

## La casa familiare tra diritto italiano e straniero

ISABELLA FERRARI

SOMMARIO: 1. Definizione giuridica e realtà a confronto – 2. Profili normativi: ante riforma – 3. Profili normativi: la legge sull'affido condiviso – 4. Casa familiare nelle sentenze di legittimità: natura del provvedimento di assegnazione, successione e trascrizione – 5. Il fondo patrimoniale – 6. La casa familiare nel venir meno della coabitazione – 7. Profili di diritto comparato – 8. Casa familiare e *civil law* – 9. *Family home nella common law* – 10. Casa familiare nel diritto russo – 11. Conclusioni

### 1. Definizione giuridica e realtà a confronto

Il lessico giuridico si discosta talora dalla terminologia di uso comune, conferendo alle parole un significato nuovo e diverso, prettamente tecnico.

Tanto è avvenuto nel diritto italiano in materia di casa di abitazione familiare: essa non è infatti il semplice immobile in cui la coppia sceglie di fissare la propria comune residenza, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 144, I comma, c.c.<sup>1</sup>, bensì è l'*habitat* naturale entro cui si svolge nel complesso la vita della famiglia, il *locus amoenus* indispensabile per la crescita serena dei figli. Si tratta evidentemente di una struttura di portata ben più ampia rispetto alla semplice nozione di abitazione utilizzata nel linguaggio comune: nella casa familiare rientrano infatti il titolo di godimento del bene immobile, oltre a tutti gli elementi che concorrono a formare l'ambiente domestico (arredi e beni mobili).

L'inquadramento normativo della fattispecie in esame si concentra intorno agli artt. 3, 29 e 30 della Costituzione, alla L. n. 898/1970 sul di-

<sup>1</sup> Art. 144, I comma, c.c.: "I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa".

vorzio e L. n. 151/1975 di riforma del diritto di famiglia, nonché alla recente riforma istitutiva dell'affido condiviso, di cui alla L. n. 54/2006<sup>2</sup>.

Dall'esame congiunto delle disposizioni di cui *supra* emerge chiaramente la forte spinta innovativa che ha caratterizzato il processo evolutivo del diritto italiano nei tempi recenti: ne sono un chiaro esempio la parificazione tra figli legittimi e figli naturali di cui all'art. 30 Cost. (che stempera la rigidità originaria dell'art. 29 Cost., di attribuzione alla sola famiglia fondata sul matrimonio di diritti degni di riconoscimento e tutela da parte dello Stato)<sup>3</sup> ed il nuovo art. 155 c.c. (le cui disposizioni si applicano indifferentemente in caso di separazione, divorzio, annullamento della coppia fondata sul matrimonio ovvero di scioglimento di quella di fatto)<sup>4</sup>. Si tratta di un'evoluzione in linea con le tendenze europee ed internazionali, quali emergono anche dai lavori della Commissione Economica delle Nazioni Unite per l'Europa (UNECE<sup>5</sup>); un'evolu-

<sup>2</sup> Per un *excursus* storico sulla disciplina del diritto di famiglia, vedi T. AULETTA, "Dal codice civile del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia" in *Familia. Quaderni*, Milano, Giuffrè, 2005, Vol. 3, p. 405 e ss.; G. FERRANDO, "Famiglia e matrimonio" in *Familia. Quaderni*, cit., 2001, Vol. 4, p. 939 e ss.; G. FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma, Laterza, 2005; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, CEDAM, 2005.

<sup>3</sup> C.M. BIANCA, "La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia" in *Diritto di famiglia*, 2006, Vol. I, p. 207 e ss.; G. FERRANDO, "La condizione dei figli incestuosi: la Corte Costituzionale compie il primo passo" in *Familia. Quaderni*, cit., 2003, Vol. 3, p. 848 e ss.; M. SESTA, "La condizione dei figli incestuosi tra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore" in *Familia. Quaderni*, cit., 2002, Vol. 4, p. 1130 e ss..

<sup>4</sup> Sull'introduzione dell'affido condiviso, S. PATTI, L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento condiviso*, Milano, Giuffrè, 2006; G. CONTIERO, "L'assegnazione della casa coniugale: separazione, divorzio, convivenza more uxorio: dalla riforma del diritto di famiglia alla legge sull'affido condiviso" in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, Sez. I; M.G. CUBEDDU, "L'assegnazione della casa familiare" in *Il Nuovo Diritto di Famiglia*, Torino, Zanichelli, 2007, p. 839 e ss.; G. FREZZA, "La casa (già) familiare" in *Dir. Famiglia*, 2006, p. 718 e ss..

<sup>5</sup> L'UNECE (*United Nations Economic Commission for Europe*) è una delle cinque commissioni regionali delle Nazioni Unite, creata nel 1947 allo scopo di promuovere l'integrazione economica pan-europea. Il campo di indagine, di ricerca e di sviluppo dell'UNECE è rappresentato da 56 Paesi, tra cui stati UE ed extra-UE situati nelle regioni dell'Europa orientale, stati indipendenti del *Commonwealth* e stati del Nord America. Tra le aree di interesse dell'organismo vi è la cd. "*housing and land management*", il cui obiettivo è quello di armonizzare la disciplina in materia non solo urbanistica ma anche

luzione che subisce le influenze progressiste provenienti dai Paesi Bassi, dal Belgio, dalla Spagna (Paesi europei che per primi hanno attuato il riconoscimento di diritti a favore delle coppie di fatto<sup>6</sup>), e da quegli stati americani che già hanno adottato discipline analoghe<sup>7</sup> (*Massachusetts, Connecticut, Iowa e Vermont*).

La positivizzazione dei diritti dei coabitanti riveste indubbiamente un ruolo di centrale rilevanza anche nell'ambito della presente analisi, in considerazione dei riflessi che tale disciplina ha sulle regole sui meccanismi di assegnazione della casa familiare<sup>8</sup>.

A tal proposito, la linea di tendenza europea, su cui si tornerà più ampiamente *infra*, concentra l'attenzione su due interessi, considerati parimenti degni di tutela: quello della prole e quello, di carattere economico-finanziario, degli *ex partners*. Anche il legislatore italiano si è posto in linea con questa tendenza, attraverso un percorso lungo, difficile, che ha registrato ripetuti contrasti nelle corti di merito e di legittimità, oltre che in dottrina<sup>9</sup>.

del diritto in campo immobiliare, al fine di permettere un approccio del cittadino alle istituzioni agevole, indipendentemente dal paese di residenza o provenienza dello stesso.

<sup>6</sup> M. BONINI BARALDI, "Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda" in *Familia. Quaderni*, cit., 2001, Vol. 2, p. 419 e ss.; A. DE VITA, "Note per una comparazione" in *Matrimonio, matrimonii*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 143 e ss.; V. ZAMBRANO, "Parejas no casadas e tutela del convivente: l'esperienza spagnola e la Lley catalana 10/1998" in *Matrimonio, matrimonii*, cit., p. 393 e ss.; G. FERRANDO, "Convivenze e modelli di disciplina" in *Matrimonio, matrimonii*, cit., 2000, p. 301 e ss..

<sup>7</sup> Occorre tuttavia precisare che seppure alcuni stati americani hanno conferito efficacia giuridica ad alcune forme di unione diverse dal matrimonio (cd. "*same-sex marriage*", "*civil union*", "*domestic partnerships*"), tuttavia la legge federale continua a negare legale riconoscimento a tali unioni, in forza di quanto stabilito dal DOMA (*Defense of Marriage Act, Public Law No. 104-199, 110 Stat. 2419*).

<sup>8</sup> In Italia non esiste una disciplina specifica delle coppie di fatto; in mancanza, il legislatore ha esteso le novità di cui alla legge sull'affido condiviso anche alle coppie non coniugate. Si tratta evidentemente di regole destinate ad essere applicate solo nelle ipotesi di scioglimento della coppia, ovvero sia nell'eventuale fase patologica del rapporto. Permane dunque la lacuna dell'ordinamento italiano quanto alla regolamentazione ed al riconoscimento di diritti e doveri specifici dei coabitanti.

<sup>9</sup> G. FERRANDO, "Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela" in *Diritto di Famiglia*, Milano, Giuffrè, 1998, Vol. II, p. 722 e ss..

## 2. Profili normativi: ante riforma

L'assegnazione della casa familiare è stata oggetto di un intervento riformatore nel 2006, dalla portata radicale.

Risulta dunque opportuno procedere all'esame della disciplina *ante e post riforma*, al fine di comprendere le ragioni e le esigenze alla base del cambiamento.

Occorre inoltre precisare che la disciplina *ante* 2006 è ancor'oggi ampiamente applicata nell'ambito dei giudizi tutt'ora in corso, che siano stati radicati prima dell'entrata in vigore della L. n. 54/2006<sup>10</sup>.

La disciplina *ante* riforma distingue tra regole da applicare in sede di separazione e regole da applicare in sede di divorzio<sup>11</sup>.

L'art. 155, IV comma c.c. stabilisce:

«L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza, ed ove possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli»;

nella successiva fase di divorzio invece, l'art. 6 L. n. 898/1970<sup>12</sup> così prevede:

«L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge

<sup>10</sup> Sull'inapplicabilità delle nuove disposizioni in tema di assegnazione della casa familiare ai giudizi pendenti, v. Cass. 19 settembre 2006 n. 20256, in *Fam. dir.*, 2007, 251.

<sup>11</sup> La grande disparità tra regole processuali e loro concreta applicazione nei procedimenti di separazione e di divorzio è stata oggetto dell'esame del Gruppo Famiglia dell'Associazione Nazionale Magistrati. Attraverso un questionario inviato a tutti i Tribunali italiani, ed attraverso i risultati che dal questionario stesso sono emersi in occasione del convegno di Roma del 3/6/2003, A.N.M e C.S.M. denunciarono la assoluta mancanza di criteri comuni su base nazionale e la improcrastinabile necessità di fissare regole standard, limite alla discrezionalità delle corti. V. F. BUTTIGLIONE, "Assegni di mantenimento del coniuge e dei figli. Assegno di divorzio. Poteri istruttori d'ufficio. Indagini tributarie. Istruzioni per l'uso" in *Diritti e Tutele nella crisi familiare* a cura di I. MARIANI e G. PASSAGNOLI, Padova, CEDAM, 2007, p. 31 e ss.

<sup>12</sup> Riformata con L. 6 marzo 1987, n. 74.

più debole. L'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 del codice civile».

Al giudice è dunque richiesto di valutare in sede di separazione esclusivamente l'interesse della prole (interesse determinato da ragioni di ordine affettivo e psicologico), mentre in fase di divorzio egli deve valutare pure le condizioni economiche dei coniugi, in vista di una pronuncia idonea ad incidere sulla casa familiare nella sua accezione di nucleo emotivo-affettivo della famiglia, oltre che di bene immobile.

È di immediata evidenza la lacuna della presente disciplina: manca infatti ogni riferimento al caso di separazione di coniugi senza figli.

Come regolare i casi di separazione senza figli? A chi assegnare la casa familiare che risulti intestata *pro indiviso* agli ex coniugi?

Si applica in questo caso la disciplina divorzile per via analogica: il giudicante decide infatti dell'assegnazione in favore del coniuge più debole (criterio economico-finanziario); in caso di comproprietà, stante l'impossibilità di ottenere una pronuncia giudiziale di divisione (ai sensi dell'art. 1100 e ss. c.c. in tema di comunione) in tempi più rapidi rispetto a quelli necessari per ottenere l'assegnazione della casa familiare in occasione dell'udienza presidenziale di separazione, la casa familiare viene assegnata provvisoriamente dal Presidente ad uno soltanto dei due comproprietari, con la conseguente necessaria estromissione dell'altro<sup>13</sup>.

Ancora una volta trova applicazione la disciplina del divorzio, la quale prevede un trattamento di favore verso il coniuge economicamente più debole.

<sup>13</sup> V. *Giust. civ.* 2008, 2, p. 466: «Diversamente, richiamate in motivazione, nella pronuncia in rassegna, Cass. 23 febbraio 2000 n. 2070, secondo cui nell'ipotesi in cui la casa familiare appartenga ad entrambi i coniugi, manchino figli minorenni o figli maggiorenni non autosufficienti conviventi con uno dei genitori, ed entrambi i coniugi rivendichino il godimento esclusivo della casa coniugale, l'esercizio del potere discrezionale del giudice non può trovare altra giustificazione se non quella di, in presenza di una sostanziale parità di diritti, favorire quello dei coniugi che non abbia adeguati redditi propri, al fine di consentirgli la conservazione di un tenore di vita corrispondente a quello di cui godeva in costanza di matrimonio»; Trib. Bari, 22 settembre 2008 n. 2117, in *Giurisprudenzabarese.it* 2008. In senso contrario invece Cass. sez. I, 22 marzo 2007 n. 6979; Cass. 14 maggio 2007 n. 10994; Cass. 13 febbraio 2006 n. 3030; *Foro it.*, 2005, I, p. 174.

Sul punto esiste giurisprudenza contrastante: mentre infatti la C. Cost., con la sentenza n. 454/89, ha espressamente negato l'applicabilità ai casi di separazione del criterio economico-finanziario di cui alla L. n. 898/1970, la Corte di Cassazione invece si è ripetutamente pronunciata in senso contrario:

«Il godimento della casa familiare, oggetto di proprietà comune dei coniugi, può essere assegnato dal giudice della separazione anche al coniuge che non sia affidatario di figli minori (e quindi all'infuori del caso contemplato dall'art. 155, IV comma c.c.), qualora tale assegnazione trovi giustificazione in sede di regolamentazione dei rapporti patrimoniali fra i coniugi medesimi, nel senso che configuri una componente in natura dell'obbligo di mantenimento dell'uno in favore dell'altro»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Cass. sez. I, sent. n. 1198 del 20.2.1984, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 2, *Dir. Famiglia*, 1984, p. 50; Cass. sez. I, sent. n. 2083 del 23.3.1985; Cass. sez. I, sent. n. 6570 dell'11.11.1986, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 1987, I, 361; Trib. Catania, sent. del 31.1.1994, in *Dir. Famiglia*, 1994, p. 695 e in *Gius. Civ.*, 1994, fasc. 13, p. 183: «A seguito della modifica introdotta dalla novella del 1987 sul divorzio, applicabile anche alla separazione, in assenza di figli minori o conviventi ed economicamente non autosufficienti la casa familiare può (vale a dire non necessariamente, ma solo se il giudice ritenga che sia necessario un suo intervento e ne sussistano le condizioni di legge) essere assegnata al coniuge economicamente più debole ed incolpevole in relazione alla crisi del matrimonio; in presenza di figli minori o conviventi, il giudice, pur dovendo dare prevalenza al criterio dell'affidamento dei figli o della convivenza, può assegnare la casa al coniuge non affidatario o con il quale i figli non convivano qualora gli interessi di tal coniuge, comparativamente valutati alla stregua dei criteri anzidetti, vengano ritenuti nettamente più meritevoli di tutela rispetto a quelli della prole, normativamente considerati prioritari, ma non esclusivi». Per completezza espositiva, occorre precisare tuttavia che esistono numerose sentenze di senso contrario, per mezzo delle quali la Cassazione ha invece escluso la possibilità per il giudice della separazione di valutare le condizioni economiche dei coniugi nel decidere dell'assegnazione della casa familiare: si veda in proposito Cass. sez. I, sent. n. 2644 del 28 aprile 1982, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 4.; analogamente Cass. sez. I, sent. n. 2644 del 28 aprile 1982, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 4: «In tema di separazione personale, l'assegnazione della casa familiare al coniuge che non abbia sulla medesima alcun diritto di godimento, reale od obbligatorio, è consentita soltanto quando detto coniuge sia affidatario di figli minori, salva la valutazione affidata caso per caso al prudente apprezzamento del giudice»; Cass. sez. I, sent. n. 3934 del 18.2.2008; in senso conforme Cass. sez. I, sent. n. 26476 del 14.12.2007; C. Cost., 5 dicembre 2007 n. 421.

Da quanto sopra, emerge in maniera evidente la situazione di disordine che ha caratterizzato il panorama legislativo e giurisprudenziale italiano sino all'entrata in vigore della L. n. 54/2006.

Tale legge è stata pertanto recepita quale strumento di uniformazione e semplificazione, in vista di una più agevole e rapida definizione dei procedimenti di separazione e di divorzio.

### *3. Profili normativi: la legge sull'affido condiviso*

La L. n. 54/2006, cd. sull'affido condiviso, riduce ad unità le regole in tema di affidamento della casa familiare, senza operare distinzioni tra i diversi casi di separazione, divorzio o cessazione della coabitazione nell'ambito della famiglia di fatto.

Il nuovo art. 155 *quater* c.c. prevede che:

«[I] Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. [II] Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643. [III] Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici».

Nel decidere dell'assegnazione della casa familiare, il giudice è tenuto innanzitutto a tutelare l'interesse dei figli a vivere nel medesimo *habitat* domestico; criterio che peraltro deve essere posto in relazione con le condizioni e le esigenze economiche dei genitori<sup>15</sup>. Individuate così le linee guida alla base del provvedimento giudiziale di assegnazione, occorre

<sup>15</sup> V. L. BARBIERA, *Il Matrimonio*, Padova, CEDAM, 2006, p. 343: "La configurazione della debolezza economica oscilla fra un *deficit* rispetto al tenore della vita coniugale, orientamento giurisprudenziale compatto per la separazione e dominante per il divorzio, e un *deficit* rispetto al livello di una esistenza libera e dignitosa, giusta l'art. 36 Cost.,

chiarire la natura di quest'ultimo. Occorre cioè comprendere se il diritto di abitazione del coniuge assegnatario abbia natura reale (come tale opponibile *erga omnes*) ovvero personale di godimento (teso a regolare i soli rapporti tra gli *ex partners*).

4. *Casa familiare nelle sentenze di legittimità: natura del provvedimento di assegnazione, successione e trascrizione*

La Corte Costituzionale, con la già citata sentenza n. 454/89, ha stabilito che il giudice della separazione, attraverso la pronuncia di assegnazione, non dà vita ad un nuovo ed autonomo titolo di godimento sull'immobile, bensì trasferisce e concentra gli effetti del titolo originario in capo al solo coniuge affidatario.

L'anzidetta sentenza n. 454/89 della C. Cost. tutela, per quanto possibile, l'equilibrio psichico dei figli, conservandone l'abitazione nel medesimo luogo *ante separationem*, centro degli affetti e degli interessi della loro vita<sup>16</sup>.

In quest'ottica, il provvedimento giudiziale di assegnazione ha pertanto natura personale.

È però la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 13603/2004, a sciogliere definitivamente il dubbio sulla natura del provvedimento di assegnazione: la Suprema Corte esclude la natura costitutiva del provvedimento in questione, mentre ne riconosce la specifica idoneità a concentrare gli effetti del titolo di godimento originario dell'immobile su uno solo dei due *ex coniugi*, quello affidatario.

Si tratta dunque di un provvedimento di natura personale.

Chiarito che il provvedimento di assegnazione fa stato esclusivamente tra le parti, cosa succede in caso di morte del genitore assegnatario, non proprietario?

orientamento maggioritario in dottrina sia per la separazione che per il divorzio e nettamente minoritario in giurisprudenza".

<sup>16</sup> L. MANCINI, "Un diritto reale atipico e senza termine nasce per volere della Suprema corte" in *D&G Diritto e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2004, 34, p. 24.



La questione è di centrale rilevanza ed attualità, dal momento che può condurre al riconoscimento di diritti successori a favore di genitori non uniti in matrimonio<sup>17</sup>. Premesso infatti che la *ratio* sottesa alla scelta del genitore assegnatario, ai sensi del nuovo art. 155 *quater* c.c., è la tutela dei figli, è evidente che tale finalità non viene meno a seguito della morte del coniuge proprietario.

Gli eredi del *de cuius* sono dunque tenuti, in forza del provvedimento giudiziale di assegnazione, a conservare e a rispettare la destinazione a casa familiare dell'immobile caduto in successione, senza poter interferire in alcun modo nel godimento spettante al genitore affidatario.

Nell'assenza nell'ordinamento italiano di una disciplina in tema di diritti e doveri dei conviventi di fatto, prevale, purché trascritto ai sensi dell'art. 2643 c.c.<sup>18</sup>, il diritto di godimento del genitore assegnatario nei confronti dei diritti successori degli aventi causa dall'altro genitore.

Poiché il provvedimento di assegnazione produce effetti solo dalla data della trascrizione, è evidente che si tratta di un diritto di godimento, dal carattere dunque personale.

Va detto che gli eventuali terzi, titolari di un diritto di proprietà di data certa anteriore alla trascrizione del provvedimento di assegnazione, sono tenuti a tollerare la destinazione a casa familiare dell'immobile, salva la sopravvenienza di specifiche loro esigenze idonee a giustificarne la restituzione<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> L. BALESTRA, "La famiglia di fatto" in *Il Nuovo Diritto di Famiglia* a cura di G. FERRANDO, Bologna, Zanichelli, 2008, Vol. II, p. 1084 e ss.; S. DELLE MONACHE, "Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia" in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2007, XIII, p. 392 e ss.; "Famiglia, persone e successioni" in *Le riviste ipertestuali*, Torino, UTET, 2005, A. 1, n. 1 (giugno 2005); C. COPPOLA, "La successione del convivente more uxorio" in *Il Diritto di Famiglia* a cura di G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, UTET, 2007, Vol. I, XII, Sez. II.

<sup>18</sup> F. GAZZONI, "La trascrizione immobiliare" in *Il codice civile commentato* a cura di P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1991, tomo I; F. GAZZONI, "Funzioni della trascrizione. La trascrizione e la cessione dei beni ai creditori" in *Vita notarile*, Quad. n. 14, Palermo, Ed. Giurid. Buttitta, 1992; S. PUGLIATTI, *La trascrizione, l'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>19</sup> V. Cass. S.U. n. 13603/2004. In sede di giudizio di separazione personale tra i coniugi, viene assegnato alla moglie l'appartamento familiare, che il suocero proprietario aveva concesso in comodato ad uso gratuito alla famiglia. Il suocero, pur essendo proprietario, non può chiedere la restituzione *ad nutum* dell'appartamento in pendenza del ter-

Alla luce della recente sentenza n. 11830/2007 del 22 maggio 2007 della Corte di Cassazione, la trascrizione del provvedimento giudiziale rappresenta l'unico strumento utile ai fini della tutela del diritto di godimento dell'assegnatario<sup>20</sup>. La Corte ha infatti escluso espressamente la possibilità per il genitore affidatario di ricorrere alla revocatoria *ex art.* 2901 c.c. o alla tutela d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c.<sup>21</sup>.

Il diritto di godimento della casa familiare sussiste fino alla maggiore età dei figli, ovvero fintanto che non diventino economicamente autosufficienti o escano dal nucleo familiare originario.

Il diritto all'assegnazione viene meno nel caso in cui la famiglia si trasferisca altrove o il genitore affidatario contragga nuovo matrimonio o conviva *more uxorio*.

La cessazione del diritto di godimento dell'assegnatario non opera automaticamente in presenza di una delle cause sopra descritte, ma necessita di un provvedimento di revoca, che il magistrato dichiara su istanza dei diretti interessati<sup>22</sup>.

mine implicito di uso (destinazione ad abitazione familiare) cui il bene è destinato, salva la sopravvenienza di esigenze urgenti idonee a giustificare il rilascio dell'immobile in ottemperanza alla disciplina del comodato (ossia del titolo di proprietà del suocero). Ciò significa che il terzo (suocero) è tenuto a rispettare il vincolo rappresentato dalla destinazione a casa familiare del bene, salva la reviviscenza delle norme eccezionali del contratto originario.

<sup>20</sup> D. DE FEIS, "Rilievi critici sulla trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare" in *Giust. civ.*, 2006, 6, p. 1131 e ss.

<sup>21</sup> In motivazione, la Corte di Cassazione argomenta spiegando come l'*actio pauliana* sia diretta a ricostituire la garanzia generica del creditore, che ai sensi dell'art. 2740 c.c., si fonda sul patrimonio del debitore. Presupposti di operatività dell'azione *de qua* sono l'esistenza da un lato di un diritto di credito in capo a chi se ne avvale, e dall'altro di un atto dispositivo in danno al creditore (commesso col dolo del debitore e del terzo). Poiché va esclusa a priori la qualifica del diritto all'abitazione in termini di diritto di credito, l'azione revocatoria non può essere utilizzata ai fini della tutela del diritto di abitazione. La casa familiare ha infatti un valore affettivo, e non meramente economico. V. M. D'AURIA, "Azione revocatoria e assegnazione della casa coniugale" in *Giurisprudenza italiana*, Torino, UTET, Fasc. 4, 2008, p. 891 e ss.

<sup>22</sup> G. PAGLIANI, *I procedimenti di modifica delle condizioni di separazione e divorzio: monografia aggiornata al nuovo rito civile e alla legge sull'affido*, Padova, CEDAM, 2006.

### 5. Il fondo patrimoniale

La disciplina in tema di estinzione del fondo patrimoniale in conseguenza del divorzio dei genitori mira a tutelare i figli nati dal matrimonio.

Infatti, l'art. 171 c.c. stabilisce che il fondo rimane in vita anche dopo la cessazione del matrimonio, sin tanto che i figli non abbiano raggiunto la maggiore età. Ciò al fine di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, tra cui rientra appunto l'esigenza dei figli a crescere nel medesimo *habitat* domestico *ante separationem*.

Sul punto occorre una precisazione: mentre in caso di divorzio, come visto *supra*, i figli sono tutelati anche successivamente al raggiungimento della maggiore età, purchè conviventi con il genitore affidatario e non economicamente autosufficienti, nel caso di cessazione del fondo patrimoniale, la tutela prevista è temporalmente limitata: il fondo patrimoniale si estingue al più tardi con la maggiore età dell'ultimo figlio.

Come dire che il legislatore riconosce in caso di fondo patrimoniale una tutela di portata ridotta, che si giustifica in considerazione delle contrapposte esigenze di tutela dei terzi.

### 6. La casa familiare nel venir meno della coabitazione

Il rapporto di coabitazione oggetto della presente analisi, comunemente definito convivenza *more uxorio*, interessa le unioni familiari eterosessuali ed omosessuali: famiglie di fatto, fondate su un rapporto di natura sentimentale tra i *partners*<sup>23</sup>.

Pur in mancanza di una disciplina legale idonea a regolare e tutelare le unioni non fondate sul matrimonio, quest'ultime hanno tuttavia trovato un riconoscimento giuridico dapprima nella sentenza n. 404 del 7 aprile 1988 della Corte costituzionale<sup>24</sup>, quindi nella risoluzione del

<sup>23</sup> Il rapporto di convivenza *more uxorio* va distinto rispetto alla semplice coabitazione, instaurata allo scopo di dividere le spese tra i coabitanti, così come dalla coabitazione tra fratelli, sorelle, genitori e figli.

<sup>24</sup> C. Cost. n. 404/1988: «È illegittimo, per contrasto con gli art. 2 e 3 cost. l'art. 6, I comma della legge n. 392 del 1978 (disciplina delle locazioni di immobili urbani),

Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità dei diritti per gli omosessuali nella Comunità e nella Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza<sup>25</sup>, e da ultimo nella già citata L. n. 54 del 2006 sull'affido condiviso.

Acclarata l'esistenza di unioni *more uxorio* sia a livello giurisprudenziale che a livello legislativo, si è ancora lungi dalla positivizzazione dei diritti dei coabitanti, alla stregua delle "registered partnerships" dei Paesi nordici o delle unioni civili olandesi, tedesche e spagnole.

Infatti, la legge di riforma del 2006 prende in considerazione e regola i rapporti tra gli ex conviventi solo in caso di loro genitorialità: la casa di abitazione familiare viene assegnata, a norma dell'art. 155 *quater* c.c. "tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli".

Anche a seguito della riforma del 2006, permane pertanto nel sistema italiano un vuoto di tutela, che interessa specificatamente gli ex conviventi *more uxorio* senza figli.

In mancanza di protezione legale, trovano applicazione i tradizionali rimedi civilistici, strumenti a disposizione delle parti di un contratto.

Sull'ammissibilità di un contratto di convivenza avente ad oggetto la regolamentazione del rapporto *more uxorio*, la dottrina si è a lungo interrogata<sup>26</sup>, giungendo infine a riconoscere la possibilità per le parti di stipulare un contratto con causa atipica, legittima e lecita, a prestazioni corrispettive<sup>27</sup>.

Gli obblighi ed i diritti reciproci fissati contrattualmente hanno svariati contenuti (obbligo/diritto al mantenimento, obbligo di eseguire i lavori domestici, diritto di godimento della casa di abitazione familiare, obbligo di assistenza, etc.); condizione necessaria ed indispensabile per la

nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente "more uxorio" di quest'ultimo».

<sup>25</sup> L'art. 34, III comma della Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza riconosce e garantisce a ciascun individuo il diritto all'alloggio.

<sup>26</sup> V. G. FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, Padova, CEDAM, 1992; P. BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, CEDAM, 1992; G. OBERTO, *I contratti di convivenza*, Milano, Giuffrè, 1999.

<sup>27</sup> Con l'espressa esclusione delle prestazioni contrarie all'ordine pubblico o al buon costume (ad es. prestazioni sessuali), che rendono nullo l'intero contratto per causa illecita.

validità del contratto è la liberalità della pattuizione, ex art. 1322 c.c., ed il rispetto del limite costituzionalmente garantito dell'ordine pubblico.

Con le precisazioni ed i limiti sopra descritti è dunque ammessa la regolamentazione del rapporto tra i *partners* mediante contratto di convivenza; contratto che, nell'interesse di entrambe le parti, dovrebbe regolare non soltanto obblighi e diritti reciproci nella vigenza del rapporto, bensì anche le conseguenze giuridiche di un'eventuale cessazione della convivenza medesima.

Al fine di evitare liti *ex post* e garantirsi reciprocamente il rispetto di diritti e doveri, le parti possono inserire nel contratto di convivenza una condizione sospensiva, attraverso cui fare discendere dall'eventuale futura cessazione del rapporto di coabitazione, in favore del *partner* economicamente più debole<sup>28</sup>, il diritto di godimento (in forza di comodato ad uso gratuito) ovvero il diritto di trasferimento (in forza di separato contratto di compravendita immobiliare o di donazione da eseguire con atto notarile) della casa adibita a comune residenza.

La forma scritta, non richiesta *ad substantiam*, risulta in vero indispensabile *ad probationem*: per dare cioè esecuzione ai diritti ed agli obblighi liberamente assunti dalle parti, occorre una scrittura privata che impegni tra loro reciprocamente gli *ex partners*.

Così configurato, il contratto di convivenza trova pur sempre un grande limite: per il divieto di patti successori, di cui all'art. 458 c.c., non è possibile alle parti destinare contrattualmente la casa di abitazione familiare *post mortem*.

Unica via di fuga da questa situazione di *empasse*, è la creazione di un *trust*, entro cui collocare la casa familiare.

È però probabile che i conviventi *more uxorio*, che si dimostrino disponibili a regolare mediante contratto (con i limiti di cui sopra) ovvero mediante *trust* i propri rapporti, preferiscano la più ampia ed efficace tutela garantita dal matrimonio.

Il vuoto normativo produce i propri effetti negativi proprio in capo a quei soggetti che, come frequentemente accade e come risulta dalle in-

<sup>28</sup> V. M. FRANZONI, "Le convivenze patrimoniali tra conviventi *more uxorio*" in *Il Diritto di Famiglia. II. Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, UTET, 2007, p. 550.

dagini ISTAT, hanno scelto in numero sempre crescente di coabitare *sic et simpliciter*, senza formalizzare il proprio legame né adottare alcuna forma di tutela reciproca per il caso di eventuale rottura del rapporto.

### 7. Profili di diritto comparato

La disciplina in tema di casa familiare risente delle specifiche influenze provenienti dal contesto socio-culturale, politico e religioso esistente.

Attraverso l'analisi comparata di alcuni tra i principali sistemi giuridici europei ed extracomunitari, si ritrovano pertanto regole significativamente diverse, in parte riconducibili alla divisione in famiglie degli ordinamenti giuridici contemporanei.<sup>29</sup>

Mentre infatti gli ordinamenti civilistici tendono ad attribuire il diritto di abitazione della casa familiare al coniuge ovvero all'*ex partner* affidatario dei figli minori (o maggiorenni conviventi non economicamente autosufficienti), gli ordinamenti di *common law* trattano della casa familiare al pari di ogni altro bene, tralasciando valutazioni attinenti alla sfera prettamente affettiva.

### 8. Casa familiare e civil law

Nel modello francese, il cd. "*logement de la famille*" è regolato nel *Code Civil*: la collocazione all'interno del codice della disciplina in tema di casa di abitazione familiare è chiaro segno della rilevanza primaria riconosciuta alla materia.

Il Titolo V (*Du Mariage*), e VI (*Du Divorce*) si occupano nel dettaglio dei meccanismi di attribuzione in costanza ed in seguito allo

<sup>29</sup> V. R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*, Padova, CEDAM, 2004, che distingue i sistemi giuridici contemporanei in grandi famiglie, cui si affiancano "altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto": la famiglia romano-germanica, la famiglia di *common law*, la (scomparsa) famiglia socialista, il diritto musulmano, il diritto indù, il diritto ebraico, il diritto dell'Estremo Oriente, il diritto dell'Africa Nera e del Madagascar.

scioglimento del matrimonio. L'art. 215 *Code Civil*, mentre offre la definizione di casa familiare quale "*lieu qu'ils [les époux] choisissent d'un commun accord*", nega espressamente al III comma la possibilità per entrambi i coniugi di disporre autonomamente della casa e degli arredi ivi contenuti<sup>30</sup>.

Dal che si ricava chiaramente la tutela, nell'intento del legislatore, della casa familiare quale centro degli affetti e dei rapporti domestici, da salvaguardare al di là del suo valore intrinsecamente economico.

Quanto al meccanismo di assegnazione dell'abitazione familiare in caso di divorzio, occorre invece fare riferimento all'art. 285-1<sup>31</sup>: il giudice ha il potere di assegnare la casa familiare in godimento al coniuge non proprietario, se a quest'ultimo siano stati affidati i figli (in caso di affido condiviso, il diritto di godimento permane a favore del genitore non proprietario "*lorsqu'un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement*") sino alla maggiore età del più giovane dei figli, oppure, nel caso in cui il divorzio sia stato pronunciato su domanda del coniuge non proprietario per fatti imputabili all'altro. In tal caso l'assegnazione ha la durata massima di nove anni, rinnovabile con nuovo provvedimento giudiziale, mentre cessa di diritto in conseguenza di "*remariage*" o di "*concubinage notoire*" dell'assegnatario.

<sup>30</sup> Art. 215, III comma *Code Civil*: «*Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation: l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous.*»

<sup>31</sup> Art. 285-1 *Code Civil*: «*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail à l'autre conjoint: 1° Lorsque l'autorité parentale est exercée par celui-ci sur un ou plusieurs enfants ou, en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, lorsqu'un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement; 2° Lorsque le divorce a été prononcé à la demande de l'époux propriétaire, pour rupture de la vie commune. Dans le cas prévu au 1° ci-dessus, le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Dans le cas prévu au 2°, le bail ne peut être concédé pour une durée excédant neuf années, mais peut être prolongé par une nouvelle décision. Il prend fin, de plein droit, en cas de remariage de celui à qui il a été concédé. Il y est mis fin si celui-ci vit en état de concubinage notoire. Dans tous les cas, le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.*»

Il Codice civile svizzero, all'art. 121 RS 210<sup>32</sup> assegna la casa familiare al coniuge affidatario o al coniuge che presenti "*aus anderen wichtigen*". Tali gravi motivi, che afferiscono alle condizioni economiche o di salute del coniuge non proprietario, non attribuiscono un diritto di abitazione *ad nutum* né a titolo gratuito: infatti, l'assegnazione ha durata limitata, è sempre revocabile per sopravvenienza di fatti nuovi rilevanti, e comporta l'obbligo per l'assegnatario di corrispondere una adeguata indennità al coniuge proprietario.

La sopra descritta disciplina si applica altresì in caso di cessazione della convivenza nell'ambito della unione registrata tra i *partners*<sup>33</sup>.

Dunque, anche nell'ordinamento svizzero, la casa familiare non si identifica col bene immobile di residenza della coppia, bensì con il luogo entro cui si svolge la vita domestica della famiglia; luogo nel cui ambito i figli devono poter crescere, senza subire pretese o rivendicazioni esterne volte ad ottenerne l'allontanamento in conseguenza dello scioglimento dell'unione tra i loro genitori.

D'altra parte, il legislatore svizzero non dimentica il valore economico dell'immobile, stabilendo espressamente l'obbligo di adeguata indennità a favore del coniuge proprietario non assegnatario, e disponendo un limite massimo legale di durata dell'assegnazione. Si tratta evidentemente di una tutela giuridica della famiglia che si piega alle meno nobili esigenze monetarie.

In Spagna, l'attribuzione della "*vivienda familiar*"<sup>34</sup> a seguito dello scioglimento dell'unione familiare, per effetto di annullamento del ma-

<sup>32</sup> ZGB, art. 121, C: «*Wohnung der Familie. 1° Ist ein Ehegatte wegen der Kinder oder aus anderen wichtigen Gründen auf die Wohnung der Familie angewiesen, so kann das Gericht ihm die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag allein übertragen, sofern dies dem anderen billigerweise zugemutet werden kann.... 3° Gehört die Wohnung der Familie einem Ehegatten, so kann das Gericht dem anderen unter den gleichen Voraussetzungen und gegen angemessene Entschädigung oder unter Anrechnung auf Unterhaltsbeiträge ein befristetes Wohnrecht einräumen. Wenn wichtige neue Tatsachen es erfordern, ist das Wohnrecht einzuschränken oder aufzuheben.*»

<sup>33</sup> V. I. SCHWENZER, A.F. BOCK, "New Statutory Rules on Registered Partnership and Protection against Domestic Violence" in *The International Survey of Family Law* a cura di B. ATKIN, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2008, p. 453 e ss.

<sup>34</sup> Sui diversi sinonimi ("*vivienda familiar, vivienda habitual, hogar familiar*") con cui viene indicata la casa di abitazione familiare in Spagna, v. G. AUTORINO STANZIONE,



trrimonio, separazione o divorzio, è regolata dal *Código Civil*, al *Libro I, Título IV, Capítulo IX*, oltre che dalla *Ley 13/2005* di riforma del diritto di famiglia<sup>35</sup>.

L'*artículo 96*<sup>36</sup> *Código Civil* stabilisce che, in mancanza di diverso accordo tra i coniugi (cd. "*convenio regulador*"), la *vivienda familiar*, con i relativi arredi, spetta ai figli ed al genitore affidatario. In assenza di figli, la casa familiare può essere assegnata al coniuge non proprietario, che dimostri di trovarsi in condizioni bisognose di maggior tutela rispetto a quelle dell'ex coniuge.

A seguito della riforma del matrimonio civile spagnolo (di cui alla *Ley n. 13 del 2005*), lo Stato protegge la famiglia in senso lato, senza operare distinzioni di sorta, nemmeno con riguardo al sesso dei coniugi.

Le regole in tema di assegnazione della *vivienda familiar* sopra descritte si applicano quindi anche alla famiglia omosessuale, purchè unita in matrimonio. Resta invece aperta la discussione, sia in dottrina che in giurisprudenza, quanto alla possibilità di estendere tale disciplina alla famiglia di fatto<sup>37</sup>.

A tal riguardo, è interessante esaminare le diverse definizioni che della casa familiare ha dato il *Tribunal Supremo*.

A. MUSIO, *Il Divorzio: disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 263.

<sup>35</sup> Il processo di riforma del diritto di famiglia spagnolo è stato attuato per fasi successive: la *Ley n. 11 del 19 maggio 1981* ha modificato la disciplina in materia di filiazione, patria potestà e regime economico del matrimonio; la *Ley n. 30 del 20 luglio 1981* ha modificato il regime legale del matrimonio nel codice civile ed il procedimento di annullamento, separazione e divorzio; le leggi degli anni '80 e '90 hanno mantenuto sostanzialmente invariato il sistema del diritto di famiglia, sino al radicale innovazione introdotta il 1 luglio 2005 con la *Ley n. 13/2005* di riforma del matrimonio civile.

<sup>36</sup> *Artículo 96 Código Civil*: «*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.*»

<sup>37</sup> V. G. AUTORINO STANZIONE, A. MUSIO, *Il Divorzio: disciplina, procedure e profili comparatistici*, cit., p. 264 e ss.

Con la sentenza del 31 dicembre 1994 (ED 1994/10330), la *vivienda familiar* viene descritta quale “*bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*”. Si tratta di un bene il cui valore, alla stregua di quanto già visto *supra* con riferimento ad altri ordinamenti di *civil law*, va ben oltre la valutazione economica dell'immobile: è il luogo di residenza abituale (sentenza ED 1999/17808), destinato alla protezione dei soggetti che compongono la famiglia e dei loro interessi.

“*la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad)*” (sentencia ED 1998/1250)<sup>38</sup>.

Dagli ordinamenti *civillian* sin qui presi in esame si discosta nettamente il sistema tedesco.

Il Titolo V del *Bürgerliches Gesetzbuch*, si occupa di *familienrecht*: ai coniugi si applica il regime legale della comunione dei beni, salva rinuncia espressa da rendere ai sensi del § 1408 e ss., nelle forme del contratto di matrimonio, cd. “*ehevertrag*”<sup>39</sup>.

In caso di cessazione del matrimonio, sia in fase di separazione (cfr. § 1361b<sup>40</sup>) che in fase di divorzio, la “*ehewohnung*”, o più comu-

<sup>38</sup> A prescindere dal regime di comunione o separazione legale dei beni scelto dai coniugi, nel *Codi de familia* catalano (del 23 luglio 1998) è stabilito che il coniuge proprietario della casa familiare non possa disporre autonomamente in mancanza di provvedimento giudiziale di autorizzazione, concesso esclusivamente per giusta causa. V. L. LIZARRAGA, “Disposició de l'habitatge familiar” in *Comentaris al Codi de familia, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* a cura di E. FERNANDEZ, F. RIBA, Madrid, 2000, p. 123.

<sup>39</sup> Il contratto di matrimonio deve rivestire la forma dell'atto pubblico notarile, a pena di nullità.

<sup>40</sup> BGB, § 1361b (1): «*Leben die Ehegatten voneinander getrennt oder will einer von ihnen getrennt leben, so kann ein Ehegatte verlangen, dass ihm der andere die Ehewohnung oder einen Teil zur alleinigen Benutzung überlässt, soweit dies auch unter Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Eine unbillige Härte kann auch dann gegeben sein, wenn das Wohl von im Haushalt lebenden Kindern beeinträchtigt ist. Steht einem Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten das Eigentum, das Erbbaurecht oder der Nießbrauch an dem Grundstück zu, auf dem sich*

nemente "familienhaus", spetta al proprietario, salvi gravi motivi idonei a giustificare la temporanea assegnazione a favore dell'altro partner. Tali gravi motivi (*schwere Härte*) possono avere carattere economico, natura personale (necessità di tutelare i figli e farli crescere nella medesima casa familiare *ante separationem*), ovvero scopo di protezione a seguito di violenza (*Gewaltschutzgesetz*).

In assenza di figli, la *familienhaus* viene assegnata al coniuge proprietario, senza che rilevino in alcuna misura le condizioni economiche dell'altro coniuge<sup>41</sup>.

La sopra descritta disciplina si applica sia al matrimonio (*Ehe*) che alle unioni omosessuali (*eingetragene Lebenspartnerschaft*), con espressa esclusione delle unioni *more uxorio*, soggette all'applicazione delle norme del *BGB* in tema di comunione.

Da quanto sopra, emerge la diffusa tendenza dei legislatori di *civil law* ad attribuire alla casa di abitazione familiare una valenza affettiva oltre che meramente economica.

In caso di famiglia composta da genitori e figli, la casa familiare è ovunque considerata non quale semplice luogo di residenza, bensì quale centro di affetti e di sviluppo della personalità dei figli, e, come tale, viene assegnata di preferenza al genitore affidatario.

In assenza di figli invece, poiché entrambi i coniugi vantano rispetto alla casa familiare analoghi vincoli affettivi, l'assegnazione dipende da criteri di natura economica: alcuni ordinamenti prendono a tal proposito in considerazione sia il diritto di proprietà sull'immobile sia le condizioni economiche dei coniugi (con possibilità di assegnazione a favore del coniuge economicamente più debole); altri ordinamenti invece prescindono da valutazioni reddituali comparative, e guardano esclusivamente al titolo di proprietà dell'immobile.

*die Ehewohnung befindet, so ist dies besonders zu berücksichtigen; Entsprechendes gilt für das Wohnungseigentum, das Dauerwohnrecht und das dingliche Wohnrecht.*

<sup>41</sup> È minoritario l'orientamento giurisprudenziale che sostiene l'obbligatorietà per il giudicante di valutare e considerare anche l'eventuale necessità per uno dei due ex coniugi di evitare un pregiudizio. V. M.G. CUBEDDU, "La casa familiare: profili di diritto comparato tra l'ordinamento italiano e quello tedesco" in *Annuario di diritto tedesco*, 1998, p. 199 ss.

### 9. Family home nella common law

La casa di abitazione familiare, nell'ambito degli ordinamenti di *common law*, ricade tra i "*matrimonial assets*": proprietà che i coniugi dividono equamente in occasione dello scioglimento della loro unione.

In Gran Bretagna è stato introdotto nel 1882<sup>42</sup> il regime legale della separazione dei beni tra i coniugi. Mentre il *Married Women's Property Act 1964* ha parzialmente derogato a tale regime, attribuendo alla moglie il diritto di proprietà sui risparmi delle spese domestiche, il *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* (in base a cui entrambi i coniugi conservano la proprietà di quanto acquistato in costanza di matrimonio per il miglioramento dei beni immobili comuni) ed il *Matrimonial Causes Act 1973* (che obbliga il giudice all'equa ripartizione del patrimonio tra gli ex coniugi) hanno mantenuto l'originario orientamento teso ad evitare ogni riferimento di carattere sentimentale o affettivo in sede di divisione giudiziale dei beni.

Infatti, poiché al momento dell'acquisto della casa familiare i *partners* possono liberamente intestarla ad uno soltanto tra loro, l'altro viene automaticamente beneficiario del cd. "*resulting trust*"<sup>43</sup>.

Con lo scioglimento del matrimonio, entrambi i coniugi hanno diritto ad un'equa ripartizione dei beni, a prescindere dalla durata del matrimonio o dalla presenza di figli. Il beneficiario del *resulting trust* sulla casa familiare vanta dunque sull'immobile un diritto di proprietà di valore proporzionale ai contributi resi per l'acquisto o per le migliorie dell'immobile. Tale diritto è suscettibile di valutazione economica.

È solo con il *Matrimonial Homes Act 1967* e con il *Family Law Act 1996*, che il legislatore inglese prevede espressamente la possibilità di assegnazione della *matrimonial home* in godimento al coniuge non proprietario<sup>44</sup>.

Anche l'ordinamento inglese pertanto, in virtù degli anzidetti atti di riforma del diritto di famiglia della seconda metà del XX secolo, ma, so-

<sup>42</sup> V. *Married Women's Property Act 1882*, in vigore in tutta la Gran Bretagna, con la sola esclusione della Scozia.

<sup>43</sup> *Trust* costituito in via implicita.

<sup>44</sup> Tuttavia occorre evidenziare che per poter chiedere de ottenere la pronuncia del divorzio tra le parti, quest'ultime devono aver prima raggiunto una definizione della controversia economica che le vede coinvolte, non potendosi

prattutto, in forza dei precedenti vincolanti contenuti nelle due decisioni della *Appellate Committee* della *House of Lords* del 24 maggio 2006, *Miller v. Miller* e *McFarlane v. McFarlane*<sup>45</sup>, ha riconosciuto la destinazione a casa familiare dell'immobile in cui i coniugi stabiliscono la comune residenza in costanza di matrimonio:

*"The parties' matrimonial home, even if this was brought into the marriage at the outset by one of the parties, usually has a central place in any marriage. So it should normally be treated as matrimonial property for this purpose. As already noted, in principle the entitlement of each party to a share of the matrimonial property is the same however long or short the marriage may have been".*

A prescindere dall'intento del legislatore, teso a negare un valore affettivo suscettibile di valutazione economica alla *matrimonial home*, i precedenti della *House of Lords* hanno fissato una nuova regola, vincolante per tutte le corti inglesi: gli ex coniugi hanno diritto a "equal shares" del patrimonio familiare complessivo<sup>46</sup>, fatta eccezione per la casa familiare cui entrambi hanno diritto a prescindere dall'intestazione formale dell'immobile e dalla durata complessiva del matrimonio.

Ciò che rileva, è la assoluta mancanza di considerazione nei confronti di eventuali figli: questi ultimi, e con essi il genitore che ne ha l'affidamento, non vantano alcun diritto idoneo a giustificare un provvedimento di assegnazione in loro favore nè un titolo di godimento opponibile *erga omnes*.

Diversa è invece la tutela accordata dal *Family Home Protection Act 1976* irlandese: nell'eventualità in cui uno dei due coniugi dichiarati ovvero dimostri *per facta concludentia* di non avere interesse o di non essere degno di abitare nella casa familiare, il giudice ne dispone l'assegnazione a favore dell'altro coniuge (*Family Home Protection Act 1976*, § 5<sup>47</sup>).

<sup>45</sup> [2006] UKHL 24.

<sup>46</sup> V. E. AL MUREDEN, "Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata" in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia* a cura di M. SESTA, Milano, Ipsoa, 2007, p. 77, che in proposito richiama M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, CEDAM, 2005, p. 172.

<sup>47</sup> *Family Home Protection Act 1976*, § 5: «*Conduct leading to loss of family home.* (1) *Where it appears to the court, on the application of a spouse, that the other spouse is engaging in such conduct as may lead to the loss of any interest in the family home or may render it unsuitable for habitation as a family home with the intention of depriving the applicant*

Nell'anzidetta scelta del coniuge assegnatario, riveste un ruolo decisivo l'eventuale presenza di figli conviventi.

Di ardua individuazione è invece un orientamento che possa dirsi unitario per gli Stati Uniti: dal momento che non esiste allo stato attuale un *Restatement* sul diritto di famiglia, si è di fatto in presenza di una frammentazione su base statale della disciplina applicabile in materia.

Le regole di più larga diffusione nei cinquanta stati U.S.A. vanno rintracciate nei *Restatements* sulla proprietà immobiliare (*Restatement of the law of property, Restatements of the law, property: wills and other donative transfers* (3 ed.), *Restatements of the law: conflicts of law* (2 ed.)), nello *Uniform Premarital Agreement Act 1983*, nello *Uniform Marriage and Divorce Act*, nei *Principles of the Law of Family Dissolution*, nonché nelle decisioni e norme statali e federali.

La *section 3 Uniform Premarital Agreement Act 1983* (dall'efficacia non vincolante) riconosce espressamente la possibilità per i nubendi di fissare con contratto prematrimoniale le condizioni di divisione della proprietà in caso di separazione, divorzio, annullamento del matrimonio o morte<sup>48</sup>. Con la sottoscrizione di entrambe le parti, il *prenuptial agreement* diviene vincolante: è così definitivamente esclusa per i coniugi la possibilità di far valere sulla casa familiare, in sede di scioglimento del matrimonio, pretese di natura affettiva o riconducibili all'esigenza dei figli di crescere nella *family home*.

La *section 307 Uniform Marriage and Divorce Act* prevede che il giudice divorzile debba dividere i beni facenti parte della *cd. separate property* mediante attribuzione in favore dell'ex coniuge legittimo proprietario, mentre per i beni che ricadono nella *cd. marital property*<sup>49</sup> vige il criterio dell'equa ripartizione.

Da un'analisi comparata della disciplina in tema di casa d'abitazione familiare negli Stati Uniti, emergono alcune considerazioni di fondo.

*spouse or a dependent child of the family of his residence in the family home, the court may make such order as it considers proper, directed to the other spouse or to any other person, for the protection of the family home in the interest of the applicant spouse or such child.*

<sup>48</sup> V. G. OBERTO, *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d'attualità*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 712.

<sup>49</sup> Sulle categorie di beni che rientrano nella *marital property*, v. E. AL MUREDEN, "Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata", cit., p. 139 e ss.

Il profilo dell'attaccamento affettivo alla casa familiare da parte dei coniugi o dei figli non rileva negli Stati Uniti: la *family home* è un bene immobile, come tale valutabile solo da un punto di vista economico. Le ragioni di una simile visione materialista sono in parte da ricondurre all'estrema frequenza dei traslochi e trasferimenti in America, tale da impedire la creazione di un reale vincolo affettivo con una determinata abitazione.

Ne discende la necessità di regolare definitivamente in sede di divorzio tutti gli aspetti patrimoniali ed economici, legati al cessato matrimonio<sup>50</sup>.

La possibilità di disporre l'assegnazione della casa familiare a favore dell'ex coniuge non proprietario è pertanto del tutto esclusa nella *common law* americana.

#### *10. Casa familiare nel diritto russo*

Con il crollo dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e la nascita nel 1992 della R.S.F.S. Russa<sup>51</sup>, è sorta l'esigenza di aggiornare e di adeguare il diritto esistente alle nuove forme in cui si articola la società contemporanea russa.

Concentrando pertanto l'analisi presente alla sfera del diritto di famiglia, occorre guardare da un lato al Codice di diritto di famiglia russo del 1996 e dall'altro alle numerose sentenze della Corte Suprema di individuazione dei criteri ermeneutici ed applicativi delle norme di diritto positivo.

Il Codice di diritto di famiglia russo istituisce il regime legale della comunione dei beni tra i coniugi, derogabile liberamente dalle parti per mezzo di accordi contenuti nel contratto matrimoniale<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> V. E. AL MUREDEN, "Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata", cit., p. 142.

<sup>51</sup> Repubblica socialista federata sovietica russa (*Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика*).

<sup>52</sup> Il codice di diritto di famiglia russo, all'art. 256, I comma, prevede espressamente che i beni acquistati in costanza di matrimonio rientrino nella comunione legale dei beni tra i coniugi, fatta eccezione per il caso in cui sia stato scelto con contratto matrimoniale un regime patrimoniale differente. La convenzione matrimoniale, che deve ri-

L'assegnazione della casa familiare in sede di scioglimento del rapporto di *coniugio* è pertanto strettamente collegata al regime scelto dai coniugi al momento della registrazione dell'atto di matrimonio<sup>53</sup>.

In caso di separazione dei beni, la casa viene infatti assegnata in conformità alle disposizioni della convenzione matrimoniale.

In caso invece di comunione dei beni, il giudice divorzile divide in parti uguali il patrimonio familiare, senza che reddito personale e contributi in termini economici o di lavori domestici resi da entrambi i coniugi in costanza di matrimonio possano assumere alcun rilievo. Va peraltro precisato che, in presenza di gravi e giustificati motivi (tutela dei figli ancora minorenni, gravi problemi di salute o di inabilità al lavoro di uno dei due coniugi, etc.), il giudice può dividere il patrimonio tra gli ex coniugi in quote diverse.

Da quanto sopra, emerge l'indifferenza del diritto russo rispetto alle connotazioni affettive della casa di abitazione familiare: quest'ultima costituisce un bene immobile, della cui attribuzione il giudice o le parti decidono avendo esclusivo riguardo al suo valore economico.

### 11. Conclusioni

La disciplina in tema di casa di abitazione familiare coinvolge direttamente tutti i membri del nucleo familiare, creando diritti e doveri contrapposti; eppure non sempre gli ordinamenti giuridici prendono in considerazione gli interessi di tutti i familiari nel decidere della assegnazione della casa familiare.

Dall'esame che precede è emerso infatti che il valore sentimentale della casa familiare, intesa quale *habitat* domestico e centro di affetti e di formazione dei figli, è avvertito in maniera pressante nelle società patriarcali: così è in Italia, dove la popolazione è fortemente legata

vestire la forma dell'atto pubblico notarile, può essere stipulata prima o in corso di matrimonio.

<sup>53</sup> A decorrere dal 1969 in Russia hanno validità giuridica esclusivamente i matrimoni registrati negli uffici di stato civile, tra due persone di sesso diverso. Sono quindi privi di efficacia i matrimoni religiosi, mentre sono nulli i matrimoni tra omosessuali. V. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 231.



alla propria città natale, alle proprie radici e cambia residenza in media due volte nell'arco di un'intera vita. In un simile contesto è allora evidente il ruolo di centrale importanza rivestito dalla casa familiare, con conseguenti frequenti liti giudiziali volte ad ottenerne l'assegnazione in via esclusiva.

Tale attaccamento va invece perdendosi via via che la società si adegua ai tempi moderni ed ai ritmi frenetici dell'era della globalizzazione: Germania e Gran Bretagna offrono un esempio lampante di questo tipo di società, nel cui ambito si registrano continui cambi di residenza e trasferimenti. La vita familiare non risulta più legata indissolubilmente alle stesse immutabili mura domestiche; la famiglia si sposta e spostandosi interrompe ogni legame di natura affettiva con l'immobile adibito ad abitazione familiare.

Il massimo livello di reciproca autonomia nel rapporto tra la casa familiare e l'immobile adibito a residenza familiare si raggiunge negli Stati Uniti: l'abitudine americana di trasferirsi non solo per frequentare *college* ed università, ma anche in vista di continue progressioni di carriera o cambi di attività, ha determinato una diffusa perdita di attaccamento alle origini, che sfocia inevitabilmente nel venir meno di ogni interesse non prettamente economico sulla casa familiare.

Certo è che una visione di questo tipo rende più agevole anche il compito del giudice della separazione o del divorzio, mero arbitro di una controversia economica.

Occorrerà vedere nel lungo periodo se a tale risultato giungeranno tutti gli ordinamenti giuridici, anche quelli più legati alle proprie tradizioni, come è appunto l'ordinamento italiano.