurgerebbe a obbligo giuridico ma solo a obbligo morale e sociale. Non ci si accorge, tuttavia, che ciò di cui si sta in realtà discutendo non è un generico obbligo di assistenza ma sono, piuttosto, le concrete condotte di contribuzione attuate dalle parti.

espressamente esclude che esse producano altri effetti oltre a quello della *soluti retentio*⁵⁰.

Senza voler ripercorrere il lungo e complesso dibattito sulla buona fede quale fonte di interpretazione e, soprattutto, di integrazione del contratto, ai nostri fini è sufficiente rilevare come, secondo l'opinione condivisa, la funzione di questa clausola generale sia principalmente quella di consentire al giudice di intervenire con un sufficiente grado di elasticità per tutelare gli affidamenti ingenerati tra le parti, soprattutto nei rapporti di durata⁵¹.

Ci pare allora evidente, alla luce di questa nozione, che la buona fede si opponga a che l'affidamento riposto da chi ha deciso di investire nel *ménage* una parte consistente della propria attività lavorativa, al momento dello scioglimento del vincolo, venga del tutto frustrato. In questo caso, fermo il principio per cui la risoluzione nei rapporti di durata non ha effetti retroattivi (art. 1458 c.c.), l'integrazione del contratto potrebbe dunque giocare un ruolo determinante, imponendo all'altro (o agli altri) *partner* di attribuire al lavoratore familiare una somma che gli consenta almeno di riavviare una vita autonoma e dignitosa ma che, ricorrendone i presupposti, potrebbe anche spingersi fino a considerare poste ulteriori quali, ad esempio, le rinunce fatte e le *chance* perdute. Sono queste, peraltro, poste che, sempre ricorrendone i presupposti, potrebbero venire assegnate anche a titolo di risarcimento del danno, quantomeno per quei casi in cui sia possibile

⁵⁰ Sul principio di buona fede nei rapporti familiari si veda l'approfondita analisi condotta da M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, pp. 159-179.

⁵¹ La letteratura in materia di interpretazione e di integrazione del contratto, con particolare riferimento alla buona fede, è sterminata. Il testo di riferimento è S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965; per un'esposizione dei principali nodi del dibattito in questione si vedano V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 439 – 475; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, spec. pp. 1367 – 1372 e 1379 – 1393. Sulla questione si veda, altresì, approfonditamente C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *RDC*, 1983, pp. 205 ss.

dimostrarne la connessione causale con l'inadempimento dell'altro (o degli altri) componenti dell'unione.

Similmente, è chiaro che la buona fede, istituzionalmente deputata a raccordare forma giuridica e sostanza economica in quei casi in cui un loro eccessivo scollamento pregiudichi eccessivamente il principio di equità, non permette che gli acquisti effettuati con il contributo di tutti i componenti del *ménage* sul presupposto del godimento comune possano, al momento della conclusione del vincolo, essere allocati sulla sola base del titolo. Essa impone al giudice di vagliare l'atteggiarsi sostanziale del rapporto e di assegnare le prerogative proprietarie sui beni comuni compiendo valutazioni più complesse del mero accertamento della titolarità formale, dalla quale egli potrebbe dunque anche prescindere. Attraverso l'integrazione del contratto si introducono così, nuovamente, importanti strumenti di riequilibrio, che potrebbero giungere fino a rendere operativi, tra i conviventi, effetti funzionalmente omologhi a quelli che, nel matrimonio, derivano dal regime della comunione dei beni⁵².

Quando calata nella famiglia di fatto, la buona fede consente allora di far fronte a quelle esigenze distributive di cui si è a lungo discusso e la cui frustrazione, come si è visto, costituisce il principale terreno di coltura per l'emergere di posizioni autoritarie ingiustificate.

Non solo: l'approccio contrattuale permette anche di fondare con maggiore coerenza regole già ampiamente operanti nel nostro ordinamento.

⁵² È, questa, un'operazione che il giudice deve svolgere evitando ogni automatismo e prestando attenzione al concreto atteggiarsi del rapporto nel singolo caso. La possibilità per il giudice di attribuire le prerogative proprietarie sui beni a prescindere dalla loro titolarità formale, nella famiglia di fatto, è stata peraltro oggetto di dibattito da parte della dottrina la quale, sulla questione, ha a più riprese chiamato in causa l'istituto della comunione tacita familiare. Sul punto, per tutti, v. V. FRANCESCHELLI, voce: *Comunione tacita familiare*, in Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., 1986, pp. 188 ss.

E così, ad esempio, l'articolato ragionamento attraverso cui la giurisprudenza è giunta a riconoscere al convivente non proprietario la tutela possessoria sulla casa di comune abitazione si semplifica enormemente ove si voglia riconoscere che il titolo autonomo di detenzione di cui egli gode trova direttamente nel rapporto (contrattuale) di convivenza il suo fondamento ultimo⁵³. Una tale ricostruzione consentirebbe, in tal modo, di ammettere finalmente che il divieto per il proprietario di estromettere improvvisamente il *partner* dalla casa comune senza assegnargli un congruo termine per individuare un'altra abitazione, a più riprese ribadito dalle corti, deriva dalla diretta applicazione del principio di buona fede, e di superare così le omissioni e le reticenze in cui, sul punto, sono incorse le motivazioni dei nostri giudici.

5. Conclusioni

L'analisi compiuta nel presente contributo ha condotto a individuare nella famiglia di fatto un rapporto di matrice autenticamente contrattuale.

È curioso rilevare come questa conclusione, che tutto sommato rappresenta la conseguenza più naturale della riconduzione delle convivenze a un fondamento costituzionale differente rispetto a quello della famiglia legittima e che restituirebbe all'intero fenomeno una maggiore chiarezza e coerenza tecnica, venga costantemente estromessa dal dibattito.

La sensazione di fondo è che ciò sia dovuto a un certo imbarazzo da parte della nostra cultura giuridica, convinta che qualificare come contrattuali i rapporti familiari equivalga a obliterarne la natura cooperativa e solidale per sottoporli alla logica fredda degli scambi di mercato.

⁵³ Sembra d'altra parte lambire questa conclusione parte della dottrina che si è occupata della questione. Si veda, in questo senso, E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 37 ss.

Senonché, se da un lato è proprio la retorica solidaristica a introdurre tra le parti elementi di uno scambio non voluto rimesso alla *mercé* del più forte (è questo quanto avviene attraverso l'applicazione dei principi sull'arricchimento ingiustificato), dall'altro si è dimostrato come il contratto possa uscire dalle ristrettezze proprie di una teorica che lo vorrebbe unicamente deputato a tramutare il valore d'uso dei beni in valore di scambio, per assurgere a strumento distributivo capace di organizzare rapporti sociali di natura cooperativa.

Quanto detto apre a due ordini di riflessioni, le prime più contingenti, le seconde, invece, di ispirazione più teorico generale.

Per quanto concerne il primo ordine di riflessioni, occorre osservare che, per poter assolvere a questa funzione, il contratto, quando calato nei rapporti familiari, deve essere interpretato valorizzandone gli aspetti che lo qualificano quale strumento funzionale e flessibile, che autenticamente apre all'apprezzamento decentrato dei singoli casi concreti. In questa prospettiva un ruolo fondamentale deve essere attribuito a quegli istituti che proiettano la relazione negoziale nella sua dimensione dinamica. Viene dunque in rilievo non soltanto la buona fede ma anche, ad esempio, la disciplina sulla manutenzione del contratto e le regole sulla gestione delle sopravvenienze, tutti elementi che, nel solco dell'analisi che si è condotta, meriterebbero senz'altro ulteriori approfondimenti.

È, infatti, necessario arginare gli eccessivi automatismi che potrebbero sorgere in sede applicativa onde evitare che, come avvenuto in altri ordinamenti, attraverso la teoria del contratto si finisca in realtà per sottoporre surrettiziamente le convivenze alla tecnica dello *status*⁵⁴.

⁵⁴ Il rischio emerge dall'analisi comparatistica condotta da M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia tra status e contratto*, cit. pp.105 ss.

Il secondo ordine di riflessioni riguarda invece, più propriamente, il tema dei poteri privati, filtro attraverso cui, nel presente contributo, si sono vagliati gli effetti che la teoria delle obbligazioni naturali è in grado di sortire quando applicata alle unioni di fatto.

In termini generali, nel dibattito giuridico contemporaneo, il dispositivo delle autorità private è stato utilizzato per mostrare come il crollo delle strutture ordinanti dello stato e del mercato, a cui stiamo assistendo, possa determinare una sorta di circolo vizioso: le libertà individuali, fondamento ultimo dell'ordinamento, rischiano infatti di essere abbandonate a loro stesse con il risultato che “il loro esercizio tenda paradossalmente a distruggere proprio il modello di una società che le riconosce come un *prius*, facendo così prevalere la libertà del più forte su quella del più debole”⁵⁵.

La soluzione al problema viene individuata nella necessità di un intervento deliberato dal potere pubblico, che assolva al compito di “preservare l'ordine giuridico privatistico dalla formazione di quelle posizioni di potere economico o di autorità di fatto che tendono costantemente a provocare la sua dissoluzione”⁵⁶. Si tratta, in altre parole, di invocare il ricorso alla norma imperativa quale strumento idoneo a riequilibrare i rapporti tra le parti nelle singole transazioni economiche, che vengono in tal modo plasmate al perseguimento di interessi superindividuali. Le relazioni di mercato sono così “indirizzate” secondo un assetto che permette alla loro somma di assolvere anche al compito generale (e ordinamentale) di bilanciare le contrapposte esigenze di eguaglianza e libertà⁵⁷.

⁵⁵ P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *RDC* 1, 2017, p. 110.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Ivi, *passim*. Sul punto si veda anche A. ZOPPINI, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *RDC*, 2013, pp. 530 ss.

La riflessione condotta nel presente contributo pone tuttavia un problema: quello, cioè, dell'argine ai poteri autoritari in quelle formazioni sociali che, sebbene in grado di creare valore economico, e dunque utilità, non individuano nel mercato il luogo deputato alla loro allocazione e, dunque, quale terreno di mediazione per gli interessi delle parti. È questo, tipicamente, il caso della famiglia di fatto, ove è stata proprio la paura di una sua mercificazione, e l'incapacità di individuare strumenti allocativi *extra-mercato*, a determinare il sorgere di poteri autoritari ingiustificati.

Per queste situazioni la norma imperativa non funziona: se calata nei rapporti tra i conviventi, ad esempio, essa introdurrebbe la logica dello *status* e finirebbe quindi per confermare il dilemma delle dicotomie e per negare proprio quella vocazione liberale di cui la tesi del diritto privato regolatorio, poc'anzi delineata nei suoi tratti essenziali, si fa portavoce⁵⁸.

La famiglia di fatto mostra allora come vi siano rapporti privati che possono essere apprezzati sotto il profilo economico ma che sono incompatibili con la logica dello scambio, rapporti che, in ultima analisi, sostituiscono alla competizione assetti di natura cooperativa⁵⁹.

Sono, questi, rapporti che impongono al civilista un non indifferente sforzo di posa in opera, uno sforzo che sia capace di arginare la tentazione a che essi vengano completamente estromessi dal giuridico poiché apparentemente incoerenti con le logiche più tradizionali della dogmatica privatistica, seguendo uno schema che rischia di abbandonare le parti più deboli in balia di pericolose posizioni di autorità.

⁵⁸ Il fatto che la norma imperativa sia il terreno degli *status* è confermato non soltanto dalla disciplina del matrimonio ma anche, ad esempio, dal diritto dei consumatori.

⁵⁹ Per un'analisi economica del fenomeno v. Aa. Vv., *Il comune come modo di produzione*, Verona, 2017.

Occorre, in altre parole, esplorare – a diritto vigente – le potenzialità distributive e cooperative degli strumenti tradizionali, secondo un percorso che ha già parzialmente sottoposto a scrutinio critico la proprietà e i beni ma che dovrà ora, necessariamente, aprirsi anche alla teoria del contratto⁶⁰.

Come si è avuto modo di dimostrare, accanto alla tradizionale funzione di fondamento del mercato, il contratto potrebbe infatti anche assolvere al compito di opporre, a uno Stato sempre più debole, la capacità delle comunità – a partire da quella familiare – di auto-organizzarsi, secondo schemi ecologici, decentrati e generativi⁶¹.

E così, se nel “contratto del mercato” la perequazione tra la forza negoziale delle parti è demandata alla norma imperativa, nel “contratto della cooperazione” la stessa funzione dovrà essere svolta da strumenti più flessibili, prime tra tutte le clausole generali.

È questo un percorso faticoso ma quanto mai necessario: si tratta, in ultima analisi, di opporre al crollo dello Stato e del mercato un’ermeneutica del diritto civile in grado di costruire le infrastrutture del comune.

⁶⁰ Per quanto concerne la teoria dei beni, si colloca in questa linea il recente dibattito in materia di beni comuni, sul quale si rinvia, tra gli altri, a U. MATTEI, *Beni comuni, un manifesto*, Roma – Bari, 2011; M. R. MARELLA, (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato, per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; S. RODOTA’, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni*, Bologna, 2013; A. QUARTA, M. SPANO’ (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano – Udine, 2016. Tra gli studi in materia di proprietà che adottano questo approccio si segnala U. MATTEI, *La proprietà*, cit.; A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell’accesso ai beni.*, Napoli, 2016. Intraprendono un’analisi del contratto, in questa prospettiva, U. MATTEI, A. QUARTA, *The Turing Point in Private Law. Ecology, Technology and the Common(s)*, Cheltenham, 2018. Per un inquadramento teorico generale di queste prospettive, in relazione al ruolo che rispetto ad esse gioca il diritto civile, v. M. SPANO’, *Situazioni dell’autonomia*, cit. La prospettiva contrattuale di questa analisi, specialmente alla luce della riflessione condotta nel presente contributo, meriterebbe di essere approfondita alla luce delle riflessioni sui contratti associativi condotte a partire dalla celebre opera di P. Ferro Luzzi: P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.

⁶¹ V. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Arezzo, 2017.