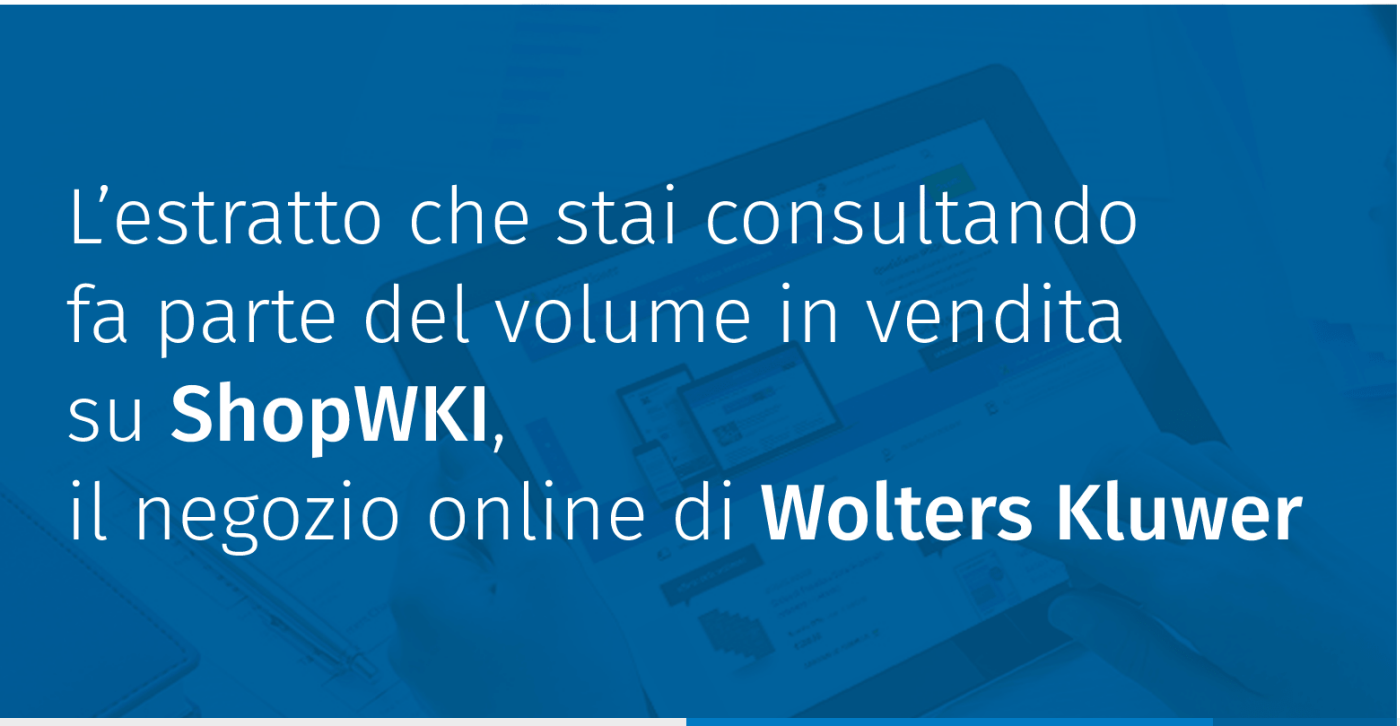
Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

documento scritto[213]; ovvero ancora, proprio in assenza della prova di un regime di comunione tacita familiare, che consentirebbe tuttavia in quanto tale l'estensione di diritto agli acquisti fatti da ciascun partecipante, si esclude la comunione dell'acquisto[214].

Art. 230 *ter* – Diritti del convivente[(1)]

[1] Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato.

(1) Articolo inserito dall'art. 1, 46° co., l. 20.5.2016, n. 76.

commento di Giovanni Di Rosa

Sommario: 1. L'introdotta tutela nel quadro della (circoscritta) rilevanza normativa della convivenza di fatto. - **2.** La precedente esclusione del convivente *more uxorio*. - **3.** I presupposti della nuova fattispecie. - **4.** I diritti riconosciuti al convivente di fatto.

1. L'introdotta tutela nel quadro della (circoscritta) rilevanza normativa della convivenza di fatto

L'art. 1, 46° co., l. 20.5.2016, n. 76, di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, ha introdotto, all'interno della Sezione VI del Capo VI del Titolo VI del Libro primo del

[213] Sulla non estensibilità in via automatica del regime collettivo ai beni acquistati dal singolo v. Cass., 24.9.1990, n. 9677, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 703 ss., con nota di Di Cola, *Comunione tacita familiare e rappresentanza di interessi*, che prospetta un obbligo di trasferimento in relazione al caso dell'intervenuto accordo (ritenuto ammissibile) attraverso cui il titolare di un bene immobile aveva assunto, con scrittura privata coeva al rogito di compravendita, la qualità di fiduciario del fondo con la contestuale assunzione dell'obbligo di compensare i familiari dell'attribuzione a suo favore o di trasferire loro *pro quota* la proprietà dell'immobile medesimo.

[214] Al riguardo Cass., 30.8.1999, n. 9119, cit., ha confermato la sentenza del giudice di merito la quale ha escluso la comproprietà su bene immobile intestato ad un coniuge in forza del regime di comunione tacita familiare invocato dall'altro coniuge ricorrente, non essendo stata provata la volontà di mettere a disposizione del consorzio familiare determinati beni e di porre in comune guadagni, perdite e incrementi patrimoniali.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1727 16/10/18 11:06 AM

codice civile, dedicata all'impresa familiare, il nuovo art. 230 *ter* c.c., rubricato diritti del convivente. Già in sede di primi commenti della novella si è ritenuto che con tale previsione il legislatore ha colmato il vuoto normativo lasciato dalla riforma del diritto di famiglia del 1975[1]. Invero, tale (diffuso) rilievo deve essere messo in relazione con il dibattito sviluppatosi in ordine alle forme di tutela da riconoscere a chi, non essendo legato da vincolo coniugale, assicurava il proprio apporto lavorativo in favore dell'imprenditore proprio convivente; infatti, a fronte dell'art. 230 *bis* c.c., che individuava come destinatario delle tutele ivi formalizzate per l'opera prestata il familiare, ossia, nella adottata terminologia normativa, il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo (a cui oggi deve aggiungersi la parte dell'unione civile in virtù dell'art. 1, 13° co., l. n. 76/2016), nulla era previsto con riferimento al convivente *more uxorio*.

Quanto alla tecnica legislativa, dunque in punto di metodo, si è così scelto di approntare una nuova disposizione, da collocare all'interno del codice civile, piuttosto che aggiungere il convivente nell'elenco dei familiari contenuto nell'art. 230 *bis*, 3° co., c.c.[2]. Quanto invece al relativo contenuto, dunque in punto di merito, la previsione di legge si presenta certamente assai differente dall'art. 230 *bis* c.c., avendo parzialmente esteso al convivente la disciplina dell'impresa familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c.[3], meritandosi

[1] In tal senso Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230* ter *c.c.*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2017, 590; similmente Romeo F., *Impresa familiare e rapporti di convivenza: art. 230*-bis *c.c.* versus *art. 230*-ter *c.c.*, in *Studium iuris*, 2018, 289.

[2] Soluzione ritenuta più lineare da Auletta T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Leggi civ. comm.*, 2016, 394 s., a fronte di quella più tortuosa (e ritenuta ingiustificatamente discriminatoria) seguita dal legislatore; avvertita come più semplice da Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 937, che ritiene non chiara la ragione della scelta normativa; similmente Romano C., *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 346; anche Gorgoni, *Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, 230, rileva che, ai fini di garantire i diritti del convivente il quale presta la propria opera nell'impresa dell'altro, sarebbe stato sufficiente estendere la nozione di familiare rilevante *ex* art. 230 *bis* c.c., includendovi appunto (anche) il convivente; in termini di auspicio, in precedenza, Quadri E., *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, I, 274; di strada tortuosa fa menzione Romeo F., *Impresa familiare e rapporti di convivenza*, cit., 295.

[3] In questi termini Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 8; di riproduzione parziale discute Bianca C.M., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, 552.

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1728 16/10/18 11:06 AM

al riguardo l'appellativo di regola lacunosa[4], proprio in considerazione della ritenuta «disciplina specifica più ristretta e leggera, meno garantistica (…) per la posizione del convivente-lavoratore»[5]; più precisamente, al convivente che presta stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente viene riconosciuto il diritto ad una partecipazione agli utili dell'impresa familiare, ai beni acquistati con essi e agli incrementi dell'azienda (anche in ordine all'avviamento), commisurata al lavoro prestato, venendo espunti invece, rispetto al testo dell'art. 230 *bis* c.c., il diritto al mantenimento, le posizioni giuridiche connesse ai profili amministrativo-gestionali, nonché la prelazione sull'azienda in caso di divisione ereditaria o di trasferimento della medesima. Invero, sia rispetto al metodo sia rispetto al merito, ma si avrà modo di meglio evidenziare nel prosieguo la stretta correlazione (logica, anzitutto, a dispetto di quanto avversamente sostenuto) dei due profili ora menzionati, deve certamente rilevarsi la peculiarità del nuovo impianto normativo, che comunque segna una esplicita presa di posizione (in virtù di una scelta di campo) da parte del legislatore della novella in un complesso (e complessivo) contesto di riforma rispetto al riconoscimento delle formazioni sociali non matrimoniali, ossia l'unione civile e le convivenze di fatto, tra di loro certamente diverse sia sotto il caratterizzante profilo formale sia sotto il consequenziale profilo sostanziale (come ben avvertibile dalle, distinte, approntate regole di legge).

Il quadro risultante, in ordine allo specifico tema qui oggetto di disamina, appare pertanto il seguente: per un verso si è certamente posto fine al pregresso dibattito sull'applicabilità o meno al convivente dell'art. 230 *bis* c.c., predisponendo un certo tipo di garanzie con le quali superare, rispetto alla convivenza *more uxorio*, la perpetuata presunzione di gratuità di derivazione matrimoniale (eliminata in quel contesto familiare dalla introduzione dell'art.

[4] Il riferimento è a Lenti, *Convivenze di fatto*, cit., 937, che propone, per rimediare, l'integrazione per via interpretativa, ricorrendo alle regole (non riprodotte) contenute nell'art. 230 *bis*, 2°, 4° e 5° co., c.c.

[5] Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 602; plurime, ad avviso di Tola, *Famiglia, famiglie e discriminazioni nell'impresa familiare*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 892 s., le discriminatorie disparità sussistenti tra l'impresa familiare di fatto e l'impresa familiare istituzionale; ritiene la scelta discriminatoria (e poco garantista) anche Romeo F., *Impresa familiare e rapporti di convivenza*, cit., 295, a motivo della più limitata tutela riservata al convivente rispetto a quella prevista a favore degli altri familiari; similmente Cucinotta, *L'impresa familiare tra uniti civilmente e tra conviventi: profili critici nel dibattito per le uguaglianze*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, Atti del Convegno (Enna, 16 giugno 2017), a cura di Romeo F., Napoli, 2018, 137 ss.; in precedenza, autorevolmente, Auletta T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, cit., 395.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1729 16/10/18 11:06 AM

230 *bis* c.c.)[6]; per altro verso la scelta così operata, anche in ragione dei problemi che in passato si erano posti, ha già dato vita a un vivace confronto (al momento solo dottrinale) che non sembra destinato a esaurirsi nel breve periodo, anche in considerazione di auspicati interventi sul punto, di riformulazione normativa o di interpretazione giudiziale (anche da parte del giudice delle leggi)[7].

Vero è, peraltro, che il riferimento al disposto dell'art. 230 *bis* c.c. viene oggi riproposto da chi, autorevolmente (ma non condivisibilmente), ritiene che «Il convivente può (…) continuare ad avvalersi dell'applicazione analogica della disciplina dell'impresa familiare»[8], poiché l'eventuale interpretazione in senso negativo «sarebbe costituzionalmente non orientata in quanto creerebbe una irragionevole disparità di trattamento del lavoro prestato dal familiare nell'ambito dell'impresa»[9]. Occorre infatti in senso contrario rilevare che, alle (plurime) precedenti ragioni di segno opposto, in assenza cioè della specifica (e precisa) disposizione dell'art. 230 *ter* c.c., rispetto alla invocata applicazione analogica dell'art. 230 *bis* c.c. (e di cui a breve si darà conto)[10], oggi si aggiunge anche quella rappresentata proprio dal nuovo dato normativo, ossia l'art. 230 *ter* c.c. che, in maniera inequivoca, segnala (di per sé) l'impossibilità del ricorso al procedimento analogico, non essendosi in presenza, più precisamente, di quella lacuna di legge che ne consente l'operatività. Anzi, il sistema delineato dal legislatore della recente riforma appare oltremodo chiaro (e, sotto questo profilo, non irrazionale, in quanto animato da una complessiva logica di senso), avendo assicurato, da un lato, la piena equiparazione, quanto all'impresa familiare, del coniuge rispetto alla parte dell'unione civile, in virtù della già richiamata (espressa) estensione

[6] Ancora di recente, sia pure con qualche attenuazione, Cass., 16.6.2015, n. 12433, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 150 ss., con nota di Voza, *Lavoro domestico e presunzione di gratuità: non basta l'affetto* e Cass., 29.9.2015, n. 19304, in *Famiglia e dir.*, 2016, 129 ss., con nota di Oberto, *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente* more uxorio.

[7] Questo lo scenario prefigurato da Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 625, al termine di un'accurata analisi della nuova fattispecie.

[8] Bianca C.M., *Diritto civile*, 2.1, cit., 552, richiamando la posizione assunta sul punto dalla giurisprudenza anteriormente all'introduzione della nuova disposizione codicistica; differentemente, sia pure ritenendo residuare qualche incertezza su talune specifiche tutele, Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 601, a cui avviso «La previsione di una disciplina specifica sembra porre fine (…) al dibattito sulla possibilità di applicare estensivamente o analogicamente l'art. 230 *bis* c.c. ai conviventi *more uxorio*».

[9] Bianca C.M., *Diritto civile*, 2.1, cit., 552.

[10] Spunti riassuntivi in Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 594 ss.; cenni anche in Romeo F., *Impresa familiare e rapporti di convivenza*, cit., 292.

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1730 16/10/18 11:06 AM

all'unione civile della disciplina contenuta nell'art. 230 *bis* c.c., ai sensi dell'art. 1, 13° co., ultima parte, l. n. 76/2016; avendo predisposto, dall'altro, un complesso di situazioni giuridiche soggettive a tutela della posizione del convivente, quantunque il riferimento, tra questi diritti, agli utili dell'impresa familiare, in quanto ritenuto attestante che il lavoro prestato dall'altro convivente dà luogo ad un'impresa familiare, sia stato inteso in buona sostanza come riferibile alla medesima logica della originaria previsione dell'art. 230 *bis* c.c., di cui dunque si è continuata a invocare l'applicazione analogica[11]. L'avere, pertanto, delineato uno statuto giuridico del partecipante, comune al coniuge e alla parte dell'unione civile, e uno statuto giuridico del partecipante, in quanto convivente, di contenuto differente rispetto al primo, in quanto limitato ad una partecipazione agli utili dell'impresa familiare, ai beni acquistati con essi e agli incrementi dell'azienda (anche in ordine all'avviamento), in proporzione al lavoro prestato, non appare in sé da ritenersi irragionevole proprio perché la relativa soluzione deve essere necessariamente inquadrata all'interno di quella logica di sistema che caratterizza l'intervento legislativo di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso e di disciplina delle convivenze[12]; il relativo complessivo impianto risulta infatti per buona parte caratterizzato (anche se con qualche distinguo importante) dalla predisposta configurazione giuridica dell'unione civile alla stregua del matrimonio, quali modelli traducenti l'assunzione di un impegno formalizzato di vita in comune, diversamente dalla convivenza di fatto, pure oggi rilevante in termini di riconosciuta formazione sociale ma dai tratti certo differenti sia rispetto al matrimonio sia rispetto all'unione civile[13]. Il riferito

[11] Si tratta della posizione di Bianca C.M., *Diritto civile*, 2.1, cit., 552.

[12] Il rilievo è comune, quanto alla rilevata impostazione normativa, anche a Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 595, il quale ha altresì modo di ravvisare nella operata scelta legislativa la conferma della precedente interpretazione restrittiva dell'art. 230 *bis* c.c., «che richiede per la costituzione della fattispecie un rapporto familiare qualificato tra il collaboratore e l'imprenditore» (601); similmente Romeo F., *Impresa familiare e rapporti di convivenza*, cit., 295, che ritiene coerente (ma non condivisibile) la differenziazione operata, ravvisando la spiegazione della scelta effettuata «nella volontà (neanche tanto nascosta) del legislatore di porre "le convivenze di fatto" in una posizione di subalternità rispetto al modello familiare tradizionale fondato sul matrimonio».

[13] Non è ovviamente possibile in questa sede dare conto del dibattito suscitato dal recente intervento normativo ma, tra tanti, possono segnalarsi i contributi collettanei *Legge 20 maggio 2016, n. 76*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 845 ss.; *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, a cura di Rescigno e, Cuffaro, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; *Modelli familiari e nuovo diritto*, Atti del Convegno (Padova, 7-8 ottobre 2016), in *Nuova giur. comm.*, 2016, 1663 ss.; nonché più specificamente, per quel che qui rileva, Auletta T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, cit., 367 ss.; Romeo F., *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi*

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1731 16/10/18 11:06 AM

diverso avviso, secondo il quale il dubbio di costituzionalità dell'art. 230 *ter* c.c. (per violazione dell'art. 3 cost.) «non riguarderebbe la perfetta equiparabilità della convivenza di fatto al rapporto di coniugio, ma la ragionevolezza della diversità di trattamento per quanto attiene alla particolare disciplina dell'impresa familiare»[14], rischia, sotto questo profilo, di sganciare del tutto l'istituto dell'impresa familiare dal contesto normativo all'interno del quale essa comunque si colloca, in un attuale sistema regolamentare che appare il risultato, inevitabile (ma coerente), delle scelte legislative effettuate in termini di (differente) disciplina dei (diversi) rapporti relazionali (personali e patrimoniali) di coppia; non appare dunque possibile trascurare di considerare che la concreta regolamentazione normativa risulta innestata (in ragione della espressa scelta effettuata) sulla (specifica) tipologia della relazione tra i soggetti coinvolti, che pertanto assume i tratti della caratterizzazione identificativa e distintiva della fattispecie analizzata[15].

2. La precedente esclusione del convivente *more uxorio*

Come già rilevato, vigente il solo art. 230 *bis* c.c., si era posto il problema della individuazione dei partecipanti beneficiari della normativa di tutela, proprio con particolare riguardo alla posizione del convivente *more uxorio*[16],

civ. comm., 2016, 665 ss.; Venuti, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Politica dir.*, 2016, 95 ss.; De Cristofaro G., *Le "unioni civili" tra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Leggi civ. comm.*, 2017, 101 ss.

[14] Cucinotta, *L'impresa familiare tra uniti civilmente e tra conviventi*, cit., 143.

[15] Discorso diverso, e non inficiato, è invece quello di potersi valere, nella soluzione di taluni problemi posti dalla nuova fattispecie di cui all'art. 230 *ter* c.c., dei risultati a cui sono approdate dottrina e giurisprudenza con riferimento all'art. 230 *bis* c.c., laddove sia chiaramente avvertibile la corrispondenza dell'ordine di problemi posto in evidenza.

[16] Il termine convivenza *more uxorio*, invero, rappresenta (dal punto di vista dell'evoluzione semantica) la penultima fase di sviluppo nel rapporto tra famiglia legittima (ossia fondata sul matrimonio) e altre forme di aggregazione differenti in quanto mancanti del presupposto formale matrimoniale; infatti, mentre originariamente l'espressione utilizzata, con una evidente caratterizzazione negativa e sprezzante, era rappresentata dal termine concubinato, a dimostrazione di una sorta di diversità (anche nel giudizio sociale) di tali forme di unione, successivamente, superata la fase del richiamo alla convivenza al modo coniugale, si è diffusa una nuova terminologia, indicativa di un distinto modo di intendere (anche socialmente) la questione, quella di famiglia di fatto (in contrapposizione alla famiglia di diritto, trovante cioè fondamento in un comportamento giuridicamente rilevante in quanto formalizzato); su tale processo evolutivo, per tutti, Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 1 ss.; sulla variegata (relativa) terminologia e sugli atteggiamenti dei giuristi verso la famiglia di fatto Alpa, *I principi generali*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, 249 ss.

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1732 16/10/18 11:06 AM

all'interno peraltro del tema (più generale) della rilevanza della situazione di convivenza rispetto al modello familiare (tradizionale)[17].

Senza potere in questa sede affrontare la questione (pure non irrilevante) se la possibile estensione analogica della tutela *ex* art. 230 *bis* c.c. al convivente *more uxorio* rappresentasse, così come per il familiare espressamente menzionato nella previsione normativa, una soluzione minimale (e spesso, almeno se confrontata con la tutela assicurata dal riscontrabile rapporto di lavoro subordinato, notevolmente meno incisiva), ha comunque costituito un appropriato punto di partenza (in termini di comparazione) il riscontro degli elementi o requisiti richiesti per l'operare della fattispecie (a suo tempo) normativamente data, negativi (ossia, tra quelli più rilevanti, assenza di vincolo societario e insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato) e positivi (ossia vincolo coniugale, di parentela o di affinità nei termini di cui all'art. 230 *bis*, 3° co., c.c.). Quanto ai requisiti positivi, l'affermato fondamento dell'impresa familiare sulla convivenza *more uxorio*[18] trovava certo

[17] Sul rapporto tra ordinamento giuridico della famiglia e formule definitorie rientranti nel campo del diritto naturale, criticamente, Barcellona P., *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 780 ss., in considerazione della ritenuta relatività e storicità della nozione di famiglia, quantunque potrebbe anche ritenersi, proprio facendo leva sulla affermata preminenza del tipo di scelte effettuate dal legislatore in relazione al tipo di società considerata e dal grado di evoluzione raggiunta che, finché non risulta modificata la previsione contenuta nell'art. 29 cost., non si può giuridicamente sostenere l'esistenza di una pluralità di modelli (asseritamente) familiari alternativi a quello fondato sul matrimonio; il riferimento al processo di differenziazione da un unico modello di famiglia (quello fondato sul matrimonio) ad una molteplicità di tipi familiari è invece presente in Ferrando, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, 185 s. Per alcune considerazioni su tale tematica Di Rosa, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 755 ss.; Id., *Famiglia e matrimonio: consolidate tradizioni giuridiche, innovative discipline interne e attuale sistema comunitario*, in *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, II, a cura di Montanari B., Torino, 2013, 63 ss.; Id., *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di Fumagalli Carulli O. e Sammassimo, Milano, 2015, 227 ss. Deve altresì menzionarsi, per l'accurata e approfondita disamina svolta e per i risultati a cui perviene, l'ampia (recente) indagine di Renda, *Il matrimonio civile. Per una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 3 ss. e spec. 46 ss., il quale evidenzia (tra l'altro) che l'art. 29 cost. «non fa che assumere il nesso tra famiglia e matrimonio come presupposto culturale la cui meritevolezza assiologica deriva dal suo fondamento antropologico e, su questa base, istituire in via prescrittiva tale nesso come necessario alla tutela predisposta» (57).

[18] Favorevolmente Graziani C.A., *L'impresa familiare*, in *Tratt. Rescigno*, 3, Torino, 1996, 674 s.; Dogliotti, Figone, *L'impresa familiare*, in *Tratt. Bessone, Il diritto di famiglia*, a cura di Auletta T., IV, 2, Torino, 2011, 709; per una esplicitazione di maggior respiro Balestra, *L'impresa familiare*, Milano, 1996, 170 ss. e spec. 202 ss.; Id., *La famiglia di fatto*, in *Tratt.*

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1733 16/10/18 11:06 AM

dinanzi a sé un dato letterale normativo che, ad altri, era apparso insuperabile[19] e che, peraltro, aveva trovato il conforto della prevalente giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità[20]. In verità, la soluzione negativa era sembrata

Ferrando, II, Bologna, 2008, 1069 ss.; Id., *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato Alpa-Patti*, Padova, 2009, 211 ss.; Palmeri, *Regime patrimoniale della famiglia*, II, *Art. 230* bis, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2004, 81 ss., la quale, al termine dell'analisi del relativo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, rilevava come «circoscrivere la portata innovativa dell'art. 230 *bis* c.c. alla famiglia legittima non appare in armonia con il nuovo modo di intendere la famiglia sia al livello di ordinamento interno che sovranazionale» (83); più di recente, con particolare approfondimento, Prosperi, *Impresa familiare*, *Art. 230* bis, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2006, 145 ss.; in giurisprudenza T. Ivrea, 30.9.1981, in *Vita notarile*, 1982, 802 ss. e in *Giur. agr. it.*, 1984, 105 ss., con nota di Amoroso, *Sull'applicabilità della disciplina dell'impresa familiare alla famiglia di fatto*; T. Torino, 24.11.1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 428 ss. e 574 ss., con note, rispettivamente, di Calvo, *Un precedente in tema di* animus mutuandi *e operazioni su conto corrente bancario cointestato ai conviventi* more uxorio e di Oberto, *Impresa familiare e ingiustificato arricchimento tra conviventi «*more uxorio*»*; Cass., 15.3.2006, n. 5632, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 995 ss., con nota di Stoppioni, *Rapporto d'impresa familiare e convivenza "*more uxorio*"*, che indica nella famiglia di fatto una formazione sociale atipica a rilevanza costituzionale.

[19] Valorizzava il dato formale Gazzoni, *Dal concubinato*, cit., 69 ss.; evidente la forzatura per Andrini, *Impresa familiare*, in Vittoria, Andrini, *Azienda coniugale e impresa familiare*, in *Tratt. Galgano*, XI, Padova, 1989, 211 ss.; Colussi, *Impresa familiare*, in *Digesto comm.*, VII, Torino, 1992, 179, concordava sul fatto che l'estensione, a fronte di una simile disposizione di legge, non potesse che avvenire con un provvedimento legislativo *ad hoc*; analogamente, in precedenza, Protettì E., *L'impresa familiare tra conviventi more uxorio*, in *Soc.*, 1985, 475, rilevando la necessità, per potere aderire ad una soluzione differente, di una modifica legislativa dell'art. 230 *bis* c.c. che estendesse al convivente (*more uxorio*) la tutela assicurata al coniuge, così come previsto da una (non più recente) proposta di legge dallo stesso Autore richiamata; più cauta (ma comunque adesiva) la posizione di Auletta T., *Il diritto di famiglia*, 9ª ed., Torino, 2008, 195, a motivo del rimando in ordine al sostanziale riconoscimento in via interpretativa della famiglia di fatto (cfr. 12 ss.), che richiama tuttavia il fondamento della soluzione negativa; similmente, quanto alla cautela, ma con riferimento a possibili forme di tutela alternativa, Panuccio V., *Impresa familiare*, in *Enc. Dir.*, *Agg.*, IV, Milano, 2000, 680; sulla opportunità di un approfondimento del tema, a fronte della lettera della legge che induceva ad escludere la presenza di un'impresa familiare fra conviventi, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, IV, *La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti. Il fallimento*, 4ª ed., Padova, 2004, 141, nt. 66; per l'impostazione restrittiva (coerente con il dato letterale della norma) anche Quadri G., *Impresa familiare e prestazioni di lavoro*, Napoli, 2012, 42 s.

[20] Tale orientamento risultava fondato sul carattere eccezionale (dunque insuscettibile di applicazione analogica) della disposizione dell'art. 230 *bis* c.c. in ordine alle norme generali in tema di prestazioni lavorative e in relazione alle strutturali diversità tra la famiglia legittima (fondata sul matrimonio) e la convivenza: Cass., 18.10.1976, n. 3585, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1949 ss. e in *Nuovo dir. agr.*, 1977, 345 ss.; T. Roma, 10.7.1980, in *Dir. fall.*, 1980, II, 611 ss., con nota di Farenga, *In tema di "rapporto* more uxorio*", "famiglia di fatto" e "impresa familiare"*; T. Milano, 10.1.1985, in *Soc.*, 1985, 507 ss.; T. Firenze, 18.6.1986, in *Toscana lav. e giur.*, 1987, 228 ss.; T. Milano, 5.10.1988, in *Lavoro 80*, 1989, 206 ss.; Cass., 14.6.1990, n. 5803, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Lavoro (rapporto)*, n. 564, 1706; Cass., 2.5.1994, n. 4204, in *Foro it.*, 1995, I, 1935 ss.; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 844 ss., con nota (critica) di Balestra, *Sulla rilevanza della convivenza*

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1734 16/10/18 11:06 AM

da preferire per una pluralità di ragioni senza che ciò, tuttavia, potesse implicare un'affermazione di irrilevanza (economica e giuridica) dell'attività eventualmente prestata, attività che poteva comunque trovare riconoscimento e tutela nelle altre forme (e configurazioni) previste dall'ordinamento.

In primo luogo, doveva, infatti, predicarsi l'irrilevanza, di per sé sola, dell'*affectio*, che altrimenti sarebbe dovuta valere (quale fondamento del riconoscimento della tutela del convivente *more uxorio*) anche per altri soggetti, non inclusi nel novero di quelli indicati nell'art. 230 *bis*, 3° co., c.c. (ossia, oltre al coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo). In secondo luogo lo stesso convivente, proprio al fine del riconoscimento della partecipazione, in assenza (a motivo della insussistenza del vincolo matrimoniale) dei doveri e degli obblighi (contributivi) previsti dagli artt. 143 e 147 c.c., avrebbe potuto invocare in via immediata lo svolgimento di una simile attività ottenendo un trattamento più favorevole rispetto al coniuge, al quale invece il vincolo matrimoniale impone doveri e obblighi *ex* artt. 143 e 147 c.c., il cui assolvimento non può essere ritenuto sufficiente (di per sé solo) a fondare la partecipazione all'impresa familiare. In terzo luogo l'esigenza di tutela rivendicata per il convivente *more uxorio* avrebbe comunque potuto essere soddisfatta dalla disciplina di cui all'art. 2041 c.c. in materia di arricchimento senza causa, in relazione all'affermata astratta idoneità dell'attività medesima, in assenza della prova della retribuzione (anche indiretta) della prestazione di lavoro resa dal convivente *more uxorio*, a configurare un depauperamento del prestatore e un arricchimento senza causa del convivente[21], salva ovviamente (così come per il familiare prestatore di

«more uxorio» *nell'ambito dell'impresa familiare* e in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 278 ss., con nota di Bernardini, *Rapporto di lavoro, o di collaborazione "parasubordinata", e tutela del convivente "*more uxorio*" (c.d. familiare di fatto)*, che aveva altresì ritenuto manifestamente infondata la (prospettata) questione di legittimità costituzionale dell'art. 230 *bis* c.c. nella parte in cui tale disposizione esclude dai soggetti tutelati il convivente *more uxorio*; Cass., 19.12.1994, n. 10927, in *Informazione prev.*, 1994, 1502 s.; T. Padova, 4.4.2003, in *Mass. Giur. civ. patavina*, 2006; Cass., 29.11.2004, n. 22405, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 77, 1182.

[21] In tal senso T. Milano, 5.10.1988, cit. Simile soluzione era prospettata, proprio richiamando il caso deciso dalla giurisprudenza di merito ora citata, anche da Panuccio V., *Impresa familiare*, cit., 680, nt. 135; in senso decisamente contrario Prosperi, *Impresa familiare*, cit., 148 s., sia perché rimedio di misura minimale sia perché la giurisprudenza riconnette alle attribuzioni patrimoniali tra conviventi il carattere di adempimento di obbligazioni naturali con la conseguente applicazione della regola della *soluti retentio* (cfr. art. 2034 c.c.); su tale ultimo profilo v., tuttavia, Balestra, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2004, 100 ss. e 233 ss., il quale ravvisa «la giusta causa dello spostamento patrimoniale (...) non già

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1735 16/10/18 11:06 AM

attività) la possibilità di provare l'esistenza di un altro rapporto (ad es., di lavoro subordinato o di natura societaria), come nel caso della ritenuta sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato della ricorrente con la società, gestore di un ristorante, di cui era socio il convivente[22].

Proprio rispetto a quest'ultimo passaggio era peraltro da rilevare la non condivisibile tendenza, che peraltro nulla aveva a che vedere con il rapporto tra la famiglia fondata sul matrimonio e l'unione non formalizzata, ad escludere (in via cioè di principio), in un rapporto lavorativo che si svolgesse nell'ambito della convivenza *more uxorio*, la ricorrenza di un rapporto di subordinazione onerosa[23]; si trattava, infatti, di un orientamento che, immotivatamente (e con un percorso logico già inficiato per via normativa), tendeva ad applicare l'antica (negativa) soluzione costruita per il nucleo familiare matrimoniale (con la presunzione appunto della *affectio vel benevolentia*) alle unioni non formalizzate, con evidente grave pregiudizio della tutela della prestazione lavorativa (comunque) assicurata[24]. Diverso era, invece, il discorso allorquando si richiedeva al giudice (rispetto alla rilevanza della convivenza *more uxorio*), ai fini della distinzione (in ordine alla

nell'adempimento di un dovere morale ma nel fatto che esso si pone come elemento costitutivo della famiglia di fatto» (239).

[22] Si tratta della decisione di T. Firenze, 18.6.1986, cit.

[23] In tal senso Cass., 19.12.1994, n. 10927, cit., ritenendo peraltro possibile l'inquadramento del rapporto stesso, in carenza di prove contrarie, nell'ipotesi della comunione tacita familiare così come delineata dall'art. 230 *bis* c.c., quantunque tale prospettazione apparisse davvero singolare (a meno di non considerarlo un errore concernente il *nomen iuris*), trattandosi di un'ipotesi nella quale (come nel caso di specie) la prestazione di attività in uno studio dentistico non era certo riconducibile alle comunioni tacite familiari nell'esercizio dell'agricoltura di cui all'art. 230 *bis*, 6° co., c.c., pur potendosi in questo modo sopperire (ed è questa probabilmente la ragione della decisione) ad una carenza (in concreto) di tutela.

[24] Per l'operatività, a differenza della famiglia legittima, della presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese da una parte in favore dell'altra all'interno della famiglia di fatto v. Cass., 14.6.1990, n. 5803, cit. Giustamente invece si rilevava da Cass., 17.7.1979, n. 421, in *Foro it.*, 1979, I, 2315 ss.; in *Dir. famiglia*, 1980, 70 ss. e in *Giust. civ.*, 1980, I, 671 ss., che la compressione operata dall'art. 230 *bis* c.c. con riguardo all'estensione della presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative svolte in ambito familiare ha influenzato i criteri di estensibilità di detta presunzione al rapporto analogo di convivenza *more uxorio*; similmente Cass., 13.12.1986, n. 7486, in *Mass. Giur. it.*, 1986, 1260; Pret. Sampierdarena, (decr.) 26.10.1987, in *Dir. lavoro*, 1991, II, 373, con nota di Fontana A., *Lavoro fra conviventi more uxorio: cambia l'orientamento della giurisprudenza?*; risultava invece ancorata al pregiudizio della presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative svolte in seno alla famiglia di fatto Cass., 17.2.1988, n. 1701, in *Foro it.*, 1988, I, 2306 ss., con nota di Calò, *La giurisprudenza come scienza inesatta (in tema di prestazioni lavorative in seno alla famiglia di fatto)* e in *Informazione prev.*, 1988, 1699 ss.; da ultimo, ma con qualche attenuazione, Cass., 16.6.2015, n. 12433, cit. e Cass., 29.9.2015, n. 19304, cit.

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1736 16/10/18 11:06 AM

relativa possibile ricorrenza) tra un rapporto di lavoro subordinato o una situazione nella quale non trovi realizzazione né il requisito della subordinazione né quello della retribuzione in senso proprio, di non limitarsi all'accertamento della mera comunanza di vita (sia materiale sia spirituale), dovendo piuttosto ricercarsi se in concreto esista un'effettiva ed equa partecipazione del convivente alle risorse della famiglia di fatto; tale accertamento, invero, si poneva non tanto sul piano della rilevanza della convivenza *more uxorio* come tale, quanto piuttosto sul piano delle caratteristiche dell'attività prestata, proprio nel senso che qui di séguito si avrà modo di precisare[25].

In ogni caso, infine, la tutela del convivente non sarebbe stata espressione del consolidato riconoscimento della famiglia di fatto quanto del lavoro in sé prestato, trattandosi, in altri termini, della tutela di un interesse diverso non fondato sulla rilevanza (se non indiretta, ma ingiustificata) della *affectio* che, tuttavia, ordinariamente sarebbe potuta mancare anche nello stesso modello familiare immaginato e delineato dal legislatore. Emblematica, in tal senso, l'ipotesi della separazione personale tra coniugi, rispetto alla quale l'impresa familiare non può ritenersi automaticamente sciolta[26]; al riguardo, infatti, anzitutto la convivenza tra coniugi in quanto tale non appare requisito necessario per la configurabilità (tra di loro) dell'impresa familiare e, poi, anche l'assenza di convivenza determinata dalla separazione non esclude la sussistenza e permanenza dell'impresa familiare, diversamente da quanto avviene con riferimento alla famiglia di fatto, situazione rispetto alla quale proprio l'impegno di stabile convivenza rappresenta un elemento caratterizzante[27].

In termini più generali, poi, l'evidenziata eccezionalità dell'art. 230 *bis* c.c., ritenuto pertanto insuscettibile di applicazione analogica, con la

[25] In tal direzione Cass., 17.7.1979, n. 421, cit., che, pur prospettando l'analogia tra famiglia fondata sul matrimonio e convivenza *more uxorio*, non proponeva (in quest'ultima ipotesi) l'applicazione analogica dell'art. 230 *bis* c.c.; conformemente Cass., 13.12.1986, n. 7486, cit.; P. Sampierdarena, 26.10.1987, cit.

[26] Questa la posizione di Colussi, *Impresa familiare*, cit., 179 e Auletta T., *Il diritto di famiglia*, cit., 195; diversamente Galgano, *Diritto civile e commerciale*, IV, cit., 141, nt. 66.

[27] Sul tratto distintivo (insieme ad altri) della stabile convivenza in ordine alla riconoscibilità della famiglia di fatto v. Auletta T., *Il diritto di famiglia*, cit., 12 ss.; Id., *Diritto di famiglia*, Torino, 2016, 11 s., richiamandosi all'intervenuto riconoscimento giuridico della convivenza; a questo elemento tradizionalmente se ne aggiunge un altro, rappresentato, come peraltro già evidenziato in precedenza in testo, dall'*affectio*, secondo la completa ricostruzione, anche in ordine ai riferimenti normativi sull'affermata rilevanza della famiglia di fatto, offerta da Balestra, *L'impresa familiare*, cit., 170 ss. e spec. 175 ss.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1737 16/10/18 11:06 AM

conseguente esclusione dell'applicabilità al caso di mera convivenza[28], era stata fortemente criticata[29], ma tuttavia le addotte ragioni di carattere logico-formale, ossia quelle improntate a negare il carattere eccezionale della disciplina dell'impresa familiare in considerazione della non sussistenza di esigenze straordinarie e del tutto occasionali (con correlativa possibilità di ricorso al procedimento analogico)[30], apparivano correre il serio rischio di non considerare il senso (profondo) di una ben definita scelta compiuta dall'ordinamento; in particolare, infatti, era da dimostrare (appropriatamente) sia l'esistenza di una lacuna dell'ordinamento sia il carattere non eccezionale dell'art. 230 *bis* c.c. (tralasciando, ma non si tratta certo di questione di secondaria importanza, il profilo della somiglianza tra le due situazioni considerate). Quanto al primo aspetto, rispetto dunque alla lacuna del diritto scritto, ossia la mancanza, ai sensi dell'art. 12, 2° co., c.c., di una precisa disposizione, è stato autorevolmente sostenuto che il silenzio del legislatore «può, in astratto, avere una duplice, diversa valenza: può comunicare tacitamente una regola e può, perciò, costituire *una tecnica di disciplina*; può, all'opposto, configurarsi come *assenza di previsione* e, quindi, come vera e propria lacuna del diritto scritto»[31]. Nel caso della convivenza *more uxorio* non risultava agevole ritenere che la mancata menzione potesse configurarsi come assenza di previsione, cioè una vera e propria lacuna, in considerazione del fatto che al legislatore della riforma del diritto di famiglia non era certo ignoto tale fenomeno e i relativi possibili àmbiti di rilevanza, rappresentando piuttosto il mancato riferimento al convivente (all'interno dei familiari di cui all'art. 230 *bis*, 3° co., c.c.) una (precisa) tecnica di disciplina. Con riferimento, poi, al secondo aspetto, quello cioè relativo alla non eccezionalità della disposizione regolativa dell'impresa familiare (e dunque anche l'àmbito soggettivo di applicabilità), doveva ritenersi condivisibile il pensiero di chi, autorevolmente, ha rilevato la molteplicità (e diversità) di ragioni a giustificazione del giudizio di eccezionalità, affermando pertanto l'esistenza di diversi tipi di norme eccezionali (oltre a

[28] Per questa soluzione Cass., 29.11.2004, n. 22405, cit.; in precedenza, già Cass., 2.5.1994, n. 4204, cit.

[29] Balestra, *L'impresa familiare*, cit., 202 s.; Id., *Attività d'impresa*, cit., 211 ss.; Bianca C.M., *Diritto civile*, 2, *La famiglia - Le successioni*, Milano, 1993 (rist.), 371 s.; Id., *La famiglia*, Milano, 2005, 501; Prosperi, *Impresa familiare*, cit., 145 ss.

[30] In tal senso, da ultimo, Prosperi, *Impresa familiare*, cit., 152 ss.

[31] Belfiore, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 427, con riguardo, in termini generali, ai requisiti e ai limiti del procedimento analogico, anche in ordine al divieto di estensione analogica delle norme eccezionali.

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1738 16/10/18 11:06 AM

quelle c.d. congiunturali)[32]. In tal senso la disciplina dell'impresa familiare poteva dunque considerarsi, al pari dell'intero settore del diritto di famiglia, espressione di scelte valoriali da parte dell'ordinamento rispetto a cui non è consentito l'intervento giudiziale ai sensi dell'art. 12, 2° co., c.c., dovendosi dunque aderire a chi perspicuamente assegna all'art. 14 disp. prel. c.c. (che esclude appunto l'applicazione analogica delle leggi eccezionali) «il compito (...) di indicare all'interprete l'esistenza di problemi o settori dell'esperienza giuridica rispetto ai quali al legislatore va riservata, "pur in assenza di una esplicita indicazione in tal senso", una competenza normativa "esclusiva" e sui quali, perciò, va negato l'ingresso a quella concorrente competenza ordinatrice che al giudice è in via generale riconosciuta dall'art. 12, comma 2»[33].

In ultima analisi, allora, la non riferibilità dell'art. 230 *bis* c.c. al caso della convivenza *more uxorio* appariva in realtà legata alla rilevata differenziazione (che il legislatore infatti aveva mantenuto in termini assolutamente generali sino alla riforma del 2016 ma che, come già anticipato, non è estranea nemmeno al nuovo impianto normativo) tra il matrimonio e la convivenza, in considerazione della loro antiteticità, sulla base del rilievo (ancora oggi non del tutto privo di pregio) che «il matrimonio è un istituto fondamentale del diritto, da cui discendono conseguenze perenni e ineludibili (si pensi al dovere di mantenimento o di alimenti al coniuge, dovere persistente anche a divorzio avvenuto). La convivenza, invece, è una situazione di fatto scelta da chi intende sottrarsi ai doveri di carattere pregnante connessi al matrimonio e riservarsi, invece, la possibilità di un *commodus discessus* in conseguenza dei caratteri di precarietà e revocabilità unilaterale *ad nutum* propri della convivenza di fatto. Pertanto, non può ravvisarsi una parità di situazioni»[34]. D'altro canto, una chiusura così netta in ordine alla rilevanza della convivenza *more uxorio* con riferimento al tema dell'impresa familiare suscitava certo non poche perplessità, soprattutto se posta a confronto con le generali aperture operate dalla stessa giurisprudenza in altri settori dell'ordinamento, quantunque ancora di recente il giudice delle leggi avesse ribadito la legittimità del differenziato trattamento tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio in ordine alla disciplina infortunistica a tutela del coniuge superstite[35]; coglieva dunque nel segno chi, in questo

[32] Il riferimento è a Belfiore, *L'interpretazione della legge*, cit., 429 ss.

[33] Belfiore, *L'interpretazione della legge*, cit., 430.

[34] Cass., 2.5.1994, n. 4204, cit., 1938, 850 e 280.

[35] Il richiamo è alla decisione di C. cost., 27.3.2009, n. 86, in *Dir. e prat. lav.*, 2009, 1024 ss., che ha escluso la fondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1739 16/10/18 11:06 AM

senso, evidenziava che «la soluzione negativa si fonda sull'idea che la mancanza del vincolo familiare esclude quella "appartenenza al gruppo" la quale costituisce ragione fondamentale per l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 230 *bis*»[36].

3. I presupposti della nuova fattispecie

La nuova previsione normativa, seguendo sostanzialmente l'impostazione dell'art. 230 *bis* c.c., si caratterizza, quanto alla individuazione della fattispecie ivi disciplinata, per l'indicazione dei relativi elementi costitutivi, positivi e negativi. In ordine ai primi, ossia ai requisiti positivi, si riconosce nel convivente di fatto il titolare dei menzionati diritti, dovendosi pertanto fare riferimento in via preliminare alla convivenza di fatto per come delineata dal legislatore della riforma; al riguardo, infatti, ai sensi dell'art. 1, 36° co., l. n. 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» e, in ragione della successiva previsione, «Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e alla lett. *b*) del comma 1 dell'art. 13 del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223» (art. 1, 37° co., l. n. 76/2016).

Ho già in altre sedi ritenuto che la scelta effettuata dalla novella (secondo il richiamato combinato disposto) è espressione della riconosciuta dimensione fattuale della convivenza[37]. Conferma in tal senso viene dalla prima decisione in materia che, assunta propriamente la natura fattuale della convivenza, traducendosi quest'ultima in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale (dunque un fatto giuridicamente rilevante), ha ritenuto la dichiarazione anagrafica quale strumento privilegiato di prova e non elemento costitutivo del rapporto, considerato

la quale prevede, in caso di decesso del lavoratore per infortunio, una rendita a favore del coniuge superstite nella misura del cinquanta per cento della retribuzione percepita dal lavoratore medesimo, senza invece garantire alcunché al convivente *more uxorio*.

[36] Auletta T., *Il diritto di famiglia*, cit., 195; similmente, già in precedenza, Id., *Collaborazione del familiare nell'attività economica e forme di tutela*, in *Dir. lavoro*, 1999, I, 280.

[37] Il riferimento è a Di Rosa, *I contratti di convivenza*, in *Leggi civ. comm.*, 2016, 694 ss. e Id., *La nuova regolamentazione convenzionale dei rapporti patrimoniali tra conviventi*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, cit., 41 ss.

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1740 16/10/18 11:06 AM

altresì che la stessa dichiarazione in esame è normativamente richiesta per la verifica di uno dei requisiti costitutivi della stabile convivenza ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza[38]. Può allora al riguardo ribadirsi, in termini generali, che la «fattualità» della convivenza non può più oggi contrapporsi alla «giuridicità» della stessa, rispetto dunque a ciò che è avvenuto in passato allorché la dimensione fattuale ha assunto rilevanza per differenziare dalla famiglia fondata sul matrimonio la famiglia di fatto, in cui cioè risultava assente la formalizzazione dell'unione coniugale ma sussisteva una comunione di vita; del resto attenta dottrina, a proposito del rapporti tra convivenza e matrimonio, aveva già evidenziato che «un eventuale riconoscimento legislativo non potrebbe che condurre, almeno tendenzialmente, a una equiparazione, dove l'unica novità consisterebbe nella sostituzione di un fatto – la convivenza con un minimo di caratteri di stabilità e serietà – all'atto formale di celebrazione del matrimonio»[39]. Tale impostazione consente di

[38] Si tratta di T. Milano, (ord.) 31.5.2016, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 1473 ss., con nota (critica) di Siclari, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*; adesivamente Martinez, *La rilevanza del "fatto" convivenza*, in *Modelli familiari e nuovo diritto*, cit., 1732 s.; in precedenza Quadri E., *Regolamentazione delle unioni civili*, cit., 271; in senso contrario Tassinari, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, in *Modelli familiari e nuovo diritto*, cit., 1738 s., per il quale invece l'elemento pubblicitario assume valenza costitutiva; di fattispecie incompleta discute Amagliani, Autonomos *e contratti di convivenza*, in Busacca (a cura di), *La famiglia all'imperfetto? Corso di diritto civile 2015-2016*, Napoli, 2016, 308 ss. Una chiara ricostruzione dei termini della questione, anche in ordine alle conseguenze della differente impostazione adottata (ma con appropriata scelta per il carattere non costitutivo dell'iscrizione all'anagrafe), si deve a Patti S., *Le convivenze di "fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, *Atti dei Convegni (Bologna, 26 novembre 2016 – Roma, 3 marzo 2017)*, Milano, 2017, 35 s.

[39] Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, *Art. 143*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, 132; similmente, nella ricostruzione del tratti caratterizzanti la famiglia di fatto, Romeo F., *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di Romeo F., Torino, 2014, 18 ss., il quale peraltro rilevava, alla stregua delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto e in ordine al dibattito in corso sulla necessità o meno di un intervento legislativo, che «l'assenza di regole eteronome rigidamente predefinite potrebbe garantire uno spazio di autonomia maggiore cui rimettere la modulazione della relazione affettiva non matrimoniale» (39); Id., *Famiglia: sostantivo plurale?*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 66 ss. e, sul punto, 88; proprio muovendo dalla disamina della intervenuta riforma Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, cit., 1779 ss., taccia di una certa incoerenza l'espressione utilizzata «nella misura in cui essa evoca in qualche modo una situazione attinente ad una sfera fattuale, laddove il legislatore si è mosso proprio nella prospettiva di attribuire un rilievo giuridico all'unione non fondata sul matrimonio» (1785); invero, nel più compiuto quadro ricostruttivo che viene tracciato anche alla luce della novella legislativa,

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1741 16/10/18 11:06 AM

ritenere applicabile la nuova previsione di legge anche ai conviventi per i quali non sia possibile rinvenire l'elemento probatorio formale della richiamata dichiarazione anagrafica, ricavando dunque *aliunde* il requisito della stabile convivenza, ma al contempo (e logicamente) deve escludersene la ricorrenza in mancanza (del riscontro) della sussistenza degli altri elementi caratterizzanti (e individuanti) la relazione di convivenza, per come indicati nell'art. 1, 36° co., l. n. 76/2016[40].

Il convivente di fatto deve altresì, quale ulteriore requisito positivo, prestare stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente, replicando per un verso (senza che alla diversità di termine utilizzato possa assegnarsi una effettiva, distinta, valenza) il carattere continuativo della prestazione di cui all'art. 230 *bis*, 1° co., c.c., consistente in un'attività di lavoro non saltuaria, ma regolare e costante quantunque non

Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306 ss., ha modo di confermare la propria precedente opinione in tema di convivenza rilevando che «costitutivo di essa non è certo un atto negoziale (…) bensì il fatto della "stabile unione": fattispecie, che va qualificata come *fatto giuridico* e rispetto alla quale sarà questione di mero riscontro fattuale accertarne la ricorrenza» (1312); chiaramente, altresì, Auletta T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, cit., 387 s.; in precedenza, peraltro, Id., *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Leggi civ. comm.*, 2015, 626, si era mostrato decisamente critico in ordine alla prospettata soluzione di un accertamento sostanzialmente riservato ai giudici, una volta messa di canto la possibilità di una dichiarazione resa all'ufficiale dell'anagrafe di volere dare vita ad un nucleo familiare fondato su ragioni affettive, risultando invece «inopportuno, e fonte solo di dubbi, il riferimento ad una unione fondata stabilmente su legami affettivi e di reciproca assistenza senza stabilire i criteri per determinare detta stabilità».

[40] In tal senso (e in questi limiti) mi paiono interpretabili (e per questo condivisibili) i rilievi di chi auspica una lettura meno rigorosa e formalistica del dato normativo, come Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 604, il quale, al fine di risolvere il problema del trattamento riservato alle unioni affettive non del tutto conformi alla definizione legislativa, propone «una lettura meno formalistica del nuovo art. 230 *ter* c.c., ritenendo comunque applicabile, anche in considerazione del tipo di interessi in gioco, la disciplina ogni volta ci si trovi concretamente in presenza di legami affettivi "connotati di stabilità e continuità", essenziali per poter parlare di "famiglia di fatto"», in modo tale che «Interpretando estensivamente il concetto di "convivente di fatto" si finisce per ampliare l'ambito di applicazione soggettivo della norma» (623); in termini similari Romeo F., *Impresa familiare e rapporti di convivenza*, cit., 294 s.; richiami in Cucinotta, *L'impresa familiare tra uniti civilmente e tra conviventi*, cit., 141 s. Giova al riguardo precisare che, non potendosi ovviamente prospettare una riscrittura del dettato normativo, il cui ancoraggio a dati che, quantunque non esenti da rilievi critici (almeno per il modo in cui sono stati tradotti nelle espressioni adottate), tuttavia esplicitano il senso di una precisa scelta, identificativa (attraverso i previsti requisiti) di un certo tipo di convivenza (e non di altra), non si tratta di estendere le introdotte tecniche di tutela anche a favore di formazioni affettive non corrispondenti alla definizione legislativa quanto piuttosto di assicurare un'applicazione sostanziale della nuova regola di legge (nel senso di riconoscere al fatto del convivere, da cui emergano e in cui siano rinvenibili, i tratti assegnati dalla riforma).

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1742 16/10/18 11:06 AM

necessariamente a tempo pieno, con un apporto lavorativo ordinato all'attività d'impresa, non occasionale e isolata rispetto alle effettive necessità dell'attività imprenditoriale; introducendo per altro verso una (apparente) limitazione rispetto alla citata originaria disposizione quanto alla prevista attività di lavoro all'interno della impresa, senza riferimento alcuno al lavoro (prestato) nella famiglia. Ora, il mancato riferimento al lavoro nella famiglia sembra avere una duplice (plausibile) giustificazione, l'una di carattere formale, l'altra di carattere sostanziale: quanto alla prima, può infatti rilevarsi che il termine famiglia utilizzato nell'art. 230 *bis* c.c. sia consono al formalizzato contesto (per l'appunto familiare-matrimoniale) in cui esso si inserisce, diversamente che per l'art. 230 *ter* c.c., espressione della rilevanza di formazione sociale altra (ossia la convivenza) e comunque di rilievo fattuale; quanto alla seconda, di maggiore considerazione, può invece evidenziarsi che non casualmente il legislatore della riforma ha preferito espungere un richiamo che tanti contrasti aveva suscitato rispetto alla previsione dell'art. 230 *bis* c.c. in ordine alla rilevanza autonoma o meno (a tali fini) del lavoro domestico, non potendosi peraltro trascurare l'assenza, in capo al convivente, dei doveri che *ex* art. 143 c.c. gravano sul coniuge, il cui assolvimento peraltro non può essere ritenuto sufficiente (di per sé solo) a fondare la partecipazione di quest'ultimo all'impresa familiare e che sono comunque ben diversi (quanto alla fonte e alla connessa forza giuridica) da quei legami (affettivi di coppia e) di reciproca assistenza morale e materiale che connotano la stabile convivenza *ex* art. 1, 36° co., l. n. 76/2016[41], i quali ultimi in ogni caso possono certamente annoverare (senza dunque per questo dovere rilevare autonomamente) il lavoro domestico[42].

[41] Anche Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 606 s. e 624, condividendo la difficoltà a comprendere, nella prospettiva della introdotta disciplina della convivenza, ogni riferimento alla famiglia, ritiene «più aderente alla nuova formulazione legislativa, quindi anche in considerazione della relativa *ratio* complessiva, (…) un'interpretazione che dia rilievo soltanto alla collaborazione resa "all'interno dell'impresa" del convivente, con esclusione, ai fini della configurabilità della fattispecie dell'art. 230 *ter*, delle prestazioni rese nell'ambito della vita in comune (quali, ad es., le prestazioni di lavoro domestico)» (607); ad avviso di Lenti, *Convivenze di fatto*, cit., 937 s., la mancata menzione del lavoro nella famiglia consente di evitare per il convivente le discussioni e le incertezze successive alla riforma del 1975; criticamente, invece, Auletta T., *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, cit., 627; Id., *Diritto di famiglia*, cit., 310, precisa che «Il lavoro nella famiglia sembrerebbe non rilevare riguardo alla partecipazione del convivente (art. 230 *ter*)».

[42] Del resto, la rilevata diversità è ben tradotta dal senso dei (distinti) rispettivi dati normativi, atteso che, mentre con riguardo al matrimonio (e, dunque, alla posizione del coniuge) i relativi doveri appaiono l'effetto giuridico dell'instaurato (e formalizzato) vincolo coniugale,

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1743 16/10/18 11:06 AM

Quanto, poi, all'impresa (dell'altro convivente) al cui interno deve essere stabilmente prestata l'attività, deve confermarsi anche per il convivente di fatto, così come per il familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c., la non applicabilità della relativa disciplina laddove si tratti di esercizio in forma collettiva dell'impresa, dovendosi preferire quella ricostruzione che riconosce natura individuale all'impresa familiare, e ciò per ragioni sia di carattere formale sia di carattere sostanziale[43]. Di recente, del resto, l'orientamento negativo è

secondo la previsione dell'art. 143 c.c., ai sensi del cui 2° co. «Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco (…) all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia», diversamente accade quanto alla convivenza di fatto (e, dunque, alla posizione del convivente), in ragione della configurazione degli indicati legami in termini di presupposti di identificabilità (quale *prius* sostanziale, con consequenziale rilevanza giuridica della dimensione fattuale) della (relazione di) convivenza (di fatto), caratterizzata per l'appunto dall'essere le due persone maggiorenni «unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale» (art. 1, 36° co., l. n. 76/2016).

[43] Efficacemente Panuccio V., *Impresa familiare*, cit., 681 s., ove la individuazione della differenza di fondo tra lo statuto dell'impresa familiare e quello dell'imprenditore (nel senso del coimprenditore) e spec. 682 ss.; nonché, in precedenza, Tanzi, *Impresa familiare. I) Diritto commerciale*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, 5 ss.; chiare indicazioni anche in Romagnoli, *L'impresa agricola*, in *Tratt. Rescigno*, 15, Torino, 1991 (rist.), 1081 ss.; per il carattere individuale dell'impresa familiare v. già, con dovizia di argomentazioni, Oppo, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, in *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Atti del Convegno (Jesolo Lido, 27-29 maggio 1977), Treviso, 1978, 25 ss.; puntualmente, da ultimo, Prosperi, *Impresa familiare*, cit., 25 ss.; sulle difficoltà interpretative determinate dalla formulazione dell'art. 230 *bis* c.c. in ordine alla natura collettiva o individuale dell'impresa familiare v., comunque, Salanitro N., *Impresa familiare e fallimento*, in *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 1976), Napoli, 1977, 107 ss. e spec. 116 ss.; per l'idea che nessuna delle due tesi è, in astratto, appagante cfr. Figone, *L'impresa familiare*, in *Tratt. Ferrando*, II, Bologna, 2008, 760, a cui avviso «lettera e *ratio* della disciplina potrebbero giustificare tanto l'una che l'altra». In giurisprudenza, per la natura individuale dell'impresa familiare, Cass., 27.6.1990, n. 6559, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 428 ss., con nota di Di Francia, *Il rapporto di impresa familiare nel pensiero della cassazione*; in *Giust. civ.*, 1991, I, 667 ss., con nota di Finocchiaro M., *Considerazioni brevissime sul fallimento dell'impresa familiare* e in *Nuova giur. comm.*, 1991, I, 67 ss., con nota di Lucchini, *La natura dell'impresa familiare e la responsabilità dei familiari collaboratori*; Cass., 2.4.1992, n. 4030, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2339 ss., con nota di Sotgiu, *L'ilor e i redditi dei collaboratori dell'impresa familiare* e in *Riv. dir. tributario*, 1992, II, 665 ss., con nota di Baldassari A., *L'ilor ed i collaboratori familiari: orientamenti della corte di cassazione*; Cass., 25.7.1992, n. 8959, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 322 ss., con nota di Proietti F., *Natura dell'impresa familiare e controversie "snaturate"*; Cass., 11.2.1993, n. 1699, in *Arch. locazioni*, 1993, 252 s.; in *Foro it.*, 1993, I, 1447 ss. e in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, 1050 ss.; Cass., 6.3.1999, n. 1917, in *Mass. Giur. it.*, 1999, 283; Cass., 18.1.2005, n. 874, in *Mass. Giur. it.*, 2005, 65; più di recente Cass., 2.12.2015, n. 24560, in *Notariato*, 2016, 2, 109, affermando la titolarità individuale, anche nel caso in cui alcuni beni aziendali siano di proprietà di uno dei familiari, a differenza dell'impresa collettiva che appartiene per quote (eguali o diverse) a più persone; da ultimo Cass., (ord.) 22.12.2017, n. 30842, in *Fisco*, 2018, 4, 378 ss., con nota di Russo A., *Escluso il litisconsorzio necessario per le liti su accertamento a impresa familiare.*

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1744 16/10/18 11:06 AM

stato fatto proprio dai giudici nomifilattici che, componendo il relativo contrasto, hanno ravvisato la sussistenza di molteplici profili di incompatibilità tra l'istituto dell'impresa familiare (autonomo e di natura speciale, ma non eccezionale) e la forma societaria (sia essa di persone che di capitali), ora richiamando il distinto modello organizzativo-gestionale, ora riferendosi alla confliggente disciplina patrimoniale, ora infine escludendo una possibile lettura correttiva dell'art. 230 *bis* c.c. con applicazione selettiva delle regole dettate per l'impresa familiare, limitatamente cioè a quelle non inconciliabili con il sottosistema societario, onde invece consentire l'applicazione *in parte qua*, in favore (e a tutela) del familiare del socio[44]. In merito, quantunque in sé il riconoscimento della natura individuale dell'impresa familiare non appaia decisivo in assoluto nella direzione della richiamata incompatibilità, potendosi distinguere, almeno per i modelli societari a base personale, tra rilevanza interna del rapporto collaborativo e irrilevanza esterna dell'istituto familiare, tale decisione, peraltro sottoposta a serrate critiche da parte della prevalente dottrina che ne ha evidenziato limiti, distorsioni ed errate interpretazioni (formali e sostanziali) del dato normativo[45], appare comunque in linea con la (pregressa) prospettata differenziazione in ordine ai profili

[44] Queste, in sintesi, le argomentazioni di Cass., S.U., 6.11.2014, n. 23676, in *Giur. comm.*, 2015, II, 519 ss., con nota (critica) di Corsi F., *Impresa in famiglia, impresa familiare e società*; in *Nuova giur. comm.*, 2015, I, 350 ss., con nota (adesiva) di Barillà, *Impresa familiare e forma societaria: due modelli incompatibili* e in *Riv. dir. comm.*, 2015, 641 ss., con nota (critica) di Delli Priscoli, *Società e impresa familiare*; in senso similare, quantunque il caso in esame fosse differente, Cass., 13.10.2015, n. 20552, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1037 ss., con nota di Corsi F., *Impresa familiare e società: la Cassazione si ripete (ma la fattispecie è diversa)* e in *Vita notarile*, 2016, 87 s., con nota di Andrini, *Famiglia, impresa e società: ancora sull'art. 230* bis *c.c.*, in merito a un'impresa gestita da un società in nome collettivo partecipata da un familiare e da un altro soggetto estraneo alla famiglia, rispetto a cui correttamente è stata esclusa la compatibilità tra impresa familiare e società, attesa l'impossibilità in questa specifica ipotesi di discutere di impresa in famiglia.

[45] Si rinvia, tra i diversi (severi) contributi sul punto, a Corsi F., *Impresa in famiglia*, cit., 522 ss.; Delli Priscoli, *Società e impresa familiare*, cit., 647 ss.; Martino, *Sulla compatibilità tra impresa familiare e impresa societaria*, in *Famiglia e dir.*, 2015, 770 ss.; Bona, *L'art. 230* bis *e la partecipazione del familiare ad una società*, in *Foro it.*, 2015, I, 104 ss.; Cicero, *La controversa struttura dell'impresa familiare*, in *Giur. it.*, 2015, I, 34 ss., Di Tucci, *L'impresa familiare ed il tipo societario*, in *Dir. famiglia*, 2016, 47 ss.; altresì, in termini meno decisi ma possibilisti, Scotti, *Dalla Corte di Cassazione un'occasione per tornare a riflettere sulla compatibilità tra impresa familiare e forme collettive di impresa*, in *Corriere giur.*, 2015, 1249 ss.; Guzzardi, *L'affermata incompatibilità dell'impresa familiare con la disciplina societaria nel sistema delle tutele del prestatore d'opera*, I e II, rispettivamente in *Studium iuris*, 2015, 1427 ss. e *ivi*, 2016, 32 ss.; più criticamente Butturini, *Impresa familiare e società dopo la pronuncia delle Sezioni unite*, in *Riv. dir. impresa*, 2018, 33 ss.; diversamente (ma isolatamente) Barillà, *Impresa familiare e forma societaria*, cit., 355 ss.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1745 16/10/18 11:06 AM

di regolamentazione, essendosi al riguardo avvertito che proprio la diversa articolazione strutturale dell'impresa collettiva (esercitata per mezzo di società semplice), appartenente per quote a più persone (cfr. artt. 2251 ss. c.c.), rispetto all'impresa familiare, che appartiene invece soltanto al suo titolare, implica l'inapplicabilità alla seconda della disciplina dettata per la prima[46].

Quanto, poi, ai requisiti negativi, ossia l'inesistenza di un rapporto di società o di lavoro subordinato tra i conviventi ai fini della spettanza del diritto di partecipazione, deve rilevarsi, ad onta della (apparente) maggiore specificità normativa, il tratto meno puntuale della formula utilizzata, a fronte di quella (che poteva ritenersi preferibile) adottata dall'art. 230 *bis* c.c. che fa salva la configurabilità di un diverso rapporto; al riguardo, infatti, il carattere ampio e onnicomprensivo di quest'ultima locuzione appare più appropriato per tratteggiare, con maggiore chiarezza e senza tema di ambiguità, il carattere residuale dell'istituto in esame, quantunque sia stato efficacemente rilevato come, «alla luce dei recenti interventi legislativi che hanno determinato un sostanziale superamento dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro e delle collaborazioni coordinate e continuative, ormai per lo più ricondotte al lavoro subordinato, la differenza tra le due formulazioni è destinata ad essere notevolmente ridimensionata»[47]. Ovviamente, l'operatività dell'art. 230 *ter* c.c. è da escludere nell'ipotesi della (eventuale) strutturazione all'esterno del rapporto tra i conviventi (in qualità di componenti) in termini di rapporto societario (tra di loro e rispetto ai terzi), dovendosi rinvenire in questo caso la costituzione di una società di

[46] Il riferimento è alla decisione di Cass., 15.4.2004, n. 7223, in *Arch. civ.*, 2004, 1405, escludendosi nel caso di specie la riferibilità, nell'ipotesi di morte del titolare dell'impresa familiare, alla previsione dell'art. 2284 c.c., che regola lo scioglimento del rapporto societario limitatamente ad un socio con la liquidazione della quota del socio uscente di società di persone, con l'affermata cessazione, invece, dell'impresa familiare i cui beni convergono per intero nell'asse ereditario del *de cuius*, rispetto ai quali i componenti dell'impresa familiare possono vantare solamente un diritto di credito commisurato ad una quota dei beni o degli utili e degli incrementi e un diritto di prelazione sull'azienda; in senso conforme, precedentemente, Cass., 20.6.2003, n. 9897, in *Gius*, 2003, 24, 2784, in ordine alla evidenziata diversa disciplina (in presenza di una società semplice con due soci) dell'esclusione di un socio (pronunciabile, su istanza dell'altro, dal giudice ai sensi dell'art. 2287, 3° co., c.c.) rispetto al riconosciuto diritto potestativo di recedere dall'impresa familiare (determinante la cessazione) spettante all'unico titolare con il correlativo diritto degli altri familiari partecipanti alla liquidazione della loro quota e, in caso di recesso privo di giustificazione, al risarcimento del danno.

[47] Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 609, rilevando che l'unico elemento di incertezza rimane quello della stipulazione di un contratto di lavoro autonomo.

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1746 16/10/18 11:06 AM

fatto[48], ravvisabile propriamente allorché attraverso il comportamento esteriore sia stato ingenerato nei terzi l'affidamento in ordine all'esistenza di una società di fatto in relazione ad una serie di attività (quali la prestazione di finanziamenti e il rilascio di fideiussioni) che per la loro sistematicità evidenziano una forma di vera e propria collaborazione del socio (distinta dalla partecipazione del convivente) per il raggiungimento degli scopi sociali[49]; tale differente rapporto societario, evidentemente, si sovrappone al rapporto regolato dall'art. 230 *ter* c.c. con la duplice conseguenza della perdita della rilevanza esterna di tale rapporto e, correlativamente, dell'applicazione (in relazione alle procedure concorsuali) dei principi generali che disciplinano le società di fatto, tra cui l'assoggettabilità al fallimento di tutti i soggetti che partecipano al rapporto societario[50].

4. I diritti riconosciuti al convivente di fatto

La riconosciuta partecipazione (solo) agli utili dell'impresa familiare, ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato, viene ritenuta avere comportato, come già in precedenza evidenziato, «una riduzione sin troppo significativa (…) delle tutele spettanti al "convivente" rispetto a quelle riconosciute al "familiare" dall'art. 230 *bis* c.c.»[51]. Al riguardo, ormai sufficientemente chiara la diversa scelta operata dal legislatore della novella se confrontata con l'impianto dell'art. 230 *bis* c.c. in ragione di quanto già esplicitato all'inizio di questa trattazione a giustificazione delle differenze

[48] In tal senso, con riferimento all'art. 230 *bis* c.c., Cass., 16.6.2010, n. 14580, in *Fallimento*, 2010, 1146 s., con nota di Trentini, *Impresa familiare e fallimento dei partecipanti*, che evidenzia la necessità di verificare, ai fini dell'estensione del fallimento del titolare dell'impresa familiare agli altri componenti della stessa, se vi sia stata la spendita del *nomen* della società o quanto meno l'esteriorizzazione del vincolo sociale, l'assunzione delle obbligazioni sociali ovvero un complessivo atteggiarsi idoneo ad ingenerare nei terzi un colpevole affidamento in ordine all'esistenza di un vincolo societario.

[49] Il richiamo è, rispetto al familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c., alla pronuncia di T. Torino, 25.3.1991, in *Fallimento*, 1991, 1193 ss.; conformemente T. Cassino, 23.1.2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, 225 ss.

[50] La puntualizzazione, sempre rispetto all'impresa familiare *ex* art. 230 *bis* c.c., si deve a Cass., 24.3.2000, n. 3520, in *Fallimento*, 2001, 281 ss., con nota di Minutoli G., *Impresa familiare a gestione individuale o collettiva e società di fatto*; similmente, in precedenza, T. Roma, 5.7.1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 776 ss., con nota di Di Gravio, *L'estensione del fallimento alla moglie del farmacista*, con riguardo alla dichiarazione di fallimento di una società di fatto tra due coniugi in ordine alla gestione di una farmacia.

[51] Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 611.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1747 16/10/18 11:06 AM

tra le due fattispecie, riflesso della diversità tra matrimonio (o unione civile) e convivenza, non può comunque escludersi l'appropriato riferimento alle soluzioni a cui sono giunte dottrina e giurisprudenza in ordine alla operativa individuazione e determinativa consistenza dei (comuni) diritti patrimoniali.

Ora, ricavato l'ammontare dell'utile una volta dedotti i debiti di impresa e ferma la relativa commisurazione al lavoro prestato, il criterio preferibile di determinazione della quota spettante al convivente che presta la propria opera, per potere così determinare in concreto la misura degli utili da attribuire, rimane pur sempre quello convenzionale[52], potendosi cioè riferire ad un atto di predeterminazione (delle relative quote di partecipazione) da utilizzare, con valore di elemento presuntivo (dovendosi dunque, per chi affermasse diversamente, dimostrare il contrario), nelle controversie relative alla misura della partecipazione agli utili[53]. In ordine, poi, al momento a partire dal quale matura il diritto di partecipazione agli utili, può segnalarsi, mutuando quanto elaborato rispetto all'art. 230 *bis* c.c., la cessazione dell'impresa familiare rispetto alla collaborazione del singolo partecipante o l'estinzione in senso proprio dell'impresa familiare, in assenza di diverso patto tra i partecipanti relativo alla distribuzione periodica degli stessi, in quanto tale diritto non si pone in termini di compenso dotato del carattere di corrispettività ma appare condizionato (e, pertanto, qualificabile solo *a posteriori*) dai risultati raggiunti dall'azienda[54]; si ritiene pertanto che

[52] In merito Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 614.

[53] In tal senso, con riguardo all'art. 230 *bis* c.c., Cass., 17.6.2003, n. 9683, in *Foro it.*, 2003, I, 2628 ss. e in *Famiglia e dir.*, 2004, 81 ss.; sul carattere indiziario, agli effetti del riparto dei conferimenti, della scrittura effettuata ai fini fiscali (ai sensi dell'art. 9, l. 2.12.1975, n. 576, contenente disposizioni in materia di imposte sui redditi e sulle successioni), ricognitiva dell'apporto effettivo di ciascun partecipante, v. Cass., 20.3.2007, n. 6631, in *Banca dati Utet giuridica*; conformemente Cass., 5.9.2012, n. 14908, in *Famiglia e dir.*, 2014, 249 s., con nota di Ciliberto, *La partecipazione agli utili nell'impresa familiare; il valore probatorio degli atti di predeterminazione delle quote*; da ultimo Cass., 16.3.2106, n. 5224, in *Banca dati Utet giuridica*.

[54] Si tratta di orientamento giurisprudenziale consolidato: Cass., 16.4.1992, n. 4650, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1052 ss., con nota di Balestra, *Sugli effetti dell'atto di determinazione delle quote di partecipazione agli utili dell'impresa familiare*; Cass., 18.12.1992, n. 13390, in *Nuova giur. comm.*, 1993, I, 609 ss., con nota di Bontempi, *Impresa familiare e retribuzione*; Cass., 22.10.1999, n. 11921, con nota di Balestra, *Sulla decorrenza degli interessi sugli utili spettanti al partecipante all'impresa familiare*; Cass., 23.6.2008, n. 17057, in *Famiglia e dir.*, 2009, 229 ss., con nota (dubitativa) di Delmonte, *Sulla maturazione del diritto agli utili nell'impresa familiare: la discutibile soluzione della Suprema Corte*; da ultimo Cass., 8.4.2015, n. 7007, in *Famiglia e dir.*, 2015, 1080 s., con nota (adesiva) di Barillà, *Partecipazione all'impresa familiare, sorte degli utili non ripartiti e prova della comunione*; Cass., 2.12.2015, n. 24560, cit.; Cass., 16.3.2016, n. 5224, cit.; conformemente, in dottrina, Colussi,

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1748 16/10/18 11:06 AM

da tale data decorrano rivalutazione e interessi ai sensi dell'art. 429 c.p.c., disposizione ritenuta applicabile in ragione della riconducibilità della relativa controversia tra quelle di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.[55]. In senso contrario si eccepisce tuttavia, a favore della distribuzione periodica degli utili, che la disciplina di cui all'art. 230 *bis* c.c. «ancorché con modalità diverse rispetto a quanto normalmente accade, è sostanzialmente volta a retribuire la prestazione di lavoro dei familiari. Il diritto di partecipazione a contenuto patrimoniale è quindi da considerare come compenso, sia pure non in senso tecnico, dell'attività svolta»[56], conformemente, peraltro, a quanto sostenuto da chi distingue il diritto di partecipazione agli utili, ritenuto appunto maturare periodicamente, dalla liquidazione concernente la quota di utili e incrementi non distribuiti, collegata invece al venir meno della collaborazione del familiare[57]. Tuttavia la stessa eventuale periodicità (ad es. annuale, in quanto commisurata all'esercizio) può rilevarsi non appropriata per il convivente, differentemente da quanto accade per il familiare lavoratore «che riceve un compenso periodico per l'attività lavorativa svolta già attraverso il diritto al mantenimento ad esso riconosciuto dall'art. 230 *bis* c.c.»[58].

Quanto, infine, alla relativa imputazione ai fini fiscali, alla luce della normativa di settore che individua il soggetto passivo nell'imprenditore titolare, quale soggetto produttore di reddito, l'indirizzo dei giudici di legittimità è nel senso di ravvisare nei familiari che prestano attività lavorativa nell'impresa familiare dei semplici collaboratori, con esclusione, dunque,

Impresa familiare, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 690; Andrini, *Impresa familiare*, cit., 225, ad avviso della quale tale diritto agli utili (così come pure quello agli incrementi) «nella sua consistenza patrimoniale, potrà essere determinato solo alla cessazione del rapporto, mentre la percezione degli stessi, a seguito della redistribuzione annuale operata dall'imprenditore, non è che un acconto sui futuri dividendi»; Nuzzo M., *L'impresa familiare*, in *Il diritto di famiglia*, *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, II, 2ª ed., Torino, 2007, 485.

[55] Il riferimento è a Cass., 16.4.1992, n. 4650, cit.; Cass., 22.10.1999, n. 11921, cit.; Cass., 23.6.2008, n. 17057, cit.; Cass., 5.9.2012, n. 14908, in *Formazione Domani*, 2014, 249.

[56] Balestra, *Attività d'impresa*, cit., 542; similmente Prosperi, *Impresa familiare*, cit., 193 ss., a cui avviso il diritto di partecipazione agli utili deve ritenersi maturare «periodicamente, alla chiusura di ogni esercizio economico che si ha con l'approvazione del bilancio di esercizio» (195); diversamente da ultimo, in giurisprudenza, Cass., 23.6.2008, n. 17057, cit.

[57] La distinzione tra quanto spettante (e determinato) alla chiusura di ogni esercizio economico (in corrispondenza all'approvazione del bilancio di esercizio) e quanto computabile alla cessazione della partecipazione si deve a Prosperi, *Impresa familiare*, cit., 193 ss. e 276 ss.

[58] Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 616; in merito, altresì, Tola, *Famiglia, famiglie e discriminazioni*, cit., 894, rilevando che proprio per l'assenza del mantenimento al convivente deve essere riconosciuto il diritto alla percezione degli utili al termine di ogni esercizio economico.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1749 16/10/18 11:06 AM

della contitolarità; i compensi percepiti dai partecipanti vengono quindi qualificati in termini di redditi di puro lavoro, non assimilabili pertanto a quelli di impresa, in assenza tuttavia di previa determinazione (prima cioè dell'inizio dell'anno finanziario) delle quote di partecipazione agli utili dell'impresa medesima, potendosi invece in questo caso imputare i redditi ai singoli familiari collaboratori[59], comunque nella misura massima del 49%, dovendosi imputare il rimanente 51% all'imprenditore, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 5, 4° co., d.p.r. 22.12.1986, n. 917, recante il testo unico delle imposte sui redditi[60]. La disposizione ora richiamata è stata espressamente ritenuta applicabile dall'amministrazione finanziaria anche al convivente di fatto di cui all'art. 230 *ter* c.c., atteso che il riferimento contenuto in quest'ultima (nuova) previsione normativa alla partecipazione agli utili dell'impresa familiare «consente di applicare anche a questa fattispecie i principi generali che hanno portato alla collocazione dell'impresa familiare all'interno dell'art. 5 TUIR»[61], con la conseguenza che (nel caso di specie) il reddito spettante

[59] In questo senso Cass., (ord.) 22.12.2017, n. 30842, cit., che ha coerentemente tratto dall'impostazione surriferita il principio di diritto per il quale nel giudizio di impugnazione avverso l'avviso di accertamento concernente la rettifica del reddito di un'impresa familiare non sussiste il litisconsorzio necessario tra il titolare dell'impresa medesima e i familiari che lo collaborano, atteso che l'accertamento tributario non estende i propri effetti alle quote di partecipazione dei collaboratori (per l'appunto titolari di redditi di puro lavoro). Nella medesima logica sembra poi porsi, prestando tuttavia il fianco a qualche rilievo critico, la recentissima decisione di Cass., (ord.) 7.6.2018, n. 14789, (solo massima) in *Guida al lavoro*, 22.6.2018, 26, 46, con nota di Servidio, *Impresa familiare ed imponibilità Irap*, affermando che il contribuente (nel caso di specie un agente di commercio), il quale svolge l'attività sotto forma di impresa familiare, nella propria qualità dunque di imprenditore familiare, avvalendosi della collaborazione di moglie e figli, è soggetto al pagamento dell'imposta sul reddito delle attività produttive.

[60] Ai sensi dell'art. 5, 4° co., d.p.r. n. 917/1986 «I redditi delle imprese familiari di cui all'art. 230 bis del c.c., limitatamente al 49% dell'ammontare risultante dalla dichiarazione dei redditi dell'imprenditore, sono imputati a ciascun familiare, che abbia prestato in modo continuativo e prevalente la sua attività di lavoro nell'impresa, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili. La presente disposizione si applica a condizione: a) che i familiari partecipanti all'impresa risultino nominativamente, con l'indicazione del rapporto di parentela o di affinità con l'imprenditore, da atto pubblico o da scrittura privata autenticata anteriore all'inizio del periodo d'imposta, recante la sottoscrizione dell'imprenditore e dei familiari partecipanti; b) che la dichiarazione dei redditi dell'imprenditore rechi l'indicazione delle quote di partecipazione agli utili spettanti ai familiari e l'attestazione che le quote stesse sono proporzionate alla qualità e quantità del lavoro effettivamente prestato nell'impresa in modo continuativo e prevalente, nel periodo d'imposta; c) che ciascun familiare attesti, nella propria dichiarazione dei redditi, di aver prestato la sua attività di lavoro nell'impresa in modo continuativo e prevalente».

[61] Risoluzione Agenzia delle entrate, 26.10.2017, n. 134/E, che tuttavia appropriatamente rileva come «La scelta del legislatore di introdurre una disciplina specifica per il convivente,

 © Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1750 16/10/18 11:06 AM

alla convivente di fatto, derivante dalla partecipazione agli utili dell'impresa del convivente, è a lei imputabile in proporzione alla sua quota di partecipazione. Diversamente, invece, è stato ritenuto dall'istituto previdenziale con riferimento ai diritti e agli obblighi di copertura previdenziale che, previsti per il familiare coadiutore e applicabili (oggi) anche alle parti delle unioni civili, non sono considerati operanti per i conviventi di fatto, atteso che la nuova normativa (ossia la l. n. 76/2016) «non introduce alcuna equiparazione di *status* né estende al convivente (…) gli stessi diritti/obblighi di copertura previdenziale previsti per il familiare coadiutore»[62]; più specificamente è stato sottolineato, a giustificazione della mancata applicazione della relativa disciplina contributivo-previdenziale ai conviventi, che a questi ultimi l'art. 230 *ter* c.c. riconosce il diritto a partecipare agli utili ma non sono conferiti gli stessi diritti di cui godono i familiari di cui all'art. 230 *bis* c.c., «poiché a tal fine il legislatore avrebbe utilizzato locuzioni idonee ad includere il convivente nella formazione del predetto articolo e non avrebbe al contrario introdotto un nuovo articolo, che disciplina separatamente i diritti del convivente che presti attività in un'impresa familiare»[63].

In termini di diritto di credito a favore del convivente si pongono poi, conformemente alla riconosciuta natura individuale dell'impresa familiare, sia la partecipazione ai beni acquistati con gli utili dell'impresa medesima (che dunque non debbono essere tutti distribuiti), dovendosi affermare la titolarità esclusiva in capo all'imprenditore dei beni così acquistati[64], sia la partecipazione agli incrementi dell'azienda, dovendosi avere riguardo «ad ogni accrescimento del patrimonio aziendale e del relativo valore, quando sia pur

diversa da quella dell'impresa familiare, regolata dal precedente art. 230-bis del c.c., riflette l'intenzione di mantenere su posizioni differenti la collaborazione del convivente rispetto a quella del familiare (o della parte civile, alla quale la disciplina dell'impresa familiare è applicabile), come si evince da alcune diversità di rilievo dei regimi previsti dagli articoli 230-bis e 230-ter del c.c.»; indicazioni, al riguardo, in Ferranti, *Impresa familiare, convivenze di fatto e unioni civili*, in *Corriere trib.*, 2017, 3575 ss. e spec. 3579 s. e in Capolupo, *Imputazione degli utili dell'impresa familiare al convivente di fatto*, in *Fisco*, 2017, 4307 ss., il quale, pur condividendo la conclusione degli organi centrali, si chiede se ciò «rispecchi la effettiva volontà del legislatore anche a voler ipotizzare che in sede di emanazione dell'art. 230-*ter* c.c. il problema fiscale non sia stato proprio affrontato» (4311).

[62] Circ. Inps, 31.3.2017, n. 66.

[63] Circ. Inps, 31.3.2017, n. 66; criticamente, in merito, Ferranti, *Impresa familiare*, cit., 3580, ritenendo maggiormente condivisibile l'interpretazione (estensiva) dell'amministrazione finanziaria, sia pure in ordine alla diversa questione reddituale di cui si è dato conto, in precedenza, in testo.

[64] Similmente Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 616.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1751 16/10/18 11:06 AM

sempre riconducibile allo svolgimento dell'attività d'impresa»[65]; in tal senso un consolidato orientamento giurisprudenziale, di recente ribadito, precisa che «la distinzione tra l'aspetto, interno, costituito dal rapporto associativo del gruppo familiare quanto alla regolamentazione dei vantaggi economici di ciascun componente, e l'aspetto esterno, nel quale ha rilevanza esclusiva la figura del familiare-imprenditore, effettivo gestore dell'impresa, comporta che gli acquisti di beni, ancorché eseguiti con i proventi dell'impresa, non rendono i partecipanti comproprietari di essi, siccome essi hanno esclusivamente diritti che si configurino come diritti di credito agli utili, ai beni acquistati con essi e agli incrementi proporzionali al lavoro prestato»[66].

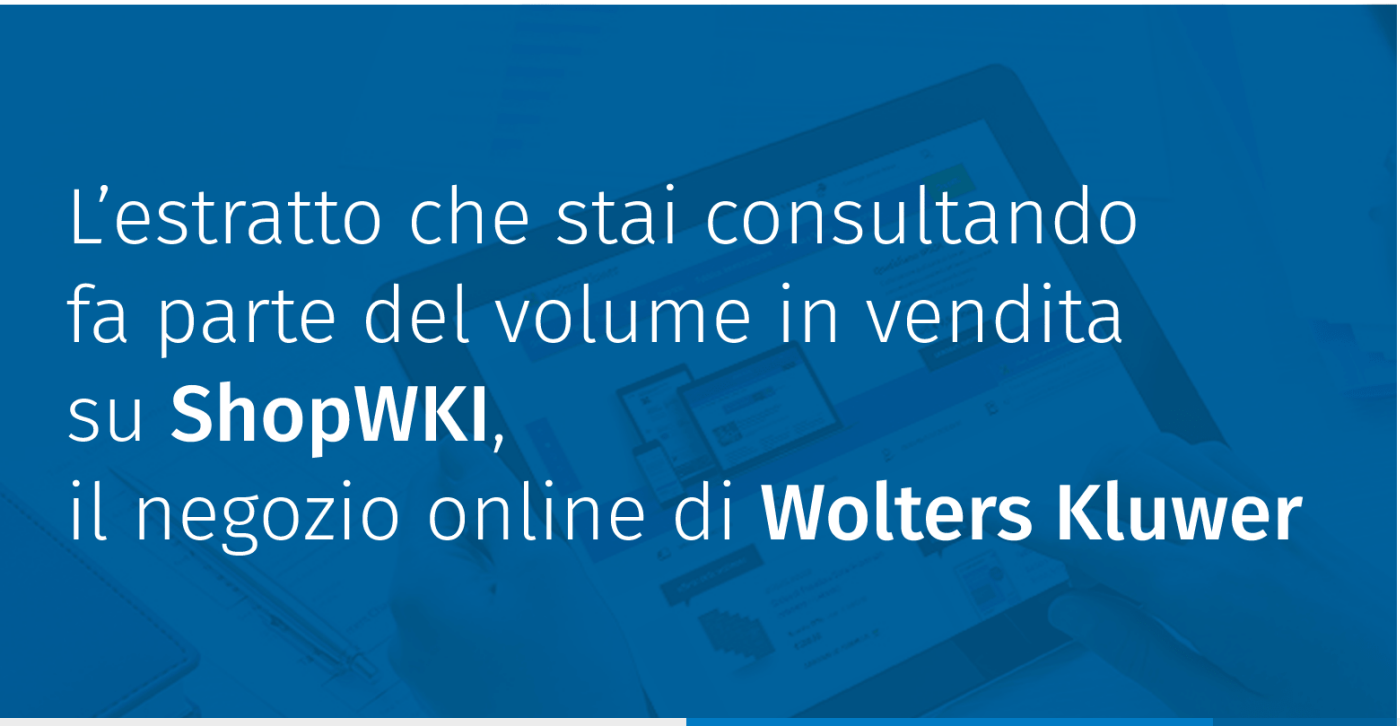
[65] Quadri G., *Le prestazioni di lavoro del convivente*, cit., 618.

[66] Cass., 16.1.2004, n. 631, in *Notariato*, 2005, 486, con nota di Mandrà, *Impresa familiare e diritti sull'immobile acquistato in nome del titolare*; in senso contrario in dottrina, per la tesi della contitolarità, Auletta T., *Diritto di famiglia*, cit., 314; in precedenza Bianca C.M., *Diritto civile*, 2, cit., 373 s.; Id., *La famiglia*, cit., 504; Id., *Diritto civile*, 2.1, cit., 554 s.

© Wolters Kluwer Italia

231346_Quarta_Bozza.indb 1752 16/10/18 11:06 AM

Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX