

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho
Iberoamericano Número 3.bis (extraordinario),
noviembre de 2015



Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
(C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023)

Correo Electrónico:

info@idibe.com

Dirección web:

www.idibe.com

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SUBDIRECTOR

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN F.P.U. DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL,
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DOÑA BELÉN ANDRÉS SEGOVIA
ABOGADA

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE,
ESPAÑA

DR. RAFAEL BELLIDO PENADÉS
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
PROFESOR INVESTIGADOR, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

D. FRANCESC CHOLVI ROIG
ABOGADO

DR. ANDRE DIAS PEREIRA
PROFESOR AUXILIAR DE LA FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE COIMBRA, PORTUGAL

DR. GORKA GALICIA AIZPURUA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
PROFESOR ASOCIADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA, ESPAÑA

DR. EMANUELE INDRACCOLO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DRA. AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA,
ESPAÑA

DRA. ANNA MALOMO
PROFESORA INVESTIGADORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS,
UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

D. PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ABOGADO, ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

DRA. PILAR MONTÉS RODRÍGUEZ
PROFESORA TITULAR (ESCUELA UNIVERSITARIA) DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA, ESPAÑA

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
PROFESOR CONTRATADO DOCTOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO,
UNIVERSIDAD DE
ELCHE, ESPAÑA

DRA. SONIA RODRÍGUEZ LLAMAS
PROFESORA CONTRATADA DOCTOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA,
ESPAÑA

D. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
BECARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA, ESPAÑA

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. SALVATORE ACETTO DI CAPRIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO COMPARADO, UNIVERSIDAD DE NÁPOLES-
PARTHENOPE, ITALIA

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD LUMSA, PALERMO, ITALIA

DRA. GIOVANNA CHIAPPETTA
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CALABRIA, ITALIA

DR. ANDREA FEDERICO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. GIAMPAOLO FREZZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD LUMSA, PALERMO, ITALIA

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA, ESPAÑA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

D. CRISTIAN LEPIN MUÑOZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CHILE

D. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,
CATEDRÁTICO DE CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO,
COLOMBIA

DRA. GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES, UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES, ARGENTINA

DR. LORENZO MEZZASOMA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

MARIEL F. MOLINA DE JUAN
ABOGADA. PROFESORA DE DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE CUYO,
ARGENTINA

DR. ORLANDO PARADA VACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL RENÉ MORENO,
BOLIVIA

DR. GIOVANNI PERLINGIERI
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE NÁPOLES II, ITALIA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DR. DAVID VARGAS ARAVENA
PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN, CHILE

ATLAS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

Coordinado por los profesores Gabriele Carapezza Figlia, José
Ramón de Verda y Beamonte, Giampaolo Frezza y Pietro
Virdagamo

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN MINECO “DER2013-47577-R. IMPACTO
SOCIAL DE LAS CRISIS FAMILIARES”

SUMARIO

I. DERECHO IBEROAMERICANO

[La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial.](#) (Pp. 9 ~ 43)

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

[La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial.](#) (Pp. 45 ~ 98)

AURORA LÓPEZ AZCONA.

[La atribución del uso de la vivienda familiar: anotaciones al art. 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares.](#) (Pp. 99 ~ 112)

ESTHER ALGARRA PRATS y JAVIER BARCELÓ DOMÈNECH.

[La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar: aspectos registrales.](#) (Pp. 113 ~ 144)

ALEJANDRO BAÑÓN GONZÁLEZ.

[La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del parlamento vasco.](#) (Pp. 145 ~ 163)

ANA SEISDEDOS MUIÑO.

[A atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um “aggiornamento” interpretativo.](#) (Pp. 165 ~ 191)

ANDRA PASSINHAS.

[Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código civil y comercial argentino familiar.](#) (Pp. 193 ~ 213)

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.

MARIEL F. MOLINA DE JUAN.

[Bienes familiares. Su recepción doctrinaria y jurisprudencial.](#) (Pp. 215 ~ 245)

CRISTIÁN LEPÍN MOLIN.

[La vivienda y el patrimonio familiar en México.](#) (Pp. 247 ~ 266)

JULIÁN GÜTRÓN FUENTEVILLA.

[La vivienda familiar como un derecho humano en México.](#) (Pp. 267 ~ 282)

MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS.

II. DERECHO ITALIANO

[Residenza familiare e doveri di coabitazione dei coniugi.](#) (Pp. 283 ~ 298)

MAURO GRONDONA.

[Figli minori e divieto di abbandono della casa familiare.](#) (Pp. 299 ~ 308)

MARÍA PORCELLI.

[La destinazione a casa familiare.](#) (Pp. 309 ~ 346)

EMANUELA MIGLIACCIO.

[Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un ‘ragionevole bilanciamento’ nel dialogo con la giurisprudenza.](#) (Pp. 347 ~ 370)

GRABIELE CARAPEZZA FIGLIA

[Casa familiare e accordo tra coniugi nella crisi della coppia.](#) (Pp. 371 ~ 395)

LOREDANA TULLIO.

[Il comodato di casa familiare in Italia: un rapporto precario.](#) (Pp. 397 ~ 416)

PIETRO VIRDAGAMO.

[Casa familiare e situazioni possessorie.](#) (Pp. 417 ~ 430)

CRISTIANO CICERO.

Assegnazione della casa familiare e tutela possessoria nella cessazione della convivenza non matrimoniale. (Pp. 431 ~ 459)

ORIANA CLARIZIA

Casa familiare e trascrizione. (Pp. 461 ~ 476)

GIAMPAOLO FREZZA.

La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediale. (Pp. 477 ~ 504)

CARLO PETTA.

Successione *mortis causa* e riserva a favore del coniuge del diritto di abitazione sulla casa familiare. (Pp. 505 ~ 542)

LUCA AGOSTARA.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS
DE DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA SUPERACIÓN DEL
DERECHO POSITIVO POR LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL.

USAGE ASSIGNMENT OF THE FAMILY RESIDENCE AFTER A
DIVORCE IN SPANISH LAW: CORRECTIONS MADE BY THE
SUPREME COURT IN THE STATUTORY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 9 - 43.

Fecha entrega: 07/07/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dr. Dr. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo es un estudio del Derecho español sobre las principales cuestiones que plantea la asignación del derecho de uso tras las crisis familiares, analizando las correcciones realizadas por la jurisprudencia en el rígido tenor del art. 96 CC.

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar, atribución del uso, menores de edad, régimen de custodia, divorcio, uniones de hecho.

ABSTRACT: Study of the Spanish Law with respect to the main problems posed by the family usage assignment of the family residence after a divorce, analyzing corrections made by the Supreme Court in the rigid criteria contained in article 96 Civil Code.

KEY WORDS: family residence, usage assignment, children, child custody, divorce, common-law relationship.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. RÉGIMEN DE CUSTODIA Y ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- III. RELECTURA DEL ART. 96.I CC EN CLAVE “ALIMENTICIA”: LA POSIBILIDAD DE REALOJAR A LOS HIJOS EN OTRA VIVIENDA.- IV. LA DISTINTA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS MENORES Y MAYORES DE EDAD, ASÍ COMO LA DE LOS CÓNYUGES NO CUSTODIOS.- V. OTRAS CORRECCIONES JURISPRUDENCIAL DIGNAS DE MENCIÓN.- 1. La privación del uso de la vivienda familiar como criterio de valoración para la determinación de la cuantía de la prestación de alimentos.- 2. La exclusión del concepto de “cargas del matrimonio” de las cuotas de amortización del préstamo concedido para la compra de la vivienda ganancial o común.- 3. La posibilidad de división material de la vivienda.- 4. El pago, por parte del cónyuge adjudicatario, de los gastos ordinario de comunidad y de suministro de servicios de la vivienda.- 5. ¿Pago de una compensación económica directa por la privación del derecho de uso?- VI. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 96 CC A LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE UNIONES DE HECHO.- VII. LA SUERTE DE LA VIVIENDA, CUYO USO FUE CEDIDO EN PRECARIO O COMODATO.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La atribución del uso de la vivienda familiar, tras una crisis conyugal, plantea situaciones complejas¹: la vivienda suele ser el bien más valioso del que

¹ En la doctrina española son numerosísimos los estudios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que dio al art. 96 CC su actual redacción. Son ya clásicos los trabajos de GARCÍA CANTERO, G., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; *ad art. 96 CC*; LETE DEL RÍO, J.M., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (dir. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Madrid, 1994, *ad art. 96 CC*, p. 1146 ss.; ROCA TRÍAS, E., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984, *ad art. 96 CC*, p. 607 ss. En la doctrina sucesiva, véanse, entre muchos otros, en sede monográfica (bien tratando específicamente el tema de la atribución del derecho de uso en el caso de crisis conyugal, bien el general de la vivienda familiar, pero con aportaciones relevantes sobre materia), CERVILLA GARZÓN, M^a.D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Navarra, 1995; GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013; LUQUE JIMÉNEZ, M^a C., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012; MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p, 1, 2 y 3 CC)*, Madrid, 2005; MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid, 2002; SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; ID., *La atribución*

disponen los cónyuges, exigiendo, por lo general, su compra una serie de desembolsos patrimoniales prolongados en el tiempo (amortización del préstamo hipotecario), de modo que el progenitor que debe abandonar el domicilio puede no tener capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, si no se vende la anterior, venta que, además, es extremadamente difícil mientras persiste ese derecho de uso, que, según reiterada jurisprudencia, es oponible a terceros adquirentes del inmueble no protegidos por el art. 34 LH².

del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial), Navarra, 2001; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999; TAMAYO CARMONA, J.A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Valencia, 2003. Véanse, entre las aportaciones más, recientes BERROCAL LANZAROT, A.I., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, p. 1347 y ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 28, 2012-1, p. 585 ss.; CERVILLA GARZÓN, M^a D., “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 44, 2009, p. 45 ss.; CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), p. 9 y ss.; DE LA IGLESIA MONJE, M^aI., “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 728, 2011, p. 3451 ss.; ID, “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *ibi*, núm. 732, 2012, p. 2298 ss.; ID., “Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial”, *ibi*, núm. 737, 2013, p. 1880 ss.; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2010, p. 17 ss.; MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, 2011; ROCA TRÍAS, E., en *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO *et alii*), I, Cizur Menor, 2011, *ad art.* 96 CC, p. 521 ss.; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^aG., “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1893 y ss.; SANTOS MORÓN, M^a J., “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014), p. 1 y ss.; TAMAYO CARMONA, J.A., “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?”, en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011; ID, “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, p. 264 ss.

² Más allá de los debates sobre la naturaleza jurídica de la figura, lo cierto es que es comúnmente admitido por los Tribunales que el derecho de uso atribuido al progenitor no propietario (o copropietario), aún no inscrito en el Registro de la Propiedad, es oponible al tercer adquirente (no protegido por el art. 34 LH) a quien el otro progenitor haya enajenado la vivienda de la que es titular exclusivo (sin perjuicio, además, de que el asignatario pueda hacer uso de la facultad de anulación del contrato celebrado sin su

Lo cierto es que el art. 96 CC (norma española estatal de referencia en la materia), presta escasa atención al interés del cónyuge a quien no se concede el uso de la vivienda familiar, ya que su finalidad primordial es asegurar, como no podía ser menos, el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación (cumpliendo, así, el mandato de protección integral de los hijos dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 39 CE) y, en su caso, el del otro consorte, cuando su interés sea el más necesitado de protección.

Por ello, el art. 96.I CC establece que “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”³.

consentimiento *ex* art. 96.IV CC); y también al adjudicatario en pública subasta de la vivienda común, cuando la misma haya tenido lugar, como consecuencia del ejercicio de la acción división de la comunidad, si no ha habido acuerdo respecto de la división entre ambos progenitores.

Consagran, así, la oponibilidad a terceros del derecho de uso, entre otras, STS 11 diciembre 1992 (RAJ 1992, 10136), STS 18 octubre 1994 (RAJ 1994, 7722), STS 31 diciembre 1994 (RAJ 1994, 10330), STS 4 abril 1997 (RAJ 1997, 2636), STS 22 abril 2004 (RAJ 2004, 2713), STS 14 enero 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323), STS 8 octubre 2010 (RAJ 2010, 7445) y STS 22 noviembre 2010 (RAJ 2011, 936), STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935).

Por lo demás, en el Derecho español es incuestionable que, extinguida la sociedad de gananciales (por la sentencia de separación o divorcio) y atribuida (en el proceso de liquidación de aquella) la propiedad de la vivienda familiar a ambos cónyuges *pro indiviso*, la circunstancia de que el uso de la misma se asigne a uno de ellos, no impide al otro que, a falta de acuerdo, pueda pedir (conforme a la regla general del art. 400.I CC), la división de la cosa común que, siendo natural o funcionalmente indivisible, habrá de realizar mediante su venta judicial.

Así mismo la división y la consiguiente venta judicial de vivienda, que (en este caso, por definición) puede llevarse a cabo, sin el consentimiento del titular del derecho de uso, no extingue este derecho de uso, el cual, como ya se ha dicho, es oponible a terceros no protegidos por el art. 34 LH. Véanse en este sentido, entre otras, STS 28 marzo 2003 (RAJ 2003, 3040), STS 8 mayo 2006 (RAJ 2006, 2342), STS 27 junio 2007 (RAJ 2007, 3865), STS 18 enero 2010 (RAJ 2010, 1274), STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935) y STS 27 febrero 2012 (RAJ 2012, 3383).

Es paradigmática la STS 18 enero 2010 (RAJ 2010, 1274), la cual, al igual que la posterior STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935), afirma lo siguiente: “El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división”.

³ El precepto se refiere, exclusivamente, a la “vivienda familiar”, esto es, a la vivienda principal en la que habitualmente residen los miembros de la familia. No entran, pues, dentro de este concepto las casas que sólo son habitadas durante una parte del año, por

Pero, con frecuencia, se ha acentuado la protección del interés de los hijos menores establecida en el precepto, llegándose a soluciones, a veces, desproporcionadas, contra las que ha comenzado a reaccionarse, buscándose una armonización más justa de los todos los intereses en juego, que tenga también en cuenta la situación del cónyuge en cuya compañía no quedan los hijos menores de edad⁴.

Precisamente, el objeto del presente trabajo es exponer y reflexionar sobre la corrección jurisprudencial llevada a cabo por los Tribunales españoles (acompañados en este punto por las legislaciones autonómicas) de la rigidez de los criterios consagrados en el art. 96 CC, los cuales, además, se ven necesariamente afectados, porque el sistema de custodia monoparental sobre el que se asienta el precepto está siendo progresivamente sustituido (en el Derecho común, por obra de la jurisprudencia) por otro, en el que el sistema de custodia compartida está dejando de ser una realidad jurídica anómala o excepcional.

ejemplo, en vacaciones; y tampoco, según constata la STS 9 mayo 2012 (RAJ 2012, 5137), las segundas residencias o los locales en los que se ejerce una profesión o negocio, cuya atribución (salvo que otra cosa acuerden las partes) “debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico-matrimonial que rijan las relaciones entre cónyuges”. DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I., “Atribución judicial”, cit., analiza la referida sentencia y la pone en relación con fallos de la jurisprudencia de instancia (véanse, en particular, pp. 1181-1884). Sobre el concepto de vivienda familiar, véase *in extenso* BERROCAL LANZAROT, A.I., “Criterios para la atribución”, cit., pp. 1348-1351, que observa que, aunque la vivienda ha de ser un inmueble, no obstante se admite como tal “los muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las roulottes, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual”.

La reciente STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077) confirmó la sentencia recurrida, que, revocando la sentencia de primera instancia, había atribuido el uso de la vivienda familiar al padre. Dice, así, que “En el caso enjuiciado la inferencia del Tribunal de Instancia no aparece como ilógica o arbitraria, ya que el interrogatorio de parte lo interrelaciona con el resto de circunstancias tenidas en consideración como es el hecho de que la recurrente sea la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”.

⁴ TAMAYO CARMONA, J.A., “El derecho de uso”, cit., p. 270, habla de un “rigorismo” en la aplicación del art. 96 CC, fundado en “el interés prevalente del menor en cualquier decisión que pueda afectarle”, que ha llevado a “atribuir si más el derecho de uso al cónyuge custodio”.

II. RÉGIMEN DE CUSTODIA Y ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La asignación del uso de la vivienda familiar presenta, en efecto, indudables conexiones entre el régimen de custodia establecido tras la nulidad, separación o divorcio.

Como acabo de decir, el art. 96.I CC parte de la tesis de que, en los casos de crisis familiares, el régimen de custodia sobre los hijos menores es individual y, por consiguiente, el uso de la vivienda familiar se asignará a uno de los progenitores (a quien se atribuya la custodia de los mismos y en tanto la misma persista), procurando no separar a los hermanos

Sin embargo, lo cierto es que este presupuesto ha ido quebrando progresivamente en el ordenamiento jurídico español.

Ante todo, como consecuencia de la Ley de 8 de julio de 2005, la cual dio nueva redacción al art. 92 CC, admitiendo el precepto en su número 5 que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitan ambos progenitores en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento (con las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a valorar “la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”). Así mismo, según el número 8 de la norma, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida, incluso, en defecto de acuerdo de ambos progenitores (siempre que lo pida uno de ellos)⁵, pero sólo “Excepcionalmente”, oído el Ministerio Fiscal⁶, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”⁷.

⁵ Así se deduce claramente del art. 92.8 CC, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”, por lo que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. Véase, en este sentido, STS 19 abril 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269).

⁶ Téngase en cuenta que la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE.

⁷ El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente art. 92 CC), dejaría de ser excepcional, siendo un régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual

La solución es diferente en las más recientes legislaciones autonómicas sobre la materia, donde hay dos orientaciones: a) la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez (a falta de acuerdo de los progenitores) una u otra modalidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 233-10 y 11 CC de Cataluña y art. 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo); o b) la custodia compartida no sólo no es excepcional, sino que se considera “abstractamente” como lo más conviviente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que concurren circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos (art. 80 CDF de Aragón y art. 5 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, de 1 de abril, y art. 9 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio).

En particular, el art. 81.1 CDF de Aragón establece que “En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”. Por su parte, el art. 6.1 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana dispone que “A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”. Mas recientemente, el art. 12.4 de la Ley 7/2015 del País Vasco dispone que “Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior”.

exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores).

Así, según la redacción que se propone para un nuevo art. 92 *bis* CC, concretamente, en su número primero, párrafo primero, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”, añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que “Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

Es claro que en los casos de custodia compartida, han de buscarse criterios de atribución de la vivienda distintos al previsto en el art. 96.I CC⁸, que, como he dicho, presupone que la custodia se atribuye a uno de los progenitores y, además, que los hijos, durante su minoría de edad (sobre esto insistiré más adelante), continúan viviendo en la misma casa: para que ello fuera posible sería necesario que cada uno de los padres tuviera a su disposición una vivienda distinta en la que residir en los períodos de tiempo en que no le correspondiera vivir con los menores, esto es, se requerirían tres casas, exigencia que difícilmente podría cumplirse en familias de economía media (y, más, en la actual situación de crisis económica)⁹.

La búsqueda de criterios alternativos de atribución de la vivienda familiar en el Derecho común¹⁰ se ha acentuado desde el momento en que recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de “corrección” del art. 92.8 CC, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más conveniente para los hijos (aunque sin llegar a la solución de los legisladores aragonés y valenciano)¹¹.

Ha establecido, así, como doctrina jurisprudencial consolidada que la custodia compartida “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores

⁸ Véase sobre este argumento, CERVILLA GARZÓN, M.D., “Custodia compartida”, cit., 45 ss.; DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Custodia compartida”, cit., p. 2235 ss.; MORENO VELASCO, V., “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a.G., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de Cosas”, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 736, 2013, p. 1133 ss.

⁹ Lo evidencia la STS 24 octubre 2014 (RAJ 2014, 5180).

¹⁰ Véase a este respecto GIL MEMBRADO, C., *La vivienda*, cit., pp. 150-157.

¹¹ Dan cuenta de la situación actual de la cuestión en la jurisprudencia: BERROCAL LANZAROT, A.I., “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, p. 3284 y ss.; HERRANZ GONZÁLEZ, A., “Guardia y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, p. 592 ss.; MECO TEBAR, F., “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre”, *ibi*, 2014, núm. 18, p. 420 ss.; ID, “La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio”, *ibi*, 2015, núm. 19, p. 584 ss.; y RODRÍGUEZ LLAMAS, S., “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés del menor. Comentario a la STS 679/2013, de 20 de noviembre”, *ibi*, 2015, núm. 19, p. 562 ss.

en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”; se afirma, así, “que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”¹².

Se prima, pues, el interés del menor, afirmándose que su protección “exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”¹³. Se afirma que ello es “el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”¹⁴. “Lo que se pretende es

¹² Tal es la doctrina que establece la STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269), y que es seguida por otras muchas posteriores, como la STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), STS 25 abril 2014 (RAJ 2014, 2651), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹³ STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹⁴ STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), la cual acuerda el cambio del régimen de custodia (de individual en favor de la madre a compartida), a pesar de la existencia de malas relaciones entre los padres (lo que suele acontecer cuando ambos no están de acuerdo con compartir la custodia de los hijos menores). Dice, así, que “El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos”. No obstante, la STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) matiza que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no

aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”¹⁵.

Obviamente esta nueva orientación jurisprudencial está produciendo un aumento del número de custodias compartidas no solicitadas por ambos progenitores, en las que esta falta de acuerdo también se proyecta sobre el uso de la vivienda familiar, planteando la necesidad de que, al igual que sucede en las legislaciones civiles autonómicas, se formule un criterio que permita decidir la cuestión, que, a nuestro parecer, respetando siempre el interés superior de los hijos, ha de ser el de la protección del progenitor que objetivamente se encuentre en mayores dificultades de acceso a la vivienda (tal y como hemos visto acontece en la legislación aragonesa y valenciana), pero bien entendido que la atribución tiene aquí un puro carácter instrumental: no es que se le asigne temporalmente el uso de la casa familiar (como cuando no hay hijos prevé el art. 96,III CC) para satisfacer su necesidad de habitación, sino la de los menores que están a su cargo, para que los mismos puedan tener cubierta dicha necesidad durante el período en que convivan con el progenitor asignatario.

De donde se deduce que, si no existe una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda o ésta no es mayor que la del otro, no procede la atribución del uso a ninguno de ellos, por lo que, siendo común el inmueble, podrá procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial¹⁶.

Recientemente, se ha decidido que “dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según

perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

¹⁵ STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹⁶ Según la redacción del art. 96.2, II CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad”.

el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios”¹⁷.

Pero la jurisprudencia ha ido más lejos, excepcionado la consolidada regla (a la que en su momento me referiré con detenimiento), según la cual no es posible establecer limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda asignado al progenitor custodio, mientras persista la minoría de edad de los hijos. Por el contrario, en los supuestos de custodia compartida, a través de una aplicación analógica del art. 96.III CC, se ha inclinado por establecer una limitación temporal del derecho de uso concedido al progenitor que se encuentra en mayores dificultades de acceder a otra vivienda, que valore también el régimen de propiedad de la misma, solución que creo razonable, si tenemos en cuenta que dicha limitación será siempre revisable, pudiendo prorrogarse el uso en favor del progenitor que inicialmente lo tuviera atribuido, si persiste esa imposibilidad objetiva de acceso a otra vivienda.

Ha dicho así: “Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver ‘lo procedente’. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como

¹⁷ STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023).

manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

Concretamente, se atribuyó a la madre el uso de la vivienda privativa del marido, pero sólo por dos años, estimándose que “Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad [33 años], y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”¹⁸.

III. RELECTURA DEL ART. 96.I CC EN CLAVE “ALIMENTICIA”: LA POSIBILIDAD DE REALOJAR A LOS HIJOS EN OTRA VIVIENDA.

La jurisprudencia ha abierto una vía de interpretación en la que, mi juicio, debe profundizarse, esto es, la de poder realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta, siempre que ésta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación, la cual está comprendida dentro de los alimentos que deben prestarles sus progenitores¹⁹.

Ciertamente, la idea que parece presidir la redacción del art. 96.I CC es la de que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable²⁰. Ahora bien, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de

¹⁸ STS 24 octubre 2014 (RAJ 2014, 5180).

¹⁹ CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda”, cit., p. 16, se refiere a la excesiva magnificación del impacto negativo que para los menores tiene un cambio de vivienda, afirmando que “Es claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución óptima, pero el artículo 96 CC creo que en este punto provoca una situación desequilibrada, pues no concede margen de maniobra para atender a los intereses y necesidades también dignas de protección del cónyuge no custodio”.

²⁰ SALAZAR BORT, S., *La tutela especial*, cit., p. 46, afirma que la norma es una manifestación de lo que (con clara influencia de la doctrina científica italiana) denomina “principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual”, principio sobre el que autor profundiza en las pp. 49-51.

las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del padre no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia. De hecho, lo previsto en el precepto, sólo se aplica “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez”; y, si los cónyuges pueden pactar, de común acuerdo, que los hijos y el padre que quede con ellos, pasen a habitar otra vivienda, no se comprende por qué el juez no ha de poder adoptar esta medida a petición de uno de ellos, cuando la oposición del otro, por carecer de justificación objetiva y razonable, sea abusiva²¹. Por otro lado, la

²¹ A mi parecer, no estamos ante una cuestión puramente patrimonial, sino también existencial, que tiene que ver con la posibilidad de que un cónyuge divorciado se encuentre en una posición razonable que le permita rehacer su vida (por supuesto, sin eximirse de las responsabilidades derivadas de su anterior matrimonio), que puede fundamentarse en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE. El derecho a contraer matrimonio es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que, a través de dicha libertad, se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolverse en ella la propia personalidad

Las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que, sin duda, han operado una de las más profundas reformas en la regulación del matrimonio tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la “personalización” del matrimonio. Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes. Las propias Exposiciones de Motivos de las leyes ponen de manifiesto esta idea. Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquéllos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”. La Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio afirma que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

Ahora bien, estimo que el principio de libre desarrollo de la personalidad no sólo incide en el derecho a contraer matrimonio y en el de las causas de desvinculación, sino que su proyección es más amplia: no se puede reconocer a una persona la posibilidad de divorciarse en términos tan exorbitantes como hace la legislación española y luego someter a uno de los cónyuges a una serie de “cargas” tan rigurosas que, de hecho, le impidan rehacer su vida, a través de la formación de una familia basada, quizás, también en el matrimonio.

normalización de la custodia compartida con la fijación de tiempos de convivencia tendencialmente idénticos de los hijos con ambos progenitores supone un cuestionamiento de la idea de que los menores deben permanecer siempre en la misma casa y acentúa una interpretación del art. 96 CC en clave alimenticia.

La jurisprudencia ha avalado esta interpretación del art. 96.I CC considerando que la esencia de la razón de ser de la disciplina en él consagrada es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional.

Ha dicho, así, que “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”²².

En la Ley 15/2005, de 8 de julio, parece traslucirse esta preocupación, si bien, en el ámbito de la pensión compensatoria, al dar una nueva redacción al art. 97.1 CC, conforme al cual aquella podrá consistir, bien en el pago de una prestación única, bien (y éste es el supuesto más frecuente) en el pago de una pensión periódica, la cual, a su vez, puede ser temporal o vitalicia, lo que dependerá de las circunstancias del caso: no es, así, lo mismo que quien solicita la prestación compensatoria sea una mujer joven, con una alta cualificación profesional (o una funcionaria en situación de excedencia voluntaria), que, por el contrario, sea una persona mayor de edad, dedicada durante toda su vida al cuidado de la familia. Por lo tanto, como observa la STS (Pleno) 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417), para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma “para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio”.

²² STS 29 marzo 2011 (RAJ 2011, 3021).

Es cuestionable la solución a la que llegó la STS 30 septiembre 2011 (RAJ 2011, 7387), que, en clara contradicción con esta idea, consideró improcedente la solución adoptada por la resolución recurrida, que creo era perfectamente razonable. En segunda instancia se había

Es, por ello, que, con argumentación semejante, no ha atribuido el uso de vivienda familiar al progenitor custodio en otros casos (en los que éste tenía a su disposición otra casa apta para satisfacer la necesidad de habitación de los hijos de forma digna y adecuada). Así, cuando el padre custodio, con un alto nivel económico, ha alquilado una vivienda por lo que paga 1.800 euros mensuales, de modo que “el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del art. 96 del CC”²³; cuando la madre custodia ha “adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos” pues, “cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre”, “y no sólo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler”²⁴, o cuando existe una vivienda alternativa a la familiar (propiedad exclusiva del padre), que pertenece proindiviso a ambos progenitores, pues, “si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre”²⁵.

dispuesto que la mujer y los hijos menores pasaran a ocupar una vivienda en alquiler (elegida por aquélla), durante todo el tiempo en que durara la minoría de edad de los hijos, constituyendo el marido un depósito bancario, con cargo al cual sería pagada la renta mensualmente. Frente a ello, el Tribunal Supremo, afirma que se trata de “una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el art. 96.1 CC. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley [...] que obliga a decidir en interés del menor”. Desde mi punto de vista, la satisfacción de la necesidad de vivienda de los menores no presupone necesariamente que hayan de residir en una vivienda que pertenezca, en todo o en parte, a sus padres, sino que se puede lograr realojándolos en una vivienda en alquiler, siempre que se garantice el pago de las rentas.

²³ STS 3 diciembre 2013 (RAJ 2013, 7834).

²⁴ STS 5 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10135).

²⁵ STS 16 enero 2015 (JUR 2015, 3073).

En el mismo sentido se había pronunciado, respecto de un caso semejante, la STS 10 octubre 2011 (RAJ 6839), la cual consideró procedente que los menores pasaran a residir a otra vivienda, perteneciente en copropiedad a sus padres, debiendo abandonar aquélla en la que habían vivido, que pertenecía en copropiedad al marido y a los abuelos paternos (67% y 33% respectivamente). Reiterando doctrina jurisprudencial consolidada, afirma que “La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por el recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”.

Las recientes leyes autonómicas sobre la materia refuerzan la lectura en clave de alimentos del derecho de uso²⁶.

Así, el art. 233-20 del Código civil de Cataluña, en su número 4, afirma que “Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”; y, en su número 6, que “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”.

A tenor del art. 6.2 de Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculen para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

Según el art. 12. 6 de Ley 7/2015 del País Vasco, “El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”.

IV. LA DISTINTA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS MENORES Y MAYORES DE EDAD, ASÍ COMO LA DE LOS CÓNYUGES NO CUSTODIOS.

Es evidente que, aunque el art. 96.I CC habla de “hijos”, ha de aplicarse, exclusivamente, a los hijos menores de edad. Si la razón por la cual el precepto atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor con quien

²⁶ TAMAYO CARMONA, J.A.: “El derecho de uso”, cit., p. 272, refiriéndose a la nueva orientación jurisprudencial, observa que, como consecuencia de ella “el automatismo de la medida a adoptar al tenor del art. 96.I CC queda sensiblemente relajado, al menos en lo que afecta a la prestación in natura del derecho de habitación de los menores”; y se pregunta (cara a un futuro): “¿Podrá ser cumplida por equivalente?, o en otros términos, ¿mediante una compensación económica integrada en la pensión alimenticia?”

convive el hijo radica en el hecho de que tiene encomendada su custodia, es evidente que esta circunstancia no concurre allí donde, alcanzada la mayoría de edad de los hijos, ha tenido lugar la extinción de la patria potestad.

El precepto es una expresión concreta del principio constitucional, según el cual “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a la hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda”, por ejemplo, cuando han sido incapacitados²⁷.

Este entronque del art. 96.I CC con el art. 39.3 CE impide, como, en su momento propugnara cierta jurisprudencia de instancia, limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda de carácter ganancial al progenitor custodio hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial²⁸. Creo que esta solución era contraria a la finalidad perseguida por el precepto, esto es, asegurar que los hijos menores, mientras persista su situación de minoría de edad, no se vean privados de la posibilidad de seguir usando la vivienda, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la misma (y, sin perjuicio de lo ya dicho, sobre la posibilidad de realojar a los menores en otra vivienda igualmente digna para satisfacer su necesidad de vivienda)²⁹. El precepto nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de los cónyuges, operando cualquiera que sea éste (sociedad de gananciales o separación de bienes), siendo, además, posible atribuir la vivienda de titularidad privativa de uno de los progenitores al otro, no propietario, en beneficio del hijo con el que este último conviva.

²⁷ La STS 30 mayo 2012 (RAJ 2012, 6547) dice, así, que “Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

²⁸ De dicha jurisprudencia da cuenta DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I.: “Atribución temporal”, cit., pp. 3453-3455.

²⁹ Es, por ello, que suscita dudas la constitucionalidad de la redacción del art. 96.3 CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según el cual “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda”.

Por lo tanto, me parece impecable la ya consolidada doctrina jurisprudencial actual³⁰ (aplicable a los supuestos en que no haya custodia compartida), según la cual “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez”, porque el art. 96.I CC “no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja”; de modo que “una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”³¹.

Es evidente que el genérico mandato constitucional de protección de los hijos no se proyecta sobre los mayores de edad, respecto de los cuales no juega el art. 96.I CC, sino que la protección de su necesidad de habitación debe discurrir por un cauce distinto, esto es, el de la obligación de alimentos entre parientes, regulada en los arts. 142 y ss. CC, de donde se deducen una serie de consecuencias.

En primer lugar, el progenitor con el que sigan conviviendo los hijos durante la minoría de edad, no tiene un derecho automático a que se prorrogue el derecho al uso de la vivienda familiar, sino que tendrá que demostrar la existencia de una situación objetiva de necesidad de ambos (art. 148.I y 152.3º CC) y, sólo, entonces, si su interés es el más merecedor de protección que el del otro progenitor (a falta de existencia de otras alternativas razonables), podrá pedir continuar en el uso de la casa con el hijo mayor de edad, por el tiempo que el juez estime prudencial, al amparo del art. 96.III CC, subordinada siempre a la persistencia de la necesidad de habitación, pues, en el caso de que desapareciese, podría instarse un procedimiento de modificación de medidas.

En segundo lugar, el hijo mayor de edad tampoco tiene derecho *per se* a continuar en el uso de la vivienda conyugal, incluso aunque probara el estado de necesidad, porque como ha declarado el Pleno del Tribunal Supremo, la prestación alimenticia a favor de los mayores (dentro de la cual se subsume la

³⁰ Criticada, en cambio, por SANTOS MORÓN, M^a J., “La atribución”, cit., p. 6, que tilda este posición jurisprudencial de “rigurosa”, criticando, en general, el automatismo del art. 96.I CC, en lo atinente a la asignación automática del derecho de uso al progenitor custodio.

³¹ Véase, en tal sentido, STS 14 abril 2011 (RAJ 2011, 3590), STS 21 junio 2011 (RAJ 2011, 7325), STS 17 octubre 2013 (RAJ 2013, 7255), STS 29 mayo 2014 (RAJ 2014, 3889), STS 2 junio 2014 (RAJ 2014, 2842) y STS 28 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6048).

habitación) “admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”; por lo tanto, “Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella”; y concluye: “En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir”³².

Como ya se ha dicho, el art. 96.I CC (en defecto de solución pactada) prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor en cuya compañía queden los menores, protegiendo el interés de estos últimos a ver satisfecha su necesidad de habitación. Pero, además, el art. 96.III CC contempla también la posibilidad de que, en el caso de que no haya hijos, el juez atribuya al cónyuge no titular, el uso de la casa, “por el tiempo que prudencialmente se fije”, “siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Por lo tanto el derecho de uso presenta una diversidad funcional, ya que con su atribución, no sólo protege el interés de los hijos menores de edad (atribuyéndose al progenitor custodio), sino también, en ciertos supuestos, el del cónyuge sin descendencia.

Ahora bien, hay que hacer dos precisiones: en primer lugar, a pesar de que el art. 96.III CC se refiere al supuesto de que no haya hijos, la jurisprudencia entiende que el precepto también se aplica cuando existen hijos mayores de edad³³ (porque, si no los son, la atribución corresponderá al progenitor custodio mientras persista su estado de minoría de edad); en segundo lugar, aunque el art. 96.III CC habla del “cónyuge no titular”, la jurisprudencia considera que la norma se aplica igualmente cuando el cónyuge beneficiario de la atribución es parcialmente propietario de la vivienda, por ser ésta común o tener carácter ganancial, en cuyo caso, parece prudente que el límite temporal del derecho de uso (garantizando, quizás, un mínimo período de ocupación) coincida con el momento de la liquidación del régimen

³² STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677), cuya doctrina reitera el reciente AT5 15 abril 2015 (recurso núm. 656/2014).

³³ Véase así STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

económico matrimonial³⁴ o con el de la venta del inmueble, si ésta tiene lugar antes³⁵.

Hechas estas precisiones, conviene resaltar que la atribución del uso de la vivienda a quien no es titular exclusivo de la misma es excepcional. El art. 96.III CC la prevé, exclusivamente, cuando “su interés sea el más necesitado de protección”³⁶. Pero no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que, como recientemente ha declarado la jurisprudencia, será necesario probar que, “realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte”³⁷.

Se ha atribuido, así, el uso de la vivienda de carácter ganancial a los dos cónyuges por periodos alternativos de un año, porque en “ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del ex marido, en importe hoy próximo al salario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar”³⁸; e igualmente, se ha desestimado la pretensión de la mujer (no existiendo hijos menores) de que se le asignara el uso de la vivienda familiar, porque la circunstancia de que era “la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”³⁹.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular, no sólo es excepcional, sino también temporal, por el plazo que “prudencialmente se fije” por el juez (art. 96.3 CC)⁴⁰.

³⁴ Véase en este sentido STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

³⁵ Véase en este sentido STS 11 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7262).

³⁶ Véanse a este respecto las extensas consideraciones de MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución*, cit., pp. 99-122.

³⁷ STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

³⁸ STS 14 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10432).

³⁹ STS 25 marzo 2015 (JUR 2015, 98077).

⁴⁰ Según la redacción del art. 96.3 CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, cuando se atribuya la custodia a uno de los progenitores por una razón distinta a la de ser custodio de los hijos menores, dicha atribución “lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un

En el mismo sentido se orienta el art. 233-1 del Código civil de Cataluña, que, en su núm. 1 f), prevé que “Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla”. Por su parte, el art. 81.3 del Código de Familia de Aragón, establece que “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal, que, a falta de acuerdo, fijará el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”.

V. OTRAS CORRECCIONES JURISPRUDENCIAL DIGNAS DE MENCIÓN.

Existen otras medidas (además del posible realojo de los menores en otra vivienda distinta), que razonablemente, ha ido adoptando la jurisprudencia para llegar a soluciones que tengan en mayor consideración el interés del progenitor, que, aun siendo copropietario o, incluso, propietario exclusivo de vivienda, pierda la posibilidad de usarla.

1. La privación del uso de la vivienda familiar como criterio de valoración para la determinación de la cuantía de la prestación de alimentos.

Una, muy clara, avalada por la legislación autonómica, es la de considerar que dicha privación de uso supone una contribución de la obligación de alimentos de los hijos⁴¹, por lo que ha de ser tenida en cuenta⁴² en orden a fijar la cuantía de la prestación que, en su caso, deba satisfacer el progenitor no custodio⁴³, así como, también (creo yo) la cuantía de la eventual pensión compensatoria.

2. La exclusión del concepto de “cargas del matrimonio” de las cuotas de amortización del préstamo concedido para la compra de la vivienda ganancial o común.

año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

⁴¹ CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda”, cit., pp. 20-24, insiste en esta idea, mientras que, por el contrario, SANTOS MORÓN, M^a J., “La atribución”, cit., pp. 20, 26-31, no es partidaria de ella, considerando más procedente el pago al cónyuge propietario de una compensación económica directa por privación del derecho de uso.

⁴² Según la redacción del art. 96.4 CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”.

⁴³ Cfr. art. 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril.

Además, la jurisprudencia actual⁴⁴, con evidente sentido común, entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad⁴⁵.

Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habersele atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos⁴⁶. La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente *pro indiviso* a ambos cónyuges, en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el art. 393 CC, de modo que se hará en proporción a

⁴⁴ De la que da cuenta “in extenso” BERROCAL LANZAROT, A.I., “El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 736, p. 1066 y ss.; y con la que se muestra conforme SANTOS MORÓN, M^a J.: “La atribución”, cit., pp. 8-11, 20, 24, aunque la considera insuficiente en orden a una correcta armonización de todos los intereses en juego, apelando a una mayor flexibilización de la regla del art. 96.I CC, proponiendo superar el automatismo que de dicho precepto resulta en favor de la asignación del uso al progenitor custodio, en particular, cuando la vivienda es privativa del otro, así como compensar el perjuicio patrimonial que sufre el cónyuge titular o cotitular privado del uso imponiendo al beneficiario del mismo la obligación de pagarle una compensación económica.

⁴⁵ En este sentido se orientó la importante STS 28 marzo 2011 (RAJ 2011, 939), que revocó la sentencia apelada, la cual había establecido que el cónyuge no custodio debía satisfacer el 80% de las cuotas del préstamo hipotecario (frente al 20% del otro), argumentando que este mayor porcentaje se justificaba por su consideración como aportación al pago de la pensión alimenticia. El Tribunal Supremo distingue dos tipos de gastos en relación con la vivienda familiar: a) De un lado, “los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio”. b) De otro lado, “el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial”. “Esto último –añade– está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio [...] En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente”.

⁴⁶ Según la redacción del art. 96.5, II CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución”.

sus respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales⁴⁷. En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda⁴⁸ y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato; y ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien realmente lo fuera⁴⁹.

3. La posibilidad de división material de la vivienda.

Se ha admitido también la división material de una casa unifamiliar, cuando ello sea lo más adecuado para la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las

⁴⁷ La STS 26 noviembre 2012 (RAJ 2013, 186) afirma que “no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales”. En el mismo sentido se pronuncia la STS 20 marzo 2013 (RAJ 2013, 4936), según la cual la hipoteca “no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes”.

⁴⁸ Véase en este sentido art. 233-23.1 CC de Cataluña y art. 12. 9 de Ley 7/2015 del País Vasco.

⁴⁹ Ésta solución es admitida por la STS 17 febrero 2014 (RAJ 2014, 918), que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado al marido a pagar la mitad de la cuotas del préstamo hipotecario, a lo que se había obligado frente al banco al suscribir la hipoteca. La mujer sostenía que la vivienda se había puesto exclusivamente a su nombre para evitar que pudiera ser embargada por las deudas contraídas por su cónyuge en el ejercicio de su actividad empresarial. Afirma el Supremo que la sentencia objeto del recurso “no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, razón por la que procede desestimar el recurso, dado que no se aprecia el interés casacional alegado, pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, sin apartarse de la misma”.

necesarias condiciones de habitabilidad: p.ej., se atribuye a la madre y a los hijos el uso de la planta primera del edificio y al demandado el uso de la planta baja y del sótano del inmueble, con la finalidad de conservar su taller, allí instalado, y de poder habitarlo, con la obligación de este último de costear las obras necesarias para hacer independientes dichas plantas⁵⁰.

4. El pago, por parte del cónyuge adjudicatario, de los gastos ordinario de comunidad y de suministro de servicios de la vivienda.

Además, se impone en la práctica jurisprudencial⁵¹ la idea de que el cónyuge usuario de la casa familiar común, salvo pacto en contrario, debe pagar los gastos de suministro de servicios de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono) así como los ordinarios de comunidad⁵²; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda (por ejemplo, el IBI) deberá recaer sobre el titular o titulares de la misma, si ambos lo son, en la proporción en que lo sean⁵³.

Esta práctica jurisprudencial ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo, “en aras al equilibrio económico entre las partes”, distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de éstos con la comunidad. Dice, así que nada impide que la sentencia de divorcio decida que “el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación”, lo que no obsta “para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad”⁵⁴.

⁵⁰ Véase en este sentido STS 30 abril 2012 (RAJ 2012, 5235).

⁵¹ Así como en la redacción del art. 96.5, I CC, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según la cual “Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título”. No obstante, se matiza que “Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades”, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios”.

⁵² Véase en este sentido el art. 233-23.1 CC de Cataluña, que también pone a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, los “tributos y las tasas de devengo anual”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 12. 9 de Ley 7/2015 del País Vasco.

⁵³ Véase a este respecto, por ejemplo, SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio (núm. recurso 283/2014).

⁵⁴ STS 25 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4963).

5. ¿Pago de una compensación económica directa por la privación del derecho de uso?

Por último, hay una solución, que todavía no han adoptado los Tribunales que aplican el Derecho común, pero sobre la que creo que debiera reflexionarse, cual es la posibilidad de reconocer el derecho percibir una compensación económica directa al cónyuge que se vea privado del uso de la vivienda de la que es propietario, en todo o en parte.

A este respecto es interesante lo previsto en el art. 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril⁵⁵, que establece lo siguiente: “En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso”⁵⁶. Esta misma solución ha sido recientemente adoptada por el art. 12. 7 de Ley 7/2015 del País Vasco.

VI. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 96 CC A LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE UNIONES DE HECHO.

El art. 39.1 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El precepto habla de “familia”, y no

⁵⁵ El precepto sirve a CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda”, cit., pp. 29-32, como argumento para defender la posibilidad en Derecho común de establecer una compensación económica por privación del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge propietario, cuando la misma no tenga lugar por otros medios, como son la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia o compensatoria, o la atribución de beneficios en la liquidación de la sociedad de gananciales. El precepto es también invocado por SANTOS MORÓN, M^a J., “La atribución”, cit., pp. 30-31, en orden a defender la conveniencia de establecer una compensación económica independiente de minoración de la pensión alimenticia o compensatoria.

⁵⁶ Entre esas “circunstancias concurrentes” de las que habla el precepto, habrá que tener en cuenta, por ejemplo, como observa la SAP Valencia (Sección 10^a), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014), la cuantía de la pensión de alimentos que tenga que satisfacer el progenitor que pierde el uso de la vivienda, pues es posible que se reduzca su importe, precisamente, como consecuencia de no poder usarla. Igualmente, habrá que tener en cuenta la situación económica del adjudicatario del derecho de uso, que, si es muy precaria, puede determinar que no tenga que pagar compensación alguna o que el importe de ésta sea muy reducido. Así, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10^a) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), estableció una compensación de 50 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar propiedad del marido, teniendo en cuenta su “situación de desempleo y estrechez de ingresos económicos”.

de “familia legítima” (o “matrimonial”), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso. Ésta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos⁵⁷, según la cual “el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial”⁵⁸. Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del “grado” de dicha protección. Es, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) la Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente; b) la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho)⁵⁹.

Así pues, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el

⁵⁷ V. en este sentido STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 2232), STC 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (RTC 1993) y STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (RTC 1993, 6).

⁵⁸ STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RTC 1999, 116).

⁵⁹ La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184), afirma que “lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”. La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (RTC 1994, 66), afirma que “no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir 'more uxorio'”. Más recientemente, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), afirma que “constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”.

derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual. Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional ⁶⁰, “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2)”; por el contrario, la unión de hecho, “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”⁶¹.

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas estatales (señaladamente, el art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, a efectos de la subrogación en caso de muerte del arrendatario, y el vigente art. 174 de la Ley General de la Seguridad social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en orden a la percepción de la pensión de viudedad)⁶² y autonómicas (las únicas que contienen una regulación sistemáticas de las

⁶⁰ De la que se hace eco la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

⁶¹ Este argumento sirve al TC para considerar que la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el art. 149.1., regla 8ª, CE, que, “en todo caso”, atribuye al Estado competencia exclusiva para regular “las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio”.

Observa que, “Así como la competencia estatal en relación con el art. 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa”. Y añade: “Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan”.

⁶² En la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se constata que “En materia de supervivencia, las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad”.

uniones de hecho)⁶³ es una pura opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1 CE (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación (dejando siempre a salvo el principio de igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su filiación), por lo que no nos parece pertinente justificarla en el art. 14 CE⁶⁴.

⁶³ A saber, la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, sustituida por el art. 234-1 a 14 del CC de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables” [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho” [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81), por extralimitación competencial]; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho” o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, “reguladora de las parejas de hecho”. La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de “uniones de hecho formalizadas”, cuyo art. 14 (que regula derechos sucesorios en favor del conviviente supérstite) ha sido suspendido por el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)].

⁶⁴ A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial, según la cual el antiguo art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad, reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad

Así lo constatan las recientes SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92), y 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93), que, respectivamente, desestimaron una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual vulneraba el art. 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad.

El TC reitera que “la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales”, insistiendo en “el amplio margen de apreciación y configuración del legislador en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las

La inexistencia de identidad de razón entre la familia matrimonial y no matrimonial impide aplicar analógicamente a las convivientes de hecho las normas civiles dictadas para los cónyuges, entre la cuales, figura, precisamente, el art. 96.III CC⁶⁵.

En este sentido, hay que referirse a la clara doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo⁶⁶, que, con buen criterio, ha excluido la aplicación analógica del art. 97 CC en el ámbito de la convivencia *more uxorio*, con el argumento de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes. Dice, así, que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio (...) aunque las dos estén dentro del derecho de familia”; y añade: “Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”. “Por ello, debe huirse de la aplicación por ‘analogía iuris’ de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”⁶⁷.

situaciones que han de considerarse merecedoras de protección”; y concluye: “Ha de ser, por tanto, el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público- el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance”.

⁶⁵ La jurisprudencia ha excluido, así, la posibilidad de aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1344. Véase, en este sentido, STS 18 febrero 1993 (RAJ 1993, 1246), STS 22 julio 1993 (RAJ 1993, 6274), STS 27 mayo 1994 (RAJ 1994, 3753), STS 20 octubre 1994 (RAJ 1994, 7492), 30 diciembre 1994 (RAJ 1994, 10391), STS 4 marzo 1997 (RAJ 1997, 1640), 4 junio 1998 (RAJ 1998, 3722), 23 julio 1998 (RAJ 1998, 6131), 22 enero 2001 (RAJ 2001, 1678) y STS 23 noviembre 2004 (RAJ 2004, 7385).

⁶⁶ STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148).

⁶⁷ Excluida la aplicación analógica del art. 97 CC y constatada la inexistencia de algún pacto, expreso o tácito, de los convivientes, el Pleno del Supremo se decanta por aplicar a la liquidación de las uniones de hecho el principio general del Derecho de prohibición del enriquecimiento injusto, de acuerdo, así, con una orientación jurisprudencial, que podemos calificar de tradicional, y que, en mi opinión, nunca debía haber sido abandonada.

Por supuesto, aparte del posible recurso al principio de prohibición de enriquecimiento injusto, al liquidar las relaciones de la unión de hecho, cabe apreciar, en su caso, la existencia entre los convivientes de una comunidad de bienes tácitamente constituida o de una sociedad irregular que tuvo por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional o económica.

Por las mismas razones, la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones iniciales⁶⁸, se ha decantado claramente en contra de la aplicación analógica del art. 96.III CC a las uniones de hecho, afirmando que, a falta de hijos menores de edad, no es posible atribuir, al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar⁶⁹. Por el contrario, como es lógico, sí aplica analógicamente en las uniones de hecho el art. 96.I CC, pues, por imperativo constitucional, la posición de los hijos menores de edad es la misma, con independencia de su filiación, por lo que no cabe que reciban un tratamiento distinto, de manera que procederá la atribución (sin limitación temporal) del uso de la vivienda familiar al progenitor (no casado) con el convivan, mientras persista su minoría de edad⁷⁰.

Sentada la imposibilidad de que los Tribunales apliquen analógicamente el art. 96.III CC a las uniones de hecho, cabría plantarse otra cuestión: ¿sería posible que el legislador extendiera imperativamente la solución que establece el precepto al caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*, de tal manera que se pudiera llegar a atribuir al conviviente más necesitado de protección el uso de una vivienda familiar de la que no fuera propietario exclusivo, en perjuicio del otro, que sí lo fuese, en todo o en parte?

Me parece dudoso, a la luz de la doctrina recientemente sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional, que, con indudable acierto, ha declarado

⁶⁸ Véase en este sentido STS 16 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9020) y STS 10 marzo 1998 (RAJ 1998, 1272), favorables a aplicar la solución del art. 96.III CC a las uniones de hecho, no a través de una interpretación analógica del precepto, sino apoyándose en un pretendido principio general del Derecho, de protección del conviviente.

⁶⁹ Véase ya STS 27 marzo 2008 (RAJ 2008, 4062) y, más claramente, STS 6 octubre 2011 (RAJ 2011, 6708), según la cual “Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa”.

⁷⁰ Es emblemática la STS 1 abril 2011 (RAJ 2011, 3139), la cual se plantea la “pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC, ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios”; y concluye: “Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC”. Más adelante, precisa: “En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE”.

inconstitucionales diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”⁷¹, de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un período ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia.

El Tribunal Constitucional, con buen criterio (que es perfectamente aplicable a otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes⁷²), afirma que “Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es [...] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal [...] Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta [...]. Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones -antes, durante y al extinguirse esa unión- conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción”.

Prosigue: “La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites [...] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la

⁷¹ Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso “hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que”, y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso “y el transcurso del año de convivencia”; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso “respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”, y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1.

⁷² Esto es, el art. 234-1 del Código civil de Cataluña y los arts. 303 y 305 del Código de Familia de Aragón.

citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja”.

VII. LA SUERTE DE LA VIVIENDA, CUYO USO FUE CEDIDO EN PRECARIO O COMODATO.

Una de las cuestiones recurrentes en materia de vivienda familiar es la atinente a su destino, tras la crisis familiar, cuando su uso había sido gratuitamente atribuido a los cónyuges por los parientes de uno de ellos. No es, así, infrecuente que los padres de uno de los contrayentes cedan el uso gratuito de una casa de su propiedad, a fin de que el futuro matrimonio establezca en ella su domicilio conyugal.

El problema⁷³ surge, cuando en el juicio de separación o divorcio el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge que no es hijo de los propietarios, momento en el que los suegros pretenden, obviamente, la restitución del inmueble⁷⁴.

Según la jurisprudencia española⁷⁵, hay que averiguar la razón por la que, en el caso concreto, los propietarios permitieron a los cónyuges usar la

⁷³ Estudiado con detenimiento en la doctrina científica española por SALAZAR BORT, S., *La atribución*, cit. pp. 169-241.

⁷⁴ Según la redacción del art. 96.7 CC, que propone el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, “Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley” (párrafo primero). “Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación”.

⁷⁵ Analizada, entre otros, por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Atribución de la vivienda”, cit., p. 585 y ss.; CREMADES GARCÍA, P., “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Elche*, 2008, vol. I, núm. 3, p. 12 y ss.; y MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.

vivienda⁷⁶, distinguiéndose dos hipótesis: si lo fue por mera tolerancia, la situación jurídica de los beneficiarios es, desde su inicio, la de mero precaristas, por lo que los propietarios pueden reclamar su posesión en el momento en que lo estimen oportuno⁷⁷; por el contrario, si se cedió el uso con la finalidad específica de que el futuro matrimonio estableciera en ella su domicilio conyugal, existió un comodato o préstamo de uso, que, tras la crisis conyugal, queda transformado en un simple precario, al haberse concluido el uso para el que se prestó la vivienda, por lo que los propietarios pueden también pedir la restitución de su posesión (art. 1749 CC)⁷⁸.

Es, así, doctrina jurisprudencial consolidada que “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”⁷⁹. Por lo tanto, “la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para

⁷⁶ Es emblemática la STS 26 diciembre 2005 (RAJ 2006, 180).

⁷⁷ Véanse así STS 26 diciembre 2005 (RAJ 2006, 180), STS 30 octubre 2008 (RAJ 2008, 6925), STS 22 octubre 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 18 marzo 2011 (RAJ 2011, 935), STS 14 julio 2010 (RAJ 2010, 6041),

⁷⁸ Reconocen la existencia de un comodato, que, tras la crisis, se transforma en precario, entre otras, STS 2 octubre 2008 (RAJ 2008, 5587) y STS 14 octubre 2014 (RAJ 2014, 4729). La STS 13 abril 2009 (RAJ 2009, 2895), resolvió un caso curioso. El propietario de la vivienda vendió a su madre el derecho de usufructo sobre la misma, permitiéndole ésta continuar viviendo en la casa con su familia. Posteriormente, los cónyuges se divorciaron, asignándose el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, ante lo cual la usufructuaria instó el desahucio por precario. El Tribunal Supremo entendió que no había precario, sino un contrato de comodato. Pero, a diferencia de lo que es habitual en dichos casos, denegó el lanzamiento, por entender que el contrato no tenía como finalidad ceder el uso de una vivienda para la iniciación de la vida familiar, sino permitir la continuación de la que ya estaba comenzada antes de la venta del usufructo, apoyándose, además, en la circunstancia de que el comodante no era pleno propietario de la vivienda, sino un mero usufructuario.

Esta solución no convence, ya que, en el problema que nos ocupa, no parece que deba valorarse de manera distinta el hecho de que el comodante sea un propietario o un usufructuario, ya que este último está plenamente facultado para ceder el uso de la vivienda, como también para reclamar su restitución, una vez que deja de tener sentido el fin para el que la prestó, sin que acierte a ver qué diferencia pueda haber entre que se trate de permitir iniciar en el inmueble la convivencia del hijo con su propia familia o la continuación de la misma después de la constitución del usufructo. Si la mujer del propietario no estaba de acuerdo con la venta del usufructo sobre la vivienda familiar debió haberse opuesto, ya que su consentimiento era también necesario para realizar dicho acto de disposición (art. 1320 CC) o haber anulado el contrato en su momento (art. 1322 CC), cosa que no hizo.

⁷⁹ Véase en este sentido STS 22 octubre 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 14 octubre 2014 (RAJ 2014, 4729).

enervar la acción de desahucio”⁸⁰, “en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”⁸¹.

ÍNDICE

⁸⁰ STS 14 julio 2010 (RAJ 2010, 6041).

⁸¹ STS 29 octubre 2008 (RAJ 2008, 6923), STS 30 octubre 2008 (RAJ 2008, 6925) y STS 13 febrero 2014 (RAJ 2014, 1341).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO
DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA EN EL DERECHO
ARAGONÉS: DERECHO POSITIVO Y PRÁCTICA
JURISPRUDENCIAL

AWARD OF THE USE AND POSSESSION OF THE FAMILY HOME
AFTER A COUPLE'S BREAK-UP IN ARAGON: POSITIVE LAW AND
ITS APPLICATION BY COURTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 45 - 98.

Fecha entrega: 28/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. AURORA LÓPEZ AZCONA
Acreditada a Titular de Universidad
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las soluciones que ofrece el Derecho civil aragonés en materia de atribución de uso de la vivienda familiar y consiguiente destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis convivencia matrimonial y no matrimonial, ello sin olvidar la jurisprudencia vertida sobre el particular, habida cuenta de su indudable repercusión práctica.

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar, atribución del uso, divorcio, uniones de hecho, hijos menores, modelos de custodia, ajuar familiar, Derecho civil aragonés.

ABSTRACT: Study of the solutions offered by the Aragonese civil law concerning award of the use and possession of the family home and therefore destination of family furnishings after a couple's break-up, without forgetting the court's decisions, given its undoubted practical impact.

KEY WORDS: family home, award of the use and possession, divorce, common-law relationship, minor children, models of parental responsibilities, family furnishings, Aragonese civil law.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. La vivienda familiar como objeto sobre el que recae el uso atribuido.- 2. Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar.- 3. La existencia de un previo derecho de disfrute a favor de uno o ambos progenitores como presupuesto previo de la atribución del uso de la vivienda familiar.- 4. El pacto de relaciones familiares como régimen prioritario (art. 77 CDFFA).- 5. Medidas judiciales a adoptar en defecto de pacto de relaciones familiares.- A) Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar.- a) Criterios de atribución en la custodia compartida (art. 81.1 CDFFA).- a) El criterio de mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda como criterio preferente.- b) El criterio del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario.- b) Criterios de atribución en la custodia individual (art. 81.2 CDFFA).- a) El criterio de atribución del uso al progenitor custodio como criterio preferente.- b) El criterio de atribución al progenitor no custodio en función del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario.- c) Criterios de atribución en la ruptura de la convivencia sin hijos a cargo: La solución de los Tribunales aragoneses.- B) Limitación temporal del uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFFA).- C) Atribución del uso de la vivienda familiar y distribución de los gastos.- D) La posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar (art. 81.4 CDFFA).- III. MEDIDAS SOBRE EL AJUAR FAMILIAR.- BIBLIOGRAFÍA.- ANEXO JURISPRUDENCIAL (CENDOJ).

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Desde hace unos años el Derecho civil aragonés dispone de su propio régimen jurídico en materia de atribución del uso de la vivienda familiar para los casos de ruptura de pareja. En particular, la regulación vigente se contiene en los arts. 77 y 81 Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFFA), preceptos que traen causa de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (arts. 3 y 7). Ciertamente, esta materia carecía de precedentes en Derecho aragonés, pero su inclusión en nuestro Ordenamiento Jurídico bien puede justificarse al amparo de la competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil propio atribuida a la Comunidad Autónoma de Aragón -como a las demás CC.AA. “allí donde existan Derechos civiles forales o especiales”- por el art. 149.1.8ª CE y asumida por el art. 71.2ª Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, donde, por añadidura, se contempla el Derecho foral aragonés como una de las señas de identidad de esta Comunidad Autónoma (art. 1.3). Y es que, de acuerdo con la interpretación que del art. 149.1.8ª CE hizo en su momento el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia

88/1993, de 12 de marzo y que posteriormente asumió el legislador aragonés cuando emprendió la tarea de renovar el Derecho civil propio¹, no cabe duda que los efectos de la ruptura convivencial, aunque no regulados en la Comp. de 1967, constituyen una “institución conexas” con otras contempladas en dicho texto legal como pueden ser la autoridad familiar o el consorcio conyugal, lo que legitima constitucionalmente la regulación de esta materia por parte de las Cortes de Aragón.

A partir de ahí, y como se ha apuntado “ab initio”, hace cinco años la Comunidad Autónoma de Aragón decidió dotarse de un régimen jurídico completo en materia de efectos de ruptura de la convivencia, ya no sólo matrimonial -como sucede en Derecho estatal, a tenor de lo dispuesto en el art. 96 CC-, sino también no matrimonial². De este modo, el 26 de mayo de 2010, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés Regionalista,

¹ Según puede leerse en el FJ 1º de la STC 88/1993, de 12 marzo: “Sin duda que la noción constitucional de desarrollo³ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de □ modificación⁴. El □ desarrollo⁵ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada □ *ratione materiae*⁶ dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”.

Posteriormente este planteamiento ha sido asumido por el legislador aragonés a la hora de abordar su tarea de elaborar un nuevo Cuerpo legal de Derecho civil propio, según puede leerse en la Ponencia elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil bajo el título *Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón*: “El objetivo global de la tarea legislativa, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, sería la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo Cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo”.

² Ofrecen, asimismo, un tratamiento conjunto de los efectos de la ruptura matrimonial y no matrimonial la Ley valenciana 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, la Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres y la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Por su parte, el CC de Cataluña (en adelante, CCC) aunque dispensa un tratamiento separado a los efectos de la ruptura según sea matrimonial (arts. 233-1 a 233-25) o no matrimonial (arts. 234-7 a 234-13), hace extensivos buena parte de sus preceptos dedicados a la ruptura matrimonial a la no matrimonial.

las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Según puede leerse en su Preámbulo, con dicha Ley -pionera en su género- se pretendía favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, a través de la instauración de la custodia compartida como medida preferente frente a la custodia individual en los supuestos de ruptura de la convivencia de las parejas (matrimoniales o no) que tuviesen hijos a su cargo, incluso aunque no fuese solicitada por ninguno de los progenitores³. Así las cosas, el núcleo esencial y más polémico de la Ley radicó en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos comunes tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores. No obstante lo anterior, junto a ello el legislador aragonés procedió a regular los demás efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia, abordando temas tan conflictivos abordando temas tan conflictivos como el que aquí nos ocupa, esto es, la atribución del uso de la vivienda familiar⁴.

³ Como indiqué en otro lugar (LÓPEZ AZCONA, A.: “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, *Revista Boliviana del Derecho*, 2015, núm. 19, pp. 217-221), posteriormente han optado por el modelo de custodia configurado por el legislador aragonés -esto es, el de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional-, la Ley valenciana 5/2011, en atención a lo dispuesto en su art. 5.2, que viene a coincidir con el art. 80.2 y 5 CDFA; y en fechas más recientes la Ley vasca 7/2015, si bien supeditado a la solicitud de uno de los progenitores, según resulta de la lectura de su art. 9.3.

Por su parte, el CCC no establece literal y expresamente la preferencia por la custodia compartida, aunque así parece resultar de la lectura de su art. 233-10, en interpretación conjunta con el art. 233-8. Así, en atención a lo dispuesto en el art. 233-10.1, esta modalidad de custodia habrá de acordarse por el Juez si los padres lo solicitan de mutuo acuerdo en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos. Acto seguido, el mismo precepto en su apto. 2 prevé que, en defecto de acuerdo o si éste no resulta aprobado judicialmente, el Juez debe determinar la forma de ejercer la custodia, “ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8. Sin embargo, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del mejor”. Esto es, parece que la regla ha de ser la custodia compartida y la excepción, la custodia individual.

De este planteamiento difiere, como es sabido, el CC que sigue el modelo de custodia individual preferente y custodia compartida excepcional; ello sin perjuicio de la existencia de una cada vez más consolidada jurisprudencia que defiende la interpretación extensiva de esta excepcionalidad desde la STS de 8 octubre 2009 y la STC 185/2012, de 17 octubre.

Por una tercera modalidad de custodia, la de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos, optan la Ley foral navarra 3/2011, así como el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio, aprobado el 19 julio 2013 por el Gobierno estatal con el objeto de acometer la reforma, entre otros preceptos, del vigente art. 92 CC.

⁴ Un estudio completo del régimen jurídico aragonés de los efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores puede verse en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en*

Con posterioridad, la Ley 2/2010 fue refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro 1º CDFA⁵.

Dicha Sección 3ª se compone de diez artículos (arts. 75 a 84), distribuidos en cinco subsecciones: La subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, delimita el objeto y finalidad de la sección, así como los derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. La subsección 2ª (art. 77) otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia al pacto de relaciones familiares. En la subsección 3ª (art. 78) se contempla la posibilidad de que los progenitores acudan a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. En la subsección 4ª (arts. 79 a 83) se contienen las medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares, entre las que destaca la custodia compartida como régimen de custodia preferente, sin olvidar las relativas a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia a los hijos y la asignación compensatoria. La subsección 5ª y última (art. 84) regula las posibles medidas a adoptar judicialmente con carácter provisional.

En todo caso, la aplicación de estos preceptos del CDFA exige la concurrencia de dos presupuestos:

De una parte, la previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial, ésta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada, tal y como se regula en los art. 303 a 315 CDFA⁶.

Aragón: ¿Un modelo a exportar? (coord. BAYOD, M.C. y SERRANO J.A.), Zaragoza, Institución Fernando El Católico, 2014.

⁵ En concreto, las leyes refundidas que el Decreto Legislativo deroga expresamente son el Título Preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte, la Ley 6/1999 relativa a las parejas estables no casadas, la Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad, la Ley 13/2006 de Derecho de la persona, la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia y la Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial. Se ha completado así el proceso de reformulación legislativa del Derecho civil aragonés contenido en la Comp. de 1967, cuerpo legal que ha sido derogado y sustituido por el CDFA.

⁶ A este respecto interesa señalar que el art. 303 CDFA define las parejas estables no casadas como aquellas “formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establezcan en este Código”. Del precepto transcrito cabe deducir *a priori* algo tan obvio como que una pareja extramatrimonial tendrá la consideración de pareja estable no casada a efectos legales, siempre que cumpla los requisitos y formalidades previstos en el

Y de otra, la existencia de hijos comunes a cargo, expresión que incluye, a mi entender, no sólo a los hijos menores, sino a los mayores de edad ya carezcan de recursos económicos propios (art. 69 CDFFA), ya sufran alguna discapacidad, hayan sido declarados (o no) incapacitados judicialmente⁷.

Adicionalmente, como señala expresamente la jurisprudencia (SSTSJ de Aragón de 13 julio 2011 y de 26 septiembre 2014), los hijos a cargo han de tener la vecindad civil aragonesa, habida cuenta de que los derechos y deberes de familia y, en particular, las relaciones paterno-filiales (régimen de custodia y cuestiones conexas: gastos de asistencia y atribución del uso de la vivienda familiar) se rigen por la ley personal, de acuerdo con el art. 9.1 y 4 CC⁸.

II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En las situaciones de ruptura de la convivencia, matrimonial o no, el art. 77 CDFFA atribuye prioridad al pacto de relaciones familiares a formalizar entre

CDFFA. Así las cosas, el primer dato a tener en cuenta es el tipo de relación afectiva que ha de caracterizar a la pareja estable, de tal manera que, en atención al propio art. 303, debe entenderse por tal aquella constituida por dos personas del mismo o diferente sexo unidas por una relación de afectividad análoga a la matrimonial. Junto a ello, debe advertirse de la necesidad de que ambos convivientes sean mayores de edad.

Asimismo, el CDFFA incorpora una suerte de impedimentos. Así, en su art. 306 señala como prohibiciones para constituir una pareja estable no casada, de una parte, la existencia de vínculo matrimonial (aunque haya separación judicial o de hecho: STSJ de Aragón 20 junio 2005) o de pareja estable con otra persona; y, de otra, la existencia de parentesco consanguíneo o adoptivo en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta segundo grado.

Por lo demás, en orden a su constitución, de acuerdo con el art. 305.1 CDFFA, la pareja estable no casada puede constituirse por dos vías, a saber: bien por la existencia de una mera situación fáctica, como es la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido mínimo de dos años; bien en virtud de escritura pública, en cuyo caso no se exige una situación previa de convivencia.

⁷ De acuerdo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2011, pp. 137-138.

⁸ Han optado, sin embargo, por delimitar su ámbito de aplicación la Ley valenciana 5/2011 y la Ley vasca 7/2015. En particular, el art. 2 Ley valenciana 5/2011 supedita su aplicación a la vecindad civil valenciana de los hijos, sin atender a la de los progenitores. Por su parte, el art. 2 Ley vasca 7/2015 hace depender su aplicación de dos criterios: la vecindad civil vasca, si es común a ambos progenitores o, de tenerla sólo uno, ha sido elegida por ambos progenitores en documento auténtico antes del matrimonio o de la constitución de la pareja de hecho; y, subsidiariamente, la residencia habitual común del matrimonio o la pareja en Euskadi en el momento de la presentación de la demanda de divorcio o separación matrimonial o, en su caso, de la disolución de la pareja de hecho.

los progenitores afectados por la ruptura. De este modo, cabe que ambos progenitores convengan, entre otros extremos, sobre el uso o, más ampliamente, el destino de la vivienda familiar; pacto que si es aprobado por el Juez, por no ser contrario a norma imperativa o no resultar perjudicial al interés de los hijos, habrá de respetarse necesariamente (art. 77.5).

En defecto de pacto de relaciones familiares o si éste no es aprobado por el Juez, corresponde a éste decidir esta cuestión conforme a las previsiones del art. 81 CDFA. Dicho precepto contiene tres normas diferentes. En primer lugar, fija los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en función del régimen de custodia adoptado (aptdos. 1 a 3). En segundo término, articula un sistema judicial de venta de la misma (aptdo. 4). Y, por último, regula el destino del ajuar familiar (aptdo. 5).

Al examen de los precitados preceptos del CDFA, con especial atención a la interpretación jurisprudencial de que han sido objeto, se dedica el presente trabajo; ello sin renunciar a hacer una breve reseña de las soluciones adoptadas sobre esta cuestión por los legisladores catalán, valenciano y vasco, así como por la proyectada reforma del CC en virtud del Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. No obstante, con carácter previo interesa precisar el objeto sobre el que recae el derecho de uso atribuido, así como el fundamento y el presupuesto previo que requiere tal atribución.

1. La vivienda familiar como objeto sobre el que recae el uso atribuido.

En los términos en que se expresa el art. 81 CDFA, es obvio que el objeto de la atribución del derecho de uso es exclusivamente la vivienda familiar⁹. Así se afirma expresamente en la SAP de Zaragoza núm. 271 de 15 mayo 2012: “A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez del divorcio solo puede disponer en principio de la vivienda familiar y objetos de uso ordinario, no sobre los demás bienes”. El mismo criterio sigue, por lo demás, el Tribunal Supremo en relación con el art. 96 CC, según hace constar en su Sentencia de 9 mayo 2012 (FJ 4º), dictada, por cierto, a los efectos de unificar la doctrina de las Audiencias provinciales en esta materia: “El art. 91 CC solo permite al Juez,

⁹ Adopta el mismo criterio la Ley valenciana 5/2011, excluyendo expresamente en su art. 6.4 del régimen de atribución del uso a las viviendas que se disfruten como segunda o ulterior residencia. Y asimismo el art. 96 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal.

Discrepa de este planteamiento el CCC para disponer en su art. 233-20.6 que, en caso de que otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el Juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada. Esta previsión ulteriormente ha sido acogida por el art. 12 Ley vasca 7/2015.

en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC . El art 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el Juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo”. Con todo, esta doctrina ha sido matizada por el Tribunal Supremo para el caso de que la vivienda que se haya estado ocupando en concepto de vivienda familiar pertenezca a terceros y haya implicados hijos menores en la ruptura; así, en tal caso, la STS de 10 octubre 2011 ha sentado la doctrina según la cual, “el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”¹⁰. No hay, sin embargo, pronunciamientos similares en la jurisprudencia aragonesa, partidaria de restringir la atribución del uso a la vivienda familiar.

Es más, según resulta de la lectura de la jurisprudencia aragonesa, la única vivienda que puede ser objeto de atribución es la que tiene la condición familiar en el momento de la ruptura y no otra que lo haya sido en un momento anterior; ni tampoco la que no haya llegado todavía a serlo, pese a estar destinada a ella, por no haberse llegado a instalar en ella la familia (SSAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013 y núm. 332 de 30 junio 2015). En concreto, la SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013 deniega el uso al hijo y la madre custodia de una vivienda propiedad del padre, aunque no deje de cuestionarlo, apuntando -que no adoptando- una posible interpretación más flexible del concepto de vivienda familiar que incluya “inmuebles que pertenecieron a la familia pero que no han sido habitados antes de disgregarse”, en atención al interés superior del menor y su derecho a acceder a una vivienda adecuada¹¹. Posterior en el tiempo, la SAP de Zaragoza núm.

¹⁰ Una solución similar, aunque referida al caso en que los cónyuges sean titulares de más de una residencia, aparece recogida en el art. 233-20 CCC que establece que en el caso en que las otras residencias sea idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el Juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada.

¹¹ SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013 (FJ 5º): “La cuestión es el concepto que se sostenga de vivienda familiar (en lo que, aun no siendo lo común [...] pueden haber acepciones flexibles, vgr. como la que mantuvo en su momento la SAP Navarra de 23-11-93), como la posibilidad de subrogar en ese concepto jurídico inmuebles que pertenecieron a la familia pero que no han sido habitados antes de disgregarse. No es ocioso recordar que debe tratar de ampararse del mejor modo posible el interés superior de los menores-incluso precisándolo en el acceso a una vivienda adecuada- ya que constituye un principio inspirador del ordenamiento jurídico [...] Cabe considerar, en relación con el derecho a la vivienda , con la STS de 1-4-2011 (aún en interpretación de lo dispuesto en el art. 96 del Código civil) que el principio que aparece protegido es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los

332 de 30 junio 2015 atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) a la madre custodia y los hijos menores, pero, en cambio, deniega la atribución del uso de otra vivienda consorcial al progenitor no custodio, ya que, en atención al art. 81 CDFa, el Juez sólo puede disponer de la vivienda familiar no sobre los demás bienes, pues, de ser consorciales como es el caso, se debe proveer a su reparto en el correspondiente procedimiento de liquidación del patrimonio común¹².

Partiendo de estas afirmaciones, interesa concretar qué debe entenderse por vivienda familiar, con base a las previsiones del propio CDFa. A este respecto debe señalarse *a priori* que el texto aragonés, como regla, aplica exclusivamente la noción de vivienda familiar y la protección inherente a la misma a los matrimonios, excluyendo a las parejas de hecho y aún incluso a las parejas estables no casadas, según resulta de la dicción del art. 190 y de su propia ubicación sistemática en sede de efectos generales del matrimonio. De este planteamiento general se desvincula, sin embargo, el art. 81 que aquí nos ocupa. Este precepto se corresponde con el art. 7 de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, norma que optó por regular los efectos de la ruptura de la convivencia, incluida la atribución del uso de la vivienda familiar, con independencia de su carácter matrimonial o extramatrimonial. Nos encontramos, por tanto, ante la paradoja que, en el caso de una pareja de hecho, su vivienda familiar carece de una específica protección mientras rige

alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC) [...] Aunque ciertamente prepondera en la jurisprudencia un concepto restrictivo de domicilio familiar (así, vgr. STS de 31-5-2012), que en realidad está todavía pendiente de formular positivamente por la ley, también hay muestras del contrario (así, vgr., la STS de 10-10-2011: “El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores” (F.D. 5º). Recapitulando, todo ello no impide sin embargo en el presente caso desestimar también el correspondiente motivo del recurso: la vivienda cuyo uso se reclama por la actora y recurrente, no reúne el concepto jurídico de "vivienda familiar" que permitiera atribuir su uso a quien no ostenta la propiedad. Al tiempo, la habitación que facilita la recurrente al hijo menor queda comprendida en los propios deberes –que no son exclusivos del demandado- de contribuir a su sustento (cfr., vgr. art. 65 CDFa)”.

¹² Recuérdese que en Derecho civil aragonés, en defecto de capitulaciones matrimoniales, el régimen económico matrimonial que rige es el de consorcio conyugal (art. 193.3 CDFa), un régimen de comunidad muy próximo a la sociedad de gananciales tras la reforma de que fue objeto en virtud de la Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad. En lo que aquí interesa, son consorciales los bienes comunes o de titularidad conjunta de ambos enunciados en los arts. 210 y 215 CDFa. Sobre el particular puede consultarse SERRANO GARCÍA, J.A.: en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés* (director J. DELGADO ECHEVERRÍA), 4ª ed., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 2012, pp. 347-456, y la doctrina allí citada.

la convivencia y, en cambio, una vez rota, se le dispensa el mismo tratamiento que a los matrimonios en orden a la atribución de su uso.

Al margen de esta reflexión personal, lo cierto es que a la hora de delimitar la noción de vivienda familiar a efectos del art. 81 debemos acudir en primer lugar al art. 190 CDFA donde se ofrece una noción muy amplia de la misma, identificándola con la vivienda habitual de la familia. Esta noción, sin embargo, puede concretarse algo más, en cuanto el mismo art. 81 se refiere indistintamente a la vivienda familiar y al domicilio familiar. De ello resulta que la vivienda familiar a que se refiere el art. 81 no es otra que la sede del domicilio familiar. A partir de ahí, la configuración de una vivienda como domicilio familiar dependerá del acuerdo de los progenitores o, en su defecto, del acuerdo de la Junta de Parientes -si ambos deciden acudir a la misma- o de la decisión del Juez, según prevé el art. 184.1 CDFA. Dicho precepto, acto seguido, sienta la presunción de que el domicilio familiar es aquél donde los progenitores conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia, con lo que se excluye la posibilidad de varios domicilios familiares simultáneos. En cualquier caso, como precisa la STSJ de Aragón de 13 junio 1991, la nota de habitualidad requiere una voluntad de permanencia en la vivienda, lo que excluye de la noción de vivienda familiar la ocupada ocasionalmente¹³.

2. Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Asimismo, y como se ha señalado *ab initio*, interesa plantearse cuál es la finalidad perseguida por el Derecho civil aragonés con la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores con exclusión del otro.

Pues bien, desde el momento en que en el CDFA esta medida se vincula a la existencia de hijos a cargo, bien puede afirmarse que estamos ante una manifestación del principio del superior interés del menor, según resulta de la lectura de la jurisprudencia aragonesa (SSTSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 y de 21 diciembre 2012), en un planteamiento, por lo demás coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al art. 96.3 CC¹⁴.

Precisando más esta idea, no cabe duda que la atribución del uso de la vivienda familiar se justifica en el deber de los progenitores de proveer de

¹³ En la doctrina se pronuncia en el mismo sentido SERRANO GARCÍA, J.A.: “Comentario al art. 77 CDFA”, en AA.VV., *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón* (director J. DELGADO ECHEVERRÍA), Dykinson, Madrid, 2015, p. 187.

¹⁴ Vid., entre otras, SSTS de 29 marzo 2011, de 10 octubre 2011, de 31 mayo 2012 y de 15 marzo 2013.

habitación a sus hijos; deber éste que se engloba en el más amplio de crianza y educación que corresponde a los padres respecto de sus hijos menores con arreglo a lo dispuesto en los arts. 63 y 65.1.b CDFa y que no cesa por la ruptura de la convivencia ni porque los progenitores contraigan nuevo matrimonio o constituyan pareja estable (SSTSJ de Aragón de 11 junio 2014 y de 21 octubre 2014).

Es más, dado que en Derecho aragonés el deber de crianza y educación de los progenitores no cesa respecto a los hijos mayores en formación conforme a lo dispuesto en el art. 69 CDFa, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de mantenerse igualmente mientras los hijos estén en periodo de formación y sigan conviviendo con los progenitores, aunque hayan dejado de estar bajo su guarda y custodia¹⁵. De hecho, en tales términos se ha pronunciado la jurisprudencia en las numerosas ocasiones en que ha debido abordar esta cuestión, ante la pretensión del progenitor no custodio de que se declare la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por alcanzar los hijos la mayoría de edad, con el consiguiente cese de la custodia confiada al progenitor al que en su momento se atribuyó el uso de aquélla. Interesa destacar a este respecto la doctrina sentada por la SAP de Teruel núm. 84 de 7 noviembre 2014 (confirmada en casación por la STSJ de Aragón de 6 junio 2014) según la cual, la iniciación o realización por los hijos de estudios universitarios en otra localidad distinta a aquella donde radica la vivienda familiar, no conlleva necesariamente el abandono de ésta o el cese de la convivencia con el progenitor a quien en su momento se atribuyó su custodia y, por ende, la extinción del uso de la vivienda familiar. Junto a la sentencia reseñada, igualmente pueden mencionarse las SSTSJ de Aragón de 11 junio 2014 y de 21 octubre 2014 y las SAP de Zaragoza núm. 639 de 20 diciembre 2013 y núm. 392 de 28 julio 2015 que coinciden en la necesidad de mantener en el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor a quien en su momento se concedió su custodia, mientras aquéllos no finalicen su formación académica o, incluso, hasta que no alcancen su independencia económica (SAP de Huesca núm. 18 de 31 enero 2012). Es más, resulta significativo que no pocas sentencias atribuyan *ex novo* el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores en formación y al progenitor con el que convivan, pese a que esta posibilidad no se contempla expresamente en el art. 81 CDFa, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los hijos en régimen de guarda y custodia (SAP de Huesca núm. 205 de 30 octubre 2013 y SSAP

¹⁵ En cambio, de acuerdo con SERRANO GARCÍA, J.A.: “Comentario al art. 77 CDFa”, cit., p. 187, el hijo mayor dependiente económicamente que terminado su formación ya no tiene derecho a la adjudicación del uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de su derecho a pedir alimentos -lo que incluye “lo que es indispensable para la habitación”, con base en los arts. 142 y ss. CC.

de Zaragoza núm. 56 de 5 febrero 2014, núm. 373 de 14 julio 2015 y núm. 396 de 28 julio 2015).

En cualquier caso, el mismo fundamento es predicable de la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor a quien, en su caso, se encomiende la guarda y cuidado de los hijos mayores incapacitados. Y es que, como clarifica la STSJ de Aragón de 18 julio 2014, el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio del art. 81.2 CDFA, “por definición [...] se refiere a la de los menores o incapacitados”.

3. La existencia de un previo derecho de disfrute a favor de uno o ambos progenitores como presupuesto previo a la atribución del uso de la vivienda familiar.

La atribución del uso de la vivienda familiar requiere como presupuesto previo que uno o ambos progenitores ostenten algún derecho que les posibilite el disfrute de la vivienda familiar, ya sea la propiedad u otros derechos tales como el usufructo o el arrendamiento¹⁶. Por consiguiente, en caso de que la propiedad de la vivienda familiar se haya transmitido a un tercero, no procederá la atribución de su uso a uno de los progenitores, como así han clarificado los Tribunales aragoneses en no pocas sentencias. Tal es el criterio de la SAP de Zaragoza núm. 401 de 23 septiembre 2014 que, en el divorcio de un matrimonio con dos hijos mayores de edad e independientes económicamente, deniega la atribución del uso de la vivienda familiar solicitada por la madre, dado que ésta ya no pertenece a ninguno de los excónyuges sino a un tercero, uno de sus hijos a quien se la donaron en su momento sin reservarse un derecho de disfrute, “ello sin perjuicio de lo que el titular decida en el ejercicio de su derecho de propiedad”. Participa del mismo planteamiento la SAP de Zaragoza núm. 635 de 20 diciembre 2013 que deja sin efecto el pronunciamiento de primera instancia favorable a atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre e igualmente lo deniega al padre, por no existir “disponibilidad de dicho bien para ninguno de los litigantes” desde el momento en que se ha procedido a su dación en pago a favor de la entidad bancaria que les concedió en su momento el préstamo hipotecario. Ahora bien, según matizan las SSAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013 y núm. 363 de 14 julio 2015, una vez atribuida la propiedad de la vivienda familiar a un tercero, sólo éste tiene legitimación para solicitar

¹⁶ Ahora bien, según clarifica el art. 233-21-2 CCC: “si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la Ley”. En los mismos términos se expresa el art. 12.8 Ley vasca 7/2011 y el art. 96.7.1 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal.

la extinción del derecho de uso atribuido en su momento a uno de los progenitores¹⁷.

A partir de ahí, el problema se plantea cuando ninguno de los cónyuges o convivientes ostenten título alguno sobre la vivienda familiar, por ser ésta propiedad de un tercero, habitualmente pariente de uno de ellos que ha cedido su uso gratuitamente al matrimonio o pareja. En tal caso, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 26 diciembre 2005, de 30 octubre 2008, de 14 enero 2010, de 14 julio 2010, de 18 marzo 2011, de 14 marzo 2013 y de 13 febrero 2014), la atribución en el correspondiente procedimiento familiar a uno de los progenitores del uso de la vivienda titularidad de terceros que viniera usando la familia sin título alguno no es oponible a sus legítimos propietarios, quienes podrán recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con los ocupantes¹⁸. En lo que

¹⁷ En concreto, la SAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013 desestima la demanda de modificación de medidas presentada por el progenitor no usuario solicitando la extinción del derecho de uso atribuido en su momento a su excónyuge, por considerar que el único legitimado para pedir el cese de tal derecho es el tercero que obtuvo en subasta pública la vivienda “con pleno conocimiento de la carga familiar existente a la fecha de su adjudicación”, debiendo acudir a tal objeto “al procedimiento pertinente, en base a la existencia de circunstancias sobrevenidas y que justifiquen el no mantenimiento del uso asignado”. En los mismos términos se expresa SAP de Zaragoza núm. 363 de 14 julio 2015 en un supuesto de adjudicación de la vivienda familiar a un tercero en un procedimiento de ejecución hipotecaria: “Sobre el uso de la vivienda familiar, la sentencia de instancia lo atribuye a la demandada e hijo hasta el 30 junio 2016 [...] el juzgado de instancia ya tuvo en cuenta la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, al parecer consta su adjudicación a favor de un tercero y con expresa indicación del derecho de uso a favor de la demandada, por lo que procede mantener la decisión indicada por el juzgados de instancia a salvo los derechos del adjudicatario en su caso”.

¹⁸ Sirva de ejemplo la STS de 18 marzo 2011 donde puede leerse la siguiente declaración: “para el caso en que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia [...] la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del derecho de la propiedad, porque las consecuencias de la separación o divorcio nada tienen que ver con los terceros propietarios”. Un examen de esta jurisprudencia puede verse en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras la ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 Cc? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, pp. 585-608; y MORENO VELASCO, V.; “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.

Por lo demás, esta doctrina ha sido acogida expresamente por el art. 233-21 CCC, cuyo tenor es el siguiente: “Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la

aquí interesa y por lo que hace a los órganos judiciales aragoneses, acoge esta doctrina la SAP de Zaragoza núm. 309 de 13 junio 2013 que conoce de un supuesto singular, a saber: La propietaria de la vivienda cedió en momento el uso gratuito de la vivienda a su hijo y cónyuge, ulteriormente en el correspondiente procedimiento de separación fue atribuido el uso de tal vivienda como familiar a la cónyuge no hija de la propietaria, y ahora la propietaria no pide la restitución de su posesión pero sí que su exnuera le reembolse los gastos derivados del uso de la vivienda -en concreto, gastos de comunidad y por suministros consumidos-, a lo que se opone ésta, alegando que durante la convivencia matrimonial no pagaron suma alguna por el uso de la vivienda. La Audiencia califica la situación de la demandada de precario con base en la doctrina del Tribunal Supremo: “es constante la jurisprudencia que, tras unas dudas iniciales, ha venido proclamando que la resolución judicial dictada en procedimiento matrimonial por la que se concede el uso de la vivienda a uno de los esposos no altera el título en que la misma venía siendo ocupada anteriormente por el matrimonio, y que la cesión gratuita por los padres de uno de los esposos para su ocupación por ambos como domicilio conyugal lo es a título de precario (STS 193/2013, 160/2013 y 386/2012”’. Una vez clarificado el título en virtud del cual la vivienda es ocupada por la demandada, la Audiencia estima la pretensión de la parte actora, condenado a la precarista al pago de los gastos derivados de la ocupación de la vivienda, con base en el art. 1743 CC en materia de comodato, ante la ausencia de regulación específica del precario. Por lo demás, no prospera -como no puede ser de otra manera- el argumento de la demandada acerca de la gratuidad del uso durante la convivencia matrimonial, ya que, en palabras de la Audiencia, “ello no impide que la propiedad puede reclamarlos [los gastos] en la actualidad debido al cambio de circunstancias derivada de la crisis matrimonial”’-.

Con todo, esta jurisprudencia ha sido matizada por el Tribunal Supremo para el caso en que se vean implicados hijos menores, habida cuenta que “su interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda”. Y es que, de acuerdo con la STS de 10 octubre 2011, “la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado”; por consiguiente, “el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para

sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias”; y asimismo, por el art. 96.7.2 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal.

satisfacer las necesidades de los hijos”¹⁹. Posteriormente, esta doctrina ha sido confirmada por la STS de 15 marzo 2013.

En cualquier caso y en lo que aquí interesa, no ha podido localizarse en la jurisprudencia aragonesa un pronunciamiento similar a los de las SSTS de 10 octubre 2011 y de 15 marzo 2013, por cuanto los Tribunales aragoneses, con un planteamiento quizá excesivamente rígido, circunscriben la atribución del uso exclusivamente a la vivienda familiar, como ya se ha indicado. De hecho, en un caso en que la vivienda familiar del matrimonio e hija menor se encontraba ubicada en un piso propiedad del padre del marido (abuelo paterno de la menor), la SAP de Zaragoza núm. 334 de 8 julio 2014 confirma el fallo de la sentencia de primera instancia favorable a atribuir su uso a la hija hasta que alcance la mayoría de edad, debiendo sus progenitores alternarse en residir en la misma en función del ejercicio quincenal de la custodia compartida que les ha sido atribuida. Esta solución no nos convence, ya que, olvida la Audiencia que, conforme a su propia doctrina, tal atribución del uso corre el riesgo de resultar inútil, puesto que su propietario -por mucho que sea el abuelo de la ocupante- puede recuperarla en cualquier momento mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma.

4. El pacto de relaciones familiares como régimen prioritario (art. 77 CDFFA).

La regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia corresponde, en primer lugar, a los propios progenitores afectados por ésta, de común acuerdo, mediante el otorgamiento del pacto de relaciones familiares a que se refiere el art. 77 CDFFA²⁰, inspirado en el principio “standum est chartae” que constituye uno de los principios generales del Derecho aragonés (art. 3 CDFFA).

¹⁹ En el caso de autos la vivienda familiar del matrimonio y de la hija menor en el momento de la ruptura matrimonial se encontraba ubicada en un piso cedido por los padres del marido a su hijo en precario, mientras que, por otro lado, el matrimonio era propietario de un piso que tenían arrendado a un tercero. La STS 10 octubre 2011 confirma el fallo de la sentencia de primera instancia que, habiendo concedido la custodia individual a la madre, le atribuye como vivienda familiar la vivienda de sus suegros sólo hasta el momento en que fine el arrendamiento de la vivienda propiedad de ambos cónyuges, momento en el cual pasará ésta a convertirse en la vivienda familiar donde convivir con su hija menor.

²⁰ Atribuyen, asimismo, prioridad a los pactos entre los progenitores el CCC (arts. 233-2.3.b, 233-20.1 y 233-21.3), la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (art. 4.2.c), la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (art. 5), y el art. 90.1.d CC en su redacción dada por el art. 1 del Anteproyecto estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio (en adelante, Anteproyecto estatal).

A la importancia del pacto de relaciones familiares y su conexión con el principio “*standum est chartae*” se refiere, entre otras, la STSJ de Aragón 13 julio 2011, donde puede leerse la siguiente declaración: “el legislador aragonés [...] pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el pacto de relaciones familiares, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, “un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura”. En términos semejantes se expresa ulteriormente la STSJ de Aragón 30 septiembre 2011.

De este modo, cabe que ambos progenitores convengan, ya sea por si solos o a través de la mediación familiar -a que da entrada el art. 78 CDFa-²¹ sobre los efectos tanto personales como patrimoniales de la ruptura de su convivencia. A este respecto el art. 77.1 CDFa fija un contenido mínimo indispensable -prácticamente coincidente con el previsto en el art. 97 Cc para el convenio regulador-, en el que se incluye “el destino de la vivienda y del ajuar familiar” (letra c).

De la expresión legal transcrita resulta, por consiguiente, que los progenitores tienen libertad a la hora de pactar ya no sólo el uso, sino, en general, el destino -incluida la enajenación²²- tanto de la vivienda familiar como del ajuar doméstico, sin que estén vinculados por los criterios de atribución previstos en los aptdos. 1 y 2 del art. 81 CDFa cuando es al Juez al que corresponde fijar las medidas definitivas de la ruptura en defecto de pacto de relaciones familiares. Con todo, la autonomía de la voluntad de los progenitores está sujeta a ciertos límites que no son otros que los derivados del “*standum est charte*”, esto es: la imposibilidad de cumplimiento, la CE y las normas imperativas del Derecho aragonés. En particular, como señala la STSJ de Aragón de 17 febrero 2015, en caso de acordarse la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, tal derecho no podrá tener duración indefinida sino que habrá de ser necesariamente temporal, en

²¹ El art. 78 CDFa (desarrollado por la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón) contempla la mediación familiar como un instrumento voluntario de resolución de las discrepancias de los progenitores en orden a los efectos de la ruptura de la convivencia, tanto con carácter prejudicial (o previo al ejercicio de acciones judiciales) como intrajudicial (una vez iniciadas las actuaciones judiciales con la subsiguiente suspensión del procedimiento). En cualquier caso, este concreto acuerdo de mediación requiere aprobación judicial en los mismos términos que el pacto de relaciones familiares.

²² Como así sucede en la SAP de Zaragoza núm. 382 de 23 julio 2013.

cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, habida cuenta de su naturaleza imperativa²³.

El pacto no requiere forma pública²⁴, pero para ser eficaz frente a terceros ha de ser aprobado judicialmente, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen la relación paterno-filial tras la ruptura²⁵. Dicha aprobación sólo podrá ser denegada por el Juez cuando el pacto sea contrario a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.4 CDFA). La denegación, ya sea total o parcial, obligará a los progenitores a someter a la aprobación judicial un nuevo pacto en el que se subsanen los vicios detectados (art. 77.5 CDFA). De no ser aprobado definitivamente por el Juez, “el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no puede ser incorporado al

²³ Singularmente, prescinden de esta previsión legal la SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013 y la SAP de Zaragoza núm. 354 de 14 julio 2015 que mantienen a la madre custodia e hijos en el uso ilimitado de la vivienda que en su momento pactaron ambas partes en virtud de pacto de relaciones familiares, sin que prospere la demanda de modificación de medidas entablada ulteriormente por el padre. En particular, la SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013 (casada en este punto por la STSJ de Aragón de 18 julio 2014) por considerar que “la carga que representa familiarmente la asistencia de un hijo con síndrome de Down “justifica que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso [...] pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente”. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 354 de 14 julio 2015, en atención a la circunstancia de que la esposa e hijos carecen de otra vivienda en que residir y de medios para hacer frente a sus necesidades de habitación, mientras el padre dispone de otra vivienda e inmuebles.

²⁴ Como señala SERRANO GARCÍA, J.A.: “Comentario al art. 77 CDFA”, cit., pp. 187-188.

²⁵ Lógicamente, el principio básico inspirador del régimen jurídico de esta materia es el del interés superior del menor (a concretar conforme a las previsiones del nuevo art. 2 LOPJM), de tal manera que, según dispone el art. 76.2 CDFA, toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio e interés. Por añadidura, el art. 76.1 establece el principio según el cual el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia, si bien -entiéndase- habrá de ser debidamente adaptado a la nueva situación, cuestión ésta que se abordará más detenidamente en el epígrafe siguiente. Son, asimismo, principios inspiradores de esta materia el de libertad de pacto, el de información recíproca y el de lealtad en beneficio del menor (art. 76.5).

Junto a los principios indicados, dos son los derechos esenciales sobre los que se fundamenta la regulación de esta materia, tal y como se indica en el propio Preámbulo del CDFA: por un lado, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los padres (art. 76.3.a.); y por otro, el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b.), derecho éste que se articula fundamentalmente a través de la preferencia que el CDFA atribuye a la custodia compartida (art. 80.2). A los dos derechos señalados hay que añadir el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años antes de adoptar cualquier decisión que le afecte, que se rige por lo dispuesto en el art. 6 CDFA, al que se remite el art. 76.4.

proceso de familia, producir eficacia procesal y servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial” (SAP de Zaragoza núm. 228 de 25 abril 2012).

En cualquier caso, dicho pacto es susceptible de modificación o, incluso, extinción siempre que concurra alguna de las siguientes causas tasadas legalmente y que medie aprobación judicial (art. 77.3 CDFFA):

1ª.- el acuerdo de los progenitores;

2ª.- las causas previstas, en su caso, en el propio pacto de relaciones familiares;

3ª.- a solicitud de uno de los padres por sobrevenir circunstancias relevantes, causa ésta la más habitual según revela la lectura de la jurisprudencia²⁶;

4ª.- a solicitud del Ministerio fiscal, en su función de protección de los menores e incapacitados;

5ª.- la privación, suspensión o extinción sobrevenida de la autoridad familiar de uno de los progenitores;

6ª.- el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas del pacto.

5. Medidas judiciales a adoptar en defecto de pacto de relaciones familiares.

En defecto de pacto de relaciones familiares -bien por no haber llegado a un acuerdo los progenitores, bien por no haber sido aprobado definitivamente por el Juez²⁷- y fracasada, en su caso, la mediación familiar, corresponde al

²⁶ En concreto, la jurisprudencia ha calificado de circunstancias relevantes, a los efectos de la limitación temporal o, en su caso, extinción del uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los progenitores en virtud del correspondiente pacto de relaciones familiares, las siguientes: el cambio de régimen de custodia (SAP de Zaragoza núm. 361 de 14 julio 2015), el cambio en las circunstancias económicas de los progenitores (STSJ de Aragón de 21 octubre 2014 y SSAP de Zaragoza núm. 340 de 30 junio 2015 y núm. 361 de 14 julio 2015); la convivencia con nueva pareja en la vivienda familiar (SAP de Zaragoza núm. 469 de 26 noviembre 2013); la limitación temporal al uso de la vivienda familiar impuesta legalmente con posterioridad al entonces convenio regulador (SSTSJ de Aragón de 21 octubre 2014 y de 17 febrero 2015 y SAP de Zaragoza núm. 328 de 30 junio 2015); y el cambio de domicilio por parte del progenitor usuario con el consiguiente cese del uso de la vivienda familiar (SAP de Zaragoza núm. 340 de 30 junio 2015).

²⁷ Nótese que, en atención a lo dispuesto en el art. 770 LEC, el acuerdo de las partes puede alcanzarse en cualquier momento del proceso, incluso durante la tramitación del recurso de apelación.

Juez determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia, mediante la adopción de las medidas contempladas en los arts. 79 a 83 CDFFA²⁸. De dichos preceptos es el art. 81 el que se ocupa de fijar los criterios a seguir por la autoridad judicial a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda y destino familiar, facultándole, incluso, para acordar su venta siempre que concurren ciertos presupuestos.

En cualquier caso, dichas medidas pueden ser adoptadas por el Juez tanto de oficio como a instancia de parte, en concreto, de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (art. 79.2 CDFFA).

Y una vez adoptadas, sólo podrán ser modificadas siempre que concorra uno de los siguientes presupuestos:

1º- Su incumplimiento grave o reiterado (art. 79.4 CDFFA);

2º- La concurrencia de causas o circunstancias relevantes (art. 79. 5 CDFFA), expresión legal más flexible que la concordante del art. 91 CC como pone de relieve la STSJ de Aragón de 23 mayo 2014, habida cuenta que “ya no se trata de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial [como exige el art. 91 CC], sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas”²⁹.

A) Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar.

²⁸ Vid. en términos similares el art. 233-20.2 CCC, el art. 6.1 de la Ley valenciana 5/2011, el art. 7 Ley vasca 7/2015 y el art. 96 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal.

²⁹ En concreto, la jurisprudencia ha calificado de circunstancias relevantes, a los efectos de la limitación temporal o, en su caso, extinción del uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los progenitores, las siguientes: el cambio de custodia individual a compartida (SAP de Huesca núm. 137 de 4 julio 2013 y SSAP de Zaragoza núm. 399 de 23 julio 2013 y núm. 558 de 26 noviembre 2013); la mayoría de edad e independencia económica de los hijos (SAP de Zaragoza núm. 447 de 27 septiembre 2013); la convivencia con nueva pareja en la vivienda familiar (STSJ de Aragón de 23 mayo 2014); la convivencia con nueva pareja en otra vivienda diferente a la familiar (SAP de Zaragoza núm. 425 de 7 octubre 2014); la convivencia con nueva pareja, el cese de la custodia por mayoría de edad de los hijos y el cambio las circunstancias económicas de los progenitores (SSAP de Zaragoza núm. 27 de 28 enero 2014 y núm. 376 de 29 julio 2014); el cambio de domicilio del progenitor usuario con el consiguiente cese del uso de la vivienda familiar (SAP de Zaragoza núm. 568 de 26 noviembre 2013); y la atribución a un tercero de la vivienda familiar ya sea en pública subasta o en virtud de dación en pago (SSAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013 núm. 635 de 20 diciembre 2013 y núm. 363 de 14 julio 2015).

En Derecho aragonés la atribución judicial del uso de la vivienda familiar viene condicionada por el concreto régimen de guarda y custodia que se adopte respecto a los hijos; esto es, los criterios de atribución son diferentes según se opte por la custodia individual o compartida (art. 81.1 y 2 CDFFA). Queda, sin embargo, sin resolver la cuestión atinente a la atribución del uso de la vivienda en ausencia de hijos dependientes, lo que guarda coherencia con el planteamiento del legislador aragonés de atender exclusivamente a los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo, pero no deja de generar una laguna legal que los Tribunales han resuelto mediante la aplicación supletoria del Código civil.

Por añadidura, según precisa el art. 83.2.d CDFFA, tal atribución habrá de tenerse en cuenta a la hora de fijar la duración y la cuantía de la asignación compensatoria a que, en su caso, tendrá derecho el progenitor perjudicado económicamente por la ruptura, como, de hecho, así sucede en la práctica, como revela el análisis de la jurisprudencia tanto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJ de Aragón de 5 noviembre 2014) como de las Audiencias Provinciales³⁰.

³⁰ Vid. la STSJ de Aragón de 5 noviembre 2014, las SSAP de Huesca núm. 205 de 30 octubre 2013 y núm. 184 de 24 octubre 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 25 de 21 enero 2014, núm. 366 de 29 julio 2014, núm. 566 de 19 diciembre 2014, núm. 6 de 20 enero 2015, núm. 25 de 27 enero 2015, núm. 118 de 17 marzo 2015, núm. 119 de 17 marzo 2015, núm. 122 de 17 marzo 2015 y núm. 434 de 15 septiembre 2015.

Obviamente, las soluciones adoptadas por las resoluciones arriba citadas son muy variadas, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso. P. e. la STSJ de Aragón de 5 noviembre 2014 en un divorcio con hijos menores, atiende a la circunstancia de la atribución del uso de la vivienda familiar al padre custodio cara la fijación de la duración y el montante de la asignación compensatoria reconocida a la madre no custodia. La SAP de Huesca núm. 184 de 24 octubre de 2014, en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores de edad, reconoce una asignación compensatoria y atribuye el uso de la vivienda familiar a la mujer “hasta la liquidación del régimen económico matrimonial”, en atención a su edad (58 años), su ausencia de formación y profesión, su dedicación a la familia durante el matrimonio y al hecho de que uno de sus hijos sigue residiendo con ella por carecer de ingresos. La SAP de Zaragoza núm. 366 de 29 julio 2014, en una pareja de hecho con dos hijos menores, atribuye la custodia y el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre durante cinco años, pero le deniega la asignación compensatoria por considerar que tal atribución y las cargas que pesan sobre el actor (dos hipotecas que gravan la vivienda) “contribuyen a equilibrar la situación económica” de ambos litigantes. La SAP de Zaragoza núm. 566 de 19 diciembre 2014, en el divorcio de un matrimonio una hija mayor independiente económicamente, declara el cese del uso de la vivienda familiar atribuido en su momento a la hija y la madre, pero incrementa el montante de la asignación compensatoria reconocida a ésta. La SAP de Zaragoza núm. 6 de 20 enero de 2015, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, atribuye el uso de la vivienda familiar al marido, dada su situación de discapacidad física y dependencia, pero reconoce simultáneamente una asignación compensatoria a la mujer aquejada de una depresión grave.

No se contempla, sin embargo, una previsión similar respecto a la pensión de alimentos a satisfacer a los hijos por el progenitor no usuario, previsión complementaria que, a mi juicio, hubiese sido deseable, en aras de una mayor equidad³¹. Con todo, el examen de la jurisprudencia revela la tendencia favorable de los órganos judiciales a tomar en consideración esta circunstancia a la hora de fijar el módulo de contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos³².

³¹ Se pronuncia en términos similares SERRANO GARCÍA, J.A.: “Comentario al art. 77 CDFFA”, p. 187. En cualquier caso, por lo que hace a los restantes Derechos civiles que rigen en España, discrepan del planteamiento del legislador aragonés el art. 233-20.7 CCC, así como el art. 96.4 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal, para ponderar la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores tanto para la fijación de la pensión de alimentos a los hijos como de la asignación compensatoria al cónyuge perjudicado por la ruptura. Por su parte, el art. 6.1 de la Ley valenciana 5/2011 y el art. 12.7 Ley vasca 7/2015 van más allá, reconociendo el derecho a una compensación económica por la pérdida del uso al progenitor titular o cotitular no adjudicatario del uso a pagar por el progenitor usuario.

³² Sirvan de ejemplo las SSAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014, núm. 192 de 11 noviembre 2014, núm. 204 de 28 noviembre 2014 y núm. 55 de 15 abril 2015, y las SSAP de Zaragoza núm. 486 de 15 octubre 2013, núm. 627 de 20 diciembre 2013, núm. 44 de 5 febrero 2014, núm. 88 de 25 febrero 2014, núm. 143 de 25 marzo 2014, núm. 470 de 4 noviembre 2014, núm. 518 de 2 diciembre 2014, núm. 113 de 13 marzo 2015, núm. 163 de 14 abril 2015, núm. 286 de 9 junio 2015, núm. 325 de 23 junio 2015, núm. 379 de 17 julio 2015 y núm. 442 de 22 septiembre 2015.

En concreto, la SAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014, en una custodia individual, amplía el plazo de duración del derecho de uso a la vivienda familiar atribuido a la madre custodia y sus dos hijas, haciéndolo coincidir con la mayoría de edad de la hija menor, por considerarlo “una prestación complementaria a la pensión de alimentos [de 150 euros por hija fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio] que, de otro modo, podría resultar insuficiente para atender las necesidades de las hijas”. La SAP de Huesca núm. 192 de 11 noviembre 2014 confirma el fallo de primera instancia que, en una custodia compartida, fija la contribución de los gastos de asistencia en un 70% para el padre y un 30% para la madre, en atención a sus diferentes ingresos y a la necesidad de ésta de alquilar una vivienda, dado que el uso de la vivienda familiar ha sido atribuida al padre. La SAP de Huesca núm. 204 de 28 noviembre 2014 disminuye la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio de 450 a 330 euros, con base en la atribución a éste del uso de la vivienda familiar, en la falta de prueba sobre la existencia una notable diferencia de capacidad económica entre los excónyuges y en las propias necesidades económicas de un niño de dos años como es el hijo de los demandados. La SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril 2015 atribuye la custodia individual al padre y fija una pensión de alimentos a cargo de la madre no custodia de 140 euros, en atención tanto a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) al padre custodia e hija hasta que ésta cumpla los veintiséis años como a las diferencias patrimoniales existentes entre ambos progenitores -que no de ingresos-. La SAP de Zaragoza núm. 627 de 20 diciembre 2013 reduce la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio a 400 euros por ambos hijos (uno menor y el otro mayor dependiente económicamente), en atención a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) a la madre custodia durante tres años y a los diferentes ingresos de los progenitores. La SAP de Zaragoza núm. 44 de 5 febrero 2014 reduce la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del

a) Criterios de atribución en la custodia compartida (art. 81.1 CDFFA).

a') El criterio de mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda como criterio preferente.

padre no custodio a 300 euros (150 euros por hija), en atención a la atribución del uso de la vivienda familiar (privativa suya) a la madre custodia sin precisar plazo y a la similar situación económica de ambos. La SAP de Zaragoza núm. 88 de 25 febrero 2014 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la custodia individual a la madre y fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 700 euros por los dos hijos menores, en atención esencialmente a la atribución a la madre e hijos del uso de la vivienda familiar hasta que la mayoría de edad de éstos. La SAP de Zaragoza núm. 143 de 25 marzo 2014 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la custodia individual a la madre y fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 400 euros para el hijo menor y de 700 euros para la hija mayor, en atención a la “desahogada” situación económica de ambos progenitores y a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) a la madre e hijos durante un año. La SAP de Zaragoza núm. 518 de 2 diciembre 2014 confirma el fallo de primera instancia, en una custodia compartida, atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre durante dos años y fija un diferente porcentaje de contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia de los hijos en función de que aquélla haga uso de la vivienda (375 euros la madre y 275 euros el padre) y deje de hacerlo (300 euros cada progenitor). La SAP de Zaragoza núm. 113 de 13 marzo 2015 reduce la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio a 700 euros (350 euros por hija), en atención a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) a la madre custodia durante tres años y a la situación de desempleo en que se encuentra ésta. La SAP de Zaragoza núm. 163 de 14 abril 2015 confirma la sentencia de primera instancia que atribuye la custodia individual y el uso de la vivienda familiar -privativa del padre- a la madre durante un plazo de tres años, tomando en consideración para ello la pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 300 euros, sin olvidar carácter privativo de la vivienda familiar. La SAP de Zaragoza núm. 286 de 9 junio 2015 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la custodia individual a la madre y fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 350 euros a favor de sus dos hijos menores, en atención tanto a la delicada situación económica de ambos progenitores como a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) durante cuatro años a la madre custodia e hijos. Igualmente, en un supuesto de atribución de la custodia individual a la madre, la SAP de Zaragoza núm. 325 de 23 junio 2015 confirma el fallo de primera instancia que fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio a favor del hijo de 220 euros mensuales hasta el mes de agosto de 2015 y de 320 euros mensuales desde esa fecha, momento en que la madre custodia deberá abandonar la vivienda familiar, propiedad privativa del padre, con lo que éste se verá liberado del pago del alquiler que actualmente abona. Asimismo, en una custodia individual a favor de la madre, la SAP de Zaragoza núm. 379 de 17 julio 2015 incrementa el montante de la pensión de alimentos a pagar por el progenitor no custodio, en atención al “escaso periodo de atribución de uso de la vivienda familiar” (dos años) a la madre custodia e hijos. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 442 de 22 septiembre 2015 opta por la custodia compartida a favor de ambos progenitores y fija una contribución igualitaria de éstos a los gastos ordinarios y extraordinarios del hijo, en atención tanto a su situación económica como al hecho de que el uso de la vivienda familiar haya sido atribuido a la madre e hijo durante un año.

En aquellos supuestos en que los órganos judiciales optan por un régimen de custodia compartida -opción prioritaria del legislador aragonés en defecto de pacto de relaciones familiares, de acuerdo con el art. 80.2 CDFA-, el criterio preferente de atribución del uso de la vivienda familiar es el “de mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda” (art. 81.1 CDFA)³³. Según precisa el mismo art. 81.1 CDFA, esta mayor dificultad debe obedecer a razones objetivas, y no meramente personales, siendo a tal efecto determinante en la jurisprudencia la desigual situación económica de los progenitores y/o el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda³⁴. En particular, toma en consideración ambas circunstancias la STSJ de Aragón de 11 julio 2013 que deniega la venta de la vivienda familiar solicitada por el padre, para, en su lugar, atribuir su uso durante cinco años a la madre en atención a la peor situación económica de ésta, pues, si bien es cierto que ambos se encuentran en situación de desempleo, el padre ha cobrado una importante indemnización por despido improcedente, cosa que no ha sucedido con la madre, quien además no puede disponer de otra vivienda. En cambio, atiende exclusivamente al dato de la disponibilidad de una vivienda alternativa a la familiar la STSJ de Aragón de 30 abril 2013 que atribuye el uso de la vivienda familiar -privativa del padre- a la madre, dado que “es copropietaria de una vivienda en Calatayud que carece de condiciones de habitabilidad y es utilizada como almacén, y nudo propietaria en Zaragoza, junto con su hermana, de una vivienda de la que es usufructuaria su madre”, mientras que el padre es propietario de una segunda vivienda³⁵.

³³ Posteriormente han adoptado este criterio el art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 (siempre que sea compatible con el interés de los hijos, preferente en todo caso), el art. 12.4 Ley vasca 7/2015 (como criterio subsidiario en caso de que el uso de la vivienda no se haya atribuido a los progenitores por periodos alternos) y el art. 96.2.2 CC en su redacción dada por el Anteproyecto estatal (en los mismos términos que la norma vasca). Un criterio similar, el “del cónyuge más necesitado”, formula el CCC en su art. 233-20.3.a.

³⁴ A este respecto interesa reproducir la siguiente declaración de la SAP de Huesca núm. 221 de 29 noviembre 2013: “el acceso al mercado inmobiliario no depende directamente del número de hijos a cargo, sino más bien de los ingresos”.

³⁵ La jurisprudencia menor atiende a los mismos parámetros, según resulta de la lectura de las sentencias que se reseñan a continuación, favorables todas ellas a atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre. La SAP de Huesca núm. 221 de 29 noviembre 2013 durante un plazo de dos años en atención a los inferiores ingresos de la madre. La SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014 hasta la mayoría de edad de la hija menor de los litigantes, en atención a los inferiores ingresos de la madre; la SAP de Zaragoza núm. 299 de 11 junio 2013 durante un plazo de tres años, atendiendo a los inferiores ingresos de la madre y su mayor dedicación al cuidado de la familia durante el matrimonio; la SAP de Zaragoza núm. 110 de 6 marzo 2014 durante un plazo de cinco años, atendiendo a la edad de las hijas de once y siete años y a la importe diferencia de ingresos existente entre los progenitores; la SAP de Zaragoza núm. 375 de 29 julio 2014 durante un plazo de dos años, en atención a la falta de empleo de la madre, la edad de las hijas (once y seis años); la SAP de Zaragoza núm. 544 de 10 diciembre 2014 durante el plazo de un año, atendiendo la diferencia de

Con todo, el examen de la jurisprudencia revela que tal criterio legal de atribución no es automático, sino que ha de supeditarse, en todo caso, al interés superior del menor que preside esta materia y, por ende, es prioritario³⁶. De hecho, apelan expresamente al interés de los hijos menores, junto al criterio de mayor dificultad objetiva de acceso a una vivienda, para atribuir temporalmente a la madre el uso de la vivienda familiar la SSAP de Zaragoza núm. 629 de 20 diciembre 2013 y núm. 39 de 24 marzo 2015. El mismo planteamiento subyace en aquellas sentencias (p.e. las SSTSJ de 30 abril 2013 y 11 julio 2013 y la SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014) que recuerdan que, en caso de privar a uno de los progenitores del uso de la vivienda familiar, difícilmente éste podrá ejercer las funciones de guarda que le son atribuidas respecto de sus hijos menores en cuanto no puede disponer de otra vivienda alternativa. O en aquellas sentencias que consideran un dato decisivo la edad de los hijos a la hora de decidirse por la atribución del uso de

ingresos entre ambos progenitores y a la disponibilidad del padre de otra vivienda; la SAP de Zaragoza núm. 167 de 8 abril 2014 durante un plazo de cinco años, valorando la edad de las hijas de trece y ocho años, los inferiores ingresos de la madre y el hecho de que el actor resida en vivienda de alquiler, compartiendo gastos con su actual pareja; la SAP de Zaragoza núm. 17 de 2 febrero 2015 durante un plazo de once meses, teniendo en cuenta los ingresos de ambos progenitores, la existencia de otro inmueble consorcial, la titularidad privativa de otro inmueble por parte de la mujer, la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar y la cotitularidad del negocio familiar; la SAP de Zaragoza núm. 95 de 3 marzo 2015, durante un plazo de un año y tres meses, dada la carencia por parte de la mujer de otra vivienda para residir -no así del marido- y sus escasos ingresos salariales; la SAP de Zaragoza núm. 39 de 24 marzo 2015 durante un plazo de tres años en atención a la precaria situación económica de la madre (carece de trabajo y no percibe prestación alguna), el carácter común de la vivienda y el propio interés de la hija; y la SAP de Zaragoza núm. 351 de 7 julio 2015 durante un plazo de tres años en atención a los escasos ingresos de los progenitores (muy inferiores en el caso de la madre), al carácter común de la vivienda y a la edad de las hijas (que no consta).

De esta doctrina jurisprudencial discrepa, sin embargo, BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 224, argumentando que los menores ingresos de uno de los progenitores puede posibilitarle el acceso a una vivienda de protección pública, acceso que podrá estar vedado al otro por tener mayores ingresos. Personalmente este argumento no me parece excesivamente sólido y más en un momento como el actual en que el acceso a las prestaciones sociales resulta muy complejo, por no decir prácticamente imposible. Junto a ello conviene no olvidar que, en todo caso, el derecho de uso de la vivienda familiar se configura en el CDFa como un derecho temporal y que, por añadidura, los órganos judiciales aragoneses han optado desde el primer momento por fijar plazos muy breves de duración, a fin de salvaguardar los intereses de ambas partes implicadas (vid. *infra* epígrafe II.5.B del trabajo).

³⁶ Según arguye BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010”, cit., pp. 222-224, cuya opinión comparto plenamente. De hecho, así se prevé expresamente en el art. 6.1 de la Ley valenciana 5/2011; e, igualmente, en el art. 12.4 Ley vasca 7/2015 y el art. 96.2.2 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal, pero, según matizan ambos textos normativos, “siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos”.

la vivienda a uno de los progenitores custodios, entre las que pueden mencionarse la SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 110 de 6 marzo 2014, núm. 375 de 29 julio 2014, núm. 167 de 8 abril 2014 y núm. 351 de 7 julio 2015.

b') El criterio del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario.

De no resultar aplicable el criterio de mayor dificultad objetiva de acceso a una vivienda, el Juez podrá decidir el destino de la vivienda -ya sea la atribución del uso a favor de uno o ambos progenitores o, incluso, su venta-, en función del “criterio del mejor interés para las relaciones familiares”, criterio que carece de precedentes en nuestro Ordenamiento Jurídico y que constituye claramente un concepto jurídico indeterminado, con los riesgos que ello implica³⁷. De este modo, el legislador adopta un criterio subsidiario muy genérico que confiere al Juez amplias facultades para resolver fundadamente sobre el destino de la vivienda familiar, atendiendo a la situación existente en el momento de la ruptura³⁸.

Así, es posible identificar un primer grupo de resoluciones que atribuyen el uso de la vivienda familiar a sólo uno de los progenitores custodios, en aras de la estabilidad y acomodación de los hijos al sistema de custodia compartida, identificando así el mejor interés de las relaciones familiares con el interés prevalente del menor (STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 y SAP de Zaragoza núm. 629 de 20 diciembre 2013).

Es más, la amplitud de la previsión legal parece posibilitar al Juez acordar la atribución del uso alterno de la vivienda a ambos progenitores, fórmula que en la práctica han adoptado algunas resoluciones judiciales, tales como la SAP de Teruel núm. 12 de 5 marzo 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 605 de 14 noviembre 2011, núm. 334 de 8 julio 2014 y núm. 332 de 30 junio 2015³⁹. Rechaza, sin embargo, esta modalidad de uso la SAP de Zaragoza

³⁷ Tal y como sostuve en otro lugar: AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés*, cit., p. 185. Comparto así la opinión de BALDA MEDARDE, M.J., “La vivienda familiar en la Ley 2/2010”, cit., p. 225, según la cual hubiera sido preferible la remisión de criterios ya acuñados jurídicamente, tales como “el núcleo familiar más necesitado de protección o el interés del menor”.

Prescinden, sin embargo, de fijar un criterio subsidiario de atribución tanto las legislaciones catalana, valenciana y vasca como la proyectada reforma del art. 96 CC.

³⁸ Según afirma MOLINS GARCIA-ATANCE, E.: “La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho foral de Aragón”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, p. 334.

³⁹ Posibilidad ésta que contemplan expresamente el CCC en su art. 233-20 *in fine* -siempre que medie el acuerdo de los progenitores- y la Ley vasca 7/2015 en su art. 12.4, así como el art. 96 CC en su redacción dada por el art. 8 CC del Anteproyecto estatal.

núm. 532 de 10 diciembre 2014, para mantener el uso inicialmente atribuido a la madre en un pacto de relaciones familiares, en aras del interés del menor, “perfectamente adoptado al actual sistema” y de la propia eficacia de la custodia compartida fijada, aparte de considerarlo posible fuente de conflictos entre los progenitores.

Por último, el examen de la jurisprudencia revela que sólo muy excepcionalmente los órganos judiciales hacen uso de la facultad que les atribuye el art. 81.4 CDFA, para renunciar a atribuir el uso de la vivienda familiar a uno o ambos progenitores y, en su lugar, autorizar su venta. Puede citarse a este respecto la SAP de Zaragoza núm. 156 de 31 marzo 2015 que acuerda la custodia compartida y deniega el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores, para, en su lugar, autorizar su venta, en atención a los importantes gravámenes que soportan ambos y, en especial la madre custodia, quien, por añadidura, no necesita la vivienda familiar, al disponer de otra heredada de su hermana, el pago de cuya hipoteca ha sido asumido por sus padres.

b) Criterios de atribución en la custodia individual (art. 81.2 CDFA).

Para el caso de custodia individual, dos son, de nuevo, los criterios a los que debe atender el Juez a fin de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 81.2 CDFA). Como criterio preferente, se opta por “el de atribución del uso al progenitor custodio”⁴⁰; y, de modo subsidiario, por el novedoso criterio de atribución al progenitor no custodio fundado en “el mejor interés para las relaciones familiares”, que, como se ha indicado, concede un amplio arbitrio judicial⁴¹.

a’) El criterio de atribución del uso al progenitor custodio como criterio preferente.

⁴⁰ Criterio que viene a coincidir con el previsto en el vigente art. 9.1 CC, en el art. 233-20.2 CCC y en el art. 12.2 Ley vasca 7/2015. Discrepan, no obstante, de este planteamiento el art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 para aplicar los mismos criterios de atribución que en la custodia compartida, esto es, “el del interés superior del menor” y, siempre que sea compatible con éste, “el de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para acceder a la vivienda”. Por su parte, el art. 96.2 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal prescinde el criterio de atribución del uso al progenitor custodio, para atender novedosa y exclusivamente al “interés de los hijos”.

⁴¹ El art. 12.3 Ley vasca 7/2015 fija subsidiariamente el criterio de atribución al progenitor no custodio con mayores dificultades objetivas de acceso a la vivienda; por un criterio similar, el de “el cónyuge más necesitado”, optan el art. 233-20.4 CCC y el art. 96.2.3 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal. Ahora bien, todos estos preceptos supeditan la aplicación de este criterio subsidiario a que el progenitor custodio tenga medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.

El examen de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales aragoneses, en los casos que optan por el régimen de custodia individual, en su inmensa mayoría siguen atribuyendo automáticamente el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio -no necesariamente la madre-. De entre todas ellas, interesa reseñar la STSJ de Aragón de 18 julio 2014 y, en la jurisprudencia menor, la SAP de Zaragoza núm. 137 de 13 marzo 2013. La STSJ de Aragón de 18 julio 2014 mantiene en el uso de la vivienda familiar -privativa del padre- a la madre custodia e hijo mayor que, aquejado de síndrome de Down, ha sido incapacitado judicialmente con la consiguiente rehabilitación de la autoridad familiar a favor de ambos progenitores, si bien limita la duración de tal derecho de uso a un plazo de cinco años. Y es que, a juicio del Tribunal Superior, en el caso de autos resulta de aplicación el principio general del art. 81.2 CDFFA de atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tiene atribuida la custodia de los hijos, “que por definición [...] se refiere a la de los menores o incapacitados”⁴². Por su parte, la SAP de Zaragoza núm.

⁴² Según puede leerse en la propia STSJ de Aragón reseñada en texto, el padre partía de la premisa de la existencia una situación de “custodia repartida” en la que el hijo incapacitado vive con la madre y el hijo de veintitrés años vive con su padre, defendiendo su asimilación al supuesto de “custodia compartida” contemplado en el artículo 81.1 CDFFA. El Tribunal Superior con buen criterio rechaza tal premisa y, por ende, su asimilación con la custodia compartida, dado que el hijo mayor no incapacitado, aunque carezca de independencia económica y por ello se haya ido a vivir con su padre, “no asimila su situación a la de persona sujeta a guarda y custodia”. Así pues, según puede leerse en la sentencia, “el único régimen de custodia a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar era el del hijo Faustino [incapacitado], a cargo de la madre, por lo que no puede ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 81.1, previsto para los casos de custodia compartida, sino el del artículo 81.2 para la custodia individual, en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar a quien le correspondía la custodia de los hijos, en este caso la del hijo Faustino”. A partir de ahí, el Tribunal Superior casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* (SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013) en el sentido de limitar a cinco años el uso de la vivienda adjudicado a la madre custodia e hijo. Interesa aclarar a este respecto que la sentencia recurrida en casación, SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013, denegó la pretensión del padre favorable al cese del uso de la vivienda por la madre e hijo incapacitado y, en su lugar, los mantuvo en su uso ilimitado, por considerar que “la carga que representa familiarmente la asistencia de tal tipo de personas justifica que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso, mientras el núcleo en el que conviva el menor no disponga de una mejor fortuna que permita prodigar al hijo un mayor bienestar del que dispone, por razones de elemental humanidad [...] pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente”. Por su parte, el Tribunal Superior (STSJ de Aragón de 18 julio 2014) confirma el fallo del Tribunal *a quo* favorable a mantener en el uso de la vivienda a la madre custodia e hijo, pero opta por limitarlo a cinco años en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.3 CDFFA, argumentando que “no puede justificarse esta medida [la atribución ilimitada del uso de la vivienda familiar] únicamente en las dificultades que este hijo tendrá para ser capaz de llevar una vida independiente, pues tal dificultad habrá de ser asociada a la necesidad de mantener durante todo ese tiempo la

137 de 13 marzo 2013, de modo muy discutible, decide prescindir del criterio subsidiario del mejor interés para las relaciones familiares para atribuir el uso de la vivienda familiar al padre custodio, pese a que éste es titular de una segunda vivienda (un apartamento), mientras la madre carece de otra vivienda y se encuentra en situación de desempleo sin derecho a prestación, si bien no deja de disponer de una amplia red familiar⁴³.

b') El criterio de atribución al progenitor no custodio en función del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario.

En cambio, son escasas las resoluciones judiciales que, habiendo acordado un régimen de custodia individual a favor de uno de los progenitores, excluyen la atribución del uso de la vivienda familiar a éste.

A partir de ahí, es posible identificar algunas resoluciones que acuden al criterio subsidiario de atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio “en función del mejor interés para las relaciones familiares”, tales como la SAP de Huesca núm. 140 de 30 junio 2014, la SAP de Teruel núm. 39 de 20 mayo 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 479 de 15 octubre 2013 y núm. 112 de 6 marzo 2014. En particular, la SAP de Huesca núm. 140 de 30 junio 2014 declara, a instancia de la madre, la disolución de la comunidad ordinaria que ambos progenitores ostentaban sobre la vivienda familiar, pero atribuye el uso de la vivienda familiar al padre no custodio hasta que no se proceda a su efectiva división en virtud de pública subasta, por considerar que “su interés es en este momento el más necesitado de

obligación de los padres de atender a todas las necesidades del hijo, lo que se traduce en obligaciones de cuidado y atención personal, y económicas”.

En la jurisprudencia menor participa del mismo planteamiento de la STSJ de Aragón la SAP de Zaragoza núm. 487 de 15 octubre 2013 que atribuye la custodia de un menor de cinco años aquejado de síndrome de Down, con el consiguiente el uso de la vivienda familiar durante diez años, plazo que estima “adecuado a las circunstancias familiares”.

⁴³ Junto a las sentencias reseñadas atribuyen el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio las SSAP de Huesca núm. 3 de 15 enero 2014, núm. 25 de 21 enero 2014, núm. 40 de 28 enero 2014, núm. 28 de 26 febrero 2014 y núm. 55 de 15 abril 2015, la SAP de Teruel núm. 10 de 25 febrero 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013, núm. 395 de 23 julio 2013, núm. 419 de 17 septiembre 2013, núm. 455 de 27 septiembre 2013, núm. 487 de 15 octubre 2013, núm. 520 de 6 noviembre 2013, núm. 519 de 26 noviembre 2013, núm. 556 de 26 noviembre 2013, núm. 578 de 3 diciembre 2013, núm. 598 de 12 diciembre 2013, núm. 44 de 5 febrero 2014, núm. 61 de 11 febrero 2014, núm. 100 de 25 febrero 2014, núm. 143 de 25 marzo 2014, núm. 207 de 7 mayo 2014, núm. 262 de 10 junio 2014, núm. 310 de 30 junio 2014, núm. 335 de 15 julio 2014, núm. 366 de 29 julio 2014, núm. 409 de 30 septiembre 2014, núm. 430 de 15 octubre 2014, núm. 101 de 11 marzo 2015, núm. 110 de 13 marzo 2015, núm. 113 de 13 marzo 2015, núm. 163 de 14 abril 2015, núm. 166 de 14 abril 2015, núm. 179 de 21 abril 2015, núm. 190 de 29 abril 2015, núm. 278 de 2 junio 2015, núm. 286 de 9 junio 2015, núm. 333 de 30 junio 2015, núm. 379 de 17 julio 2015 y núm. 408 de 28 julio 2015.

protección”. La SAP de Teruel núm. 39 de 20 mayo 2013 aplica la medida prevista en el art. 81.2 *in fine* CDFa para atribuir el uso de la vivienda a la madre no custodia durante dos años, en atención a sus escasas posibilidades económicas, unido a la circunstancia de que el hijo resida actualmente en compañía del padre custodio en la vivienda de la abuela paterna y a la propia intención del progenitor custodio de poner a la venta la vivienda familiar en caso de serle adjudicada. La SAP de Zaragoza núm. 479 de 15 octubre 2013 confirma el fallo de primera instancia favorable a atribuir el uso de la vivienda familiar al padre no custodio durante un año por haber cesado en el mismo la madre custodia. Por último, la SAP de Zaragoza núm. 112 de 6 marzo 2014 atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre no custodia, argumentando para ello que es de su titularidad privativa, mientras el padre custodio e hijo tienen sus necesidades de vivienda ya cubiertas.

Otras resoluciones, sin embargo, prescinden del criterio de atribución al progenitor no custodio previsto subsidiariamente en el art. 81.2 *in fine* CDFa, para en su lugar, ordenar ya sea su venta (SSAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012 y 352 de 7 julio 2015), su liquidación (SAP de Zaragoza núm. 531 de 12 noviembre 2013) o, incluso, mantener su alquiler a favor de un tercero (SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012), siempre que las necesidades de habitación de los hijos estén o puedan cubrirse de otro modo y, por añadidura, que el progenitor no custodio no acredite encontrarse en situación de necesidad.

Mención aparte merece la SAP de Huesca núm. 33 de 10 marzo 2015, confirmatoria del fallo de primera instancia que distribuye la custodia de los hijos menores entre los progenitores y atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de ellos. En concreto, atribuye la custodia individual de la hija de dieciséis años a la madre hasta que alcance su independencia económica o, en su defecto, hasta que cumpla veintiséis años, mientras la custodia individual del hijo de doce años la atribuye al padre. Esta decisión es, sin duda, singular, toda vez que se desvincula de la regla general contenida en el art. 80.4 CDFa que establece la imposibilidad de adopción por el Juez de un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos, sin que haga constar circunstancia alguna que justifique tal separación, según exige el mismo precepto. A partir de ahí, y como se ha indicado, se atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre y la hija, “por entender que es más beneficioso para los intereses de todo el grupo familiar”, pero sin acompañar esta afirmación de aparato argumentativo alguno, como hubiera sido deseable⁴⁴.

⁴⁴ Esta hipótesis, silenciada por el legislador aragonés, sin embargo ha sido contemplada por el art. 96.2.1 *in fine* CC en su redacción dada por el Anteproyecto estatal.

c) Criterios de atribución en la ruptura de la convivencia sin hijos a cargo: La solución de los Tribunales aragoneses.

Como se ha indicado *ab initio*, ha sido opción del legislador aragonés abordar exclusivamente los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo, prescindiendo así de los supuestos de ruptura de las parejas sin hijos o con hijos mayores independientes económicamente. De este modo, y en lo que aquí interesa, queda sin resolver la cuestión atinente a la posible atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente a quien no pertenece en exclusiva aquella, bien por tener carácter consorcial o indiviso, bien por ser propiedad privativa del otro. Obviamente, nada impide a la pareja llegar a un acuerdo sobre este extremo en virtud del pacto de relaciones familiares, habida cuenta los amplios términos en que se expresa el art. 77.2.d CDFA. Pero en defecto de acuerdo, el art. 81 CDFA se centra en resolver el destino de la vivienda familiar cuando hay hijos a cargo, renunciando así a contemplar la situación descrita no por ello menos conflictiva, como revela el examen de la jurisprudencia. En efecto, habiéndose planteado el problema en la práctica en no pocas ocasiones, ante esta laguna legal han sido los órganos judiciales aragoneses los que han debido articular una solución al respecto, acudiendo para ello a la aplicación supletoria del art. 96.3 Cc⁴⁵, a que da entrada el art. 1.2 CDFA. Así, con base en dicho precepto, numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, ha procedido a atribuir el uso temporal de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente cuyo interés resulte más necesitado e protección, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, si bien, como regla, por plazos muy breves⁴⁶.

⁴⁵ Nótese que en la redacción dada al art. 96.2.3 *in fine* CC por el Anteproyecto estatal, este criterio se sustituye por “el de mayor dificultad objetiva de acceso a la vivienda”, similar que no idéntico.

⁴⁶ Pueden citarse a título de ejemplo las SSAP de Zaragoza núm. 573 de 3 diciembre 2013, núm. 161 de 31 marzo 2014, núm. 506 de 25 noviembre 2014, núm. 554 de 16 diciembre 2014, núm. 586 de 19 diciembre 2014, núm. 6 de 20 enero 2015, núm. 118 de 17 marzo 2015, núm. 292 de 9 junio 2015, núm. 185 de 21 abril 2015, núm. 300 de 16 de junio de 2015, núm. 381 de 17 julio 2015 y núm. 434 de 15 septiembre 2015.

En concreto, la SAP de Zaragoza núm. 573 de 3 diciembre 2013, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, atribuye a la mujer el uso de la vivienda familiar (consorcial) durante tres años en atención a su peor situación económica. la SAP de Zaragoza núm. 161 de 31 marzo 2014, en el divorcio de un matrimonio con una hija mayor independizada, atribuye el uso de la vivienda familiar a la mujer durante nueve meses, ya que, aunque ambos tienen ingresos similares y sus necesidades son semejantes dada su condición de discapacitados, el marido tiene cubierto su alojamiento con su madre. La SAP de Zaragoza núm. 506 de 25 noviembre 2014 revoca el fallo de primera instancia favorable a atribuir el uso alterno de la vivienda a un matrimonio con hijos mayores de edad durante un plazo máximo de dos años (salvo que antes se proceda a su venta), para atribuir, en su lugar, su uso a la mujer durante el mismo lapso temporal, en atención a su dedicación al cuidado del hogar y los hijos durante los treinta años de matrimonio, sus escasos ingresos y su falta de cualificación laboral. La SAP de Zaragoza núm. 554 de 16 diciembre 2014, en el divorcio de un

Rechazan, sin embargo, la atribución a la mujer del uso de la vivienda familiar (privativa del marido) las SSAP de Zaragoza núm. 179 de 15 abril 2014 y núm. 438 de 15 septiembre 2015, no habiéndose acreditado circunstancia alguna que aconseje que el uso de la vivienda le sea concedido a aquella ni

matrimonio sin hijos, atribuye el uso de la vivienda familiar (privativa del marido) durante un año a la mujer por carecer de trabajo e ingresos. Muy discutible, la SAP de Zaragoza núm. 586 de 19 diciembre 2014, en el divorcio de un matrimonio con una hija mayor de edad, atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) al marido durante dos años, atendiendo fundamentalmente a la circunstancia de que la mujer tiene cubiertas sus necesidades de vivienda, aunque no deje que reconocer que los ingresos mensuales del marido son muy superiores (3323 euros frente a los 770 euros de la mujer). La SAP de Zaragoza núm. 6 de 20 enero 2015, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, asigna el uso de la vivienda familiar al marido durante dos años por considerar su interés más necesitado de protección, dada su situación declarada de discapacidad física del 79% y dependencia severa; ello sin perjuicio de reconocer a la esposa una pensión compensatoria, atendiendo, entre otras circunstancias, a la depresión grave que padece y su escasa capacidad económica. La SAP de Zaragoza núm. 118 de 17 marzo 2015 en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores independientes atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) a la mujer durante un año en atención a su situación de desempleo, agravada por la enfermedad psíquica que padece. La SAP de Zaragoza núm. 185 de 21 abril 2015 en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores independientes, atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) al marido durante dieciocho meses, por no resultar acreditado que tenga cubiertas sus necesidades de vivienda, a pesar de que -y aquí viene lo discutible- es copropietario de un importante patrimonio que incluye diferentes inmuebles y, entre ellos, otra vivienda distinta a la familiar y sus ingresos son muy superiores a los de su exmujer a la que no se reconoce, en cambio, una pensión compensatoria. La SAP de Zaragoza núm. 292 de 9 junio 2015, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar copropiedad del cónyuge y de un hijo no común durante un plazo de dos años, “sin perjuicio de los derechos del tercer copropietario del inmueble, en cuanto al ejercicio de las oportunas acciones dirigidas a cesar la situación de condominio o cualesquiera otras derivadas de su condición de copropietario”. Con mayor desarrollo argumentativo, la SAP de Zaragoza núm. 300 de 16 junio 2015, en un matrimonio inicialmente separado que ahora solicita el divorcio y con un hijo ya mayor de edad e independiente económicamente, decide mantener en el uso de la vivienda familiar (consorcial) a la mujer -inicial usuaria en su condición de custodia del hijo entonces menor-, si bien sólo durante seis meses, lo que se encuentra plenamente justificado, ya que “no habiéndose acreditado una necesidad más acuciante en uno u otro litigante lo más adecuado sería proceder a una pronta y eficaz liquidación de la misma, e incluso alcanzar ambos un acuerdo de extinción del condominio mediante su adjudicación a uno de ellos, con la correspondiente compensación al otro o mediante su venta a un tercero, para liquidar las deudas pendientes y solventar sus necesidades de vivienda respectivas”. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 381 de 17 julio 2015, en el divorcio de un matrimonio con un hijo mayor independiente, atribuye a la mujer durante un año el uso de la vivienda familiar cuya titularidad corresponde a una sociedad de responsabilidad limitada “de la que se ha nutrido y vivido la familia” y a la que en su momento traspasaron el patrimonio de su pertenencia. Por último, la SAP de Zaragoza núm. 434 de 15 septiembre 2015, en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores, uno independiente económicamente y otro no, atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) a la esposa durante cuatro años habida cuenta de su edad (cincuenta y ocho años) y su carencia de trabajo.

que su interés sea el más necesitado de protección, en defecto de hijos. Del mismo planteamiento contrario a la atribución del uso a uno de los cónyuges participa la Audiencia Provincial de Teruel en las dos ocasiones que ha debido pronunciarse sobre el particular. En concreto, la SAP de Teruel núm. 42 de 11 junio 2014 declara la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar (consorcial) atribuido en su momento a la mujer e hijos por haber éstos alcanzado la mayoría de edad e independencia económica -lo que implica una modificación esencial de circunstancias-, sin que puede apreciarse la existencia de un interés más necesitado de protección que justifique su prórroga a favor de la exesposa ni siquiera la fijación de un régimen compartido de uso por años a favor de los excónyuges, como pretende el juzgador de primera instancia. Por su parte, la SAP de Teruel núm. 58 de 15 octubre 2014, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, deniega la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) pretendida por cada cónyuge, por considerar que “tienen una situación equilibrada en lo económico” y, por ende, no puede hablarse de interés más necesitado de protección que, como se ha indicado, constituye el criterio a atender a fin de atribuir el uso a uno de los cónyuges en el caso de que no tengan hijos a cargo. Por último, también se pronuncia en sentido denegatorio la Audiencia Provincial de Huesca en su Sentencia núm. 174 de 26 septiembre 2013, en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores independientes, habida cuenta de la situación económica similar de ambos excónyuges y el carácter privativo de la hasta entonces vivienda familiar.

B) Limitación temporal del uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFA).

En Derecho aragonés, tal y como resulta del art. 81.3 CDFA, el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional en todo caso⁴⁷.

De este modo, el CDFA se desvincula del régimen previsto en el art. 96 CC en su redacción actual donde no se contempla la fijación de un límite temporal del uso de la vivienda familiar, con la salvedad de su párr. 3º relativo a la atribución del uso en defecto de hijos menores⁴⁸. Por añadidura,

⁴⁷ Asimismo, atribuyen carácter temporal al derecho el uso de la vivienda familiar el art. 233-20.5 CCC, el art. 6.3 Ley valenciana 5/2011, el art. 12.4 Ley vasca 7/2015 y el art. 96.3 CC en su redacción dada por el art. 8 Anteproyecto estatal. No obstante, las leyes catalana y valenciana, al igual que la aragonesa, dejan su fijación al arbitrio judicial. En cambio, la ley vasca y el proyectado art. 96.3 CC fijan un plazo legal máximo de dos años, salvo, según prevé éste último, antes cese la obligación de alimentos o se liquide la vivienda.

⁴⁸ No obstante, en la nueva redacción dada al art. 96.3 CC por el art. 8 Anteproyecto estatal, este derecho pasa a convertirse en temporal, quedando sujeto a los siguientes límites legales: de atribuirse el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, hasta que tenga la

dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 9 mayo 2007, de 3 diciembre 2008, de 1 de abril 2011, de 14 abril 2011, de 21 junio 2011, de 13 julio 2012 y de 2 junio 2014) en el sentido de excluir las limitaciones temporales del uso que puedan afectar a los hijos menores de edad⁴⁹. Con todo, interesa señalar que desde hace un tiempo el Tribunal Supremo ha flexibilizado esta doctrina, posibilitando la limitación del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos menores de edad, siempre que éstos tengan a su disposición otra vivienda distinta a la familiar y, por ende, solventadas sus necesidades de habitación (SSTs de 17 junio 2013 y 22 julio 2015)⁵⁰.

En cambio, en Derecho aragonés, y conforme a lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores

obligación de prestar alimentos a sus hijos o se liquide la vivienda: y en los demás casos, de dos años. Atribuyen, asimismo, carácter temporal al uso de la vivienda familiar el art. 233-20.5 CCC y el art. 6.3 Ley valenciana 5/2011, dejando, no obstante su concreta determinación al arbitrio judicial, en coincidencia con el CDFA.

⁴⁹ Sirva de ejemplo la STS de 14 abril 2011, en cuyo FJ 2º se puede leer la siguiente declaración: “esta norma [art. 96.1 CC] no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”.

⁵⁰ STS de 17 junio 2013 (FJ 1º): “Mantener durante tres años al hijo y a su madre en esta vivienda para pasar luego a la otra en modo alguno vulnera ni el interés del menor (próximo a cumplir la mayoría de edad cuando concluya el periodo), ni mucho menos la jurisprudencia que se dice infringida y que está amparada en una situación distinta en la que la limitación del uso puede dejar al hijo menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento, lo que no ocurre en este caso en que esta limitación temporal se complementa con la atribución de otro domicilio a partir del tercer año en que se dicta la sentencia”. Esta sentencia ha sido analizada por MORENO VELASCO V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, núm. 5843, 2012.

STS de 22 julio 2015 (FJ 3º): “el tema litigioso carece de interés casacional, dado que no se viola en la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial, dado que la atribución de la vivienda familiar a los menores y a su madre custodia, por tiempo determinado, tiene como causa la próxima disponibilidad de la vivienda que la madre tiene en propiedad y actualmente arrendada pero con contrato próximo a expirar [...] No procede aceptar la tesis del Ministerio Fiscal en orden a la aplicación de la doctrina de esta Sala, emanada de las sentencias de 14 de abril de 2011 y 2 de junio de 2014, pues se refiere a casos diferentes en los que los menores no tenían a su disposición más vivienda que la familiar y sin embargo la Audiencia Provincial les limitaba temporal e indebidamente el uso de la vivienda familiar”.

debe tener necesariamente una limitación temporal que, a falta de acuerdo entre ambos, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

Esta opción del legislador aragonés de limitar el uso temporal de la vivienda se justifica, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (SSTSJ de Aragón de 4 enero 2013 y de 21 octubre 2014) en la necesidad de eludir conflictos entre los progenitores, así de como de no lesionar el interés del progenitor no usuario si es propietario o copropietario de la vivienda. Comparte la misma argumentación, si bien con mayor desarrollo argumentativo, la jurisprudencia menor, como se desprende, entre otras, de la siguiente declaración contenida en la SAP de Zaragoza núm. 299 de 16 junio 2015: “el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso limitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza, además de que puede lesionar los intereses del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el apartado tercero de ese mismo artículo se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”⁵¹.

Es más, interesa señalar que esta exigencia de limitación temporal ha sido objeto de aplicación retroactiva por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con base en la Disposición Transitoria 6ª.1 CDFR, en el sentido de apreciarla como circunstancia relevante a los efectos de modificar aquellas atribuciones ilimitadas del uso de la vivienda familiar adoptadas en convenios reguladores o sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley aragonesa 2/2010. De este modo, las sentencias examinadas, aunque mantienen en el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio y a los hijos, una vez alcanzada éstos la mayoría de edad -que no la independencia económica-, optan por fijar un límite temporal al mismo, modificando así el tenor del correspondiente convenio regulador o medida judicial, donde no se fijaba límite alguno (STSJ de Aragón de 11 junio 2014) o, en su caso, se acordaba un límite incierto, tales como el cese de la convivencia o independencia económica de los hijos (SSTSJ de Aragón de 21 octubre 2014 y de 15 febrero 2015). Ulteriormente esta doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia menor, como resulta de la lectura de las SSAP de Zaragoza núm. 109 de 13 marzo 2015 y núm. 392 de 28 julio 2015.

⁵¹ Se pronuncian en términos similares, entre otras, las SSAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012, núm. 314 de 18 junio 2013 y núm. 363 de 22 julio 2014.

Por lo demás, tal previsión legal ha sido interpretada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 4 enero 2013, en el sentido de que requiere el señalamiento de un plazo, dada la necesidad de certeza al respecto que conviene a ambas partes: por un lado, al favorecido con la atribución del uso, que de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones cuando llegue el momento de cesar en el mismo, tal como la búsqueda de otro alojamiento o la evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si es cotitular del inmueble; y por otro, al que se ve privado por el uso, que no sólo podrá ponderar las posibilidades de adjudicárselo, sino que sabrá con certeza a partir de cuándo podrá venderlo libre de esa carga. Adviértase que en el caso concreto el juzgador de instancia había limitado el uso de la vivienda familiar por un plazo de nueve años, a computar desde el día siguiente al que la menor de los tres hijos comunes cumpliera catorce años, transcurrido el cual cualquiera de las partes podría instar demanda de modificación de medidas para evaluar la posibilidad de prórroga del uso, cambio o destino a dar a la vivienda familiar. Es concretamente este último inciso el que suprime el Tribunal Superior, por considerar que deja en la indefinición el límite temporal requerido legalmente, lo que le lleva a calificarlo de innecesario y perturbador.

No puede sino destacarse la importancia de esta sentencia del Tribunal Superior, ya que sienta doctrina sobre una cuestión que venía siendo resuelta por las Audiencias Provinciales (al menos en algunas sentencias) de modo muy incierto o indefinido. Así, podemos citar, a título de ejemplo, la SAP de Zaragoza núm. 126 de 13 marzo 2012 que atribuyó el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio hasta que se procediese a la liquidación del consorcio conyugal⁵²; o la SAP de Zaragoza núm. 154 de 20 marzo 2012 que lo atribuyó, igualmente, al progenitor custodio hasta que “en su caso, se produzca la subasta judicial del inmueble”⁵³. Posteriormente esta doctrina del Tribunal Superior se ha visto confirmada por sus sentencias de 21 octubre 2014 y de 17 febrero 2015.

En cualquier caso, y como ya se ha apuntado, en defecto de acuerdo de los progenitores, y en ausencia de previsión legal al respecto, la fijación del plazo es función exclusiva de los Tribunales de instancia, sin que sea revisable en casación, salvo que se revele absolutamente infundada o arbitraria, según

⁵² Posteriores en el tiempo, la SAP de Huesca núm. 184 de 24 octubre 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 419 de 17 septiembre 2013, núm. 455 de 27 septiembre 2013, núm. 578 de 3 diciembre 2013 y núm. 119 de 17 marzo 2015 prescinden de esta doctrina del TSJA para seguir acudiendo a la liquidación del régimen consorcial como *dies ad quem* del derecho de uso de la vivienda familiar reconocido a la mujer e hijos en todos los supuestos.

⁵³ Circunstancia ésta ya advertida por BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010”, cit., p. 228.

declara el Tribunal Superior de Justicia en jurisprudencia reiterada (SSTSJ de Aragón de 7 de febrero de 2013, de 11 julio 2013, de 18 julio 2014 y de 4 febrero 2015).

Así las cosas, el examen de la jurisprudencia revela que no existe un criterio jurisprudencial uniforme en orden al límite temporal del uso de la vivienda familiar. En efecto, encontramos desde algunas sentencias -las menos- que extienden el uso de la vivienda familiar a la mayoría de edad de los hijos⁵⁴ -o, incluso, hasta su independencia económica, situación ésta que se revela demasiado imprecisa-⁵⁵ hasta otras que prescinden de esta circunstancia -a mi juicio, determinante- para fijar lapsos temporales más breves, entre uno a siete años⁵⁶, lo que habitualmente -que no siempre, como sería deseable-

⁵⁴ SAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014 y SSAP de Zaragoza núm. 108 de 28 febrero 2012, núm. 285 de 22 mayo 2012, núm. 586 de 15 octubre 2013, núm. 520 de 6 noviembre 2013, núm. 556 de 26 noviembre 2013, núm. 88 de 25 febrero 2014, núm. 49 de 10 febrero 2015 -siempre que antes no se proceda a la liquidación efectiva del régimen consorcial, adjudicándose la vivienda familiar a uno de los litigantes o a un tercero-, núm. 166 de 14 abril 2015, núm. 179 de 21 abril 2015, núm. 278 de 2 junio 2015, núm. 332 de 30 junio 2015.

⁵⁵ SSAP de Huesca núm. 259 de 20 diciembre 2012 y núm. 33 de 10 marzo 2015, SAP de Teruel de 28 marzo 2012 y SSAP de Zaragoza núm. 158 de 19 marzo 2013, núm. 163 de 26 marzo 2013 y núm. 191 de 15 abril 2014. Más precisas y partiendo de que “es preceptiva la limitación temporal”, las SSAP de Huesca núm. 147 de 10 julio 2014 y núm. 55 15 abril 2015 atribuyen el uso de la vivienda familiar a la madre custodia e hija hasta que ésta cumpla veintiséis años, fecha ésta en que, como recuerda la propia Audiencia, se extingue el deber de sufragar los gastos de crianza y educación *ex art.* 69 CDFa.

⁵⁶ Fijan el plazo de un año las SSAP de Huesca de 29 febrero 2012 y de 4 julio 2013, y las SSAP de Zaragoza núm. 101 de 11 marzo 2015 y núm. 113 de 13 marzo 2015; núm. 143 de 25 marzo 2014; el plazo de dos años, la SAP de Teruel de 20 mayo 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013, núm. 375 de 29 julio 2014 y núm. 456 de 22 octubre 2014 -salvo que antes se proceda a su venta acordada en el pacto de relaciones familiares-; el plazo de tres años la STSJ de Aragón de 30 abril 2013, la SAP de Zaragoza núm. 627 de 20 diciembre 2013 y núm. 629 de 20 diciembre 2013, la SAP de Teruel núm. 12 de 31 marzo 2015 y las SSAP de Zaragoza núm. 113 de 13 marzo 2015, núm. 163 de 14 abril 2015 y núm. 336 de 30 junio 2015; el plazo de cuatro años, las SSAP de Zaragoza núm. 395 de 10 julio 2012, núm. 39 de 24 marzo 2015, núm. 299 de 16 junio 2015 y núm. 351 de 7 julio 2015; el plazo de cinco años la SAP de Huesca de 17 diciembre 2012 -confirmada por la STSJ de Aragón de 11 julio 2013- y las SSAP de Zaragoza núm. 70 de 12 febrero de 2013, núm.119 de 6 marzo 2013, núm. 299 de 11 junio 2013, núm. 558 de 26 noviembre 2013, núm. 40 de 28 enero 2014 -calificando este plazo de adecuado para satisfacer el interés de los hijos menores-, núm. 61 de 11 febrero 2014, núm. 132 de 18 marzo 2014, núm. 167 de 8 abril 2014, núm. 262 de 10 junio 2014, núm. 335 de 15 julio 2014, núm. 286 de 9 junio 2015 y núm. 333 de 30 junio 2015; el plazo de seis años, las SSAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012, núm. 314 de 18 junio 2013 y núm. 59 de 17 febrero 2015; y el plazo de siete años, las SSAP de Zaragoza núm. 90 de 19 febrero 2013 y núm. 272 de 28 mayo 2013.

viene acompañado de un examen detallado de las concretas circunstancias familiares a fin de justificar el límite acordado en cada caso.

Sirva de ejemplo la STSJ de Aragón de 7 febrero 2013 que confirma el criterio de la sentencia dictada en apelación de limitar el uso de la vivienda familiar por la madre custodia al plazo de un año por ser privativa del otro progenitor -que ha sufrido una importante reducción de ingresos- y estar gravada por una importante hipoteca, mientras la madre dispone de otra vivienda privativa que tiene alquilada. En la jurisprudencia menor interesa destacar la SAP de Zaragoza núm. 285 de 22 mayo 2012 que atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre custodia hasta la mayoría de edad de la hija, atendiendo a la circunstancia de que el padre es propietario de otro piso y que es necesario evitar más cambios a una menor de once años que ha pasado por un proceso penal contra su padre, por un divorcio muy conflictivo de sus progenitores y por el fallecimiento de su hermano; la SAP núm. 3 de Huesca de 15 enero 2014 que, igualmente, atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre custodia e hija, pero por un plazo muy breve -medio año: fecha del cese del arrendamiento del piso en que reside el padre-, en atención al carácter privativo de aquélla, la asunción por el padre de todos los gastos de la vivienda y, ante todo, el hecho de que la vivienda sea utilizada también por los tres hijos de la actora y de su actual pareja; y la SAP de Zaragoza núm. 287 de 9 junio de 2015 que desestima la demanda de modificación de medidas formulada por el padre, ratificando tanto la custodia individual de la madre como el uso de la vivienda familiar (consorcial) por ésta y sus hijos durante un plazo seis años, atendiendo a la edad de los hijos -de diecisiete, dieciséis y catorce años respectivamente-, a los escasos medios económicos de la madre, así como a la circunstancia de que la vivienda está físicamente unida a otra propiedad del padre de la demandada, de manera que para proceder a su venta, como pretende el demandante, habría que proceder a su separación material, con pérdida de las mejoras incorporadas, cuando dicha unión se verificó durante el matrimonio y en dicha separación y venta se vería afectado un tercero⁵⁷.

Ciertamente, la fijación por los órganos judiciales de estos límites temporales al uso de la vivienda familiar puede tacharse *a priori* de muy restrictiva con el dato añadido de que el CDFFA no prevé su posible prórroga⁵⁸, pero, en

⁵⁷ Entre las sentencias que ofrecen un examen riguroso de las circunstancias familiares al objeto de fijar el límite temporal del derecho de uso de la vivienda familiar interesa destacar la SAP de Huesca núm. 20 de 31 enero 2012, la SAP de Teruel de 20 mayo 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012, núm. 70 de 12 de febrero de 2013, núm. 278 de 2 junio 2015 y núm. 335 de 15 julio 2015.

⁵⁸ Lo que, sin duda, hubiese sido deseable, como señala BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010...”, cit., p. 228. De hecho, así se regula expresamente en

ningún caso, deja sin efecto el contenido del deber de crianza y educación de los hijos menores que corresponde a los progenitores, en el que se incardina su derecho de habitación a tenor de lo dispuesto en el art. 65.1.b CDFA. Por el contrario, la lectura de las sentencias revela una preocupación constante de los órganos judiciales por garantizar el derecho de habitación de los hijos. Así, en no pocas ocasiones el cese del uso de la vivienda familiar durante la minoría de edad de los hijos va acompañado de un correlativo incremento de la pensión de alimentos a satisfacer a éstos. Puede citarse a este respecto la SAP de Zaragoza núm. 109 de 28 febrero 2012 que, aunque priva del uso de la vivienda familiar atribuido mediante pacto de relaciones familiares a la madre custodia e hija menor, por llevar más de siete años sin hacer uso de la misma, incrementa el montante de la pensión de alimentos de la hija a satisfacer por el progenitor no custodio; la SAP de Zaragoza núm. 568 de 26 noviembre 2013 que, asimismo, deja sin efecto la atribución en su momento del uso de la vivienda familiar (privativa del excónyuge) a la madre custodia, por haber pasado ésta a residir en otro domicilio con su nueva pareja, incrementa el importe de la pensión de alimentos a pagar por el progenitor no custodio; la SAP de Zaragoza núm. 212 de 7 mayo 2014 que supedita el cese de la atribución de la vivienda familiar (privativa del excónyuge) a la madre custodia e hijo menor a que el padre haga efectivo el incremento de la actual pensión de alimentos, argumentando para ello la necesidad de dotar al menor de una vivienda digna; o la SAP de Zaragoza núm. 375 de 29 julio 2014 que en una custodia compartida atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre e hijos menores durante dos años, transcurridos los cuales y siempre que la madre siga en situación de desempleo, la contribución del padre a los gastos de asistencia a los hijos se elevará de 130 a 200 euros por hijo, ya que la madre “habrá de acudir al alquiler de una vivienda, con la carga económica que ha de suponer”.

En cualquier caso, el vencimiento del plazo fijado conlleva la extinción automática de la atribución del uso de la vivienda familiar, sin posibilidad de prórroga, a fin de que su titular o titulares (si son ambos) puedan decidir acerca del destino de la vivienda familiar⁵⁹. A partir, la lectura de la jurisprudencia revela la falta de un criterio uniforme por parte de los órganos judiciales aragoneses a la hora de definir la situación posesoria del progenitor hasta ahora usuario. Así, no puede negarse que buena parte de las sentencias consultadas coinciden en ordenar el inmediato desalojo de la vivienda familiar (ya sea común o privativa del otro progenitor) por parte del

el art. 233-20.5 CCC, art. 12.5 Ley vasca 7/2015 y art. 96.3 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal.

⁵⁹ Contemplan expresamente como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar el transcurso del plazo para el que ha sido establecido el art. 223-24.d CCC y el art. 12.11.f Ley 7/2015.

progenitor hasta entonces usuario, una vez que cesa el uso que le ha sido asignado -so pena de quedar en precario de ser privativa del otro, como matiza la SAP de Zaragoza núm. 94 de 24 marzo 2015-⁶⁰. Sin embargo, es posible identificar una línea jurisprudencial que matiza esta doctrina para el caso de que la vivienda familiar pertenezca en pro indiviso a ambos progenitores, en el sentido de denegar el desalojo en el momento que fine su derecho familiar de uso, habida cuenta del derecho de copropiedad que ampara su posesión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 CC⁶¹.

C) Atribución del uso de la vivienda familiar y distribución de los gastos.

Como es obvio, cuando la vivienda familiar sea de titularidad conjunta de los progenitores (bien con carácter consorcial o en régimen de pro indiviso), la aplicación de los criterios del art. 81 CDFa determina la privación del uso a uno de los progenitores durante todo el tiempo que se mantenga la medida, salvo que excepcionalmente el Juez decida acordar la atribución del uso alterno a ambos (lo que no es habitual en la práctica). Lo mismo sucederá en caso de que la vivienda sea privativa de uno sólo de los cónyuges o convivientes y se atribuya su uso al otro.

Ello obliga a dilucidar a quién corresponde el pago de los gastos que genere la vivienda familiar mientras se mantenga tal uso. Habiendo sido esta cuestión silenciada por el legislador aragonés -lo que hubiera sido muy oportuno-, han sido los órganos judiciales los que se han ocupado de fijar unas pautas al respecto, distinguiendo a tal efecto entre los gastos derivados

⁶⁰ Junto a la sentencia mencionada en texto, pueden mencionarse las SSAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013, núm. 435 de 24 septiembre 2013, núm. 479 de 15 octubre 2013, núm. 486 de 15 octubre 2013, núm. 447 de 27 septiembre 2013, núm. 486 de 15 octubre 2013, núm. 501 de 29 octubre 2013, núm. 430 de 15 octubre 2015, núm. 328 de 30 junio 2105 y núm. 360 de 14 julio 2015.

⁶¹ Así, la SAP de Zaragoza núm. 363 de 22 julio 2014 se expresa en los siguientes términos: “tratándose de bienes en comunidad o copropiedad, en los que, por más que haya cesado el uso atribuido a uno, ambos titulares tienen el derecho de propiedad sobre la cosa, el art. 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, disponiendo de ellas conforme a su destino y sin perjudicar el interés de la comunidad, ni impedir a los copartícipes utilizarlas según su derecho. Esto es, los jueces y tribunales que conocen el Derecho de familia se limitan a adoptar las medidas que el mismo prevé, una de ellas la referida al uso de la vivienda familiar (art. 81 CDFa y 96 CC), pero el que se haga uso de ella una vez finalizado el tiempo por el que se atribuyó no está amparado por esta regulación, debiendo las partes acudir a las acciones previstas en la normativa propia del régimen de comunidad que ofrece posibilidades varias –una de las cuales podrá ser la puesta de la vivienda en alquiler al que prenda seguir en su uso-”. Recogen la misma doctrina las SSAP núm. 33 de 28 enero 2014 y núm. 406 de 30 septiembre 2014.

de la titularidad de la vivienda y los generados por su uso⁶². Así, las sentencias consultadas coinciden en afirmar que los gastos derivados de la titularidad de la vivienda (tales como gastos de hipoteca, derramas extraordinarias, seguros o IBI) seguirán siendo a cargo del progenitor o progenitores titulares de la vivienda -en este último caso en proporción a sus respectivos porcentajes en la titularidad dominical: SAP de Zaragoza núm. 331 de 8 julio 2014-, independientemente de cuál de los dos se haya atribuido su uso. En cambio, y como resulta lógico, los gastos derivados del uso de la vivienda (tales como los gastos de comunidad ordinaria y los relativos a suministros) serán a cargo exclusivamente del progenitor a quien se haya atribuido tal uso⁶³.

D) La posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar (art. 81.4 CDFFA).

Una previsión singular del Derecho civil aragonés radica en la facultad atribuida al Juez de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar, siempre que concurren los dos siguientes presupuestos:

⁶² Pueden mencionarse a este respecto, entre otras, la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011, las SSAP de Huesca núm. 259 de 20 diciembre 2012 y núm. 55 de 15 abril 2015, y las SSAP de Zaragoza núm. 202 de 11 abril 2012, núm. 265 de 15 mayo 2012, núm. 395 de 23 julio 2013, núm. 520 de 6 noviembre 2013, núm. 526 de 12 noviembre 2013, núm. 578 de 3 diciembre 2013, núm. 88 de 25 febrero 2014, núm. 110 de 6 marzo 2014, núm. 518 de 2 diciembre 2014, núm. 101 de 11 marzo 2015, núm. 119 de 17 marzo 2015, núm. 291 de 9 junio 2015, núm. 332 de 30 junio 2015, núm. 333 de 30 junio 2015 y núm. 336 de 30 junio 2015, núm. 351 de 7 julio 2015 y núm. 408 de 28 julio 2015.

⁶³ En concreto, respecto a los gastos de hipoteca y ulterior liquidación de la vivienda familiar interesa reproducir la siguiente declaración de la SAP de Zaragoza núm. 123 de 12 marzo 2014: “El pago del préstamo hipotecario resulta esencial para la conservación de la vivienda familiar, resultando adecuado y equitativo que en su liquidación se reintegre al partícipe que mayor aportación efectuó en su adquisición, de la que se ha beneficiado el otro”. Y por lo que hace a los gastos de comunidad y suministros la SAP de Zaragoza núm. 487 de 15 octubre 2013 sienta la doctrina según la cual, “es obvio que si las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto la cobertura de una serie de servicios que tan sólo benefician de modo directo y personal a aquél que ostenta el derecho exclusivo de uso, es sobre la usuaria sobre quien en justa correspondencia han de recaer los gastos inherentes a la ocupación del inmueble [...] al igual que los suministros de la vivienda familiar, sufragando el propietario las derramas extraordinarias”.

Regulan expresamente esta cuestión, adoptando una solución similar a la de los Tribunales aragoneses, el art. 233-23 CCC, el art. 12.8 Ley vasca 7/2015 y el art. 96.5 Cc en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal. No obstante, éste último contempla excepcionalmente la posibilidad de que el Juez acuerde la atribución total o parcial de los gastos ordinarios al cónyuge al que no se ha atribuido su uso, en atención a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades.

1º.- Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores.

2º.- Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos.

Ambos presupuestos merecen un comentario aparte, en orden a delimitar en qué supuestos es factible que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar, en lugar de atribuir su uso a uno o ambos progenitores.

1º. “Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores”

Por lo que se refiere el primer requisito, parece que debe interpretarse en el sentido de sólo es posible que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar en aquellos casos en que ésta sea de titularidad conjunta de ambos progenitores o, más exactamente, tenga la naturaleza de bien consorcial por aplicación de lo dispuesto en los art. 210, 215 y 217 CDFa.

En cambio, de acuerdo con la SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 junio 2013, cuando la vivienda familiar sea titularidad exclusiva de uno de los progenitores, la atribución del uso al no titular no priva de la facultad de disponer a su propietario, quien podrá venderla libremente -habida cuenta de que el CDFa no contiene una limitación de disponer similar a la del art. 96.4 CC-⁶⁴, si bien en este caso el comprador adquirirá la vivienda con el gravamen del derecho de uso del progenitor no titular.

Es más, según la precitada SAP de Zaragoza, cuando la vivienda familiar pertenezca en régimen de pro indiviso a ambos progenitores, la atribución del uso a uno de ellos, no priva al otro de su facultad de pedir la división de la cosa común. Ahora bien, el ejercicio de la acción de división no extinguirá el derecho de uso atribuido a uno de los progenitores, de tal manera que igualmente será oponible a los terceros adquirentes.

Y es que, a juicio de la Audiencia -siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular-⁶⁵ resulta necesario distinguir los dos planos de eficacia del derecho de uso de la vivienda familiar: uno *inter partes*, en el

⁶⁴ Previsión que mantiene el art. 96.6 CC en su redacción dada por el art. 8 del Anteproyecto estatal. La misma regla formula el art. 12.14 vasca Ley 7/2015.

⁶⁵ Vid. un estudio de esta jurisprudencia en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1893-1912.

entorno familiar y otro *ad extra*, frente a terceros posibles adquirentes del bien. Así, en el primer plano, “nos encontramos no ante un derecho real, sino de carácter familiar (personal), cuya titularidad corresponde al cónyuge o miembro de la pareja al que se lo atribuya la resolución del juzgado de familia correspondiente. Pero, desde la óptica patrimonial, ese derecho de uso no impide la transmisión de la vivienda sobre la que aquél recae. Se puede vender o ceder a un tercero, o si hay copropiedad (como en el caso que nos ocupa), ejercitar la acción de división de la cosa común. Pero la defensa del titular de aquel derecho familiar de naturaleza personal puede oponerlo a terceros adquirentes. De aquí su *inscribibilidad* en el Registro de la Propiedad⁶⁶”. Aplicando la doctrina transcrita al supuesto enjuiciado, la Audiencia entiende que el derecho de uso concedido a la madre custodia no constituye obstáculo para proceder a la división de la cosa común, si bien tal derecho será oponible a los terceros adquirentes. En fechas más recientes acoge esta doctrina la SAP de Huesca núm. 140 de 30 junio 2014 que acuerda, a instancia de la madre, la división de la comunidad ordinaria que ambos progenitores ostentaban sobre la vivienda familiar, si bien atribuye su uso al padre no custodio mientras no se lleve a cabo su venta en pública subasta, por considerar su interés el más necesitado de protección.

En conclusión, para ninguno de estos supuestos se contempla la facultad de acordar la venta judicial de la vivienda, porque el titular exclusivo o cotitular de la vivienda siempre podrá venderla libremente o ejercitar la acción de división de la cosa común, aunque no se extinga por ello el derecho de uso atribuido al otro progenitor⁶⁷.

Por ello, la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar parece estar pensada únicamente para el caso de que la vivienda familiar tenga la condición de bien consorcial⁶⁸. En tal caso, una vez dictada la sentencia de separación, nulidad o divorcio, se producirá la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho (art. 244 CDFA). Será entonces cuando el Juez, sin tener que esperar a la liquidación del consorcio conyugal, podrá hacer uso de la facultad que le otorga el art. 81.4 CDFA y acordar la venta de

⁶⁶ Se refieren expresamente a la *inscribibilidad* en el Registro de la Propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar el art. 233-22 CCC y el art. 96.8 CC en su redacción dada por el art. 8 Anteproyecto estatal.

⁶⁷ Solución que adopta expresamente el art. 233-25 CCC, cuyo tenor es el siguiente: “El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso”.

⁶⁸ Como sostiene certeramente MOLINS GARCÍA-ATANCE, E.: “La regulación de la atribución del uso”, cit., pp. 343-344. Se pronuncia en igual sentido SERRANO GARCÍA, J.A.: “Comentario al art. 77 CDFA”, cit., p. 188.

la vivienda familiar si lo estima necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

2º. “Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos”.

Con este segundo requisito, parece restringirse, en principio, la facultad del Juez de acordar la venta a los supuestos de custodia compartida, no así a los de custodia individual, (SSTSJ de Aragón de 13 julio 2012 y de 4 enero 2103). Y es que, como argumenta el Tribunal Superior, si se interpreta que cabe acordar la venta de la vivienda familiar en una custodia individual, quedaría vacío de contenido el art. 81.1 CDFA que ordena la atribución del uso (temporal) al progenitor custodio, a no ser que éste tenga sus necesidades de vivienda y las de sus hijos cubiertas de otro modo; de hecho, así sucede en las SSAP de Zaragoza núm. 190 de 15 abril 2014, núm. 156 de 31 marzo 2015 y núm. 352 de 7 julio 2015.

Ello no obsta a que se acuerde judicialmente la venta de la vivienda familiar para el momento en que finalice el plazo de atribución del uso concedido al progenitor custodio, como revela la lectura de la jurisprudencia. En particular, es reseñable la SAP de Zaragoza núm. 57 de 7 febrero 2012, confirmatoria de la de primera instancia que atribuye a la madre custodia el uso de la vivienda familiar, si bien limitado a la fecha de la liquidación del consorcio conyugal y, en todo caso, acuerda que transcurridos dos años desde la fecha de la sentencia sin que se haya repartido el patrimonio consorcial se ponga a la venta de forma inmediata. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 132 de 18 marzo 2014 confirma el fallo de primera instancia un tanto complejo, ya que acuerda la custodia compartida y atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre e hijas por un primer periodo de cinco años, transcurrido el cual habrán de proceder a su venta; pero, de no verificarse ésta, el uso se atribuye al padre e hijas por un segundo periodo de idéntica duración, transcurrido el cual deberá ponerse a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. En cambio, la SAP de Zaragoza núm. 357 de 22 julio 2014 revoca el fallo de primera instancia favorable a atribuir el uso alterno de la vivienda familiar a un matrimonio con un hijo menor bajo régimen de custodia compartida durante un plazo máximo de un año (salvo que antes se proceda a su venta), para atribuir, en su lugar, su uso a la mujer durante el mismo lapso temporal por considerarla la parte más necesitada de protección⁶⁹.

⁶⁹ Junto a las sentencias reseñadas, imponen, asimismo, la venta de la vivienda familiar una vez extinguido el derecho de uso, entre otras, las SSAP de Zaragoza núm. 586 de 15 octubre 2013, núm. 501 de 29 octubre 2013, núm. 526 de 12 noviembre 2013, núm. 573 de

Es más, según afirma la STSJ de Aragón de 4 enero 2103, en el caso de custodia compartida sólo es posible acordar la venta de modo inmediato o en fecha muy próxima a la sentencia y siempre que, de acuerdo con el art. 81.4 CDFA, el Juez considere que ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares⁷⁰.

Lógicamente, la apreciación de esta necesidad está dentro de los márgenes de discrecionalidad y equidad que corresponden al juzgador de instancia, sin que sea revisable en casación, tal y como precisan las SSTSJ de Aragón de 4 enero 2013 y de 11 julio 2013.

Con todo, el examen de la jurisprudencia menor, revela el criterio restrictivo de los Tribunales aragoneses a la hora de apreciar esta necesidad y, por ende, autorizar la venta de la vivienda familiar, ya no sólo cuando acuerdan la custodia individual a favor de uno de los progenitores (SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril de 2015 y SSAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012, núm. 210 de 20 abril 2012, núm. 249 de 3 junio 2014 y núm. 336 de 30 junio 2015), sino también en los casos de custodia compartida (SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013 y SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014). En particular, la SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012 atribuye la custodia individual a la madre y deniega la venta de la vivienda familiar, ya que “estando alquilada dicha vivienda, no se entiende que beneficio puede plantear su venta, dada la situación actual del mercado inmobiliario, en todo caso es una situación a valorar de común acuerdo entre las partes, sin que en este momento se entienda aconsejable en virtud de lo dispuesto en la norma anteriormente citada”. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012 atribuye a la madre tanto la custodia individual como el uso de la vivienda familiar, no autorizando su venta -como pretende el padre-, por entender que ello no contribuiría a unas adecuadas relaciones familiares y, además, resultaría una medida contraria al interés de los hijos, dada su corta edad. La SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013, en una custodia compartida, deniega la venta de la vivienda familiar por falta de prueba suficiente acerca de que la venta instada por uno de los progenitores custodios sea necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, “no valiendo decir simplemente a estos efectos que la venta o arrendamiento de la vivienda aseguraría la vida independiente de cada uno de los progenitores”; la Audiencia va más allá denegando, asimismo, la venta de una plaza de garaje, ya que, teniendo la condición de anejo de la vivienda familiar, su venta supondría la devaluación de la misma. La SAP de Zaragoza de 3 junio 2014 mantiene en el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, tal y

3 diciembre 2013, núm. 161 de 31 marzo 2014, núm. 506 de 25 noviembre 2014 y núm. 17 de 27 enero 2015.

⁷⁰ Doctrina que acoge la SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013.

como fue acordado en su momento en virtud de pacto de relaciones familiares con base en el cambio de domicilio de la madre custodia e hijos, ya que no hay alteración alguna que justifique su revocación ni es necesaria su venta para unas adecuadas relaciones familiares. La SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014, estimando parcialmente una demanda de modificación de medidas presentada por el padre, establece una custodia compartida, pero deniega la venta de la vivienda familiar solicitada por aquél por no considerarla necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, para, en su lugar, mantener en su uso a la madre hasta la mayoría de edad del menor de sus hijos, habida cuenta de los escasos recursos económicos de aquélla en comparación con los del demandante. La SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril de 2015, en una custodia individual a favor del padre, de modo muy discutible deniega la venta de la vivienda familiar solicitada por la madre no custodia, para, en su lugar, atribuir al padre custodia durante un largo lapso temporal -hasta que la hija cumpla los veintiséis años-, invocando el “beneficio de la hija común”, pero prescindiendo de la circunstancia de que el padre es propietario de otra vivienda -entre otros inmuebles-, no así la madre que, por añadidura, se encuentra en tratamiento por alcoholemia. Por último, la SAP de Zaragoza núm. 336 de 30 junio 2015 que atribuye la custodia individual al padre, así como el uso de la vivienda familiar durante tres años, desestimando la pretensión de la madre de que se acuerde su venta, ya que “no se estima la mejor solución para favorecer las relaciones familiares”, muy conflictivas.

Excepcionalmente, autorizan la venta de la vivienda familiar por estimar esta solución la más adecuada para las relaciones familiares en atención a las circunstancias concurrentes las SSAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012, núm. 640 de 20 diciembre 2013, núm. 190 de 15 abril 2014, núm. 156 de 31 marzo 2015 y núm. 352 de 7 julio 2015. En concreto, la SAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la custodia individual a la madre y deniega el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodia para, en su lugar, autorizar su venta, salvo que los litigantes decidan darle otro destino de mutuo acuerdo, en atención esencialmente a la situación patrimonial de los litigantes (que no aclara). La SAP de Zaragoza núm. 640 de 20 diciembre 2013 revoca el pronunciamiento de primera instancia favorable a mantener en el uso de la vivienda familiar (común) al padre no custodia durante dos años, para, en su lugar, acordar su venta, habida cuenta que, mientras éste ostenta la titularidad de otra vivienda, la madre custodia y los hijos residen en una vivienda de alquiler. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 190 de 15 abril 2014 deja sin efecto la atribución en su momento del uso de la vivienda familiar a la madre custodia e hijo menor, para autorizar su venta, en atención a la desigual situación económica de los progenitores que se traduce en los siguientes datos: el padre ha experimentado un fuerte descenso en sus ingresos y vive en casa de su

madre, haciéndose cargo de la pensión de alimentos del hijo y del 50% de la hipoteca que grava la vivienda familiar, así como del 50% de los gastos de comunidad; en cambio, la situación económica de la madre es más sólida, toda vez que no sólo tiene sus ingresos como autónoma, sino que además es copropietaria de tres viviendas, aparte de la familiar. La SAP de Zaragoza núm. 156 de 31 marzo 2015 acuerda la custodia compartida y deniega el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores, para, en su lugar, autorizar su venta, en atención a los importantes gravámenes que soportan ambos y, en especial la madre custodia, quien, por añadidura, no necesita la vivienda familiar, al disponer de otra heredada de su hermana, el pago de cuya hipoteca ha sido asumido por sus padres. Finalmente, la SAP de Zaragoza núm. 352 de 7 julio 2015 atribuye la custodia individual a la madre y acuerda la inmediata venta de la vivienda familiar, dada la circunstancia que cambio de trabajo y residencia por parte de aquélla con sus hijos a una localidad distinta a aquella donde radica la vivienda familiar.

III. MEDIDAS SOBRE EL AJUAR FAMILIAR.

Por lo que hace al ajuar familiar, y al igual que sucede con la vivienda familiar, en principio corresponde a los progenitores acordar lo relativo a su destino en virtud del pacto de relaciones familiares (art. 77.2.d CDFa).

Sólo en defecto de pacto, es al Juez al que compete decidir sobre esta cuestión, conforme a las pautas del art. 81.5 CDFa. En particular, este precepto regula el destino del ajuar familiar, estableciendo reglas diferentes en función de que el uso de la vivienda familiar sea (o no) atribuida a uno de los progenitores⁷¹.

Así, para el primer supuesto el art. 81.5, 1ª parte CDFa prevé la permanencia del ajuar doméstico en la vivienda familiar, excepción hecha de aquellos bienes privativos cuya retirada solicite su titular en el denominado plan de relaciones familiares que, como es sabido, debe acompañar a la correspondiente demanda. En la práctica, según resulta de la lectura de la jurisprudencia, dicha medida suele acompañarse de la formalización de un inventario tanto de los bienes que permanecen en la vivienda como de los bienes retirados por el progenitor que abandona la misma⁷².

⁷¹ Precepto que reproduce el art. 6.5 de la Ley valenciana 5/2011 en términos prácticamente idénticos.

⁷² Vid. p.ej. la STSJ de Aragón de 26 febrero 2013 y la SAP de Zaragoza núm. 174 de 8 abril 2015. De hecho, impone expresamente la formalización de inventario el art. 12.10 Ley vasca 7/2015.

Por el contrario, de no atribuirse el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, según dispone el art. 81.5, 2ª parte CDFA, habrá de procederse al reparto del ajuar familiar entre ambos, con arreglo a las reglas que sean aplicables a sus relaciones patrimoniales, diferentes en función de que su convivencia se encuentre institucionalizada (o no) y, en el primer caso, estén casados o constituyan pareja estable no casada.

Un supuesto singular y no contemplado en el CDFA es el referente al destino del ajuar doméstico en caso de atribución de del uso alterno de la vivienda a ambos progenitores. En este caso, la SAP de Zaragoza núm. 332 de 30 junio 2015, determina que no puede atribuirse el uso separado del ajuar doméstico -como pretende la demandada- si a la vez se está atribuyendo el uso alterno de la vivienda a los litigantes.

En cualquier caso, por ajuar familiar debe entenderse, de acuerdo con la SAP de Zaragoza núm. 141 de 19 marzo 2013, los enseres, mobiliario y equipamiento de la vivienda. No obstante, personalmente considero que de esta noción parece que habrá que excluir los objetos de extraordinario valor o de procedencia familiar, en atención a lo dispuesto en el art. 311.1 CDFA⁷³. E igualmente, los bienes muebles de uso personal o profesional exclusivo de uno de los cónyuges o convivientes, con base en los art. 266 y 267.2.b CDFA⁷⁴.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés* (dtor. J. DELGADO ECHEVERRÍA), 4ª ed., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 2012.

⁷³ El art. 311.1 CDFA, para el caso de fallecimiento de uno de los miembros de una pareja estable no casada, reconoce al otro el derecho al “mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar”.

⁷⁴ El arts. 266 CDFA, en sede de liquidación y división del consorcio conyugal, reconoce a los cónyuges, tras la liquidación del patrimonio consorcial y antes de su división, el derecho a detraer de los bienes consorciales, como ventajas, sin que sean computados en su lote, “sus bienes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial”. Por su parte, el art. 267.2.b CDFA reconoce a los cónyuges, tras la liquidación del patrimonio consorcial y una vez detraídas las ventajas, el derecho a que se incluya con preferencia en su lote “los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas”.

AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, (coord. BAYOD, M.C. y SERRANO J.A.), Zaragoza, Institución Fernando El Católico, 2014

AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón* (director J. DELGADO ECHEVERRÍA), Dykinson, Madrid, 2015.

BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 217-230.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras la ruptura: ¿siempre en precario?, ¿siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, pp. 585-608.

LÓPEZ AZCONA, A.: “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, en *Revista Boliviana del Derecho*, 2015, núm. 19, pp. 206-235.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2011, pp. 133-176.

MOLINS GARCIA-ATANCE, E.: “La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho foral de Aragón”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, pp. 323-378.

MORENO VELASCO V.: “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.

MORENO VELASCO V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, núm. 5843, 2012.

SERRANO GARCÍA J.A.: “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en AA.VV., *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, pp. 181-294.

ANEXO JURISPRUDENCIAL (CENDOJ)

Tribunal Supremo

STS de 26 diciembre 2005	Roj STS 7530/2005
STS de 9 mayo 2007	Roj STS 3244/2007
STS de 30 octubre 2008	Roj STS 5810/2008
STS de 3 diciembre 2008	Roj STS 6780/2008
STS de 14 enero 2010	Roj STS 1894/2010
STS de 18 enero 2010	Roj STS 776/2010
STS de 18 marzo 2011	Roj STS 1801/2011
STS de 1 abril 2011	Roj STS 2053/2011
STS de 14 abril 2011	Roj STS 2672/2011
STS de 21 junio 2011	Roj STS 3985/2011
STS de 10 octubre 2011	Roj STS 6496/2011
STS de 26 abril 2012	Roj STS 2907/2012
STS de 9 mayo 2012	Roj STS 3057/2012
STS de 31 mayo 2012	Roj STS 3850/2012
STS de 13 julio 2012	Roj STS 5674/2012
STS de 14 marzo 2013	Roj STS 1045/2013
STS de 15 marzo 2013	Roj STS 1021/2013
STS de 17 junio 2013	Roj STS 3347/2013
STS de 13 febrero 2014	Roj STS 499/2014
STS de 2 junio 2014	Roj STS 2133/2014
STS de 22 julio 2015	Roj STS 3827/2015

Tribunal Superior de Justicia de Aragón

STSJ de Aragón de 13 junio 1991	
STSJ de Aragón 20 junio 2005	Roj STSJ AR 1544/2005
STSJ de Aragón de 13 julio 2011	Roj STSJ AR 1244/2011
STSJ de Aragón de 30 septiembre 2011	Roj STSJ AR 1694/2011
STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011	Roj STSJ AR 2082/2011
STSJ de Aragón de 21 diciembre 2012	Roj STSJ AR 1132/2012
STSJ de Aragón de 4 enero 2013	Roj STSJ AR 1/2013
STSJ de Aragón de 7 febrero 2013	Roj STSJ AR 2/2013
STSJ de Aragón de 26 febrero 2013	Roj STSJ AR 10/2013
STSJ de Aragón de 30 abril 2013	Roj STSJ AR 531/2013
STSJ de Aragón de 11 julio 2013	Roj STSJ AR 1002/2013
STSJ de Aragón de 23 mayo 2014	Roj STSJ AR 648/2014
STSJ de Aragón de 6 junio 2014	Roj STSJ AR 712/2014
STSJ de Aragón de 11 junio 2014	Roj STSJ AR 700/2014
STSJ de Aragón de 21 octubre 2014	Roj STSJ AR 1384/2014
STSJ de Aragón de 5 noviembre 2014	Roj STSJ AR 1604/2014
STSJ de Aragón de 26 septiembre 2014	Roj STSJ AR 1223/2014

STSJ de Aragón de 4 febrero 2015	Roj STSJ AR 61/2015
STSJ de Aragón de 17 febrero 2015	Roj STSJ AR 89/2015
STSJ de Aragón de 4 marzo 2015	Roj STSJ AR 290/2015
STSJ de Aragón de 17 septiembre 2015	Roj STSJ AR1227/2015

Audiencias Provinciales

SAP de Huesca núm. 18 de 31 enero 2012	Roj SAP HU 31/2012
SAP de Huesca núm. 20 de 31 enero 2012	Roj SAP HU 36/2012
SAP de Zaragoza núm. 57 de 7 febrero 2012	Roj SAP Z 301/2012
SAP de Zaragoza núm. 108 de 28 febrero 2012	Roj SAP Z 499/2012
SAP de Zaragoza núm. 109 de 28 febrero 2012	Roj SAP Z 498/2012
SAP de Zaragoza núm. 111 de 28 febrero 2012	Roj SAP Z 538/2012
SAP de Huesca núm. 48 de 29 febrero 2012	Roj SAP HU 68/2012
SAP de Zaragoza núm. 126 de 13 marzo 2012	Roj SAP Z 498/2012
SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012	Roj SAP Z 700/2012
SAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012	Roj SAP Z 650/2012
SAP de Zaragoza núm. 154 de 20 marzo 2012	Roj SAP Z 711/2012
SAP de Teruel núm. 41 de 28 marzo 2012	Roj SAP TE 71/2012
SAP de Zaragoza núm. 202 de 11 abril 2012	Roj SAP Z 942/2012
SAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012	Roj SAP Z 1012/2012
SAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012	Roj SAP Z 1006/2012
SAP de Zaragoza núm. 228 de 25 abril 2012	Roj SAP Z 1011/2012
SAP de Zaragoza núm. 265 de 15 mayo 2012	Roj SAP Z 1261/2012
SAP de Zaragoza núm. 271 de 15 mayo 2012	Roj SAP Z 1262/2012
SAP de Zaragoza núm. 285 de 22 mayo 2012	Roj: SAP Z 1203/2012
SAP de Zaragoza núm. 395 de 10 julio 2012	Roj SAP Z 1811/2012
SAP de Huesca núm.250 de 17 diciembre 2012	Roj SAP HU 445/2012
SAP de Huesca núm. 259 de 20 diciembre 2012	Roj SAP HU 452/2012
SAP de Zaragoza núm. 70 de 12 febrero de 2013	Roj SAP Z 61/2013
SAP de Zaragoza núm. 90 de 19 febrero 2013	Roj SAP Z 73/2013
SAP de Zaragoza núm.119 de 6 marzo 2013	Roj SAP Z 84/2013
SAP de Zaragoza núm. 141 de 19 marzo 2013	Roj SAP Z 354/2013
SAP de Zaragoza núm. 158 de 19 marzo 2013	Roj SAP Z 103/2013
SAP de Zaragoza núm. 163 de 26 marzo 2013	Roj SAP Z 120/2013
SAP de Zaragoza núm. 174 de 26 marzo 2013	Roj SAP Z 124/2013
SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013	Roj SAP Z 1645/2013
SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013	Roj SAP Z 1096/2013
SAP de Teruel núm. 39 de 20 mayo 2013	Roj SAP TE 76/2013
SAP de Zaragoza núm. 272 de 28 mayo 2013	Roj SAP Z 1022/2013
SAP de Zaragoza núm. 299 de 11 junio 2013	Roj SAP Z 1351/2013
SAP de Zaragoza núm. 309 de 13 junio 2013	Roj SAP Z 1351/2013
SAP de Zaragoza núm. 314 de 18 junio 2013	Roj SAP Z 1423/2013
SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 junio 2013	Roj SAP Z 1603/2013
SAP de Huesca núm. 137 de 4 julio 2013	Roj SAP HU 277/2013
SAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013	Roj SAP Z 1748/2013
SAP de Zaragoza núm. 382 de 23 julio 2013	Roj SAP Z 1659/2013
SAP de Zaragoza núm. 395 de 23 julio 2013	Roj SAP Z 1681/2013
SAP de Zaragoza núm. 399 de 23 julio 2013	Roj SAP Z 1685/2013
SAP de Zaragoza núm. 419 de 17 septiembre 2013	Roj SAP Z 2054/2013
SAP de Zaragoza núm. 435 de 24 septiembre 2013	Roj SAP Z 2063/2013
SAP de Zaragoza núm. 455 de 26 septiembre 2013	Roj SAP Z 2068/2013

SAP de Huesca núm.174 de 26 septiembre 2013	Roj SAP HU 344/2013
SAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013	Roj SAP Z 2079/2013
SAP de Zaragoza núm. 479 de 15 octubre 2013	Roj SAP Z 2085/2013
SAP de Zaragoza núm. 487 de 15 octubre 2013	Roj SAP Z 2086/2013
SAP de Zaragoza núm. 586 de 15 octubre 2013	Roj SAP Z 2081/2013
SAP de Zaragoza núm. 501 de 29 octubre 2013	Roj SAP Z 2093/2013
SAP de Huesca núm. 205 de 30 octubre 2013	Roj SAP HU 391/2013
SAP de Teruel núm. 84 de 7 noviembre 2013	Roj SAP TE 148/2013
SAP de Zaragoza núm.520 de 6 noviembre 2013	Roj SAP Z 2124/2013
SAP de Zaragoza núm. 526 de 12 noviembre 2013	Roj SAP Z 2137/2013
SAP de Zaragoza núm. 531 de 12 noviembre 2013	Roj SAP Z 2139/2013
SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013	Roj SAP TE 154/2013
SAP de Zaragoza núm. 556 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2195/2013
SAP de Zaragoza núm. 558 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2171/2013
SAP de Zaragoza núm. 558 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2168/2013
SAP de Zaragoza núm. 469 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2199/2013
SAP de Zaragoza núm. 573 de 3 diciembre 2013	Roj SAP Z 2215/2013
SAP de Zaragoza núm. 578 de 3 diciembre 2013	Roj SAP Z 2208/2013
SAP de Zaragoza núm. 598 de 12 diciembre 2013	Roj SAP Z 598/2013
SAP de Zaragoza núm. 627 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2303/2013
SAP de Zaragoza núm. 635 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2307/2013
SAP de Zaragoza núm. 639 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2695 /2013
SAP de Zaragoza núm. 640 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2297 /2013
SAP de Zaragoza núm. 649 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2697/2013
SAP de Huesca núm. 221 de 29 noviembre 2013	Roj SAP HU 418/2014
SAP de Huesca núm. 3 de 15 enero 2014	Roj SAP HU 20/2014
SAP de Zaragoza núm. 22 de 21 enero 2014	Roj SAP Z 48/2014
SAP de Zaragoza núm. 25 de 21 enero 2014	Roj SAP Z 51/2014
SAP de Zaragoza núm. 28 de 28 enero 2014	Roj SAP Z 62/2014
SAP de Zaragoza núm. 40 de 28 enero 2014	Roj SAP Z 213/2014
SAP de Zaragoza núm. 56 de 5 febrero 2014	Roj SAP Z 221/2014
SAP de Zaragoza núm. 44 de 5 febrero 2014	Roj SAP Z 216/2014
SAP de Zaragoza núm. 56 de 11 febrero 2014	Roj SAP Z 221/2014
SAP de Zaragoza núm. 61 de 11 febrero 2014	Roj SAP Z 223/2014
SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014	Roj SAP HU 32/2014
SAP de Teruel núm. 12 de 25 febrero 2014	Roj SAP TE 37/2014
SAP de Zaragoza núm. 88 de 25 febrero 2014	Roj SAP Z 232/2014
SAP de Zaragoza núm. 100 de 25 febrero 2014	Roj SAP Z 231/2014
SAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014	Roj SAP HU 86/2014
SAP de Teruel núm. 12 de 5 marzo 2014	Roj SAP TE 39/2014
SAP de Zaragoza núm. 110 de 6 marzo 2014	Roj SAP Z 371/2014
SAP de Zaragoza núm. 112 de 6 marzo 2014	Roj SAP Z 370/2014
SAP de Zaragoza núm. 123 de 12 marzo 2014	Roj SAP Z 436/2014
SAP de Zaragoza núm. 132 de 18 marzo 2014	Roj SAP Z 504/2014
SAP de Zaragoza núm. 143 de 25 marzo 2014	Roj SAP Z 645/2014
SAP de Zaragoza núm. 161 de 31 marzo 2014	Roj SAP Z 644/2014
SAP de Zaragoza núm. 167 de 8 abril 2014	Roj SAP Z 646/2014
SAP de Zaragoza núm. 174 de 8 abril 2014	Roj SAP Z 647/2014
SAP de Zaragoza núm. 179 de 15 abril 2014	Roj SAP Z 651/2014
SAP de Zaragoza núm. 190 de 15 abril 2014	Roj SAP Z 730/2014
SAP de Zaragoza núm. 191 de 15 abril 2014	Roj SAP Z 731/2014
SAP de Zaragoza núm. 207 de 7 mayo 2014	Roj SAP Z 792/2014

SAP de Zaragoza núm. 212 de 7 mayo 2014	Roj SAP Z 932/2014
SAP de Zaragoza núm. 219 de 20 mayo 2014	Roj SAP Z 944/2014
SAP de Zaragoza núm. 249 de 3 junio 2014	Roj SAP Z 966/2014
SAP de Zaragoza núm. 262 de 10 junio 2014	Roj SAP Z 1140/2014
SAP de Teruel núm. 42 de 11 junio 2014	Roj SAP TE 95/2014
SAP de Huesca núm. 140 de 30 junio 2014	Roj SAP HU 222/2014
SAP de Zaragoza núm. 310 de 30 junio 2014	Roj SAP Z 1212/2014
SAP de Huesca núm. 147 de 10 julio 2014	Roj SAP HU 160/2014
SAP de Zaragoza núm. 331 de 8 julio 2014	Roj SAP Z 1314/2014
SAP de Zaragoza núm. 334 de 8 julio 2014	Roj SAP Z 1348/2014
SAP de Zaragoza núm. 335 de 15 julio 2014	Roj SAP Z 1375/2014
SAP de Zaragoza núm. 357 de 22 julio 2014	Roj SAP Z 1416/2014
SAP de Zaragoza núm. 363 de 22 julio 2014	Roj SAP Z 1413/2014
SAP de Zaragoza núm. 365 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1336/2014
SAP de Zaragoza núm. 366 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1336/2014
SAP de Zaragoza núm. 375 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1335/2014
SAP de Zaragoza núm. 376 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1696/2014
SAP de Zaragoza núm. 386 de 23 septiembre 2014	Roj SAP Z 1704/2014
SAP de Zaragoza núm. 401 de 23 septiembre 2014	Roj SAP Z 1713/2014
SAP de Zaragoza núm. 409 de 30 septiembre 2014	Roj SAP Z 1719/2014
SAP de Zaragoza núm. 425 de 7 octubre 2014	Roj SAP Z 1854 /2014
SAP de Teruel núm. 58 de 15 octubre 2014	Roj SAP TE 131/2014
SAP de Zaragoza núm. 430 de 15 octubre 2014	Roj SAP Z 1856/2014
SAP de Zaragoza núm. 456 de 22 octubre 2014	Roj SAP Z 1875/2014
SAP de Huesca núm. 184 de 24 octubre 2014	Roj SAP HU 364/2014
SAP de Zaragoza núm. 470 de 4 noviembre 2014	Roj SAP Z 1982/2014
SAP de Huesca núm. 192 de 11 noviembre 2014	Roj SAP HU 382/2014
SAP de Zaragoza núm. 506 de 25 noviembre 2014	Roj SAP Z 2035/2014
SAP de Huesca núm. 204 de 28 noviembre 2014	Roj SAP HU 367/2014
SAP de Zaragoza núm. 518 de 2 diciembre 2014	Roj SAP Z 1963/2014
SAP de Zaragoza núm. 532 de 10 diciembre 2014	Roj SAP Z 1978/2014
SAP de Zaragoza núm. 544 de 10 diciembre 2014	Roj SAP Z 1974/2014
SAP de Zaragoza núm. 554 de 16 diciembre 2014	Roj SAP Z 1996/2014
SAP de Zaragoza núm. 566 de 19 diciembre 2014	Roj SAP Z 2014/2014
SAP de Zaragoza núm. 586 de 19 diciembre 2014	Roj SAP Z 2025/2014
SAP de Zaragoza núm. 49 de 10 febrero 2015	Roj SAP Z 144/2015
SAP de Zaragoza núm. 6 de 20 enero de 2015	Roj SAP Z 1/2015
SAP de Zaragoza núm. 17 de 27 enero 2015	Roj SAP Z 130/2015
SAP de Zaragoza núm. 25 de 27 enero 2015	Roj SAP Z 126/2015
SAP de Zaragoza núm. 59 de 17 febrero 2015	Roj SAP Z 229/2015
SAP de Zaragoza núm. 95 de 3 marzo 2015	Roj SAP Z 421/2015
SAP de Huesca núm. 33 de 10 marzo 2015	Roj SAP HU 53/2015
SAP de Zaragoza núm. 101 de 11 marzo 2015	Roj SAP Z 456/2015
SAP de Zaragoza núm. 109 de 13 marzo 2015	Roj SAP Z 450/2015
SAP de Zaragoza núm. 113 de 13 marzo 2015	Roj SAP Z 451/2015
SAP de Zaragoza núm. 118 de 17 marzo 2015	Roj SAP Z 457/2015
SAP de Zaragoza núm. 119 de 17 marzo 2015	Roj SAP Z 459/2015
SAP de Zaragoza núm. 122 de 17 marzo 2015	Roj SAP Z 458/2015
SAP de Zaragoza núm. 39 de 24 marzo 2015	Roj SAP Z 551/2015
SAP de Zaragoza núm. 95 de 24 marzo 2015	Roj SAP Z 649/2015
SAP de Teruel núm. 12 de 31 marzo 2015	Roj SAP TE 40/2015
SAP de Zaragoza núm. 156 de 31 marzo 2015	Roj SAP Z 641/2015

SAP de Zaragoza núm. 162 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 780/2015
SAP de Zaragoza núm. 166 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 784/2015
SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril 2015	Roj SAP HU 55/2015
SAP de Zaragoza núm. 179 de 21 abril 2015	Roj SAP Z 792/2015
SAP de Zaragoza núm. 185 de 21 abril 2015	Roj SAP Z 790/2015
SAP de Zaragoza núm. 190 de 29 abril 2015	Roj SAP Z 888/2015
SAP de Zaragoza núm. 278 de 2 junio 2015	Roj SAP Z 1046/2015
SAP de Zaragoza núm. 284 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1188/2015
SAP de Zaragoza núm. 287 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1186/2015
SAP de Zaragoza núm. 292 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1189/2015
SAP de Zaragoza núm. 287 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1193/2015
SAP de Zaragoza núm. 286 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1249/2015
SAP de Zaragoza núm. 299 de 16 junio 2015	Roj SAP Z 1197/2015
SAP de Zaragoza núm. 300 de 16 junio 2015	Roj SAP Z 1196/2015
SAP de Zaragoza núm. de 16 junio 2015	Roj SAP Z 1197/2015
SAP de Zaragoza núm. de 23 junio 2015	Roj SAP Z 1813/2015
SAP de Zaragoza núm. de 23 junio 2015	Roj SAP Z 1312/2015
SAP de Zaragoza núm. 325 de 23 junio 2015	Roj SAP Z 1320/2015
SAP de Zaragoza núm. 332 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1342/2015
SAP de Zaragoza núm. 333 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1329/2015
SAP de Zaragoza núm. 336 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1326/2015
SAP de Zaragoza núm. 328 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1344/2015
SAP de Zaragoza núm. 340 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1327/2015
SAP de Zaragoza núm. 350 de 7 julio 2015	Roj SAP Z 1456/2015
SAP de Zaragoza núm. 354 de 7 julio 2015	Roj SAP Z 1461/2015
SAP de Zaragoza núm. 354 de 14 julio 2015	Roj SAP Z 1458/2015
SAP de Zaragoza núm. 361 de 14 julio 2015	Roj SAP Z 1467/2015
SAP de Zaragoza núm. 373 de 14 julio 2015	Roj SAP Z 1471/2015
SAP de Zaragoza núm. 379 de 17 julio 2015	Roj SAP Z 1522/2015
SAP de Zaragoza núm. 381 de 17 julio 2015	Roj SAP Z 1519/2015
SAP de Zaragoza núm. 392 de 18 julio 2015	Roj SAP Z 1602/2015
SAP de Zaragoza núm. 396 de 28 julio 2015	Roj SAP Z 1597/2015
SAP de Zaragoza núm. 408 de 28 julio 2015	Roj SAP Z 1604/2015
SAP de Zaragoza núm. 434 de 15 septiembre 2015	Roj SAP Z 1807/2015
SAP de Zaragoza núm. 438 de 15 septiembre 2015	Roj SAP Z 1808/2015
SAP de Zaragoza núm. 441 de 22 septiembre 2015	Roj SAP Z 1810/2015
SAP de Zaragoza núm. 442 de 22 septiembre 2015	Roj SAP Z 1813/2015

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE
CRISIS FAMILIARES: ANOTACIONES AL ARTÍCULO 6 DE LA LEY
VALENCIANA DE RELACIONES FAMILIARES

USAGE ASSIGNMENT OF THE RESIDENCE IN THE CASES OF
FAMILIAR CRISES: COMMENTARY ON THE ARTICLE 6
VALENCIAN LAW OF FAMILIAR RELATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 99 - 112.

Fecha entrega: 15/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
Catedrática Acreditada de Derecho Civil
Universidad de Alicante
e.algarra@ua.es

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÈNECH
Catedrático Acreditado de Derecho Civil
Universidad de Alicante
j.barcelo@ua.es

RESUMEN: En este trabajo se analiza la regulación valenciana respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, tomando en consideración las sentencias dictadas en aplicación del art. 6 de la Ley de relaciones familiares.

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar, atribución del uso, ley valenciana de relaciones familiares.

ABSTRACT: In this paper we study the valencian regulation with regard to the assignment of the usage of the familiar residence, taking in consideration the judgments dictated in application of the article 6 law of familiar relations.

KEY WORDS: family residence, usage assignment, Valencian law of familiar relations.

SUMARIO: I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.- II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN ESTA MATERIA.- III. REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN.- IV. COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA DEL USO DE LA VIVIENDA.- V. POSIBILIDAD DE OCUPAR OTRA VIVIENDA COMO RESIDENCIA FAMILIAR.- VI. TEMPORALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN.- VII. INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA LEY A LOS CASOS DE VIVIENDAS DE SEGUNDA O ULTERIOR RESIDENCIA.- VIII. REGLAS SOBRE EL AJUAR FAMILIAR.- IX. REFLEXIÓN FINAL.

I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.

Las líneas que siguen corresponden, en buena parte, a la versión escrita de nuestras ponencias en las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, que se celebraron en la Universidad de Valencia el 14 de octubre de 2015. Dentro del panel de Derecho civil valenciano, se trató la cuestión del uso de la vivienda familiar, que es objeto de regulación en el art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven [en adelante, LVRF].

Realizamos, pues, un repaso a los seis apartados del art. 6 LVRF, con puntuales indicaciones sobre diferentes aspectos de la norma que merecen particular atención, bien por la forma en que han sido resueltos en los tribunales, bien por la necesidad de plantear algunos propuestas de mejora en una futura reforma legislativa. Esto último, tanto por el tiempo transcurrido desde la aprobación de la ley (no es poco tiempo, si tenemos en cuenta que es una materia sometida a constantes cambios), como por la aparición de nuevas normas, que tienen una regulación más completa y acabada, caso del art. 12 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, dictada recientemente en el País Vasco.

Ciertamente, las cuestiones relativas al uso de vivienda familiar están al mismo nivel de conflictividad e importancia que las del régimen de convivencia, y no es infrecuente que las discusiones sobre la custodia escondan peleas sobre el uso de la vivienda. Resulta curioso que el gran impacto que la ley valenciana tuvo en 2011 en los medios de comunicación se centrara de manera exclusiva en la custodia compartida, sin reparar en la atribución del uso de la vivienda, cuestión también muy conflictiva y mucho más en el contexto de crisis económica en que se dictó la ley. Solamente después de transcurrir cierto tiempo (a título anecdótico, el Diario Información de Alicante tenía como noticia destacada el 5 de septiembre de 2013 el titular siguiente: “La Audiencia obliga a una mujer a compensar a su

ex marido por dejar su casa tras divorciarse”¹), el foco de atención se puso también sobre las grandes novedades de la ley en este ámbito, como son, entre otras, el cambio de los criterios tradicionales del art. 96 C.c. sobre la atribución del uso de la vivienda, la fijación de un plazo de duración de dicho uso, y el reconocimiento al no adjudicatario del derecho a solicitar una compensación, acabando así con el uso gratuito.

Curioso resulta también que hoy constatamos cierta inercia a solicitar la aplicación del art. 6 de la ley valenciana cuando un mínimo análisis de los hechos y datos personales de los intervinientes permite concluir que el caso está sometido al Derecho civil común. Así ocurre en la SAP Valencia de 14 de enero de 2015²: la hija tiene 18 años, no siendo aplicable la ley valenciana, y por eso revoca la Audiencia la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que concedió compensación por el uso de la vivienda, puesto que tal figura no existe en el Código civil; concretamente se dice: “Finalmente, y en cuanto a la compensación por el uso de la vivienda dicha institución es desconocida para el derecho común, solo conociéndose en la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que como su propio nombre indica solo es de aplicación a los supuestos de su ámbito de aplicación, esto es, a los hijos menores de edad de parejas casadas o no que no convivan. En el presente caso, si bien la hija, era menor de edad al tiempo de la presentación de la demanda, pronto alcanzó los 18 años de edad, y, en consecuencia, no puede serle de aplicación la referida ley cuyo ámbito de aplicación – artículo 1 de la Ley – se reduce a los hijos sometidos a la autoridad parental de sus padres, esto es, a los hijos menores de edad. Dado que no existe una institución similar en el derecho común, no puede establecerse a favor del copropietario la institución de la compensación, motivo por el cual se deja sin efecto el referido pronunciamiento”.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN ESTA MATERIA.

La toma de decisión judicial (recordemos que el art. 6 LVRF entra en juego a falta de pacto) sobre la atribución del uso de la vivienda familiar debe tener

¹ <http://www.diarioinformacion.com/sucesos/2013/09/05/audiencia-obliga-mujer-compensar-exmarido/1411980.html>.

² ROJ: SAP V 152/2015.

En la misma línea, SAP Valencia de 19 de enero de 2015 (ROJ: SAP V 159/2015): “La ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven limita su ámbito de aplicación a la existencia de hijos menores de edad, por lo que no es de aplicación al caso de autos para resolver la controversia dado que la hija del matrimonio hace tiempo que ya alcanzó la mayoría de edad incluso la independencia de los padres”.

en cuenta el interés del menor por encima de cualquier otra consideración. La lectura del art. 6.1 pone de manifiesto claramente la prevalencia del interés del menor, principio fundamental en esta materia.

Ahora bien, debemos traer a colación otros dos datos normativos de enorme importancia para la interpretación y aplicación práctica de la medida: por un lado, el mandato de protección integral (social, económica y jurídica) del menor a que se refiere el art. 39 CE; por otro, la nueva redacción dada en 2015 al art. 2 LOPJM, que realiza un esfuerzo por concretar ese concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor y dicta normas que indudablemente van a tener una influencia directa en la aplicación del art. 6 de la ley valenciana.

Conviene detenerse en los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Para dotar de contenido al concepto del interés superior del menor, se modifica el art. 2, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. El concepto se define en el nuevo art. 2 desde un contenido triple: por una parte, es un derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor; finalmente, es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, tal y como recoge el Preámbulo de la Ley 8/2015, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

III. REGLA GENERAL DE ATRIBUCIÓN.

La regla general de atribución del uso de la vivienda familiar se encuentra en el art. 6.1 LVRF. Tanto si se trata de custodia compartida como individual, la norma prescribe que dicha atribución se realice “en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuera objetivamente compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

Aunque no se cite expresamente, es claro que el interés del menor es el criterio que preside la decisión del Juez, y prueba de ello es que sí lo menciona el Preámbulo al describir la medida del art. 6. Sería más adecuado decir, tal y como hace la Ley vasca de 30 de junio de 2015, “lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas...”, pero en cualquier caso ninguna duda debemos tener en la definición de cuál es el interés prevalente. De hecho, otro interés, como es el del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, queda relegado a un segundo plano y solamente entra en juego si es “objetivamente compatible” con el interés del menor.

El Juez debe evaluar el interés del menor (art. 6.1 LVRF; art. 2.1 LOPJM), pero debe ser, además, especialmente cuidadoso con la motivación, no solamente porque lo imponga la lógica de la aplicación del art. 6.1 de la norma valenciana, sino porque hoy, tras la reforma de 2015, el art. 2.5 de la LOPJM dice que toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las garantías del proceso y en particular la letra d) exige incluir en la motivación de la medida “los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros...”. Una genérica y abstracta invocación del interés superior del menor no cumpliría con estas exigencias, mucho menos tras el esfuerzo de la Ley 8/2015 por concretarlo y dotarlo de contenido³.

Por lo demás, la fórmula legal del art. 6.1 LVRF es muy flexible y frente al rigorismo del art. 96 C.c. es acertado significar que abre muchas posibilidades, desde atribuir el uso por periodos alternos a ambos progenitores hasta atribuirlo al progenitor no custodio, por citar aquí dos casos que no son muy frecuentes.

³ Lo más frecuente (sobre todo si, como sucede en este caso, se cambia la medida) es encontrar razonamientos como los de la SAP Alicante de 13 de febrero de 2015 (ROJ: SAP A 309/2015): “Con relación al uso de la vivienda que fue conyugal y atendiendo al beneficio del menor se considera que debe ser él, quien permanezca de forma continuada en el domicilio familiar, y sean los progenitores que se alternen en el ejercicio de la guarda y custodia quienes entren y salgan del mismo, según los turnos de la misma. En el art. 6º de la Ley 5/11 de la Generalitat Valenciana se contempla que a falta de acuerdo entre las partes, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores, entendiendo que en el presente supuesto dada la edad de éste y sus condiciones actuales es lo mejor para su desarrollo, sin que de lo actuado se pudiera deducir que el demandante se encontraba de acuerdo con la propuesta de la apelante de permanecer en la vivienda como consecuencia del acuerdo alcanzado en el convenio regulador pues dicha situación ha cambiado, como ya se ha dicho, con la entrada en vigor de la citada ley y su nueva regulación legal en cuanto a la adjudicación del domicilio familiar, entendiendo que dicha atribución alternativa en el uso es lo más idónea para el menor en aras de la legislación vigente”.

Habría, a nuestro juicio, que motivar más y mejor, y desarrollar aspectos como los de la edad y condiciones actuales del menor, que se citan en el fallo.

V. COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA DEL USO DE LA VIVIENDA.

El progenitor no adjudicatario del uso, que es titular o cotitular de la vivienda familiar, tiene reconocido por el art. 6.1 LVRF el derecho a una compensación, no precisándose la especie de la misma. Hay, ciertamente, variedad de posibilidades; ilustrativo es el caso de la SAP Alicante de 10 de febrero de 2015⁴, que fija como compensación por la pérdida y uso de la vivienda la cantidad de 100 € mensuales, “cuantía que no será computada como contribución a los gastos ordinarios, sino que habrá de tenerse en cuenta en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales, como derecho de crédito del esposo frente a la esposa”. La solución puede sorprender, pero es ajustada a la naturaleza del derecho de crédito que tiene el no adjudicatario contra el adjudicatario⁵.

La norma se dicta como mandato imperativo. La expresión legal “se fijará” (que también se contiene en la reciente ley vasca en su art. 12.7) no ofrece dudas. Sin embargo, la jurisprudencia ha cambiado el sentido del precepto⁶. En realidad, el tono imperativo del art. 6.1 LVRF no parece acertado, pues la práctica nos enseña que la compensación puede no fijarse, a pesar de la solicitud de parte, cuando existe un evidente desequilibrio económico entre las partes: así, la SAP Alicante de 20 de enero de 2015⁷ donde, además del mencionado desequilibrio, se pone de manifiesto que no se ha practicado prueba dirigida a determinar los alquileres de la zona.

A la hora de fijar la contribución, prescribe el art. 6.1 LVRF que se tengan en cuenta “las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y demás circunstancias concurrentes en el caso”, concediéndose así al Juez un amplio margen de decisión que da cobertura a variedad de

⁴ ROJ: SAP A 406/2015.

⁵ Sobre esta configuración como derecho de crédito de un progenitor contra el otro, *vid.* TAMAYO CARMONA, J. A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Rev. Bolív. de Derecho*, 2015, núm. 19, p. 281.

⁶ *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. / MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven. Un estudio en clave jurisprudencial*, Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, núm. 1 (2), Valencia, 2015, pp. 90 y ss., quienes señalan, entre otros extremos, que la compensación no se concede de oficio y deber ser solicitada.

⁷ ROJ: SAP A 151/2015.

Otra decisión en la misma dirección es la de la SAP Alicante de 17 de abril de 2015 (ROJ: SAP A 811/2015): “No procede imponer el pago de cantidad en metálico por el uso de la vivienda privativa del recurrente, ya que consideramos que cuando el progenitor que permanece en la vivienda no dispone de medios holgados suficientes para abonar dicha contraprestación, no debe concederse la misma, porque ello en definitiva reduciría los medios de que dispone dicho progenitor para la adecuada atención del menor”.

decisiones, como sería el caso de la SAP Alicante de 10 de febrero de 2015⁸ en la que se fija un importe menor al de las rentas de los alquileres de la zona, concretamente el 50%. La ley vasca menciona, por su parte, en el art. 12.7 el criterio de las “rentas pagadas por alquiler de viviendas similares” y el de la “capacidad económica de los miembros de la pareja”; estos dos criterios que, a primera vista, pueden parecer idénticos a los del art. 6.1 LVRF, no son exactamente los mismos.

La segunda parte del art. 6.1 LVRF contiene la siguiente norma: “Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial”. Este es uno de los aspectos en los que más se nota el paso del tiempo y lo exigible sería, en una futura reforma legislativa, que se añadiese un nuevo párrafo al art. 6 en el que se tratasen los gastos ordinarios generados por el uso de la vivienda, junto con otros aspectos (señaladamente el pago del préstamo hipotecario) que suelen plantearse al hilo de la crisis de pareja y la atribución del uso de la vivienda familiar.

Sería conveniente clarificar estos extremos. Si los gastos ordinarios que genera el uso de la vivienda deben ir a cargo del titular del derecho de uso, no tiene sentido que el pago de esos gastos se le compute como compensación. Las posiciones deben estar claras, y la norma dictada recientemente en el País Vasco puede ayudar en esta tarea; concretamente el art. 12.7 dispone que “en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual corren a cargo del beneficiario del derecho de uso”.

Hay que diferenciar claramente entre gastos relacionados con el uso de la vivienda familiar y gastos generados como consecuencia de la propiedad de la vivienda familiar, y especificar las principales partidas que componen cada uno de ellos y sobre quién recae la obligación de su pago.

Es decir, si el beneficiario por el uso está pagando lo que le corresponde pagar, ya sea por el concepto de gasto ordinario o por el de préstamo hipotecario, no parece correcto que se le compute, además, como pago de la compensación que es debida al no adjudicatario. Solamente debería computársele como pago de la compensación si está pagando algo que

⁸ ROJ: SAP A 406/2015.

debería pagar el no adjudicatario. Este es el enfoque con el que hay que analizar sentencias como la SAP Valencia de 9 de marzo de 2015⁹, que sí puede estar acertada cuando como compensación por la atribución del uso y disfrute de la vivienda dice que la ex esposa deberá satisfacer “la totalidad del importe de las cuotas del préstamo hipotecario que la grava”.

V. POSIBILIDAD DE OCUPAR OTRA VIVIENDA COMO RESIDENCIA FAMILIAR.

El art. 6.2 LVRF establece la prohibición, salvo pacto en contrario, de atribuir la vivienda familiar habitual, si es privativa del no adjudicatario o común de ambos progenitores, a quien es titular de derechos sobre otra vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia. Esta solución se prevé también para situaciones sobrevenidas.

VI. TEMPORALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN.

La temporalidad del uso, así como su modificación o extinción, es materia del art. 6.3 LVRF.

La atribución de la vivienda “tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso”. Es evidente el carácter imperativo de la norma, y en este caso, y a diferencia de lo sucedido con la compensación por privación del uso, sí puede constatarse en la práctica judicial una observancia más estricta; de hecho, es relativamente frecuente encontrar sentencias de apelación que fijan el plazo de uso cuando la sentencia de instancia nada había manifestado al respecto: así, la SAP Alicante de 10 de febrero de 2015¹⁰ indica, frente a la sentencia del Juzgado que había atribuido el uso sin limitación temporal alguna, que “el precepto legal referido impone a la autoridad judicial el establecimiento del límite temporal de ese uso, por lo que procede estimar el recurso en este sentido, y atendiendo a todas las circunstancias que constan acreditadas en las actuaciones, a la especial situación económica de la Sra. Virtudes, procede fijar un límite temporal de cinco años a partir de la fecha de la sentencia recaída en la primera instancia”.

La fijación de un límite temporal al uso ha planteado la duda de su constitucionalidad, en la medida en que la protección integral del menor (art. 39.1 CE) exige que tenga garantizada su necesidad de habitación mientras

⁹ ROJ: SAP V 938/2015.

¹⁰ ROJ: SAP A 406/2015.

persista la minoría de edad¹¹. Hay casos en la jurisprudencia de Audiencias que ciertamente nos parecen dudosos: así, la SAP Alicante de 11 de marzo de 2015¹², donde, en un caso de custodia individual y de uso atribuido a la madre y al menor de ocho años, el plazo queda establecido en cuatro años (la Audiencia aumenta el plazo fijado en instancia, que era de dos años). Da la impresión que no es un caso aislado y que hay muchos más, pero su detección no resulta fácil habida cuenta de que muchas sentencias de apelación no contienen el dato de la edad del menor. Es, sin duda, un tema para reflexionar y que exige establecer un criterio que, respetando el carácter imperativo de la ley valenciana, cumpla también con el mandato de protección a que obliga el art. 39.1 CE; la solución sería atribuir el uso por el tiempo que dure la minoría de edad¹³.

El art. 6.3 LVRF impone la limitación temporal del uso “sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor no titular”.

La norma no señala causas de extinción o de modificación, por lo que habrá que estar lógicamente al caso concreto, y verificar que concurren circunstancias que hacen el uso innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario. La ley vasca, en cambio, opta por un planteamiento distinto (al menos, en lo referido al cese del uso) y contiene las causas de extinción en el art. 12.11: fallecimiento del beneficiario del uso; causas pactadas entre los miembros de la pareja o partes; la mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario; el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario; la finalización o cese de la guarda o de la obligación de alimentos si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda; el vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada.

¹¹ Sobre ello, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. /MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: *La Ley 5/2011, de 1 de abril*, cit., p. 72.

¹² ROJ: SAP A 680/2015.

¹³ Así lo hace la SAP Valencia de 27 de abril de 2015 (ROJ: SAP V 1686/2015).

Ahora bien, no sería necesario fijar el plazo de uso hasta la mayoría de edad si la necesidad de vivienda del menor está perfectamente cubierta y así lo razona la sentencia. Lo que se dice en la SAP Valencia de 4 de mayo de 2015 (ROJ: SAP V 1706/2015) responde a este planteamiento: “Tampoco procede prolongar el uso de la vivienda por la demandada hasta la mayoría de edad del hijo, al amparo del artículo 6 de la ley 5/2.011, porque se considera que el plazo de dos años es el adecuado para que las partes puedan liquidar la vivienda común y rehacer sus vidas uno con independencia del otro, habida cuenta de que ambos cuentan con medios de vida propios, y pueden proporcionar alojamiento al hijo sin necesidad de afectar a este uso por tanto tiempo la vivienda que fue familiar”.

Como vemos, hay variedad de situaciones. Quizás merezca algún comentario la convivencia marital con tercero. Mientras que la ley vasca opta por la extinción, la ley valenciana permitiría analizar las circunstancias del caso concreto y podría o no extinguirse el uso. El tema es polémico y hay posiciones encontradas en doctrina y jurisprudencia, pero no estaría de más recordar que el interés superior del menor es el que resulta protegido en el art. 6 LVRF y a ese interés debe atenderse cuando se decide en modificación de medidas sobre la extinción del uso por convivencia marital con un tercero. Es la necesidad de habitación del menor la que debe guiar la decisión del Juez, con independencia del derecho que pueda asistir al no adjudicatario titular frente a ese tercero que usa y convive en la vivienda familiar¹⁴. La solución vasca no deja, a nuestro juicio, de suscitar dudas, y el menor tiene que abandonar la vivienda porque su padre o madre han rehecho sentimentalmente su vida.

VII. INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA LEY A LOS CASOS DE VIVIENDAS DE SEGUNDA O ULTERIOR RESIDENCIA.

El régimen jurídico del art. 6 LVRF no se aplica, según señala el apartado 4º, a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias. Por tanto, lo que es objeto de la norma es la vivienda familiar, es decir, la vivienda principal en la que habitualmente residen los miembros de la familia¹⁵.

VIII. REGLAS SOBRE EL AJUAR FAMILIAR.

Al ajuar familiar, que no se define ni se detallan sus componentes, dedica el art. 6 LVRF las reglas de los apartados 5 y 6.

El art. 6.5 LVRF prescribe que el ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar, salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución

¹⁴ Puede tener derecho a obtener un pronunciamiento del Juez por el que se requiera al adjudicatario a no extender el uso a un tercero y puede tener derecho, con o sin lo anterior, a una indemnización por ese uso indebido que hizo el tercero.

Se trata de evitar, como pone de manifiesto CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (dirs. CUADRADO IGLESIAS, M. /NÚÑEZ BOLUDA, M. D.), La Ley, Madrid, 2015, t. II, p. 1703, situaciones indignantes e humillantes para el dueño del inmueble.

¹⁵ Al respecto, CORDERO CUTILLAS, I.: “Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *Actualidad Civil*, 2013, núm. 3, p. 356.

judicial se determine la retirada de los bienes privativos que formen parte de él.

A diferencia del art. 12.10 de la ley vasca, no impone la obligación de realizar un inventario de los bienes que permanezcan en la vivienda¹⁶.

No se distingue, por otra parte, si los objetos tienen un valor extraordinario; lo tengan o no, si forman parte del ajuar familiar permanecerán en la vivienda. En esto difiere de la regulación del art. 96 C.c., que se refiere a “los objetos de uso ordinario” existentes en la vivienda.

Este mismo art. 6.5 LVRF establece el derecho del progenitor no adjudicatario a retirar sus efectos personales en el plazo que fije el Juez. Dada la conflictividad¹⁷ que puede surgir por la ruptura, el reconocimiento legal de este derecho se hace necesario, y de hecho aparece con frecuencia recogido en las medidas que adopta el Juez: así, en la SAP Alicante de 5 de mayo de 2015¹⁸ otorga al ex conviviente el plazo de cinco días para la retirada de sus enseres personales. La ley vasca también reconoce este derecho en el art. 12.10, aunque con mayor detalle en la descripción del objeto, al hablar de “ropas, efectos y enseres de uso personal y profesional”.

El art. 6.6 LVRF impone el reparto del ajuar familiar. Si ninguno de los progenitores permanece en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que componen el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los

¹⁶ La inexistencia de obligación de inventario ya se destaca en los primeros comentarios a la LVRF. Así, en concreto, RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y gastos de atención a los hijos e hijas en la Ley de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 135.

¹⁷ Ilustrativo es el caso de la SAP Valencia de 12 de mayo de 2015 (ROJ: SAP V 1725/2015), que gira en torno a una pretensión de entrega de efectos personales y reclamación de 3.000 € como indemnización por daños y perjuicios. No es un caso de aplicación del art. 6 de la ley valenciana, porque este pleito es posterior al de divorcio, pero sirve a los efectos que aquí nos proponemos, de demostrar el conflicto que suele rodear al tema de los efectos personales. La demandada es desestimada: “La demandada sostiene que el actor se llevó estos efectos en noviembre de 2010, antes del viaje del demandante a su país, Cuba. La prueba practicada no desvirtúa con solidez esta alegación de la demandada, pues la declaración testifical de un amigo policía del actor sólo indica que los efectos estaban en la vivienda cuando el testigo la visitó, lo que sucedió cuando los litigantes vivían juntos, pues cuando el actor regresó de Cuba, en febrero de 2.011, no pudieron entrar en la vivienda, de modo que la versión del testigo no se opone a la de la demandada, consistente como se ha dicho, en que el actor se llevó sus pertenencias cuando se fue de la casa en noviembre de 2.010. Esta manifestación ya la hizo la demandada en el pleito de divorcio, como se dice el último párrafo del razonamiento jurídico segundo de la sentencia, que dice también en relación con la entrega de los enseres que “nada podemos acordar más allá de la fórmula genérica ya dicha, sin perjuicio de las acciones que asisten al señor Casimiro por la desaparición de sus efectos personales”, una declaración genérica de retirada de enseres que no prejuzga en modo alguno la decisión de este proceso, que, por todo lo dicho, debe ser desestimatoria de la demanda interpuesta”.

¹⁸ ROJ: SAP A 1047/2015.

progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución en otro caso.

IX. REFLEXIÓN FINAL.

La reflexión final que, a nuestro entender, merece el art. 6 LVRF combina dos elementos. Por un lado, la constatación de que, en líneas generales, la regulación legal ha soportado bien el paso del tiempo, algo, sin duda, meritorio en una materia sometida a constantes cambios; las grandes novedades de 2011 son, a la luz de la práctica jurisprudencial, bien asumidas en la realidad de 2015, aun cuando no dejen de producirse disfunciones. Por otro, la necesidad de proceder a reformas en algún aspecto concreto del articulado, como es el caso de los gastos ordinarios generados por el uso de la vivienda.

Ahora bien, plantear reformas en el escenario actual es tremendamente complicado, incluso está fuera de la realidad. La razón es bien sencilla: la ley valenciana de relaciones familiares está hoy por hoy pendiente de la decisión que finalmente se adopte por el Tribunal Constitucional. La situación es delicada, pues la ley ha cambiado totalmente el Derecho de familia que aplican los Jueces y Tribunales valencianos.

Hagamos un poco de historia. En los últimos años y, más concretamente, desde la reforma del Estatuto de Autonomía por virtud de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, la Comunitat Valenciana ha ido dictando normas importantes de Derecho civil. En aplicación de la competencia exclusiva que el art. 49.1.2ª del Estatuto atribuye a la Comunitat Valenciana (“conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”), se han dictado la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano (modificada posteriormente por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre); la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana. Todas estas leyes (sectoriales y destinadas a constituir en el futuro un Código de Derecho civil foral valenciano, tal y como reconocen los Preámbulos de las Leyes 10/2007 y 8/2009) están hoy recurridas ante el Tribunal Constitucional, discutiéndose la competencia de la Comunitat Valenciana para legislar en estas materias.

De modo distinto han sucedido las cosas con la Ley 3/2013, de 26 de julio, que fue publicada en el *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana* el 31 de julio de 2013 y no ha sido recurrida. Posiblemente, el ámbito contractual en el que se mueve, distinto del de Derecho de familia y sin una materia tan llamativa como lo pueden ser la custodia compartida, la unión de hecho o el régimen

económico matrimonial, haya sido clave para que la Ley 3/2013 pase desapercibida en los medios de comunicación y no se cuestione el polémico tema de la competencia legislativa, a pesar de contener, sin duda alguna, Derecho civil.

En conclusión: la regulación del art. 6 LVRF merece un juicio positivo, porque siendo detallada y minuciosa¹⁹ deja margen de discrecionalidad al Juez, flexibiliza los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar y tiene como principio rector la protección de los hijos menores. Pero habrá que esperar a la decisión del Tribunal Constitucional, para ver si el edificio normativo se mantiene y en qué términos. Será a partir de ese momento cuando, en su caso, podremos plantear algunas propuestas de reforma que la experiencia acumulada en estos cuatro años viene reclamando.

ÍNDICE

¹⁹ En esto hay coincidencia doctrinal. Entre otros, *vid.* TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 244.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.
ASPECTOS REGISTRALES.

THE ALLOCATION OF SOLE USE AND OCCUPANCY OF THE
FORMER MATRIMONIAL HOME. REGISTERING LAND ISSUES.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 113 - 144.

Fecha entrega: 01/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

ALEJANDRO M^a. BAÑÓN GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad de Torreveja 3
ambanon@registradores.org

RESUMEN: Tras exponer las líneas generales de la ley que regula la atribución del uso de la vivienda familiar en la Comunidad Valenciana, se dedica este trabajo a poner en relación la atribución de dicho uso y el Registro de la Propiedad. Se examinan en concreto: el documento que se presenta a inscripción, el tipo de asiento que deberá practicar el registrador, el contenido del mismo, la posición jurídica de la persona a cuyo favor se inscribe el uso y los distintos supuestos que se pueden dar, dependiendo de cómo esté inscrita la finca y de qué actos accedan al Registro después de la inscripción del uso. A lo largo de todo el trabajo, porque tiene relación con los aspectos analizados, y de forma directa en el último capítulo, se aborda la naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar

PALABRAS CLAVE: Uso de vivienda familiar, divorcio, Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: After presenting the outlines of the law governing the allocation of sole use and occupancy of the former matrimonial home in Valencia, this work is dedicated to offer a legal explanation regarding the relationship between the attribution of such use and occupancy and the Land Registry. In particular, the author examines the document submitted for registration, the type of assent that should be applied by the registrar and the content thereof, the legal position of the person in whose favor the use and occupancy is registered, and the different assumptions that could be foreseen, as it will depend on how the property was originally registered, and which kind of acts should have access the Registry after the assent of sole use and occupancy. The last part of this work is dedicated to addressing some other legal issues such as the nature of the family home as it is closely related with all the questions previously analyzed.

KEY WORDS: Sole use and occupancy former family home, divorce, Registry Land.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA GENERALITAT VALENCIANA, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN.- II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR FRENTE AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.- 1. Introducción.- 2. Título para inscribir.- 3. Clases de asiento registral.- 4. Contenido del asiento registral.- 5. Titular registral.- 6. Posibles supuestos en función de la titularidad inscrita de la finca.- A) La vivienda figura inscrita, con carácter privativo y exclusivo, a favor del cónyuge que es, además, titular del derecho de uso.- B) La finca figura inscrita a favor del cónyuge al que no se ha atribuido el uso de la vivienda.- C) La vivienda figura inscrita a nombre de terceros.- D) La finca figura inscrita a favor de ambos cónyuges sea en copropiedad de la vivienda para ambos, sea con carácter ganancial o común matrimonial.- III. EFECTOS DE LA CONSTATAción REGISTRAL DEL USO FAMILIAR EN DETERMINADOS SUPUESTOS.- 1. No consta inscrito el uso concedido judicialmente de la vivienda familiar.- 2. Consta inscrito el uso de la vivienda familiar.- IV. LA PRETENDIDA NATURALEZA REAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

I. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA GENERALITAT VALENCIANA, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN.

A pesar de abordar esta exposición la atribución del uso de la vivienda familiar desde una perspectiva fundamentalmente registral, siendo el objeto de estas jornadas el de la problemática actual del derecho de familia valenciano¹, se empezará exponiendo la normativa que, en la Comunidad Valenciana, hemos de considerar específica sobre la cuestión.

La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y a la que nos vamos a referir simplemente como Ley Valenciana de Custodia Compartida, entró en vigor el 5 de mayo de 2011. Poco tiempo después, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de julio de 2011, admitió a trámite un recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley, lo que produjo la suspensión de su vigencia y aplicación en relación con los preceptos impugnados. Posteriormente, por Auto del mismo Pleno, de 22 de noviembre 2011, se acordó levantar la suspensión.

¹ Este trabajo reproduce sustancialmente el contenido de la ponencia *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales*. Se leyó el día 3 de julio de 2014, en el ámbito de los Cursos de Verano Rafael Altamira de la Universidad de Alicante. En las jornadas del curso, que tenía como título el de *Problemática actual del derecho de familia valenciano*, se trataba de analizar las principales cuestiones que plantea la interpretación y aplicación de la legislación civil valenciana en materia de familia.

El art. 6 de la Ley Valenciana de Custodia Compartida contiene una norma cuyo objeto es precisamente el de “la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”. En su apartado 1, establece:

“1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso.

Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial.

El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores”.

De acuerdo con estas últimas palabras, se entiende que este artículo se va a aplicar tanto en los supuestos de custodia compartida como en los casos en los que la custodia fuera individual, pudiendo quedar configurada como un precepto de aplicación general sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y con esa vocación será aquí objeto de exposición.

Ante todo, el art. 6 da prioridad al pacto entre los progenitores. El art. 4 de la misma ley, que regula el pacto de convivencia familiar, se refiere, como uno de los contenidos mínimos del mismo, al “destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar. Dicho pacto, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal”.

En defecto de pacto, de la norma transcrita resulta con claridad que el principio imperante en la toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar es el de la protección del interés del menor. Este interés, como se desprende del propio precepto, puede ser atendido satisfaciendo a su vez otro interés concurrente, también digno de protección, el del progenitor que tenga objetivamente más dificultades para acceder a otra

vivienda, pero ello siempre y cuando no se cause perjuicio alguno al menor, pues es el interés del hijo o la hija el que habrá de ser considerado preferente. Se hace efectivo, a través de esta exigencia, uno de los principios rectores que en su art. 3 establece la Ley Valenciana 12/2008, de 3 julio, de Protección de la Infancia, el de la “primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo concurrente”.

En lo que se refiere a la fijación de una compensación a favor del progenitor titular de la vivienda, pero no adjudicatario de su uso, por la pérdida de éste, podemos destacar algunos aspectos.

En primer lugar, llama la atención el tono taxativo con el que parece pronunciarse el legislador. Aunque nos mostrásemos favorables a esta compensación económica a favor del propietario privado del uso de la vivienda, puede parecer criticable esa imperatividad de la norma valenciana que limitaría la valoración de las circunstancias del caso concreto sólo a efectos de determinar el importe de la compensación, pero no a la principal y previa de tomar la decisión de fijar o no una compensación².

Por lo que se refiere al criterio para ponderar el importe o cuantía de la compensación que deba acordarse, la norma remite a las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona. En la práctica, para tomar conocimiento de cuál sea el importe de esas rentas, se viene admitiendo, con las debidas precauciones, la posibilidad de efectuar consultas a través de Internet. En caso de discrepancia entre la información aportada por cada una de las partes, se acude por la autoridad judicial a la prueba pericial, a practicar por agentes de la propiedad inmobiliaria.

Como uno de los criterios más usuales para concretar el importe la compensación, se admite hacerla equivalente al importe de la mitad de la cuota hipotecaria que le correspondería abonar al progenitor que pierde el uso.

En cualquier caso, el importe de las rentas pagadas por alquileres no es el único a tener en cuenta. El precepto remite también a *las demás circunstancias concurrentes en el caso*. Singularmente, se valorará la capacidad económica de ambos progenitores y el porcentaje en la titularidad que le corresponde al adjudicatario³.

² En estos términos se manifiesta CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil de Notarios y Registradores*, 2014, vol. 1, núm. 2.

³ PEINADO MARTÍNEZ, S.: “Aplicación de la Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2013-2014, núm. 9, Derecho y familia. Febrero 2013-Enero 2014.

El otro aspecto a examinar en esta parte del precepto, y de mayor discusión, es el de que, fijado el importe de la compensación a tener en cuenta, la cantidad de que se trate, dice el artículo 6, “podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial”.

Comentando el alcance de esta compensación, TAMAYO CARMONA⁴ ha hecho algunas precisiones:

En relación con el cómputo de la compensación que se fije como contribución a los gastos ordinarios, y su relación con la obligación específica del deber de alimentos derivados de la filiación (art. 154 CC), ha destacado este autor “el carácter puramente patrimonial -incluso crematístico- de tales partidas que lo acercan más al concepto de cargas del matrimonio o deudas de cargo de la economía conyugal, que al deber alimenticio de los padres respecto a los hijos, que incluyen elementos tanto patrimoniales, como no patrimoniales”. Para este autor, “afirmándose la patrimonialidad de tales atenciones, a la hora de enlazar con las necesidades habitacionales de los hijos -menores- la primera conclusión que se puede obtener es que se trataría de uno de esos gastos consolidados que menciona el art. 3 e) Ley Valenciana de Custodia Compartida, y como tal, los gastos derivados de éstas serán tratados jurídicamente como cargas del matrimonio”.

Qué ha de entenderse por “gastos ordinarios”, lo concreta, en efecto, el citado art. 3, letra e) de la propia ley valenciana, que establece: “Deben considerarse gastos ordinarios aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia”.

Y en relación con el consentimiento a que se refiere el artículo lo define TAMAYO CARMONA, como una especie de “ius optionis del titular o cotitular de la vivienda privado del uso de recibir una compensación por la pérdida de éste, sea de forma positiva (una determinada cantidad de dinero), sea de forma negativa (disminuyendo su contribución económica en metálico a los gastos de los hijos)”. Se trataría de un elemento más de este derecho que “parecería definitivamente alejarlo de su carácter alimenticio, en cuanto que, de optar por recibir una compensación, confirmaría a contrario sensu que

⁴ TAMAYO CARMONA, J. A.: “¿Patrimonialización del Derecho de uso de la Vivienda familiar?”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2011, núm. 10, Segundo semestre 2011.

mediante la cesión del uso de la vivienda no estaría cumpliendo con su deber de alimentos, por definición, gratuito”.

Por lo que respecta a la regulación de esta cuestión en el ámbito estatal, la materia está siendo tratada en el ámbito del Anteproyecto de la llamada Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Si fuera aprobado este anteproyecto con el texto que presenta en la actualidad, el art. 96.4 del Código Civil establecería, entre otros extremos, que “la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”.

Se sigue el criterio establecido con anterioridad en el art. 233-20.7 del Código Civil Catalán que señala que “la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge”.

Para CUENA CASAS, comentando este aspecto del anteproyecto estatal, señala que “para que efectivamente se pudiera considerar como compensación patrimonial al cónyuge usuario por la vía de la reducción de la pensión alimenticia, la atribución del uso de la vivienda familiar debería someterse a la regla de la proporcionalidad propia de la pensión de alimentos, lo cual requeriría una regulación expresa”. Para esta autora, “deben establecerse y objetivarse los criterios para la computar el uso de la vivienda como contribución en especie. La indefinición de la norma generará inseguridad jurídica”⁵.

⁵ Con posterioridad a la ponencia en que se basa este trabajo, el Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día, 24 de julio de 2014, informó del anteproyecto estatal, en el siguiente sentido: “d) Atribución de uso de la vivienda y ajuar familiar, duración o momento de cese y repercusión de éste sobre las cargas familiares, los alimentos y la pensión por desequilibrio económico. Nuevamente en este caso el Anteproyecto constituye una concreción de la normativa vigente. El vigente artículo 90.1.d) del CC ya contempla, dentro del contenido mínimo del convenio regulador, la ‘atribución de uso de la vivienda y el ajuar familiar’. El Anteproyecto exige que se determine también la ‘duración’ de dicha atribución y la ‘repercusión’ que su cese tendrá en la obligación de contribuir a las cargas familiares, a la pensión por alimentos de los hijos y a la pensión de desequilibrio económico -la denominada ‘pensión compensatoria’- en favor del cónyuge en peor situación patrimonial tras la ruptura de la convivencia. Dado que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges deberá ponderarse -según el proyectado artículo 96.4 CC- en el cálculo de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, resulta justificado que el Anteproyecto exija que el convenio regule la repercusión que el cese de dicha atribución producirá en el monto de tales obligaciones. No obstante, se advierte cierta incoherencia entre los proyectados artículos 90.1.c) y 96.4 del CC: en el primero de ellos se dice que el convenio regulador deberá especificar la repercusión que el cese de la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en la contribución a las ‘cargas familiares’, a los ‘alimentos’ y a la ‘pensión compensatoria’; en el segundo, en cambio, se establece, para el caso de

Para terminar con el examen de esta parte del apartado primero del art. 6 de la ley, por lo que respecta a la posibilidad de que el uso se atribuya al cónyuge al que no se le haya concedido la custodia por tratarse del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, se ha criticado que se haga participar a este supuesto de idénticos parámetros que los que son aplicables al caso en que la asignación del uso esté relacionada directamente con la atribución de la custodia de los hijos. Y es que, divorciados ya los progenitores, no existe derecho de alimentos entre ambos, de modo que la compensación que se fije en vez de computarse como gasto ordinario en el sentido del transcrito artículo 3 de la ley valenciana, debería mejor valorarse como pago en especie de la pensión compensatoria que en su caso se haya fijado entre ambos ex cónyuges.

Volviendo a la regulación del art. 6 de la Ley Valenciana de Custodia Compartida, su apartado 2^o hace una aplicación concreta del principio de protección del interés del menor, al establecer, por un lado, que “salvo acuerdo en contrario, en ningún caso se adjudicará una vivienda, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar”; y, por otro lado, “que si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

Quizá sea el alcance de la expresión “derechos” lo más destacable en este apartado, pudiendo deducirse del inciso que se hace a continuación sobre el alcance de la facultad que ha de comprender dichos derechos, en concreto, la facultad de “ocupar como residencia familiar” la vivienda, un concepto más

falta de convenio, que el Juez deberá prever ‘la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla’, sin mencionar las ‘cargas familiares’. Así pues, parece necesario coordinar la redacción de ambos preceptos, previsiblemente en el sentido de incluir en este último artículo 96.4 del CC una referencia a las ‘cargas familiares’”.

⁶ Art. 6.2: “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

amplio que el que resultaría de identificarlos con un derecho necesariamente de naturaleza real, como la propiedad o el usufructo.⁷

En cuanto a la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar, el apartado 3 prescribe que “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”.

Lo cierto es que, en lo que respecta a la práctica registral diaria, no viene fijándose propiamente un plazo en los casos en los que el uso de la vivienda se atribuya al cónyuge no titular. No se establece ninguno concreto ni en la resolución judicial en la que se concede el uso, ni en la que es simplemente aprobatoria de los convenios reguladores. Ello puede tener relación con una posible interpretación de la ley que no variaría de la que se venía haciendo antes de la regulación estatal y a través de la cual se toma como referencia la mayoría de edad de los hijos menores o la subsistencia de la obligación legal de alimentos como plazo máximo de duración.

El anteproyecto estatal que da nueva redacción al art. 96 CC, es más preciso distinguiendo según que el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores esté relacionado con la guarda y custodia de los hijos, en cuyo caso, aquel progenitor tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos; o que se conceda sin consideración a la guarda y custodia de los hijos, en cuyo caso tendrá un plazo máximo de dos años, añadiéndose además, que “el cónyuge adjudicatario del uso podrá instar, tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”.

De acuerdo con esta interpretación, podría pensarse que la necesidad de fijar un plazo que establece el art. 6 de la Ley Valenciana irá referido preferentemente al caso en el que la atribución del uso lo sea a uno de los cónyuges sin consideración a la guarda y custodia de los hijos sino a sus dificultades en acceder a la vivienda.

⁷ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 17/2014, de 4 diciembre, N^o rec. 14/2014, expone como doctrina de la Sala, en cuanto a la interpretación del art. 6 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que “el régimen de atribución del uso de la vivienda y ajuar doméstico y el régimen de compensación por la pérdida del uso de la vivienda familiar en favor del progenitor que sea propietario o copropietario de la misma, resulta de aplicación en el supuesto de que la vivienda sea de propiedad de una sociedad mercantil participada exclusivamente por los progenitores con independencia de su porcentaje”.

En sus tres apartados finales, el art. 6 establece:

En el apartado 4 la inaplicabilidad de lo previsto en los apartados anteriores a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

En el apartado 5, una norma sobre el ajuar familiar, que “permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial”.

Y en el apartado 6, final, la remisión a la regulación general para los casos en que se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, supuesto en el cual, “se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso”.

II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR FRENTE AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

1. Introducción.

Pasando ya afrontar la relación del uso de la vivienda familiar con el Registro de la Propiedad, se define al uso de la vivienda familiar, como un derecho temporal e indisponible a ocupar y disfrutar la vivienda habitual de la familia, libremente acordado por los cónyuges y plasmado en el convenio regulador, el cual deberá ser aprobado por el Juez en la sentencia que falle en los procedimientos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio; o en defecto de convenio y cuando las circunstancias así lo aconsejen, el que imperativamente fije el Juez en la propia sentencia.

Si hablamos de “derecho”, sin más, sin delimitar la naturaleza del mismo, es porque esa es precisamente la discusión que se abre al hablar del uso de la vivienda familiar; concretamente la de si pertenece a la categoría de los derechos familiares o a la de los derechos patrimoniales; y si estuviera entre éstos, si se encuentra entre los derechos de crédito o entre los reales. Y como derecho real, si tal derecho real es el uso regulado en el Código Civil, o, por el contrario, se trata de un derecho real innominado o atípico.

En esta diferenciación, por sus caracteres se viene considerando al derecho de uso de la vivienda familiar entre los derechos de carácter familiar. Al respecto, son especialmente ilustrativas de esta posición las sentencias de unificación de doctrina de 14 y 18 de enero de 2010, por las que el Tribunal Supremo confirma e insiste en que este derecho de uso no es un derecho real, sino de un derecho de naturaleza familiar.

Partiendo en concreto de la lectura de los arts. 96.1, 96.3 y, muy en particular, del art. 96.4, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 afirma:

Que no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2009).

Que, desde el punto de vista patrimonial, no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda.

Y que esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad.

En el mismo sentido que el Tribunal Supremo, se ha venido manifestando la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, la resolución de 19 de julio de 2011, en la que se afirmaba: “Como derecho absoluto, ejercitable “erga omnes” y cuya efectividad depende de su publicidad registral, es por lo que el T.S. en sentencias de 18 de octubre y 31 de diciembre de 1994, lo calificó como derecho real familiar; bajo la premisa de que al Registro de la Propiedad sólo acceden los derechos reales, obviando que también acceden cualquiera otras vicisitudes o circunstancias que afectan al tráfico jurídico de tales derechos reales, como las limitaciones de disponer (artículo 26 L.H. y resolución 25 de octubre de 1999)”.

En cualquier caso, esto es, sea la que sea la concepción defendida, lo cierto es que para que la efectividad de este derecho no resulte desvirtuada, es preciso que acceda al Registro de la Propiedad. Y a ese acceso nos vamos a referir a continuación.

2. Título para inscribir.

El documento público necesario para inscribir el uso de la vivienda familiar es la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador o, en su defecto, en la que, directamente, se establezca la atribución de este derecho conforme al art. 96 CC.

Lo primero que hay que comprobar, al afrontar la calificación registral de la documentación aportada, es que lo que materialmente se presenta a inscripción tiene unas mínimas garantías de autenticidad.

Por regla general, el título que se presenta al Registro es un testimonio de la sentencia en la que se encuentra insertada la fotocopia testimoniada del convenio regulador, en el que se hace una concreta atribución del uso de la vivienda. Lo expide el Secretario Judicial, que es a quien le corresponde con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial⁸. En estos casos, el registrador debe llegar a la convicción de que el convenio regulador aprobado, que es un documento privado, redactado y firmado por las partes, es el que acompaña a la sentencia presentada.

Sin embargo, en la práctica, los problemas suscitados son múltiples:

Hay casos en los que, en las fotocopias del convenio, salvo al final del mismo, en la última hoja, no existe ningún signo de su correspondencia con lo aprobado por el Juzgado.

En otros casos, ocurre simplemente que no lleva sello ni rúbrica del fedatario judicial más que la sentencia de separación o divorcio, pero no las hojas del convenio

A veces, los mismos folios en donde se encuentra el convenio no están ni seriados, ni numerados, e incluso se trata de papel ordinario con la firma sólo de las partes.

Si, conforme a los arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario, el título presentado a inscripción ha de tener carácter público, lo que supone que ha de estar autorizado por un notario o funcionario público competente y con las solemnidades requeridas por la Ley, circunstancias como las relacionadas, por las dudas suscitadas, normalmente impedirán la inscripción.

⁸ Art. 453.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Como la atribución del uso de la vivienda familiar es una operación independiente, en principio, de la liquidación del régimen económico matrimonial, no existe inconveniente en el caso de que lo que se presente a inscripción sea sólo la escritura de liquidación del régimen económico matrimonial, con adjudicaciones de inmuebles, pero no el convenio regulador, judicialmente aprobado, o la resolución en que directamente se atribuya el uso. En estos casos, ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado que no puede el registrador pedir el convenio o la resolución para examinar su concordancia con la escritura y, concretamente, que la vivienda familiar adjudicada en la escritura lo ha sido al cónyuge a quien se ha reconocido el uso.

Para la Dirección General, la liquidación, en aquel caso, de la sociedad de gananciales, “en una cuestión puramente patrimonial” y “los cónyuges no ven limitada su libertad contractual por el contenido de dicho convenio”⁹. Que el uso de la vivienda familiar sea un derecho familiar no significa que no sea disponible e incluso renunciable por su titular. De este modo:

Si en la adjudicación se ha respetado, adjudicándosele la vivienda, se verá reforzado.

Y si en la adjudicación no se ha respetado, siempre podrá inscribirlo directa e independientemente de la escritura de liquidación, cuando quiera porque la sentencia es directamente inscribible.

3. Clases de asiento registral.

No es habitual que se concrete, en los documentos judiciales que se presentan en el Registro, el tipo de asiento que ha de practicarse, quedando en el ámbito de la decisión del registrador la elección del mismo. Pueden plantearse tres posibilidades:

1º) Inscripción propiamente dicha.

⁹ RDGRN de 19 de julio de 2011: “Ante la preocupación de la registradora por la vivienda habitual hay que decir que, como consecuencia de la naturaleza del derecho al uso de tal vivienda, que, como ha dicho este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), no es un derecho real sino de carácter familiar, la defensa del mismo está encomendada siempre a uno solo de los cónyuges, el titular de tal derecho, y tal cónyuge puede hasta renunciar al mismo consintiendo la enajenación de la vivienda. En consecuencia, la atribución de la propiedad a uno solo de los cónyuges no puede contradecir nunca el derecho al uso, pues el mismo, si se atribuye al cónyuge titular, lo refuerza, y si se atribuye al otro, no impide que éste inscriba el derecho al uso”.

Esta fórmula presupondría la consideración del uso de la vivienda familiar como un propio y típico derecho real de uso. Pero como esta naturaleza real parece haber quedado excluida jurisprudencialmente (como se ha expuesto, al menos en lo que se refiere a la regulación del Código Civil), no será la inscripción el asiento a practicar. A la misma conclusión puede llegarse a través de cierta doctrina práctica de la que se infiere que no es necesario, para su constatación registral, determinar plenamente todas las circunstancias que el art. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario exigen para practicar una inscripción, por ejemplo, en cuanto a la identificación completa de los hijos beneficiarios, ni al plazo.

2º) Anotación preventiva con vigencia limitada y pendiente de confirmación o modificación en la sentencia definitiva.

Se trataría de una anotación preventiva cuyo objeto será el de dar publicidad a la medida previa o preventiva, adoptada conforme al art. 103.2 del Código Civil, esto es, como anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo¹⁰.

3º) Nota marginal, al margen de la inscripción de dominio.

Parece que será lo habitual, una vez consolidado este derecho y atribuido ya por sentencia judicial. Es congruente:

a) Con el alcance que, según hemos visto, se da al uso de la vivienda familiar, considerado ante todo, no como un derecho real sino como una limitación a la facultad de disposición. Publicará fundamentalmente eso, la restricción a las facultades dispositivas del titular registral de la vivienda.

b) Con el tenor del art. 96.2 del Reglamento Hipotecario, que establece que “las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal”.

4. Contenido del asiento registral.

Que, como venimos diciendo, no tenga la consideración de derecho real y, por ello, no le sea exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen a la inscripción de los derechos reales, no significa que el uso de la vivienda

¹⁰ Véanse, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos 771, medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución- y 773, medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

familiar no se someta al principio de especialidad registral. Por eso, en el título presentado para su constatación registral, deberá quedar definido, si no con absoluta, sí con suficiente claridad, el objeto de la inscripción.

No obstante, la exigencia de determinación del objeto principal de lo que se inscribe, según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, no podemos llevarla al extremo de negar la inscripción simplemente porque no se “denomine” o “califique” exactamente el derecho cuya inscripción se solicita, pero sí la de evitar al menos confusionismos contrarios a la necesaria claridad en la extensión del derecho que se inscribe. Veamos dos ejemplos:

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 2008 se enfrentó a la siguiente cláusula: se adjudica la propiedad de la vivienda familiar en proindiviso por mitad a ambos cónyuges; se atribuye a la esposa y a los hijos el uso del domicilio conyugal, y ya en las adjudicaciones, se le adjudica un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente. Para la Dirección General se produce un confusionismo contrario al principio de especialidad, dada la distinta naturaleza del derecho de usufructo y el derecho familiar al uso de la vivienda habitual que se reconocen superpuestos.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 2009, por su parte, afrontó el alcance e inscribibilidad del pacto por el que se acordaba que las hijas comunes del matrimonio, junto con su madre, tendrán su domicilio habitual en la vivienda que fuera domicilio conyugal, privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente y siempre que no contraiga la madre nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona. La duda por la que la Dirección General rechazó este pacto era la de si lo que se está constituyendo es el derecho de uso de la vivienda familiar tipificado legalmente, o una simple declaración de intenciones o una obligación sin repercusión frente a terceros.

En cuanto al dato concreto de la duración del derecho en cuestión, no parece que la falta de expresión de un plazo exacto de duración constituya un defecto que impida su inscripción, ya no sólo porque no se trate propiamente un derecho real sino, también, porque estamos ante un derecho que siempre tendrá un plazo máximo, en defecto de determinación, plazo que será el de la vida del cónyuge a quien se atribuye o de los menores de edad. En este

sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2004¹¹.

Excepcionalmente, al hilo de lo que se ha expuesto al tratar la normativa sustantiva en el ámbito de la Comunidad Valenciana, podría sostenerse mayor firmeza en la fijación de un plazo concreto, como requisito de inscripción, en aquellos casos en los que la atribución del uso estuviera ligada, exclusivamente, a las dificultades de uno de los cónyuges, a acceder a una vivienda propia.

5. Titular registral.

La tesis tradicional, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha venido considerando que nos encontramos ante un derecho cuyo titular es el cónyuge a cuyo cargo permanecen los hijos, bastando por tanto que se inscriba a nombre de éste, sin que sea necesario especificar el nombre y demás circunstancias de los hijos, que son meros beneficiarios.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de agosto de 2008 abordó el caso de una escritura notarial en la que los ex cónyuges, en cumplimiento de una sentencia de divorcio y del convenio regulador, constituyeron ante notario un derecho de uso sobre una vivienda familiar a favor de la ex esposa “mientras mantenga la custodia de los hijos”.

Alegaba el registrador que los hijos debían de ser titulares también del derecho de uso.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, el carácter familiar y no patrimonial del derecho de uso de la vivienda familiar impone, entre otros efectos que le son propios, el de la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. A favor de los hijos no se practicará la inscripción o asiento que se elija, pues sólo son beneficiarios, pero no titulares del derecho. Es a la ex esposa a la que corresponde la

¹¹ En dicha resolución, la DGRN se inclinó por no exigir duración basándose en que: a) si bien ha de constar en el Registro el plazo de duración de los derechos reales de carácter temporal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real b) concluirá, en todo caso, con la vida de su titular, y c) es revocable por el Juez, por lo que el plazo podría dar lugar a confusión. Por su parte, para la DGRN (así, la citada resolución de 18 de noviembre de 2009) la peculiar naturaleza familiar que tiene este derecho le impone “consecuencias especiales como es, entre otras, su duración, que puede ser variable”.

titularidad del derecho, y por tanto sólo a ella corresponderá el consentimiento para disponer de dicho derecho.

Por su parte, la Resolución de 14 de mayo de 2009 abundó en esa idea de distinguir entre titular y beneficiarios del uso de la vivienda familiar. Se trataba de un caso en el que en el Registro figuraba ya inscrito un derecho de uso familiar a favor de la esposa y de los hijos, dentro de un procedimiento de separación. Habiendo vendido la vivienda la esposa, que era además titular en pleno dominio de la finca por la liquidación de gananciales, la registradora exigió el consentimiento al acto de disposición por parte del cónyuge no titular, padre de los hijos, por considerar que ellos son titulares del derecho también.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho de tipo familiar y no patrimonial y una cosa es el interés protegido (el interés familiar en este caso) y otra, la titularidad del derecho, (en este caso únicamente de la esposa) que conlleva el poder de disposición del mismo.

De este modo, tras afirmar que “los hijos son beneficiarios, pero no titulares de ese derecho, pues lo es únicamente la esposa”, decidió la Dirección General que bastaba que el cónyuge beneficiario del uso –en este caso, la esposa- diera su consentimiento para que pudiera disponerse, enajenarse, la vivienda.

No obstante, matizando el criterio expuesto, la resolución de 19 de mayo de 2012 admite la posibilidad de inscribir el derecho de uso a nombre de los hijos. Considera la Dirección General que si, en el convenio regulador, se acuerda claramente que los titulares del derecho de uso sean los hijos menores, y no el otro cónyuge y si el juez así lo ratifica en su sentencia de aprobación del convenio, serán los hijos los titulares del derecho, y a su nombre concreto y específico corresponde entonces inscribirlo.

La consecuencia práctica inmediata de esta posición será la de que habrá que hacer constar en el Registro, en estos casos sí, las circunstancias identificativas de cada uno de los hijos, dando cumplimiento de este modo a lo prescrito por los arts. 9.4 de la Ley Hipotecaria y 51.9 del Reglamento Hipotecario, pues su especial naturaleza de derecho familiar no le excluye del principio de determinación registral.

Ciertamente, la inscripción a favor de los hijos del uso de la vivienda familiar puede evitar los pactos encubiertos entre los progenitores a través de los cuales pudieran dejar a los protegidos por la norma sin vivienda familiar,

dado el carácter renunciable o disponible este derecho cuando se atribuye normalmente a uno de los ex cónyuges.

Sin embargo, parece excesivo convertir en categoría lo que debería ser considerado como muy excepcional (el acuerdo de ambos ex cónyuges en perjuicio de sus hijos), especialmente si tenemos en cuenta las consecuencias prácticas a que ello conduce pues, tratándose de menores, la inscripción que se practique a su favor del uso conllevará sujetar los ulteriores actos de disposición sobre el bien a las normas restrictivas reguladoras de la capacidad de los hijos menores.

6. Posibles supuestos en función de la titularidad inscrita de la finca.

En la calificación por parte del registrador de la propiedad de la documentación por la que se atribuye judicialmente el uso de la vivienda conyugal, la titularidad registral de la finca puede presentar diversas situaciones. Distinguiremos, a continuación, algunas de ellas.

A) La vivienda figura inscrita, con carácter privativo y exclusivo, a favor del cónyuge que es, además, titular del derecho de uso.

Si, cuando vamos a inscribir el uso, examinando la inscripción de dominio de la finca resulta estar ya inscrita en pleno dominio a favor del cónyuge al que se le da el uso, puede considerarse superflua su constatación registral.

Como ya declararan sendas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007, no es inscribible el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges si la vivienda pertenece ya a él con carácter privativo, pues en tal caso su uso y disfrute le vienen atribuidos por el derecho de propiedad que sobre ella ostenta. Por ello, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso así atribuido judicialmente.

B) La finca figura inscrita a favor del cónyuge al que no se ha atribuido el uso de la vivienda.

Es el supuesto normal, el que recoge el artículo 96.4 del Código Civil. Es aconsejable inscribir el uso a favor del cónyuge no propietario, para conseguir su oponibilidad de forma segura, para darle eficacia erga omnes más allá de la que resulta de la posesión de la vivienda.

C) La vivienda figura inscrita a nombre de terceros.

Sin entrar en otras consideraciones, la cuestión se resuelve a través, exclusivamente, de los principios registrales. El de tracto sucesivo impide practicar la inscripción porque en el procedimiento de separación o divorcio no son parte esos terceros, propietarios registrales de la finca. Todos los asientos que se practiquen sobre ella requerirán esa intervención como parte o, en su defecto, consentimiento expreso dado en escritura pública¹².

No obstante, cabrá inscribir el uso en aquellos casos en que, habiendo otros propietarios registrales de la finca, tenga inscrito a su favor uno de los cónyuges (aquel al que no se le atribuya el uso) un derecho que comprenda la facultades de posesión y uso de la vivienda (por ejemplo, el usufructo de la finca).

Un caso especial, dentro de estos supuestos, sería el del art. 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que establece que el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda, como cesionario del contrato de arrendamiento, bien por acuerdo de las partes, bien por decisión judicial, en base a lo que dispone el art. 96 CC. En este caso, si constase inscrito ese arrendamiento de vivienda¹³, parece que la constatación registral de ese acuerdo o resolución no habrá de limitarse a practicar una nota al margen de la inscripción del arrendamiento, sino que habrá de consistir en un propio asiento principal de inscripción, ya que de la ley parece desprenderse que nos hallamos, más bien, ante una cesión del contrato¹⁴.

¹² Aunque en este caso habría que pensar en cómo articular ese consentimiento: ¿Sería suficiente si se articulara simplemente como un asentimiento a la solicitud de inscripción?

¹³ Tras las últimas reformas aprobadas en la materia (en particular, la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos llevada a cabo por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas respecto de las viviendas), se ha generalizado la inscripción de los arrendamientos de viviendas, dada la eficacia limitada que, respecto de terceros, se le da ahora a dichos arrendamientos, en caso de que no hayan accedido al Registro a través de la correspondiente inscripción.

¹⁴ El apartado 1 del art. 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, establece: “Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. 1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato”.

D) La finca figura inscrita a favor de ambos cónyuges sea en copropiedad de la vivienda para ambos, sea con carácter ganancial o común matrimonial.

La primera impresión que se tiene es que puede ser innecesaria la constatación registral del uso: como sin consentimiento del titular del uso no hay actos de disposición sobre la total finca, está de sobra inscribirlo.

Distingamos los supuestos:

1º) La finca está inscrita por mitades indivisas a favor de ambos cónyuges, uno de ellos, el destinatario del uso de la vivienda.

Si la atribución judicial del uso de la vivienda familiar se entiende sólo como una restricción a la facultad de disposición, puede parecer redundante su inscripción: siendo ya el cónyuge que tiene ese uso copropietario de la finca, su consentimiento será siempre necesario para realizar, sobre la totalidad de la finca, actos de disposición.

Sin embargo, parece más prudente, en lugar de denegar la inscripción del uso en estos casos, denegarla, sí, en la parte indivisa en la que el titular del mismo sea ya propietario de la finca, pero inscribirlo en la otra, en la parte indivisa que no le pertenezca. Esta forma de actuar tiene una evidente eficacia práctica:

Pensemos que uno de los copropietarios ejercitara la acción de división de la cosa común y ésta desembocara en la adjudicación de la finca en subasta pública a un tercero. Como la disolución de la comunidad de bienes no viene siendo considerada como un acto de disposición sino declarativo o especificativo de derechos, esa adjudicación de la finca a tercero será posible, aun constando la oposición del cónyuge titular del uso de la vivienda. Entonces: ¿será oponible al rematante de la finca del uso judicialmente atribuido a uno de los copropietarios? La cuestión es discutible¹⁵ pero la respuesta será indudablemente afirmativa si, aunque sea sólo en una parte indivisa de la finca, conste inscrito el uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges. Todo el que concurra a la subasta, sabiendo que va a adquirir la totalidad de la finca, deberá recabar la información registral de todas las

¹⁵ A favor de la regla general de que el uso es, en este caso, oponible al adquirente, se han mostrado las dos sentencias citadas de 14 y 18 de enero de 2010, para las cuales “el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único o en subasta consiguiente a la acción de división”, y en la STS de 27 de febrero de 2012, en la que, además de confirmar que puede llevarse a cabo la acción de división por un copropietario, añade que de ello no puede derivarse la extinción del derecho de uso atribuido al otro cónyuge, pues su interés se ha considerado más digno de protección.

participaciones indivisas y no podrá alegar, constando inscrito el uso en una de ellas, desconocimiento o buena fe.

2º) La finca está inscrita, sí, con carácter ganancial a nombre del destinatario del uso y su cónyuge. Si no nos consta pacto alguno de liquidación respecto de esa finca, ésta seguirá siendo, pues, ganancial y pertenecerá, en la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, al cónyuge titular del uso. De acuerdo con lo dicho antes, no parece que tenga utilidad inscribir a su favor ese uso, porque ningún acto dispositivo se efectuará sobre la finca sin su consentimiento.

Sin embargo, puede que haya casos que induzcan a llegar a una conclusión distinta:

En su día, denegamos la inscripción del uso porque la finca estaba inscrita a nombre del deudor con carácter ganancial.

Se presenta luego un mandamiento de embargo sobre esa finca, en procedimiento ajeno, por deudas del otro cónyuge. Como la anotación se produce disuelta, pero pendiente de liquidación, la sociedad de gananciales, se anotará el embargo, si el mandamiento lo deja limitado a la cuota global que a la liquidación de los gananciales corresponda al deudor respecto de la finca.

Si luego, producida la liquidación de gananciales, a consecuencia de adjudicarse la finca al cónyuge deudor, se adjudicaría en subasta la finca a un tercero. La inscripción que se practique a favor del adjudicatario, ante la falta de inscripción del uso, podrá alegar desconocerlo, cosa que no podría invocar si hubiera estado inscrito.

Por ello, parece lo responsable acceder a la inscripción del uso en estos casos, no obstante ser el cónyuge al que se le atribuye propietario de la finca.

III. EFECTOS DE LA CONSTATAción REGISTRAL DEL USO FAMILIAR EN DETERMINADOS SUPUESTOS.

Examinaremos, a continuación algunas de las situaciones en las que habrá de enfrentarse el derecho de uso a la vivienda familiar con otras titularidades que accedan al Registro. Podremos comprobar el distinto tratamiento que habrá de recibir en función de que dicho derecho haya sido inscrito o no y dependiendo de en qué momento accede al Registro.

Se plantea, en primer lugar, qué pasa si se otorga, y se pretende inscribir, una escritura de hipoteca otorgada por el dueño de la vivienda cuyo uso se ha atribuido al otro cónyuge, al que no es dueño de la finca.

Si en el folio registral sí consta inscrita la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no otorgante, conforme al art. 96 CC, no cabrá inscribir la hipoteca sin consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial.

Pero si en el folio registral no consta inscrito el uso de la vivienda al cónyuge no otorgante, el propietario de la finca podrá constituir la hipoteca sin consentimiento de aquél. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 31 de marzo de 2000, para el caso de una persona separada legalmente que otorgaba una escritura de hipoteca y a la que la registradora exigió que acreditara a quién correspondía el uso de la vivienda, sostuvo que si el derecho de uso no está inscrito, no hay que hacer averiguaciones adicionales ya que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular de los términos del asiento respectivo y, en aquel caso concreto, sin restricciones en cuanto a la facultad de disposición sobre la finca.

Lleguemos ahora a ver qué pasa en caso de ejecución hipotecaria de la hipoteca que tenemos inscrita.

1. No consta inscrito el uso concedido judicialmente de la vivienda familiar.

Tratándose de bienes inmuebles, a falta de constatación registral, ha de presumirse que el adquirente de la finca desconoce la existencia de dicho derecho y que adquirirá la vivienda que se adjudica con las cargas que consten inscritas y, en cuanto al uso de la vivienda familiar, libre de él, debiendo probarse la mala fe de su adquisición.

2. Consta inscrito el uso de la vivienda familiar.

En este caso vamos a distinguir dos supuestos.

1º) Consta inscrito el uso de la vivienda familiar, y consta inscrito, además, antes que la inscripción de la hipoteca.

En este caso, el adjudicatario de la finca debe respetar el uso inscrito de la vivienda familiar. Por aplicación de los principios registrales y procesales, la eficacia cancelatoria de la hipoteca no puede “retrotraerse” a los asientos que se practicaran antes que la inscripción de hipoteca que sea objeto de

ejecución. Es decir, el registrador, al inscribir la finca a favor del rematante o adjudicatario, se limitará a cancelar los asientos posteriores a la inscripción de hipoteca, tal y como normalmente le ordenará el juzgado, pero no los anteriores.

Sin embargo, independientemente de la prioridad registral de que goza el uso atribuido a uno de los cónyuges, nos podemos plantear: ¿qué efectos habrá de producir el consentimiento que dio el cónyuge al que se había atribuido el uso para que se inscribiera en su día la hipoteca? En otras palabras: por el hecho de haber consentido la hipoteca ¿se cancelaría también su derecho de uso, cuando se inscriba la adjudicación judicial y la finca, con todas las facultades dominicales, de la finca a favor del adjudicatario?

El Tribunal Supremo, en sentencias como la de 8 de octubre de 2010 declaró que en caso de ejecución de hipoteca, prevalece la hipoteca sobre el derecho de uso, pues la constitución de aquella fue consentida en su día por la hoy usuaria, al constituir en aquel momento el domicilio familiar.

Si, con arreglo a esto “prevalece la hipoteca sobre el derecho de uso”, la pregunta que nos hacemos es: ¿cancelaría el registrador la nota marginal de uso de la vivienda familiar, si se lo ordenara el juzgado, a pesar de ser anterior a la inscripción de la hipoteca que se ejecutó? De nuevo, creo, nos encontramos con una materia relativamente ligada a la decisión que se tome en cuanto a la naturaleza jurídica del uso.

En principio, si atendemos a que se trata de un derecho que, desde el punto de vista patrimonial, no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, cabe interpretar, avanzando en la línea de la sentencia citada de 8 de octubre de 2010, que el consentimiento dado en su día comprende también el necesario para la enajenación para la realización de su valor. Con arreglo a ello, podría el registrador acceder a cancelar también el uso inscrito, si lo ordenara el juzgado.

Pero si optáramos por dar al derecho de uso a la vivienda familiar un carácter positivo, con incorporación de una serie de facultades de uso y ocupación similares a las de un derecho real, parece que la cancelación del asiento registral de atribución del uso debería recibir un nivel de exigencia superior. Se trataría de un asiento registral, el de ese uso, que situaría a su titular en una posición similar a la que recibiría un hipotecante no deudor, o, más bien, un usufructuario o un copropietario que concurriera a la constitución de hipoteca y prestara su consentimiento para que la garantía recaiga sobre la totalidad del pleno dominio de la finca. La cancelación de su inscripción, si lo ordenara el juzgado, no podría practicarse si no constase que la demanda y el requerimiento de pago en la ejecución hipotecaria se hubieran dirigido

también contra el titular del derecho de uso. Es lo mismo que se exigiría si, por ejemplo, adjudicándose la finca en pleno dominio, existiera un copropietario o un titular del usufructo o uno de la nuda propiedad que, sin ser deudores, hubieran consentido en su día la constitución de la hipoteca.

El problema está en que, aun pretendiendo el carácter real del derecho de uso, como un derecho de goce limitado, no existe base legal para que reciba el mismo trato que aquellos otros derechos a los que se sitúa por la Ley de Enjuiciamiento Civil y por la Ley Hipotecaria en el mismo plano que al deudor y al hipotecante no deudor en cuanto a la exigencia de legitimación pasiva en el procedimiento de ejecución. La legislación citada sólo se refiere al tercer poseedor (art. 685.1º LEC) y, como tercer poseedor, sólo se refiere al que hubiere adquirido “el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo” (art. 662.2 LEC)¹⁶.

Entiendo que si se pretendiera dar al uso de la vivienda familiar la consideración de derecho real inscribible, se tendrían que modificar estas normas para dar entrada precisamente al supuesto que examinamos y poner a su titular al nivel del usufructuario o nudo propietario que hubiera consentido en su día la constitución de la hipoteca. Si consiente, como titular de tal derecho, la hipoteca, la adjudicación de la finca pudiera llegar a significar que el adjudicatario reciba todos los derechos dominicales sobre la finca, incluido el uso en cuestión, pero ello será consecuencia de que el titular de ese uso fuera demandado en la ejecución.

2º) Consta inscrito el uso, pero después de la inscripción de la hipoteca bien porque se hubiera concedido judicialmente después que la hipoteca bien porque, aun habiéndose concedido antes, hubiera accedido más tarde que la inscripción de hipoteca al Registro.

Como regla general, la ejecución de la hipoteca primeramente inscrita arrastrará y cancelará el asiento del uso inscrito después, como consecuencia del principio de prioridad registral y el art. 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha existido cierta jurisprudencia que ha sostenido que, no obstante tener que cancelarse el asiento del uso por ser posterior a la hipoteca ejecutada, dicho uso se habría hecho ya inoponible como derecho y el adjudicatario en vez de

¹⁶ 662.2: “Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo”.

685.1: “La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”.

desconocerlo y lanzar a los ocupantes de la vivienda, debería, por el contrario, respetarlo en determinados casos, más o menos relacionados con la falta, por su parte, de buena fe. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 20 de mayo de 1999, afirmó que el derecho de uso en este caso sigue siendo oponible a terceros, y que el tercero adjudicatario no es tercero hipotecario, al faltarle la buena fe, pues el derecho de uso, aunque posterior, estaba inscrito en el registro antes de su propia adquisición, luego no puede ser inoponible al mismo, y debe respetarlo.

Dos puntualizaciones habría que hacer a sentencias como esta:

Por un lado, que la prioridad registral de la adquisición del rematante o adjudicatario deriva de la prioridad que tenga la inscripción de la hipoteca, no de la que tenga, *per se*, la inscripción de adjudicación por la que se constata su adquisición.

Y, por otro lado, que precisamente por ello, la buena fe determinante no es la del adquirente por la subasta o adjudicación (salvo que sea él el propio ejecutante) sino la buena fe del acreedor hipotecario que obtuvo a su favor la inscripción de hipoteca e inició la ejecución.

De nuevo, parece que el planteamiento de la cuestión está relacionado con una determinada concepción del uso de la vivienda familiar:

Si se concibiera el uso como una mera limitación legal de disponer, el asiento registral correspondiente tendría que recibir el mismo trato que cualquier asiento posterior a la hipoteca que se ejecuta: se procederá a su cancelación a consecuencia de la adjudicación.

Pero si se planteara que estamos ante un propio derecho real inscribible, de goce limitado que conlleva la posesión y uso inmediato de la finca, creo que, de nuevo, habría que plantearse la posibilidad de equipararle al *tercer poseedor* a que se refiere nuestra legislación procesal e hipotecaria. Ello exigiría, como se ha dicho, añadir al caso del usufructuario, del nudo propietario o del titular del dominio directo o útil, al titular del derecho de uso de la vivienda familiar. Si así se hiciera, poniendo las normas de esa legislación en relación con las resoluciones que, en los últimos meses¹⁷, han tratado de resolver el problema de la necesidad o no de demandar y requerir de pago al tercer poseedor de la finca hipotecada, tendríamos que distinguir según que dicho uso hubiera accedido al Registro antes de la demanda, que lo hubiera hecho después de la demanda de ejecución y antes de la nota marginal de expedición de la

¹⁷ Como las de 13 de septiembre de 2012, 22 de mayo y 10 de julio de 2013.

certificación de cargas, o que hubiera accedido después de haberse expedido la certificación de cargas¹⁸:

- En caso de que la inscripción de uso se practicara *después de inscribirse la hipoteca pero antes de la presentación de la demanda*, debería el acreedor, en el momento de presentarla, obtener información registral que le anuncie las titularidades registrales inscritas. Su buena fe se pondrá en relación con el Registro y si, cuando prepara su demanda, aquél publica el uso familiar no podrá decir que lo desconocía para pretender, el día de mañana, su cancelación. Así pues, si diéramos a ese uso inscrito la consideración de un derecho real, no sólo por razón de la restricción dispositiva que implica sino por el conjunto de facultades directas de goce sobre el objeto que incorpora, debería su titular recibir un tratamiento similar al del tercer poseedor y el acreedor ejecutante, claramente, dirigir contra el titular inscrito del uso la demanda.

- En caso de que la inscripción de uso se practicara *después de presentarse la demanda, pero antes de expedirse la certificación de cargas* prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y de practicarse la nota marginal acreditativa de su expedición, si seguimos el criterio que la Dirección General, en las citadas resoluciones, parece que podría ser suficiente que, por parte del juzgado, a la vista de la certificación de cargas, se proceda simplemente a notificar el procedimiento con arreglo a lo que establece el artículo 689.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No será necesario demandar al titular del uso, pero se entenderán con él, por parte del juzgado, todas las actuaciones posteriores.

- Y en caso de que la inscripción de uso se practicara *después de expedirse la certificación de cargas y practicarse su nota marginal*, la ejecución de la hipoteca implicará su cancelación automática, sin necesidad de atender a otras consideraciones de legitimación pasiva y trámites de notificación.

¹⁸ En la resolución de 10 de julio de 2013, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha reiterado su doctrina (definida en la resolución de 13 de septiembre de 2012, y en la de 22 de mayo de 2013, entre otras), según la cual, y por exigencias del art. 132.1º LH, la calificación registral, a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, ha de controlar, entre otros extremos “que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento”, exigencia que se considera coherente con el art. 685, que prevé que la demanda ejecutiva se dirija frente al deudor y, en su caso, “frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”; y con el art. 686, que regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro».

Debe insistirse en que toda esta construcción es una ficción que estaría basada en una doble innovación:

La primera, la de que realmente se confiera al derecho de uso de la vivienda familiar carácter de derecho real, de la categoría de los de goce, directamente inscribible en el Registro de la Propiedad, y no sólo a los efectos de garantizar su eficacia erga omnes sino por su propia naturaleza de potestad directa e inmediata sobre el inmueble.

La segunda, la de que se reformen las normas procesales e hipotecarias para que se dé al titular de dicho derecho idéntica posición que la que se da al tercer poseedor de la finca hipotecada.

Entretanto, lo que debe hacerse es respetar los principios hipotecarios y, en particular, el de prioridad registral, con arreglo al cual, lo recomendable es:

1º) No cancelar el asiento registral de uso familiar si es anterior a la hipoteca que se ejecuta.

2º) Cancelarlo directamente si es posterior a la inscripción de hipoteca. Únicamente deberá el registrador comunicarle a su titular, cuando expida la certificación de cargas, el inicio de la ejecución hipotecaria, si es que el uso se constató registralmente antes de expedirse esa certificación¹⁹.

¹⁹ Con posterioridad a la exposición que ha dado lugar a este trabajo, ha tratado la cuestión la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 2015. Se planteaba si cabía la inscripción de la adjudicación derivada de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad a la inscripción de la atribución del uso familiar de la vivienda conyugal. Cuando se inscribió la hipoteca, no concurrió el cónyuge no titular prestando su consentimiento a la constitución del gravamen, pues en ese momento el dueño de la finca era todavía soltero. Por lo que se refería a la inscripción del uso, ésta se produjo en virtud de un procedimiento iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda de ejecución hipotecaria. El registrador entendía, en principio, en la nota de calificación recurrida, que el cónyuge al que se atribuyó el uso familiar debió haber sido demandado, tomando una posición similar a la que adoptaría el tercer poseedor.

La resolución emite dos conclusiones:

La primera, la de que, “lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad”. A tales efectos, reproduce la argumentación contenida en una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015: “El Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de marzo de 2015, recogiendo doctrina de otras Sentencias anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 16 de enero 2010), manifestó lo siguiente: ‘La sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 cuando afronta la cuestión relativa a la reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges parte de una afirmación, cual es que «el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente”’.

Y llegado este punto, sería interesante plantear a continuación si realmente cabe sostener la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar y las consecuencias prácticas a que ello conduciría en su relación con el Registro de la Propiedad.

IV. LA PRETENDIDA NATURALEZA REAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Al tratar precisamente el supuesto de inscripción del uso de la vivienda familiar en los casos en los que la finca figure ya inscrita a nombre del destinatario de aquél, en su trabajo “La oponibilidad derecho de uso de la vivienda familiar”, MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA²⁰, tras compartir que, en efecto, no “sería necesaria la inscripción del derecho de uso desde su perspectiva negativa, al coincidir la titularidad dominical y la del derecho de uso, añade que sí sería interesante esa inscripción para destacar su contenido positivo, con respecto a su oponibilidad a un tercer adquirente, por ejemplo, en una subasta por apremio o embargo por deudas del titular”²¹.

A lo largo de su trabajo, traslada GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA en numerosas ocasiones aparte de en esa, la doble perspectiva desde la que otro autor, AGUIRRE FERNÁNDEZ²², aborda el asunto de la naturaleza del uso de la vivienda familiar:

La segunda, relativa al grado de intervención que ha de tener en la ejecución el cónyuge a cuyo favor se ha atribuido el uso de la vivienda familiar, en el sentido de que “ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. Resolución de 23 de marzo de 2015)”.

En relación con esta última declaración, debería plantearse si realmente cabe llegar a tal conclusión (la de dar al cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda conyugal el mismo carácter de “tercer poseedor” que se predica para un propietario, usufructuario, nudo propietario o titular del dominio directo o útil de la finca) y, a la vez, seguir sosteniendo que el derecho de que se trata no es un derecho real propiamente dicho, sino sólo una limitación de la facultad de disponer impuesta al cónyuge titular registral.

²⁰ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a: “La oponibilidad derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, Año LXXXIX, núm. 737.

²¹ Añade: “Como este derecho de uso, de origen no patrimonial, queda fuera de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y tiene una finalidad diferente y superior que es la protección de la familia, puede tener como consecuencia su exclusión de la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil, sin que el derecho de uso se vea afectado por esta circunstancia. Se garantiza, así, el derecho de uso de la residencia de la familia, y para ello, si se ha constituido e inscrito con anterioridad a este embargo, el adquirente queda afectado por el uso seguro”.

²² AGUIRRE FERNÁNDEZ, J.: “La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7378, año XXXI, pp. 1-8.

Habla este autor, en primer lugar, de una perspectiva negativa, que consiste en la limitación que supone para las facultades de disposición del titular dominical. Desde esta perspectiva, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha entendido que solo se inscribirá el derecho de uso, o sólo será necesaria su inscripción cuando la vivienda familiar sea de propiedad exclusiva de un cónyuge y el uso se atribuya al otro²³.

Pero, junto a esa vertiente negativa, destaca AGUIRRE FERNÁNDEZ, una perspectiva positiva del uso de la vivienda familiar, un contenido que comprende una serie de facultades -en esencia, las de usar y ocupar como residencia la vivienda familiar- que son más cercanas al contenido de un derecho real y que deben tenerse en cuenta, pues deben ser también oponibles a terceros, aun cuando excedan de la simple limitación dispositiva en que también consiste este derecho.

Bajo esta visión, también en los casos en los que el titular dominical y el titular del uso de la vivienda sean la misma persona (sea como propietario en exclusiva, o con carácter ganancial o común, o como copropietario), cabría inscribir el uso de la vivienda familiar²⁴.

Y adoptando un punto de vista más general, traslada GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA llega a la conclusión de que el derecho de uso de la vivienda familiar en su vertiente positiva, está integrado por las facultades de uso y ocupación similares a las de un derecho real, facultades por las que puede ser

²³ De modo que: 1º) Cuando la finca pertenezca exclusivamente al cónyuge titular del uso, este uso no será necesario inscribirlo porque, obviamente, los actos de disposición sobre la finca necesitarán su consentimiento. 2º) Cuando la vivienda tuviera carácter ganancial, tampoco sería necesaria la inscripción del uso, porque si todavía no se ha liquidado dicha sociedad, seguirá siendo necesario el consentimiento de ambos cónyuges en todos los actos dispositivos, y si ya se ha disuelto pero no liquidado todavía, los bienes pertenecen a una especial comunidad en la que se sigue necesitando el consentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto dispositivo sobre los mismos.

²⁴ Destaca en su trabajo GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a: “La oponibilidad”, cit.: “El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han afirmado y ha admitido este doble contenido del derecho uso. Baste ver la RDGRN de 14 de mayo de 2009, que recoge la doctrina de la STS de 4 de abril de 1997, y señala que el derecho de uso es un derecho ocupacional y además una limitación de disponer: «...derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal [STS de 4 de abril de 1997 (RJ 1997/2636)], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio [RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/7680)]»; es decir, afirma el contenido tanto negativo como positivo del derecho de uso de la vivienda familiar. Pero, la Dirección General, que reconoce este doble contenido, no va más allá, pues sigue manteniendo la no necesidad de inscripción del derecho de uso cuando el titular dominical y el tributario del uso sean la misma persona, pues allí no hay limitación a la facultad de disposición que valga. Se olvida de la vertiente positiva del derecho de uso que, desde nuestro punto de vista, además de existir también debe ser oponible”.

percibido como un derecho con contenido patrimonial positivo que puede y debe afectar a terceros adquirentes.

Frente a los que pudieran llegar a sostener, en algunos casos, que existe una super-oponibilidad del derecho de uso, a modo de carga oculta y en cualquier situación, aboga esta autora:

1º) Por la necesidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad “para favorecer y ordenar su oponibilidad...respetando siempre los principios hipotecarios de prioridad y fe pública, así como los de la ejecución”.

2º) Y “por ampliar los supuestos de inscripción de este derecho”.

Evidentemente, las consecuencias de la configuración como derecho real “positivo” nos obligaría a volver sobre nuestros pasos y a replantearnos muchas de las cosas que aquí se han dicho.

Al hablar de la clase de asiento registral a practicar, deberíamos inclinarnos, ya más claramente, por el asiento de inscripción propiamente dicha, que es el que sirve para constatar registralmente los derechos completos de naturaleza real, con la única excepción de la anotación preventiva en caso de que se trate de medidas pendientes de alcanzar firmeza o de carácter meramente cautelar.

Al hablar del contenido del asiento registral, cabría exigir una precisión mayor que permitiera trasladar mejor las facultades que comprende, para su conocimiento preciso por los posibles adquirentes de la finca, frente a la innecesariedad de “calificación” del derecho en cuestión, que –según se ha expuesto- actualmente se viene sosteniendo.

Salvo en los casos en los que esa calificación remita a alguno de los derechos nominados o típicos (sustancialmente, el derecho de usufructo), deberá ser la resolución judicial, el convenio regulador o el pacto de convivencia lo suficientemente claro en la determinación del alcance de las facultades que comprenda el uso y, saliéndose del envase del usufructo, deberá cumplir con los requisitos de especialidad y determinación que son propios del derecho inmobiliario registral, en particular, entre otros aspectos, la clara atribución a su titular de una potestad directa e inmediata sobre el bien, su vocación de eficacia real o erga omnes y la determinación clara de un plazo de duración.

Al hablar del titular registral, debería afrontarse con espíritu crítico, incluso excluir, la distinción expuesta entre titular y beneficiarios pues serían estos últimos, ya claramente, en la mayoría de los casos, los titulares inscritos del derecho de que se trata. En consecuencia:

1º) Desde un plano formal, debería exigirse la consignación de todas circunstancias identificativas de cada uno de los hijos, en consideración a los cuales se atribuya el uso, o la definición de las cuotas indivisas de cada uno de ellos, en caso de cotitularidad entre varios.

2º) Y, en cuanto al fondo, sería discutible sostener todavía que se siga tratando de una facultad de la que pueda el cónyuge al que se asignara el uso, exclusivamente, disponer o renunciar unilateralmente (como hasta ahora, cuando, por ejemplo, prestaba su consentimiento a un acto de disposición del cónyuge titular de la vivienda). Siendo los titulares los hijos, tales actos pasarían necesariamente por su consentimiento, debidamente complementado en su caso, por el de sus representantes legales o, en fin, por la correspondiente autorización judicial

Y al desmenuzar los supuestos posibles de titularidad inscrita, habría que admitir la inscripción del uso, en todo caso (también en aquellos en los que sea propietario el destinatario del mismo) y siempre que lo permita el principio de tracto sucesivo.

Pero ¿puede predicarse, en el actual panorama legislativo, que el uso de la vivienda familiar tenga naturaleza de derecho real, con ese doble alcance que recogen los autores antes citados?

Por lo que respecta al Código Civil estatal, no lo parece. Ya hemos visto la doctrina del Tribunal Supremo que, sobre la base de la redacción actual del art. 96 CC, le da el limitado carácter de una restricción a las facultades dispositivas del propietario de la finca.

En el ámbito de la legislación foral catalana, por el contrario, se admite por la misma jurisprudencia del propio Tribunal Supremo (la citada sentencia de 18 de enero de 2010, por ejemplo) que el art. 233-22²⁵ del Libro II del Código Civil de Cataluña se ha decantado por considerar al derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, si fuera aprobado el anteproyecto de reforma del Código Civil estatal, el apartado 8 de su art. 96, reiterando prácticamente los términos del artículo citado del Código Civil de Cataluña, pasaría a decir que “el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad, de donde se

²⁵ Dice este artículo que “el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

deduciría, según la misma jurisprudencia, que quedaría sancionado su naturaleza de derecho real.

No existe una norma similar a estas ni en el derecho aragonés, es decir, en el art. 7 de la Ley Aragonesa 2/2010, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres, ni en el comentado artículo 6 de la Ley Valenciana de Custodia Compartida, lo que significa que, a través de la aplicación supletoria del derecho estatal y hasta la aprobación de la reforma del artículo 96 del Código Civil estatal, habrá que seguir predicando el limitado alcance real del derecho de uso que estamos tratando.²⁶

Ante tal regulación, habría que concluir llamando respetuosamente la atención sobre la necesidad de que la pretendida naturaleza real del uso de la vivienda familiar no se quede en la aprobación de una norma que simplemente declare su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad. Si, en realidad, el uso de la vivienda familiar se integra de facultades concretas de uso y ocupación que lo definen diferenciadamente de la titularidad dominical, hasta el punto de poder llegar a permitirse su constatación registral superpuesta, incluso, a la titularidad dominical del mismo sujeto de ambos derechos, la regulación legal debería ser clara sobre el contenido y alcance de ese derecho. Y si la norma legal no aborda ese contenido y alcance, deberá exigirse a las resoluciones judiciales o a los pactos y convenios por ellas aprobados la mayor concreción en la delimitación del derecho concedido así como el cumplimiento de todas las exigencias de determinación que impone nuestro sistema registral inmobiliario, en su acceso al Registro de la Propiedad.

ÍNDICE

²⁶ La Disposición Final Segunda de la Ley Valenciana de Custodia compartida establece: Aplicación supletoria del Código Civil. “El Código Civil se aplicará con carácter supletorio, en defecto de la presente ley, en todas las materias reguladas por ésta”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO
DE RUPTURA DE LOS PROGENITORES: ANÁLISIS DE LA LEY
7/2015, DEL PARLAMENTO VASCO.

USAGE ASSIGNMENT OF THE FAMILY HOME IN THE EVENT
OF SEPARATION OF THE PARENTS: ANALYSIS OF THE ACT
7/2015, OF THE BASQUE PARLIAMENT.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 145 - 163.

Fecha entrega: 14/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. ANA SEISDEDOS MUIÑO
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco
ana.seisdedos@ehu.eus

RESUMEN: Este artículo ofrece un breve análisis del régimen establecido por la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, con relación a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores, comparándolo con la regulación establecida al respecto por el Código civil español.

PALABRAS CLAVE: separación de los progenitores, vivienda familiar, asignación del uso, hijos menores, custodia de los hijos, ley vasca.

ABSTRACT: This article offers a brief analysis of the regime set out in the law issued by the Basque Parliament, Law 7/2015, regarding the use of the family home in the event of separation or divorce where there are minor children involved, and it makes a comparison with the regime laid out in the Spanish Civil Code for the same situation.

KEY WORDS: separation of parents, family home, usage assignment, minor children, child custody, Basque Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL SOBRE EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY VASCA 7/2015.- III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN FUNCIÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS.- IV. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA SEGÚN LAS NECESIDADES DE LOS PROGENITORES.- V .LIMITACIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE USO.- VI. OTRAS MEDIDAS TENDENTES A ARMONIZAR LOS INTERESES DE AMBOS PROGENITORES.- VII. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO.

I. INTRODUCCIÓN.

En octubre de 2015 ha entrado en vigor la Ley del Parlamento vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Esta Ley persigue, entre otros objetivos, que en dichos supuestos la atribución de la guarda de los hijos menores a ambos padres de forma compartida no constituya una solución excepcional, tal como ocurre actualmente en el art. 92 CC cuando sólo uno de los padres la solicita.

En efecto, la norma estatal prescribe que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento” (art. 92.5 CC). Ahora bien, faltando tal solicitud conjunta de los progenitores, el juez, “excepcionalmente (...) a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (art. 92.8 CC). Lo que ocurre es que, por un lado, el TC declaró inconstitucional, en ¹2012, la exigencia de que el informe del Fiscal fuera favorable a la guarda conjunta, por vulneración del artículo 117.3CE y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. De modo que ahora simplemente debe haber informe, en uno u otro sentido, tal como ya exigen la LEC y el párrafo 6 del propio art. 92 CC. Creo que con ello se ha atenuado considerablemente el carácter “excepcional” que tiene en el Código la custodia compartida a solicitud de un solo progenitor. Y de hecho, son varias las sentencias de los últimos años en las que el TS desmiente tal carácter, afirmando que la redacción del art. 92 CC “no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en

¹ STC (Pleno) 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185.)

situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (STS 29 abril 2013,² entre otras).

Así las cosas, estimo que la nueva normativa vasca no aporta realmente novedades importantes en este aspecto, con relación a la estatal. Ambas exigen o bien acuerdo de los dos progenitores o bien, al menos, la petición de uno de ellos, para que pueda establecerse una guarda conjunta. Ninguna ha dado el paso de permitirla sin petición de parte, lo que podría justificarse por la atenuación que en este tipo de procedimientos experimentan los principios de congruencia y dispositivo, en aras del interés superior de los menores afectados. Tampoco la Ley vasca ha llegado al extremo de considerar la custodia conjunta como solución preferente o como regla general, a diferencia de las Leyes aprobadas por las Cortes aragonesas y valencianas, respectivamente. Se limita a indicar que tal sistema se establecerá por el juez, a petición de parte, “siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores” (art. 9.3). Igualmente podrá el juez otorgar a uno solo la guarda “cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor” (art. 9.6).

En cambio, otro de los aspectos de la Ley 7/2015, a cuyo estudio se va a dedicar precisamente este trabajo, sí supone una modificación importante en comparación con la regulación del Código Civil. Se trata de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuestión a la que se refiere el extensísimo artículo 12, integrado por catorce apartados. Frente a ello, el artículo 96 CC ofrece una regulación escueta en exceso, sumamente rígida y aplicable únicamente a los supuestos de custodia monoparental.

Y puesto que la normativa vasca va a desplazar en adelante a la del Código en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi, siempre que se den los puntos de conexión previstos en el artículo 2 de aquella, voy a efectuar un estudio comparativo entre ambas regulaciones, poniendo de manifiesto cómo la Ley 7/2015 ha intentado remediar algunos de los problemas que desde 1981 ha venido generando la interpretación y aplicación del art. 96 CC, haciéndose eco de las soluciones jurisprudenciales que con respecto a ellos se han ido abriendo paso durante los últimos años.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL SOBRE EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY VASCA 7/2015.

Aunque la Ley 15/2005, de 8 de julio, introdujo en el Código Civil expresamente la posibilidad de establecer un sistema de custodia compartida

² RAJ 2013, 3269.

en los supuestos de crisis matrimonial, modificando para ello el art. 92, a cuyo contenido me he referido en la Introducción de este estudio, lo cierto es que dicha Ley no modificó, como hubiera sido deseable, el art. 96 del mismo Código, pensado exclusivamente para los casos de guarda individual, ya sea cuando la misma se atribuye a un progenitor sobre todos los hijos de la pareja, ya cuando se produce un reparto de aquéllos entre ambos padres. En el primer supuesto, siempre en defecto de acuerdo 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”. En el segundo, poco frecuente en la práctica, ya que el mismo Código recomienda “no separar a los hermanos”, la norma se limita a proclamar que “el Juez resolverá lo procedente”.

Los adjudicatarios del uso son, por tanto, en el primer supuesto, los hijos, y sólo por relación a ellos el progenitor a quien se haya encomendado su guarda. Y puesto que no se incorpora al texto ningún otro matiz ni previsión, la permanencia de los hijos en la vivienda familiar se erige en criterio único, dándose por sentado que la defensa del interés de aquéllos exige tal solución, por encima de cualquier otra consideración y de la atención a otros intereses concurrentes. El rigor y el automatismo de esta regulación, cuya aplicación ha originado en muchas ocasiones medidas desproporcionadas e injustas, ha conducido, por un lado, a que los Tribunales hayan intentado en cierta medida paliar dichos defectos, y, por otro, a que las legislaciones autonómicas hayan procurado ofrecer una normativa más flexible y orientada a la armonización de los distintos intereses que pueden concurrir.

En cuanto a lo primero, el TS viene efectuando últimamente una reinterpretación o relectura del art. 96.1CC en clave “alimenticia”: se trata de permitir, en determinadas circunstancias, que los hijos menores residan en otra vivienda que satisfaga de forma adecuada su necesidad de habitación, necesidad que se incluye, en definitiva, en la obligación de alimentos que han de prestarles sus progenitores. Cubierta razonablemente dicha necesidad de los hijos, cabría atribuir el uso de la vivienda familiar al padre no custodio, evitando situaciones que a veces pueden calificarse como de auténtico abuso de derecho. Además, la implantación del sistema de custodia compartida obliga en ocasiones a los hijos a variar periódicamente su lugar de residencia, poniéndose así en cuestión el tradicional planteamiento que vincula el interés de los menores con la permanencia en el hogar familiar³.

³ Véase al respecto DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, en este mismo ejemplar de *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 22-26, con cita de las sentencias más recientes del TS acerca de esta cuestión.

Y en cuanto a lo segundo, y centrándome en el análisis de la normativa vasca, la Ley 7/2015 abre su artículo 12 proclamando, como criterios que han de orientar al Juez en esta cuestión, siempre en defecto de acuerdo aprobado por él, no solo la conveniencia de los menores, sino también las necesidades de sus padres y la titularidad de la propia vivienda. La armonización de estos tres factores va estructurando una detallada y bastante farragosa regulación, que admite, además, la posibilidad de que la vivienda familiar sea sustituida por otra que se encuentre a disposición de la pareja. Se presta especial atención, también, a la limitación temporal del derecho de uso y a las causas que pueden motivar su extinción; y se dedica un apartado a la distribución de las obligaciones y gastos relacionados con la adquisición, mejora, conservación y reparación de la vivienda.

III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN FUNCIÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS.

La idea de que lo mejor para los hijos es, por regla general, continuar residiendo en el que ha sido el alojamiento cotidiano de la familia hasta el momento de la ruptura, idea que suele fundarse en la consideración de que resulta conveniente para ellos la permanencia en su entorno habitual, tiene un reflejo importante, pero muy matizado, en la nueva normativa vasca, cualquiera que sea el sistema de guarda establecido.

Efectivamente, si la custodia va a ser individual, el juez debe otorgar el uso de la vivienda “preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas si es lo más conveniente para el interés de estos” (art. 12.2). De modo que esta solución se establece como preferente si se considera la más adecuada para los menores⁴, sin dar por sentado que siempre lo sea, superándose así el rígido criterio establecido por el art. 96.1 CC. De la lectura de esta norma, la de la Ley vasca, se desprende que lo preferente es, en realidad, atender al interés de los hijos, y que éste puede no consistir en permanecer en la vivienda familiar junto con el progenitor custodio. Podría ocurrir, por ejemplo, que los progenitores, o uno de ellos, dispusieran en ese momento de una vivienda mejor que la que haya constituido el hogar familiar, y el juez entendiera que satisface en mayor medida el interés de los hijos, en cuanto a su necesidad de disponer de

⁴ Obsérvese que en la redacción de la norma vasca el uso se otorga al progenitor, por el hecho de corresponderle la guarda. En el art. 96.1 CC, en cambio, se atribuye a los hijos y, como consecuencia, “al cónyuge en cuya compañía queden”.

alojamiento adecuado, atribuir al custodio el uso de esa otra vivienda, al amparo de lo dispuesto en el apartado 6 del art. 12⁵.

En el caso de que se haya establecido una guarda conjunta, el art. 12.4 no prioriza ninguna solución, puesto que se limita a proclamar que si “el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”. Se enfrentan aquí dos posibilidades, sin que resulte claro cuál ha de ser el criterio para decantarse a favor de alguna de ellas.

Consiste la primera en establecer un sistema de uso por turnos, en el que los menores permanecen en el hogar familiar, instalándose en él cada uno de los progenitores durante el periodo en el que le corresponde el ejercicio de la guarda. De manera que en estos supuestos se vincula el uso de la vivienda con el ejercicio de la custodia, alternadamente, por parte de los progenitores. Los hijos disfrutan así de una residencia permanente y de la compañía de ambos padres; pero cada uno de estos ha de tener a su disposición otro lugar en el que poder alojarse fuera de los periodos de convivencia con los menores.

El juez podrá también decantarse por la segunda de las posibilidades que establece el art. 12.4. En tal caso, el uso de la vivienda se desvincula de la custodia, y por ello me ocupo de esta situación en el epígrafe siguiente.

IV. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA SEGÚN LAS NECESIDADES DE LOS PROGENITORES.

Ya hemos visto que el criterio de la protección del interés de los hijos debe coordinarse, según la Ley, con la atención a la “necesidad de los miembros de la pareja” (art. 12.1).

Ello conduce, en los supuestos de custodia compartida, a atribuir el uso a uno solo de aquellos de manera permanente, cuando se trate del padre que tenga mayores dificultades de acceso a una vivienda, siempre que esta solución resulte compatible con el interés superior de los hijos (vid. art. 12.4). En tal caso, la atribución del uso se desvincula del ejercicio de la guarda, de modo que aquel no corresponde, alternadamente, al padre que en cada momento ostente la custodia. Deberán entonces los menores desplazarse

⁵ “El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”.

periódicamente entre el que fue su hogar familiar y la residencia del progenitor a quien no se haya atribuido el uso. Y este peregrinaje suele ser, precisamente, uno de los mayores inconvenientes que se achacan a la custodia compartida, desde el punto de vista del beneficio de los hijos. Por eso el juez habrá de afinar mucho su argumentación para demostrar que la protección del progenitor más desfavorecido es compatible con la del interés superior de los hijos, que no van a tener, en este supuesto, la posibilidad de disfrutar de una residencia estable. Y debe sobreentenderse, aunque no lo explicita la Ley en este apartado 4, que el progenitor a quien no se atribuya el uso ha de tener medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos durante los periodos en los que permanezcan en su compañía. En definitiva, en estos supuestos cobra especial relevancia la atención a las necesidades de los hijos en su faceta de necesidades alimenticias, que quedan cubiertas viviendo fuera del hogar familiar, en la vivienda que les proporcione el padre menos desfavorecido, y alternadamente en la morada familiar durante los periodos en los que convivan con el otro progenitor, quien a su vez habrá obtenido con este sistema una satisfacción adecuada de su propia necesidad de habitación.

Y si la custodia es individual, puede prescindirse del binomio “guarda-uso de la vivienda”, atribuyéndolo al no custodio siempre que tenga objetivamente “mayores dificultades de acceso a otra vivienda”, y el custodio, a su vez, disponga de “medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores”, resultando además tal solución “compatible con el interés superior de estos” (art. 12.3). De nuevo se refleja en este apartado la idea de que lo primordial es asegurar la satisfacción de la necesidad de vivienda de los menores, sin que ello exija necesariamente atribuir al progenitor custodio el uso del antiguo hogar familiar, cuando existan otros intereses necesitados de protección cuya defensa resulte compatible con la de los intereses de los hijos.

V. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE USO.

La ley vasca se ha preocupado de precisar la duración que pueda tener la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores, estableciendo a tal efecto una distinción según la circunstancia que haya motivado tal atribución.

Como se sabe, el art. 96.1 CC, cuando adjudica el uso, en los casos de custodia monoparental, “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, no impone ninguna limitación temporal a tal atribución. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que, puesto que en esta norma la asignación del

uso se encuentra vinculada a la de la custodia, habrá de subsistir hasta que esta termine por haber alcanzado los hijos la mayoría de edad⁶, sin que sea posible establecer otro tipo de límites, como en algún momento pretendieron algunos Tribunales, al permitir que en las viviendas de carácter ganancial el derecho de uso se extinguiera en el momento de la liquidación del régimen económico conyugal⁷. Alcanzada la mayoría, no resulta ya de aplicación lo dispuesto en el art. 96.1, de modo que ni el progenitor que fue custodio ni los hijos ya mayores ostentan automáticamente un derecho a mantenerse en el uso de la vivienda familiar, ni siquiera en el caso de que se encuentren en situación de necesidad, ya que habrán de aplicarse entonces las normas relativas a la obligación de alimentos entre parientes (arts. 142 y ss. CC), y tal aplicación no conduce necesariamente a dicha solución (véase especialmente lo dispuesto en el art. 149). El TS ha establecido al respecto que tras la mayoría de edad la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no constituye un factor determinante para adjudicarle el uso de la que fue vivienda familiar; en consecuencia, “ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir”⁸.

Insisto en esta idea porque la Ley vasca parece haberse apartado de este planteamiento. Así, en el caso de que el uso se haya atribuido junto con la custodia de los hijos, individual o compartida, y, por tanto, de manera continuada o por turnos, el progenitor que no sea titular único de la vivienda, por ser esta común o privativa del otro, “dispondrá del uso sólo mientras dure la obligación de prestarles alimentos” (art. 12.5.2). Creo que cabe interpretar esta norma en el sentido de que la atribución del uso no termina en estos casos con la mayoría de edad, sino que puede prolongarse más allá de la misma, en el caso de que los hijos pasen a convertirse, como es habitual, en acreedores de una obligación de alimentos entre parientes frente a sus padres, al amparo de los arts. 142 y siguientes del Código Civil. De modo que, en contra de lo que ocurre en la regulación estatal, la normativa vasca vincula claramente el uso de la vivienda a la prestación alimenticia debida a los hijos mayores. Se produce así una continuidad con relación al planteamiento legal relativo a los menores, que, como hemos ido viendo, aparece orientado en buena medida a la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos en su faceta habitacional.

⁶ Véanse. en tal sentido: SSTS 14 abril 2011 (RAJ 2011, 3590), 17 octubre 2013 (RAJ 2013, 7255) y 18 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6048), entre otras.

⁷ Véase al respecto DE LA IGLESIA MONJE, M^a I.: “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011, pp. 3453-3455.

⁸ STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

Sin embargo, la Ley incurre a mi juicio en una flagrante contradicción cuando en el artículo 12.11, que enumera las causas de extinción del derecho de uso, proclama en su apartado e) que “si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos”. Parece evidente la incorrección de esta disposición, puesto que normalmente las dos circunstancias que menciona no se producen de forma simultánea; muy frecuentemente, por el contrario, la extinción de la guarda, originada por la llegada del hijo a la mayoría de edad, no impide la subsistencia de la obligación de prestarle alimentos, amparada ya, no en lo que dispone el art. 154 CC en sede de patria potestad, sino en las previsiones relativas a la obligación de alimentos entre parientes, de los artículos 142 y siguientes del mismo Código. Y la norma no aclara si en tales supuestos la extinción del derecho se produce en el primer momento (fin de la guarda) o en el segundo (fin de la obligación de prestar alimentos). Interpretada en relación con el apartado 5.2 del artículo 12, que estoy analizando, habrá de concluirse que la circunstancia determinante de la extinción del derecho de uso es el fin de la obligación de prestar alimentos, de modo que el fin de la guarda solo producirá ese efecto cuando lleve aparejado el término de la obligación alimenticia, por tener el hijo que ha cumplido 18 años medios de vida suficientes. Otra cosa es que el fin de la guarda se deba a un cambio de medidas por modificación sobrevenida de las circunstancias, que haya originado la atribución de la custodia al progenitor que inicialmente no la tuvo, y ello pueda o deba acarrear una modificación del derecho de uso, que pasará a corresponder al nuevo custodio. Pero creo que esta situación hubiera debido expresarse de otra manera en el apartado 11.e) separándolo de la cuestión de los alimentos, para evitar ambigüedades.

En los casos en los que termina la guarda por mayoría de edad y subsiste en cambio la obligación de alimentos, al no encontrarse ya los hijos sometidos a la custodia de ninguno de sus progenitores pueden producirse situaciones extrañas, difícilmente justificables ¿Tiene sentido, por ejemplo, que el que fue progenitor custodio pueda permanecer en un inmueble privativo del otro, junto con los hijos mayores, hasta la independencia económica de estos? Una cosa es que se reconozca a los hijos el derecho a permanecer en la vivienda, recibiendo así una parte de la prestación de alimentos, y otra que tengan que hacerlo en compañía del progenitor no titular; ¿qué interés se está protegiendo aquí, además del de los hijos?; ¿qué ocurre si el titular desea recuperar el uso y pasar a convivir con sus hijos ya mayores?; y ¿no cabría satisfacer de otra manera la necesidad de vivienda de éstos, ex art. 149 CC? Correlativamente, si hubiera ostentado la custodia el progenitor titular de la vivienda habría que pensar, a la vista de esta norma, que los hijos mayores tendrían derecho a residir en aquella mientras subsistiera frente a ellos la obligación de alimentos.

Por otro lado, este apartado segundo del párrafo 5, que estoy analizando, contempla el supuesto de que se haya atribuido el uso de la vivienda familiar “a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia (...) ya fuera exclusiva o compartida”. Pero ya hemos visto que en los casos de guarda compartida, cuando la atribución del uso se vincula a la custodia y no a la mayor necesidad de un progenitor, se establece un sistema de uso por periodos alternos de la vivienda en la que permanecen los hijos (véase art. 12.4), de modo que el uso lo tienen realmente los dos progenitores aunque sea de forma alternada. Es dudoso que en tal supuesto resulte aplicable el párrafo 5.2, que contempla el caso de que el uso se haya atribuido “a uno” por otorgársele la guarda. Si la respuesta fuera afirmativa, podríamos encontrarnos con el progenitor no titular del inmueble entrando periódicamente en el mismo para compartirlo con sus hijos mayores, mientras el otro se vería obligado a abandonarlo temporalmente...

El mismo párrafo 5 dispone, en su apartado primero, que “la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años”. Y puesto que dicha atribución “será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron”, no resulta claro, a mi juicio, si se establece en definitiva como límite temporal de la adjudicación la pervivencia de la situación de necesidad en el beneficiario, o si aun subsistiendo la misma puede ponerse fin a la adjudicación. En efecto, cabe prorrogar el derecho de uso si perduran las circunstancias que lo fundamentaron, y la prórroga ha de ser temporal; pero, ¿cuál es la duración máxima de la prórroga y cuántas prórrogas caben?⁹

Esta norma recuerda a la que el Código civil establece en el artículo 96.3 para los casos en los que, no habiendo hijos (menores), se asigna el uso al cónyuge no titular por considerarse que, atendidas las circunstancias, es su interés el más necesitado de protección. En tal supuesto, la atribución se hará “por el tiempo que prudencialmente se fije”.

La diferencia más llamativa entre ambas regulaciones se encuentra en el hecho de que la norma estatal solo se aplica cuando, en ausencia de hijos

⁹ Esta disposición se inspira claramente en la normativa catalana, que con mayor imprecisión que la vasca, para los casos de atribución del uso a favor del cónyuge más necesitado, establece que “debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron” (art. 233-20.5 CC de Cataluña). En cambio, el Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil aprobado en 2014 por el Ministerio de Justicia precisa que, aunque el plazo inicial es de dos años, cabe que el adjudicatario solicite “con carácter excepcional y si continúa teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año” (nuevo art. 96.3 CC).

menores, el uso se haya adjudicado al cónyuge no titular de la vivienda; con toda lógica, se trata de restringir la duración de esta situación excepcional, que en este caso no se funda en la atribución de la custodia y el interés de los hijos menores. Por ello la jurisprudencia ha precisado que debe también extenderse al supuesto de que el beneficiario comparta la titularidad con el otro, por tratarse de un inmueble ganancial o simplemente común¹⁰.

En cambio la regulación vasca está pensada para aquellos casos, ya analizados, en los que, tras la ponderación de los intereses concurrentes (hijos, progenitores), se asigna la utilización de la vivienda familiar al progenitor que, o bien no siendo custodio o bien compartiendo la guarda con el otro, tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda (art. 12.3 y 4); y puede tratarse del titular exclusivo de aquella, puesto que en este apartado no se exige que la vivienda sea privativa del otro o común a ambos. En supuestos de custodia individual, si la vivienda familiar fuera común o privativa del custodio, resulta razonable que se establezca una limitación temporal -aunque como ya he señalado, no se termine de saber cuál sea- por las mismas razones que he expuesto con relación al art. 96. 3 CC. Si la guarda es compartida, ha de considerarse también el interés de los menores, que pasan la mitad del tiempo con el progenitor beneficiario del uso, y podrían verse perjudicados si éste finalizara antes de que termine la situación de necesidad. Pero la situación más problemática se producirá cuando el progenitor necesitado sea a la vez el titular exclusivo del inmueble que ha servido como vivienda familiar. En tal caso, si la necesidad de vivienda de los hijos se encuentra resuelta mediante su convivencia con el progenitor custodio, o mediante el sistema de turnos en caso de guarda conjunta, no concurre ninguna razón para que, transcurrido cierto número de años o extinguida la inicial situación de necesidad, no pueda el titular exclusivo del inmueble continuar habitándolo; a no ser que se considere entonces prevalente el interés de los menores a retornar de forma permanente al que fue su entorno habitual, lo que parece discutible, al menos en los casos de custodia individual, puesto que estarán ya asentados en un nuevo hogar. Creo que para dar lugar a esta consecuencia sería necesario un requisito añadido: que la situación inicial se invirtiera y fuera el otro progenitor el que pasara a encontrarse en una posición de mayor dificultad, que no le permitiera satisfacer adecuadamente la necesidad de habitación de los hijos. Pero para solucionar estos problemas bastaría con acudir a la genérica previsión contenida en el tercer apartado del art. 12.5, que permite, a instancia de parte, la revisión judicial del derecho de uso “por cambio de circunstancias relevantes”. Parece más adecuada esta vía, que puede utilizarse cuando resulte necesaria en función de las vicisitudes de cada familia, que la fijación de un límite temporal preestablecido rígidamente, al menos si se

¹⁰ En este sentido, STS 5 septiembre 2011 (RAJ 5677).

pretende su aplicación al progenitor que sea en exclusiva el titular del inmueble.

Tiene también relación con la duración del derecho de uso lo dispuesto en el apartado 8 del art. 12. Aunque el Código Civil no contiene una disposición de este tenor, doctrina y jurisprudencia han mantenido que la asignación del uso a uno de los cónyuges no altera el concepto en el que ambos vinieran usando o disfrutando del inmueble cuando convivían. No cambiará, por tanto el derecho que existiera sobre el inmueble ni la titularidad del mismo: propiedad de uno o de ambos; arrendamiento, comodato, precario, usufructo, habitación... a favor de uno o de ambos. De modo que, dice el mencionado art. 12.8 de la Ley vasca, siguiendo también en esto el precedente catalán¹¹, “si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto en el título, de acuerdo con la ley”. Esa limitación de efectos como consecuencia de lo dispuesto en el título determina que la extinción por cualquier motivo del correspondiente derecho (vencimiento del plazo, cumplimiento de condición resolutoria, resolución por incumplimiento contractual, voluntad del propietario de poner fin al precario etc. etc. ...) origine la extinción del derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los progenitores, aunque no se hayan producido las específicas circunstancias previstas para ello en los arts. 12.5 – que he expuesto más arriba- y 12.11 de la Ley, que analizaré al final de este estudio. Como se sabe, la situación que en la práctica más polémica ha generado ha sido el caso del precario, es decir, aquellos supuestos en los que la pareja ostentaba la posesión del inmueble por la mera condescendencia o beneplácito del propietario, normalmente los padres u otros parientes de uno de ellos, o bien cuando habiéndose tratado inicialmente de un comodato - por haberse cedido el uso de la vivienda con el fin de que el matrimonio estableciera en ella su domicilio conyugal- termina transformado en un simple precario como consecuencia de la crisis matrimonial. La jurisprudencia reiteradamente ha manifestado que “mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges”¹²; y en la misma línea, que “la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la

¹¹ “Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley” (art. 233-21.2 CC de Cataluña). Idéntica declaración se contiene en el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil de 2014, como nuevo art. 96.6 CC.

¹² STS 14 enero 2010 (RAJ 2010, 1346).

vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio”¹³.

Con todo, debe recordarse que si la extinción del derecho por el que se ha poseído el inmueble se debiera a un acto de disposición de su titular, procederá la aplicación del art. 12.14 de la Ley vasca, equivalente al 96.4 del Código Civil, en cuya virtud “para disponer de la vivienda y ajuar familiar cuyo uso corresponda al beneficiario no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en ausencia del mismo, autorización judicial”.

VI. OTRAS MEDIDAS TENDENTES A ARMONIZAR LOS INTERESES DE AMBOS PROGENITORES.

El largo artículo 12 de la Ley 7/2015 contiene todavía otras previsiones dirigidas a evitar o atemperar algunas de las consecuencias injustas que puede acarrear la atribución del uso de la vivienda familiar.

Así, el apartado 7 contempla el pago de una compensación al progenitor no adjudicatario que sea titular o cotitular de la vivienda, con el fin de resarcirle por la pérdida del uso. Se trata de una norma muy similar a la que establece el art. 6.1 de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril. Con ello ambas leyes se decantan a favor de uno de los criterios doctrinales propuestos para compensar la privación del uso¹⁴. El otro ha sido la consideración de tal privación como contribución del progenitor no adjudicatario a la prestación alimenticia a favor de los hijos¹⁵, que ha quedado plasmado en la normativa catalana¹⁶. Aunque debe destacarse que en la Ley vasca se encuentra también presente este último criterio, ya que “la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar” es uno de los factores que han de considerarse a la hora de calcular y distribuir entre los progenitores la prestación de alimentos para la satisfacción de los gastos ordinarios de los hijos¹⁷.

¹³ STS 14 julio 2010 (RAJ 2010, 6041). Una vez más debo mencionar el Código civil catalán, que contempla específicamente esta situación, afirmando que “si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución” (art. 233-21.2 in fine).

¹⁴ Así, SANTOS MORÓN se mostraba partidaria de este sistema para compensar el perjuicio económico que sufre el cónyuge propietario o copropietario cuando no se le adjudica el uso del inmueble (vid. “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 20 y 26-31).

¹⁵ Criterio propugnado por CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio 2014, pp. 20-24.

¹⁶ Véase art. 233-20.7 CC de Cataluña.

¹⁷ Véase art. 10.3.

Este precepto deberá aplicarse, puesto que no establece ninguna distinción al respecto, tanto cuando la adjudicación del uso obedece a la atribución de la custodia sobre los hijos menores como cuando se hace por razón de la mayor dificultad de uno de los progenitores para el acceso a otra vivienda. Y en este último supuesto quizá no tenga mucho sentido, ya que la protección del interés del progenitor más necesitado, que justifica la atribución del uso, queda desdibujada si se le obliga al pago de esa indemnización. Precisamente “la capacidad económica de los miembros de la pareja” es, junto con “las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares”, uno de los parámetros que han de evaluarse para determinar el importe de aquella, importe que dependerá también de la condición de titular exclusivo, o simplemente cotitular, que ostente el progenitor al que se ha excluido del uso del inmueble.

El apartado que estoy analizando se refiere al supuesto de que la vivienda se atribuya “a uno de los progenitores”. Por ello surge la duda de si resulta aplicable a los casos en los que, siendo la custodia conjunta, se establezca para la utilización de la vivienda el sistema de turnos que prevé el art. 12.4. Parece evidente que no habrá lugar a compensación alguna en casos de cotitularidad de la vivienda. Pero si la misma es privativa de uno, ¿tendrá derecho a ser compensado por los periodos en los que no pueda vivir en ella?

Otra cuestión que el Código Civil no trata, y que ha originado en la práctica problemas importantes, es la referida al pago de los gastos relacionados con la vivienda, ya se trate de suministros o de gastos de mantenimiento, ya de los generados por la adquisición de la misma.

En cuanto a los segundos, se daba el caso de progenitores no adjudicatarios del uso que se veían sin embargo obligados a abonar, en su totalidad o en un porcentaje elevado, las cuotas del préstamo solicitado por ambos para la compra del inmueble común –ganancial o en régimen de proindivisión– considerándose este abono como contribución a los alimentos de los hijos. Frente a ello había reaccionado el TS en recientes sentencias, en las que ha venido a establecer que, así como los gastos de mantenimiento del inmueble han de considerarse gastos familiares incluso después de la disolución del matrimonio, el pago de las cuotas del préstamo con el que ambos cónyuges han adquirido la propiedad de la vivienda común no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que es cuestión que debe resolverse de acuerdo con el régimen económico de cada matrimonio: siendo éste el de gananciales, existirá una deuda de la sociedad frente al acreedor hipotecario; cuando se trate, en cambio, de un régimen de separación, habrán de aplicarse las normas generales de la copropiedad, y por ello el artículo 393 CC, en cuya

virtud el concurso de los partícipes en las cargas ha de ser proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales¹⁸.

En esta línea, la Ley 7/2015 establece que “en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución” (art. 12.9). Se trata de una norma muy similar al artículo 233-23 del Código Civil de Cataluña¹⁹.

Dicha similitud se observa también en el apartado relativo a los “gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual”, que tanto en la Ley Vasca (art. 12.9) como en el Código Civil catalán (art. 233-23.2), “corren a cargo del beneficiario del derecho de uso”. En mi opinión, no tiene sentido que el pago de las tasas o impuestos de devengo anual se vincule a la atribución del uso, sin distinciones. Parece más razonable la proyectada regulación estatal, que distingue entre las “tasas municipales” (vinculadas normalmente a la prestación de servicios, como la recogida de basuras), que se ponen a cargo del adjudicatario del derecho de uso, y “los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda”, cuyo pago se atribuye al “propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título”²⁰.

La Ley vasca -tampoco el Código catalán- no señala qué ocurre con los gastos extraordinarios, ni, en general, con todo tipo de gastos cuando se establece un uso alternado de la vivienda. El Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil de 2014 sí entra en estas cuestiones, determinando expresamente que el pago de los gastos extraordinarios corre a cargo “del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título”, y que, en caso de alternancia, habrá de abonar los gastos ordinarios “aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda”²¹.

¹⁸ Véanse la SSTS 28 marzo 2011 (RAJ 2011, 939), 26 noviembre 2012 (RAJ 2013, 186) y 30 marzo 2013 (RAJ 2013 4936).

¹⁹ Y el Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil en esta materia, modificado en 2014, se expresa en términos muy parecidos, señalando que tales gastos “deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución” (nuevo art. 96.5 CC).

²⁰ Nuevo art. 96.5 CC, según el Anteproyecto de Ley mencionado en la nota anterior.

²¹ *Ibidem*.

VII. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO.

La ley dedica uno de sus últimos apartados, el undécimo, a enumerar las causas que pueden originar la extinción del derecho de uso:

“Son causas de extinción del derecho de uso:

- a) El fallecimiento del beneficiario del uso.
- b) Las pactadas entre los miembros de la pareja o partes.
- c) La mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.
- d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.
- e) Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos.
- f) Por vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada.”

Esta enumeración origina alguna confusión, dada su defectuosa sistemática. Me refiero al hecho de que solo en el apartado e) se especifica que la causa que en él se contempla resulta únicamente aplicable a los casos en los que el uso se haya atribuido por razón de la guarda. Puede parecer, por ello, que los demás apartados se dirigen a regular el otro supuesto previsto por la Ley, es decir, la atribución del uso por motivos de necesidad de un progenitor. Pero esta conclusión no resulta totalmente segura, en vista del tenor literal de este apartado. Debería haberse seguido el modelo del Código civil catalán, que se ocupa también de este tema en su artículo 233-24, y tras referirse genéricamente a “las causas pactadas entre los cónyuges”, separa en dos apartados los supuestos de atribución del uso por razón de la guarda -en cuyo caso se contempla únicamente como causa de extinción la finalización de aquélla- y “por razón de la necesidad del cónyuge” -al que se vinculan las otras causas de extinción, sustancialmente coincidentes con las que recoge la Ley vasca-.

De la causa contenida en el párrafo e) he hablado más arriba, en el epígrafe V de este estudio, poniéndola en relación con lo que dispone el apartado 5.2 del art. 12 de la Ley.

En cuanto al fallecimiento del beneficiario, no hay duda de que extinguirá en cualquier caso el derecho de uso que se le hubiera atribuido.

Los interesados, por otro lado, han podido establecer de mutuo acuerdo motivos de extinción para cualquiera de los supuestos de atribución previstos en la Ley.

El “vencimiento del plazo previsto”, como causa de extinción, se refiere indudablemente a los casos de atribución de la vivienda por razones de necesidad que, como hemos visto, debe hacerse siempre con carácter temporal por un máximo de dos años con posibilidad de prórroga (véase art. 12.5).

En cuanto a los apartados c) y d), probablemente están pensados exclusivamente para los casos de atribución del uso por razón de necesidad de un progenitor. Por otro lado, creo que al primero le faltan algunos matices importantes, puesto que “la mejora de la situación económica del beneficiario” puede presentar muy diversos grados, y no siempre justificará la extinción de su derecho de uso. Podría haberse añadido el adjetivo “relevante”, que utiliza la norma en su segunda parte, cuando se refiere al empeoramiento de la situación económica del otro progenitor. Tampoco creo que este empeoramiento pueda siempre motivar la extinción del derecho de uso atribuido al otro; podría suceder, entre otras cosas, que ambos hubieran experimentado un empobrecimiento, de tal manera que las diferencias económicas entre ellos se hayan mantenido en una proporción similar. En definitiva, también en este caso me parece más adecuada la regulación catalana, que prevé la extinción “por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica”. Esta apostilla final coloca las cosas en su lugar, abriendo la puerta a la consideración de las variadas circunstancias que pueden fundamentar una u otra solución.

El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona no me parece tampoco una razón que justifique en todo caso la consecuencia que la Ley le atribuye. Habría que ponderar en qué medida esa nueva pareja puede proporcionar o facilitar al progenitor adjudicatario el acceso a otra vivienda. De darse tal circunstancia, estaríamos en realidad ante un supuesto subsumible en el apartado anterior (“mejora de la situación económica del beneficiario”). Pero si no es así, no creo que deba necesariamente impedirse la convivencia del nuevo matrimonio o pareja en la vivienda que fue familiar, teniendo en cuenta que se trata de un uso temporalmente limitado (art. 12.5), y que puede incluso haber dado lugar a una compensación por la pérdida del uso a favor del otro progenitor (art. 12.7).

Cabe incluso pensar que estos apartados c) y d) resultan superfluos, ya que las situaciones que contemplan cabrían en el genérico concepto de “alteración sustancial de las circunstancias”, que puede dar lugar al procedimiento de modificación de medidas previsto en el art. 13.4 de la Ley vasca. Este procedimiento es, además, el que hay que seguir en ambos supuestos para lograr la extinción del derecho de uso, ex art. 12.12. Y a él se refiere también el apartado 5.3 del mismo artículo, cuando afirma que “la revisión judicial de este derecho de uso podrá solicitarse a instancia de parte, por cambio de circunstancias relevantes”. De esta forma, se dejaría a la apreciación judicial, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, la determinación de la procedencia o improcedencia de la extinción del derecho, sin sujeción a criterios apriorísticos y excesivamente rígidos.

ÍNDICE

A ATRIBUIÇÃO DO USO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA NOS
CASOS DE DIVÓRCIO EM PORTUGAL: CONTRIBUTO PARA UM
“AGGIORNAMENTO” INTERPRETATIVO.

ALLOCATION OF THE FAMILY HOME AFTER DIVORCE IN
PORTUGAL: CONTRIBUTION TO AN ACTUALIZED
INTERPRETATION.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 165 - 191.

Fecha entrega: 15/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. SANDRA PASSINHAS
Profesora de Derecho Civil
Instituto Juridico da FDUC/Universidade de Coimbra
sandrap@fd.uc.pt

RESUMEN: Este artigo analisa o regime português da atribuição da casa de morada de família após o divórcio. Se a casa era arrendada, os ex cônjuges podem acordar na transmissão ou na concentração do contrato de arrendamento, sem necessidade do consentimento do senhorio. Se a casa é propriedade de apenas um deles, os ex cônjuges podem acordar na constituição de um contrato de arrendamento a favor do não proprietário. Não havendo acordo, a decisão caberá ao juiz. Na sua decisão, o juiz, mais do que o interesse do ex cônjuge, com quem o proprietário já não tem uma relação familiar, deve atender ao interesse dos filhos do casal. Só esta interpretação actualizadora do Código Civil será conforme à Constituição portuguesa.

PALABRAS CLAVE: divórcio, casa de morada, interpretação.

ABSTRACT: This article analyses the allocation of the family home after divorce under Portuguese law. If the family home is a rented house, the former spouses may agree on the transfer of the lease contract (the consent of the owner is not necessary). If the property belongs to one of spouses, they can agree on the assignation of a lease contract to the non-owner. If they do not reach an agreement, the judge must decide. In so doing, the judge must not take into consideration the interest of the former spouse (the ex spouse is not a family member anymore); rather, the needs of the children must be considered. Only such interpretation of the Portuguese Civil Code is aligned with the Portuguese Constitution.

KEY WORDS: divorce, family home, interpretation.

SUMARIO: I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O REGIME DO DIVÓRCIO EM PORTUGAL. II. QUEM DECIDE SOBRE A ATRIBUIÇÃO DA CASA DE MORADA. III. O DESTINO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA ARRENDADA. IV. O DESTINO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA PROPRIEDADE DE UM OU DE AMBOS OS CÔNJUGES. V. CONCLUSÃO.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O REGIME DO DIVÓRCIO EM PORTUGAL.

O regime do divórcio em Portugal sofreu uma importante reforma em 2008¹, que veio consagrar no ordenamento jurídico português um sistema de divórcio ruptura (Zerrüttungsprinzip; divorce-faillite, ir retrievable breakdown), em que o fundamento do divórcio é a falência da comunhão conjugal, e em que, na dissolução do casamento, se abstrai de qualquer declaração de culpa, bem como das sanções patrimoniais acessórias aplicadas em função da determinação dessa culpa². Alinhada com as mais recentes tendências europeias na matéria³, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio alterar profundamente o regime jurídico do divórcio em Portugal, ao colocar os afectos no centro da relação conjugal⁴, e ao determinar a dissolução do vínculo matrimonial quando os laços de rompem e o casamento deixa de ser fonte de realização e satisfação dos cônjuges. Se é certo que a conjugalidade e a vida familiar têm outras dimensões importantes, como a contratual, a

¹ O novo regime do divórcio foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que entrou em vigor em 1 de Dezembro do mesmo ano. Sobre a evolução das modalidades de divórcio em Portugal, veja-se HÖRSTER, H.: “Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977”, in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I – *Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra (2004): Coimbra Editora, p. 66-69, e ROCHA, P.: “Divórcio sem culpa”, FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 561 e ss.

² OLIVEIRA, G.: “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* (2010), n.º 13, p. 6, ensina que a abolição da culpa na dissolução do casamento se insere na tendência para desdramatizar o divórcio, “ao evitar que os cônjuges procurem inventariar e provar o pior que aconteceu no seu casamento, causando ainda maiores danos a si próprios e aos filhos”.

³ Cfr. Principles on Divorce and Maintenance between Former Spouses segundo a Commission on European Family Law, disponíveis em <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>. Sobre a harmonização no Direito da Família, vide MARELLA, M. R.: “The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law”, *European Law Journal* (2006), n.º 12, p. 78 e ss. Vide, ainda, GLENDON, M. A.: *The Transformation of Family Law*. The University of Chicago Press (1989): p. 148 e ss.

⁴ Lembremos as palavras de LEITE DE CAMPOS, D.: “Dos contratos de relação às relações de associação”, in LEBRE DE FREITAS, J., ET AL.: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida II*. Coimbra (2011): Almedina, p. 220, para quem o divórcio faz “parte de uma zona do Direito da Família deixada aos interesses de cada um”.

económica e a patrimonial, a que é necessário atender, é no entanto inegável ser a dimensão afectiva o núcleo fundador e central da vida conjugal. Correspectivamente, cabe agora a cada indivíduo decidir, e aceitar para os outros, a escolha de modos próprios de encarar e viver a vida privada⁵. Num modelo de divórcio-constatação da ruptura do casamento, o divórcio é permitido onde quer que se verifique uma ruptura do casamento, admitindo a lei que o divórcio seja requerido por ambos os cônjuges ou só por um deles⁶ sem qualquer condicionamento ou limitação, de prazo ou outros. A relação conjugal torna-se, nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA⁷, uma “relação pura”, “baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução”.

No que respeita aos efeitos do divórcio, a principal alteração introduzida em 2008 consistiu na inexistência de qualquer declaração de culpa e, conseqüentemente, na extinção das sanções patrimoniais acessórias dela decorrentes. O legislador actuou, pois, em vários níveis, nomeadamente em termos de partilha⁸, de perda de benefícios⁹, de reparação de danos¹⁰ e da

⁵ Outra inovação importante da Lei n.º 61/2008 prende-se com a mediação familiar. O artigo 1774.º veio estabelecer que antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar. Sobre o objectivo da promoção da mediação familiar, veja-se OLIVEIRA, G., “A nova lei do divórcio”, cit., p. 6 e 7. LAURA CARDIA VONÈCHE e SYLVIE CADOLLE, “Quand le conflit conjugal est un conflit parental”, em BÜCHLER A. e MÜLLER-CHEN, M. (eds.): *Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag*. Berna (2011): Stämpfli, p. 336, sublinham que os pais em conflito não se afrontam para expiar o sofrimento conjugal, mas muitas vezes porque não têm a mesma visão do interessa da criança e do papel que o pai e a mãe devem desempenhar junto dela. A mediação visa ajudá-los a encontrar compromissos aceitáveis, o que já constitui uma forma meritória de co-parentalidade. É um equívoco recorrente pretender que a mediação familiar visa a reconciliação dos cônjuges. Isso muito raramente acontece. Como escreveu CORVO LÓPEZ, F. M.: “La mediación como forma de solución del conflicto familiar”. LLAMAS POMBO, E.: *Nuevos conflictos del derecho de familia*. Madrid (2009): La Ley, p. 272, a mediação estriba-se na criação de novos laços que permitam às pessoas em conflito regular as suas relações futuras, alcançando acordos satisfatórios para ambas as partes. Para um breve resumo da evolução da mediação familiar em Portugal, veja-se CRUZ, R. M.: *Mediação familiar – Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra (2011): CDF-Coimbra Editora, p. 59 e ss. Sobre a resolução alternativa de litígios e os seus riscos no Direito da Família, chama a atenção CRETNEY, S.: *Principles of Family Law*, 8.ª ed., por MASSON, J.M., BAILEY-HARRIS R., R. J. PROBERT R.J. Londres (2008): Sweet & Maxwell, p. 7.

⁶ Cfr. artigo 1785.º.

⁷ Cfr. OLIVEIRA, G., “Transformações do direito da família”, in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 765.

⁸ Cfr. artigo 1790.º do CC, onde se lê que: “Em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”.

⁹ Nos termos do artigo 1791.º, “cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em

obrigação de alimentos¹¹. Estabeleceu ainda um regime específico para o crédito compensatório ao cônjuge que contribuiu de forma excessiva para os encargos da vida familiar¹².

consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento”.

¹⁰ A Reforma de 2008 deslocou os aspectos indemnizatórios do divórcio da acção de divórcio para uma acção autónoma e consequentemente dos tribunais de família para os tribunais comuns. É esta a norma do artigo 1792.º, n.º 1, ainda que o n.º 2 excepcione os casos em que o divórcio tem como causa a alteração das faculdades mentais do outro (com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º), em que, nesse caso, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio. Com esta medida, os cônjuges encontrar-se-ão no tribunal a discutir as questões indemnizatórias não como ex-cônjuges, mas como lesante e lesado. Sobre a tutela da confiança depositada no casamento enquanto projecto de vida em comum, vejam-se as pertinentes considerações de LOBO XAVIER, RITA: “Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, COUTO GONÇALVES L., ET AL.: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra (2012): Almedina, p. 510 e ss.

¹¹ Os alimentos entre ex-cônjuges estão regulados nos artigos 2016.º e ss. A Reforma de 2008 veio alterar estas disposições quer quanto à titularidade dos alimentos, quer quanto ao montante dos mesmos. No que à titularidade diz respeito, estabelece o artigo 2016.º, 1, como princípio, que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio. O n.º 2 veio agora consagrar que qualquer dos cônjuges (e não apenas aquele que não foi declarado único ou principal culpado) tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio.

Quanto ao montante dos alimentos, o artigo 2016.º-A estabelece no seu n.º 1 que: “o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta. Esta disposição é todavia clara, no seu n.º 3, ao afirmar que o cônjuge credor “não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio”.

Sublinhe-se ainda que o tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge.

Na jurisprudência, vide o Ac. STJ, de 16 de Março de 2011 [Processo: 252-A/2002.L1.S1], o Ac. TRG, de 12 de Setembro de 2013; o Ac. TRL, de 17 de Setembro de 2013 [Processo: 13588/13.7T28NT-1]. O Ac. TRL, de 18 de Dezembro de 2012 [Processo: 1314/09.0TVLSB.L1-1] considerou que: “Apesar do ex-cônjuge credor de alimentos não ter direito a exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio, é relevante para a fixação do montante a prestar e para o julgamento da oportunidade da cessação dessa obrigação alimentar, o facto de o beneficiário da prestação ter deixado de trabalhar por insistência do ex-cônjuge devedor”.

¹² No n.º 2 artigo 1676.º o legislador veio estabelecer que se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no n.º 1 dessa mesma norma (de harmonia com as possibilidades de cada um), porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse

No momento da dissolução do casamento por divórcio, uma das questões mais prementes é normalmente a do destino a dar à casa de morada de família¹³, desde logo porque ela constitui um elemento simbólico da família que se está a desmembrar. A atribuição da casa de morada no momento da dissolução do casamento por divórcio está, actualmente, desvinculada das vicissitudes que afectaram o casamento e que levaram um dos cônjuges ou ambos a requerer o divórcio: já não é a culpa (exclusiva ou em maior parte) de algum dos cônjuges que vai determinar a afectação da casa, mas são antes as necessidades dos cônjuges ou dos filhos que, em concreto, vão orientar a decisão sobre a atribuição do direito de uso daquela que era a casa de morada de família e que deverá continuar a ser a sede da família que lá permanece.

II. QUEM DECIDE SOBRE A ATRIBUIÇÃO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA.

A decisão sobre a utilização da casa de morada de família pode caber aos próprios cônjuges, se conseguirem chegar a acordo, ou ao tribunal, no caso de os cônjuges não conseguirem estabelecer um regime que salvasse não só o melhor interesse de cada um deles, mas também o dos filhos. Desde a implementação do novo regime do divórcio, em 2008, existem em Portugal duas vias para o divórcio: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio sem consentimento do outro cônjuge. O divórcio por mútuo consentimento depende apenas e exclusivamente do acordo das partes quanto ao divórcio. Todavia, esse divórcio seguirá uma via administrativa, isto é, estará a cargo de uma Conservatória do Registo Civil, se os cônjuges conseguirem acordar sobre três matérias complementares: quanto ao destino da casa de morada de

cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”. Este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal (parece ser assim afastado a sua cobrança aquando da separação de meações) e na partilha, a não ser que vigore o regime da separação, caso em que deverá ser pedido em acção autónoma. VAZ TOMÉ, M. J.: “Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, em COUTO GONÇALVES, L., ET AL.: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, cit., p. 131 e ss, sublinha que com este regime se visa “proceder a uma redistribuição das perdas patrimonial que se verificam aquando da dissolução do casamento por divórcio, independentemente do regime de bens do casal”.

¹³ Constata LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra (1990): Almedina, p. 305, que a casa de morada de família é, para uma grande parte das famílias portuguesas, o único bem com algum significado económico de que dispõem. Vide LOBO XAVIER, RITA: “‘Concentração’ ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte”, em MENEZES CORDEIRO, A., PAIS DE VASCONCELOS, P., e COSTA E SILVA, P. (eds.): *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão II*. Coimbra (2008): Almedina, p. 1016, sobre o modo como os direitos à habitação e à protecção da residência familiar correm o risco de ser afectados pela extinção ou modificação da relação familiar ou parafamiliar que lhe estão associadas (em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, separação de facto, morte, ausência, dissolução da união de facto).

família, quanto aos alimentos a prestar e quanto ao exercício das responsabilidades parentais¹⁴. Recebido o requerimento de divórcio, cabe ao Conservador apreciar os acordos apresentados, decretando o divórcio se considerar que esses acordos acautelam quer os interesses de cada um deles, quer os dos filhos. Se o Conservador considerar que esses interesses não estão devidamente acautelados, convida os cônjuges a alterá-los, recusando a homologação dos acordos e o decretamento do divórcio até que tal aconteça¹⁵.

Se os cônjuges não estiverem de acordo quanto a estas matérias complementares, então o divórcio seguirá a via judicial. No divórcio judicial por mútuo consentimento, o juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. No entanto, cabe ao juiz promover e tomar em consideração o acordo dos cônjuges sobre as matérias em discussão.

No divórcio sem consentimento do outro cônjuge, o divórcio é pedido por um dos cônjuges contra o outro, com fundamento na ruptura do casamento. No que diz respeito especificamente às causas do divórcio, a causa de divórcio hoje é a ruptura do casamento, como está explanado no artigo 1781.º, quer na epígrafe do artigo, quer na cláusula geral da alínea d), onde se referem quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento. A mesma norma indica ainda como concretizações deste princípio, e que constituem presunções inilidíveis de ruptura, a separação de facto por um ano consecutivo, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum, bem como a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano.

Estas situações estão sujeitas a um regime específico: deve o julgador presumir que onde haja a separação de facto - por um ano consecutivo -, a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge - quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum - ou a ausência - sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano - existe ruptura do casamento¹⁶. Em todas as outras

¹⁴ No caso de existirem filhos menores e se as responsabilidades parentais ainda não tiverem sido reguladas pelo tribunal.

¹⁵ Se for insuperável a divergência, o Conservador remete o processo para o tribunal, seguindo-se então os termos do divórcio por mútuo consentimento judicial.

¹⁶ Na jurisprudência, vide o Ac. TRP, de 14 de Fevereiro de 2013 [Processo: 999/11.1TMPRT.P1]: “A ruptura definitiva do casamento a que alude a alínea d) do art.º

situações, aquelas que cabem na alínea d) do artigo 1781.º, o requerente tem de provar a existência de ruptura definitiva do casamento, rectius, alegar e provar os factos que demonstrarão ao tribunal que aquele casamento em concreto, como projecto de vida, falhou definitivamente, que se romperam objectivamente os laços afectivos entre os cônjuges. Em suma, que aquele casamento, objectivamente, não é mais fonte de felicidade conjugal¹⁷. A prova poderá revelar-se exigente. Como ensinou GUILHERME DE OLIVEIRA, “devem ser factos objectivos capazes de convencer o tribunal de que os laços matrimoniais se romperam e se romperam definitivamente”, pois a utilização do artigo 1781.º, alínea d), “não deve permitir a relevância de factos banais e esporádicos”¹⁸, nem está consagrado na nossa legislação um divórcio a

1781.º do Código Civil pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos, incluindo os passíveis de integrar as previsões das alíneas a) a c) do mesmo preceito sem a duração temporal nelas prevista, desde que sejam graves, reiterados e demonstrem que, objectiva e definitivamente, deixou de haver comunhão de vida entre os cônjuges”. No mesmo sentido, o Ac. TRG, de 14 de Março de 2013 [Processo: 91/10.6TMBRG.G1], o Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 2012 [Processo: 819/09.7TMPRT.P1.S1]: e o Ac. TRG, de 11 de Setembro de 2012 [Processo: 250/10.1TMBRG.G1].

¹⁷ Sobre o comprometimento da vida em comum, lembremos as palavras de PEREIRA COELHO, F.: “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens”, em INSTITUTO DA CONFERÊNCIA: *Reforma do Código Civil*. Porto (1981): Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, p. 34, para o regime anterior: “Claro que em certo sentido a vida em comum nunca fica definitivamente comprometida: tudo depende da capacidade de sacrifício. Mas a ‘doutrina do limite do sacrifício’ formulada no direito das obrigações valerá igualmente neste domínio: a continuação da vida em comum não deve ser para o cônjuge ofendido um sacrifício exorbitante e, por isso mesmo, inexigível. A possibilidade de vida em comum fica comprometida se exceder o limite razoável do sacrifício”. Também refere a especial onerosidade (exceptional hardship) para o autor como critério de análise da ruptura, OLIVEIRA, G., “A nova lei do divórcio”, cit., p. 14. VIEIRA CURA qualifica o dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio como um dever moral, decorrente da moral católica (e, portanto, de uma moral religiosa) e não da moral da consciência individual ou da moral social ou positiva, em “O dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio nos tribunais civis”, CDF/IGC: *Família, consciência, secularismo e religião*. Coimbra (2010): Coimbra, p. 226-227.

¹⁸ O autor avança que a redacção da alínea d) poderia ser a seguinte: “d) Quaisquer outros factos que, pela sua gravidade ou reiteração, mostrem a ruptura definitiva do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges” e explicando haver “uma razão importante, de natureza sistemática, que sugere a necessidade de uma aplicação exigente da alínea d)” que é a de ela dever “ser feita no seu contexto, isto é, em harmonia com as alíneas anteriores”. Acrescenta ainda o autor: “Uma atitude mais condescendente em relação às exigências de prova que a lei definiu para as três primeiras alíneas poderia dar a sugestão de que a alínea d), afinal, poderia servir como um caminho para o divórcio simplesmente a-pedido de um dos cônjuges, por razões subjectivas, ou, pelo menos, ficar a meio caminho entre um divórcio-ruptura, por causas objectivas, e um divórcio a-pedido”, acrescentando que a história das iniciativas legislativas em torno do divórcio, nos últimos anos, mostra que “o Parlamento não quis acolher um regime de divórcio a-pedido; pretendeu apenas reforçar o sistema de divórcio-ruptura, que se baseia em índices objectivos da falência irreversível do matrimónio”.

pedido. Perante os factos que lhe são apresentados, o Tribunal deve identificar as razões da ruptura¹⁹, avaliar o estado da relação matrimonial e

COLAÇO, A.: *Novo regime do divórcio*, 3.^a ed. Coimbra (2009): Almedina, refere que o cônjuge que pretenda interpor uma acção com o fundamento expresso na alínea d) do art. 1781 “terá de alegar e provar a existência de uma situação objectiva e passível de constatação, que revele uma situação de ruptura definitiva do casamento (a sua falência ou fracasso)”. Aquele autor enuncia como elementos caracterizadores da “ruptura definitiva do casamento”, no âmbito desta alínea: 1 – tem de ser revelada por um ou mais factos; 2 – esses factos terão de ser outros que não os constantes das demais alíneas do referido artigo; 3 – tais factos terão de ser reveladores da ruptura do casamento; 4 – essa ruptura terá de mostrar-se definitiva (e não uma ruptura esporádica ou temporária); 5 – esta situação terá de consistir numa situação objectiva, passível de ser constatada, não resultando de um mero acto de vontade de um dos cônjuges; 6 – não depende da eventual culpa de qualquer dos cônjuges; não depende da verificação de qualquer prazo.

ARAÚJO DIAS, C.: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.^a ed. Coimbra (2009): Almedina, diz-nos que fundamentalmente “a principal alteração legislativa reside na eliminação das causas subjectivas do divórcio, mantendo-se a apreciação do juiz do caso concreto para preencher os conceitos indeterminados referidos na lei, nomeadamente para a determinação do que seja a ‘ruptura definitiva do casamento’. De facto, podem aqui caber todos os factos que demonstrem tal ruptura, ou seja, será necessário formar o mesmo juízo que o tribunal fazia do comprometimento da vida em comum para efeitos do art. 1779º agora revogado”.

Seguindo esta orientação e sublinhando que a simples alegação e prova de que o cônjuge deixou de sentir afecto não basta como fundamento para o consentimento de um dos cônjuges, LOBO XAVIER, RITA: “Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, cit., p. 502.

Neste sentido, o Ac. TRL, de 22 de Outubro de 2013 [Processo: 16/11.1TBHRT.L1-7]; o Acórdão TRL, de 23 de Novembro de 2011 [Processo: 88/10.6TMFUN.L1-2] e o Ac. TRP, de 22 de Abril de 2013 [Processo: 2610/10.9TMPRT.P1].

¹⁹ A mudança de paradigma no regime do divórcio levanta a questão da relevância dos deveres dos cônjuges no casamento. É no quadro da família como o locus da afectividade que se justifica repensar o papel dos deveres dos cônjuges no actual sistema de divórcio, que pressupõe o casamento como um compromisso permanente e uma gratificação renovada. LEITE DE CAMPOS, D.: “Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 41, ensina que “O dever na família assume radicalmente a característica do dar(-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mais, sendo completamente e cada vez mais ‘amorosamente’ ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente”. ALONSO PÉREZ, M.: “La familia y el Derecho de Familia”, in YZQUIERDO TOLSADA, M., e CUENA CASAS, M., (Coord.): *Tratado de Derecho de la Familia I*. Navarra (2011): Editorial Aranzadi, p. 53, sublinha que o ser humano é, tanto como humano, ser familiar.

À pergunta: “ainda há deveres no casamento?”, a resposta há-de ser necessariamente positiva. GUILHERME DE OLIVEIRA constata que o pluralismo contemporâneo deixa os legisladores sem capacidade para escolher e impor um modelo de boas condutas universal. A consequência só pode ser a de as leis se retraírem, evitando pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adopção de cláusulas gerais que os cônjuges – que querem ser os seus próprios legisladores – hão-de concretizar segundo o seu projecto individualizado. Paradigmática é a disciplina do BGB, em que o § 1353: “1) Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet;

decretar o divórcio se chegar à conclusão de que os laços conjugais se romperam definitivamente. Mais do que perguntar se um dos cônjuges não quer o divórcio, o Tribunal deve valorar se há um que o quer²⁰. O casamento

sie tragen füreinander Verantwortung. (2) Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, dem Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft Folge zu leisten, wenn sich das Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist”. Esta cláusula geral vai ser concretizada pelos tribunais caso a caso.

Aparentemente, a tendência será a de restringir a imposição de deveres conjugais ao mero dever de decidir em conjunto os actos da vida conjugal comum; será, afinal, uma imposição procedimental, que deixa em aberto todas as escolhas substanciais, levando o pluralismo e a privatização da família conjugal até um extremo que nunca se atingiu. É neste sentido a proposta da Commission for European Family Law. A Section 1353, relativa à “Conjugal community”, propõe que “(1) Marriage is entered into for life. The spouses have a mutual duty of conjugal community; they are responsible for each other. (2) A spouse is not obliged to comply with the demand of the other spouse to create the community if the demand shows itself as an abuse of his right or if the marriage has broken down”.

Note-se, todavia, ainda com OLIVEIRA, G., “Transformações do direito da família”, cit., p. 770, que a concepção de iure condendo do Direito da Família e a sua posterior aplicação prática de iure conditio pressupõem, como ponto de partida, uma concórdia familiar e a aceitação comum dos princípios morais e éticos que levam tradicionalmente a sublinhar o conteúdo ético do direito da família (Sobre o conteúdo ético, LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derecho de familia: El matrimonio y su economía*. Navarra (2011) [fac simile de 1963]: Civitas, p. 19 e 20; sobre a importância da família como veículo de transmissão dos valores morais, e HAYEK, F. A.: *The Constitution of Liberty*. University of Chicago Press (1978): p. 89-90). O Direito da Família é o ramo do ordenamento jurídico em que se verifica uma maior influência dos princípios morais e das convenções sociais geralmente aceites por uma comunidade política determinada, e por outro lado, a regulação jurídica do família e as pautas de conduta seguidas pela generalidade dos grupos familiares são, em geral, coincidentes. Cfr LASARTE, C.: *Derecho de familia – Principios de derecho civil*, 11.ª ed. Madrid (2012): Marcial Pons, p. 9, sobre a relevância do Direito da Família nas situações de crise.

Mas a violação dos deveres conjugais dilui-se na ruptura do casamento. A causa do divórcio é o fracasso do casamento, para o qual terão contribuído, em maior ou menor medida, a violação dos deveres conjugais. A violação dos deveres conjugais, não como facto merecedor de sanção, mas só relevam, para os tribunais, enquanto elemento indiciador da ruptura da vida conjugal (neste sentido, vide LOBO XAVIER, R., “Liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, cit, p. 501). Considerou o Ac. TRL, de 22 Novembro de 2011 [Processo: 2659/09.4TBSXL.L1-1] que: “I - A prova de que a cônjuge mulher foi agredida pelo seu marido no seu local de trabalho é, por si só, bastante para que se decrete o divórcio entre ambos. II - Isto porque, o dever de respeito tem um carácter abrangente e significa a consideração que cada um dos cônjuges deve ter pelas liberdades individuais do outro, bem como pela sua integridade física e moral. III - A gravidade daquele acto, mesmo que não repetido, justifica a ruptura do casamento, se assim o quiser como quis, o cônjuge ofendido para preservar um direito fundamental como é o direito à sua integridade física, direito de personalidade que se sobrepõe ao instituto do casamento de natureza contratual”.

²⁰ Com a Lei n.º 61/2008, tornou-se particularmente relevante o comportamento processual das partes. O comportamento processual é interpretativo do impacto dos factos invocados pelo cônjuge naquela concreta relação, rectius, na subsistência daquele determinado casamento. Elucidativa é a decisão do Ac. TRC, de 7 de Junho de 2011 [Processo: 394/10.0TMCBR.C1]: “Perante o descrito quadro factual e tendo presente o

faz-se a dois, e se um deles não quer continuar casado, este é um indício forte de ruptura.

No processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges. Se a tentativa de conciliação não resultar, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento; obtido o acordo ou tendo os cônjuges, em qualquer altura do processo, optado por essa modalidade do divórcio, seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações.

III. O DESTINO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA ARRENDADA.

Se a casa de morada de família for arrendada, determina o artigo 1105.º do Código Civil que o seu destino poderá ser, em caso de divórcio²¹, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles.

Assim, se os cônjuges estiverem de acordo quanto ao destino da casa de morada de família, a sua decisão valerá como acordo complementar no divórcio por mútuo consentimento requerido na Conservatória do registo Civil, ou como acordo a considerar se o divórcio, ainda que por mútuo consentimento, tiver de ser requerido no Tribunal. No caso de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, o Tribunal tem igualmente o dever de tomar em consideração o acordo dos cônjuges, ainda que a decisão seja, em última instância, uma decisão do juiz.

Na falta de acordo sobre o destino da casa de morada de família, quer no divórcio por mútuo consentimento, quer no divórcio sem consentimento, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta, segundo o artigo 1105.º, n.º 2, “a necessidade de cada um, os interesses dos filhos ou outros factores relevantes”²². A transferência ou a concentração acordadas e homologadas

total alheamento/desinteresse manifestado pelo Réu no decurso e pelo desfecho dos autos [faltou à audiência conciliatória, não contestou a acção e não teve qualquer intervenção processual], afigura-se razoável afirmar como verificada factualidade suficiente integradora da ‘cláusula geral’ da alínea d) do art.º 1781º, do CC, podendo-se assim concluir pela ruptura manifesta do casamento, porquanto deixou inequivocamente de existir a comunhão de vida própria de um casamento”. No mesmo sentido, o Ac. TRL, de 15 de Maio de 2012 [Processo: 1017/09.5TMLSBL1-7], e o Ac. TRE, de 17 de Janeiro de 2013 [Processo: 2062/11.6TBPTME.

²¹ Esta nova vale igualmente, por força do artigo 4.º da Lei 7/2001, de 11 de Maio, à ruptura na união de facto.

²² Quanto à transmissão do arrendamento, decidiu o Ac. TRP, de 19 de Dezembro de 2012 [10731/10.1TBVNG.P1] que: “I - Na atribuição do arrendamento da casa de morada de

pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio.

IV. O DESTINO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA PROPRIEDADE DE UM OU DE AMBOS OS CÔNJUGES.

Se a casa de morada de família for propriedade de um dos cônjuges, ou de ambos, vale o artigo 1793.º, do Código Civil, que, na sua redacção actual²³, determina que o tribunal²⁴ pode dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada de família, quer esta seja comum quer própria do outro²⁵, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.

família, os critérios essenciais a considerar são as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos quando menores. II - Na mesma atribuição é avaliada a necessidade de cada um deles, deferindo-se àquele que mais precisar dela. III - Só quando as suas necessidades forem sensivelmente iguais é que haverá lugar à convocação de outros factores, tidos por secundários. (...)”. Bem andou o Ac. TRP, de 22 de Novembro de 1994 [Processo: 9520683], ao decidir que: “I - A atribuição do direito ao arrendamento na sequência da acção de divórcio não pode ser outro senão o de que o direito ao arrendamento da casa de morada de família deve ser atribuído ao cônjuge ou ex-cônjuge que mais precisa dele. O objectivo da lei não é o de castigar o culpado ou premiar o inocente, como não é o de manter na casa de morada de família o cônjuge que aí tenha permanecido após a separação, mas o de proteger aquele que mais seria atingido pelo divórcio quanto à estabilidade da habitação familiar, designadamente aquele a quem tivessem sido confiados os filhos. II - A necessidade da casa parece ser o factor principal a atender”.

²³ O artigo 1793.º, na redacção actual, surgiu com a Reforma de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro). A protecção nele desenhada não tem precedentes no ordenamento jurídico português, nem mesmo indirectos. Para uma análise mais profunda, SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*. Coimbra (1996): Almedina, p. 102 e ss.

²⁴ CARVALHO FERNANDES, L.: *Teoria Geral do Direito Civil II*, 4.ª ed. Lisboa (2007): Universidade Católica Editora, p. 390, relembra que segundo a construção de Castro Mendes, e com a qual o autor concorda, ao cônjuge requerente cabe um direito potestativo misto, de exercício necessariamente judicial, de cuja actuação resulta a constituição do arrendamento. Não há, propriamente, uma obrigação de contratar da outra parte, mas sim uma situação de sujeição.

²⁵ Sobre o âmbito de aplicação da norma, SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, cit., p. 322-323. Para este autor, o artigo 1793.º abrange as hipóteses de a casa ser bem próprio de um dos cônjuges ou bem comum do casal (ou a de serem ambos únicos comproprietários desta) – ou as de ser apenas um, ou serem ambos, titulares de um direito no uso do qual se processava a utilização da casa para morada de família, e cujo regime permita a constituição de um arrendamento, nomeadamente o direito de usufruto e de superfície. Não contempla o autor a hipótese de a casa ser objecto de direito de habitação ou ser emprestada. Todavia, não choca ao autor a ideia de que o tribunal, quando ambos os cônjuges ou ex-cônjuges são titulares do direito à habitação, ou são ambos comodatários, possa integrar a lacuna, atribuindo a um só o direito que era de

O artigo 1793.º, que se aplica na falta de acordo entre as partes, concretiza-se através de um processo de jurisdição voluntária, regulado actualmente no artigo 900.º do CPC. O pedido é deduzido por apenso à acção de divórcio, indicando o cônjuge os factos com base nos quais entende que deve ser-lhe atribuído o direito²⁶. Se o tribunal considerar de atender ao pedido do cônjuge, deve, então, dar-lhe de arrendamento a cada de morada. Este arrendamento fica sujeito às regras gerais do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode, ouvidos os cônjuges, definir condições específicas para este contrato, nomeadamente as relativas à sua duração e ao montante da renda²⁷. Quanto à duração, o tribunal poderá, por exemplo, determinar que o contrato durará até que o mais novo dos filhos do casal atinja a maioridade ou os 25 anos²⁸. Quanto ao montante da renda, este deve ser tomado em conta na fixação da prestação de alimentos que eventualmente seja pedida. A noção de alimentos que resulta do artigo 2003.º, n.º 1, do Código Civil português, abrange “tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e

ambos, desde que a tal não se oponha o título constitutivo do direito de habitação ou o contrato de comodato. PEREIRA COELHO, F., e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família I*, 4.ª ed., Coimbra (2008): Coimbra Editora, p. 674, nota 134, mostram algumas dúvidas quanto a esta última solução, pois o empréstimo da casa, embora feito aos dois, pode tê-lo sido, ainda que o contrato não seja explícito a este respeito, em atenção à pessoa do cônjuge ou do ex-cônjuge não requerente.

²⁶ O juiz convoca os interessados ou ex-cônjuges para uma tentativa de conciliação a que se aplica, com as necessárias adaptações, o preceituado nos n.ºs 1, 5 e 6 do artigo 931.º, sendo, porém, o prazo de oposição o previsto no artigo 293.º CPC.

²⁷ Existe em Portugal a prática judicial de não fixar montante da renda. Esta prática, que ainda se vai mantendo, é errada, pois o legislador fala expressamente na constituição de um contrato de arrendamento (definido no artigo 1022.º do Código Civil português como o contrato pelo qual alguém proporciona a outrem o gozo temporário de uma coisa mediante retribuição), do qual a renda constitui elemento essencial.

²⁸ A recente Lei n.º 122/2015, de 1 de Setembro, veio alterar o artigo 1905.º, n.º 2, estabelecendo que se mantém para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a pensão fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se o respectivo processo de educação ou formação profissional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido ou ainda se, em qualquer caso, o obrigado à prestação de alimentos fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência.

O Ac. TRC, de 31 de Maio de 2005 [Processo: 1247/05], havia decidido que: “I – O artº 1793º, nº 1, do Código Civil, ao referir como um dos factores de atribuição da casa de morada de família o interesse dos filhos do casal, diz respeito aos filhos menores, por serem estes que, normalmente, estão na dependência dos pais, necessitando da protecção e apoio destes. II – A circunstância, no entanto, de o filho atingir a maioridade, só por si, não é motivo de resolução do arrendamento da casa de morada de família, nos termos do disposto no nº 2 daquele normativo, se ele continua a viver com a mãe (ou o pai), em favor de quem o arrendamento fora constituído, já que a maioridade pode não significar autonomia, podendo o filho continuar na dependência económica dos pais e, portanto, a necessitar de viver com eles”.

vestuário²⁹”, pelo que na decisão a tomar, o tribunal deve considerar estes vectores - o montante dos alimentos e o valor despendido com a habitação, com o pagamento da renda - como interdependentes³⁰.

O Tribunal pode, igualmente, “fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem”. A lei usa a expressão caducar, mas, cremos ser pacífico que para além da modificação da situação específica que motivou o arrendamento (nomeadamente o interesse dos filhos ou do cônjuge), e que pode levar à caducidade do contrato³¹, o ex-cônjuge senhorio mantém a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento dos deveres da contraparte, pelo menos quanto a algumas das situações previstas no artigo 1083.º do CC.

Várias controvérsias doutrinárias se têm levantado a propósito da atribuição da casa de morada de família após a dissolução do casamento por divórcio. A primeira delas tem a ver com a ponderação a fazer pelo julgador. Os factores a ter em conta na decisão do tribunal são, segundo o artigo 1793.º, as necessidades de cada um dos cônjuges³² e o interesse dos filhos do casal, ao passo que no artigo 1105.º, n.º 2, que regula a transmissão do arrendamento em caso de divórcio, o legislador manda que o juiz tenha em conta “a necessidade de cada um, os interesses dos filhos ou outros factores relevantes”. No âmbito da transmissão ou concentração do arrendamento, o legislador permite ao julgador a tomada em consideração de factores (como, por exemplo, a existência de um ascendente idoso ou de um outro familiar com necessidades específicas a viver na casa) que não são susceptíveis de ponderação na constituição judicial de um arrendamento.

²⁹ Ainda que o montante dos alimentos devidos entre ex-cônjuges, relembre-se, não abranja o mínimo indispensável, mas siga o padrão estabelecido no artigo 2106.º-A do Código Civil.

³⁰ Cfr. LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 307-308.

³¹ PEREIRA COELHO, F., e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família I*, cit., p. 677, são da opinião de que o arrendamento da casa de morada de família, constituído nos termos do art. 1793.º, 1, pode todavia ser resolvido pelo tribunal, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem (1793.º, n.º 2, 2.ª parte). Neste sentido, o Ac. TRL, de 11 de Julho de 2013 [Processo: 9779/12.6YYLSB.L1-2], aplicando as regras da resolução do arrendamento por falta de pagamento das rendas. Sobre a denúncia, vide, por todos, DUARTE PINHEIRO, J.: “O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio”, MENEZES CORDEIRO, A.: *Estudos em homenagem no centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*. Coimbra (2012): Almedina, p. 488-489.

³² No Ac. TRP, de 22 de Junho de 2012 [3023/09.0TBPVZ-B.P1]: “I - Na atribuição da casa de morada de família, os critérios essenciais a considerar são as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos. II - Não é de atribuir a casa de morada de família à requerente quando se trata de bem próprio do requerido, dispõe de outro apartamento que é bem comum do casal, o qual fica próximo daquela e oferece todas as condições de habitabilidade para si e as filhas que consigo residem”.

Uma segunda questão prende-se com a delimitação dos filhos a cujo interesse se referem as normas acima mencionadas. O âmbito normativo inclui apenas os filhos comuns e os filhos do cônjuge proprietário ou também os filhos do outro cônjuge? O artigo 1105.º apresenta, também aqui, uma formulação mais abrangente, referindo-se ao “interesse dos filhos”, não exigindo que sejam filhos comuns do casal, mas podendo abranger filhos de cada um deles. Note-se que, ainda que a situação normal seja a de a filiação estar estabelecida relativamente ao cônjuge que pretende o arrendamento, em Portugal, não é de excluir que os filhos (apenas) do primitivo arrendatário fiquem a residir com o outro cônjuge. O artigo 1903.º do Código Civil³³ determina que quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais, por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício ao outro progenitor ou, no impedimento deste, por decisão judicial: a) ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais ou b) a alguém da família de qualquer dos pais. O mesmo vale no caso de filiação estabelecida apenas quanto a um dos pais. O artigo 1904.º-A³⁴ determina que quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais podem também ser atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto deste, exercendo-as, neste caso, em conjunto com o progenitor. Em caso de divórcio, aplicar-se-ão os artigos 1905 e 1906.º do Código Civil.

O artigo 1793.º, por seu turno, manda tomar em consideração “o interesse dos filhos do casal”. Ainda que numa interpretação estritamente literal a norma se refira apenas aos filhos comuns a ambos os (ex)cônjuges, em face da recentemente aprovada Lei n.º 137/2015, a norma abrangerá igualmente o interesse dos filhos do cônjuge proprietário, nos casos em que estes fiquem a residir com o cônjuge não progenitor.

Mas a objecção mais profunda ao artigo 1793.º vem de autores, como DIOGO LEITE CAMPOS³⁵, que consideram que, permitindo ao tribunal “expropriar” sem indemnização o uso da casa ao cônjuge a quem é imposto o arrendamento, o artigo 1793.º pode julgar-se ferido de inconstitucionalidade: “Portanto, a sua atribuição depois do divórcio tem particular importância. É, normalmente, objecto de acesa disputa entre os cônjuges, antes do divórcio e depois deste. Parece, assim, chocante, que ela possa ser atribuída mesmo ao cônjuge que dela não é proprietário, como o permite o artigo 1793.º. Trata-se de um caso de expropriação forçada, do uso

³³ Na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro.

³⁴ Também introduzido pela Lei n.º 137/2015,

³⁵ LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 305. No mesmo sentido, PITÃO, F.: *Unões de facto e economia comum*, 3.ª ed.. Coimbra (2011): Almedina, p. 201.

da casa, que se deve considerar inconstitucional³⁶”, pelo que só em casos excepcionais, na opinião do autor, deverá o tribunal entregar a casa de morada de família ao cônjuge que não seja o seu proprietário. É certo que esta posição não é incontroversa na doutrina. PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA³⁷ e NUNO SALTER CID³⁸, pelo contrário, consideram que a lei terá sacrificado o direito de propriedade, constitucionalmente protegido pelo artigo 62.º da CRP³⁹, ao interesse da família, igualmente objecto de protecção constitucional (no artigo 67.º da Constituição⁴⁰). Nas palavras deste último autor: “A justificação destas soluções da lei, algo anómalas, passa certamente pela consideração da relevância constitucional atribuída à família e à respectiva protecção (cometida ao Estado), que seguramente abrange a sua desagregação pelo divórcio”.

Creemos que a razão está com o primeiro autor.

O artigo 1793.º CC afecta uma posição do proprietário constitucionalmente garantida, consubstanciando uma diminuição da dimensão garantística do direito de propriedade, consagrada no artigo 62.º da CRP, entendida como norma jusfundamental permissiva do livre uso, aproveitamento e fruição dos bens⁴¹. A imposição de um arrendamento forçado impõe, indubitavelmente, ao proprietário uma limitação na sua titularidade, uma interferência com a sua potestas uti domini que cabe no âmbito de protecção do artigo 62.º. É certo que poderíamos aduzir argumentos que atenuassem a gravidade da interferência, por exemplo, desde logo, o facto de o arrendamento ser um acto de fruição do bem, e portanto, ainda que o proprietário, por força da constituição forçada do arrendamento, não possa retirar utilidades directas da coisa através do seu uso, não fica, em resultado da aplicação do artigo 1793.º, privado das utilidades indirectas proporcionadas pela casa, através do

³⁶ LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 307.

³⁷ Cfr. PEREIRA COELHO, F., e OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família I*, cit., p. 674, nota 134.

³⁸ SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, cit., p. 342.

³⁹ O artigo 62.º da CRP, com a epígrafe “Direito à propriedade privada” determina que: “1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

⁴⁰ O artigo 67.º, n.º 1, da CRP, estabelece que: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

⁴¹ Relembremos CANOTILHO, G., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª ed.. Coimbra (2007): Coimbra Editora, anot. ao artigo 62.º, p. 804, VIII, SOUSA RIBEIRO, J.: *O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa (2009): p. 12, SOUSA FRANCO, A., e D’OLIVEIRA MARTINS, G.: *A Constituição económica portuguesa*. Coimbra (1993): Almedina, p. 171, bem como os Acórdãos TC n.º 328/94 [Relator: BRAVO SERRA], de 13 de Abril, n.º 148/05 [Relator: VÍTOR GOMES], de 16 de Março, e n.º 345/09 [Relator: VÍTOR GOMES], de 8 de Julho.

recebimento da renda. Este argumento não procede, porém, porque posterga, irremediavelmente, a relação entre o direito de propriedade do titular e o desenvolvimento da sua personalidade.

O artigo 1793.º não obriga o proprietário, apenas, a um arrendamento forçado - violando seu o direito de dispor do bem, impondo uma afectação a que o proprietário se opôs, ou nas condições em que se opôs -, mas um arrendamento forçado a uma pessoa com quem o proprietário já não tem uma relação familiar, porque a que tinha se dissolveu por divórcio.

Estamos, precisamente, naquele núcleo da propriedade irredutivelmente ligado à pessoa do seu titular. Na verdade, o legislador - ao impor um arrendamento a um proprietário que não o deseja, e que esse arrendamento seja celebrado precisamente com uma pessoa cuja ruptura da vida em comum com o proprietário acabou de ser constatada - atinge de forma inexorável a concretização e o desenvolvimento do seu projecto de vida. Que esse caminho de vida tenha sido imposto ou escolhido, não é relevante. O que é determinante é que o proprietário da antiga casa de morada de família não quer manter o seu bem na disponibilidade de alguém, i.e., não quer manter uma vinculação negocial, com quem não vai seguir no caminho da vida, porque acabou precisamente de se desvincular dessa pessoa, afectivamente, ou, pelo menos, do compromisso formal que haviam assumido de partilhar uma plena comunhão de vida. O artigo 1793.º coarcta, pois, ao ex-cônjuge, a liberdade de acção decorrente do direito de propriedade, já que este, ou não daria a casa em arrendamento, ou, a dá-la em arrendamento, não a cederia àquele “velho desconhecido” com quem vem de sofrer o fracasso da vida conjugal⁴².

A afectação da propriedade ao ex-cônjuge apresenta, pois, nesta situação um forte impacto no desenvolvimento da personalidade do proprietário, porque o arrendamento imposto pelo juiz vai manter em relação duas pessoas que, voluntariamente ou não - quanto ao proprietário, dependendo de ter sido ele a pedir o divórcio -, viram dissolvida a relação pessoal e familiar que as unia.

⁴² AMARAL, M. L.: *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra (1989): Coimbra Editora, p. 546: “A CRP defende e protege a propriedade privada porque a encara como um espaço de autonomia pessoal, isto é, como um instrumento necessário para a realização de projectos de vida livremente traçados, responsabilmente cumpridos, e que não podem nem devem ser interrompidos ou impossibilitados por opressivas ingerências externas - venham elas do Estado, venham elas da sociedade”. Ver, ainda, MELO ALEXANDRINO, J.: *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa II (A construção dogmática)*. Coimbra (2006): Almedina, p. 677, sobre o papel da autonomia na liberdade de disposição dos bens.

É certo que o direito de propriedade não é um direito absoluto, mas antes um direito a ser moldado pelo legislador, “nos termos da constituição”, entendida esta locução não apenas em sentido negativo, como uma autorização ao legislador para restringir, mas conferindo-lhe também uma integração positiva do sentido: que tome em consideração a relação dos bens com o desenvolvimento da personalidade do titular, enquanto meio adequado e necessário para a realização e concretização da sua individualidade, para a promoção das suas diferenças e autonomia. A propriedade é, repetimos, um meio nuclear de afirmação da personalidade do seu titular, da modelação do seu projecto de vida, enfim, do seu caminho vivencial, e, em termos relacionais, constitui uma manifestação e expressão de decisões valorativas radicalmente pessoais e livres, merecedoras de tutela e oponíveis à comunidade e aos poderes públicos, em geral.

O legislador é o órgão especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a “criação” e a “dinamização” da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, “ler”, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios “abertos” da Constituição (tal como, justamente, o princípio da “dignidade da pessoa humana”)⁴³.

Se a garantia constitucional da propriedade é uma garantia sob reserva de lei⁴⁴, o legislador não é, no entanto, livre de conferir qualquer conteúdo à norma restritiva do direito. É necessário que esta norma restritiva tenha, na perspectiva global da Constituição, um sentido que seja conforme com o quadro valorativo estabelecido⁴⁵. No domínio dos direitos, liberdades e garantias, a vinculação do legislador pela Constituição é absoluta.

Quando haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um “pluralismo” mundividencial ou de concepções, sem dúvida cumprirá ao legislador democrático decidir, mas sempre dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. As intervenções de cunho restritivo, todavia, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e 3, não devem exceder o necessário

⁴³ Cfr. Acórdão TC n.º 105/90 [Relator: BRAVO SERRA], de 29 de Março.

⁴⁴ Vide REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra (2010): Coimbra Editora, p. 180-181, sobre a materialização ou densificação de direitos fundamentais, em que o legislador vai mais além do que dar forma, do que conformar o direito em questão: ele tem aqui, por força da remissão ou da recepção constitucional, expressa ou implícita, uma função que, pelo menos parcialmente, é constitutiva do próprio direito.

⁴⁵ MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada I*. Coimbra (2005): Coimbra Editora, anot. ao artigo 18.º, p. 154, VI.

para salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nem afectar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os tutelam. A Constituição impõe ao legislador um dever de respeito pelos direitos fundamentais, e no direito português, pelo direito de propriedade, abstendo-se de ofender, de restringir ou limitar o direito para além dos casos em que tal seja necessário para salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais e sempre no respeito por princípios de proporcionalidade⁴⁶.

A pergunta que se segue é, pois, a seguinte: o artigo 1793.º visa proteger a família, tal como ela é constitucionalmente garantida no artigo 67.º da CRP?

A resposta é necessariamente positiva quando haja filhos ou outros familiares do cônjuge proprietário a residir na casa. Nessa situação, a constituição da relação de arrendamento contra a vontade do proprietário é, inelutavelmente, uma restrição que serve os interesses, constitucionalmente protegidos, os da (sua) família. Na situação em que haja filhos ou outros familiares do proprietário ou comproprietário⁴⁷, e estes fiquem a morar na casa, a norma é legítima e a restrição ao direito de propriedade é constitucionalmente justificável⁴⁸: o objectivo prosseguido é legítimo e a medida é adequada a esse fim.

Mas cabe ainda perguntar: quando não existam filhos ou estes não fiquem a morar na casa, justifica-se, constitucionalmente, a atribuição da casa de morada de família ao ex-cônjuge, contra a vontade do proprietário?

Relembramos que os termos da protecção da família, imposta pelo artigo 67.º da Constituição, são conformados pelo legislador ordinário. Nas suas

⁴⁶ VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: “A protecção de direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos”, *RLJ* (2008), n.º 3953, p. 72.

⁴⁷ Cfr. o Ac. TRC de 13 de Junho de 2000 [Processo: 1094/2000] e o Ac. STJ, de 16 de Dezembro de 1999 [Processo: 99A998].

⁴⁸ Ainda há família nuclear fundada na parentalidade. Sobre a evolução histórica da família parental e da família nuclear, ver BONILINI, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, 2.ª ed.. Turim (2002): UTET, p. 4 e 5. Sobre a ética do cuidado, ver BELLOSO MARTÍN, N.: “El cuidado ¿valor ético o jurídico? Unas reflexiones a partir del principio de dignidade”, em SILVA PEREIRA, T., e OLIVEIRA, G., (eds.): *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo (2009): Editora Atlas, p. 331 e ss. Sobre a tensão entre responsabilidade moral e jurídica, vide LIND, C.: “Conclusion: Regulating for Responsibility in an Age of Complex Families”, em BRIDGEMAN J., KEATING H. e LIND C.: *Responsibility, Law and the Family*. Farnham (2008): Ashgate, p. 270 e ss. Sobre a família responsável (no que agora analisamos, pelo cuidado dos seus), e a importância do Direito da Família para ordenar e re-ordenar o equilíbrio da responsabilidade, cfr. DIDUCK, A., “Family Law and Family Responsibility”, em BRIDGEMAN J., KEATING H. e LIND C.: *Responsibility, Law and the Family*, cit., p. 255 e ss.

determinações normativas, o legislador vai paulatinamente valorando as relações e os institutos do Direito da Família. Nas palavras de NUNO DE SALTER CID⁴⁹: “A lei, a par da sua função ordenadora, possui igualmente uma importante e inegável ‘força sugestiva’, não só reflectindo, mas também induzindo um modo de ser e de estar em sociedade e em família”. Como escreveu ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO⁵⁰, o Direito da Família e o das Sucessões são “o esteio que sustenta valores consolidados da vida social, ao mesmo tempo que abrem as portas às modificações que as exigências dos novos tempos reclamam”. É, pois, ao legislador que cabe manter a necessária conexão entre Direito e realidade social⁵¹.

O conceito constitucional de família é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria. Na Reforma de 2008, o legislador veio deliberadamente assumir o casamento como uma fonte de felicidade conjugal e como laço que deveria subsistir apenas e enquanto os dois cônjuges quisessem. Frustrado o projecto conjugal, cada um dos cônjuges tem direito a seguir livremente a sua vida, sem declarações de culpa nem sanções acessórias associadas a essa declaração.

A interpretação da Constituição é concretização, ensinou GADAMER. Para que a concretização possa ocorrer têm de se verificar pelo menos duas condições: em primeiro lugar, o intérprete só pode compreender o conteúdo da norma numa situação histórica concreta, na qual ele se encontra. O intérprete entende a norma com a sua pré-compreensão e é esse seu anteprojecto ou hipótese da leitura da Constituição que deve vir, depois, a ser objecto de confirmação, correcção ou revisão; em segundo lugar, o intérprete deve relacionar a norma com um problema concreto – nesse sentido, não existe interpretação constitucional independentemente do problema concreto⁵². Poderá o ex-cônjuge caber no âmbito normativo do artigo 67.º, enquanto família?

⁴⁹ SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada de família no Direito Português*, cit., p. 1.

⁵⁰ MAGALHÃES COLLAÇO, I.: “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, in FDUC: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, cit., p. 40.

⁵¹ Cfr. ANGIOLINI, V.: *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*. Pádua (1995): CEDAM, p. 245 e ss, sobre a descrição constitucional e a prescrição legislativa.

⁵² MELO ALEXANDRINO, J., “Como ler a Constituição – Algumas coordenadas”, organizado por JORGE MIRANDA, J., ET AL.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha III*. Coimbra (2010): Almedina, p. 514-515.

A Reforma de 2008 tinha um objectivo de política social muito preciso⁵³: conformar a família conjugal como uma relação baseada na felicidade conjugal, na comunhão de afectos entre os cônjuges, e na liberdade individual de fazer constatar a ruptura da relação, de extinguir um laço que se fragilizou definitivamente. Liberto da censura da culpa (sem declaração de cônjuge culpado nem sujeição a sanções acessórias ligadas à culpa) e das esteias do institucionalismo conjugal (como resulta desde logo da cessação da afinidade e a conseqüente quebra dos laços familiares do ex-cônjuge com os parentes do outro), o indivíduo torna-se responsável pelo condução da sua vida, responsável por seguir o caminho no sentido de construção da sua felicidade. Esta nova concepção influirá, e muito, na delimitação e no modo como devemos encarar a relação jurídica entre os ex-cônjuges.

O legislador explicitou esta directriz, por exemplo, no regime dos alimentos, ao determinar que cada um dos cônjuges tem o dever de prover à sua auto-subsistência. Embora a doutrina considere que a Reforma de 2008 não visa extinguir com a solidariedade pós-conjugal⁵⁴, a verdade é que a considerarmos que esta subsiste, temos de a considerar a um nível muito ténue. Para além de o cônjuge credor não ter direito à manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio, o tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio a favor do ex-cônjuge.

Do mesmo modo, a liberdade de fazer constatar a ruptura da relação e de extinguir o laço do casamento tem agora reflexos na afinidade, ou seja, a relação (familiar) do cônjuge com os parentes do outro, que também cessa com o divórcio⁵⁵. Se até 2008, após a dissolução do casamento por divórcio, o cônjuge passava a ex-cônjuge, mas permaneciam as relações familiares de cada um deles com os parentes do outro, depois da Reforma de 2008 extinguem-se ambas as relações, a conjugal e a de afinidade.

Somos, pois, argumentos que nos conduzem à opinião de que os ex-cônjuges não mantêm uma relação entre si que possa ser qualificada como familiar, para efeitos de protecção do artigo 67.º da CRP.

⁵³ Como salienta CANOTILHO, G.: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra (1982): Coimbra Editora, p. 237: “a tarefa legislativa é, em grande medida, uma actividade inicial e autónoma de fixação de fins dentro dos quadros materiais da constituição – é qualificação de interesses públicos primários”.

⁵⁴ Sobre a necessidade como fundamento exclusivo da obrigação de alimentos face ao regime actual, VAZ TOMÉ, M. J.: “Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, cit., p. 454.

⁵⁵ Cfr. artigo 1585.º CC.

Assim sendo, a atribuição da casa de morada de família a ex-cônjuge, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa⁵⁶, é, em nossa opinião, uma restrição ao direito de propriedade que não nos parece constitucionalmente justificada por outros “direitos ou interesses legalmente protegidos”. Não é possível, por inexistentes, estruturar operadores de concretização que nos conduzam a uma densificação do artigo 67.º da CRP como abrangendo o ex-cônjuge no conceito normativo de família.

Somos, pois, da opinião que o artigo 1793.º consubstancia uma restrição não justificada ao direito do ex-cônjuge proprietário. Não havendo filhos, e portanto não subsistindo uma relação familiar fundada na parentalidade, ou outros familiares, que residissem e continuem a residir na casa, parece-nos que a norma que permite ao tribunal atribuir a casa de morada de família ao ex-cônjuge requer um “aggiornamento” e, na falta de revogação expressa, deve ser desaplicada pelos tribunais⁵⁷. Mesmo para quem entendesse que o

⁵⁶ Sobre a questão da residência alternada, vide ANTOKOLSKAIA, M.: “Shared residence from a comparative perspective: a Solomon’s Judgment New-Style?”, in BÜCHLER, A., e MÜLLER-CHEN, M. (eds.): *Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag*. Berna (2011): Stämpfli, p. 70-72, que contextualiza a evolução das respostas legais à residência alternada na mudança de paradigma dos papéis do homem e da mulher na família e na nova paternidade. O envolvimento dos pais mudou não apenas quantitativamente mas também qualitativamente. As relações dos pais com os seus filhos são mais profundas, mais afectuosas e mais íntimas. CARDIA VONÈCHE, L., e CADOLLE, S., “Quand le conflit conjugal est un conflit parental”, em BÜCHLER, A., e MÜLLER-CHEN, M. (eds.): *Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag*. Berna (2011): Stämpfli, p. 326, define que o bom divórcio, segundo o interesse da criança, é aquele que os pais continuam em comunicação e favorecem os contactos da criança com o outro progenitor.

⁵⁷ A questão foi recentemente analisada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro que, todavia, não retirou as adequadas conclusões. O Tribunal começa por afirmar que: “De acordo com o regime legal em que o segmento normativo agora questionado se insere e da qual não pode ser isolado para compreensão da questão que neste recurso é colocada, esta específica vinculação da propriedade só existe por causa da família e poderá deixar de subsistir quando circunstâncias supervenientes o justificarem”. O Tribunal segue pois, sem questionar, a doutrina e a jurisprudência dominantes na matéria, ao considerar que a restrição do artigo 1793.º do CC aos poderes do proprietário é justificada pela família, enquanto valor constitucional. Na verdade, é da essência do vínculo conjugal – só desse modo de constituição da família aqui cuidamos – afectar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges, gerando direitos e deveres que podem perdurar para além da sua dissolução, designadamente em matéria de alimentos, que é o efeito mais próximo daquele que agora analisamos. O Tribunal continua depois, afirmando que: “trata-se de norma conformadora do estatuto jurídico de um bem (aquele em que a família estabeleceu o centro da vida familiar) por ter sido afectado pelos cônjuges a uma determinada finalidade que se entende exigir protecção especial, no contexto da relação familiar e por causa dela, mesmo depois da dissolução do vínculo. Não se trata de um sacrifício imposto ao titular em nome de uma genérica hipoteca social da propriedade, mas de manter uma situação emergente dos efeitos do casamento e que vai para além dele. Aliás, os direitos de cada um dos cônjuges sobre o bem em que o casal estabelece o centro da vida familiar sofrem compressão noutros

artigo 1793.º se trata de uma restrição justificada e que ainda existe um resquício de família, enquadrável no âmbito normativo do artigo 67.º da CRP, sempre se dirá que a medida legislativa não seria proporcional⁵⁸.

Vejamos. A ideia de proporcionalidade *lato sensu* representa, hoje, uma importante limitação ao exercício do poder público, servindo a garantia dos direitos e liberdades individuais⁵⁹. Consagrada no artigo 18º, n.º 2, da CRP,

aspectos, designadamente, na alienação ou oneração (artigo 1682.º-A do CCv), na disposição do direito ao arrendamento (1682.º-B) do CCv)”.
O Tribunal, ao chamar à decisão e a equiparar as compressões resultantes dos artigos 1682.º do CC, que são ilegitimidades conjugais, na constância do casamento, com o artigo 1773.º, que trata da atribuição da casa de morada em arrendamento ao cônjuge não proprietário, equiparou o que não é equiparável: o estatuto patrimonial dos bens na constância do casamento e o seu estatuto após a sua dissolução por divórcio. E no mesmo equívoco incorre quando conclui que: “É uma norma de vinculação da propriedade, mas enquanto incidente sobre um bem em especial e de um tipo de proprietário e beneficiário: a casa de morada de família e o ex-cônjuge relativamente ao outro. Cabe, atendendo à imposição constitucional de protecção da família, nos poderes de determinação legislativa do conteúdo da propriedade ‘nos termos da Constituição’”. Considerar a constituição de um arrendamento forçado a favor do ex-cônjuge como uma resposta à imposição constitucional de protecção da família é não relevar a forma como o legislador, em 2008, conformou a comunhão conjugal e a sua dissolução por divórcio. Sobre o “positivismo jurisprudencial”, que se autocompraz com padrões alcançados, numa mera repetição de fórmulas e correntes, MOTA PINTO, P.: “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, *Themis* (ed. especial 30 Anos da Constituição Portuguesa 1976-2006), p. 215. É certo que a actividade interpretativa-aplicativa de normas constitucionais exige uma dimensão teórico-descritiva e prático-normativa, pelo que a metódica constitucional toma os textos como ponto de partida da construção de normas jurídicas, mas vai para além deles, na medida em que a interpretação dos textos constitucionais é uma mediação-atribuição de sentido. CANOTILHO, G.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed.. Coimbra (2003): Almedina, p. 1118.

⁵⁸ Abertura jurisprudencial para esta solução encontra-se no Acórdão TC n.º 127/13 [Relator: VÍTOR GOMES], de 27 de Fevereiro: “9. Lembre-se, finalmente, que o que está em apreciação, embora deva ser interpretado no conjunto do preceito, é norma a do n.º 1 do artigo 1793.º do Código Civil, em si mesmo, porque foi assim constituída em objecto do presente recurso. Não se exclui que outros princípios constitucionais, designadamente os decorrentes do princípio da proporcionalidade, devam intervir no escrutínio da conformidade à Constituição de específicos sentidos normativos com que o preceito seja aplicado. Mas não caberia na competência deste Tribunal – nem isso, aliás, lhe é pedido, atendo-se o recorrente a uma rigorosa formulação normativa da questão – determinar se, nas concretas circunstâncias, ocorrem os pressupostos capazes de justificar a solução. E, ainda que fosse possível configurar normativamente uma questão que permitisse absorver para o controlo de constitucionalidade tal realidade, não pode o Tribunal proceder oficiosamente a essa definição, apenas podendo pronunciar-se sobre a questão de constitucionalidade da norma tal como o recorrente a identificou”.

⁵⁹ Na jurisprudência, o Tribunal Constitucional tem reconhecido e aplicado, em várias decisões, o princípio da proporcionalidade. Veja-se o Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], o Acórdão TC n.º 274/98 [Relator: ARMINDO RIBEIRO

no que às restrições a direitos, liberdades e garantias diz respeito, a exigência de proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito e impõe os limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (legislador ou administrador) adequar a sua acção aos fins pretendidos, não tomando medidas desnecessárias ou excessivamente restritivas.

São subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade o princípio da conformidade ou adequação de meios, o princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*): entendido como princípio da justa medida⁶⁰.

O primeiro destes princípios requer que a medida adoptada para a realização do interesse público a proteger – no âmbito problemático em que nos movemos, a família - deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes⁶¹. A exigência de conformação pressupõe que o acto do poder público seja apto para e conforme aos fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität Zwecktauglichkeit*).

Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a idoneidade traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a família, a intervenção ou a providência a adoptar pelo órgão competente teria de estar em correspondência com ele. A liberdade de conformação do legislador, recorde-se, é muito ampla neste campo e deve ser tomada em consideração ao estabelecer a relação de adequação meio-fim.

Todavia, ainda que entendêssemos que o legislador ao escolher um arrendamento forçado a favor do ex-cônjuge estaria a usar do meio adequado para a satisfação das suas necessidades, o princípio da exigibilidade ou da necessidade impõe que o cidadão cujo direito esteja a ser restringido tenha direito à menor desvantagem possível. Destaca-se como elemento operativo a ideia de exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado

MENDES], de 9 de Março; o Acórdão TC n.º 451/95 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 6 de Julho; o Acórdão TC n.º 758/95 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 20 de Dezembro; o Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de Novembro; o Acórdãos TC n.º 176/00 [Relator: BRAVO SERRA], de 22 de Março e Acórdão TC n.º 202/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 4 de Abril; o Acórdão TC n.º 484/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de Novembro.

⁶⁰ Seguimos CANOTILHO, G.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 270.

⁶¹ Cfr., por todos, o Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de Novembro.

possível quanto à limitação dos direitos fundamentais. A necessidade do meio significa que é aquele, entre todos os que poderiam ser escolhidos in abstracto, que melhor satisfaz em concreto, com menos custos, a realização do fim; e, assim, é essa providência, essa decisão que deve ser tomada. Como decidiu o Tribunal Constitucional⁶²: “essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato”. Esta exigência coloca outra dificuldade à solução encontrada pelo legislador. Na verdade se o (legítimo) objectivo a alcançar fosse a protecção da família (por ainda enquadrarmos o ex-cônjuge nessa categoria), mesmo que considerássemos a constituição de um arrendamento forçado sobre a habitação do ex-cônjuge proprietário um meio adequado para o alcançar, não cremos que esta medida legislativa constitua aquela que satisfaça com menos custos a realização do fim., por contraposição, por exemplo, com o estabelecimento de uma pensão de alimentos, que visa, como resulta do artigo 2103.º CC, prover ao sustento, habitação e vestuário do alimentado.

Tratando-se, pois, de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação “calibrada” – de justa medida – com os fins prosseguidos, é necessária uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis⁶³. Ora, havendo sempre sacrifício patrimonial do titular da propriedade a favor do ex-cônjuge, em termos pessoais é mais aceitável uma contribuição monetária do que o arrendamento forçado de um bem de que se é titular e a vinculação negocial de um ex-cônjuge. Ora, o meio adequado para acudir às necessidades habitacionais do ex-cônjuge há-de ser, assim, o da prestação de alimentos. Na verdade, instituída que seja uma prestação de alimentos, sempre o julgador ou as partes podem aí ponderar as necessidades do cônjuge requerente.

O legislador português não adoptou a medida menos intrusiva com os mesmos efeitos na prossecução do fim visado. Ao não respeitar este requisito, mesmo admitindo-se que o objectivo do preceito é legítimo, o que não aceitamos, sempre a norma resultante do artigo 1793.º consubstanciará uma restrição excessiva do direito de propriedade do ex-cônjuge que se opõe à constituição da relação de arrendamento⁶⁴.

⁶² Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 4 de Novembro.

⁶³ Acórdão TC n.º 187/01 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 2 de Maio.

⁶⁴ O artigo 4.º da Lei n.º 7/2001 manda aplicar o artigo 1793.º às situações de ruptura da união de facto, ou seja, veio estabelecer o mesmo tratamento legal dos ex-unidos e dos ex-cônjuges no que à atribuição da casa de família diz respeito. A aplicação à união de facto dos artigos 1793.º CC e 1005.º CC corresponde a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional (Sobre o debate na doutrina e a irradiação da proibição constitucional de discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento no regime da união de

facto, ver SALTER CID, N.: *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*. Coimbra (2005): Almedina, p. 512 e ss).

O acórdão TC n.º 359/91 [Relator: MONTEIRO DINIZ], de 9 de Julho, declarou inconstitucional uma determinada interpretação segundo a qual as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do CC - que prescreviam que, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, o direito ao arrendamento da casa de morada de família podia ser atribuído, por acordo dos cônjuges ou ex-cônjuges, ou, na falta deste, por decisão judicial, ao cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário - não eram aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas houvesse filhos menores. O Tribunal desenvolveu a sua argumentação em torno do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição e aplicou o princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Nas palavras do Acórdão: “a regra sobre a atribuição da casa de morada de família contém diversos princípios informadores dos quais, em última análise, no plano da respectiva aplicação, vai depender o sentido da própria regra. Ora, um desses conteúdos normativos de que pode depender a transferência do arrendamento, consubstancia-se num princípio da protecção do interesse dos filhos menores. E, desde que se entenda, que o interesse dos filhos apenas vale no caso dos filhos nascidos do casamento e não já relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto, parece seguro que, no plano específico deste segmento normativo, então erigido em critério decisivo de atribuição do arrendamento se verifica um manifesto tratamento discriminatório relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto”. Em consequência, o Tribunal decidiu: “considerar inconstitucional o Assento de 23 de Abril de 1987, pois que, por força dele, consente-se um tratamento diferenciado entre filhos menores, consoante sejam nascidos dentro ou fora do casamento, impondo-se a estes últimos um regime de manifesto desfavor relativamente àqueles, tudo em aberta contravenção com o disposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição”.

O Acórdão TC n.º 1221/96 [Relator: TAVARES DA COSTA], de 4 de Dezembro, julgou inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República, a norma do artigo 1793.º na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação da união de facto, se constituída esta *more uxorio*, havendo filhos nascidos dessa união. O Tribunal considerou de manter a linha jurisprudencial seguida pelo Acórdão TC n.º 359/91, pois: “é evidente a correlação entre as situações contempladas nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 1110º e no n.º 1 do artigo 1793º: visam aquelas, além do mais, a destinação da casa de morada da família quando os cônjuges vivam em casa arrendada; cuida a última da destinação da casa de morada da família pertença em comum ou própria de um dos cônjuges”, sublinhando que “num caso e noutro, o interesse dos filhos do casal é erigido como critério de ponderação: nesta perspectiva torna-se evidente a similitude entre a situação decorrente da atribuição da casa de morada da família estabelecida em imóvel pertencente a um dos membros do casal e a casa de morada da família constituída em prédio arrendado por um dos membros desse casal”.

Em todos os casos decididos até agora pelo Tribunal Constitucional, com excepção do recente Acórdão TC n.º 127/13, existiam filhos menores nascidos da relação e subsistia, portanto, uma relação familiar. A Lei n.º 7/2001, porém, como já antes dela a Lei n.º 135/99, não só confirmaram a jurisprudência de extensão dos efeitos da ruptura do casamento à união de facto, como a ampliaram, admitindo que as mencionadas disposições legais se apliquem à união de facto mesmo que desta não haja filhos menores. A união de facto enquanto relação parafamiliar goza da protecção institucional do artigo 67.º, cabendo ao legislador a conformação concreta da medida dessa protecção, que será sempre de acordo com a fundamentalidade que lhe seja reconhecida. A abertura constitucional a uma tutela directa das uniões de facto não significa que, por força do princípio da igualdade, deva haver um mesmo tratamento legal para pessoas que vivem em união de facto mas a diferença, e a medida dessa diferença, cabem ao legislador determinar. Nas palavras do

V. CONCLUSÃO.

Ao aplicar o artigo 1793.º num caso concreto, em que esteja em causa a atribuição da casa de morada de família a um ex-cônjuge, ou o artigo 4.ª da Lei n.º 7/2001, quando estiver em causa a atribuição da casa a um ex-unido de facto, cabe ao juiz fazer um “aggiornamento” interpretativo destas normas: uma interpretação conforme à Constituição Portuguesa permite aplicá-las apenas quando exista uma justificação constitucional para a restrição do direito de propriedade do ex-cônjuge, ou seja, quando filhos ou outros parentes do titular do direito de propriedade fiquem a residir na casa. A interpretação conforme à Constituição tem uma primazia interpretativa perante os outros critérios de interpretação - no sentido da “razão protegida”, utilizado por JOSEPH RAZ⁶⁵: é uma razão de exclusão, ou seja, bloqueia motivos concorrentes para actuações divergentes – e, no direito português, este percurso metodológico levará à necessária afectação da casa de morada de família aos interesses da família: da família actual, fundada na filiação ou noutra grau de parentesco, não daquela que é um mero vestígio de um casamento terminado.

Acórdão TC n.º 651/09, Relatora: MARIA LÚCIA AMARAL], de 15 de Dezembro, tendo como pano de fundo as uniões de facto heterossexuais, a família que, nos termos do artigo 67.º da Constituição merece a protecção do Estado, “não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento”.

Todavia, se o ex-cônjuge, após o divórcio, não cabe no âmbito de protecção do artigo 67.º da CRP, a fortiori, tal entendimento deve ser defendido para o ex-unido de facto, ainda com mais intensidade (Parece-nos que no mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O direito do arrendatário face ao casamento e ao divórcio”, cit., p. 494): os unidos no âmbito da sua autodeterminação pessoal, decidiram assentar a sua relação numa união de facto, rejeitando o vínculo formal do casamento e o estatuto que o legislador lhe associa. A Constituição marca os limites do legislador que se constituiu neste sentido, como intérprete, e ao mesmo tempo, instaura os critérios formais e materiais que podem ser seguidos pelo operador jurídico como intérprete, tanto na Constituição como desde a Constituição. Cfr. FREIXES SANJUÁN, T.: “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (1993), n.º 4, p. 39-40. Ainda que o conceito de família que a Constituição acolhe como “elemento fundamental da sociedade” seja um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais, não nos parece que aí se possa incluir o ex-unido de facto. Retomando as palavras do Acórdão TC n.º 57/95 [Relator: ALVES CORREIA], de 16 de Fevereiro: “Havendo liberdade de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição), não seria razoável impor às pessoas que, consciente e voluntariamente, não quiseram unir-se matrimonialmente, o regime jurídico pensado para as famílias fundadas no casamento, que até elas poderão achar inconveniente”.

Reiteramos, pois, o nosso juízo de que a atribuição da casa de morada de família a um ex-unido, quando não haja filhos, ou quando os filhos não fiquem a residir na casa, é uma restrição ao direito de propriedade do seu titular não constitucionalmente justificada por outros direitos ou interesses legalmente protegidos.

⁶⁵ RAZ, J.: *The Authority of Law*. Oxford (1979): Clarendon Press, pp. 16 e ss.

PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA DE LA FAMILIA NO
MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
ARGENTINO

PROTECCIÓN OF THE NON-MARITAL FAMILY HOUSING IN THE
CIVIL AND COMMERCIAL ARGENTINEAN CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 193 - 213.

Fecha entrega: 17/09/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática de Derecho de Familia
Universidad de Cuyo
aidakemelmajer@carlucci.com.ar

Dra. MARIEL F. MOLINA DE JUAN
Profesora de Derecho
Universidad de Cuyo
marielmolina@estudiojuan.com.ar

RESUMEN: El nuevo Código Civil y Comercial argentino regula algunos efectos de las parejas no matrimoniales, a las que denomina “uniones convivenciales”. Entre ellos, protege muy especialmente el derecho a la vivienda familiar. En el artículo se analizan los nuevos mecanismos previstos por la ley para garantizar este derecho fundamental, más allá de las contingencias personales o patrimoniales que sus miembros puedan sufrir.

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar; uniones convivenciales; mecanismos de protección.

ABSTRACT: The new Civil and Commercial Code of Argentina regulates some effects concerning non-marital partnerships, referred to as “partnership unions”. Among these effects, it has special guardianship of the right to a family dwelling. This article analyzes the new protection mechanisms provided by law to guarantee this fundamental right, regardless the personal or patrimonial eventualities undergone by its members.

KEY WORDS: family home; partnership unions; protection mechanisms.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTEXTO DEL ANÁLISIS.- III. NOTAS CENTRALES DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES. TERMINOLOGÍA Y REQUISITOS.- IV. LA VIVIENDA, UN DERECHO FUNDAMENTAL.- V. INDISPONIBILIDAD RELATIVA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR (ART. 522 CC Y C).- 1. Inmueble protegido.- 2. Requisitos del grupo familiar.- 3. Naturaleza y forma.- 4. Actos que requieren el asentimiento del otro.- 5. Protección de los muebles indispensables.- 6. Efectos del acto realizado sin asentimiento. Plazo de caducidad.- VI. INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA (ART. 522 ÚLTIMO PÁRRAFO).- VII. AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA (ART. 244 CC Y C).- 1. Supuestos de constitución.- 2. Nuevos beneficiarios.- 3. Alcances de la protección.- 4. Efecto del cese de la unión sobre la afectación de la vivienda.- VIII. OTRAS PROTECCIONES POR EL CESE DE LA UNIÓN (ART. 526 Y 527 CC Y C).- IX. PALABRAS DE CIERRE.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código Civil y Comercial argentino diseña un conjunto normativo especialmente orientado a la protección de la vivienda¹. Contiene una serie de mecanismos que garantizan tanto el derecho a la vivienda, que expresa la vital necesidad de disfrutar de un espacio habitable suficiente al desarrollo de la persona, cuanto el derecho sobre la vivienda, ámbito donde se materializa el primero².

Estos instrumentos no son del todo novedosos; algunos ya existían disgregados en diferentes leyes; otros fueron incorporados con el propósito de ampliar y hacer más eficaz su tutela.

Una de las innovaciones de mayor significación radica en que, a partir del 1-8-2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, la protección abarca no solo la llamada familia tradicional, sino que también beneficia a otras familias y personas, especialmente las más vulnerables. El fin es protegerlas de los avatares de la vida cotidiana, favoreciendo su cuidado, sostén y desarrollo.

¹ Ampliar en PANDIELLA MOLINA, J. C.: *Uniones de hecho y vivienda familiar en el nuevo Código*, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2014-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 349-383.

² Para la distinción, consultar KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, Hammurabi, Bs. As., 1995, p. 83, y *Separata de la Rev. de la Facultad de Ciencias Económicas de la Univ. Nac. de Cuyo*, núm. 51; MEDINA, G.: *Protección Constitucional de la vivienda familiar, con especial referencia a las modernas constituciones provinciales*, RDF, núm. 7, 1992, p. 39.

Este artículo está destinado a analizar los aspectos más sobresalientes de la protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales. La pretensión es reflexionar sobre diferentes hipótesis que pueden presentarse en la práctica cotidiana y ofrecer algunos elementos de utilidad para su solución.

II. CONTEXTO DEL ANÁLISIS.

La incorporación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial es una de las modificaciones más significativas del nuevo ordenamiento; de este modo, se salva la omisión del Código Civil derogado que, prácticamente, las ignoraba como forma de organización familiar³.

La nueva figura se preocupa especialmente de la protección de los derechos fundamentales de las personas que integran estos núcleos familiares con base en dos parámetros relevantes: (i) el principio de realidad, que las reconoce como una práctica social en todos los estratos de la comunidad⁴ y (ii) el proceso de constitucionalización del derecho privado⁵.

La Constitución argentina protege la vida familiar sin hacer distinciones; por lo tanto, quienes optan por no legalizar su unión en el Registro Civil no pueden ser ignorados por la ley. Solo así se respeta verdaderamente el derecho humano a la vida familiar⁶.

El matrimonio y la unión convivencial comparten su fisonomía desde lo fáctico, mas desde el punto de vista normativo tienen diferencias

³ LLOVERAS, N.; SALOMÓN, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Bs. As., 2009, p. 391.

⁴ Los datos que arroja el último censo de Población, Hogar y Vivienda (2010) son elocuentes; veamos algunas cifras: del total de población casada y en pareja de 14 años y más (16.703.000), 10.222.566- el 61,20%- son personas unidas en matrimonio mientras que 6.480.434 – el 38,80%- conviven pero sin haber celebrado nupcias. En las provincias con índices de pobreza más alto, la cantidad de habitantes que viven en pareja sin haber contraído matrimonio se eleva, llegando incluso a ser mayor que el número de las casadas; en Formosa, por ejemplo, del total de personas que viven en pareja, el porcentaje de gente mayor de 14 años que no se ha casado es del 54,49%; en Chaco, esta práctica casi iguala al matrimonio, ya que el 49,94% convive en una unión no formalizada. El comportamiento de la población total del país resulta más elocuente aún si se evalúa el rango de edades de 25 a 34 años, en el que se observa que solo el 39,26% de los que viven en pareja están casados.

⁵ Es doctrina de la Corte IDH que la familia protegida por la Convención no se limita a la de base matrimonial (Corte IDH *Atala Riffó vs. Chile*, del 24/02/2012 y *Fornerón vs. Argentina* del 27/04/2012).

⁶ Recordar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la rica jurisprudencia del TEDH sobre este tema.

significativas. El nuevo sistema jurídico argentino se cuida de no equipararlos ni confundirlos, aunque en algunos aspectos, se aproximan bastante. En verdad, el código diseña una solución transaccional que busca un equilibrio entre (i) la autonomía personal para elegir la forma en que cada uno quiere vivir las relaciones afectivas, y (ii) la solidaridad y responsabilidad entre quienes comparten un proyecto familiar.

III. NOTAS CENTRALES DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES. TERMINOLOGÍA Y REQUISITOS.

El Código Civil y Comercial emplea la expresión “uniones convivenciales” para designar a los grupos familiares conformados por parejas no matrimoniales. Es una voz jurídica nueva que resalta la idea central que las define: el dato fáctico de la convivencia. La terminología empleada supera y unifica las anteriores denominaciones usadas por la doctrina, la jurisprudencia y las diferentes leyes que en forma dispersa se ocuparon de ellas (concubinato, uniones de hecho, uniones no matrimoniales, uniones en aparente matrimonio, parejas estables, etc.).

Las uniones protegidas por la ley se caracterizan por contener (a) un elemento fáctico, la convivencia de dos personas -del mismo o distinto sexo -fundada en el afecto (similar al modelo que se presenta en el matrimonio), (b) un elemento volitivo, la unión asentada en un “proyecto de vida familiar común”, (c) notoriedad de la relación, y (d) una pretensión de estabilidad, duración o permanencia (conf. art. 509 CC y C)⁷.

Para que los efectos previstos por la ley en el Título III del libro Segundo (Relaciones de Familia) se produzcan, los integrantes de la pareja deben ser mayores de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco cercanos, ni ser parientes por afinidad. No deben tener impedimento de ligamen por matrimonio anterior ni integrar una convivencia inscripta en forma simultánea. Se exige una duración de la vida en común de dos años como mínimo (conf. art. 510 CC y C).

La unión puede inscribirse en los registros creados a tal fin en el ámbito del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas (art. 511 CC y C); no es

⁷ Para ampliar, MOLINA DE JUAN, M.: *Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse*, *elDial.com* - DC1B15 Pub. 116/08/2013; y *Revista Lumen, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 9, enero-diciembre 2013, Lima, Perú - Universidad Femenina del Sagrado Corazón, pp. 99-110; *Idem, Uniones convivenciales y compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, *ErreNews -Novedades-* núm. 1854 - 5/3/2014; *Idem, Uniones convivenciales y patrimonio. Lo tuyo, lo mío, ¿y lo nuestro?*, 5-may-2015, MJ-DOC-7197-AR|MJD7197.

un requisito para que se le reconozcan la mayoría de los efectos jurídicos, pero sí algunos, cuando así lo exige expresamente la norma. De cualquier modo, si está registrada, la prueba será más fácil.

La figura tiene una estructura y apariencia semejante a las de una pareja matrimonial. Por eso, en algunos países europeos se optó por equipararla al matrimonio, de forma que ante la ruptura se aplican las consecuencias que la ley prevé para esta institución⁸. Esta solución también fue adoptada por algunos países de nuestra región⁹.

En la Argentina, esta posibilidad se consideró inconveniente por varias razones:

(i) En general, la doctrina se ha opuesto a la aplicación analógica de las normas del matrimonio para regular este tipo de organizaciones familiares¹⁰.

(ii) Con muy pocas excepciones¹¹, la jurisprudencia adhirió a esa posición¹², al igual de lo sucedido en España, en tanto el Tribunal Supremo, no obstante asumir el reconocimiento constitucional de las parejas de hecho como una

⁸ La Ley belga, *Loi instaurant la cohabitation legale*, de 23 de noviembre de 1998; la ley alemana, *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 22 de febrero de 2001; La ley sueca, de 1 de enero de 1995.

⁹ Por ejemplo, Bolivia (1972), Cuba (1975), Guatemala (1963), Panamá (1956).

¹⁰ Conf. BOSSERT, G.: *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Bs. As., 1997, p. 74. Ampliar en LAMM, E.: MOLINA DE JUAN, M.: *Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales*, *Revista de derecho privado y comunitario*, *Uniones convivenciales*, 2014-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 218 y ss.

¹¹ En el año 2013, con fundamento en la protección de las uniones convivenciales prevista en el Proyecto 2012 (hoy nuevo Código Civil y Comercial), un tribunal resolvió aplicar por analogía el régimen de las mejoras sobre bienes gananciales. Consideró que era la solución que mejor respetaba el fin y la naturaleza del vínculo entre las partes (convivencia de 10 años con tres hijos) (Cám. Apel en lo Civil y Comercial, Necochea, Expte. 8842 y 8621, 11/07/2013, *elDial.com* -AA8198).

¹² SCBA, AyS: 1990-IV-305 CNCiv. Sala K, 18/06/09 JA 2009-IV - 46. La CNCiv Sala C; 22/06/2009 “S., v. E. H” sostuvo que aunque la relación concubinaria que unió a las partes se mantuvo por más de 25 años, aquella no dejó de ser una situación de hecho que en modo alguno produce efectos similares a los del matrimonio, no pudiendo, por ende, aplicarse, ni siquiera por analogía o en forma supletoria, las disposiciones que regulan este instituto (Conf. Arts. 1261, 1271, 1648, 1651, Cód. Civil.)” Y que “para tener por probada la existencia de una sociedad de hecho como la que se invoca en estas actuaciones no basta demostrar la convivencia de las partes durante largos años o que ambos trabajaban y poseían bienes porque de ello no se deriva -ni permite presumir- que lo que cada uno adquirió a su nombre se haya hecho con el aporte de los dos.” Ver también CNCiv Sala K 08-04-2010, “M., A. R. v. A., S. s/ Disolución de sociedad”; Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala III) Lomas de Zamora, (02- 03-2010), “G., J. M. C/ A., O. L. S/ Div. De Condominio”.

modalidad de familia¹³, rechazó la aplicación de las normas del régimen matrimonial¹⁴. Cabe aclarar que esa negativa no ha impedido que, en algunos supuestos, los tribunales argentinos hayan aceptado utilizar algunas figuras del derecho matrimonial con fundamento en la protección de la familia¹⁵, de la infancia, o del derecho humano a la vivienda¹⁶.

(iii) La decisión de convivir sin celebrar matrimonio implica la facultad (no absoluta) de gobernarse libremente en el terreno de las consecuencias y regular el conjunto de derechos, facultades y relaciones¹⁷.

La nueva ley argentina, de modo semejante pone en valor la autonomía personal potenciando la celebración de acuerdos convivenciales¹⁸. Estos

¹³ STC 1992/222, de 11 de diciembre: “aparecen en primer plano ciertas normas de la Constitución Española que, aunque no se refieren específicamente a la unión familiar de hecho, directa o indirectamente pueden afectar a la misma, pues, sobre todo, la protección general que brindan alcanza tanto a la unión familiar matrimonial como a la unión familiar de hecho. En ese sentido, los arts. 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución y, sobre todo, el artículo 39 de la misma, cuyo apartado 1 consagra la protección de la familia, que alcanza no sólo a la fundada en el matrimonio, sino también a la unión familiar de hecho y, por si hubiera dudas, en su apartado 2, proclama la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. Y, a mayor abundamiento, “De los artículos 32 y 39 de la Constitución Española se deriva una negativa a la concepción de que la familia se constituye exclusivamente sobre el matrimonio. Ninguno de los artículos citados hacen mención, expresa ni tácita, de la unión extramatrimonial; ni la reconocen ni la rechazan, pero tampoco obligan a que la familia se constituya necesariamente sobre el matrimonio. El concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo, sobre el desarrollo y educación de cada uno de sus miembros y sobre la estabilidad de la relación para conseguir esos fines”. Para ampliar, ver también sentencias de 24 de noviembre de 1994 (Ponente: Marina Martínez-Pardo) y de 22 de enero de 2001 (Ponente: González Poveda). STS 16/12/1996 (RJ 1996-9020).

¹⁴ POUS DE LA FLOR, M.P.: *Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, pp. 805 y ss.

¹⁵ Cám. Civil y Comercial de Salta Sala III 01/06/10, LL Noroeste T 1-2011, p. 2.

¹⁶ CNCIV SALA M 16/05/2014, “C., J. c/Registro de la propiedad inmueble de la Capital Federal s/Recurso directo a Camara”, elDial.com -AA875D.

¹⁷ Ampliar en ECHEVERRÍA ALBACAR, I., *Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril*, *Diario La Ley*, núm. 8221, Sección Doctrina, 2 ene.2014, Año XXXV, Ref. D-2, Editorial LA LEY. LA LEY 10892/2013.

¹⁸ Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, sustituida por el art. 234-1 a 14 del Código civil de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables” [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho” [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81)]; la

acuerdos escritos persiguen disciplinar los efectos de sus relaciones durante la vida en común, o las consecuencias de la ruptura mediante pautas o criterios elegidos por ellos. Son una opción interesante, porque aparecen como una forma idónea para evitar problemas en el futuro¹⁹ al anticiparse al conflicto, permitiendo a los integrantes darse a sí mismos una respuesta probablemente más adecuada que la que puedan obtener en los tribunales.

Sin embargo, no todas las cuestiones pueden ponerse sobre la mesa de negociación. El respeto por la libertad de las personas no legitima el ejercicio abusivo del derecho por parte del conviviente más fuerte, ni autoriza conductas egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas de la convivencia y la necesaria cooperación y solidaridad que es el sustento de toda relación afectiva, sea convivencial, sea matrimonial. El mayor punto de contacto con el matrimonio se produce en este tópico, pues se regula en forma muy semejante un régimen primario inderogable para ambos casos. Por tratarse de la tutela de los derechos esenciales, resulta acertado asemejar el alcance e intensidad de la protección jurídica.

El “núcleo duro” consagra así el deber de asistencia recíproca (art. 519 CC y C), la contribución proporcional a los gastos del hogar, debiendo considerarse las tareas domésticas como aporte (art. 520 CC y C) y la responsabilidad solidaria por las deudas que uno de los convivientes hubiera contraído frente a terceros por las cargas de la vida en común (art. 521 CC y C).

IV. LA VIVIENDA, UN DERECHO FUNDAMENTAL.

El “núcleo duro” de orden público referido en el párrafo anterior también contempla la protección de la vivienda. En verdad, esta ha sido una de las

Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho” o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, “reguladora de las parejas de hecho”. La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de “uniones de hecho formalizadas”, cuyo art. 14 ha sido suspendido por el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)].

¹⁹ Conf. LÓPEZ FAURA, N.: *Pactos entre convivientes*, RDF, núm. 15, 1999, pp.105 y ss.

principales preocupaciones: garantizar los derechos esenciales de las personas, cualquiera sea el modelo familiar que elijan para vivir sus afectos²⁰. El concepto de vivienda es amplio; se erige como un derecho fundamental que tiene intrínseca relación con el derecho humano a la vida familiar. Es claro que trasciende el domicilio de la persona²¹ y cualquier visión parcializada o reduccionista.

En la Argentina, el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada “cuenta con un amplio sustrato normativo, tanto en el plano del derecho estatal como, sobre todo, del derecho internacional de los derechos humanos, ámbito en el que los estándares de reconocimiento han experimentado en las últimas décadas un considerable desarrollo”²². Integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, que la reforma constitucional argentina del año 1994 incorporó al bloque de constitucionalidad; por eso, recaen sobre el Estado obligaciones de diseñar los mecanismos adecuados para garantizarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población²³.

Una mirada a la realidad pone en evidencia que la situación de miles de familias imposibilitadas de acceder a una casa, o de conservar la que ocupan, es una de las manifestaciones más contundentes de la crisis social del siglo XXI²⁴. Este escenario se potencia cuando involucra a personas vulnerables,

²⁰ Ver entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, Hammurabi, Bs. As., 1995; F. JUNYENT BAS, y ot., *La tutela de la vivienda*. Córdoba, Advocatus, 2001; G. PISARELLO *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Icaria, Barcelona, 2003.

²¹ Para abundar ver GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid 2013, pp.10-12.

²² PISARELLO, G.: *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuado como derecho exigible*; cit. p. 76. Se encuentra consagrada en una pluralidad de instrumentos internacionales por ejemplo, la DUDH, Art. 25; CADH Art. 11.1; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Art. 5 Inc. e III, CEDAW Art. 14 Inc. h.

²³ JUANES, N. y PLOVANICH, M. C.: *El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión vital?*, *Revista de Derecho de Familia y las Personas*, La Ley (2010) núm. 10, pp. 40-52.

²⁴ La jurisprudencia ha resuelto algunas situaciones apremiantes garantizando las prestaciones necesarias para proveer una vivienda a grupos familiares desamparados. Es importante la lectura del fallo de la Corte federal que fija los lineamientos para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. Estos derechos no tienen operatividad directa *sino derivada* en la medida que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Agrega que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno, pero sí *el control de razonabilidad*. (CSJN, SQ. 64. XLVI. – “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Bs. As. s/amparo” 24/04/2012). Ver también SCBA, 03/07/2013, “B.A.F. c. Provincia de Bs. As. s/amparo”, APJD 29/07/2013, Abeledo Perrot, N°: AR/JUR/26478/2013. Ampliar en MOLINA DE JUAN, M.: “Actualidad en Derecho de Familia. Alimentos”, SJA 2014/02/12-7JA 2014-I, Abeledo Perrot, N°: AP/DOC/92/2014.

como las mujeres víctimas de violencia²⁵, niños, niñas, adolescentes²⁶, ancianos o personas con discapacidad²⁷, quienes experimentan con mayor intensidad las consecuencias de su carencia²⁸.

En la Argentina, es cada vez más frecuente que los integrantes de uniones convivenciales adquieran la vivienda familiar en condominio. Esta decisión está orientada a proteger por igual a ambos integrantes y, sobre todo, a evitar los problemas que puede generar una eventual ruptura. Muchas veces, se trata de un pacto convivencial por el cual, aunque en forma tácita, se realizan reconocimientos recíprocos de otro tipo de aportes, como por ejemplo, de trabajo doméstico al que se le asigna un valor monetario. Sin embargo, esta solución práctica no siempre logra garantizar en forma adecuada la vivienda de las personas más débiles.

En los próximos párrafos se analizan tres mecanismos de protección de la vivienda convivencial, dejando aclarado que se aplican con un alcance semejante en todos los grupos familiares, sea cual sea el origen de su configuración. (i) La indisponibilidad relativa de los derechos sobre la vivienda convivencial y los muebles indispensables; (ii) La inejecutabilidad por deudas posteriores al comienzo de la unión; (iii) La afectación de la vivienda (antiguo régimen del bien de familia).

También se hará menciones –aunque sea incidentales– al derecho real de habitación del conviviente ante la muerte del titular y a la atribución judicial de la vivienda al cese de la unión.

V. INDISPONIBILIDAD RELATIVA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR (ART. 522 CC Y C).

La indisponibilidad relativa de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables se concreta mediante la exigencia del asentimiento del otro

²⁵ CJS, “SANTILLÁN, IVANA VALERIA VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° CJS 37.193/14), 4/06/2015 Tomo 198:281/294. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala I, A. L. P. M. c/ GCBA, 14-abr-2015, MJ-JU-M-93229-AR|MJJ93229).

²⁶ Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M.: *La protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial Argentino*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 87-114, www.idibe.org.

²⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul sala II, 14/10/2010, “D. A., L. A. y otro”, APBA 2011-9-1027, Abeledo Perrot, N°: 45001357.

²⁸ JUANES, N. y PLOVANICH, M.C.: *El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión vital*, *Revista de Derecho de Familia y las Personas*, La Ley (2010) núm. 10, pp. 40-52.

conviviente para que el titular pueda realizar ciertos actos que afectan el uso y goce de esos bienes por parte del grupo familiar.

Esta protección, que en el sistema derogado solo estaba prevista para las familias matrimoniales y con importantes limitaciones, ahora puede ser invocada por los convivientes, siempre que la convivencia esté inscripta. Está contenida en el art. 522 CC y C con una redacción similar a la estipulada en el matrimonio (art. 456 CC y C²⁹). La norma centra su interés en la vivienda sede del hogar y en los muebles indispensables que integran el ajuar familiar. Indica: “ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia”.

1. Inmueble protegido.

El inmueble protegido es la “vivienda familiar”. La expresión es más precisa que “vivienda común” utilizada por los proyectos anteriores y que había sido cuestionada por su indefinición.

La figura tuitiva del hogar familiar persigue evitar que una actitud arbitraria de su propietario deje sin techo al resto del grupo familiar. En otras palabras, el conflicto entre el interés del conviviente titular que ostenta un derecho “sobre” la cosa y la necesidad del no titular que invoca un derecho “a” la vivienda en tutela del grupo, se resuelve a favor del segundo, priorizando la circunstancia fáctica de habitación del hogar a la facultad jurídica de libre disponibilidad correspondiente al titular del derecho patrimonial³⁰.

2. Requisitos del grupo familiar.

Para que opere la protección no es necesario que existan hijos menores, incapaces o con capacidad restringida. Los principios constitucionales–convencionales en juego y el respecto por la dignidad de la persona, imponen la protección de los derechos humanos de todos, con independencia de que

²⁹ Esta norma tomó como fuente el art. 215 del Código francés, el código belga (art. 215), el holandés (art. 88) y el de Quebec (arts. 449 y 451 a 454).

³⁰ Compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, cit., p. 179.

la familia se integre sólo por la pareja de adultos o que haya también hijos. El matrimonio o la unión convivencial sin hijos constituye una forma de vivir en familia y la vivienda en la que habitan es el “hogar” donde la pareja asienta su vida para proyectarse y concretar los proyectos personales y los compartidos.

Esta garantía opera exclusivamente en beneficio de las convivencias inscriptas. La exigencia responde a la necesidad de no afectar a los terceros que pueden verse involucrados, dado que la unión convivencial tiene base fáctica, por lo que sería más fácil defraudar sus derechos si el recaudo no se exigiese.

Por eso, el notario que instrumente un acto de disposición de derechos respecto de la vivienda que pertenece a una persona que vive en unión convivencial, deberá contar con información actualizada sobre esta circunstancia. Algunos notarios incorporan en la escritura pública una cláusula que contiene una “declaración jurada” sobre la inexistencia de unión. Sin embargo, esa manifestación unilateral no sería oponible al conviviente afectado, quien siempre puede demandar la nulidad del acto si se trata de una unión inscripta.

3. Naturaleza y forma.

El asentimiento es una declaración unilateral de voluntad por medio de la cual el conviviente no titular del bien presta su “conformidad” para que el dueño lleve adelante un acto de disposición que implica una afectación o compromiso de los derechos que tiene sobre ese bien. Su otorgamiento no significa la administración conjunta del bien, ni que exista una suerte de co-disposición, sino solamente una manifestación de conformidad³¹, que opera como “condición jurídica para la validez”³² que integra el acto realizado por el disponente³³.

La regla de la libertad de la forma rige para prestar el asentimiento; puede realizarse por instrumento público o privado, sea verbalmente o por signos

³¹ CNCiv., Sala A, 30/7/85, LL 1985-D-130

³² Conf. ZANNONI, E.: *Derecho Civil, Derecho de familia*, Astrea, Bs. As., 2006, t 1, p. 612.

³³ En relación con la naturaleza del asentimiento entre cónyuges, ver CNCiv Sala K 24/02/2012 D. A., L. R. v. D. A., A. C. y otros; APJD 06/06/2012. También CS Tucumán, sala civil y penal 08/06/2001, “Vuillermet, Paul Bernard v. Jovovic, Blas y ot. s/ cumplimiento de contrato. Escrituración”, Abeledo Perrot, N°: 25/5697.

inequívocos³⁴, aunque en este último caso se plantee el problema de la prueba si quien debió prestarlo lo desconoce después.

La manifestación puede ser anterior o contemporánea al acto o, incluso, luego de realizado, supuesto en que implica una confirmación del negocio celebrado sin el requisito legal. Si el asentimiento es otorgado en forma anticipada no puede ser general sino que debe contener los datos para individualizar el acto a celebrar y está supeditado a que se mantenga su vigencia en ese momento; esto es, que no haya sido revocado³⁵ ni expirado el plazo, si estuvo sujeto a un término de vigencia³⁶.

4. Actos que requieren el asentimiento del otro.

La norma indica cuáles son los actos que requieren el asentimiento. Esa expresión de voluntad es necesaria para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y para disponer y transportar los muebles indispensables de ésta. La exigencia no se limita a los actos de enajenación (compraventa, permuta) sino que abarca cualquier acto que implique modificación patrimonial (como el usufructo, la hipoteca), y aquellos que afecten el disfrute pacífico de la habitación (por ejemplo, la locación, el comodato)³⁷. El texto descarta una posible interpretación restrictiva, prohibiendo todo acto que implique atentar contra el goce del alojamiento de la familia³⁸.

5. Protección de los muebles indispensables.

También se protegen los objetos indispensables para el funcionamiento del hogar, sin los cuales no se permite el desarrollo de los proyectos personales de cada uno de los miembros de la familia³⁹. Se refiere a aquellos bienes

³⁴ SAMBRIZZI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, La Ley, Bs. As., 2007, 379. Para abundar, BELLUSCIO, A.: *Manual de derecho de familia*, 10ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 467.

³⁵ CNCiv Sala E 13.4.77, ED 73-472

³⁶ Conf. AZPIRI, J.: *Régimen de bienes del matrimonio*, Hammurabi, Bs. As., 2002, p. 139.

³⁷ LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: *Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar*, en *Rev. Derecho privado y comunitario. Sociedad Conyugal II*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2008, p. 381 y ss.

³⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, cit., p. 191, FANZOLATO, E.: “El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el MERCOSUR”, en GROSMAN (Dir.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 150.

³⁹ Toma como fuente el art. 1320 del Código Civil español que dice: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial” Ampliar en LACRUZ BERDEJO, *Introducción al*

destinados a satisfacer las necesidades básicas de las personas que habiten en el hogar, pudiendo equipararse a los que la doctrina y jurisprudencia ha considerado inembargables⁴⁰.

Son muebles que se caracterizan por su destino, debiendo existir una adecuación razonable entre vivienda y mobiliario en función de las necesidades de la familia, las que serán valoradas por el juez en cada caso, según las circunstancias concretas. La doctrina española los califica como *universitas facti* pues están vinculados por la finalidad de servicio o de destino, y se relacionan con el estándar medio de vida de la familia⁴¹.

6. Efectos del acto realizado sin asentimiento. Plazo de caducidad.

El acto realizado sin el asentimiento es nulo. La nulidad solo puede ser invocada por el que debió prestar el asentimiento omitido y el afectado puede confirmar el acto en forma expresa o tácita. Declarada la nulidad, las cosas deben volver al mismo o igual estado en que estaban antes del acto anulado, lo que implica la restitución del bien o el levantamiento del gravamen. El vicio también puede ser subsanado por convalidación judicial, en caso de que posteriormente se otorgue la autorización supletoria, sea a pedido del titular del bien o del tercero adquirente.

En todos los casos, siempre está presente la facultad judicial para valorar si realmente existió afectación del interés familiar.

El plazo para plantear la nulidad caduca para el conviviente no titular a los seis meses de haber tomado conocimiento del acto que lo perjudica, siempre que no haya cesado la convivencia, pues de lo contrario dejaría de ser el hogar familiar, excepto que el conviviente haya obtenido la atribución de la vivienda (si se dan los requisitos exigidos por el art. 526 CC y C), que es oponible a los terceros desde la inscripción registral. De ahí la importancia de solicitar medidas cautelares (por ej. anotación de la litis) mientras se tramita la petición.

estudio del hogar y ajuar familiares (a modo de prólogo), en VILADRICH, P.: (coord.), *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 28.

⁴⁰ MEDINA, G.: *Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil*, E.D. 184 1306; J.: MAZINGHI, *La reforma en materia de familia*, E.D. 184 1538.

⁴¹ GARCÍA CANTERO, G.: *Hogar Familiar y derecho de familia, sucesorio y registral*, en VILADRICH, P.: (coord.), *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1986, p. 75.

VI. INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA (ART. 522 ÚLTIMO PÁRRAFO).

El último párrafo del art. 522 CC y C —al igual que el último del art. 456 CC y C para el matrimonio— consagra la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas unilateralmente por un conviviente luego del comienzo de la unión. De este modo, deja fuera de la esfera de agresión de los acreedores al hogar de la familia convivencial, restringiendo el alcance del art. 743 CC y C⁴² respecto de los bienes que integran su prenda común.

Se limita la posibilidad de ejecución del inmueble por los acreedores de uno solo de los convivientes (pero no de otros bienes que integren su patrimonio) a fin de evitar que mediante la concertación de deudas —reales o simuladas— el propietario de la vivienda comprometa el hábitat⁴³. La finalidad de la ley es garantizar que ambos tengan conocimiento de los compromisos asumidos por el titular que pueden poner en jaque la habitación familiar. Por eso, la protección no opera si la deuda fue contraída por los dos, o por uno con la conformidad del otro.

La disposición procura completar la tutela de la vivienda familiar frente a la posibilidad de los acreedores del titular, que podrían agredirla para el cobro de sus créditos, en tanto integra su “prenda común”, salvo que exista afectación del inmueble en los términos del art. 244 CC y C y ss.

En consecuencia, con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la vivienda en la que reside la unión convivencial inscripta no podrá ser ejecutada si la deuda no fue contraída por ambos convivientes o por uno con el asentimiento del otro, aunque la deuda haya sido contraída por el titular del inmueble antes de la entrada en fecha anterior.

Si el inmueble se embargó, pero aún no se subastó, la cautelar puede mantenerse para hacerse valer en el supuesto de cese de la unión por cualquiera de las causas estipuladas en el art. 523 CC y C., circunstancia en la cual el acreedor podrá invocar la prioridad del primer embargante previsto en el art. 745 CC y C .

⁴² El art. 743 CC y C dice: “Bienes que constituyen la garantía. Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.

⁴³ Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92, Astrea, Bs. As., 1993, p. 47; ver también SAMBRIZZI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, La Ley, Bs. As., 2007, p. 403.

VII. AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA (ART. 244 CC Y C).

A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial las personas que viven en uniones convivenciales pueden proteger su vivienda mediante el instituto de la “Afectación”, que viene a sustituir el viejo bien de familia previsto por la ley 14.394 que solo se ocupaba de la familia matrimonial. Esta protección puede acumularse a la prevista por los mecanismos analizados en los puntos anteriores.

Se trata de disposiciones de orden público, de modo que tampoco puede pactarse en contrario (conf. art. 515 CC y C). Por eso, los convivientes no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en el plexo normativo comprendido entre los arts. 244 y 255 CC y C.

1. Supuestos de constitución.

La afectación puede ser dispuesta por quien integra una unión convivencial.

Si el inmueble está en condominio, deben pedirla todos los cotitulares conjuntamente (art. 245 CC y C). Con buen criterio, la solución deja de lado la exigencia contenida en el art. 43 de la ley 14.394 que exigía acreditar una relación de parentesco entre los cotitulares, con lo cual se amplía considerablemente el plexo de legitimados para acceder a la protección en respuesta a los reclamos de la doctrina⁴⁴.

Antes de la reforma, los tribunales debieron resolver varios casos sin lograr uniformidad. Unas voces se manifestaban en contra de que los convivientes condóminos pudiesen constituir el bien de familia; consideraban que la exclusión legal no era discriminatoria, porque los diferentes tipos de familia pueden ser regulados con distinto alcance sin que ello implique violar el principio de igualdad. Entendían que la interpretación exegética de la ley restringía la defensa de la vivienda a la familia matrimonial con un régimen jurídico integral, específico y excluyente, respecto de toda otra forma de uniones familiares fácticas. Contra esta interpretación restrictiva se alzaron

⁴⁴ En el año la XVIII Reunión Nacional de Directores de Registro de la propiedad inmueble declaró en el punto 3: “No es viable la afectación de un inmueble como bien de familia cuando los concubinos son copropietarios e instituyen como beneficiarios a ascendientes o descendientes extramatrimoniales por no reunirse en el caso los requisitos del art. 43 de la ley 14.394”. De lege ferenda se solicitó la revisión de la normativa sobre la materia. Para abundar, LLOVERAS, N. y SALOMON, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad Bs. As., 2009, p. 498. Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Bien de Familia y Registro de la Propiedad Inmueble*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011-I, p. 15.

otras voces que postularon admitirla aunque la pareja no estuviera casada, siempre y cuando existiesen hijos a quienes designar como beneficiarios⁴⁵. En tal caso, el registrador no debía judicializar la petición, pues no estaba avanzando sobre la ley, sino que simplemente la interpretaba conforme los fines de la institución⁴⁶. No corría la misma suerte la situación de los convivientes sin hijos a los cuales designar beneficiarios.

2. Nuevos beneficiarios.

¿Qué requisitos debe reunir la convivencia para hacer posible la afectación? Si se trata de convivientes condóminos que afectan en forma conjunta la vivienda, no están obligados a acreditar su calidad de tales, pues el art. 245 CC y C no impone ningún requisito más allá de la voluntad coincidente de todos los cotitulares.

Un supuesto especial de afectación puede tener lugar, mediante resolución judicial, en el caso que la vivienda se atribuya por el juez para después del cese de la convivencia, tal como lo autoriza el art. 526 CC y C.

No se prevé expresamente que el pedido de afectación pueda formularse con posterioridad a la sentencia de divorcio o conclusión de la convivencia, pero nada lo impide, en tanto es un efecto derivado del cese de la unión, siempre y cuando la vivienda le hubiese sido atribuida al peticionante⁴⁷.

3. Alcances de la protección.

Al momento de concretarse la afectación, el o los constituyentes deben individualizar a los beneficiarios. El o los constituyentes pueden optar por designar algunos o todos los sujetos enunciados en el inciso a) del art. 246. Debe respetarse la autonomía personal del titular del dominio, quien valora las circunstancias que lo inducen a designar a uno u otro⁴⁸.

⁴⁵ Ver por ejemplo CCiv y Com Rosario Sala I 13/10/97 “Q. A R. A y ot.”; LL litoral 1998 – I – 552. CNCiv. Sala H, 28/05/10, LL 2010 F 450, CSJ Tucumán 12/04/2010, *RDF y P La Ley* año 2 N° 10, noviembre de 2010, p 129, con nota aprobatoria de GRISETTI, R. y GRISETTI, A.: *Bien de familia, Constitución por concubino a favor de los hijos menores*.

⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Ley 17801*, en ZANNONI, E. (DIR), KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., t 13, p. 114.

⁴⁷ FLAH, L y AGUILAR, R.: *Comentario art. 245 CC y C*, en LORENZETTI (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014 t 1, p. 820

⁴⁸ Conf. BOSSERT, G.: en BELLUSCIO (DIR), ZANNONI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, comentario al art. 36 de la ley 14.394 T 6, pp. 298- 299.

El Código Civil y Comercial incluye al conviviente del constituyente (art. 246 CC y C) dentro del listado de personas que pueden ser beneficiarias. De este modo supera definitivamente una cuestión que no tenía acogida favorable en la jurisprudencia⁴⁹. Para la designación del beneficiario, no exige que la unión convivencial haya sido inscripta.

El régimen legal tiene por objeto principal mantener el inmueble libre de la agresión patrimonial de los acreedores del titular registral posteriores a la afectación (art. 249 CC y C). Además de preservarla de la agresión de los acreedores del titular, la designación como beneficiario confiere la facultad de habitar el inmueble pero no significa que los beneficiarios tengan carácter de dueño o condómino; por eso, los acreedores del beneficiario no tienen derecho a embargar o ejecutar el bien ni sus partes indivisas, aunque sean anteriores a la afectación y, si se desafecta y enajena, no tienen participación en el producido de la venta.

La afectación acarrea otro efecto, cual es la indisponibilidad relativa de la vivienda. El art. 250 del CC y C exige la conformidad de ambos convivientes para la disposición o gravamen del inmueble, actos que afectan en forma directa o eventual la habitación familiar. El requisito debe cumplirse en todos los casos, sean o no condóminos constituyentes, hayan o no sido designados beneficiarios. Pero a diferencia de los otros efectos, para que opere el requisito del asentimiento, al igual que en el caso del art. 522 CC y C, la unión debe estar inscripta en el Registro local (registro de uniones convivenciales emplazado en el registro civil) en los términos del art. 511 CC y C. Aunque la registración de la unión está prevista solo con carácter probatorio, la publicidad que aquí se exige está direccionada a dar seguridad a los terceros que contratan con el titular del inmueble.

Si el constituyente solicita la desafectación, debe contar con el asentimiento del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, debe ser autorizado judicialmente (art. 255 CC y C).

En caso que la afectación se haya dispuesto por testamento, la desafectación pedida por la mayoría de los herederos también requiere la conformidad del conviviente inscripto (art. 255 inc. b). Debe entenderse que el requisito se exige si el conviviente habita la vivienda; de lo contrario, carecería de interés. La desafectación pedida a requerimiento de la mayoría de los condóminos, también exige la conformidad del conviviente registrado (conf. art. 255 CC y C), siempre que habite la vivienda.

⁴⁹ CNCiv Sala A 11/7/00; JA 2001-II-73. 1° Cám. Apel Civil y Comercial de Santa Fe, 24/08/09, MJ-JU-M-46435-AR | MJJ46435 | MJJ46435.

4. Efecto del cese de la unión sobre la afectación de la vivienda.

La unión convivencial es una situación eminentemente fáctica que se sostiene en un hecho: la vida en común.

El art. 523 CC y C enumera como causas del cese de la unión convivencial: (a) la muerte de uno de los convivientes; (b) la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; (c) el matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; (d) el matrimonio de los convivientes; (e) por mutuo acuerdo; (f) la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; (g) el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Dado que la ley no impone que el constituyente habite el inmueble, siendo suficiente que lo haga por lo menos uno de los beneficiarios (art. 247 CC y C), ¿qué efectos tiene el cese de la unión sobre la protección dada por la afectación?

Los supuestos posibles son, entre otros, los siguientes:

(i) Si se trata de un condominio entre convivientes, el posterior cese de la vida en común no afecta la protección dispensada a la vivienda, con independencia de quiénes hayan sido designados beneficiarios. En el supuesto de afectación parcial (art. 244 CC y C), dada la posibilidad de subrogación prevista en el art. 248 CC y C, como regla, la división del condominio no requerirá la desafectación previa.

(ii) Si el inmueble pertenece a uno solo, el cese de la unión no suprime en forma automática el carácter de beneficiario del otro.

El constituyente podría solicitar la cancelación registral de esa designación, pero si no lo hace, el conviviente que sigue viviendo en el inmueble con el consentimiento del titular o por decisión judicial, podrá invocar su calidad de beneficiario a los acreedores posteriores a la afectación que pretendan subastarlo en los mismos términos que podría hacerlo el constituyente.

Si la unión cesa por muerte del constituyente y el conviviente fue designado beneficiario, puede seguir ocupando la vivienda mientras se mantenga la afectación (art. 247 CC y C). La mayoría de los herederos o de los condóminos podrá pedir la desafectación, pero el conviviente beneficiario, si estuviese inscripto, podrá oponerse y el juez resolverá lo más conveniente (art. 255 CC y C).

VIII. OTRAS PROTECCIONES POR EL CESE DE LA UNIÓN (ART. 526 Y 527 CC Y C).

Otro mecanismo de protección previsto como consecuencia del cese de la unión es la atribución de uso de la vivienda familiar en beneficio de los más vulnerables del grupo familiar.

Es natural que las parejas depositen el resultado de los esfuerzos económicos realizados a lo largo de los años en la construcción o adquisición de un inmueble donde asentar su hogar, de modo que frente a la disgregación del grupo, todas las miradas recaen sobre quién quedará ocupándolo⁵⁰. Surgen, entonces, inevitables tensiones entre los derechos económicos de cada uno, y otros intereses en juego, muchas veces regidos por principios jurídicos diferentes o antagónicos⁵¹.

Al cese de la unión convivencial, uno de los miembros de la pareja desavenida puede solicitar el uso exclusivo de la vivienda familiar por un plazo determinado (máximo 2 años) (art. 526). Esta facultad también se encuentra disponible para el caso del matrimonio, aunque con una diferencia significativa, pues para cónyuges no rige el plazo legal. Para que proceda la atribución, el conviviente que la solicita debe acreditar:

(i) Que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad.

Puede tratarse de cuidado personal unilateral, o bien compartido con la modalidad indistinta (Art. 650, la residencia principal del hijo se fija en ese domicilio aunque ambos comparten las funciones derivadas de la responsabilidad parental). Si el cuidado personal es alternado, también podrá obtener su atribución si acredita la extrema dificultad o imposibilidad de procurarse vivienda.

En este caso, es posible que el plazo se extienda más allá del previsto en la norma, en tanto el juez debe ponderar la protección de la infancia, los deberes derivados de la responsabilidad parental (arts. 638, 641 CC y C) y las reglas de no discriminación de los hijos (art. 558 CC y C) sean matrimoniales o extramatrimoniales⁵².

⁵⁰ SALAZART BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 15.

⁵¹ Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, cit. p. 226.

⁵² Antes de la reforma esta era la opinión de SOLARI, N.: *La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el artículo 1277 del Código Civil en Derecho de Familia. Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 29, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, p. 111 y ss. En cambio se ha rechazado la aplicación analógica del art. 1277 2º

(ii) Que tiene extrema necesidad de una vivienda e imposibilidad de procurársela en forma inmediata (art. 526 CC y C). La norma responde a las reglas de la solidaridad y responsabilidad familiar y a la protección del integrante más vulnerable del grupo familiar.

En este caso, el límite temporal funciona como un plazo razonable que le permite reacomodarse luego de la crisis familiar y buscar su propia forma de sustento, sea que el inmueble se encuentre en condominio o sea propiedad exclusiva del otro.

Si el conviviente que era titular del inmueble muere, el supérstite tiene un derecho real de habitación sobre la vivienda que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Se trata de un derecho gratuito que funciona a petición de parte, temporario, limitado a un plazo máximo de dos años (art. 527 CC y C). Se observa aquí otra importante diferencia con el régimen matrimonial, que confiere un derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383 C y C) de pleno derecho y vitalicio.

IX. PALABRAS DE CIERRE.

El nuevo código civil y comercial pretende ser “un puente entre el derecho que fue y el que exigirán las generaciones futuras”⁵³. Para algunos, la protección de la vivienda de la familia no matrimonial puede ser insuficiente; para otros, excesiva. El tiempo dirá si el régimen diseñado sirve para solucionar los problemas más significativos que se presentan o si, por el contrario, debe ser modificado. Por el momento, ciertamente, las nuevas formas familiares se subieron al escenario de la protección de la vivienda, lo que no es poco en pro de una sociedad más igualitaria.

ÍNDICE

párr. si *la concubina* habita el inmueble con su hijo menor, que no es hijo común (C 4° Civil y Comercial Córdoba; 7/12/10, Rev. Jus Santiago del Estero Copello Barone T 1-2001 p. 47).

⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Pautas para interpretar el código*, Prólogo al Código civil y comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente, Astrea, Bs.As., 2015.

BIENES FAMILIARES. SU RECEPCIÓN DOCTRINARIA Y
JURISPRUDENCIAL

FAMILY ASSETS. AN APPROACH FROM DOCTRINE AND
JURISPRUDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 215 - 245.

Fecha entrega: 05/09/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

· Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “DER2013-47577-R. IMPACTO SOCIAL DE LAS CRISIS FAMILIARES” y grupo de Investigación de la Universidad de Valencia RESEARCH GROUP PERSON AND FAMILY (GIUV 2013-101), Valencia, España.

CRISTIÁN LEPIN MOLINA
Profesor de Derecho Civil
Coordinador del Programa de
Estudios de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia
Universidad de Chile
clepin@derecho.uchile.cl

RESUMEN: Este trabajo busca determinar el régimen jurídico aplicable a la institución de los bienes familiares, figura reconocida en el derecho chileno desde el año 1994. Para ello, se analizan críticamente sus requisitos de procedencia, los conceptos de familia y de residencia principal involucrados, las solemnidades requeridas, sus efectos y los criterios de desafectación normados; para concluir que la protección de la familia consagrada en este instituto resultaría precaria al consistir sólo en una limitación al dominio del cónyuge o conviviente civil propietario.

PALABRAS CLAVES: bienes familiares, protección de la familia, régimen jurídico, bienes susceptibles, residencia principal, efectos, derechos reales, desafectación.

ABSTRACT: The purpose of this work is to determine the legal regime applicable to the family assets, legal figure existing in the Chilean law since 1994. the work contain a critical analysis about its requirements, the concept of family and main residence place, formalities required and its effects and the criteria to remove the condition of family assets. The work concludes that the family protection granted in this concept of family assets it seems to be weak because it's just a limitation to the spouse or civil couple owner.

KEY WORDS: family assets, family protection, legal regime, assets exposed; main place of residence, effects, property right, loss of quality

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. FINALIDAD. ¿PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO O CÓNYUGE MÁS DÉBIL?- III. RÉGIMEN JURÍDICO.- 1. Requisitos.- A) Matrimonio o Unión Civil.- B) Bienes susceptibles.- C) Residencia principal de la familia.- D) Resolución judicial o cumplimiento de las solemnidades.- 2. Forma de afectación de bienes.- A) Declaración judicial.- B) Por declaración de cualquiera de los cónyuges.- 3. Efectos.- A) Respecto de los cónyuges.- B) Respecto de terceros.- 4. Constitución de derechos reales.- 5.- Desafectación.- 6. Institución de orden público.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley N° 19.335, publicada el 23 de septiembre de 1994 en el Diario Oficial, incorpora por primera vez en la legislación chilena la institución de los bienes familiares, en los artículos 141 a 149 del Código Civil. Normativa aplicable a los matrimonios y a las uniones civiles celebradas en conformidad a la Ley N° 20.830 de 21 de abril de 2015¹.

Los bienes familiares buscan proteger la residencia principal de la familia y los bienes que la guarnecen, a través de una declaración judicial o de una declaración unilateral (según se explicara en el desarrollo de este trabajo), con el objeto de limitar las facultades que el cónyuge o conviviente civil propietario tiene sobre dichos bienes, tanto respecto de actos de disposición como en ciertos actos de administración.

La Ley N° 19.335 pretendía establecer el régimen de participación en los gananciales como régimen legal y supletorio, en reemplazo de la cuestionada sociedad conyugal (en atención a las discriminaciones contra la mujer), lo que en definitiva no prosperó. No obstante, se incorporó al ordenamiento jurídico como un régimen patrimonial alternativo y de carácter convencional. Eso sí, fue necesario mitigar las consecuencias derivadas de la ausencia de un patrimonio común durante la vigencia del régimen, lo que se materializó a través de los bienes familiares, intentando limitar las facultades del cónyuge propietario en el bien que sirva de residencia de la familia.

En este sentido, para HÜBNER los bienes familiares se establecen “con el objeto de paliar los inconvenientes que presenta el régimen de participación

** Agradezco a mis ayudantes de la Cátedra de Derecho Civil, Sheryl Vargas y Daniela Silva, quienes me ayudaron con la recopilación de jurisprudencia.

¹ Cfr. LEPIN MOLINA, C.: *Compendio de Derecho Familiar*, segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.

en los gananciales, en lo que se refiere a que durante su vigencia no existe un patrimonio común familiar, se idea el complementarlo con la institución de los ‘bienes familiares’, institución que se independiza del mismo, para pasar a ser común a todos los regímenes patrimoniales”².

De esta forma, la afectación de un bien familiar procede en cualquiera de los tres regímenes patrimoniales del matrimonio, es decir, ya sea que los cónyuges se casen bajo el régimen de sociedad conyugal, pacten participación en los gananciales o separación de bienes. Así parece entenderlo la Corte de Apelaciones de Santiago que señala “no existen en el matrimonio sino dos patrimonios, los de cada uno de los cónyuges, ya que por el hecho de celebrarse el contrato definido en el artículo 102, a diferencia de la sociedad o compañía definida en el artículo 2053 del Código Civil, no se forma ninguna persona jurídica distinta de las partes que concurrieron a su formación. Por lo tanto, los bienes de cualesquiera de los cónyuges podrán estar o no afectados a limitaciones en cuanto a su administración o disposición; y las hay en abundancia en los diferentes regímenes; pero siempre, a todo evento, dichos bienes lo estarán en alguno de esos dos únicos patrimonios, ya que no existe otro en el matrimonio”³.

Esta novedosa institución tiene algunos precedentes en la legislación nacional. Según CORRAL “en nuestra legislación no ha estado del todo ausente el tema de la protección de un patrimonio familiar. Ha tenido cierta presencia en relación con la estructura de la propiedad agraria y la protección del campesinado. Es así como, en virtud de la Ley N° 15.020, se dictó el Decreto con Fuerza de ley N° R.R.A. 5, del Ministerio de Hacienda, de 1963, publicado en el Diario Oficial del 16 de febrero del mismo año, que lleva por título ‘Legisla sobre propiedad familiar agrícola’. Por esta normativa se facultaba al Presidente de la república, a solicitud del propietario, para declarar “propiedad familiar agrícola” un predio rústico calificado previamente de “unidad económica” (de acuerdo con el art. 11 de la Ley N° 15.020)”⁴.

HÜBNER agrega que “también encontramos su presencia en la Ley 1.838 referida a las habitaciones para obreros, en la Ley 5.950 que creó la Caja de Habitación Popular, la Ley 7.600, en la Ley 15.020 en cuya virtud se dicta el

² HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, en AA.VV.: *Los regímenes matrimoniales en Chile. Problemas y perspectivas de cambio*, Hernán Corral (Edit.), Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 1998, p. 103. En similar sentido, CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, p. 52.

³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10145-2005, 16 de octubre de 2008, considerando quinto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/7720/2008.

⁴ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 51.

DFL N° R.R.A. 5, del Ministerio de Hacienda, de 1963, que facultaba al Presidente de la república, a solicitud del propietario, para declarar propiedad familiar agrícola un predio rústico calificado previamente de unidad económica”⁵.

Por último, es menester considerar que la Ley N° 20.830 crea el Acuerdo de Unión Civil, legislación que regula los efectos civiles de la convivencia entre dos personas, ya se trate de parejas heterosexuales o parejas homosexuales. El artículo 15 inciso final señala que “cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre los convivientes civiles, tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 141 a 149 del Código Civil”. En consecuencia, hace aplicable la normativa de los bienes familiares sin modificaciones, por lo que en los sucesivos, nos referiremos a la institución marcando las diferencias entre el matrimonio y las uniones civiles, en los casos pertinentes.

II. FINALIDAD. ¿PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO O CÓNYUGE MÁS DÉBIL?

La finalidad principal de esta institución es la protección de la vivienda que constituye la residencia principal de la familia, aunque como se analizará su efecto principal es limitar las facultades de disposición del cónyuge o conviviente civil propietario del bien declarado como familiar. De esta manera, per se no otorgan derechos de goce sobre el inmueble o sobre los bienes muebles que lo guarnecen, salvo que el juez decida constituir derechos de usufructo, habitación o de uso, según corresponda.

Se trata entonces de proteger el lugar físico para que la familia se pueda desarrollar, de esta manera la primera pregunta que surge es ¿cuál tipo de familia protege? Durante años, la doctrina unánimemente ha mantenido que protege a la familia matrimonial, sosteniendo que los únicos legitimados activos para solicitar la afectación son los cónyuges.

Así, por ejemplo, HÜBNER señala que “su fundamento se encuentra en el denominado ‘régimen matrimonial primario’, esto es, el conjunto de normas imperativas, de carácter patrimonial, que buscan la protección de la familia y por lo tanto se imponen heterónomamente a los cónyuges”⁶.

En un sentido similar, CORRAL señala que “se ha dicho que la fundamentación de este estatuto uniforme y especial al que resultan

⁵ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 102.

⁶ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 105.

sometidos todos los matrimonios en cuanto a algunos bienes, residiría en el deber general de los cónyuges de subvenir a las necesidades de la familia; lo que la doctrina española denomina 'levantamiento de las cargas del matrimonio'. Quizá convendría complementar esta explicación (que no parece cubrir la restricción de los derechos de los terceros acreedores), con la protección pública a la familia fundada en el matrimonio, que en nuestro orden constitucional es un deber del Estado (art. 1º Const.)”⁷.

Para la jurisprudencia, se trata de proteger a la familia matrimonial, lo que queda de manifiesto “sobre la base de los hechos reseñados precedentemente y ponderando la totalidad de los antecedentes del proceso, de conformidad a la forma que establece la ley, los sentenciadores del grado consideraron que la institución de los Bienes Familiares persigue asegurar a la familia matrimonial un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar su vida familiar con normalidad y que estando destinada a la protección de la familia, no procede que se declare como bien familiar el que es materia de autos, pues allí sólo vive el cónyuge demandante puesto que al momento de presentarse la demanda no constituye la residencia principal de la familia, constituida en éste caso por ambos cónyuges y por los hijos que viven a sus expensas”⁸.

La finalidad de protección de la familia matrimonial, también queda en evidencia en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que señala “que, como se ha dejado dicho en el motivo tercero de esta sentencia, la finalidad de los bienes familiares son, entre otros, amparar al cónyuge no propietario de la vivienda y resguardar el interés de los hijos comunes y del cónyuge al que le corresponde el cuidado de los hijos y, en el caso, el demandado no tiene el cuidado de algún hijo, ya que éstos son mayores de edad”⁹.

Efectivamente, las normas que regulan la institución se encuentran en el Libro I del Código Civil, Título VI “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”, párrafo 2º, artículos 141 a 149. Todas las normas se refieren a los cónyuges, ni siquiera se habilita a los hijos para solicitar la afectación, como se analizará. Como lo hemos expresado, esta institución se enmarca en el denominado estatuto protector del matrimonio, entendiendo por tal, al

⁷ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 53. En forma similar, RODRÍGUEZ GREZ, P.: *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997, p. 285.

⁸ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4686-2006, 05 de octubre de 2006, considerando cuarto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4310/2006.

⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 126-2014, 30 de junio de 2014, considerando decimotercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4123/2014.

“conjunto de derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio”¹⁰.

Esta situación se mantuvo inalterable hasta la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, el que pueden celebrar las personas ya sean heterosexuales u homosexuales. Dicha ley fue publicada en el Diario Oficial el 21 de abril de 2015 y entró en vigencia el 22 de octubre de este año. De esta forma, ya no sólo lo pueden celebrar los cónyuges, sino también los convivientes civiles (artículo 15 inciso final LAUC), de lo que se puede concluir que se trata de una norma de protección a la familia legalmente constituida, ya sea por el contrato de matrimonio o por el de unión civil.

En este último punto, es importante destacar que quedan excluidas las relaciones de hecho o de simple convivencia, es decir, las parejas que no suscriben ni un contrato de matrimonio ni de unión civil.

Un tema que resulta necesario analizar tiene que ver con la posible protección del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil a través de esta institución, toda vez que, por lo menos cierta jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, lo ha establecido así en algunas sentencias.

En el primer caso en que se solicita la desafectación y que fue otorgada en primera instancia, no se debió conceder en virtud de la aplicación del principio de interés superior del niño. Así, señala “que, por último, el artículo 3 N° 1 de la Convención de los Derechos del Niño, promulgada en nuestro país el 26 de enero de 1990, señala que En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Que este principio, de rango constitucional, conforme lo establece el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República, es recogido en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, por lo que en el presente caso, al resolver en torno a la desafectación del bien familiar ya mencionado, debió tomarse en consideración la situación que afecta a un niño de 8 años y que está bajo el cuidado y la tuición de su madre, la demandada en estos antecedentes”¹¹.

¹⁰ LEPIN MOLINA, C.: “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, diciembre, 2014, p. 22. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722014000200001&script=sci_arttext.

¹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2493-2008, 01 de diciembre de 2008, considerando séptimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4221/2008.

La sentencia en comento, utiliza el principio de protección del interés superior del niño para mantener la calidad de bien familiar de un inmueble, privilegiando la situación de los hijos que viven con uno de sus padres.

En este sentido, compartimos lo señalado por ROCA TRIAS al referir que “el interés superior del menor ha acabado por convertirse en un principio general del derecho de carácter bifronte, es decir, que inspira la legislación y además, debe ser aplicado por los jueces, en todas aquellas decisiones relativas a menores y más concretamente, en lo que se refiere a la crisis familiar”¹².

Así lo establece el artículo 16 de la Ley N° 19.968¹³ que crea los tribunales de familia, y que consagra como principio rector el interés superior del niño.

Nuestra jurisprudencia se ha planteado en términos similares, al señalar “que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso”¹⁴.

Lamentablemente, este interés superior del niño sólo se considera en la eventual desafectación del bien familiar, y no en su constitución.

Por último, interesa determinar si se debe proteger al cónyuge más débil. La ley no ha definido que se entiende por cónyuge débil, sin embargo, “se entiende que es uno de los cónyuges (más débil) que queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al momento del término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación”¹⁵.

El problema surge al analizar si es posible que la declaración de bien familiar subsista más allá del matrimonio, es decir, si puede extenderse en forma posterior al divorcio. En principio, estimamos que no es procedente

¹² ROCA I TRIAS, E.: *Libertad y familia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2014, pp. 65-66.

¹³ Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol 7166-2003, 07 de octubre de 2004, disponible en www.pjud.cl.

¹⁵ LEPIN MOLINA, C.: “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2, p. 519. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200007.

prolongar los efectos del matrimonio en forma posterior a su término, salvo si existen hijos menores de edad. De esta manera, no se atiende a la calidad de cónyuge, ni a su debilidad, sino en la excepción señalada se busca proteger a los hijos.

Así, parece entenderlo la Corte Suprema de Justicia, al señalar “que la lectura del libelo que se examina permite advertir que los sentenciadores hicieron una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, de modo tal que no incurrieron en infracción legal que influya, sustancialmente, en lo dispositivo del fallo. En efecto, quedó establecido por los tribunales del fondo que la demandada y la hija común del matrimonio viven en el inmueble cuya desafectación se solicita, no habiéndose demostrado la existencia de fraude alguno en perjuicio del actor, quien tampoco logró probar que se hubiere verificado alguna de las causales de desafectación contenidas en el artículo 145 del Código Civil. Asimismo, cuando el artículo 141 del mismo Código regula los supuestos de procedencia de la declaración de bien familiar de un inmueble, ninguna exigencia hace, respecto de la situación patrimonial de los cónyuges, de modo que, la alegación del recurrente en cuanto a que la demandada *no tendría el carácter de cónyuge más débil, no constituye un requisito legal que deba de ser tomado en consideración al momento de resolverse acerca de la procedencia o no de la desafectación de un bien declarado familiar.*”¹⁶ (El destacado es nuestro).

III. RÉGIMEN JURÍDICO.

Nos interesa analizar el estatuto jurídico establecido por el Código Civil chileno, especialmente sus requisitos, las formas de afectación de un bien como familiar, los efectos respecto de las partes y de terceros, la posibilidad de constitución de derechos reales y la eventual responsabilidad civil por la declaración fraudulenta de uno de los cónyuges o convivientes civiles.

1. Requisitos.

En primer lugar centraremos nuestro estudio en los requisitos de procedencia de los bienes familiares, en el entendido que sólo determinados bienes pueden ostentar tal calidad. Es decir, los bienes específicos que el Código Civil señala, y además, que sean declarados como familiares, ya sea por resolución judicial o por declaración unilateral de voluntad en los casos determinados por la ley.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 15331-2014, 28 de agosto de 2014, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/6007/2014.

Estos requisitos son: existencia de un matrimonio o de una unión civil; que se trate de un inmueble susceptible de ser declarado familiar, que sea la residencia principal de la familia, y que sea declarado judicialmente o que cumpla las solemnidades en el caso de la declaración unilateral.

Así lo ha resuelto la Corte Suprema que señala “que para la aplicación de la norma transcrita es necesaria la concurrencia de varios requisitos, a saber: existencia de vínculo matrimonial; que se trata de un inmueble de propiedad de uno de los cónyuges; que sirva de residencia principal de la familia y si son bienes muebles, que ellos guarnezcan dicha residencia principal de la familia. En la especie, concurren todos los requisitos señalados, puesto que las partes están ligadas por vínculo matrimonial; el demandado es propietario del edificio ubicado en Salesianos N° 1140, construido sobre el sitio de igual ubicación inscrito a su nombre en el Conservador de Bienes Raíces y los litigantes concuerdan en que el departamento N° 301 de dicho edificio, sirve de residencia principal de la familia por ellos constituida junto a una hija menor de edad”¹⁷.

A) Matrimonio o unión civil.

Tradicionalmente se ha señalado que los únicos beneficiarios eran los cónyuges, eso fue así hasta el 22 de octubre de 2015, fecha en que entra en vigencia la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, y que regula los efectos derivados de la convivencia entre dos personas.

Esta situación se aplica para la constitución o afectación de un bien como familiar, no necesariamente para su mantención o para su desafectación, casos en que la jurisprudencia ha privilegiado, acertadamente, la protección de la familia y el interés superior de los hijos.

Tratándose de contratos susceptibles de registro ante el Oficial del Registro Civil, se deberá acreditar mediante copia autorizada del acta de matrimonio o de unión civil, o los certificados que en cada uno de los casos se otorgan.

B) Bienes susceptibles.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 141 y 146 del Código Civil, pueden ser declarados como bienes familiares: i) el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges o convivientes civiles, ii) los muebles que lo

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 454-2009, 19 de febrero de 2009, considerando quinto, disponible en: www.pjud.cl.

guarnecen, y iii) los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia.

Con respecto al i) el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges o convivientes civiles, no obstante lo simple de la expresión, surgen una serie de dudas. Así, se ha planteado que debe tratarse una cosa corporal, un bien raíz, a efectos de que pueda servir de residencia principal de la familia. Adicionalmente, se excluyen otras formas de vivienda como por ejemplo las casas rodantes o carpas.

En este sentido, CORRAL señala que “debe tratarse de un bien inmueble, necesariamente corporal, ya que de lo contrario no podrá cumplir con el requisito de servir de residencia (se excluyen otras formas de vivienda como casas rodantes, vehículos abandonados, carpas o tiendas de campaña, etc.). La Corte Suprema ha debido confirmar la exigencia de que se trate de una cosa corporal, con motivo de un caso en que se pedía la afectación como familiar de un derecho real de usufructo recaído sobre un departamento (C. Sup., 12 de marzo de 2002, RDJ, t. 99, sec. 1^a, p. 33)”¹⁸.

Es importante recalcar la exigencia de la singularidad que establece el artículo 141 del Código Civil al señalar “el inmueble...”, lo que también excluye la posibilidad que detenten tal calidad más de un inmueble. Así, lo ha señalado TOMASELLO que expresa que “conviene llamar la atención hacia la circunstancia de que la ley habla de ‘el inmueble’ que sirva de residencia principal de la familia, de manera que no es posible la existencia de dos inmuebles que revistan este carácter”¹⁹.

Aunque parece que la afirmación corresponde al tenor literal, no necesariamente va a coincidir con la realidad, en la que es posible que dos bienes puedan ser la residencia principal de la familia, como es el caso de un matrimonio que se separa de hecho y tienen 2 hijos, y cada uno de los cónyuges queda al cuidado de uno de los hijos. En tal caso, ¿se podría decir que no son familia? o ¿se podría preferir a una por sobre la otra?

La respuesta nos parece clara, ambas son familia monoparentales, y no es posible preferir a ninguna de estas familias, ergo, ambas cumplen los requisitos.

¹⁸ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 59.

¹⁹ TOMASELLO HART, L.: *El régimen de participación en los gananciales*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1994, p. 147.

Con respecto al dominio del inmueble se pueden presentar varias situaciones: que el inmueble sea de propiedad de uno de los cónyuges o conviviente civil, que sea propiedad de ambos, que sea de propiedad de una sociedad de uno de los cónyuges, que sea de la sociedad conyugal, o que sea de una comunidad entre uno de los cónyuges o conviviente civil con un tercero.

En el primer caso no existe problemas, sólo la exigencia de probar el dominio por parte del cónyuge solicitante como ha tenido oportunidad de señalar la Corte de Apelaciones de Chillán al referir “que, de lo anterior se desprende, que para que pueda prosperar la acción interpuesta, es necesario acreditar que el bien que se pretende sea declarado familiar, es de propiedad de uno de los cónyuges y así lo entendió la parte demandante, pues en la audiencia preparatoria, ofreció incorporar como prueba documental copia autorizada de la inscripción de dominio del inmueble objeto de este juicio. Sin embargo, en la audiencia de juicio dicha prueba ofrecida, no fue incorporada legalmente”²⁰.

En el segundo caso, que el inmueble sea de propiedad de ambos cónyuges, estimamos que tampoco existe inconveniente en su declaración. En este punto parece existir acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como lo consigna la Corte Suprema al señalar “que al relacionar las disposiciones antes referidas, se concluye que los bienes que pueden ser declarados familiares corresponden al inmueble que sirve de residencia principal de la familia, los muebles que la guarnecen y los derechos o acciones en sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal de la familia. El instituto en estudio exige, como se ha dicho, que el inmueble sirva de residencia principal de la familia y que éste sea de propiedad de cualquiera de los cónyuges. Así si la ley no efectúa distingo alguno, no resulta al intérprete procedente hacerlo, reduciendo el campo de aplicación de la norma, debiendo entenderse entonces comprendidos en la hipótesis discutida, tanto los inmuebles que pertenecen a cualquiera de los cónyuges como los que son comunes de éstos, tal como lo concluyen también autores como Gian Franco Rosso Elorriaga (‘Régimen Jurídico de los Bienes Familiares’, Metropolitana Ediciones, 1998, p. 99), René Ramos Pazos (‘Derecho de Familia’, Editorial Jurídica, Tomo I, p. 361), Pablo Rodríguez Grez, (‘Regímenes Patrimoniales’, Editorial Jurídica, 1996, p. 286) y Claudia Schmidt Hott, (‘Instituciones de Derecho de Familia’, LexisNexis, 2004, p. 231)”²¹.

²⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillan, Rol 26-2008, 06 de marzo de 2008, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/789/2008.

²¹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 3322-2012, 3 de septiembre de 2012, considerando octavo, Identificador Microjuris: MJCH_MJJ33008.

La tercera opción, que el inmueble pertenezca a una sociedad de uno de los cónyuges, es precisamente, la situación regulada por el artículo 146 del Código Civil, que dispone “lo previsto en este párrafo se aplica a los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia”.

Respecto a la cuarta alternativa, que el bien sea de propiedad de la sociedad conyugal, existe consenso en que se aplica independiente del régimen patrimonial del matrimonio, es decir, si existe sociedad conyugal. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “así los hechos, no existen en el matrimonio sino dos patrimonios, los de cada uno de los cónyuges, ya que por el hecho de celebrarse el contrato definido en el artículo 102, a diferencia de la sociedad o compañía definida en el artículo 2053 del Código Civil, no se forma ninguna persona jurídica distinta de las partes que concurrieron a su formación. Por lo tanto, los bienes de cualesquiera de los cónyuges podrán estar o no afectados a limitaciones en cuanto a su administración o disposición; y las hay en abundancia en los diferentes regímenes; pero siempre, a todo evento, dichos bienes lo estarán en alguno de esos dos únicos patrimonios, ya que no existe otro en el matrimonio”²².

Por último, que el inmueble sea de propiedad de una comunidad entre uno de los cónyuges o conviviente civil y un tercero, nos parece que en este caso, a diferencia de los anteriores, no sería procedente, ya que se estaría afectando el derecho de propiedad de terceros. Nuestra jurisprudencia sostiene “que al respecto, cabe consignar, que la ley ha omitido toda referencia a la situación de los bienes raíces pertenecientes a uno de los cónyuges en comunidad con terceros, es decir, la misma no contempla ni autoriza la declaración de bien familiar en estos casos, a diferencia de lo que ocurre respecto de los derechos y acciones a que se refiere el artículo 146 del mencionado Código Civil, en que el legislador ha establecido la procedencia de tal afectación, no resultando posible concluir en un sentido contrario al indicado, desde que la situación en estudio ha quedado al margen de regulación por la normativa legal”²³.

De todas formas la existencia de gravámenes sobre el bien familiar, no es óbice para su afectación como bien familiar, ya que no es un peligro inmediato que amenace la propiedad del inmueble y tampoco es un requisito exigido por el legislador. Para la Corte de Apelaciones de San Miguel “la necesidad de tener que invocarse un peligro real o cierto que pudiera afectar

²² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10145-2005, 16 de octubre de 2008, considerando quinto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/7720/2008.

²³ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4608-2009, 14 de septiembre de 2009, considerando noveno, disponible en www.pjud.cl.

al bien respecto del cual se hace la solicitud, no es una exigencia que contemple la ley, en tanto que el hecho que pesen sobre el mismo inmueble gravámenes como los que menciona el demandado, tampoco es un obstáculo para formular la solicitud, razones por las que estas alegaciones no resultan idóneas para sustentar la oposición a lo pedido”²⁴.

Con respecto a los ii) bienes muebles que lo guarnecen, en primer lugar, es necesario consignar que el artículo 567 del Código Civil define a los bienes muebles como “los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

Según HÜBNER, guarnecer “significa revestir, adornar, dotar, equipar, proveer, etc. Se piensa que la ley se refiere exclusivamente a aquellos bienes de uso habitual, de servicio de la familia”²⁵.

En un sentido similar se ha resuelto “que como la ley no define lo que debe entenderse por muebles que guarnecen la residencia de la familia, aplicando la regla de hermenéutica legal del artículo 20 del Código Civil, es dable sostener que ‘guarnecer’, de acuerdo al sentido natural y obvio de las palabras, significa -según la definición del diccionario de la Real Academia- ‘colgar, vestir, adornar’ y también ‘dotar, proveer y equipar’. De lo anterior se infiere que el citado artículo 141 permite asignar este carácter a los bienes muebles que alhajan el hogar, es decir, al amoblado de la residencia familiar, sin consideraciones de otro orden, esto es, sin atender quién es el propietario de ellos ni a su valor, sea éste económico, histórico o sólo afectivo”²⁶.

Para CORRAL “si se relaciona el nuevo artículo 141 CC con lo dispuesto en el inc. 2º del artículo 574 CC, que interpreta la expresión legal ‘muebles de una casa’, deberán quedar excluidos bienes como el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y estantes, las medallas, armas, instrumentos de artes y oficios, joyas, ropas de vestir y de cama, y en general otras cosas de las que forman el ajuar de una casa. No parece que puedan comprenderse tampoco los automóviles, bicicletas, motocicletas ni otros bienes muebles de transporte, ya que el mismo art. 574 inc. 2º CC excluye a sus equivalentes en la época en que se dictó el Código Civil: ‘carruajes o caballerías o sus arreos’. No obstante, la pertinencia de la

²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 21-2012, 26 de enero de 2012, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/222/2012.

²⁵ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 112.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1245-2007, 31 de mayo de 2007, considerando quinto, disponible en www.pjud.cl.

invocación del artículo art. 574 CC es bastante discutible, ya que se trata de una norma de carácter instrumental y no de fondo”²⁷.

Por su parte la Corte Suprema, en cuanto a la excluir ciertos bienes por estimar que son prescindibles, ha señalado “que de los antecedentes se observa que los sentenciadores excluyeron de la declaración de bien familiar ciertos bienes muebles individualizados por el demandado, por estimarlos ‘prescindibles para el desempeño del núcleo familiar básico’. Si el legislador alude, a los muebles que guarnecen el hogar, no es lícito al intérprete distinguir entre los que son imprescindibles y los que no lo son. Es más, si se desea restringir el concepto, entendiendo que se refiere la ley a los que sean de ordinario uso en el hogar de que se trata, en la especie, tal presupuesto se cumple plenamente, pues los bienes que se exceptúan de tal condición son, en general, muebles finos, elegantes o de estilo, adquiridos durante la vigencia de la vida conyugal, que adornan y visten la casa familiar de acuerdo al gusto y preferencias de sus integrantes. Estos son congruentes con los demás bienes muebles que alhajan el inmueble como se observa del inventario confeccionado por la Secretaria del Tribunal, que se lee a fojas 91”²⁸.

Por último, en cuanto a la necesidad de singularizar los bienes muebles, estimamos que para que exista certeza jurídica, sería necesario tener un inventario de los bienes. Así parece entenderlo la Corte de Apelaciones de Arica, que ha resuelto “que, en cuanto a los bienes muebles que guarnecen el inmueble solicitado, no habiéndose individualizado los bienes solicitados, y atendida las característica del inmueble, se procederá al rechazo de la demanda en esta parte”²⁹. De todas formas, la ley no exige que se presente un inventario, como lo señala HÜBNER “la ley no exigió que se presentara un inventario de los bienes muebles, y hasta la fecha casi no existen declaraciones judiciales respecto de los muebles por la incerteza de su realidad y especificación”³⁰.

C) Residencia principal de la familia.

Desde luego que es el supuesto jurídico fundamental, que está integrado por tres características: debe tratarse de un inmueble que sirva de “residencia”, la que debe ser “principal” y debe servir a la “familia”.

²⁷ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., pp. 65-66.

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1245-2007, 31 de mayo de 2007, considerando octavo, disponible en www.pjud.cl.

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol 423-2008, 13 de noviembre de 2008, considerando quinto, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4090/2008.

³⁰ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 113.

En cuanto al primer punto, la residencia consiste en “la permanencia o establecimiento en un lugar determinado”³¹.

A propósito del domicilio se ha analizado “que en principio por morada debe entenderse la relación de hecho de una persona con un lugar, casa o recinto, donde esta persona vive o permanece. Morada es la casa o habitación; morador es quien habita o está de asiento en un paraje; y morar es habitar o residir de asiento en un lugar. Tal situación puede ser ocasional, accidental o momentánea, a diferencia de lo que sucede con la residencia, que tiene mucho mayor grado de estabilidad. Sin embargo, aparece que la expresión morada habitual no ha sido tomada en el sentido de habitación ocasional, accidental o momentánea, sino más bien en el significado de residencia que atribuye el Código Civil, vale decir, una morada fija y permanente, constitutiva del domicilio civil”³².

Evidentemente, la exigencia de que se trate de la residencia familiar termina siendo un obstáculo para las personas que tienen que abandonar su hogar transitoriamente, como podría ocurrir en los casos de violencia intrafamiliar, en que las víctimas se ven forzadas a abandonar su casa transitoriamente, para evitar los hechos de violencia.

Se puede declarar bien familiar, tanto un predio urbano como uno rural, sin embargo, coincidimos con CORRAL en el sentido que debería considerarse la afectación parcial del inmueble que exceda las necesidades del grupo familiar, como cuando se solicita respecto de un predio cuya extensión supera con creces a la residencia, incorporando incluso algunas actividades productivas, como fábricas o cultivos agrícolas³³.

Por residencia principal, la jurisprudencia de la Corte Suprema señala que debe considerarse, “en este contexto normativo, es que los jueces de alzada interpretaron las reglas invocadas, concluyendo que el inmueble sub lite ya no sirve de residencia principal de la familia, puesto que en él no habita actualmente el grupo familiar, hecho que, por lo demás, fue reconocido por la demandada, quien intenta extender el sentido y alcance de la institución en estudio, argumentando que a través de dicho bien se debe garantizar el derecho alimenticio de la familia, fundamento que es improcedente, porque se aleja del texto expreso de la ley y atendido a que el mismo se encuentra resguardado por medio de otras vías legales, anteriores y ejecutivas que

³¹ Sentencia de la Corte Suprema, 30 de octubre de 2003, considerando decimotercero, identificador Thomson Reuters: 28751, citada por J. BARRIENTOS GRANDON, *Código de la Familia*, tercera edición actualizada, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013, p. 41.

³² Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 12.907-2014, 05 de noviembre de 2014, considerando séptimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/8085/2014.

³³ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., pp. 59-60.

resultan más efectivas, compatibles y armónicas con el sistema normativo de la institución en estudio.”³⁴

En cuanto al segundo punto, es menester responder ¿Qué se entiende por familia? La Corte Suprema ha señalado que “no está definida en términos generales por el legislador. Empero, el inciso tercero del artículo 815 del Código Civil, inserto en el Título X del Libro II, relativo a los derechos de uso y de habitación, dispone que la familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución, de suerte que, también, para estos efectos, puede entenderse que hay familia si no existen hijos y los cónyuges viven separados”.³⁵

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago señala “que si bien, por concepto de familia se tiene a un grupo humano unido por vínculo de parentesco, en este caso no podría restringirse a la circunstancia que entre la actora y el demandado la acepción no les concede cobertura por el mero hecho que en dicho matrimonio no hubo hijos, puesto que una familia perfectamente puede sólo estar compuesta por el marido y la mujer no restándose a que ésa se conciba en un sentido amplio; más en este caso, que fue el inmueble de calle Pluviómetro N° 084, Villa Nevado del Maipo, de Puente Alto, el lugar físico donde convivió el demandado con la actora y los hijos de ésta y con la aquiescencia de aquel, circunstancia que no lo aleja, sino que, por el contrario, lo radica dentro del concepto más tradicional de familia”³⁶.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que “de la redacción de dicha norma aparece que para declarar un inmueble ‘bien familiar’, éste debe cobijar a la familia, estar destinado a servir de residencia principal de la familia y de resguardo a los hijos que conviven con los padres o con alguno de ellos, de lo que se desprende que la demanda que se interpone para obtener la declaración judicial de bien familiar de un inmueble, debe perseguir que tal declaración beneficie no sólo al cónyuge solicitante, sino también a los hijos que viven en el inmueble y que están conviviendo con su padre o madre”³⁷.

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 127-2015, 02 de febrero de 2015, considerando undécimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/559/2015.

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2800-2003, 31 de mayo de 2004, considerando duodécimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/789/2004.

³⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 885-2014, 18 de febrero de 2015, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/904/2015.

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 4379-2005, 23 de marzo de 2007, considerando cuarto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/691/2007.

Igualmente, debemos analizar si es que resulta necesario que los cónyuges o convivientes vivan juntos. Según la Corte de apelaciones de Concepción, “esta norma exige para la procedencia de la declaración de bien familiar la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, y que éste sirva de residencia principal de la familia, no estableciendo como requisito que los cónyuges permanezcan viviendo juntos”³⁸.

En este sentido la Corte Suprema ha resuelto “que, al razonar en la forma antes señalada, la sentencia ha cometido error de derecho, infringiendo el artículo 141 del Código Civil, pues ha incorporado un elemento no contemplado en dicha disposición para la declaración del bien familiar, esto es, que los cónyuges deban vivir juntos en el inmueble que sirve de residencia principal a la familia, lo que lleva a este tribunal a acoger el recurso deducido”³⁹.

En la misma línea, surge la necesidad de distinguir si la norma exige que los hijos que vivan en el inmueble sean menores de edad. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha entendido que efectivamente es requisito necesario para conceptualizar la noción de familia, incluso por sobre los intereses de los cónyuges o convivientes civiles.

Así, se ha señalado “que aparece en autos que la menor vive con su madre. Para ella el bien raíz es su residencia principal y como no puede vivir sola es lógico que también allí resida su madre. Para la menor sigue existiendo el vínculo con su padre y por ende ellos constituyen una familia de modo que el bien raíz que ocupa es su residencia principal”⁴⁰.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al referirse al interés superior de los hijos en la desafectación de un bien familiar, señala “que este principio, de rango constitucional, conforme lo establece el inciso 2º del artículo 5 de la Constitución Política de la República, es recogido en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, por lo que en el presente caso, al resolver en torno a la desafectación del bien familiar ya mencionado, debió tomarse en consideración la situación que afecta a un niño de 8 años y

³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2712-2003, 28 de julio de 2008, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3022/2008.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1373-2003, 24 de junio de 2004, considerando quinto, Identificador Microjuris: MJCH_MJ9308 | RDJ9308.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, Rol 563-2012, 17 de agosto de 2012, considerando tercero, Identificador Microjuris: MJCH_MJJ32873 | ROL: 563-12, MJJ32873.

que está bajo el cuidado y la tuición de su madre, la demandada en estos antecedentes.”⁴¹

Por otro lado, respecto de aquellos casos en que el solicitante vive con hijos mayores de edad, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha resuelto “que, como se ha dejado dicho en el motivo tercero de esta sentencia, la finalidad de los bienes familiares son, entre otros, amparar al cónyuge no propietario de la vivienda y resguardar el interés de los hijos comunes y del cónyuge al que le corresponde el cuidado de los hijos y, en el caso, el demandado no tiene el cuidado de algún hijo, ya que éstos son mayores de edad. La protección no puede extenderse a hijos que ya tienen más de 30 años y a una persona que hoy es un tercero ajeno a la propietaria del inmueble que necesita del mismo, en uso de su derecho de dominio, para habitarlo personalmente. Por lo demás, ni el demandado, ni los hijos que habitan el inmueble de que se trata, han invocado, ni han acreditado que estén inhabilitados para trabajar y poder acceder a otro inmueble”⁴².

Por último, es también necesario considerar qué sucede en los casos en que los cónyuges o convivientes civiles no tienen hijos o no viven con ellos. Nuestra Corte Suprema ha señalado “que los sentenciadores han considerado que para declarar el inmueble de propiedad de uno de los cónyuges bien familiar, es requisito indispensable que éste tenga actualmente la calidad de residencia principal de la familia, lo que no ocurría en la especie, desde que los cónyuges se encuentran separados de hecho, los hijos mayores de edad viven en forma independiente, ocupando la propiedad sólo el cónyuge demandante”⁴³.

Así las cosas, el problema que puede surgir en la declaración del bien familiar se relaciona directamente con la conformación de la familia moderna. Como se ha referido, no sería extraño encontrar casos en que los cónyuges o convivientes civiles se separen y que cada uno conviva con uno o más hijos por lo que, en tal caso, ¿a cuál familia se debería preferir? A nuestro juicio a priori no se puede dar una respuesta, será el juez de familia quien, al resolver la controversia, deberá analizar las posibilidades de cada uno de procurarse un lugar donde vivir.

⁴¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2493-2008, 01 de diciembre de 2008, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4221/2008. En un sentido similar, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 939-2014, 11 de junio de 2014, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3295/2014.

⁴² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 126-2014, 30 de junio de 2014, considerando decimotercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4123/2014.

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 6394-2007, 06 de diciembre de 2007, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/2865/2007.

En este orden de ideas, también podría ocurrir que el cónyuge o conviviente civil pueda iniciar una nueva relación y llevar a vivir a un tercero al inmueble declarado bien familiar. Nos parece que una solución interesante es la que establece el artículo 444 del Código Civil y Comercial argentino, en que se habilita para que el juez fije una renta compensatoria por el uso del inmueble declarado bien familiar⁴⁴.

D) Resolución judicial o cumplimiento de las solemnidades.

Otro requisito es que exista una resolución judicial que declare al bien familiar, la que incluso puede ser provisoria, tal como se consigna en el artículo 141 inciso 3° del Código Civil. Excepción es el caso de la afectación de derechos o acciones en sociedades propietarias de un inmueble que sea la residencia principal de la familia, donde se hará por declaración de los cónyuges que conste en escritura pública y la inscripción respectiva según se analizará a continuación.

2. Forma de afectación de bienes

El Código Civil distingue según se trate del inmueble residencia principal de la familia y los bienes muebles que la guarnecen (artículo 141 del Código Civil) o de los derechos o acciones que los cónyuges tengan sobre sociedades propietarias del inmueble.

A) Declaración judicial.

Como ya lo hemos señalado, el inmueble que constituya la residencia principal de la familia y los muebles que la guarnecen, pueden ser declarados como bien familiar por el juez de familia, en una especie de procedimiento ordinario, en que el juez debe citar a audiencia preparatoria, y sólo si existe oposición se citará a audiencia de juicio, en caso contrario el juicio se realiza en una sola audiencia.

Establece además la ley, una medida cautelar especial de declaración provisoria de bien familiar, con la sola interposición de la demanda, agregando que el juez de familia en su primera resolución debe disponer la subinscripción de la declaración provisoria de bien familiar en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, que se practicará con el solo mérito del decreto remitido mediante oficio por el tribunal de familia.

⁴⁴ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Editorial Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 88.

Según HÜBNER, “no obstante lo perentorio de los términos en el sentido de que la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente el bien en familiar, pensamos que sólo podrá tener tal característica respecto de terceros, desde que se subinscriba al margen de la inscripción de dominio tal condición, la que constituye una formalidad de publicidad, de carácter sustancial, de modo que su omisión produce inoponibilidad frente a terceros”⁴⁵.

Estimamos que la redacción del artículo 141 del Código Civil en esta materia no es la idónea, toda vez que no es la presentación de la demanda la que transforma provisoriamente al bien en familiar, sino la resolución que provee la demanda. Se trata entonces de una medida cautelar de tipo innovativa, dictada de oficio por el tribunal.

En este sentido, TOMASELLO señala que “evidentemente, la transformación provisoria en familiar del bien de que se trate asume todo el carácter de una medida cautelar o de precaución, pues tiene por propósito asegurar los resultados de la correspondiente acción. Con todo, la ley no ha hecho aplicables aquí los requisitos de las medidas precautorias ni tampoco ha establecido que la transformación provisoria en bien familiar pueda obtenerse en virtud de una suerte de medida prejudicial precautoria”⁴⁶.

En la actualidad, podríamos decir que no se exige el cumplimiento de los requisitos de las medidas cautelares del artículo 22 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. En este sentido, más que una medida cautelar de tipo judicial, es una medida de orden legal. Estimamos imprescindible que se acrediten los supuestos básicos de los bienes familiares, es decir, que se trata de cónyuges o convivientes civiles y que el inmueble sea propiedad de uno de ellos.

Así lo entiende la Corte de Apelaciones de Santiago, que ha señalado “que la primera parte del inciso tercero del artículo 141 del Código Civil señala: Con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisionalmente en familiar el bien de que se trate, de lo que se desprende que por el solo ministerio de la ley y bastando la presentación de la respectiva demanda de bien familiar y mientras no exista sentencia ejecutoriada que rechace la acción deducida, el inmueble en cuestión es, provisionalmente, bien familiar”⁴⁷.

⁴⁵ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 115.

⁴⁶ TOMASELLO HART, L.: *El régimen de participación en los gananciales*, cit., p. 150.

⁴⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4160-2007, 14 de diciembre de 2007, considerando 1°, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3013/2007.

Esta declaración provisoria, como medida cautelar, sólo puede mantenerse mientras exista un juicio, por lo que en principio debe mantenerse hasta que se dicte sentencia acogiendo la declaración de bien familiar o rechazándola. De esta manera lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al disponer “que el haber acogido la reposición, dejando la juez sin efecto la declaración provisoria de bien familiar, contraviene lo previsto en el artículo 141 del Código Civil, toda vez que por el hecho de interponerse la demanda debió declararse provisoriamente bien familiar -tal como ocurrió- y así mantenerse hasta la audiencia de juicio, ya que hubo oposición a tal declaratoria, audiencia en la que debería probarse, entre otros hechos, si dicho bien sirve o no de residencia principal a la familia”⁴⁸.

Es evidente que la ley no exige notificar la demanda, por lo que la declaración provisoria genera sus efectos desde la subinscripción, resguardando el legislador los intereses de la familia y del cónyuge o conviviente civil solicitante, sin considerar al otro cónyuge o a terceros que pueden verse perjudicados por una declaración solicitada de mala fe o con el propósito de lesionar los intereses de terceros.

Por lo señalado, cobra relevancia lo dispuesto en el artículo 141 inciso final del Código Civil, que prescribe que “el cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que se refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder”.

Para SCHMIDT, es una “norma que sorprende pues la declaración no la hace el cónyuge, sino que el juez en un procedimiento contencioso que se ventila conforme a las normas del juicio sumario⁴⁹, que en la práctica no será tan breve en tiempo y que exige la citación del otro cónyuge, quien será el demandado, por lo cual, no se advierte cómo podría producirse el fraude. Sin embargo, si se podría producir un fraude eventualmente en contra de terceros, cuando ambos cónyuges simulen un juicio contradictorio. En todo caso, se producirá el absurdo que si ambos cónyuges están de acuerdo, como la constitución exige un procedimiento contencioso, uno de ellos deberá presentar la demanda necesariamente en contra del otro, y en consecuencia simular un pleito, aunque sea sin intención de defraudar a terceros”⁵⁰.

⁴⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 651-2008, 24 de septiembre de 2008, considerando octavo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3591/2008.

⁴⁹ Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, el 1° de octubre de 2005, desde esta fecha se somete al procedimiento ordinario, con las modificaciones del artículo 141 del Código Civil.

⁵⁰ SCHMIDT HOTT, C.: *Instituciones de Derecho de Familia*, Schmidt y Martinic (Directoras), Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2004, pp. 235-236..

Nos parece que la hipótesis más evidente es la de actuar en perjuicio de terceros, por medio de un acuerdo de los cónyuges para lograr la afectación del bien.

En este sentido, CORRAL señala que “hay que hacer ver que en cualquier caso la norma parece superflua: a igual conclusión se hubiera llegado por la simple aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual (cfr. Arts. 2314 y ss. CC). Se trata más bien de una especie de tipificación civil del ilícito que cumple una función admonitoria”⁵¹.

No estamos de acuerdo con lo señalado ya que, como se solicita al tribunal la declaración, en principio, el cónyuge solicitante no comete un acto ilícito, por lo que a través de las normas generales no podría obtener la reparación.

Por otra parte, nos parece que también podría ocurrir que un cónyuge o conviviente civil pueda pedir la declaración en perjuicio de su pareja, considerando además que la ley establece la declaración provisoria con la presentación de la demanda. Así, por ejemplo sucedería si un cónyuge pide la declaración de un bien que no es la residencia principal de la familia, con el objeto de obstaculizar una venta o un negocio importante. Si pensamos que con la sola interposición de la demanda se constituye como familiar, sin acreditar o probar sus requisitos, bien puede ocurrir dicha situación.

B) Por declaración de cualquiera de los cónyuges.

El artículo 146 del Código Civil permite que se pueda declarar como bien familiar, los derechos o acciones de propiedad de los cónyuges sobre sociedades que sean propietarias del inmueble que sirva de residencia principal de la familia.

La afectación se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En las sociedades anónimas se debe inscribir el registro de accionistas y en las sociedades de personas al margen de la inscripción social, si la hubiere. El problema se puede presentar en las sociedades civiles que no están sujetas a registro, de manera que no existe forma de inscribir o subinscribir el bien como familiar.

⁵¹ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 79.

3. Efectos.

Los efectos se producen en los casos de declaración judicial, desde la resolución judicial que los declara provisoriamente como familiar entre los cónyuges o convivientes civiles, y respecto de terceros, desde la subinscripción en el Conservador de Bienes Raíces. En los demás casos será necesario que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, además de la subinscripción.

Así lo entiende la Corte de Apelaciones de Chillán, que señala “que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil, para que un inmueble pueda ser afectado como bien familiar, es necesario que éste sea de dominio de alguno de los cónyuges, que sirva de residencia principal de la familia y que esta afectación sea declarada por sentencia definitiva ejecutoriada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil. Este último requisito es de la mayor importancia, por cuanto se trata de una sentencia declarativa de derechos a favor de una de las partes”⁵².

En el caso de las sociedades que sean propietarias del inmueble que sea la residencia principal de la familia, será necesaria la escritura pública y su respectiva subinscripción, si fuere posible realizarla.

El principal efecto de la declaración será limitar las facultades de disposición y de administración del cónyuge propietario, como se analizará a continuación.

A) Respecto de los cónyuges.

En primer lugar, el cónyuge propietario no puede enajenar o gravar, ni prometer enajenar o gravar, el bien familiar, sino con la autorización del cónyuge no propietario (artículo 142 Código Civil).

Esta autorización debe ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exige esta solemnidad (como en la venta de bienes inmueble), o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. Se puede prestar por mandatario especialmente facultado, siempre que el mandato conste por escrito o por escritura pública. La sanción en los casos en que no se cumpla con las exigencias señaladas es la nulidad relativa, que puede solicitar el cónyuge no propietario. Al respecto, el artículo 143 del

⁵² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillan, Rol 143-2009, 26 de noviembre de 2009, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4060/2009.

Código Civil señala que los adquirentes se encuentran de mala fe para los efectos de las obligaciones restitutorias consecuencias de la acción de nulidad.

Según CORRAL, “esta presunción de mala fe (al parecer, de derecho) sólo se producirá cuando la afectación del bien inmueble conste en el registro inmobiliario. La ley no lo dice expresamente, pero sería extraordinariamente injusto y absurdo estimar lo contrario. Nuevamente, el intérprete debe salvar a la norma defectuosa del seguro naufragio al que la conduciría su tenor literal”⁵³.

La autorización puede ser suplida por el juez de familia en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. Se debe citar a una audiencia al otro cónyuge, en caso de negativa de éste.

Igual limitación existe respecto de contratos que concedan derechos personales de uso o goce sobre el bien declarado familiar. Por lo que se aplica lo ya señalado.

B) Respetos de terceros.

La declaración de bien familiar, no perjudica los derechos de los terceros anteriores a la declaración, por lo que no afecta el derecho de prenda general. Así parece deducirse del inciso final del artículo 147 del Código Civil, que señala “la constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento”. Aunque se ha estimado que su alcance se restringe a la constitución de los derechos de goce⁵⁴.

El principal efecto respecto de terceros es el beneficio de excusión, regulado en el artículo 148 del Código Civil, mediante el cual los cónyuges reconvenidos pueden exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Al efecto, se aplican supletoriamente las normas del Libro Cuarto, Título XXXVI del Código Civil, sobre la fianza.

En este sentido, HÜBNER sostiene que “se aplican las reglas de la fianza en cuanto correspondiere, lo que se traduce en:

⁵³ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 84.

⁵⁴ Cfr. HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 128.

- a) Para oponer el beneficio deben señalarse los bienes en que el acreedor puede hacer efectivo su crédito, no pudiendo ser señalados los del artículo 2359 del código Civil.
- b) El acreedor debe aceptar la excusión, aunque los bienes señalados sólo basten para un pago parcial de la deuda, según el artículo 2364 del Código Civil.
- c) El acreedor tendrá derecho a la anticipación de los costos de la excusión, artículo 2361.
- d) El beneficio sólo puede hacerse valer una vez⁵⁵.

En los procedimientos ejecutivos en que se disponga el embargo del bien familiar, el juez debe disponer que el mandamiento se notifique personalmente al cónyuge no propietario.

Con respecto a la falta de notificación, CORRAL señala que “no dispone expresamente la ley las consecuencias de la omisión de esta diligencia procesal. Dado que no se establece que se trate de un trámite esencial o cuya omisión produce nulidad, no habría causal de casación en la forma (Cfr. art. 768 CPC). Pero sí un defecto susceptible de un incidente de nulidad, en la medida en que, atendidas las circunstancias concretas, constituya un vicio que irroga a una parte (en este caso, el cónyuge no propietario) un perjuicio sólo reparable con la declaración de nulidad (Cfr. 83 CPC)”⁵⁶.

Según TOMASELLO, “se trata de una excusión real en cuya virtud el cónyuge demandado podrá oponer como excepción el beneficio de excusión (arts. 3003 N° 5 y 464 N° 5 del CPC) en el sentido de que antes de hacer efectivo un crédito en los bienes familiares se haga efectivo en otros bienes del cónyuge deudor”⁵⁷.

Coincidimos con HÜBNER en que “el beneficio resulta por lo demás tremendamente débil frente a las garantías reales que conllevan a la ejecución, puesto que si se constituyeron antes afectan a los acreedores, y si se constituyeron con posterioridad se va a exigir el consentimiento de ambos cónyuges de conformidad al artículo 142 del CC”⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., pp. 104-105.

⁵⁶ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 99.

⁵⁷ L. TOMASELLO HART, *El régimen de participación en los gananciales*, cit., p. 156.

⁵⁸ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 130.

Por último, CORRAL señala que “debe decirse que el beneficio de excusión, tal como aparece planteado en el art. 148 CC, no parece tener cabida en los juicios ejecutivos especiales cuyas regulaciones particulares restringen al máximo las excepciones o defensas de los ejecutados, por ejemplo, los procedimientos de requerimiento hipotecario bancario: arts. 98 y ss. de la Ley General de Bancos; de prenda industrial: arts. 43 y 44 de la Ley N° 5.687; de prenda agraria: arts. 22 y 23 de la Ley N° 4.097; de prenda de cosas muebles compradas a plazo: arts. 29 y 30 de la Ley N° 4.702; de prenda de Valores mobiliarios a favor de bancos: art. 6° de la Ley N° 4.287, y de la prenda sin desplazamiento: arts. 22 y 23 de la Ley N° 18.112”⁵⁹.

En contra, la Corte de Apelaciones de Talca ha resuelto “que en concepto de estos sentenciadores, la circunstancia de encontrarse el procedimiento de autos reglado por las disposiciones contenidas en los artículos 103 y siguientes de la Ley General de Bancos no es, per se, óbice para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, toda vez que la disposición contenida en el artículo 106 de aquel cuerpo legal dice relación con las interdicciones y prohibiciones que afecten al respectivo predio, calidad ninguna de las cuales es originada por la declaración de Bien Familiar”⁶⁰.

4. Constitución de derechos reales.

El artículo 147 del Código Civil autoriza al juez de familia para constituir a favor del cónyuge o conviviente civil no propietario, prudencialmente, derechos reales de goce, tales como usufructo, uso o habitación sobre el bien familiar.

Resulta un tanto extraño que por un lado se permita constituir derechos de usufructo sobre el bien familiar, lo que habilita por ejemplo para dar en arriendo la propiedad, y por otra, se exija que se mantenga como residencia principal de la familia.

La constitución de derechos reales no es un efecto automático, se debe considerar por el juez de familia, el interés superior de los hijos y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. La sentencia servirá como título para todos los efectos legales. Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago, al indicar “que establecido entonces que la declaración de bien familiar y la constitución de un derecho de usufructo, aun cuando recaigan en el mismo

⁵⁹ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 103.

⁶⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, Rol 247-2007, 01 de octubre de 2007, considerando primero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/2092/2007.

bien raíz son instituciones de diversa naturaleza y fines, procede a continuación analizar si concurren los supuestos exigidos por el artículo 147 del Código Civil para acceder a la pretensión de la actora de constituir en su favor el usufructo sobre el bien que reclama, específicamente, si ello resulta acorde con el interés superior del hijo menor de edad y, además, si aparece conveniente atendida las fuerzas patrimoniales comparativas de ambos cónyuges”⁶¹.

Reiteramos nuestras críticas a la regulación de los derechos de goce en los bienes familiares que planteáramos en la compensación económica, donde señalamos que “por otra parte, nada dice la NLMC sobre las obligaciones del usufructuario de rendir caución de conservación y restitución y de confeccionar inventario solemne (art. 775 Código Civil), o en los derechos de uso o habitación de confeccionar inventario de los bienes sobre los que recae su derecho (art. 813 Código Civil). A diferencia de lo que ocurre en la ley N° 14.908, en que expresamente se señala que quedan exentos de las obligaciones recién mencionadas”⁶².

Por último, la constitución de estos derechos reales sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge o conviviente civil propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento.

5. Desafectación.

La desafectación la pueden realizar los cónyuges de común acuerdo o por resolución del tribunal de familia. En el primer caso, el artículo 145 del Código Civil permite desafectar el bien familiar por acuerdo de los cónyuges, pero si se trata de bienes inmuebles, debe constar en escritura pública, la que debe subinscribirse al margen de la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Tratándose de la desafectación judicial, se debe solicitar al juez de familia (que decretó el bien familiar), y debe acreditarse que ya no es la residencia principal de la familia. Lo anterior se traduce en probar un cambio particular de circunstancias, acotado a si es o no la residencia principal de la familia. En este sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel señala “que del examen de los antecedentes allegados a los autos, se concluye que esta Corte declaró

⁶¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4278-2004, 17 de enero de 2008, considerando cuarto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/1381/2008.

⁶² LEPIN MOLINA, C.: *La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica*, en Revista *Ius et Praxis*, vol.18, n.1, 2012, pp. 3-36.

bien familiar el inmueble sublite teniendo presente prácticamente las mismas circunstancias que se verifican en la actualidad, esto es, los dos hijos comunes de las partes son mayores de edad, ambos padres ejercen una actividad remunerada y el bien raíz en cuestión sirve de residencia principal a la familia, pues en él habita la madre con sus dos hijos, de tal modo que, en opinión de estos sentenciadores, las condiciones que permitieron la declaración de bien familiar se mantienen subsistentes y, por ende, no han variado de manera substancial”⁶³.

El tribunal competente, en principio, es el tribunal de familia, salvo que la solicitud de desafectación la solicite un tercero como un banco. Tal como lo ha resuelto la Corte Suprema al señalar que “del tenor de la norma transcrita se advierte que la competencia asignada a los tribunales de familia - en relación con los bienes familiares - se restringe a la declaración y desafectación de aquéllos pero sólo en los casos en que tales asuntos sean promovidos entre los cónyuges y, en el caso sub judice, la cancelación de la declaración efectuada ha sido solicitada por una entidad bancaria que obviamente carece de tal calidad. Por otra parte - como acertadamente lo refiere la sentencia censurada - del mismo texto referido se concluye que el ejercicio de la acción de desafectación no se encuentra limitada únicamente a la actividad de los cónyuges, desde que del encabezado reproducido que señala ‘Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges’, se desprende que también se puede promover entre quienes carecen de tal calidad y, en tal caso, a contrario sensu, no será materia que deba ser conocida y resuelta por un Tribunal de Familia, siendo entonces de competencia de un tribunal civil por aplicación de las reglas generales. (...)”⁶⁴.

También se puede alegar como cambio de circunstancia, la muerte de uno de los cónyuges o convivientes civiles, la nulidad de matrimonio o del acuerdo de unión civil, y por último, el divorcio. En este caso, existe jurisprudencia que exige sólo que se decrete el divorcio por sentencia ejecutoriada y que se acredite en juicio que ya no es la residencia principal de la familia.

Así lo ha resuelto, por ejemplo, la Corte Suprema que señala “que tal conclusión se desprende del texto del artículo 145 del Código Civil, el cual para el caso en que el matrimonio sea declarado nulo o haya terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio, dispone que se aplicará la misma regla dada en el inciso anterior, disposición que se refiere a la

⁶³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 209-2014, 25 de julio de 2014, considerando séptimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4850/2014. En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 877-2012, 22 de enero de 2013, considerando sexto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/156/2013.

⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2084-2007, 14 de julio de 2008, considerando cuarto, disponible en www.pjud.cl.

posibilidad de desafectar un bien raíz que ya no sirva de residencia oficial de la familia, por la remisión que se hace, en definitiva, a lo dispuesto por el artículo 141 del citado Código. Dicho reenvío debe entenderse no sólo al procedimiento que debe utilizarse, esto es, a la necesidad de que exista una petición de desafectación y una resolución que la disponga, sino también la de justificar que ya no se cumplen con los fundamentos que autorizan la existencia de los bienes familiares, pues el inciso final del aludido artículo 145 del Código Civil, establece la exigencia de formular al juez la petición en este sentido, apareciendo entonces que la remisión que se hace bajo la expresión “igual regla”, sería una redundancia de la norma, si se interpreta en el sentido que se refiere sólo al procedimiento; por el contrario, aparece más razonable con la idea anterior, que se requiera de un pronunciamiento judicial en orden a acreditar el cumplimiento de los presupuestos de fondo referidos al destino del bien. Lo anterior se ve reafirmado, además, por la circunstancia que el divorcio no opera de pleno derecho desafectando el bien, pues se requiere de una decisión del órgano jurisdiccional en tal sentido, la que deberá valorar la situación particular⁶⁵.

Por la venta en pública subasta el bien pierde la calidad de familiar, en este sentido lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, que señala “que nuestra jurisprudencia ha sido clara en señalar que: tratándose de una enajenación voluntaria o forzosa, como sería el caso de venta en subasta pública decretada en juicio ejecutivo, el bien pierde ipso facto la calidad de familiar sin que sea necesaria una declaración expresa en tal sentido, pues tal calificación no puede subsistir si el bien ya no pertenece a alguno de los cónyuges, ello porque no se estableció en la ley para estos bienes familiares una subrogación real.”⁶⁶

⁶⁵ Sentencias de la Corte Suprema, Rol 1086-2009, 15 de abril de 2009, considerando sexto, disponible en www.pjud.cl; Rol 4316-2011, 12 de septiembre de 2011, considerando octavo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/7572/2011; Rol 22340-2014, 09 de febrero de 2015, considerando cuarto, Identificador Microjuris: MJCH_MJJ40496 | ROL: 22340-14, MJJ40496; Rol 16052-2013, 18 de junio de 2014, considerando quinto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3493/2014; Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 673-2010, 20 de diciembre de 2010, considerando sexto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/17029/2010; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 90-2013, 26 de junio de 2014, considerando octavo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3903/2014; y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 939-2014, 11 de junio de 2014, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3295/2014..

⁶⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 1442-2008, 17 de septiembre de 2008, considerando sexto, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3539/2008.

6. Institución de orden público.

Por último, es necesario señalar que se trata de una institución de orden público familiar, indisponible para los cónyuges o convivientes civiles, tal como se desprende del artículo 148 del Código Civil, que prescribe “es nula cualquier estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo”. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto “que la jurisprudencia ha sostenido que el propósito pretendido fue la protección o interés de la familia, en su calidad de tal y no en su aspecto patrimonial, ello atendido la norma aludida en el considerando primero se ubica en el párrafo que sanciona con nulidad cualquier estipulación que contravenga sus disposición de manera que son de orden público y no privado”⁶⁷.

IV. CONCLUSIONES

1. La declaración de bien familiar se constituye sólo como una limitación al dominio del cónyuge o conviviente civil propietario, sin garantizar la constitución de derechos reales de goce sobre estos bienes. De esta manera, la protección es precaria ya que no lo transforma en inembargable.
2. Su finalidad principal es proteger a la familia legalmente constituida, a través del matrimonio o el acuerdo de unión civil.
3. Procede la desafectación cuando existe un cambio de circunstancias, es decir, cuando pierda la calidad de residencia principal de la familia. Lo que ocurrirá, entre otros casos, cuando muera uno de los cónyuges, o se declare por sentencia firme y ejecutoriada la nulidad del matrimonio o el divorcio.
4. En este último caso, puede subsistir la declaración de bien familiar si el cónyuge no propietario vive en el lugar con hijos menores de edad, protegiendo de tal forma, el interés superior de los hijos.

ÍNDICE

⁶⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2539-2008, 13 de enero de 2009, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/5717/2009.

LA VIVIENDA Y EL PATRIMONIO FAMILIAR EN MÉXICO

HOUSING AND FAMILY PATRIMONY IN MEXICO

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 247 - 266.

Fecha entrega: 28/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA
Catedrático de Derecho Civil y Derecho Familiar
Universidad Nacional Autónoma de México
jguitron@derechofamiliar.net

RESUMEN: El patrimonio familiar es una institución de orden público e interés social regulada desde 1917 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su objetivo principal es proteger económica y jurídicamente a la familia y a sus miembros con una casa habitación, una parcela cultivable y los bienes propios para tener una vida mejor con un valor máximo de \$150,000.00 dólares norteamericanos, siendo ese inmueble copropiedad en tantas partes alícuotas cuantos miembros haya en esa familia. Estos bienes son imprescriptibles, no gravables, no enajenables y su constitución se realiza a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria gratuita.

PALABRAS CLAVES: patrimonio familiar, casa habitación, vivienda, parcela cultivable, imprescriptible, no gravable, no enajenable, familia, protección constitucional, código civil, código familiar.

ABSTRACT: Family patrimony is an institution of public order and social interest, regulated since 1917 in the Political Constitution of the United Mexican States. It's main objective is the economic and legal protection of family and it's members through a dwelling house, arable land or any asset owned by the family members to ensure their welfare. The maximum value permitted by law of this property is \$150,000.00 USA dollars. Such asset will be considered as an equal joint ownership among each family member. The main characteristics of said property are it being imprescriptible, nontaxable, inalienable and furthermore, family patrimony is constituted under a procedure of free voluntary jurisdiction.

KEY WORDS: family patrimony, dwelling house, housing, arable land, imprescriptible, non taxable, inalienable, family, constitutional protection, civil code, family code.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ETIMOLOGÍA Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PATRIMONIO.- III. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- IV. CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO.- V. CÓDIGO CIVIL DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL DEL AÑO 2000.- 1. Copropiedad del Patrimonio Familiar.- 2. El patrimonio familiar es de orden público e interés social.- 3. Verdadera protección económica.- 4. Requisitos legales para constituirlo.- 5. El Gobierno obligado a proteger a las familias.- 6. Obligaciones.- 7. Causas de extinción.- VI. TESIS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR EN MÉXICO.- 1. Época: Décima Época. Registro: 2008082. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I. Materia: Civil. Tesis: 1ª/J.77/2014 (10ª). P. 198. 2. Época: Décima Época. Registro: 2003087. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3. Materia: Civil. Tesis: I.3o.C.79 C (10a.) P: 2043. 3. Época: Décima Época. Registro: 2003096. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3. Materia: Civil. Tesis: I.3o.C.78 C (10a.) P: 2046. 4. Época: Décima Época. Registro: 2003097. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3. Materia: Civil. Tesis: I.3o.C.77 C (10a.) P: 2047. Patrimonio de la familia. Tutela constitucional y legal. 5. Época: Novena Época. Registro: 178175. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Junio de 2005. Materia: Civil. Tesis: IV.1o.C.42 C. P: 827.

I. INTRODUCCIÓN.

La preocupación del constituyente mexicano por proteger jurídicamente a la familia, lo llevó a incluir en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, que se promulgó el 5 de febrero de 1917, la regulación constitucional en cuanto al patrimonio familiar en el que está la vivienda familiar y otros bienes muebles e inmuebles, cuyo objetivo principal es proteger a las familias mexicanas sea cual fuere el origen de ellas, que podría ser un acto jurídico como el matrimonio o la adopción; un hecho jurídico como el concubinato o un hecho material como la inseminación artificial que en el momento que resulte embarazada la mujer, el hecho material se convierte en un hecho jurídico, porque se va a establecer un vínculo de filiación entre la madre que ha sido inseminada y el producto que se

convierte en su hijo, en el momento que nazca vivo y viable de acuerdo a las normas jurídicas vigentes en México.

II. ETIMOLOGÍA Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PATRIMONIO.

Es importante para más claridad en esta investigación, que le demos la trascendencia que tiene a la palabra etimología, porque ésta nos permitirá saber con precisión qué significa patrimonio, cuál es su origen, de donde proviene y cómo ha evolucionado, por ello citaremos una de sus definiciones, por ejemplo la de Agustín Mateos, para quien la etimología “estudia la verdadera significación de las palabras, mediante el conocimiento de su origen, de su estructura y de sus transformaciones o cambios. La palabra etimología viene del adjetivo griego *Étymos* que es verdadero, y la pseudodesinencia *logía* que a su vez procede del sustantivo *logos*, idea, palabra, conocimiento”¹.

Llevado este concepto al de patrimonio nuestro interés es llegar a su origen verdadero y a su evolución a través del tiempo, para tener un conocimiento íntegro de esta institución.

En nuestra investigación sobre todo para vincular patrimonio con la vivienda familiar, encontramos la expresión de Guillermo Cabanellas para quien esta institución es “un concepto jurídico y económico desarrollado a partir del siglo XIX con idea de asegurar la vivienda o la subsistencia de un grupo familiar, con la peculiaridad de transmisión dentro del mismo, que le da sentido al adjetivo familiar; puesto que, en cada etapa o generación, lo posee un titular individualizado, con exclusión de un colectivismo hogareño”².

Gramaticalmente esta palabra que deriva del latín *patrimonium* se entiende como la hacienda que una persona ha recibido por herencia; también son los “bienes propios adquiridos por cualquier título. Bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenando, como título para su ordenación”³.

El concepto vivienda que nosotros amalgamamos con patrimonio familiar, tiene como sinónimos la habitación, la casa, la morada, el lugar que se habita

¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *Etimología Jurídica*. 6ª Edición. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, D. F., 2011. p. 4.

² CABANELLAS, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 12ª Edición, Tomó V, Editorial Heliasta, Buenos Aires, República Argentina, 1979. p. 154.

³ *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª Edición, Tomo II, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1984. p.1027.

o es habitable, incluso una manera de vivir, un género de vida, un domicilio o una residencia⁴.

La tradición en general y lo que significa la palabra vivienda es muy importante porque de antiguo ha sido un lugar específico para el hombre, y la mujer, para la familia, para protegerse y sobrevivir, evidentemente tiene diferentes expresiones que permiten afirmar que la vivienda es fundamental “para la supervivencia del hombre, considérese individual o colectivamente, al imperativo absoluto que la alimentación constituye y se agrega desde los primeros estadios de la vida humana sobre el planeta, la necesidad de poseer cada grupo íntimamente relacionados -la familia como expresión más típica- un lugar en torno del cual giran las actividades personales con cierta estabilidad y con un mínimo de independencia y de seguridad frente a los demás y ante otras contingencias. Eso es lo que ha constituido, y lo que en esencia sigue constituyendo para cada hombre y para todos los hombres su casa, la vivienda”⁵.

Hemos reiterado estas expresiones para poder entender que en México la preocupación del Estado, llegó al extremo de ser la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde vamos a encontrar su fundamento y su regulación, que es el patrimonio familiar con objeto plural, múltiple que incluye la casa, la vivienda y otros bienes a los que nos referiremos más adelante.

III. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En el Título Sexto de la Carta Fundamental mencionada denominado del Trabajo y de la Previsión Social, en el numeral 123 se regulan cuestiones muy importantes en relación al patrimonio familiar, que el legislador ha tenido esa gran preocupación desde el siglo pasado y así en el artículo 123 en la fracción XXVIII se ordena: “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”.⁶ La preocupación del constituyente mexicano por proteger a la familia con un patrimonio propio, se ve reflejada en esta norma que se complementa con

⁴ CABANELLAS G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, cit., p. 735.

⁵ CABANELLAS G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, cit., p. 735.

⁶ Ver, respecto de este precepto y de las demás normas constitucionales que, posteriormente, se citan, SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. UNIDAD DE GOBIERNO: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 21ª Edición, Editado por la Dirección General Adjunta del Diario Oficial de la Federación, D. F., México, 2014.

otra disposición constitucional específicamente el artículo 27, prescribe: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Dada la jerarquía como ley principal la Constitución ha dejado que sean las normas secundarias las que reglamenten la organización jurídica del patrimonio de familia y por ello en la fracción XVII del artículo citado en el tercer párrafo se implementa el carácter secundario y la disposición para que esas leyes reglamenten el patrimonio familiar en los términos siguientes: “Las leyes locales -Códigos Civiles y Códigos Familiares- organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno.” Es evidente que el Estado Mexicano tiene una vocación especial por proteger a la familia, con este patrimonio cuyo objeto diverso incluye la vivienda y que para mayor información de quienes nos honran leyendo este artículo; en el precepto 4º de la misma Carta Magna en sus diferentes disposiciones, sobre todo la que se estableció a partir de 1974, se trata específicamente del Derecho del Patrimonio Familiar, así el numeral mencionado en una de sus partes expresa: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.” En el mismo precepto se ratifica la obligación que tienen los ascendientes, los tutores e incluso los custodios y que el Estado otorgue facilidades para que se hagan realidad los principios que acabamos de mencionar.

Si bien ésta es la fundamentación constitucional del patrimonio familiar y de la vivienda, los Códigos Civiles locales, vigentes en los 31 Estados de la República Mexicana, más el del Distrito Federal, implantan una ley diferente en cada entidad, regulando la vivienda y el patrimonio familiar de manera distinta, a estos Códigos se agrega el Código Civil Federal que también legisla sobre la materia, aun cuando no tiene una aplicación jurídica y debe dejarse muy claro que todo lo referente al Derecho Familiar es de orden público e interés social, pero de competencia local, es decir en México no hay leyes federales respecto al patrimonio familiar.

IV. CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO.

El antecedente más importante del patrimonio familiar surge por primera vez en el Código Familiar de Estado de Hidalgo, una de las entidades de la república mexicana que lo puso en vigor en el año 1983. Originalmente se hizo una regulación muy completa de esta figura. Específicamente se señaló

que el patrimonio familiar se constituye con la casa-habitación de la familia y los bienes muebles necesarios. Que la familia como persona moral, solo puede tener un patrimonio familiar y que la constitución de éste, transmite la propiedad de los bienes que lo forman, a los miembros de la familia como persona moral. Se deja muy claro que si alguno de los miembros de la familia aporta un bien inmueble para constituir el patrimonio familiar, la titular del derecho propiedad será la familia, como persona moral. Esta norma surte efectos en el momento en que deben señalarse los nombres de los miembros de la familia cuando se solicite la constitución del patrimonio familiar. Además una vez constituido éste, el mismo pertenece a la familia y a sus miembros, quienes deberán habitar la casa, incluyendo a los hijos adoptados y a los supervenientes. El representante de la familia, será el administrador del patrimonio familiar, con los derechos y obligaciones de un mandatario para pleitos, cobranzas y actos de administración. Se ratifica siguiendo la línea constitucional que los bienes muebles e inmuebles que integran el patrimonio familiar son inalienables, inembargables, libres de gravámenes excepto los que se otorguen a favor del Estado, si éste ha cedido las propiedades y quedan deudas pendientes con el mismo; además esos bienes deben ser imprescriptibles. También es importante determinar que por ser una materia local, el patrimonio familiar debe constituirse con inmuebles ubicados donde viva la familia y que sólo se puede tener un patrimonio familiar. En cuanto a su valor es trascendente entender que debe mantenerse actualizado y por eso en esa época en 1983 se creó la fórmula de que el factor 7300 se multiplicara por el salario mínimo general diario que estuviera vigente e incrementando en ese tiempo el 10% anual no acumulable. El patrimonio da seguridad a la familia una vez que el Juez lo aprueba y se ordena su inscripción en el Registro Público de la Propiedad Local para protección de la familia. Se concede el derecho a los miembros de la familia para exigir que se constituya el patrimonio de manera judicial, sobre todo los acreedores alimentistas, sus tutores o el Ministerio Público, si hubiere peligro de que el deudor alimentante pueda perder sus bienes por dilapidación, prodigalidad o mala administración.

Se permite a los gobiernos locales, favorecer la formación de los patrimonios con terrenos que sean del Estado, que no sean de servicios públicos y que se puedan transmitir a las familias; sus pagos se fijarán considerando la capacidad económica de la familia. Se exigen determinados requisitos para constituir estos patrimonios, siempre hablando del Estado de Hidalgo que es ser ciudadano mexicano con una profesión, industria o comercio, probar ingresos suficientes que permitan pagar el precio del inmueble que se va adquirir, carecer de éstos y además se sujeten a lo que la ley ordena, además se prohíbe que se haga la constitución del patrimonio familiar en fraude de los derechos de los acreedores y que éste se puede liquidar si los miembros de la familia ya no tienen necesidad de percibir una pensión alimenticia. Al

liquidar el patrimonio, se reparte por partes iguales, considerando la declaración del Juez Familiar para que a la vez lo comuniquen al Registro Público de la Propiedad y hacer las cancelaciones correspondientes.

El Código Familiar comentado, sienta las bases e hipótesis de su liquidación que incluye la necesidad o notoria utilidad para la familia. También cuando se expropián los bienes que lo forman y que si son de los que las autoridades han transmitido, debe estarse a lo pactado e incluso si se declara nula o rescindida la venta de este bien, también se procedería a su liquidación. Si el patrimonio se expropiara por alguna causa sobre todo de utilidad pública, lo que se reciba debe dedicarse a constituir un nuevo patrimonio, tiene plazo de un año para no poder embargar ese precio y que después de este término no se haya constituido nuevo, la cantidad debe depositarse para que se reparta por partes iguales. El Código Familiar de Hidalgo determinó que podía disminuirse el patrimonio familiar en caso de que hubiera gran necesidad o notoria utilidad para la familia, siempre a juicio o mandato del Juez Familiar quien en ese caso está auxiliado por el Consejo de Familia, un órgano auxiliar de la administración de justicia en la materia y además también se puede disminuir, si por causas posteriores a su constitución ha rebasado en más de 100% el valor del que hablamos anteriormente.⁷

V. CÓDIGO CIVIL DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL DEL AÑO 2000.

Hemos querido darle el enfoque que tiene esta figura, porque es trascendente entender que la preocupación del Gobierno de la República Mexicana y de sus entidades locales, es lograr la verdadera protección de la familia. En el siglo XXI el Código Civil para el Distrito Federal, que entró en vigor el 1 de junio del año 2000, el patrimonio familiar tiene una regulación más adelantada de la que antes analizamos, porque su objeto es plural, además que: “El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad,

⁷ GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Familiar para el Estado de Hidalgo*, 10ª Edición, Gobierno del Estado de Hidalgo, Palacio de Gobierno, Pachuca de Soto Hidalgo, México, 1984, pp. 71 y ss.

siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento.”⁸

Este cuerpo normativo, ha abierto la hipótesis del patrimonio a la casa habitación, es decir a la vivienda y todo lo que es necesario para proteger a la familia. Además en su reglamentación se enumera qué sujetos pueden constituir el patrimonio familiar, porque el propósito ante los diversos conflictos de Derecho Familiar, es que la célula social básica por excelencia esté protegida y por ello en este sentido el artículo 724 del Código en comento prescribe: “Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los concubinos o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.”

El comentario obligado respecto a esta disposición es que la ley protegiendo la constitución del patrimonio familiar, permite a cualquier miembro de ésta o una persona aunque no fuera de la familia, que proteja jurídica y económicamente a quienes la integran o que alguien, quiera hacer un acto de generosidad, de calidad humana, de donación para que la familia esté protegida económicamente.

1. Copropiedad del patrimonio familiar.

La norma jurídica del Código Civil que reglamenta la transmisión en copropiedad a los miembros de la familia que se beneficia, se ubica en el artículo 725 de Código analizado ordenando: “La constitución del patrimonio de familia hace pasar la propiedad de los bienes al que quedan afectos, a los miembros de la familia beneficiaria; el número de miembros de la familia determinará la copropiedad del patrimonio, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del patrimonio familiar”. Jurídicamente es una de las disposiciones más importantes en favor de la familia, porque como ocurría en el pasado y en algunos Códigos Civiles se sigue manteniendo así, se hablaba de esta figura de patrimonio familiar, que sólo la podían constituir un cónyuge y no cualquier persona, expresamente la ley decía no se transmite la propiedad a los miembros de la familia, quienes solamente tendrán el derecho de habitarla, pero este Código siguiendo al de Hidalgo y otros, dispone que se transmita y la figura que va a surgir es la de la copropiedad porque habrá

⁸ Respecto de este precepto del Código Civil para el Distrito Federal y de los que después se citan, véase GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, 74ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2012.

tantos copropietarios como partes alícuotas del patrimonio familiar se den, considerando que el que lo constituyó lo transmite e incluso que en el Registro Público de la Propiedad se testa el nombre del propietario original y en su lugar se anota el de los varios nuevos propietarios. Dada esta figura el Código también ordena que debe haber un representante del patrimonio familiar porque quienes se han beneficiado de él deben estar representados para que éste, haga las veces de un mandatario y para que actúe por ellos, el cual será electo por la mayoría.

2. El patrimonio familiar es de orden público e interés social.

Para seguir la línea constitucional se habla de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad e ingravabilidad, el artículo 727 mandata: “Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno”. Como lo dijimos antes, dada la fuerza local y territorial del Derecho Familiar, que en el país se circunscribe a los 31 estados que integran la República y el Distrito Federal, se exige que los bienes con lo que se constituye el patrimonio estén ubicados en el domicilio y además que sólo se puede tener un patrimonio para cada familia.⁹

3. Verdadera protección económica.

La tradición de siglos en México, fue que el patrimonio familiar jurídicamente no existía; pero además tenía un valor tan irrisorio, que no servía para proteger económicamente a la familia, no le podía dar una casa habitación adecuada y sus miembros no tenían ese salvoconducto económico que hoy en el Código Civil que estamos comentando, es para siempre porque devienen en copropietarios, en este caso el valor máximo del patrimonio familiar está totalmente al día con cálculos actuariales y por ello, decíamos que en el pasado, su valor, en una moneda válida en cualquier país que es el dólar norteamericano, en México en el siglo pasado, el valor máximo del patrimonio familiar era la cantidad equivalente a \$2,500 dólares, y que hoy resultaría más o menos una cantidad de \$50,000 pesos mexicanos, pero como decíamos la fórmula matemática, actuarial permite que en el siglo XXI quien quiera constituir un patrimonio familiar siguiendo esas normas, lo pueda hacer con un valor específico, aproximado a \$150,000 dólares norteamericanos, es decir ya se habla de una cantidad que puede ser de dos y medio millones de pesos, por ello el artículo 730 ordena: “El valor máximo

⁹ GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 166.

de los bienes afectados al patrimonio familiar, señalados en el artículo 723, será por la cantidad resultante de multiplicar el factor 10,950 por el importe de tres salarios mínimos generales diarios, vigentes en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio, autorizando como incremento anual, el porcentaje de inflación que en forma oficial, determine el Banco de México. Este incremento no será acumulable.”

Es necesario en esta norma hacer una operación aritmética, poner al día a quien nos honra leyendo este artículo para saber que en el siglo XXI en la ciudad de México Distrito Federal, existe una norma que verdaderamente protege económicamente a la familia y a sus miembros y que no es el conflicto la vivienda o la habitación, sino una seguridad integral, como ya lo vimos antes, porque el objeto del patrimonio familiar es plural y porque puede incluir la casa habitación, los muebles, una parcela que se pueda cultivar e incluso algún giro industrial y comercial que se esté explotando entre miembros de la familia y los utensilios de esa actividad, lo que le da al patrimonio familiar una verdadera fuerza económica.

Como decíamos, si hiciéramos una operación “grosso modo” considerando lo que hoy es el sueldo mínimo en el país, tendríamos que llegar a una cantidad muy importante que sería un valor superior a los dos y medio millones de pesos, que tendría que incrementarse con el porcentaje de la inflación oficial no acumulable, lo que le da a esta figura una fuerza económica que beneficia a la familia, obviamente esto supera cualquier expectativa de hablar sólo de vivienda familiar, porque aquí es un concepto integral que incluye a la familia y su protección económica por medio de este patrimonio.

4. Requisitos legales para constituirlo.

La ley también exige requisitos para constituir ese patrimonio y debe hacerse a través un representante común de la familia, quien con la simpleza de un escrito se dirigirá a un Juez Familiar diciendo de qué bienes inmuebles se trata, se inscriben y éstos van a constituir este patrimonio para que la familia quede perfectamente protegida.¹⁰ Judicialmente el Juez de Derecho Familiar, debe aprobar la constitución del patrimonio e inscribir en el Registro Público de la Propiedad, solicitándoselo al funcionario correspondiente, además si no se ha llegado al valor máximo que hemos mencionado se podrá pedir que el mismo se amplíe para beneficio de la familia.

¹⁰ GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 166.

El legislador ha previsto las personas que pueden exigir judicialmente la constitución del patrimonio familiar y se especifican expresamente en el artículo 734 que dice: “Las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio de familia son las señaladas en el artículo 725 y los hijos supervenientes, -es decir, quienes hayan quedado inscritos serán quienes disfruten ese bien-. Éstos así como el tutor de acreedores alimentarios incapaces, familiares del deudor o el Ministerio Público, pueden exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de familia hasta por los valores fijados en el artículo 730, sin necesidad de invocar causa alguna. En la constitución de este patrimonio se observará en lo conducente lo dispuesto en los artículos 724, 725, 731 y 732.

5. El gobierno obligado a proteger a las familias.

El Gobierno Federal y los de los estados de acuerdo a las normas que antes transcribimos del 27 y el 123 constitucionales, obligan a que el gobierno de facilidades para constituir el patrimonio familiar con lo que la familia estará bien protegida¹¹.

Además esos terrenos para adquirirse y su forma de pago para constituir el patrimonio familiar, serán regulados por la Constitución, el propio Código Civil y quien venda en este caso el Gobierno, fija la forma y el plazo en que debe pagarse el precio de esos bienes considerando la capacidad económica del comprador, insistiendo nosotros en que ésta es la figura, la respuesta más adecuada para proteger económicamente a la familia¹². En este caso, verbigracia el Gobierno Federal señala los requisitos específicos para que este patrimonio se constituya y así por ejemplo tienen que ser mexicanos, que tengan algún oficio o profesión, industria o comercio es decir que sean solventes, que tengan los instrumentos y los objetos para ejercer la ocupación a que se dedican, ingresos y que no tienen bienes, porque en caso contrario se declarará nula la constitución de ese patrimonio. Una vez que se constituya el patrimonio, prácticamente es gratuita esa operación, el mismo debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad que así lo ordena el artículo 738 del Código en análisis que expresa: “La constitución del patrimonio de que trate el artículo 735, -que son los terrenos del gobierno para constituir el patrimonio familiar- se sujetará a la tramitación administrativa que fijen los reglamentos respectivos. Aprobada la constitución del patrimonio, se cumplirá lo que dispone la parte final del artículo 732.” Este numeral ratifica

¹¹ GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 167.

¹² GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 168.

que el Juez Familiar debe aprobar la constitución de ese patrimonio y que además se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en tantas partes, como copropietarios haya y para además surtir efectos frente a terceros.

Como estamos en presencia de la afectación de un bien que será inembargable, imprescriptible y que pasará a la copropiedad de los varios miembros de esa familia, la ley prohíbe que se constituya para defraudar a los acreedores, si así se hace ese patrimonio estará afectado y deberá revocarse porque se celebraron esos actos jurídicos auténticos para defraudar a personas a las que se deba algún crédito¹³.

6. Obligaciones.

De las obligaciones, una vez que se constituya el patrimonio, la familia “tiene obligación de habitar la casa, explotar el comercio y la industria y de cultivar la parcela. El Juez de lo Familiar puede, por justa causa autorizar para que se de en arrendamiento o aparcería, hasta por un año.” Se ratifica aquí el concepto genérico de vivienda, de casa-habitación e incluso como ya vimos, el objeto en el patrimonio familiar en la Ciudad de México es plural, incluye el comercio o la industria o la parcela cultivable, es decir un pedazo de tierra para beneficiar a la familia.

7. Causas de Extinción.

Después la ley pasa a las causas de extinción del patrimonio familiar, que atendiendo a que estamos en presencia de una copropiedad procedan estas causas cuando quienes han sido beneficiarios no necesitan alimentos; si la familia deja de habitar por un año la casa que es su habitación o su vivienda, si se trata de un comercio o de una industria o de cultivar la parcela, porque la hayan abandonado o porque se demuestre que es necesario extinguir y disponer del precio porque haya una gran necesidad o notoria utilidad para la familia, también si el Estado por causa de utilidad pública lo expropia y finalmente cuando hayan sido bienes que vendieron las autoridades del Poder Ejecutivo local, en este caso del Distrito Federal y se declare por el Juez que el patrimonio ha quedado nulo o rescindido en cuanto a esos bienes, entonces el mismo se extinguirá¹⁴.

¹³ GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 168.

¹⁴ GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 169.

Los efectos de la extinción del patrimonio respecto al Registro Público de la Propiedad y cuando sea por expropiación por causa de utilidad pública, se vinculan al Juez de lo Familiar ante quien debe tramitarse el procedimiento ordenado por la ley, de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y además una vez que así se haga, debe comunicarse al Registro Público para la cancelación de la copropiedad de los diferentes miembros de la familia; si el patrimonio se extingue por causa de utilidad pública se hubieren expropiados los bienes, una vez que la misma proceda si el patrimonio se extingue sin necesidad de que lo declare el Juez, pero tendrá que cancelarse en el Registro, además se debe indemnizar a los miembros de la familia, repartiendo en partes iguales la cantidad que se haya recibido¹⁵.

Para terminar, el Código Civil da las reglas que deben aplicarse al precio del patrimonio, si hubiera habido una expropiación o un seguro derivado de un siniestro, qué causas se pueden invocar para disminuir el patrimonio familiar donde el Ministerio Público tiene que ser oído en el momento que se reduzca o se extinga el patrimonio, sus efectos y las reglas que se deben aplicar en caso de que hubiere muerto algún miembro de la familia.

Por lo que hace al dinero del patrimonio expropiado por indemnización o pago de un seguro por un siniestro, es decir por un incendio, ese dinero debe depositarse en una institución oficial de crédito para que en su momento se utilice para constituir un nuevo patrimonio familiar, además durante ese lapso, es decir un año el dinero es inembargable y se debe depositar el precio y el importe del seguro, si así hubiere ocurrido, además dice la ley “transcurrido ese lapso sin que se hubiere promovido la constitución de uno nuevo, la cantidad depositada se repartirá por partes iguales a los integrantes de la familia.

El Juez de lo Familiar podrá autorizar a disponer de él antes de que transcurra el año, atendiendo a las circunstancias especiales del caso.”¹⁶ No tanto para expropiar o extinguir, sino para disminuir el patrimonio familiar, la ley ordena en primer lugar, que disminuirlo sea de notoria utilidad o de necesidad para la familia, tutelar de ese derecho o cuando el patrimonio familiar por razones que hayan aparecido después de que se constituyó y haya rebasado en 100% el valor que regula el artículo 730 de este Código y que sería el caso de llegar aproximadamente a dos y medio millones de pesos o su equivalente en dólares que podría ser aproximadamente de \$150,000 dólares norteamericanos.

¹⁵ GÜITRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 169.

¹⁶ GÜITRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 170.

Ante todo esto, como hay en juego dinero y valores como la copropiedad y hay menores, la ley exige que se oiga al Ministerio Público, tanto para extinguir cuanto para reducir el patrimonio de la familia y mandata que al extinguirse esos bienes deben liquidarse y que lo que se reciba, es decir su precio, se reparta en partes iguales¹⁷.

Termina esta regulación del Código Civil del siglo XXI del Distrito Federal, en relación al patrimonio familiar y vivienda, determinando qué reglas son aplicables en caso de que muera un miembro de la familia, en este sentido el numeral 746 bis dispone: “Si alguno de los miembros de la familia muere, sus herederos, si los hubiere, tendrán derecho a una porción hereditaria al efectuarse la liquidación, si no hubiere herederos, se repartirán entre los demás miembros de la familia.”

Aquí es conveniente hacer un comentario en función de que estamos hablando de la copropiedad y en ese sentido, si bien es inembargable e imprescriptible, si uno de los miembros de la familia muere a pesar de que la ley señala que se deberá repartir a los demás herederos, no hay una prohibición desde nuestra perspectiva de que el copropietario de su parte alícuota en el patrimonio familiar, pudiera disponer de ella en los términos que considerara más conveniente para una sucesión testamentaria.

VI. TESIS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR EN MÉXICO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado estableciendo las siguientes tesis jurisprudenciales como criterios de protección del patrimonio familiar en México:

1. Patrimonio de familia. Los bienes que lo constituyen están fuera del comercio y, por ende, no son susceptibles de prescribir (legislación de los estados de chihuahua y nuevo león).

El patrimonio de familia se define como una institución de interés público, por el cual se destina uno o más bienes a la protección económica y sostenimiento del hogar y de la familia, cuya existencia está amparada en el artículo 123, fracción XXVIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prevé que las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, los cuales serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni a embargos, y serán transmisibles a título de

¹⁷ GÜTRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Civil para el Distrito Federal del 2000. Revisado, Actualizado y Acotado*, cit., p. 170.

herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios. Por su parte, el numeral 27, fracción XVII, párrafo tercero, de la propia Constitución, establece que las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen. Ahora bien, en acatamiento a lo anterior, los Códigos Civiles para el Estado de Nuevo León y del Estado de Chihuahua organizan esta institución en los artículos 723 a 740, y 702 a 713, respectivamente, de los cuales deriva que el patrimonio familiar es un patrimonio de afectación, pues el bien del o los deudores alimentistas (como por ejemplo la casa habitación) queda afectado a fin de dar seguridad jurídica al núcleo familiar y así la familia tenga un lugar donde habitar, intocable para los acreedores de quien lo constituyó, pues no podrán embargarlo ni enajenarlo mientras esté afecto al fin de patrimonio de familia. Ahora bien, los numerales 1134 y 1139 de los códigos citados establecen, respectivamente, que sólo pueden prescribirse los bienes y las obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas en la ley. De ahí que, por mandato constitucional, mientras algún bien constituya el patrimonio de familia y no exista una declaración judicial o notarial que lo extinga, o bien, que esté dentro del caso de excepción de que se expropie, es inalienable, inembargable y no está sujeto a gravamen alguno, es decir, está fuera del comercio, entendiéndose como tal, aquel bien que por su naturaleza o por disposición de la ley no puede poseerse por algún individuo exclusivamente y, por tanto, al no estar dentro del comercio no es susceptible de prescribir.

Contradicción de tesis 385/2012. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, con residencia en Saltillo, Coahuila, en apoyo del Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito. 5 de noviembre de 2014. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en cuanto al fondo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil de Cuarto Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 6/2007, que dio origen a la tesis IV.2o.C.77 C, de rubro: "PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. LA AUSENCIA DEL RÉGIMEN DE PATRIMONIO FAMILIAR, EN EL BIEN INMUEBLE QUE SE PRETENDE USUCAPIR, CONSTITUYE

UNA CONDICIÓN NECESARIA DE LA ACCIÓN, QUE DEBE ANALIZARSE DE OFICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, agosto de 2008, página 1176, con número de registro digital: 169070; y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región, con residencia en Saltillo, Coahuila, en apoyo del Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 676/2012, cuaderno auxiliar 405/2012, en el que sustentó que el hecho de que el bien inmueble que se pretenda usucapir se encuentre sujeto al régimen de patrimonio familiar no lo torna imprescriptible.

Tesis de jurisprudencia 77/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha doce de noviembre de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 5 de diciembre de 2014 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 8 de diciembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.¹⁸

2. Nulidad de la inscripción del patrimonio de la familia en el registro público de la propiedad y de comercio. Es materia de una acción especial.

Basta que esté constituido el patrimonio familiar e inscrito debidamente para que desde la fecha de su inscripción surta efecto y ya no pueda inscribirse embargo alguno, con independencia de quien lo haya constituido, porque su nulidad requiere de acción en la que se demuestre el vicio correspondiente. Es verdad que el artículo 739 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que la constitución del patrimonio de familia no se hará en fraude de acreedores; sin embargo, la nulidad de esa constitución e inscripción debe ser materia de una acción con la pretensión específica de nulidad, deducida en un juicio promovido con ese objeto, pero no es susceptible de declararse incluso implícitamente a través de agravios en la apelación contra el auto que negó la inscripción del embargo, porque éste fue posterior a la inscripción del patrimonio familiar; dado que los artículos 123, apartado A, fracción XXVIII, constitucional y 727 del Código Civil para el Distrito Federal, disponen que los bienes que constituyan el patrimonio de la familia son inalienables y no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos. Entonces, si la constitución del patrimonio y su inscripción son anteriores al embargo, lo que revela que cuando éste se llevó a cabo, el inmueble

¹⁸ Tesis: 1a./J. 77/2014 (10a.) Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Décima Época, p. 198, No. de registro 2008082, Jurisprudencia (Civil).

controvertido ya se encontraba afectado por la constitución de patrimonio familiar que incluso estaba inscrito en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, ante tal circunstancia esa constitución e inscripción son oponibles al ejecutante y no pueden inobservarse bajo ninguna consideración, porque la nulidad en nuestro sistema jurídico requiere de declaración judicial en vía de acción.

Tercer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito.

Amparo en revisión 199/2011. Sergio García Rivas. 20 de octubre de 2011. Mayoría de votos. Disidente: Benito Alva Zenteno. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Mariano Suárez Reyes.¹⁹

3. Patrimonio de la familia. Efectos de su inscripción en el registro público de la propiedad y de comercio.

Basta que la calidad de patrimonio familiar esté inscrita en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio para que produzca efectos frente a terceros, quienes desde la inscripción resienten perjuicio y quedan vinculados a respetar esa calidad o a impugnarla, cuando tengan legitimación para hacerlo. Al estar inscrita en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio la constitución del patrimonio familiar, tal circunstancia no puede ser desconocida por la parte ejecutante, puesto que precisamente el efecto de su inscripción es el respeto por parte de terceros vinculados por el efecto publicitario. En tal virtud si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 123, apartado A, fracción XXVIII y el precepto legal 727 del Código Civil para el Distrito Federal, disponen que los bienes que constituyan el patrimonio familiar serán inalienables, es patente que demostrada la declaración de que se decreta la constitución del patrimonio familiar sobre un inmueble, éste queda protegido contra todo gravamen y, por ende, no será sujeto a ninguno; además, no puede ser legalmente embargado con posterioridad a la fecha de la inscripción del patrimonio familiar, mientras no esté destruido el acto jurídico consistente en la constitución del patrimonio.

Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.

Amparo en revisión 199/2011. Sergio García Rivas. 20 de octubre de 2011. Mayoría de votos. Disidente: Benito Alva Zenteno. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Mariano Suárez Reyes²⁰.

¹⁹ Tesis: I.3o.C.79 C (10a.) Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 18, Marzo de 2013, Tomo III, Décima Época, p. 2043, No. de registro 2003087, Tesis Aislada (Civil).

4. El artículo 123, apartado A, fracción XXVIII, constitucional dispone: “Artículo 123. ... XXVIII. Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”; además el artículo 727 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno”. De la interpretación literal de dichos preceptos constitucional y legal, resulta que un inmueble que se encuentre afectado a un patrimonio familiar es inembargable, con independencia de quien lo haya constituido, puesto que lo que regula la norma es que una vez constituido un patrimonio familiar no estará sujeto a embargo, por sus características de inalienable, entendiéndose por dicho vocablo, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que son bienes que se encuentran fuera del comercio por disposición legal, obstáculo natural o convención, y es imprescriptible, lo que implica que la propiedad no se puede perder por el paso del tiempo.

Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.

Amparo en revisión 199/2011. Sergio García Rivas. 20 de octubre de 2011. Mayoría de votos. Disidente: Benito Alva Zenteno. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Mariano Suárez Reyes²¹.

5. Patrimonio familiar. Para que sea inalienable e inembargable, debe formalizarse ante la autoridad judicial competente para que ésta ordene su inscripción en el registro público, una vez cumplidos los requisitos legales para conformarlo (legislación del estado de Nuevo León).

Conforme al último párrafo de la fracción XVII del artículo 27 del Pacto Federal, las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando qué bienes deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen alguno; empero, para que el nombrado patrimonio apropie las particularidades de ser inalienable e inembargable, debe erigirse como tal para lo cual, el interesado debe satisfacer los requisitos que la codificación civil de la entidad impone para tal efecto, entre los que destaca la obligación de aquél de acudir ante el órgano jurisdiccional que por

²⁰ Tesis: I.3o.C.78 C (10a.) Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 18, Marzo de 2013, Tomo III, Décima Época, p. 2046, No. de registro 2003096, Tesis Aislada (Civil).

²¹ Tesis: I.3o.C.77 C (10a.) Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 18, Marzo de 2013, Tomo III, Décima Época, p. 2047, No. de registro 200309y, Tesis Aislada (Civil).

razón de su domicilio le corresponda, a fin de elevarle, por escrito, la solicitud por la que manifieste su interés por constituir el aludido patrimonio, según lo prescribe el arábigo 729 del Código Civil del Estado. Por tanto, el comentado patrimonio no se constituye de manera automática, al tenor de ciertos bienes que pueden clasificarse como de uso elemental o primario para la satisfacción de las necesidades básicas de un núcleo familiar, sino que debe formalizarse ante la autoridad judicial competente, a fin de que ésta, sancionando el cumplimiento de los requisitos legales para conformarlo, ordene su inscripción en el Registro Público, con el propósito de que los terceros estén en posibilidades de imponerse de él y, de esta manera, sea oponible en contra de éstos, el carácter de inalienable e inembargable que la Carta Magna le confiere.

Primer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito.

Amparo en revisión 47/2005. Hugo Enrique Fiscal Contreras. 25 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Pérez. Secretario: Jorge Alberto Velázquez²².

ÍNDICE

²² Tesis: IV.1o.C.42 C Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Junio de 2005, Tomo XXI, Novena Época, p. 827, No. de registro 178275, Tesis Aislada (Civil).

LA VIVIENDA FAMILIAR COMO UN DERECHO HUMANO EN MÉXICO

THE FAMILY HOUSE AS A HUMAN RIGHT IN MÉXICO

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 267 - 282.

Fecha entrega: 25/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Catedrática de Derecho Civil y Derecho Familiar
Universidad Nacional Autónoma de México
directoracastaneda@derecho.unam.mx

RESUMEN: Este trabajo reconoce el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, como un derecho fundamental. Por ello, es deber del Estado crear leyes para la protección de la vivienda como patrimonio familiar y emplear políticas públicas que permitan garantizar a su población el acceso a una vivienda digna y decorosa. Partiendo de esta hipótesis, se abordan los conceptos de familia y vivienda, para luego considerar su reconocimiento en diversos tratados internacionales. Finalmente, se considerará el reconocimiento como derecho humano de la vivienda familiar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su fundamento, alcance y características.

PALABRAS CLAVES: vivienda familiar, familia, vivienda, patrimonio familiar, derechos humanos, tratados internacionales, constitución política.

ABSTRACT: This work recognizes the right of all families to own a worthy house as a fundamental one. Hence, it's a state duty to pass legislation to protect the real state as family asset and to grant to the population the access to worthy house. The work analyses the concept of family and family house and its recognition in international treaties. Finally, the work deals with the recognition in the Constitution of México of the human right to have a family house and its fundamentals, extension and features.

KEY WORDS: family house, family, house, family assets, human rights, international treaties, political constitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTOS GENERALES.- 1. Familia.- 2 Vivienda.- III. EL DERECHO A UNA VIVIENDA Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.- IV. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.- V. EL PATRIMONIO FAMILIAR.- VI. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA ¿SE ENCUENTRA GARANTIZADO EN MÉXICO?- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho a la vivienda es un derecho fundamental, al que todos debemos tener acceso, sin embargo, ante el fenómeno de la sobrepoblación en las grandes ciudades y su resultante escasez de tierra apta para edificación de vivienda a precio adecuado, y ante el crecimiento desordenado de sus espacios habitables, las tendencias de expansión de los centros urbanos que están desarrollándose en México deben, responder a nuevos criterios de ordenamiento de los asentamientos humanos y de disponibilidad de reservas territoriales a efecto de asegurar un crecimiento planeado, alternativo, de buena calidad de vida y estricto cuidado del equilibrio ecológico.

La vivienda es un tema importante para el Estado, y es así que el patrimonio familiar se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna, ya que con ello se garantizan diversos derechos que se encuentran interrelacionados, como son: la salud, la alimentación, la educación, la seguridad social, entre otros. Por lo anterior, el Estado crea leyes para la protección de la vivienda como patrimonio familiar y emplea políticas públicas que permitan garantizar a su población el acceso a una vivienda digna y decorosa.

II. CONCEPTOS GENERALES.

Para adentrarnos al tema de la vivienda familiar como un derechos humano, resulta importante que abordemos los conceptos de familia y vivienda, toda vez que las personas al vivir en sociedad buscan unirse con otras para formar una familia, de tal suerte que el Estado se encarga de garantizar los derechos humanos de ésta, como lo es en este caso el derecho a contar con una vivienda digna.

1. Familia.

La familia es un elemento fundamental para la sociedad, toda vez que es la base del Estado, es una institución integrada por un conjunto de personas ligadas por lazos de amor y parentesco, en ellas se educan nuevas generaciones dotándolas de valores,

principios y enseñanzas que permiten el crecimiento del país, por tal motivo debe ser protegida por el Estado.

De acuerdo con Julián Güitrón Fuentes, la “familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato, por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo”¹.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado,” por ello adquiere especial relevancia al considerarla como la célula fundamental de la sociedad y es así que el Estado debe garantizar los derechos de sus integrantes.

En este orden de ideas, se puede señalar que la familia puede tener tres finalidades esenciales, a saber:

A. Procreación y conservación de la especie, así como educación de la prole. Se satisfacen las necesidades de índole biológica y se educa a sus nuevos miembros, lo que implica una preparación para la vida en sociedad.

B. Protección y ayuda mutua. Sus miembros se ayudan y cuidan entre sí.

C. Satisfacción de necesidades materiales. Implica que sus miembros se esfuerzan por satisfacer sus necesidades básicas como son la habitación y sustento².

Por lo anterior, es que en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se reconoce una serie de derechos, que permiten alcanzar un estado de bienestar que les permite satisfacer sus necesidades básicas.

2. Vivienda.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (INEGI) la vivienda es la “construcción o recinto que independientemente de la forma en que es concebido, construido, transformado o adaptado proporciona a las personas la posibilidad de satisfacer primariamente su necesidad de alojarse, pero que también

¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA J.: *Código Familiar para el Estado de Hidalgo*, 10ª Edición, Gobierno del Estado de Hidalgo, Palacio de Gobierno, Pachuca de Soto Hidalgo, México, 1984, pp. 25 y 26.

² Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Patrimonio Familiar. Temas Selectos de Derecho Familiar*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012. p. 2.

les permite desarrollar sus funciones vitales como la de alimentarse y protegerse de las inclemencias del medio ambiente”.³

Para Gerardo Pisarello una vivienda es “una condición necesaria para la supervivencia y para lograr una vida segura, autónoma e independiente. Es una premisa esencial para poder realizar otros derechos, como el acceso a la salud, la educación y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales son impracticables cuando no existen las condiciones mínimas de habitabilidad”.⁴

Lo anterior, quiere decir que la vivienda es un elemento importante que le permite al hombre cubrir sus necesidades básicas y garantizar diversos derechos que se derivan ésta, es por ello que se debe contar con los servicios básicos para el desarrollo de los miembros de la familia.

III. EL DERECHO A UNA VIVIENDA Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

El párrafo séptimo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.

La dignidad humana, va de la mano del derecho que tiene toda la familia de contar con una vivienda, toda vez que “el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad”.⁵

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. *Encuesta Nacional de Vivienda (ENVI)*, 2014.

<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/Glosario/paginas/Contenido.aspx?ClvGlo=ENVI2014&nombre=083&c=33314&s=est> (Visitada el 21 de septiembre del 2015).

⁴ CARBONELL, M.: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 2007, Porrúa, México. 2007, p. 61, citado en FLORES RODRÍGUEZ, L.: *La vivienda en México y la población en condiciones de pobreza*, Centro de estudios sociales y de opinión pública. Documento de Trabajo núm. 63, 2009.

http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210289/516885/file/Vivienda_mexico_poblacion_docto63.pdf. (Visitada el 21 de septiembre del 2015), p. 3.

⁵ Tesis 1a. CCCLIV/2014 (10a.) Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, Décima Época, p. 602 No. de registro 2007731, Tesis Aislada (Constitucional).

En efecto, el respeto de la dignidad de la persona, trae consigo el reconocimiento y satisfacción de sus derechos fundamentales, como son el derecho a una vivienda, la salud, educación, alimentación, entre otros derechos.

Así, de la transcripción del contenido del párrafo séptimo del artículo 4º constitucional, se desprende que el acceso a una vivienda digna es un derecho humano y por tanto es universal, ante esto el Estado se ha dado a la tarea de publicar la Ley de vivienda, la cual tiene por objeto establecer y regular la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

De acuerdo con dicha ley se entiende por vivienda digna y decorosa aquella que “cumpla con las disposiciones jurídicas aplicables en materia de asentamientos humanos y construcción, salubridad, cuente con espacios habitables y auxiliares, así como con los servicios básicos y brinde a sus ocupantes seguridad jurídica en cuanto a su propiedad o legítima posesión, y contemple criterios para la prevención de desastres y la protección física de sus ocupantes ante los elementos naturales potencialmente agresivos”⁶.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido el siguiente criterio en relación al derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa:

“DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. SU CONTENIDO NO SE AGOTA CON LA INFRAESTRUCTURA BÁSICA ADECUADA DE AQUÉLLA, SINO QUE DEBE COMPRENDER EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. CXLVIII/2014 (10a.), estableció el estándar mínimo de infraestructura básica que debe tener una vivienda adecuada; sin embargo, ello no implica que el derecho fundamental a una vivienda adecuada se agote con dicha infraestructura, pues en términos de la Observación No. 4 (1991) (E/1992/23), emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, el derecho fundamental referido debe comprender, además de una infraestructura básica adecuada, diversos elementos, entre los cuales está el acceso a ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad y otros servicios sociales, como son los de emergencia, hospitales, clínicas, escuelas, así como la prohibición de establecerlos en lugares contaminados o de proximidad inmediata a fuentes de contaminación. Asimismo, dentro de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité

⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Ley de Vivienda*, Última reforma Diario Oficial de la Federación 20-04-2015, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LViv_200415.pdf (Visitada el 22 de septiembre del 2015), pp. 1 y 2.

de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas, se señaló que los Estados debían asegurarse de que las viviendas tengan acceso a la prestación de servicios como recolección de basura, transporte público, servicio de ambulancias o de bomberos. Ahora bien, el derecho a una vivienda adecuada es inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, pues es necesaria para mantener y fomentar la salud física y mental, el desarrollo adecuado de la persona, la privacidad, así como la participación en actividades laborales, educativas, sociales y culturales. Por ello, una infraestructura básica de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos como son, enunciativa y no limitativamente, los de: iluminación pública, sistemas adecuados de alcantarillado y evacuación de basura, transporte público, emergencia, acceso a medios de comunicación, seguridad y vigilancia, salud, escuelas y centros de trabajo a una distancia razonable. De ahí que si el Estado condiciona el apoyo a la vivienda a que se resida en un lugar determinado, bajo la consideración de que lo hace con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la vivienda digna y decorosa de los gobernados, la vivienda que otorgue debe cumplir no sólo con una infraestructura básica adecuada, sino también con acceso a los servicios públicos básicos, incluyendo el de seguridad pública ya que, en caso contrario, el Estado no estará cumpliendo con su obligación de proporcionar las condiciones para obtener una vivienda adecuada a sus gobernados⁷.

Es así que, para garantizar el derecho a una vivienda digna ésta debe contar con los servicios indispensables como por ejemplo: escuelas, hospitales, transporte público, recolección de basura, entre otros servicios sociales, que salvaguarden el acceso a otros derechos reconocidos en nuestra Constitución, ya que una característica distintiva de este derecho radica en la íntima relación que mantiene con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, alimentación, vestido, vivienda, educación y salud, pues es claro que para que una persona se encuentre en condiciones de alcanzar un determinado nivel de bienestar requiere que todas sus necesidades básicas se encuentren adecuadamente satisfechas⁸.

Por ello, el Estado se concreta a crear las condiciones de desarrollo necesarias para satisfacer todos los derechos, sin embargo las familias mexicanas aún no han podido alcanzar un nivel de bienestar, ya que todavía tenemos una población marginada en

⁷ Tesis: 1a. CCV/2015 (10a.) Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, Décima Época, p. 583 No. de registro 2009348, Tesis Aislada (Constitucional).

⁸ Derecho a acceder a un nivel de vida adecuado. Su plena vigencia depende de la completa satisfacción de los derechos fundamentales propios de la esfera de necesidades básicas de los seres humanos. Tesis: 1ª. CCCLIII/2014 (10a.) Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 11, octubre de 2014, Tomo I, Décima Época, p. 599, No. de registro 2007730, Tesis Aislada (Constitucional).

el campo, sin duda alguna el derecho a la vivienda supone la creación de un derecho social en beneficio de las clases más pobres de nuestra sociedad.

IV. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

A nivel internacional, existen diversos ordenamientos que protegen el derecho a la vivienda, verbi gratia la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en el párrafo 1. del artículo 25 lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Lo anterior, se ve reforzado con el contenido del artículo 22, toda vez que establece que es obligación del Estado garantizar:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra y protege el derecho a la vivienda de acuerdo con el artículo 11:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagra en el capítulo I intitulado Derechos, el derecho a la vivienda en su artículo XI:

“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”
Lo anterior, se refuerza con lo dicho en el art. XXIII:

“Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.”

Como se puede observar, en los ordenamientos transcritos con anterioridad, todos consagran el derecho a la vivienda, así como otros derechos que se encuentran íntimamente ligados con éste, de tal suerte que los Estados deben asegurar la satisfacción de dichos derechos y un nivel de vida adecuado.

V. EL PATRIMONIO FAMILIAR.

Para que la familia esté en condiciones óptimas de cumplir su importante misión social, requiere entre otras cosas, de un patrimonio que le sirva de base para satisfacer con decoro las más apremiantes necesidades de sus miembros.

De acuerdo con Martínez Morales, el patrimonio familiar es el “patrimonio de afectación y de contenido económico, constituido por un miembro de la familia con el propósito de satisfacer necesidades vitales de este grupo”⁹.

Para Pérez Contreras, el patrimonio familiar “es el conjunto de bienes libres de gravámenes e impuestos, inembargables y no susceptibles de enajenación, que la ley destina a una familia con el fin de proteger y asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los acreedores alimentarios, esto es, los integrantes de la familia, como los cónyuges, los concubinos, los descendientes, los ascendiente, en los términos del capítulo de alimentos; de forma que los integrantes de la misma puedan desarrollarse adecuadamente y sostener una calidad de vida aceptable en el hogar”¹⁰.

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el patrimonio familiar: “Se define como una institución de interés público, por el cual se destina uno o más bienes a la protección económica y sostenimiento del hogar y de la familia, cuya existencia está amparada en el artículo 123, fracción XXVIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prevé que las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, los cuales serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni a embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios. Por su parte, el numeral 27, fracción XVII, párrafo tercero, de la propia Constitución, establece que las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando

⁹ MARTÍNEZ MORALES, R.: *Diccionario Jurídico General*, Tomo 3 (O-Z), Tercera reimpresión, IURE editores, México, 2006, p. 862.

¹⁰ PÉREZ CONTRERAS, M.M.: *Derecho de familia y sucesiones*, Nostra Ediciones, México, 2010, p. 175.

los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen”¹¹.

Por su parte, De Pina manifiesta que “llámese patrimonio de familia, o familiar, el conjunto de los bienes afectados al servicio de una determinada organización familiar a fin de asegurarle un nivel de vida que permita su normal desenvolvimiento”¹².

Para garantizar este patrimonio, existe la figura jurídica del patrimonio familiar, el cual es inalienable e inembargable. Sin embargo, existen requisitos que se deben cumplir para alcanzar la constitución de este patrimonio; entre estos requisitos se encuentra:

La manifestación que el juez civil debe presentar el miembro de la familia que quiera formar esta institución:

A tenor del Artículo 730, “El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio familiar, señalados en el artículo 723, será por la cantidad resultante de multiplicar el factor 10,950 por el importe de tres salarios mínimos generales diarios, vigentes en el Distrito Federal, en la época en que se constituye el patrimonio, autorizando como incremento anual, el porcentaje de inflación que en forma oficial, determine el Banco de México. Este incremento no será acumulable”.

Como se desprende de este precepto normativo actualmente no se encuentra vigente, toda vez que no existe bien inmueble que tenga este valor comercial, máxime en una ciudad como la nuestra, razón por la cual debe actualizarse, este artículo, en función de la economía, actual del país y en lo particular de la ciudad y de los valores comerciales de la propiedad.

Las relaciones familiares se rigen por un amplio marco jurídico, en el cual intervienen instituciones del derecho civil, tales como el matrimonio, la patria potestad, la tutela, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la mayoría de edad y la herencia, entre otras.

Ya se ha dicho que todas las personas son iguales en sus derechos y obligaciones; sin embargo respecto a la mujer, los derechos se amplían para protegerla cuando así lo

¹¹ Patrimonio de Familia. Los bienes que lo constituyen están fuera del comercio y, por ende, no son susceptibles de prescribir (Legislación de los Estados de Chihuahua y Nuevo León). Tesis: 1a./J. 77/2014 (10a.) Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Décima Época, p. 198, Número de registro 2008082, Jurisprudencia (Civil).

¹² DE PINA, R.: *Elementos de derecho civil mexicano. Introducción. Personas. Familia*, Volumen I, Vigésimo quinta edición, Porrúa, México, 2010, p. 313.

requiera su función maternal. Dicha protección gira principalmente en torno de su salud, su seguridad física y bienestar y la de sus hijos.

Esta protección jurídica se manifiesta con mayor vigor, tanto para la madre como para el producto, durante el período de gestación y después de éste, durante el cual la mujer no deberá realizar trabajos peligrosos en horario nocturnos.

“Durante el período de gestación la futura madre no realizará trabajos que le exijan esfuerzos que signifiquen un peligro para su salud y la del producto. Disfrutará de un descanso de seis semanas antes y después del parto; en el caso de que se encuentre imposibilitada para trabajar, el descanso se prolongará por el tiempo que sea necesario; en el período de lactancia dispondrá de dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, y el sitio para ello será adecuado e higiénico. Los períodos pre y post natales se computarán íntegramente cuando se calcule su antigüedad en el trabajo. Dispondrá de los servicios de guardería infantil, los cuales serán prestados por el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado o por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. El patrón está obligado a mantener en su negociación un número suficiente de asientos para el descanso de las madres trabajadoras, quienes tendrán el derecho a recibir íntegramente su salario”¹³.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, es por ello que la ley protege de manera especial sus derechos. “Desde el punto de vista biológico, se llama menor de edad a la persona que desde el punto de vista del desarrollo de su organismo no ha alcanzado una madurez plena. Desde el punto de vista jurídico, es la persona que, por la carencia de plenitud biológica, la ley le restringe su capacidad, dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que la salvaguardan”.

La preservación, extensión y defensa de los derechos humanos de los niños en nuestro país han sido objeto de preocupación constante del Estado, y esto es así porque la sociedad y la autoridad reconocen que la niñez representa el futuro de la nación.

Para la preservación de la salud de los niños, las instituciones del Estado formulan y llevan a cabo planes y programas de medicina preventiva, curativa y de rehabilitación. Por lo que se refiere a la prevención, la atención se enfoca a combatir, hasta su erradicación, las enfermedades comunes en los infantes. Se

¹³ DE LA MATA PIZANA, F. Y GARZÓN JIMÉNEZ, R.: *Derecho Familiar*, Segunda edición, Porrúa, México, 2003, p. 328.

vacuna contra el sarampión, la poliomielitis, la difteria, tos ferina y tuberculosis; también se ponen en vigor campañas de orientación para ilustrar a los padres sobre problemas de contingencia, como la deshidratación y la hidrofobia, entre otros. En la aplicación de la medicina curativa la protección a la salud de los niños es amplia en su cobertura, pues en ella participan no solamente instituciones públicas, sino también organizaciones altruistas que unen sus esfuerzos con los del gobierno para brindar asistencia médica general y especializada, quirúrgica y hospitalaria. La medicina de rehabilitación la constituyen las prácticas y terapias que se aplican a los niños que requieren de un tratamiento especial para recuperar las facultades físicas y mentales perdidas por algún accidente o enfermedad.

“Por lo que se refiere a la alimentación de la población infantil, para nadie es desconocido que ésta constituye todavía una aspiración difícil de alcanzar, debido a la actual crisis económica. Sin embargo, se debe reconocer que para mitigar este grave problema, las instituciones públicas del sector salud y asistencial, desarrollan estrategias y programas tendientes a informar y capacitar a las madres sobre los cuadros básicos nutricionales que requiere el menor. Aunando a esta tarea, se distribuyen raciones alimenticias entre la población infantil que así lo requiere”¹⁴.

Las instituciones públicas responsables de atender a los niños en la problemática referida son la Secretaría de Salud, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Instituto Mexicano del Seguro Social y las correspondientes de los Estados y municipios.

En cuanto a la educación, nuestra Constitución Federal impone al Estado la obligación de proporcionar a los niños, en forma gratuita, la instrucción primaria, y a los padres y tutores el deber de inscribir y llevar a sus hijos para que la cursen. La protección de este derecho se apoya con otras medidas, tales como el libro de texto gratuito y los programas para abaratar los útiles escolares.

El sano esparcimiento de los niños es indispensable para su desarrollo físico y mental. Este encuentra su práctica en la recreación que los padres deben proporcionarles, como elemento formativo de su personalidad.

El problema que más preocupación despierta es el de los niños maltratados y abandonados, víctimas de la crueldad e irresponsabilidad de algunos padres o tutores. Estos niños merecen la atención, no solamente de la autoridad sino de toda la sociedad. El desamor de algunos padres para con sus hijos y la ignorancia para educarlos son problemas que lastiman a la sociedad y a la dignidad del niño. En el

¹⁴ DE IBARROLA, A.: *Derecho de Familia*, Sexta edición, Porrúa, México, 1990, p. 13.

combate a estos problemas no se debe escatimar ningún recurso, tanto institucional como persona.

Así como la Constitución regula lo relacionado a la vivienda, el Código Civil para el Distrito Federal hace lo propio en el artículo 308 fracción I de la siguiente manera:

“Los alimentos comprenden: I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto...”.

Como se puede observar, el Código Civil para el Distrito Federal ha elevado al rango de alimentos, *la vivienda*, por ser esta indispensable para el adecuado desarrollo de la familia y del menor en general.

VI. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA, ¿SE ENCUENTRA GARANTIZADO EN MÉXICO?

Actualmente, el patrimonio familiar se encuentra regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo tercero de la fracción XVII del artículo 27, en el que se establece:

“Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno”.

De la misma forma en la fracción XXVIII del apartado A, del artículo 123, hace alusión al patrimonio familiar de la siguiente forma:

“Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”.

En este contexto, se puede observar que en las leyes se determinan los bienes que constituyen el patrimonio familiar, como lo advertimos en el punto anterior en relación al Código Civil, en el que se establece la forma para constituirlo y contar con una vivienda digna.

Sin embargo, el crecimiento urbano desmedido, ha creado el desarrollo de viviendas que no cumplen con la infraestructura necesaria, que garanticen el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, ya que estas se encuentran alejadas del acceso a los servicios sociales indispensables que satisfagan los derechos que se encuentran relacionados con éste.

Por ello, en el Plan Nacional de Desarrollo (2013-2018) presentado por nuestro actual Presidente Enrique Peña Nieto, se indican una serie de estrategias que plantean un nuevo modelo urbano sustentable a seguir para garantizar una vivienda digna, como son:

A. Garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales como la alimentación, la salud, la seguridad social, la vivienda digna, que les permita tener una mejor calidad de vida.

B. Inhibir el crecimiento de las manchas urbanas hacia zonas inadecuadas.

C. Promover reformas a la legislación en materia de planeación urbana, uso eficiente del suelo y zonificación.

D. Mejorar las condiciones habitacionales y su entorno, impulsar acciones de renovación urbana, ampliación y mejoramiento de la vivienda del parque habitacional existente.

E. Desarrollar y promover vivienda digna que favorezca el bienestar de las familias.

F. Desarrollar un nuevo modelo de atención de necesidades de vivienda para distintos segmentos de la población, y la atención a la población no cubierta por la seguridad social, incentivando su inserción a la economía formal.

G. Fortalecer el mercado secundario de vivienda, incentivando el mercado de renta, que eleve la plusvalía de viviendas desocupadas y contribuya a una oferta más diversa y flexible.

H. Incentivar la oferta y demanda de vivienda en renta adecuada a las necesidades personales y familiares.

I. Fortalecer el papel de la banca privada, la Banca de Desarrollo, las instituciones públicas hipotecarias, microfinancieras y ejecutores sociales de vivienda, en el otorgamiento de financiamiento para construir, adquirir y mejorar la vivienda¹⁵.

Con ello se pretende que las familias cuenten con la posibilidad de acceder al elemento más importante que es la vivienda, a través de políticas públicas encaminadas a tal fin.

¹⁵ Cfr. GOBIERNO DE LA REPÚBLICA: *Plan Nacional de Desarrollo* (2013-2018), <http://pnd.gob.mx/> (Visitada el 23 de septiembre del 2015), pp. 119 y 120.

Sin embargo, no obstante las buenas intenciones del gobierno, aún existe en nuestro país una gran demanda de vivienda, es una labor que no debe dejarse a la deriva, ya que falta mucho por hacer, toda vez que no se encuentra garantizado este derecho a toda la población, puesto que se encuentra presente la desigualdad entre los miembros de la sociedad, sobre todo en aquellas comunidades marginadas, las cuales carecen de los servicios necesarios para contar realmente con una vivienda adecuada que les garantice un nivel de bienestar.

VII. CONCLUSIONES.

De lo analizado, resulta posible concluir

Primera: La familia es la célula de la sociedad, la cual tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. Por ello, es a través de la vivienda, que el hombre puede cubrir sus necesidades básicas, para alcanzar un estado de bienestar que les permita satisfacer sus necesidades básicas y los derechos que se encuentran relacionados a ella como la salud, educación, alimentación, entre otros.

Segunda: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, para ello se elaboran leyes e instrumentos de apoyo necesario para alcanzar tal fin.

El acceso a la vivienda digna es un derecho humano y a fin de garantizarlo, se requiere que cuente con los servicios indispensables como: escuelas, hospitales, transporte público, entre otros servicios sociales que salvaguarden dicho derecho, así como aquellos derechos que tienen una íntima relación con la vivienda como son el derecho a la vida, la alimentación, vestido, educación y salud.

Tercera: A nivel internacional existen ordenamientos que protegen el derecho a una vivienda digna, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, los cuales contemplan el derecho a toda persona de contar con un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda, que cubran sus necesidades básicas, para ello se obliga a los Estados a que tomen las medidas necesarias para garantizar dichos derechos que se encuentran relacionados.

Cuarta: El patrimonio familiar es una institución de interés público, por el que se destina uno o más bienes a la protección económica y sostenimiento del hogar y de la familia, el cual es inalienable e inembargable.

Quinta: En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio familiar,

asimismo, a través de políticas públicas se busca garantizar dicho derecho, pero no obstante ello, aún se encuentra presente la desigualdad dentro de nuestra sociedad y es así que no todos tienen el acceso a ese derecho humano, por tal motivo es importante que el Estado no deje a la deriva tan importante tema.

ÍNDICE

RESIDENZA FAMILIARE E DOVERI DI COABITAZIONE DEI CONIUGI
FAMILY RESIDENCE AND COHABITATION DUTIES OF THE SPOUSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 283 - 298

Fecha entrega: 23/09/2015
Fecha aceptación: 23/09/2015

Dr. MAURO GRONDONA
Professore associato di Istituzioni di diritto privato
Università degli Studi di Genova
mauro.grondona@unige.it

RESUMEN: El derecho contemporáneo conoce una variedad de tipos sociales de familia.

En este marco, los deberes conyugales que se originan en el matrimonio han soportado una reinterpretación dirigida a enfatizar el elemento del consentimiento y de la libertad individual que caracterizan, tanto el matrimonio, como a la familia en sentido amplio, en tanto que formación social, en cuyo seno sus miembros tienen derecho a realizar plenamente su propia personalidad.

La doctrina y jurisprudencia han sido permeables a dicha evolución de las costumbres y han procedido a una adaptación de la disciplina de los deberes matrimoniales, respecto a los cuales se sitúa en primer plano, no tanto la familia cual institución, cuanto el bienestar existencial y patrimonial de quien forma parte de ella.

PALABRAS CLAVE: familia; matrimonio; deberes matrimoniales.

ABSTRACT: Contemporary law knows a variety of social types of family.

In this framework, spouses duties deriving from marriage have bear a reinterpretation directed to emphasize the element of consensus and of individual freedom that characterizes both marriage and family *lato sensu* as a social group where plain personality fulfillment of its members lies within.

Doctrine and Case Law have record customs' evolutions and have provided to adequate the marriage duties: in that sense focusing not in the family as an institution but in the existential and patrimonial wellness of whom is part of it.

KEY WORDS: family; marriage; marital duties.

SUMARIO: I. FAMIGLIA E LIBERTÀ: TRA DIRITTO PRIVATO E FILOSOFIA POLITICA.- II. GLI SPAZI E I LUOGHI DELLA FAMIGLIA.- III RESIDENZA, CONVIVENZA, COABITAZIONE.-

I. FAMIGLIA E LIBERTÀ: TRA DIRITTO PRIVATO E FILOSOFIA POLITICA.

L'art. 143 del codice civile italiano, intitolato ai «diritti e doveri reciproci dei coniugi», prevede quanto segue:

«Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia»¹.

Il tema della residenza familiare e della coabitazione fra i coniugi (concetti intrecciati dei quali è già stata fatta la storia interna)² è certamente un buon osservatorio per fare il punto, in materia di diritto di famiglia, della costante linea di evoluzione che la materia da tempo conosce, e anche – forse – per individuare possibili linee tendenziali di sviluppo, così come per accennare – in chiusura – a qualche spunto di ripensamento di istituti già esistenti, i quali però – appunto nella prospettiva dello sviluppo storico – richiedono un adeguamento applicativo (come ad esempio la pronuncia di addebito).

Partirei dalla seguente osservazione preliminare, che come tale non riguarda né il solo diritto di famiglia né, per vero, il solo diritto civile, estendendosi alla filosofia politica intesa in senso molto ampio quale riflessione sul vivere sociale, come tale politicamente rilevante e quindi fattore di produzione del diritto (diritto, inteso come sistema di regole che soddisfino almeno un livello minimo di accettabilità sociale: è allora evidente che le due strade teoriche opposte portano, o al liberalismo giuridico, che accetta la realtà e su di essa costruisce la regola, o all'autoritarismo

¹ Per specifici riff. dottrinali e giurisprudenziali v. PARADISO, M.: *I rapporti personali tra i coniugi (artt. 143-148)*, 2ª ed., Giuffrè, Milano 2012, spec. p. 75 ss., e BELLISARIO, E., “*sub art. 143*”, in: *Cod. civ. annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), ESI, Napoli 2010, p. 637.

² V. spec. la trattazione monografica di ROMA, U.: *Convivenza e coabitazione*, Cedam, Padova, 2005; nonché l'ampia analisi di FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino 2004, in particolare il cap. 2 «Casa e residenza della famiglia», p. 65 ss.

giuridico, che rifiuta la realtà o che comunque non ne tiene conto fino in fondo pensando la regola come derivante dall'orizzonte assiologico del dover essere).

Orbene in questa prospettiva mi pare indubbio che la linea lungo la quale non solo la riflessione teorica ma l'azione pratica delle persone³ si muove con una intensità crescente è quella della libertà di autodeterminazione, in tutti i settori e in tutti gli ambiti. Una libertà che, almeno nelle società aperte, ha appunto assunto un'ovvia portata onnicomprensiva. Il che mostra ancora una volta (al di là delle sempre tenaci resistenze, e al di là del giudizio di valore contrario a un continuo e progressivo ampliamento della libertà individuale) che il terreno fecondo per la libertà è quello nel quale prospera l'ordine di mercato appunto quale spazio aperto all'agire individuale. Senza mercato non ci può essere libertà, per la evidentissima ragione (qui va richiamata la lezione di Friedrich Hayek, la cui opera è ancora troppo poco studiata da giuristi e politologi) che l'ordine del mercato è l'ordine dello scambio, cioè l'ordine della scelta.

Ne consegue che mercato e libertà possono trovare (ma io direi, con accento più risoluto: trovano) nella forma politica democratica il luogo ideale per produrre risultati sociali ottimali, sintetizzabili nell'idea che il costo dell'ampliamento della libertà individuale produce benefici sociali sempre superiori ai benefici che si potrebbero ottenere percorrendo strade alternative (quelle *grosso modo* riconducibili all'autoritarismo giuridico, connotante le società chiuse⁴). Fermo appunto restando (e si tratta ovviamente di un costo sociale) che ogni strada alternativa a quella incentrata sull'ampliamento della libertà individuale è una strada autoritaria, assegnando cioè essa *ex ante* un ordine delle azioni e quindi un confine tra lecito e illecito, tra giusto e ingiusto, tra bene e male non solo pre-determinato, ma soprattutto escluso e sottratto al conflitto etico-politico, che è la cifra di una democrazia matura; ma ciò che è più grave è il venir meno della possibilità di auto-trasformazione della società e quindi del diritto, appunto per virtù dell'agire individuale (qui il tema è quello degli effetti sociali dell'azione individuale).

Il che naturalmente non significa dire che non si debba disporre di un criterio di giudizio, se non immutabile, quantomeno non così instabile (cioè così oscillante da risultare arbitrario) quanto può esserlo una società appunto aperta⁵; significa però

³ Utilizzo questo termine in senso neutro quale soggetto di diritto, e come tale perfettamente speculare al termine individuo.

⁴ Il che beninteso non significa che le società aperte contemporanee non conoscano più o meno ampi spazi di chiusura improntati – con toni e accenti differenti – all'autoritarismo giuridico. In questa prospettiva, il diffuso confronto – che spesso è scontro – tra legislativo e giudiziario può anche essere rubricato come questione attinente agli ampliamenti e alle restrizioni della libertà individuale. Che è una costante della storia umana.

⁵ Qui va senz'altro richiamato l'insegnamento di Tullio Ascarelli, la cui posizione (che presenta aspetti non risolti e che pertanto meriterebbe soprattutto oggi – in ragione dell'accentuato pluralismo delle fonti – di essere criticamente ripercorsa) è a metà strada tra la consapevolezza

che, se alla libertà individuale di autodeterminazione sono assegnati *ab externo* (qualunque ne sia la fonte) *certi denique fines* pensati in chiave ontologica e elaborati nell'ottica del cognitivismo interpretativo, ciò contrasta *in radice* con l'idea di mobilità intrinseca alla società intesa quale luogo della prassi.

Ora, ad avviso di chi scrive, che certo non è ideologicamente neutrale, è facile l'osservazione che la concezione non solo della famiglia, ma dei rapporti tra le persone che si svolgono all'interno di quel luogo antropologico-culturale che usa chiamarsi famiglia, è profondamente mutata proprio perché anche all'interno della famiglia è penetrata quell'idea di libertà che invece un tempo era del tutto, o quasi, bandita, o comunque era guardata con sospetto e con sfavore, come se la libertà non potesse non coincidere con la licenza, donde perniciosi effetti a catena sulla stabilità della famiglia in quanto istituzione sociale, fondamento della società, e quindi, più in generale, sulla tenuta della società stessa quale luogo di un ordine⁶, o assunto come naturale o auspicato come imposto ma comunque il più possibile stabile e predicibile, cioè sottratto alla disponibilità dei consociati, i quali per vero sono i destinatari di quell'ordine.

Un termine, quello di stabilità, che da tempo (e soprattutto nelle società a più alto tasso di apertura, che come tali sono le più mobili, quelle in cui i cambiamenti avvengono e avvengono rapidamente: le società, per dir così, caratterizzate da un significativo coefficiente di accettazione del rischio individuale: un rischio non necessariamente economico, ma esistenziale. Del resto rischio e incertezza sono tra i fattori propulsivi dell'ordine di mercato, che ha una portata e una rilevanza antropologica ben al di là della specifica sfera economica), non è più associabile al termine famiglia, luogo, nel passato, di chiusura e di protezione repressiva.

Ciò mostra ancora una volta – e detto tra parentesi – sotto il profilo metodologico, quanto sia non solo benefico ma decisivo per comprendere almeno qualche spicchio della realtà di cui siamo parte (o se non altro per proporre una spiegazione di ciò che accade il meno possibile unilaterale) l'approccio interdisciplinare e comparativo, dunque una comprensione antropologicamente fondata.

Se la famiglia, per usare la fortunata locuzione costituzionale italiana⁷, è una formazione sociale nella quale la personalità di ogni suo componente ha diritto di

massima della creatività dell'interpretazione (per ragioni specificamente storiche) e l'esigenza di continuità con il passato, sì da evitare indebite fratture o, peggio, decisioni improntate a una «giustizia sostanziale»: cfr. in particolare ASCARELLI, T.: *Problemi giuridici*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1960, vol. 1, Nota (*), p. V ss.

⁶ In questo senso è la recente e approfondita analisi di RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim* e spec. la parte prima, pp. 3-422.

⁷ Alludo naturalmente all'art. 2 Cost. it., il quale recita: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

realizzarsi al meglio e fino in fondo (e non c'è dubbio che la via contemporanea dell'autorealizzazione individuale non può non essere quella dell'autodeterminazione individuale⁸), essa può assumere oggi (l'età del diritto come pretesa individuale)⁹ il carattere di laboratorio antropologico per una migliore cognizione della realtà.

Naturalmente questa prospettiva dà per ammessi l'idea e l'approccio metodologico per cui il rapporto tra realtà, o se si preferisce fattualità, o meglio ancora materialità dei e tra i rapporti, e diritto è paritario perché storicamente fondato: nel senso che il diritto inteso come ordinamento non può non tener conto di ciò che fattualmente accade. E non è dubbio che anche gli accadimenti psicologici interni alla persona (intesi nel senso più esteso, quali desideri, speranze, pulsioni) sono destinati a tradursi in atti materiali che trascendono la dimensione individuale all'interno della quale sono stati prodotti per spostarsi sul piano collettivo e dunque istituzionale.

La famiglia è quindi uno dei luoghi ove l'agire individuale trasforma la forma sociale o per meglio dire la percezione sociale della famiglia medesima.

II. GLI SPAZI E I LUOGHI DELLA FAMIGLIA.

Accostare alla famiglia termini quali residenza, convivenza, coabitazione non è neutro dal punto di vista linguistico e dunque ideologico.

Del resto la dottrina che si è occupata del tema¹⁰ ha ormai messo bene in evidenza come il luogo della famiglia, luogo anche fisico¹¹, inteso proprio quale spazio della e nella famiglia, possa divenire l'oggetto di attenzioni performative da parte del legislatore, nel momento in cui (e si tratta di un accadimento storico) la famiglia venga fatta oggetto di un uso politico quale tassello fondamentale dell'ordine sociale¹² (in una prospettiva, va da sé, autoritaria, come ogni prospettiva che metta

⁸ In ambito familiare, basti qui ad esempio segnalare il tema dell'autodeterminazione dei soggetti minorenni: cfr. il quadro che emerge in SILEONI, S.: "L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia", *Quad. Cost.*, 2014, p. 605 ss.

⁹ Sto ovviamente pensando ai lavori di Bruno Leoni, il quale non ebbe tempo e modo di dar vita a una compiuta teoria generale del diritto; ci ha lasciato una serie di indicazioni più o meno frammentarie che meritano oggi di essere ulteriormente sviluppate: cfr. LEONI, B.: *Il diritto come pretesa*, Liberilibri, Macerata, 2004. La cattiva fama di studioso anarco-libertario che lo accompagna in questo senso evidentemente non aiuta.

¹⁰ V. in particolare la sintesi di ZATTI, P.: "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", in: *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 3, t. 2, 2ª ed., Utet, Torino, 1996, p. 66 ss.

¹¹ Cfr. allora DE GIORGI, M.V., "La casa nella geografia familiare", *Europa dir. priv.*, 2013, p. 761 ss.; nonché BUFFONE, G., "La casa familiare", in: *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 2014, p. 13 ss.

¹² Basti il richiamo a CICU, A.: *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1915.

l'individuo al servizio del gruppo)¹³.

Se ci limitiamo a osservare quanto è accaduto, all'interno della famiglia, dal 1942 (anno in cui è entrato in vigore il codice civile italiano ancora vigente) a oggi (passando per vero per la tappa fondamentale della riforma del diritto di famiglia del 1975, che però, a questo riguardo, non ha stravolto le cose), emerge chiaramente (come del resto spesso capita) che il testo dell'art. 143 sopra richiamato, rimasto sostanzialmente identico nella sua dizione letterale, è letto con altri occhiali. E il giurista (per usare una famosa espressione di Arturo Carlo Jemolo) frequentemente deve cambiare gli occhiali, ovvero, altrimenti detto – e questa volta richiamando il magistero di Carlo Sini –, la pratica del diritto è un contenitore così variegato e spesso così poco conosciuto da chi lo usa (appunto lo mette in pratica), che è indispensabile lavorare sulla ricerca delle origini, dei contesti e delle conseguenze, e dunque del senso, tenuto conto che anche la teoria è una pratica, della quale tutti noi siamo storicamente prigionieri.

La pratica del diritto di famiglia¹⁴ mostra pertanto volti ed espressioni temporalmente molto diversi, che vanno, se non di pari passo, certamente non troppo discostati dal moto perpetuo della società, e di fronte a ciò il giurista, a mio avviso, è chiamato a esprimersi e a impegnarsi, mai troppo legato a quella lettera della legge che può anche tradursi in una barriera ideologicamente insuperabile (per una, a mio avviso, malintesa idea di fedeltà dell'interprete all'ordinamento, o, se si preferisce, alla «Legge»¹⁵).

In poche parole, si potrebbe allora forse dire questo: che la famiglia cambia perché non può non cambiare, e lo fa appunto seguendo un moto costante che alcuni saranno indotti a guardare con diffidenza, tenendo appunto in conto gli effetti di tale movimento, destinato a alterare quella che si usa denominare l'originaria ovvero

¹³ Il che naturalmente non vuol significare che tra individuo e gruppo, tra individuo e società, tra individuo e collettività vi sia o vi debba essere cesura o scissione; anzi credo, all'opposto, che la dimensione individuale possa essere separata da quella sociale solo compiendo una forzatura dannosa tanto per l'individuo quanto per la società. Significa, però, che la costruzione della sfera sociale parte dell'agire individuale e dunque la mobilità individuale è il miglior correttivo o comunque è il miglior fattore di trasformazione che gli assetti sociali storicamente hanno conosciuto e ancora conoscono.

¹⁴ È stato osservato che il diritto di famiglia può essere compreso «as an institution, a set of practices but also as an academic and theoretical endeavour»: CHOUDHRY, S., HERRING, J., WALLBANK, J.: "Welfare, rights, care and gender in family law", in: WALLBANK, J., CHOUDHRY S., HERRING J. (ed. by): *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, Milton Park (Abingdon, UK)-New York, 2010, p. 1.

¹⁵ In tema va vista ora l'analisi critica di MONATERI, P.G.: *Legge, linguaggio e costume*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

la naturale fisionomia della famiglia quale gruppo sociale ristretto¹⁶.

La famiglia, intesa quale evento e quale segno a partire dai quali ricostruire la genealogia della pratica dello stesso diritto di famiglia (ricostruzione che è esercizio etico), è fenomeno in costante transito, che non può essere sottratto al mutamento. Ogni volontà di fissazione di caratteri qualificati come essenziali o naturali è arbitraria e dunque culturalmente violenta.

Non si tratta di superficialmente accettare la realtà come tale, assumendola a feticcio naturalistico (come se del resto fosse possibile concepire una realtà distinta da chi la concepisce rappresentandola, cioè fornendo una proposta di attribuzione di senso), ma si tratta piuttosto di riconoscere che è proprio l'esistere e l'agire in un dato tempo e in un dato luogo che fonda la realtà quale prodotto di autocoscienza: la realtà, e cioè gli accadimenti; i quali, grazie a quello sforzo interpretativo che è indispensabile a ogni tentativo di descrizione che voglia comprendere il proprio oggetto, appartengono intimamente all'umanità come dato storico e antropologico, anche quando ci si voglia sottrarre ad essi. Non c'è dunque la famiglia; ci sono le pratiche e le antropologie della famiglia.

Se allora ripercorriamo mentalmente e quasi parlando con noi stessi il cammino della famiglia dal secondo dopoguerra a oggi vediamo un progressivo ampliamento degli spazi di libertà individuale all'interno della famiglia intesa quale luogo affettivo e economico (dimenticare, o peggio, confinare in una dimensione meno nobile il piano del calcolo economico connesso non soltanto alla decisione sul se dar vita a una famiglia, ma sul come strutturarla è, a mio avviso, un errore frutto di un pregiudizio anti-economico che come tutti i pregiudizi ostacola la miglior comprensione dei fenomeni)¹⁷.

In altre parole, vediamo che la progressiva estensione della libertà endo-familiare non ha significato affatto snaturamento di quei confini che delimitavano in origine (ma quando, poi? In realtà ogni professione di originalismo, anche quando onesta, è molto debole; e ancora una volta perché il passato e quindi le origini, sono costruite nel presente, e forse, per dir meglio ancora, il passato più autentico è sempre da costruire) i comportamenti dei membri della famiglia; cioè non ha attentato in alcun modo all'esistenza della famiglia come tale e alla sua *ratio* antropologica quale luogo di sviluppo della personalità degli individui che ne fanno parte. E del resto questo ripensamento e questa ri-delimitazione degli spazi endo-familiari non hanno

¹⁶ Ma è bene avvertire che l'umanità non ha nulla di naturale, per la ragione (che, a mio avviso, meglio di altri ancora Carlo Sini ha sottolineato) che ogni atto umano è necessariamente filtrato dalle pratiche culturali storicamente e geograficamente sempre e costantemente operanti.

¹⁷ D'altronde non mancano gli studi di «Economics of family law»: v. per tutti COHEN L.R., WRIGHT J.D. (ed. by): *Research Handbook on the Economics of Family Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma, USA), 2011.

riguardato la ricerca del confine tra ciò che è e ciò che non è famiglia, ma si sono tradotti in una trasformazione della famiglia quale luogo sociale: la risposta ha avuto e ha carattere pluralistico, donde oggi la, direi tendenzialmente, pacifica accettazione del fatto che anche un soggetto *single* costituisce una famiglia (la famiglia monopersonale); ed ecco il fiorire di variegata tipologie sociali¹⁸: assistiamo così al moltiplicarsi delle famiglie pluripersonali, e tra queste abbiamo infatti famiglie omosessuali, transgender, transessuali, eterosessuali¹⁹. Tutte famiglie, cioè formazioni sociali a base individuale (dove la famiglia monopersonale è l'unità più piccola)²⁰. È oggi perciò chiaro che l'atto giuridico matrimoniale non è affatto l'elemento decisivo e connotante l'esistenza di una famiglia, ma semplicemente denotante la struttura di una certa unità familiare.

Dicevamo dello spazio, all'interno dei tipi sociali di famiglia: uno spazio che si muove in una duplice direzione espansiva. C'è lo spazio dei soggetti che compongono la famiglia nella loro reciproca interrelazione (il che comporta la precisazione che quando la famiglia è formata da un solo soggetto esso è l'unico centro di interessi giuridicamente rilevante) e c'è lo spazio eso-familiare. Uno spazio all'esterno della famiglia ma rispetto al quale la dimensione familiare assume piena rilevanza, pervenendosi così a rafforzare la tutela della famiglia come tale e cioè come realtà sociale in divenire che chiede e ottiene riconoscimento *ab externo* per forza propria, cioè in quanto esistente nella realtà delle cose. Il che non ha nulla di paradossale e al limite è un classico effetto se non contro le intenzioni quantomeno contro le aspettative della corrente tradizionalista. La quale, se è ben disposta, a proteggere (passando dalle politiche sulla natalità al tasso di 'pubblicizzazione' del diritto contrattuale – che del resto, ad onta di ciò che troppo spesso si racconta, cioè si favoleggia, sul pernicioso neoliberalismo economico – ha un peso assai significativo, e basti pensare al diritto dell'impresa) un certo modello di famiglia, soprattutto perché si tratta di una famiglia la cui antropologia è permeata dal fattore religioso, è poi restia a favorire la medesima protezione ordinamentale quando l'oggetto sia un forma rappresentativa familiare alternativa. La ragione è evidente: se

¹⁸ La lezione di Tullio Ascarelli risulta ancora insuperata: alludo ancora in particolare a ID., "Nota (*)", cit.

¹⁹ Come sempre l'esperienza e la riflessione teorica nordamericana rappresentano una sicura guida. Il tipico dinamismo che felicemente connota in tutti i suoi ambiti quel contesto sociale è tale che rientra oggi nella *common knowledge* l'idea che il ventaglio delle possibilità rispetto al modo in cui una persona percepisce la propria sessualità va dall'asessualità al non avere ancora ben chiare le idee in proposito (sufficiente consultare uno qualunque dei classici questionari universitari: io ho ad esempio sott'occhio quello predisposto dalla «Food Pantry UC Berkeley»).

²⁰ Il che rende tutt'altro che scontata l'affermazione per cui le politiche fiscali dovrebbero essere indirizzate a predisporre un trattamento favorevole al gruppo familiare piuttosto che ai membri della famiglia, assumendo la famiglia come gruppo *naturaliter* pluripersonale (questa visione dà per scontato il fatto che dove c'è una famiglia ci siano figli e inoltre, così facendo, quando i figli effettivamente ci sono, disincentiva i genitori alla ricerca di strade alternative ai benefici fiscali, sotto forma di assegni familiari o altri contributi, come ad esempio l'organizzazione di asili privati di quartiere o di zona).

il rimedio che è stato pensato e anche costruito per una sola forma rappresentativa di famiglia viene poi esteso a qualunque altra forma rappresentativa, verrà indebolito il modello presuntivamente archetipico.

Ma se, come del resto la filologia classica insegna, l'archetipo è proprio l'esemplare perduto, la ricerca delle origini intese come purezza originaria ha un connotato intrinsecamente inaccettabile, dovendosi presupporre un arresto nello svolgimento storico e soprattutto pensare l'oggettività come separabile dalla dimensione soggettiva. Il che è un'illusione che induce a frequenti errori prospettici destinati a tradursi in errori cognitivi.

E però basta richiamare il diritto della responsabilità civile per aver chiaro come anche nell'ambito delle nuove famiglie esso abbia conosciuto una notevole espansione proprio rispetto alla funzione di salvaguardia della sfera familiare del singolo; una salvaguardia che potrà dirigersi all'esterno o all'interno di essa, a seconda che il pregiudizio origini sul terreno endo- o eso-familiare.

Ecco che allora, ancora una volta contro le intenzioni, una certa enfasi ideologizzata su una certa idea di famiglia ha portato a una più ampia e più estesa protezione familiare a largo raggio.

III. RESIDENZA, CONVIVENZA, COABITAZIONE.

Quell'ampliamento di libertà individuale cui più volte abbiamo fatto riferimento e che, sul versante interno alla famiglia, ha condotto a una maggiore autonomia nei rapporti inter-familiari e a una crescente esigenza di tutela rispetto a possibili condotte lesive, appunto, della libertà e della dignità individuale, che proprio nella famiglia non possono avere un luogo di depotenziamento e di mortificazione, appunto in ragione di una oggi recessiva protezione della famiglia come istituzione sovraordinata alle persone che la compongono, sul fronte interrelazione ha portato non già a un annacquamento (termine di per sé negativo) ma a un ripensamento anche inconscio tradottosi in pratiche e in condotte sfocianti in una significativa modificazione del modo di intendere la vita coniugale (riferendoci qui, in linea con la previsione dell'art. 143, ai doveri sorgenti dal matrimonio).

Orbene si è trattato di questo: termini quali residenza, convivenza, coabitazione²¹, sorti come in sé caratterizzati da un non lieve sapore burocratico e stalistico, sapore traducibile in sostanza con l'idea che la famiglia è quel luogo in cui la libertà, in primo luogo dei coniugi, è legislativamente ridotta o comunque circoscritta assegnando alla famiglia una funzione sociale che trascende le esistenze di chi la

²¹ Per approfondimenti v. GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, t. 1, *L'atto e il rapporto*, in: *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), Utet, Torino 2011, p. 709 ss.

famiglia si trova per scelta a comporre, hanno poi assistito a un proprio svolgimento, diciamo così, liberatorio che ne ha ristretto quando non del tutto azzerato il carattere burocratico²² riconsiderandone anche il tratto pubblicistico.

In breve: da una famiglia sbilanciata sull'asse maritale, quale centro di essa (soprattutto per ragioni economiche), da cui la storicamente comprensibile necessità che le esigenze del capo famiglia trovassero consacrazione prima di tutto nella forza della legge, a una famiglia nella quale non soltanto il principio di uguaglianza in senso sostanziale ha prodotto l'effetto di azzeramento delle asimmetrie di un tempo, ma soprattutto ha reso i coniugi liberi di negoziare e rinegoziare anche l'aspetto affettivo del loro rapporto, e dunque il modo di affrontare e condurre la vita matrimoniale. Qui davvero si può oggi dire: *solus consensus obligat*²³; e se il consenso viene meno, la famiglia (pluripersonale) viene meno; dovendosi allora naturalmente provvedere alla disciplina dei rapporti che dalla famiglia sono originati; rapporti, però, rispetto ai quali l'elemento intrinsecamente familiare è la semplice occasione originaria di una vicenda personale ancora in essere.

E anche sotto questo aspetto non è dubbio che la pluralità dei modelli ha definitivamente soppiantato quell'equivalenza identitaria che oggi non è più tale e che associa lo *status* di coniuge al vivere insieme. Un vivere che poi assume appunto i burocratici tratti della residenza comune e della coabitazione. Coabitazione, e non convivenza, leggiamo nell'art. 143 c.c., ed è stato notato che se in effetti la legge può prescrivere l'obbligo di abitare insieme, certo non potrà obbligare i coniugi a essere insieme (un essere insieme che attiene al momento esistenziale della coppia). Dunque coabitazione da intendersi come il fatto del vivere sotto lo stesso tetto, nella stessa abitazione; appunto in quella abitazione che rappresenta la dimora abituale dei coniugi, la residenza comune a entrambe²⁴.

²² Questa tensione emerge ad esempio nelle parole di PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 78: «Non sembra consentita, allora, in mancanza di obiettive esigenze (di lavoro, di cura, di studio, di assistenza a terze persone), la possibilità di un accordo inteso a escludere se non per limitati periodi la coabitazione, trattandosi di situazione cui non potrà che conseguire la crisi familiare e alla quale l'ordinamento non può prestare il suo avallo. Solo assimilando l'unità familiare tutelata dalla legge all'effettiva comunione dei coniugi può ritenersi inessenziale la coabitazione: se è vero che tale comunione non si può creare per legge né imporre dall'esterno, la convivenza richiesta dalla legge ha ambizioni più modeste, essendo volta a creare quel minimo di condizioni necessarie perché il bisogno di piena unione possa appagarsi e mantenersi».

²³ Con riguardo specifico alla coabitazione v. infatti TOMMASINI, R.: «I rapporti personali tra coniugi», in: AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, in: *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. Bessone), Utet, Torino 2010, p. 441 s.: «L'obbligo di coabitare – pure inderogabilmente previsto dal legislatore – nella attuazione concreta della individuazione delle modalità di coabitazione è rimesso all'accordo raggiunto dai coniugi».

²⁴ In senso tradizionale v. ad esempio FINOCCHIARO, F.: *Del matrimonio*, t. II (art. 84-158), in: *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. Ed. Il Foro it., Bologna-Roma, 1993, p. 269 s.: «La coabitazione [...] sembra essere la condizione minima necessaria per conseguire e mantenere la

Mi pare innegabile che questa terminologia – che oggi andrebbe superata con una riforma organica del diritto di famiglia – ci sia un eccesso burocratico che ormai spiace e infastidisce.

Ma naturalmente il *proprium* del diritto sta nel passaggio dalla disposizione alla norma, e cioè alla regola applicata; e fortunatamente le norme non possono non essere in linea con i fatti sociali.

È così accaduto che la famiglia, considerata dal punto di vista del luogo nel quale essa vive, ha visto una crescente dematerializzazione dei luoghi, nel senso che il dove la famiglia viva, cioè il luogo dove vivono i suoi componenti, è stato soppiantato dalle ragioni che stanno alla base di quell'idea da cui origina la famiglia pluripersonale²⁵.

Dalla materialità dei luoghi all'affettività dei luoghi, si potrebbe dire²⁶. Dalla

comunione spirituale e materiale fra i coniugi, nonché per adempiere compiutamente i doveri verso i figli minori».

²⁵ Cfr. RIVA, I.: *Domicilio e residenza* (artt. 43-47), in: *Comm. Cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 178: la residenza della famiglia «assume un significato per lo più metaforico, giacché il concetto di dimorare inevitabilmente si sposa a singoli individui. Sbaglierebbe chi volesse leggere nel concetto di residenza della famiglia l'aspirazione del legislatore a un'unità, a un'organizzazione che trascende le singole personalità dei componenti richiamante dunque, inevitabilmente, antiche concezioni gerarchiche incentrate sulla figura preminente del capo-famiglia; tutt'al contrario, va ribadita la correlazione tra la residenza familiare e l'acquisita autonomia del domicilio della moglie da quello del marito. E giungere così alla conclusione che la residenza della famiglia è una circostanza da ricercarsi nella realtà dei fatti, che inevitabilmente non contraddistingue ogni nucleo familiare». La quale così prosegue, parrebbe almeno in parte adesivamente alla tesi richiamata (p. 179): «In questa linea di pensiero a prevalere sembra non tanto l'elemento materiale della dimora abituale dei componenti della famiglia, quanto l'elemento intenzionale di eleggere un'abitazione a luogo degli affetti e della vita in comune». Ivi, pp. 178-79, si dà conto della tesi favorevole e di quella contraria sul «se la residenza della famiglia sia o meno un concetto separato e autonomo rispetto alla residenza dei singoli componenti, sì che potrebbe collocarsi in un luogo diverso da quello dove è la residenza dei singoli coniugi o quella comune di entrambi». Questione che sembrerebbe potersi oggi agevolmente superare rilevando appunto che la famiglia è proiezione ed estensione del rapporto tra coniugi/conviventi, e dunque tutti i luoghi fisici in cui si svolge, insieme o separatamente, la vita dei membri della famiglia sono essi stessi rilevanti quali luoghi esistenziali della famiglia, indipendentemente dall'esistenza di un luogo deputato a specifica residenza della famiglia, concetto oggi prevalentemente burocratico. Cfr. in questo senso ZATTI, P.: «I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio», cit., p. 69: «Dal punto di vista della sola coppia, questa prospettiva [cioè che la residenza della famiglia possa identificare un luogo d'abitazione dove si svolge la vita comune, senza che ciò vincoli la dimora abituale d'entrambi i coniugi, ivi] può realizzarsi sia quando la sede della vita comune si identifichi con la dimora di *uno* dei coniugi, sia quando i coniugi abbiano una “casa” nella quale si ritrovano senza abitarvi continuamente, sia quando due dimore abituali separate siano considerate entrambe come “casa coniugale”» (corsivo dell'a.)

²⁶ Cfr. BELVEDERE, A., “Residenza e casa familiare: riflessioni critiche”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 243 ss., a p. 245: «Sulla base dell'accordo dei coniugi, si potranno avere modi assai diversi di

burocratizzazione alla esistenza della famiglia²⁷. Famiglia è ciò ed è dove i suoi membri vogliono che sia.

Tant'è che la linea lungo la quale da tempo si muovono dottrina e giurisprudenza (e a volta la dottrina, più che la giurisprudenza, sembra incorrere in qualche imbarazzo, come se la vita della famiglia, dei componenti la famiglia, fosse assoggetta alla stabilità, alla stanzialità, dunque al controllo di un'autorità superiore).

Ma non è più così, e a ben vedere ciò che è accaduto può essere descritto ricorrendo alla teoria generale dell'evoluzione. Mi riferisco cioè al fatto che il fondamento della famiglia (tenendo sempre presente quella fondata sul matrimonio in ragione del fatto che l'obbligo di convivenza è una conseguenza diretta del vincolo matrimoniale: ma certo non sarebbe corretto affermare che, *a contrario*, la famiglia non fondata sul matrimonio sia sprovvista di tutela nel momento in cui venga meno il fondamento, che è comune e che è il reciproco consenso a esistere come famiglia) è la concorde volontà costantemente rinnovantesi di condurre non già la vita familiare come se di essa esistesse una fenomenologia legislativizzata, ma quella vita familiare che incontra il consenso dei coniugi rispetto ad essi e rispetto ai figli quando vi siano.

Di talché è evidente che i doveri matrimoniali hanno natura intrinsecamente derogabile, perché l'accettare di assoggettarsi a un certo regime giuridico e dunque a un certo trattamento giuridico discendente da una fattispecie quale quella del matrimonio civile significa soltanto andare incontro alle conseguenze giuridiche riconducibili alla fattispecie e al rapporto che da essa sorge, ma è dubbio che il matrimonio in quanto vincolo possa imporre un trattamento coercitivo quando manchi quell'impulso spontaneo alla condivisione, prima di tutto, di uno stile di vita.

Certo, l'aver associato il matrimonio ai doveri matrimoniali posti come inderogabili esprime un'idea oggi se non del tutto superata certo in parte invecchiata: l'idea che il matrimonio sia una struttura che reprime la libertà individuale in funzione del bene comune familiare; e da questo punto di vista, infatti, i doveri matrimoniali (pensando soprattutto alla fedeltà e alla coabitazione) sono sorti per porre un limite giuridico alla libertà di agire dei soggetti che si uniscono in matrimonio funzionalizzato alla realizzazione di una certa idea di famiglia apprezzata in chiave

regolare la convivenza, non potendosi neanche escludere che la diversità delle dimore abituali, la mobilità dei coniugi, e la saltuarietà dei loro incontri, dimostrino che i coniugi si sono accordati sulla non-fissazione della residenza familiare, che quindi non è individuabile in alcun luogo».

²⁷ Cfr. ancora RIVA, I.: *Domicilio e residenza*, cit., p. 179, a proposito «dell'acquisita consapevolezza del significato più profondo del concetto di unità familiare, che non è sinonimo di autorità e di chiusura attorno ad un capo, bensì di coesione, condivisione, solidarietà, sì che solo una scelta condivisa e benivola potrà realizzare un'unità reale, e dunque venire incontro alle esigenze della famiglia. Una scelta fondata sull'imposizione e sul profondo dissenso solo apparentemente risponderà all'esigenza risponderà all'interesse della famiglia, con gli occhi miopi di chi non vede nella famiglia, essenzialmente, una comunità solidale di vita e di affetti».

sociale²⁸ (una chiave sociale, però, dominata da un ordine giuridico prescrittivo che assegna alla famiglia un compito socialmente e come tale giuridicamente rilevante).

Ma questa prospettiva oggi non è soddisfacente, anzi arriverei a dire che il persistente senso del matrimonio sta nell'essere fuoriuscito da una dimensione strettamente legislativa ed essere entrato in una dimensione interamente esistenziale (il che, come vedremo tra breve, non significa affatto che la tutela giuridica sia stata depotenziata, anzi probabilmente è vero il contrario: è semplicemente mutata la prospettiva rimediale).

Chi si sposa lo fa – non considerando qui la dimensione economica, pur sempre rilevante – perché si trova d'accordo nell'impostare in un certo modo la propria vita con un'altra persona: una prospettiva non di brevissimo periodo.

Se è così, ne segue che tutto ciò che direttamente o indirettamente attiene alla sostanza della vita matrimoniale dovrebbe essere rimesso alla disponibilità delle parti, le quali qui (al contrario di quanto accade nel contratto) sono del tutto sovrane nel concordare come essere reciprocamente coniugi.

In quest'ottica la disposizione di cui all'art. 160 c.c., che afferma l'inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti del matrimonio va necessariamente ripensata rispetto a un contesto che mette al centro non la famiglia come tale, come valore in sé, ma la condizione esistenziale e patrimoniale dei coniugi (e dei figli). Perché il passaggio dalla inderogabilità alla derogabilità non va inteso come un *minus* di protezione delle posizioni soggettive (grazie alla costante forza espansiva del diritto della responsabilità civile), ma come un *plus* di protezione del consenso dei coniugi all'autodeterminazione della/nella famiglia e della/nella vita familiare. Del resto la giurisprudenza più recente ammette senza infingimenti la derogabilità, se non altro, del «dovere» di coabitazione²⁹.

Senza voler essere provocatori, la materia matrimoniale dovrebbe essere l'esempio della disponibilità, perché l'intervento giuridico può solo offrire una via d'uscita (il più possibile rapida) a quel mutamento non tanto di sentimento ma di accettazione esistenziale dell'altra/o. Qui il passaggio è dalla prospettiva tradizionale, almeno in parte «di ordine pubblico» alla prospettiva attuale «di ordine privato»³⁰. Ciò appunto

²⁸ Cfr. in questo senso Corte Cass., 13 maggio 1986, n. 3168, *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 716 ss., con nota critica di ZATTI, P. La sentenza si muove in un'ottica pubblicistica che porta a scarsamente considerare la volontà delle parti e, peggio, ritiene che ogni deviazione da un supposto modello ordinamentale di famiglia non possa che essere letto come lesione dei doveri matrimoniali, perpetrata dall'uno a danno dell'altro coniuge.

²⁹ Cfr. infatti Corte Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, *Giur. it.*, 2000, p. 2235 ss., con nota di Massafra, A.

³⁰ Molti spunti in questo senso si leggono in ZATTI, P., nel commento alla sentenza cit. *supra*, in nota 28, spec. p. 724 s.: «Ciascuno dei coniugi, che abbia prestato consenso a un indirizzo della vita

perché non c'è una famiglia ordinamentale, rispetto alla quale l'ordinamento possa prescrivere una disciplina a protezione strutturale e funzionale di una certa idea familiare³¹. C'è, al contrario, quell'idea di famiglia che è realizzata attraverso le molteplici forme di convivenza della modernità, rispetto ai quali i rimedi ordinamentali possono e debbono servire alla protezione dei soggetti della famiglia *uti singuli*, perché non si dà un concetto ontologico di famiglia al di là dei membri che la famiglia compongono.

Del resto alcuni casi di cui la giurisprudenza si è occupata³² sono significativi appunto nel mostrare che il riferimento all'obbligo di coabitazione (e alla sua violazione quale presupposto dell'addebito) può essere usato in funzione abusivamente sanzionatoria quando ormai il matrimonio è esistenzialmente disciolto, volendosi così unicamente colpire l'altro coniuge per comportamenti un tempo condivisi.

Il che porta l'attenzione, ancora una volta, sul rimedio volto a colpire non il venimento del «consenso matrimoniale», perché si ricadrebbe nell'ottica sanzionatoria ormai alle nostre spalle e non destinata a ritornare, ma le condotte che in costanza di consenso matrimoniale vanno qualificate come fonti di pregiudizi per la persona dell'altro coniuge³³.

In questo senso il passaggio dalla prospettiva sanzionatoria *ante* 1975 a quella rimediabile *post* 1975 ha anche il significato di avere sottratto il matrimonio dalle strettoie di una giuridicità intesa come vincolo, come limite, come confine, aprendo

familiare che esclude la disponibilità di una casa coniugale, può quindi “denunciare” l'accordo quando avverta che quel tipo di vita contrasta con le sue esigenze personali. Il sopravvenuto disaccordo determina la necessità di riformare l'intesa su basi nuove, ma non produce una retroattiva efficacia dell'accordo fino ad allora vigente, e non tinge certo d'illiceità la condotta dell'altro coniuge che abbia attuato il primitivo indirizzo della vita familiare. Un'ultima osservazione riguarda il peso da riconoscere alle consuetudini di vita preconiugali. Poiché l'accordo sull'indirizzo della vita familiare non si forma solo per esplicite negoziazioni, ma riflette anche l'intesa che tacitamente si forma tra i coniugi circa i modi della loro convivenza, è evidente che, se non si ritiene la fissazione di una residenza dovere di ordine pubblico e perciò inderogabile, un notevole peso dev'essere riconosciuto alle consuetudini di vita maturate in una convivenza preconiugale, soprattutto quando il matrimonio non faccia altro che “regolarizzare”, come si usa dire, una convivenza *more uxorio*: i due conviventi si sposano, appunto perché la loro intesa pare “collaudata”, e tale è nei modi in cui si è realizzata. Un mutamento *ratione matrimonii* è ben possibile, potrà anche essere auspicabile, ma è materia di accordo, ed è il coniuge che vuole nuovi modi di vita che ha l'onere di far avvertito l'altro delle sue nuove “esigenze”».

³¹ In questo senso è invece orientato Bianca, C.M.: *Diritto civile*, II-1. *La famiglia*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 60: «La *coabitazione* consiste nella normale convivenza di marito e moglie, e cioè nella comunione di casa e di vita sessuale, che rappresenta precisamente il modello sociale di convivenza coniugale (*more uxorio*)» (corsivo dell'a.).

³² Mi riferisco in particolare a Corte Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, cit.

³³ Cfr. ad esempio Trib. Prato, 10 novembre 2009, *Fam. dir. pers.*, 2011, p. 196 ss., con nota di Lunghi, L.

invece gli spazi della giuridicità del rimedio che si invoca nel momento in cui sono venute meno quelle circostanze che hanno condotto ad abbracciare la fattispecie matrimoniale.

Da questo punto di vista, anzi, il rimedio ha proprio lo scopo di operare la più forte demoralisticizzazione del matrimonio, nel senso che, nel momento della crisi (che è già segno della disciolta comunanza esistenziale, che bensì potrà essere successivamente ricostituita), ciò che andrebbe il più possibile evitato è che i coniugi possano mettere a frutto strumenti giuridici per innescare una guerra di recriminazioni reciproche, infondate perché coperte dal consenso originario.

E allora, a mio avviso, la sottrazione del matrimonio all'ambito di una sempre ambigua «moralità» porta la questione su due aspetti, rispetto ai quali il rimedio può fino in fondo svolgere la propria funzione: quello economico e quello risarcitorio, quando qualche comportamento tenuto durante il matrimonio costituisca un illecito *ex* artt. 2043 e 2059.

In questa prospettiva il terreno rimediabile trova la possibilità di espansione appunto in quanto strumento che va a colpire quelle condotte che, se tenute, provano il venir meno, o l'inesistenza fin dall'origine, della classica *affectio coniugalis* che connota esistenzialisticamente il vivere matrimoniale.

Da questo punto di vista, allora, un istituto quale l'addebito dovrebbe forse essere ripensato in un'ottica che metta al centro la libertà condivisa dei coniugi, al di là della sanzione rivolta contro i comportamenti contrari ai doveri che derivano dal matrimonio (per richiamare le parole dell'art. 151, c. 2).

ÍNDICE

FIGLI MINORI E DIVIETO DI ABBANDONO DELLA CASA FAMILIARE
MINOR CHILDREN AND FORBIDDEN TO LEAVE THE FAMILY HOME

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 299 - 308

Fecha entrega: 23/09/2015
Fecha aceptación: 15/10/2015

Dra. MARIA PORCELLI
Ricercatore di Diritto privato
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
m.porcelli@unicas.it

RESUMEN: Il lavoro analizza, nell'ambito del più ampio fenomeno della responsabilità genitoriale, il divieto per il figlio minore d'età di abbandonare la casa familiare. Partendo dall'individuazione della *ratio* di detto divieto, indubbiamente rinvenibile nell'espletamento della funzione educativa, che trova nella coabitazione il suo elemento indefettibile, lo scritto propone un'interpretazione dell'art. 318 c.c. rispettosa della personalità del figlio minore d'età e della sua capacità di discernimento.

PALABRAS CLAVE: minore d'età, casa familiare, coabitazione, divieto di abbandono, responsabilità genitoriale.

ABSTRACT: The paper analyzes, within the wider phenomenon of parental responsibility, the ban for his youngest son to leave the family home. Beginning with the identification of the logic of the ban, no doubt identified in the performance of the educational function, which finds its inevitable element in the coexistence, the work offers an interpretation of article 318 c.c. respectful of the personality of the minor child of his age and power of discernment.

KEY WORDS: minor children, family home, cohabitation, forbidden to leave, parental responsibility.

SUMARIO: I. IL DIVIETO DI ABBANDONO DELLA CASA DEL GENITORE QUALE COROLLARIO DEL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE. OPERATIVITÀ DEL DIVIETO A PRESCINDERE DALLO *STATUS FILLATIONIS*, GIÀ PRIMA DELL'INTERVENTO DEL LEGISLATORE DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE. L'ESPLETAMENTO DELLA FUNZIONE EDUCATIVA QUALE *RATIO* DEL DIVIETO IN ESAME.- II. LA COABITAZIONE QUALE ELEMENTO INDEFETTIBILE PER L'ESPLETAMENTO DELLA FUNZIONE GENITORIALE. NECESSARIA LA CONSUETUDINE DI VITA COMUNE IN LUOGO DELLA MATERIALE COABITAZIONE. DEFINITIVITÀ QUALE PRESUPPOSTO AFFINCHÉ SI POSSA CONFIGURARE L'ABBANDONO DA PARTE DEL MINORE D'ETÀ DELLA CASA DEL GENITORE.- III. IL POTERE DEI GENITORI DI RICHIAMARE PRESSO DI SÉ IL FIGLIO MINORE D'ETÀ. IL RICORSO AL GIUDICE TUTELARE.

I. IL DIVIETO DI ABBANDONO DELLA CASA DEL GENITORE QUALE COROLLARIO DEL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE. OPERATIVITÀ DEL DIVIETO A PRESCINDERE DALLO *STATUS FILLATIONIS*, GIÀ PRIMA DELL'INTERVENTO DEL LEGISLATORE DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE. L'ESPLETAMENTO DELLA FUNZIONE EDUCATIVA QUALE *RATIO* DEL DIVIETO IN ESAME.

Rappresenta oramai un principio generale la statuizione secondo la quale i figli minori d'età sono sottoposti alla responsabilità dei genitori (art. 316 c.c.)¹. Corollario di detta affermazione il disposto dell'art. 318 c.c., rubricato *Abbandono della casa del genitore*, in forza del quale «[i]l figlio, sino alla maggiore età o all'emancipazione, non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la responsabilità genitoriale né la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare»².

In via preliminare, è doveroso osservare come la suddetta previsione caratterizzasse indistintamente tutti i figli (e, quindi, tanto la filiazione nata all'interno del matrimonio quanto quella nata al di fuori del vincolo di coniugio) già prima dell'intervento del legislatore della riforma della filiazione³ che, nel modificare l'art.

¹ Sull'istituto della responsabilità genitoriale, come modificato dall'intervento riformatore, sia consentito rinviare a PORCELLI, M.: "La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione", *Dir. fam.*, 2014, num. 4°, p. 1628 ss. ed ivi ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza in materia.

² Art. così modificato dall'art. 43 del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219», in vigore dal 7 febbraio 2014.

³ Avvenuta con la l. 10 dicembre 2012, n. 219, recante *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, e completata con la sopra richiamata legislazione delegata (d. lgs. 154/2013). Si riporta di séguito il testo previgente dell'art. 318 c.c. (come inserito dall'art. 140 della l. 19 maggio 1975, n.

315 c.c., ha introdotto, com'è noto, l'unicità dello *status* di figlio⁴. Tant'è che già la l. 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione e affidamento dei minori, all'art. 1, prevedeva tra gli obblighi dei genitori quello di tenere il figlio presso di sé⁵.

È agevole constatare come la *ratio* del divieto di abbandono della casa genitoriale sia rinvenibile nell'espletamento della funzione educativa e, più in generale, della funzione genitoriale. Quest'ultima, in séguito all'inserimento nel codice civile del nuovo art. 315 *bis* c.c.⁶, è caratterizzata non soltanto dai tradizionali doveri parentali (diritto al mantenimento, istruzione ed educazione) contenuti nella previgente formulazione dell'art. 147 c.c.⁷ ma anche dal diritto del figlio all'assistenza morale da parte dei genitori⁸, i quali, nell'adempiere detta funzione, devono rispettare le

151): «Il figlio non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la potestà né la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare». Il legislatore fa riferimento al figlio senza alcuna aggettivazione.

⁴ Cfr., tra i primi commenti, BIANCA, C.M.: “La legge italiana conosce soltanto i figli”, *Riv. dir. civ.*, 2013, num. 1°, p. 1 ss.; PALAZZO, A.: “La riforma dello status di filiazione”, *ivi*, p. 245 ss.; FERRANDO, G.: “La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali”, *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; SESTA, M.: “L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari”, *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; LENTI, L.: “La sedicente riforma della filiazione”, *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, p. 201 ss.; RECINTO, G.: “La legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?”, *Dir. fam.*, 2013, num. 4°, p. 1475 ss.; BIANCA, M.: “Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 507 ss. Tra i commenti successivi all'entrata in vigore della legislazione delegata si segnalano: BIANCA, C.M.: *La riforma della filiazione. Uguaglianza dei figli. Riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio. Nuova disciplina delle azioni di stato. Responsabilità genitoriale*, Padova, 2015; AA.VV.: *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna, 2015; RESCIGNO, P.: “La filiazione “riformata”: l'unicità dello status”, *Giur. it.*, 5, 2014, p. 1261 ss.; BIANCA, M. (a cura di): *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; PANE, R. (a cura di): *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014; AA.VV.: *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014; CLARIZIA, O.: “Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione”, *Rass. dir. civ.*, 2014, num. 3°, p. 597 ss.

⁵ Sul punto di rinvia a PANE, R.: *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Napoli, 2003, spec. pp. 25 ss. e 35 ss.

⁶ Si riporta di séguito il primo comma dell'art. 315 *bis* c.c., inserito ad opera dell'art. 1, ottavo comma, della l. 219/2012: «[i]l figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni».

⁷ L'art. 147 c.c. è stato sostituito prima dall'art. 29 l. 19 maggio 1975, n. 151 e poi dall'art. 3 d. lgs. 154/2013. Si riporta di séguito il testo previgente: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli». Si riporta altresì l'articolo come modificato dal legislatore della riforma della filiazione: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315 *bis*».

⁸ L'intervento riformatore si era spinto ancora oltre prevedendo, nell'originaria formulazione della legge, anche il diritto dei figli all'amore dei genitori. Nella versione definitiva della legge 219/2012 pare che il riferimento all'amore sia poi scomparso in quanto ricompreso nel diritto all'assistenza

capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni del figlio⁹. Sì che, i doveri dei genitori nei confronti della prole implicano una condivisione di interessi e un sostegno affettivo che esula dal mero sostegno economico e diviene l'aspetto centrale della situazione soggettiva del minore d'età nei confronti dei genitori¹⁰.

II. LA COABITAZIONE QUALE ELEMENTO INDEFETTIBILE PER L'ESPLETAMENTO DELLA FUNZIONE GENITORIALE. NECESSARIA LA CONSUETUDINE DI VITA COMUNE IN LUOGO DELLA MATERIALE COABITAZIONE. DEFINITIVITÀ QUALE PRESUPPOSTO AFFINCHÉ SI POSSA CONFIGURARE L'ABBANDONO DA PARTE DEL MINORE D'ETÀ DEL GENITORE..

Elemento indefettibile per l'espletamento della funzione genitoriale è la coabitazione; termine quest'ultimo dai confini non sempre ben definiti.

A tal riguardo, è appena il caso di osservare come dottrina e giurisprudenza, specie negli ultimi anni, abbiano sempre più ravvisato l'elemento della coabitazione nella c.d. consuetudine di vita comune e sempre meno, invece, nella materiale coabitazione (da intendersi come permanenza sotto lo stesso tetto)¹¹; criterio

morale dei genitori. Afferma oramai da tempo il diritto all'amore quale diritto fondamentale del figlio nei confronti del genitore BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2, Milano, 2005, p. 324; ID.: "La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", in FREZZA, G. (a cura di): *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005, pp. 95-96).

⁹ Osserva al riguardo RECINTO, G.: "La legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", cit., spec. p. 1480 come «il nuovo articolato» sembri «oramai definitivamente riconoscere, almeno a livello di tecnica legislativa, una considerazione del minore di età nella sua complessità psico-fisica». In questa direzione, già prima dell'intervento riformatore, PERLINGIERI, P.: "Persona e comunità familiare", in ID.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, spec. pp. 391-392; ID.: *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, *ivi*, spec. p. 305: il minore «più di altre persone, è un essere in divenire, un essere in formazione che bisogna far crescere non in una logica autoritaria e gerarchica, ma dando spazio alle sue potenzialità, nello sviluppo delle quali c'è anche l'autodeterminazione, c'è il consenso e, in un certo senso, il ruolo che egli deve svolgere è attivo, non di mero oggetto».

¹⁰ BARTOLINI, F.: *La riforma della filiazione. Genitori e figli nel nuovo diritto di famiglia*, Piacenza, 2014, spec. pp. 54-55.

¹¹ Cfr., tra le numerose pronunce, Cass., 27 maggio 2005, n. 11320, *Nuova giur. civ.*, 2006, I, p. 454 ss., con nota di ROMA, U.: "La nozione di convivenza/coabitazione ai fini della legittimazione del genitore già affidatario a chiedere l'assegno di mantenimento per il figlio maggiorenne", nella quale la Corte afferma che affinché vi sia coabitazione è sufficiente che «il figlio maggiorenne – pur in assenza di quotidiana coabitazione, che può essere impedita dalla necessità di assentarsi con frequenza, anche per non brevi periodi, per motivi, ad esempio, di studio o di lavoro – mantenga tuttavia un collegamento stabile con l'abitazione del genitore, facendovi ritorno ogni qualvolta gli impegni glielo consentano e questo collegamento, se da un lato costituisce un sufficiente elemento per ritenere non interrotto il rapporto che lo lega alla casa familiare, dall'altro, concreta la possibilità per tale genitore di provvedere, sia pure con modalità diverse, alle esigenze del figlio». In una diversa posizione Cass., 22 aprile 2002, n. 5857, *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1805 ss., con nota di FREZZA, G.: "Casa familiare e figli maggiorenni tra convivenza e mantenimento", là dove la Suprema Corte,

quest'ultimo indubbiamente piú restrittivo rispetto al primo¹².

Un concetto di coabitazione, quindi, molto piú elastico rispetto al passato e rispettoso dell'evoluzione delle abitudini di vita all'interno delle famiglie. Si pensi alla oramai diffusa mobilità dei figli, anche minori d'età, connessa soprattutto ad esigenze di studio¹³.

In tale ottica, affinché si rinvenga l'elemento della coabitazione non appare piú indispensabile la «stabile dimora del figlio presso l'abitazione di uno dei genitori»¹⁴, bensì un «collegamento stabile con l'abitazione del genitore», sì da non interrompere il rapporto che lo lega alla casa familiare e permettere ai genitori di provvedere, sia pure con modalità diverse da quelle che caratterizzano la «stabile convivenza» alle esigenze del figlio¹⁵.

Le considerazioni innanzi svolte fanno apparire d'immediata evidenza come l'abbandono della casa dei genitori presupponga, quindi, un distacco caratterizzato dal connotato della definitività; quest'ultima da valutarsi non tanto rispetto al luogo quanto alla comunanza di vita¹⁶. Sí che, è bene ribadirlo, non rappresenta una causa

nell'utilizzare un criterio molto restrittivo, rinviene la coabitazione nella «stabile dimora del figlio presso l'abitazione di uno dei genitori, dalla quale si allontani saltuariamente e per brevi periodi, non rientrandovi, l'ipotesi di saltuario ritorno presso detta abitazione per i fine settimana, nella quale si configura invece un rapporto di mera ospitalità».

¹² In questi termini, già da tempo, PANE, R.: *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore. Contributo allo studio della prassi*, Napoli, 1984, spec. p. 21 ss. Sull'argomento, la letteratura è oramai alluvionale con riferimento alla responsabilità civile (v., tra i tanti, POGLIANI, M.: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969, p. 133 ss.; DE CUPIS, A.: «Dei fatti illeciti», in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1971, *sub art.* 2048, p. 60 ss.; FRANZONI, M.: «Dei fatti illeciti», *ivi*, 1993, *sub art.* 2048, p. 363 ss.; MANTOVANI, M.: «Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte», in *La responsabilità civile*, II, t. 1, a cura di Alpa-Bessone, Torino, 1987, p. 17 ss. e in *Giur. sist. Bigliani*, Agg. 1988-1996, Torino, 1997, p. 155 ss.; MONATERI, P.G.: «Le fonti delle obbligazioni, La responsabilità civile», in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), III, Torino, 1998, p. 953 ss.; FACCI, G.: «Il risarcimento del danno extracontrattuale», in *Le obbligazioni*, II, *Le obbligazioni da fatto illecito* (a cura di M. Franzoni), Torino, 2004, p. 209 ss.; ID.: «I nuovi danni nella famiglia che cambia», in *I nuovi percorsi di diritto di famiglia* (diretto da M. Sesta), 2004, p. 273 ss.) e all'assegnazione della casa familiare (cfr., tra gli altri, FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Torino, 2005, spec. p. 148 ss.; QUADRI, E.: «Nuove prospettive in tema di assegnazione della casa familiare», *Corr. giur.*, 2006, p. 1143; MANTOVANI, M.: «Casa familiare (assegnazione della)», in *Enc. giur.* Treccani, I, 2008, p. 2 s.; ROMA, U.: «L'assegnazione della casa familiare», in SESTA, M. e ARCERI, A.: *L'affidamento dei figli nella crisi della coppia*, Torino, 2012, p. 156.

¹³ In questi termini, ma relativamente al figlio maggiore d'età, CARPENTIERI, F.: «Il trasferimento stabile del figlio in un'altra città esclude la persistenza in capo al genitore affidatario della legittimazione a richiederne iure proprio all'ex coniuge il contributo per il mantenimento», *Fam. dir.*, 2014, num. 2°, p. 138.

¹⁴ Come invece afferma Cass., 22 aprile 2002, n. 5857, cit.

¹⁵ Così Cass. 27 maggio 2005, n. 11320, cit.

¹⁶ Così già GIORGIANNI, M.: «Della potestà dei genitori», in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi), Padova, 1992, p. 343.

interruttiva della coabitazione una temporanea assenza del minore d'età dalla casa di abitazione dipesa, per esempio, come già innanzi accennato, da motivi di studio o anche da ragioni di svago¹⁷: si pensi alla permanenza del minore d'età in un campo estivo¹⁸.

La coabitazione non viene meno neanche nei casi in cui l'allontanamento del minore d'età dalla casa dei genitori sia prolungato nel tempo: si pensi al trasferimento del minore in un luogo diverso da quello dove risiedono i genitori per motivi di lavoro¹⁹.

Ad ogni modo, al fine di limitare la discrezionalità nell'individuazione della sussistenza della coabitazione, la Suprema Corte di Cassazione, di recente, ha stabilito che la stessa si possa considerare esistente in presenza dei seguenti elementi: a) regolarità del ritorno del figlio nella casa familiare; b) prevalenza temporale dei periodi di ritorno rispetto a quelli delle assenze in un determinato lasso di tempo preso come riferimento; c) effettiva presenza del figlio nella casa familiare in relazione alla suddetta unità di tempo²⁰. In ogni caso, sarà sempre il giudice a dover accertare l'esistenza della comunanza di vita sulla base della valutazione delle circostanze relative al caso concreto (motivi di allontanamento dalla casa familiare, distanza tra la casa dei genitori e il luogo dove dimora il figlio e via discorrendo).

III. IL POTERE DEI GENITORI DI RICHIAMARE PRESSO DI SÉ IL FIGLIO MINORE D'ETÀ. IL RICORSO AL GIUDICE TUTELARE.

Qualora il minore d'età si allontani dalla casa del genitore senza permesso, l'articolo che ci interessa prevede che «i genitori poss[a]no richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare».

¹⁷ Cfr. GRECO, A.: "Il temporaneo allontanamento del minore dalla casa dei genitori non esclude la responsabilità ex art. 2048 c.c.", *La responsabilità civile*, 2008, num. 8°-9°, p. 703 ss. Cfr., tuttavia, Cass., 25 luglio 2013, n. 18075, *Fam. dir.*, 2, 2014, p. 135 ss. là dove la Suprema Corte esclude la legittimazione del genitore a richiedere *iure proprio* all'ex coniuge separato o divorziato la revisione del contributo per il mantenimento del figlio maggiorenne, non ancora autosufficiente economicamente, nel caso in cui sia venuta meno la coabitazione a causa del trasferimento del figlio (nel caso di specie maggiorenne) in un luogo diverso dalla casa dei genitori per ragioni di studio.

¹⁸ Cfr. Trib. Milano, 20 marzo 1970, *Monitore tribunali*, 1970, p. 703 ss.; Cass., 9 giugno 1976, n. 2115, *Mass. Giur. it.*, 1976, p. 556 ss.; Cass., 20 aprile 1978, n. 1895, *Resp. civ. e prev.*, 1978, p. 730 ss. V., più di recente, Cass., 27 maggio 2005, n. 11320, cit.

¹⁹ Tant'è che in questa ipotesi continua a configurarsi la responsabilità dei genitori per via della protezione che i genitori devono garantire nei confronti dei terzi che potrebbero subire un danno: sul punto si rinvia a BUSNELLI, F.D.: "Capacità e incapacità di agire del minore", *Dir. fam.*, 1982, p. 64 ss.

²⁰ Il riferimento è a Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, *Nuova giur. civ.*, 2012, I, p. 712 ss. e la materia del contendere è, ancora una volta, il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non ancora economicamente autosufficiente.

A tal riguardo, non appare superfluo precisare che, soltanto il minore d'età che abbia ottenuto il consenso dai propri genitori è libero di allontanarsi – seppur temporaneamente, nei termini innanzi precisati – dalla casa familiare; e ciò in quanto, in tale specifica ipotesi, è la preventiva autorizzazione dei genitori a garantire una concreta attuazione della funzione genitoriale.

Ed è proprio a garanzia dell'effettività del principio della responsabilità genitoriale che il legislatore attribuisce ai genitori il potere di richiamare presso di sé il figlio minore d'età anche ricorrendo, se necessario, all'autorità giudiziaria²¹. Il ché, tuttavia, non deve indurre a ritenere che la dialettica tra la libertà del minore e la volontà dei genitori si debba sempre comporre in favore di quest'ultimi²². In proposito, è doveroso precisare che il potere di richiamo *ex art.* 318 c.c. deve essere esercitato nel rispetto della personalità del figlio minore d'età e del diritto all'autodeterminazione da valutarsi in relazione alla sua concreta capacità di discernimento²³; e ciò in quanto l'obbligo di convivenza del minore con i propri genitori in tanto esiste in quanto sia funzionale al benessere della prole²⁴. Pertanto, qualora l'interesse del figlio lo

²¹ Sul punto BESSONE, M.: “Abbandono della casa dei genitori, ricorso al giudice tutelare, interpretazione correttiva dell'art. 318 c.c. a tutela della personalità del minore”, *Dir. fam.*, 1980, p. 548 ss.; GORASSINI, A.: *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, Napoli, 1994, *passim*.

²² Non esiste a tal riguardo un orientamento univoco da parte della giurisprudenza. Cfr. tra le tante sentenze: Trib. min. Roma, 11 luglio 2006, n. 1795, *Giustizia a Milano*, 2006, 7, p. 49, là dove il Tribunale, nel rilevare l'assenza di opposizione dei genitori alla richiesta della figlia di non vivere presso di loro, non ha ravvisato alcuna sua competenza a provvedere nell'interesse della minore d'età; Trib. Trento, 20 ottobre 1999, *Giur. merito*, 2000, p. 110 ss., che assolve dal reato di sequestro di persona i genitori che per un breve intervallo di tempo abbiamo limitato la libertà di movimento della figlia minore d'età impedendole di uscire di casa per evitare che se ne allontanasse in violazione dei doveri su di lei incombenti in forza dell'art. 318 c.c., accompagnandosi con soggetti noti al mondo della droga, come tra l'altro già aveva fatto in precedenza, facendo trascorrere molto tempo senza dare notizie di sé; Trib. min. Napoli, 17 dicembre 1996, *Dir. fam.*, 1998, p. 591 ss. là dove il tribunale napoletano non rinviene alcuna violazione dei doveri parentali nell'ipotesi in cui, nelle ore serali, una minore ultrasedicenne, facente parte di una comunità nomade, venga sorpresa in solitudine e in verosimile comportamento mendico.

²³ In questa direzione, già da tempo, MAZZA GALANTI, F.: “Potestà del genitore ed autonomia del minore. In margine all'art. 318 c.c.”, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1238 ss. Cfr., più di recente, D'ANTONIO, V.: “La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis”, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, p. 25. Sul ruolo della capacità di discernimento cfr. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 735 ss.; ID.: “Sull'ascolto del minore”, *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, num. 2°, p. 125 ss. Sul punto v., inoltre, PERLINGIERI, C.: “Sub art. 2”, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), Napoli, I, 2010, p. 261 ss. la quale sostiene la necessità di accertare la capacità di discernimento non attraverso «una regola generale che detti criteri fissi» bensì attraverso l'«accertamento, in relazione al caso concreto».

²⁴ Sul punto cfr. *amplius* PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 966 ss., e già prima ID.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982, spec. p. 163, il quale afferma da tempo che la famiglia è garantita nella Costituzione

richieda si potrà anche derogare alla statuizione di cui all'art. 318 c.c.; il giudice tutelare adito dai genitori, nello specifico caso in cui il minore d'età abbia espresso la volontà di sottrarsi alla tutela dei genitori allontanandosi dalla casa familiare contro la volontà degli stessi, e siano emerse ragioni di pregiudizio tali da rendere inopportuno un rientro del figlio nella propria dimora (e ciò in quanto vi sia stata, per esempio, una violazione dei doveri o un abuso dei poteri da parte dei genitori), potrà richiedere l'intervento del tribunale per i minorenni per i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c.²⁵.

Il figlio minore, dal canto suo, pur non avendo alcuna legittimazione a ricorrere al giudice²⁶, potrà contrastare il potere di richiamo dei propri genitori attraverso l'esposizione delle proprie ragioni in sede di audizione *ex art. 315 bis*, terzo comma, c.c.²⁷ ovvero ricorrere ai suddetti provvedimenti per contrastare la volontà parentale quando questa risulti contraria al suo superiore interesse²⁸.

«non come portatrice di un interesse superiore e superindividuale, bensì in funzione della realizzazione delle esigenze individuali, come luogo nel quale si sviluppa la persona».

²⁵ Per un quadro d'insieme sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine al riparto di competenza tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni in tema di provvedimenti *ex artt. della riforma della filiazione*, *Fam. dir.*, 2014, p. 526 ss.; DANOVI, F.: "I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile", *ivi*, 2013, p. 619 ss.; VELLETTI, M.: "Quale giudice per i ricorsi *ex art. 330 c.c.?*", *www.questionegiustizia.it*. In giurisprudenza v. Cass., 14 ottobre 2014, n. 21633, *Fam. dir.*, 2015, num. 2°, p. 105 ss., con nota di LIUZZI, A.: "Provvedimenti de potestate vis attractiva del tribunale ordinario: primi chiarimenti della Suprema Corte".

²⁶ Discorre di «diritti disarmati», in quanto privi di strumenti di tutela giurisdizionale diretta da parte del titolare, PANE, R.: *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, cit., p. 122 ss. Sull'evoluzione che ha caratterizzato la concezione giuridica del minore d'età e più in particolare sulla possibilità per il minore di esercitare i diritti di cui è titolare, cfr. BONAMINI, G.: "Rappresentanza legale del minore e rapporti giuridici non aventi contenuto patrimoniale", *Fam. pers. succ.*, 2011, num. 11°, p. 769 ss.; e già prima PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., spec. p. 139. Sull'argomento sia consentito richiamare anche PORCELLI, M.: "Derechos y tiempo de las personas físicas", *Utopia y Praxis Latinoamericana, Revista internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, 2014, num. 67°, p. 37 ss. In giurisprudenza v. Trib. Milano, decr. 15 febbraio 2010, *Fam. dir.*, 4, 2011, p. 401 ss., con nota di RUSCELLO, F.: "Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a 'supernorme'".

²⁷ Cfr. PARENTE, F.: "L'ascolto del minore: i principi, le assiologie e le fonti", *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 459 ss. In giurisprudenza v. Cass., 5 marzo 2014, nn. 5097 e 5237, *Fam. e dir.*, 2015, num. 3°, p. 242 ss., e Cass. 31 marzo 2014, n. 7479, *ivi*, p. 248 ss., con nota di commento di PESCE, R.: "L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali".

Cass., 15 marzo 2013, nn. 6645 e 11687, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2013, p. 1026 ss., con nota di commento di DI GREGORIO, V.: "L'ascolto: da strumento giudiziale a diritto del minore".

²⁸ Sul punto la dottrina è da tempo pressoché unanime: v. BESSONE, M.: "Abbandono della casa dei genitori, ricorso al giudice tutelare, interpretazione correttiva dell'art. 318 c.c. a tutela della personalità del minore", cit., p. 551 ss.; RUSCELLO, F.: "La potestà dei genitori. Rapporti personali", in *Comm. Schlesinger, sub art. 315*, Milano, 1996, p. 301 ss.; GORASSINI, A.: *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, cit., p. 183. Cfr., inoltre, MASCHIO, E.: "Lo svilimento della potestà parentale", *Dir. fam.*, 1988, p. 1597 ss. Sulla nozione di interesse del minore, v., tra i numerosi contributi, DOGLIOTTI, A.: "Che cos'è l'interesse del minore?", *Dir. fam.*, 1992, p. 1093 ss.; DOSI, G.: "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *ivi*, 1995, p. 1604; LA

ÍNDICE

ROSA, E.: *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano, 2005, spec. p. 43 ss.; STANZIONE, P. e SCIANCALEPORE, G.: *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 9; FOCARELLI, C.: “La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di ‘best interest of the child’”, *Riv. dir. intern.*, 2010, num. 4°, p. 981 ss.; MARGIOTTA, M.: “Diritti del minore ed esigenze di ordine pubblico: il (tormentato) impatto dei nostri giudici con gli istituti di protezione del fanciullo”, *Fam. pers. succ.*, 2012, num. 11°, p. 800 ss.

LA DESTINAZIONE A CASA FAMILIARE

THE DESTINATION TO FAMILY HOME

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 309 - 346

Fecha entrega: 10/10/2015
Fecha aceptación: 15/10/2015

Dra. EMANUELA MIGLIACCIO
Ricercatore dell'Università degli Studi del Sannio di Benevento
emanuela.migliaccio@gmail.com

RESUMEN: Il lavoro compie un percorso ricostruttivo attraverso le moderne teorie sulla destinazione dei beni allo scopo, per comprendere se possa o meno intravedersi una destinazione in senso tecnico nel provvedimento di assegnazione della casa familiare e/o se possa utilizzarsi il modello dell'art. 2645-*ter* c.c. per operare siffatta destinazione, accordando maggior tutela alla situazione abitativa.

PALABRAS CLAVE: Assegnazione; destinazione; separazione; interesse familiare.

ABSTRACT: The paper analyzes modern theories on the destination of assets in order to understand whether it will glimpse a destination in a technical sense in order for assignment of the family home and / or if the model can be used to art. 2645-*ter* of the Civil Code to operate such a target, giving more protection to the state housing.

KEY WORDS: assignment; destination; separation; family interest.

SUMARIO: I. IL PROBLEMA DELLA CASA FAMILIARE COME BENE DESTINATO AD UNO SCOPO. POSIZIONI DELLA DOTTRINA E PRIME APPLICAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA.- II. DESTINAZIONE PATRIMONIALE E SEPARAZIONE NELLA IMPOSTAZIONE CLASSICA.- III. DIVERSA IMPOSTAZIONE DEL RAPPORTO TRA DESTINAZIONE E SEPARAZIONE. RILEVANZA ED EFFICACIA. - IV. LA QUALITÀ DELL'INTERESSE.- V. L'INTERESSE CD. ABITATIVO. INDICI DI RILEVANZA E DI EFFICACIA.- VI. ATTO ATIPICO NEGOZIALE DI DESTINAZIONE E INTERESSE FAMILIARE. MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE.- VII. LA DESTINAZIONE ALL'INTERESSE FAMILIARE NELLA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO.- VIII. LA DESTINAZIONE A SINGOLI SPECIFICI INTERESSI NELLA FAMIGLIA LEGITTIMA. LA CASA FAMILIARE.- IX. LA FAMIGLIA DI FATTO.

I. IL PROBLEMA DELLA CASA FAMILIARE COME BENE DESTINATO AD UNO SCOPO. POSIZIONI DELLA DOTTRINA E PRIME APPLICAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA.

L'indagine sul rapporto tra casa familiare e destinazione patrimoniale è sollecitata dalla numerose pronunce giurisprudenziali nelle quali la casa familiare viene qualificata alla stregua di un «bene destinato ad uno scopo», in particolare quello di soddisfare «esigenze abitative familiari»¹. Si tratterebbe di un vincolo, che investe «un complesso di beni funzionalmente attrezzato per assicurare l'esistenza domestica della comunità familiare [...] ma non esauribile nell'immobile, spoglio della normale dotazione di mobili e suppellettili per l'uso quotidiano della famiglia [né] identificata dal legislatore una figura giuridica formale, quale potrebbe essere un diritto reale o personale di godimento, ma nella concreta *res facti* che prescinde da qualsivoglia titolo giuridico sull'immobile, di proprietà, di comunione, di locazione. Il giudice della separazione assegnando l'abitazione della casa familiare al genitore affidatario della prole [...] non tanto crea un titolo di legittimazione ad abitare quanto conserva la destinazione dell'immobile con il suo arredo alla funzione di residenza familiare»².

¹ Da ultimo Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, *Dir. fam.*, 2005, p. 53 e Cass., 14 maggio 2007, n. 10994, *Guida dir.* (2007), f. 32, p. 57. L'affermazione è stata per lo più strumentale a giustificare la circostanza che l'eventuale provvedimento di assegnazione a séguito di separazione o divorzio non modificherebbe «natura» e «contenuto» del titolo ma al più una concentrazione del diritto in capo all'assegnatario.

² In questo senso Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, *Rass. dir. civ.*, con nota di GIACOBBE, E., «L'assegnazione della casa coniugale tra separazione e divorzio», la quale ha dichiarato illegittimo l'art. 155, comma 4, c.c., nella parte in cui non prevedeva la trascrizione del

Parte della dottrina³, dal canto suo, ha convenuto sulla circostanza della esistenza di siffatto vincolo di destinazione, la cui fonte sarebbe il fatto stesso della permanenza di un determinato nucleo familiare in un immobile: la destinazione scaturirebbe dalla circostanza della “insistenza” del nucleo familiare nell’immobile. Da esso deriverebbe un regime che riguarda l’immobile e impegna indubbiamente entrambi indipendentemente dalla proprietà separata di uno di essi: «ne potrebbero derivare limitazioni non solo nei confronti del coniuge-proprietario ma anche nei riguardi di terzi che si trovino a trattare con l’uno dei coniugi». Ed un indice in tale senso sarebbe, per l’appunto, la disciplina dell’assegnazione al coniuge affidatario. Ma in difetto di una norma specifica in cui rinvenire un modello di *Zweckvermögen* (bene destinato ad uno scopo), il fondamento sarebbe da ricercare nel principio di «solidarietà coniugale», riposante negli artt. 29, 30, 31 cost., che a sua volta giustificerebbe il regime di contribuzione solidale (che ha sostituito il precedente mantenimento unilaterale), riposante negli artt. 143, 144 e 160 c.c.⁴.

Più di recente, si è reputato che il provvedimento di assegnazione crea un «regime giuridico funzionalizzato del bene» alla stessa stregua dei vincoli di destinazione di uso privato e pubblico (rispettivamente *ex art. 2645-ter e quater* c.c.), nel quale elementi di realtà, ed in particolare l’opponibilità, ed elementi di obbligatorietà coesistono. Al provvedimento di assegnazione sarebbe da assimilare il vincolo negoziale di destinazione della casa familiare, che troverebbe fondamento nel fatto della convivenza, unitamente al sistema normativo della solidarietà propria dei modelli familiari (riposante negli artt. 29, 30, cost., 143, 144 e 147 c.c.)⁵.

Di contro, si obietta a ragione, difettano del tutto indici di diritto positivo che diano conferma dell’esistenza di un vincolo di destinazione in senso tecnico, il quale dovrebbe contemplare «la inalienabilità del bene e la sua impignorabilità – come previsto per il fondo patrimoniale -»⁶. Altro, rispetto al considerare il fatto della permanenza del nucleo familiare nella casa come fonte di creazione del vincolo, si aggiunge, è invece che la casa familiare sia oggetto di un atto *negoziale* di destinazione ai sensi dell’art. 2645-ter c.c., frutto cioè dell’autonomia dei coniugi o dei conviventi, la cui introduzione nel

provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare ai fini della opponibilità ai terzi.

³ VECCHIO, D.: “Profili applicativi dell’art. 2645-ter c.c. in ambito familiare”, *Dir. fam. pers.* (2009), § 7.

⁴ DI MAJO, A.: “Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra i coniugi”, *Riv. trim.* (1981), p. 365 ss.

⁵ In questo senso CORRIERO, V.: *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli (2015), spec. p. 241 e p. 249.

⁶ FREZZA, G.: “La casa (già) familiare”, *Dir. fam.* (2006), § 2.

sistema dovrebbe percepirsi quale completamento dell'ampio potere di autonomia negoziale che già la l. n. 54 del 2006 avrebbe consacrato⁷.

La stessa recente ordinanza della Corte di Cassazione - di rimessione alle Sezioni unite della risoluzione del contrasto interpretativo sul potere di revoca del comodante della casa adibita a casa familiare -, aveva posto il quesito se i coniugi o i conviventi *more uxorio* potessero avvalersi del meccanismo dell'art. 2645-*ter* c.c., già anteriormente al momento patologico del matrimonio o della convivenza (e dunque a prescindere dal provvedimento giudiziale di assegnazione)⁸. La Corte di Cassazione a Sezione unite si è però pronunciata obliterando del tutto la questione relativa all'utilizzo del negozio di destinazione e ribadendo la sola scelta ermeneutica, che già era maggioritaria e consacrata dalle Sezioni unite del 2004, secondo la quale il sopraggiunto provvedimento di assegnazione non modifica la natura e il titolo del godimento dell'immobile quale già era precedentemente ad esso: «il diritto del coniuge assegnatario [...] resta modellato nel suo contenuto dalla disciplina del titolo negoziale preesistente, con la conseguenza che alla normativa regolatrice dell'originaria convenzione occorre far riferimento al fine di delineare il complesso dei diritti e doveri di detto coniuge nei confronti del proprietario contraente»⁹. La destinazione a casa familiare assume rilevanza solo se e nella misura in cui integra l'«uso convenuto» nel contratto di comodato e (solo) in tal senso è idonea a condizionare la durata del vincolo sull'immobile¹⁰.

⁷ Riformulando l'art. 155 c.c., il quale al secondo comma disponeva che il giudice nei procedimenti di separazione, cessazione degli effetti civili, annullamento e nullità e di affidamento di figli nati fuori dal matrimonio «prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori»: ciò a prescindere dalla natura personale o reale del diritto scaturente dal provvedimento di assegnazione, che a séguito della medesima novella è divenuto trascrivibile *ex art.* 2643 c.c. (secondo FREZZA, G.: *o.l.u.c.*) o soltanto nella misura in cui al diritto volesse attribuirsi consistenza reale (secondo VECCHIO, F.D.: *o.l.u.c.*): infatti sarebbe difficilmente conseguibile un coordinamento normativo tra il diritto personale di godimento e la natura reale del vincolo di destinazione.

⁸ Anche a prescindere, parrebbe, dalla titolarità nel disponente del diritto di proprietà sul bene: poichè appare superata, si afferma, «da tesi – di matrice essenzialmente amministrativistica – che riconosceva al solo proprietario il potere di destinazione, con conseguente riconduzione del vincolo che ne scaturisce alla figura della limitazione del diritto di proprietà, non sembra revocabile in dubbio che la destinazione possa essere realizzata non solo dal titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale sull'immobile, ma anche da parte di chi sul medesimo vanta un mero diritto personale di godimento»: Cass., ord., 17 giugno 2013, n. 15113, *Dir. fam. pers.* (2013), p. 1367, con nota di commento di CIPRIANI, N.: «Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite».

⁹ Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, cit.

¹⁰ «Il coniuge affidatario della prole minorenni, o maggiorenne non autosufficiente, assegnatario della casa familiare, può opporre al comodante, che chieda il rilascio dell'immobile, l'esistenza di un provvedimento di assegnazione, pronunciato in un giudizio di separazione o divorzio, solo se tra il comodante e almeno uno dei coniugi (salva la

Nelle more degli auspici e delle istanze degli operatori, la giurisprudenza di merito ha comunque compiuto sporadici (e discussi) utilizzi dello strumento in funzione del soddisfacimento dell'interesse abitativo familiare.

Emerge in particolare, oltre ad un provvedimento del Tribunale di Saluzzo¹¹, soprattutto una recente pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia¹² con la quale è stata rigettata l'opposizione all'esecuzione promossa su un immobile destinato *ex art. 2645-ter c.c.* «al soddisfacimento delle *esigenze abitative* ed *in genere ai bisogni* del nucleo familiare» sui presupposti che: *a)* la disposizione non riconoscerebbe la possibilità di «autodestinazione unilaterale» tramite negozio destinatorio puro, a pena di veder vanificato il principio della responsabilità patrimoniale ed il carattere eccezionale delle fattispecie limitative di responsabilità; *b)* in ogni caso mancherebbe, in un negozio di destinazione di tal fatta, l'ulteriore requisito della meritevolezza come comparazione degli interessi in gioco, poichè «per un verso, la destinazione di un immobile abitativo a soddisfare le esigenze abitative della famiglia, costituisca una tautologia; per altro verso, l'ulteriore fine del soddisfacimento in genere dei bisogni della famiglia, si appalesa del tutto generico ed inidoneo a chiarire gli specifici bisogni tutelati e le ragioni per cui una simile necessità è sorta»¹³; *c)* in ultimo, l'applicazione analogica dell'art. 170 c.c. in materia di fondo patrimoniale avrebbe imposto al debitore di provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia, peraltro da interpretarsi nella maniera più ampia, comprensiva cioè

concentrazione del rapporto in capo all'assegnatario, ancorché diverso) il contratto in precedenza insorto abbia contemplato la destinazione del bene a casa familiare. Ne consegue che, in tale evenienza, il rapporto, riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 cod. civ., sorge per un uso determinato ed ha – in assenza di una espressa indicazione della scadenza – una durata determinabile “*per relationem*”, con applicazione delle regole che disciplinano la destinazione della casa familiare, indipendentemente, dunque, dall'insorgere di una crisi coniugale, ed è destinato a persistere o a venir meno con la sopravvivenza o il dissolversi delle necessità familiari (nella specie, relative a figli minori) che avevano legittimato l'assegnazione dell'immobile»: Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, *Dir. giust.* (2014); *Guida dir.* (2014), f. 42, p. 20 e *GiustiziaCivile.com* (2015), 7 aprile.

¹¹ La quale ha accolto (e dichiarato non soggetta ad autorizzazione) la destinazione di un compendio immobiliare *ex art. 2645-ter c.c.*, da parte dei proprietari (padre e nonna) nei confronti della moglie e dei figli «per far fronte ai bisogni della “propria famiglia in senso esteso”», come bisogno di «abitazione gratuita e consona allo *status* familiare» ma anche «ai bisogni sanitari di tutti i beneficiari e alle spese di educazione, istruzione e formazione dei figli»: DI SAPIO, A. e GIANOLA, A.: “Un meccanismo di protezione che tutela le esigenze primarie comuni alla famiglia”, commento a Trib. Saluzzo, Ufficio del giudice Tutelare, 19 luglio 2012, *Fam. min.* (2012), p. IX.

¹² Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, *Arch. loc.* (2015), 3, p. 309.

¹³ La durata poi era stata fissata con termine finale al raggiungimento dei quarant'anni della figlia. Termine reputato irragionevole e chiaro indizio di intento fraudolento nei confronti dei creditori, posto che l'autosufficienza del figlio si consegue in un momento solitamente antecedente.

dei crediti rinveniente da attività lavorativa dei singoli e con esclusione delle sole esigenze voluttuarie e speculative¹⁴.

II. DESTINAZIONE PATRIMONIALE E SEPARAZIONE NELLA IMPOSTAZIONE CLASSICA.

Indagare il rapporto tra casa familiare e destinazione patrimoniale si traduce allora nella formulazione di una risposta al quesito se la c.d. “destinazione a casa familiare”, della quale discorrono sovente la dottrina e la giurisprudenza, rappresenti già di per sè una destinazione in senso tecnico o se si possa giungere ad una destinazione in senso tecnico avvalendosi degli strumenti negoziali a disposizione delle parti disponenti, ed in particolare dell’art. 2645-ter c.c.

Sotto il profilo della disciplina, infatti, il diritto di abitazione è incredibile e intrasmissibile, si estingue «nel caso che l’assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio». Dalla riforma del 2006, poi, il relativo provvedimento di assegnazione e revoca è «trascrivibil[e] ed opponibil[e] ai terzi ai sensi dell’art. 2643». Il richiamo è compiuto in luogo di quello, più corretto, all’art. 2644 c.c.¹⁵, ma è da ritenersi adempimento indispensabile soltanto ai fini dell’opponibilità (anche) ultranovenale: in caso contrario, la mancata tempestiva esecuzione della formalità rischierebbe di vanificare la tutela dell’interesse della prole alla quale è diretto l’istituto dell’assegnazione¹⁶.

¹⁴ Lo stesso Tribunale di Reggio Emilia aveva segnato una delle prime applicazioni della nuova disposizione, avallando (ed anzi suggerendo) l’utilizzo dell’art. 2645-ter c.c. in luogo del mero trasferimento dal marito alla moglie in sede di separazione giudiziale, con obbligo di utilizzo dei frutti per il mantenimento dei figli, ritenuto possibile sotto il profilo formale e più rispondente all’interesse dei figli (Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, *Dir. fam.* (2008), p. 194, con nota di FREZZA, G.: “Sull’effetto “distintivo” e non traslativo, della separazione ex art. 2645-ter c.c.”), e *ivi*, 2009, p. 1199, con nota di MARRA, A.: “Il vincolo di destinazione a norma dell’art. 2645-ter c.c. nell’accordo di separazione fra coniugi”; *Il civilista* (2008), 12, p. 53). In epoca successiva, il medesimo Tribunale aveva invece disconosciuto questa soluzione, in ragione del detto divieto – oramai maturato – di vincolo destinatorio “autoimposto”, e suggerito invece l’adozione del *trust* quale strumento più idoneo al fine di regolare efficacemente, in sede di separazione personale dai coniugi «i propri rapporti economici per quanto concerne il mantenimento dei nipoti [per il] soddisfacimento delle esigenze abitative e/o economiche dei propri nipoti sino al compimento del ciclo di studi ed al raggiungimento dell’autosufficienza economica dei medesimi»: in questo senso Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, *Giuda dir.* (2012), f. 49-50, p. 15.

¹⁵ FREZZA, G.: “Tutela del minore fra residenza e casa familiare”, cit., p. 92.

¹⁶ CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Problemi dell’assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola”, *Foro nap.* (2013), p. 22 s.; nonché FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affido condiviso*, Milano (2008), p. 6; GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, *Dir. fam. pers.*

L'orientamento ha trovato conferma in una recentissima statuizione a tenore della quale la tutela della situazione abitativa scaturente dalla convivenza sarebbe opponibile anche nei confronti dei terzi ed anche a prescindere dall'avvenuta trascrizione del provvedimento, in quanto il genitore collocatario, «in virtù dell'*affectio* che costituisce il nucleo costituzionalmente protetto della relazione di convivenza, è comunque detentore qualificato dell'immobile ed esercita il diritto di godimento su di esso in posizione del tutto assimilabile al comodatario»¹⁷.

Nell'ottica di accordare allora una tutela più stabile ad una situazione, che di là dalle affermazioni di principio – e quasi di stile-, la rinviene solo mediante il provvedimento giudiziale di assegnazione (anche se probabilmente anche prima della sua trascrizione), e comunque soltanto nei confronti del coniuge non assegnatario e dei suoi aventi causa, l'attenzione si è appuntata sulla disposizione dell'art. 2645-ter c.c.¹⁸, la quale ha ridestato l'attenzione sulla

(2008), p. 742. Ciò si pone in armonia e continuità anche con il precedente orientamento vigente nel vigore della l. 74 del 1987 che in materia di divorzio prevedeva che «l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 c.c.». Nel silenzio dell'art. 155 previgente, la disposizione era stata ritenuta applicabile per analogia da Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, *Arch. loc.* (1989), p. 443; *Cons. Stato* (1989), II, p. 1063; *Arch. civ.* (1989), II, p. 1052; *Foro it.* (1989), I, p. 3336; *Giust. civ.* (1989), I, p. 2244; *Dir. fam.* (1989), I, p. 491; *Giur. cost.* (1989), I, p. 2075; *Vita not.* (1989), I, p. 449; *Nuova giur. civ. comm.* (1990), I, p. 292. Rimaneva però il problema se la trascrizione fosse necessaria per l'opponibilità ultranovenale (in questo senso in particolare Cass., 18 agosto 1997, n. 7680 e Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, *Vita not.* (1997), I, p. 280 e *Foro it.* (1997), I, p. 3331) o in ogni caso, anche per il periodo inferiore al novennio (Cass., 6 maggio 1999, n. 4529, *Foro it.* (1999), I, p. 2215; *Giust. civ.* (1999), I, p. 2305; *Arch. civ.* (1999), p. 975; *Riv. not.* (2000), II, p. 109). Il contrasto è stato composto, nel primo senso, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione del 26 luglio 2002, n. 11096: «i sensi dell'art. 6, comma 6, l. n. 898 del 1970 e successive modifiche, il provvedimento di assegnazione della casa familiare, in caso di divorzio o di separazione personale, avente per definizione data certa, è opponibile al terzo acquirente dell'immobile in data successiva, pur se il provvedimento “*de quo*” non è stato trascritto, per il novennio decorrente dall'assegnazione, ed anche dopo il novennio ove il titolo sia stato in precedenza trascritto».

¹⁷ Cass., 21 maggio – 11 settembre 2015, n. 17971, *Guida dir.* (2015), f. 41, p. 52.

¹⁸ La disposizione, di recente introduzione, consente la trascrizione di atti redatti in forma pubblica con i quali beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri siano destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, «alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma». Dal momento della sua introduzione i contributi sono stati innumerevoli: si rinvia per una esauriente bibliografia generale a MIGLIACCIO, E.: *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli (2012), p. 22, da integrarsi, per quanto riguarda l'applicazione dell'istituto in ambito familiare con CHIAPPETTA, G.: *Famiglia e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli (2001), spec. cap. III; FRANCESCA, M.: “La destinazione all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico”, *Riv. not.* (2012), p. 1036 ss.; PETTI, G.: “Atto di destinazione *ex art.* 2645-ter c.c. e separazione consensuale dei

problematica piú generale della destinazione patrimoniale.

Si è considerato allora come la destinazione abbia assunto nella dottrina un significato ampio, quale elemento caratterizzante tutta una serie variegata di fenomeni, tra i quali sono stati ricompresi anche la destinazione a pertinenza o a servitù, la destinazione a universalità di beni¹⁹, la apposizione di vincolo forestale o paesaggistico²⁰, il mutuo di scopo e l'atto di dotazione nei fenomeni associativi²¹. Cionondimeno, nell'ambito delle piú ampie situazioni di destinazione, soltanto talune importano separazione del patrimonio e incidono sulle regole della responsabilità comportandone una limitazione

coniugi", *Obbl. contr.* (2008), p. 233 ss.; ROMANO, C. e MINNITI, G.: "Atto di destinazione di bene immobile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. e di trasferimento in ottemperanza ad accordi in sede di separazione personale dei coniugi", in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato* (2012), p. 339; PANZANI, L.: "Fondo patrimoniale, trust, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. ed azioni a tutela dei creditori", *Il nuovo diritto delle Società* (2012), p. 9 ss.; CEOLIN, M.: "Regolamenti di condominio e vincoli di destinazione, anche alla luce del nuovo art. 2645-ter c.c.", *Riv. not.* (2009), p. 873; MARRA, A.: "Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645-ter c.c., nell'accordo di separazione fra coniugi", cit.; VECCHIO, D.: "Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare", cit.; PARTISANI, R.: "L'art. 2645-ter c.c.: le prime applicazioni nel diritto di famiglia", *Fam. pers. succ.* (2007), p. 779.

¹⁹ FALZEA, A.: "Introduzione e considerazioni conclusive", AA.VV., "*Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*", Milano (2003), p. 4, il quale prospetta una teoria generale della destinazione dei beni allo scopo, che si avvale, da un lato, delle fattispecie codicistiche (fondate però sul criterio dell'utilità procurata dalla cosa oggetto di destinazione alla cosa a vantaggio della quale la destinazione veniva disposta piuttosto che all'interesse delle persone: fattispecie che, in quanto oggettive, si differenziano da quella introdotta dall'art. 2645-ter c.c., prevalentemente soggettiva, riferita direttamente alle persone), dall'altro della tradizione e della erezione della persona giuridica sul patrimonio allo scopo (*Zweckvermögen*).

²⁰ GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter", *www.iudicium.it*, p. 2.

²¹ BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", *Riv. dir. civ.* (2007), p. 200.

Non sono mancati utilizzi del concetto in senso strettamente aderente al suo significato letterale di «determinazione di un destino», purché accompagnato da autonoma qualificazione normativa, con conseguente ricomprensione della destinazione della somma consegnata al debitore ad estinzione di un proprio debito specifico mediante imputazione a pagamento ex art. 1193 c.c. o la destinazione della somma ricevuta a mutuo ad estinzione del proprio credito da parte del debitore che voglia produrre la surrogazione ex art. 1202 c.c.: in questo senso LA PORTA, U.: "L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.", *Riv. not.* (2007), p. 1073 s. La destinazione secondo l'A. è infatti atto materiale cui non segue alcuna modificazione in senso giuridico fattuale e che resta irrilevante giuridicamente in assenza di una norma di diritto sostanziale che ne opera una qualificazione giuridica. Sono stati in tale senso richiamati anche i vincoli imposti dai regolamenti condominiali contrattuali, i provvedimenti amministrativi che limitano il potere di godere e disporre dei beni, quali i limiti imposti a tutela dell'interesse culturale da ultimo indicati dal d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, oppure quelli imposti dai Comuni nell'esercizio della potestà urbanistica: GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Riv. dir. civ.* (2007), I, p. 322.

rilevante, ai sensi dell'art. 2740, comma 2, c.c. E soltanto in relazione ad esse può discorrersi di destinazione in senso tecnico²²: esattamente quella, cioè tendenzialmente esclusa per la attuale disciplina della casa familiare e rispetto alla quale dovrebbe invece poter operare l'art. 2645-ter c.c.

Quest'ultima disposizione, dunque, oggetto di ampio dibattito, è stata reputata confermativa di un già esistente atto negoziale atipico di destinazione²³, sostanzialmente secondo due indirizzi: il primo che lo

²² LENZI, R.: "Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.", *Contr. impr.* (2007), p. 229 ss.; FALZEA, A.: "Introduzione", cit., p. 27 ss.; DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata", *Rass. dir. civ.* (2007), p. 989. «Nell'ambito dei vari significati che la destinazione può rivestire, la destinazione del patrimonio ad uno scopo assurge ad autonoma categoria giuridica. In questa accezione tecnica la destinazione comporta sempre un fenomeno di separazione patrimoniale, in quanto si tratta di vincolo reale di destinazione. Qui destinazione e separazione sono elementi inscindibili»: così BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., pp. 198, 200, 201. In particolare per la riconducibilità delle varie (a-tecniche) accezioni di destinazione alla logica del diritto soggettivo, DI RAIMO, R.: "Persona giuridica, destinazione e segregazione", *Corti pugliesi* (2008), p. 25 s.

²³ Sebbene si sia ritenuto, da parte di taluni, che essa abbia soltanto la funzione di confermare la trascrivibilità del *trust* (LUPOI, M.: "Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di *trust*", *Taf* (2006), p. 469 s.; MANES, P.: "La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti", *Contr. impr.* (2006), p. 626 ss.), la dottrina prevalente attribuisce alla norma una valenza sostanziale, quale disciplina anche della fattispecie e (non solo dell'effetto) dell'atto atipico di destinazione: in questo senso GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1 s.; DE NOVA, G.: "Esegesi dell'art. 2645-ter cod. civ.", Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano 19 giugno 2006, www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 1, il quale ravvisa nella nuova norma «un "ministatuto" dell'atto di destinazione»; BIANCA, M.: "L'atto di destinazione: problemi applicativi", *Riv. not.* (2006), p. 1175, la quale intravede nella norma la «ratifica» della legittimità del negozio di destinazione. Secondo NUZZO, M.: "Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio", Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 4 s., vi sarebbe nell'art. 2645-ter c.c. una categoria presupposta riguardante l'atto di destinazione in sé produttiva di soli effetti obbligatori «consentendo, ad esempio, di pretendere l'amministrazione dei beni secondo le indicazioni dell'atto», ed una seconda «riguardante l'opponibilità della separazione», «volta a disciplinare la fattispecie secondaria produttiva di questo specifico effetto»; per il tramite della disposizione, ad avviso di GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 327, il legislatore avrebbe abdicato al suo potere di individuare, a monte della tipizzazione, la meritevolezza della separazione patrimoniale, in favore di una valutazione rimessa al privato ed alla sua autonomia negoziale. In particolare ad avviso di DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 948, la norma non introduce nel sistema gli atti di destinazione, quali atti preordinati all'effetto di destinazione ma dà per presupposta l'esistenza di tali atti ed il loro proprio effetto, stabilendo i requisiti in presenza dei quali questi possono essere trascritti. Nel senso che la norma estenda, senza interferenze con i casi di separazione già riconosciuti «la capacità dell'autonomia di creare altri casi di realizzazione "patrimonialmente separata", di

ricostruisce quale atto ad efficacia reale²⁴, il secondo, quale atto ad efficacia obbligatoria²⁵, eventualmente riducendo la realtà del suo contenuto alla

un fine meritevole», OPPO, G.: “Riflessioni preliminari”, in BIANCA, M. (a cura di): *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano (2007), p. 4.

²⁴ In questo primo orientamento si colloca chi aveva già effettuato un tentativo di conferire legittimità e meritevolezza al negozio di destinazione con riferimento al *trust* sulla base della sola corretta valutazione dell'ampiezza dell'autonomia negoziale, sancita dall'art. 1322 c.c., espressivo a sua volta degli artt. 2 e 41 cost.: si tratterebbe di un'attribuzione, di natura puramente strumentale, «operata in favore del soggetto, che assume su di sé il vincolo – essendo tenuto all'attività gestoria ed altresì dispositiva, occorrente al perseguimento del finale assetto di interessi» e di una attribuzione ulteriore nei confronti del soggetto, o dei soggetti, cui il disponente ha inteso far pervenire i propri beni, le relative rendite o l'eventuale ricavato dalla loro alienazione, a séguito della quale il vincolo di destinazione, una volta ottenuto il risultato, andrà a risolversi: PALERMO, G.F.: “Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano”, *Riv. dir. comm.* (2000), p. 396 ss. (la riflessione è stata svolta con riferimento al *trust* ed alla sua ammissibilità nel nostro ordinamento). Appartiene a questa corrente anche chi ha riconosciuto nella destinazione una modificazione del contenuto della proprietà, con limitazione del potere di disposizione del proprietario e compressione del potere di aggressione da parte dei creditori, e nell'art. 2645-ter c.c. la disciplina sino ad allora assente della trascrizione di atti modificativi del contenuto del diritto di proprietà: secondo PETRELLI, G.: “La trascrizione degli atti di destinazione”, *Riv. dir. civ.* (2006), p. 169, la norma «ridisegna completamente il panorama normativo sul quale poggiava la costruzione concettuale del negozio fiduciario», nel senso della creazione di un diritto reale funzionalizzato che incide altresì sul meccanismo delineato dall'art. 1707 (consentendo la immediata opponibilità a prescindere dalla trascrizione della domanda giudiziale; nello stesso senso GRASSO, B.: “L'art. 2645-ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni”, *Riv. not.* (2006), I, p. 1196); ed ancora chi intravede nella destinazione «una nuova modalità di disposizione del bene, una disposizione *conformativa*, capace di incidere sulla struttura della situazione soggettiva, modellandola dall'interno» e «contribuendo, sotto il profilo sistematico, a ridisegnare i tradizionali confini tra autonomia privata, contratto e circolazione dei beni»: LA PORTA, U.: “L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.”, cit., 1073. I problemi ricostruttivi posti dalla presunta tipicità dei diritti reali e dalla altrettanto presunta tipicità delle cause traslative (scambio o donazione) vengono risolti ponendo in rilievo che il potere conformativo rientra in quello di disposizione, quale potere «diretto allo sfruttamento del bene in forme diverse da quelle tradizionalmente note ma ugualmente legittime». L'interesse del disponente, realizzato destinando, alla stessa stregua dell'interesse realizzato vendendo o donando, trova il suo punto di equilibrio nell'esperibilità dell'azione revocatoria e nei meccanismi di pubblicità: LA PORTA, U., *o.u.c.*, pp. 1092, 1094 (la tesi descritta è condivisa da GRASSO, B.: “L'art. 2645-ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni”, cit., p. 1192).

²⁵ Nell'ambito del secondo orientamento si collocano quanti – già prima della introduzione dell'art. 2645-ter c.c. – ammettevano che l'autonomia negoziale potesse esplicarsi con il compimento di un atto di destinazione, ma con effetti che fossero già ricompresi nel *pactum fiduciae* o nel *pactum de non alienando* di cui all'art. 1379 c.c. o, ancora, nel mandato a vendere (o ad acquistare), mancando nel nostro ordinamento una disposizione che consentisse di procurare l'opponibilità propria della situazione reale: in questo senso GAZZONI, F.: “Tentativo impossibile (osservazioni di giurista «non vivente» su *trust* e trascrizione)”, *Riv. not.* (2001), p. 11 ss. (la cui posizione è stata considerata da PALERMO, G.: “Contributo allo studio del *trust* e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano”, cit., p. 416,

opponibilità del vincolo²⁶.

In coerenza con le diverse premesse, è stato poi differentemente risolto il problema del rapporto tra destinazione e separazione. Le tesi cioè che attribuiscono portata reale all'atto di destinazione²⁷ relegano la separazione a

espressione di positivismo giuridico di tipo statalista). «Là dove la destinazione non è regolata dalla legge vige [...] la libertà e l'autonomia privata, sul piano ovviamente obbligatorio, almeno per chi, come me, ancora crede nel principio di tipicità dei diritti reali, collegato al principio di tipicità della trascrizione e ai limiti che derivano dall'art. 1372² c.c.»: GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit. Tra gli atti di destinazione previsti dalla legge cui l'A. accorda rilevanza reale (la servitù costituita per destinazione del padre di famiglia, art. 1062 c.c., il vincolo pertinenziale, art. 817, o il vincolo paesaggistico e forestale), e quelli affidati all'autonomia negoziale ad effetto puramente obbligatorio, l'A. annovera «ipotesi intermedie», quali sarebbero le obbligazioni *propter rem* (la destinazione di parte dell'edificio condominiale ad alloggio del portiere, *ex art.* 1117, n. 2).

Peraltro, non è mancato chi, definita la destinazione come «dissociazione tra il potere giuridico (del proprietario) e il suo contenuto economico (destinato ad altri)», ha ritenuto che l'atto, in quanto sorretto da un interesse di rango superiore rispetto al generico "apprezzabile interesse" di cui all'art. 1379 c.c., consente ora, intervenuta la disposizione dell'art. 2645-ter c.c., il superamento dei limiti ivi indicati. In questo senso LUMINOSO, A.: "Contratto fiduciario, *trust*, e atti di destinazione *ex art.* 2645-ter c.c.", *Riv. not.* (2008), p. 998 ss., ad avviso del quale la carica innovativa della disposizione non riposerebbe nella previsione di uno schema di atto di destinazione, in quanto già rientrava nel potere dei privati porre in essere atti di destinazione seppure con effetti puramente obbligatori, bensì nella deroga al principio generale sancito dall'art. 1379 c.c., sia quanto ad estensione temporale della limitazione, sia quanto alla sua opponibilità a terzi. La posizione in punto di interpretazione ed ambito di applicazione dell'art. 1379 c.c. non è comunque unanime: in senso contrario alla sua interferenza con i vincoli di destinazione in particolare FUSARO, A.: "La posizione dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.", in Aa.Vv.: *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano (2006), p. 30 ss.

²⁶ In particolare si è sottolineato che «la bipartizione tra vincoli reali ed obbligatori di destinazione può infatti accettarsi solo se il riferimento alla realtà o alla personalità del vincolo non riguarda la natura del diritto ma la opponibilità dello stesso»; e si è così giunti a concludere che «i patrimoni separati si caratterizzano dunque quali vincoli reali di destinazione incidenti sulla sfera dei terzi, creditori, comportando una deroga al principio di illimitata responsabilità patrimoniale, o acquirenti, prospettando un diverso regime di circolazione dei beni separati»: BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 219 (l'analisi più recentemente sollecitata dall'introduzione dell'art. 2645ter, si era già sviluppata in questo senso).

²⁷ Si tratta delle tesi di Palermo, G. e La Porta, U. annoverate da BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 211, fra le tesi c.d. negoziali: «secondo questa impostazione, la separazione patrimoniale non sarebbe altro che un effetto dell'atto negoziale di destinazione voluto dalle parti. Indipendentemente dall'accoglimento di questa soluzione, grande merito di questa dottrina è stato quello di concepire la destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale, in cui per la prima volta si individua la rilevanza della causa di destinazione. Il risultato evidente sul piano sistematico è stato quello di rivendicare ai privati l'atto di destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale. Questa costruzione, brillante nelle premesse, ha tuttavia comportato una preferenza per

mero effetto della destinazione, risultato anch'esso dell'autonomia negoziale. La trascrizione avrebbe, così, funzione dichiarativa dell'effetto reale di destinazione (comportante in quanto tale separazione)²⁸.

In senso contrario si sono mossi i fautori della tesi della natura meramente obbligatoria dell'atto di destinazione: l'intervenuta trascrizione è idonea a produrre costitutivamente l'effetto di separazione²⁹. Nella stessa direzione si pone altresì l'opinione secondo la quale la trascrizione sarebbe momento ineliminabile per conferire non soltanto efficacia ma altresì rilevanza alla destinazione, in sé atto neutro, rappresentante eventualmente solo una fase del procedimento finalizzato alla opponibilità, unico effetto rilevante³⁰: «destinazione e separazione sono elementi inscindibili»³¹.

Entrambe le ricostruzioni scontano il limite di non riuscire ad intravedere la destinazione al di là del meccanismo pubblicitario dal quale sia eventualmente assistita, che produrrebbe – dichiarativamente o costitutivamente – l'effetto di separazione rispetto al patrimonio del disponente, unico momento rilevante della vicenda. E quale che sia la opzione, tra le due, eventualmente

l'elemento della destinazione e una svalutazione della separazione, relegata ad *effetto* dell'atto negoziale di destinazione».

²⁸ LA PORTA, U.: "L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1075. Si orienta per la natura dichiarativa anche LUMINOSO, A.: "Contratto fiduciario, *trust*, e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1001, nota 28.

²⁹ Opera una distinzione (affidata alla meritevolezza) tra atto di destinazione trascrivibile con conseguente limitazione di responsabilità e atto «ordinario» di destinazione che dà solo luogo ad un vincolo obbligatorio per il quale è sufficiente un giudizio di liceità GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter", cit., p. 7. Si tratterebbe ad avviso di PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., p. 191 s., di pubblicità dichiarativa ai fini del vincolo di indisponibilità e costitutiva ai fini della separazione patrimoniale, ferma restando la nascita dell'effetto obbligatorio di destinazione anche prima della trascrizione.

³⁰ Ad avviso di SPADA, P.: "Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo", Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, www.scuoladidotariadellalombardia.org, e ID.: "Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta", in Aa.Vv.: *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata: atti del convegno / Fondazione italiana per il notariato*, Milano (2007), p. 122.

A quest'area, ancora, appartiene la dottrina che, individuato il fulcro dell'effetto reale nella opponibilità dell'atto, distingue nettamente la destinazione che opera sul piano dell'atto, e la separazione, che opera sul piano della opponibilità: BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 219.

³¹ «Una destinazione del patrimonio che non comportasse un effetto di separazione sarebbe pressoché inutile in quanto la separazione è strumentale alla conservazione della destinazione»: così BIANCA, M., *o.u.c.*, pp. 198, 200, 201. Anche la dottrina più risalente descrive la destinazione quale giustificazione della separazione, che resta elemento centrale ineliminabile: v. in particolare, FERRARA SR., F.: *Trattato di diritto civile italiano*, Roma (1921), rist. Camerino-Napoli (1985), p. 875 ss.; PINO, A.: *Il patrimonio separato*, Padova (1950), p. 12 ss.; BIGLIAZZI GERI, L.: "Patrimonio autonomo e separato", *Enc. dir.*, XXIII, Milano (1976), p. 280 ss.

prescelta, poichè l'effetto di separazione incidente sulla responsabilità patrimoniale è essenziale per entrambe e difetta nella disciplina della casa familiare - differentemente, per l'appunto, dal fondo patrimoniale-, in questo senso non vi è possibilità alcuna di intravedere una destinazione.

III. DIVERSA IMPOSTAZIONE DEL RAPPORTO TRA DESTINAZIONE E SEPARAZIONE. RILEVANZA ED EFFICACIA.

Invero, però, la destinazione è un fenomeno assai ampio, non rappresentabile unitariamente né per categorie rigide, che nel suo significato più generale si riscontra ogni qualvolta vi sia l'individuazione un interesse, da parte dei privati o dell'ordinamento, differente da quello preso in considerazione nella disciplina dei rapporti aventi come terminale oggettivo un bene: «la mutazione dell'interesse induce una correlativa modificazione della consistenza del bene *sub specie iuris* di una cosa o di una utilità»³².

La destinazione può avere quindi un suo proprio effetto indipendente dalla eventuale separazione patrimoniale dalla quale sia assistito, ed è effetto organizzativo e regolamentare ³³, caratteristico della prospettiva procedimentale. Essa necessita della predeterminazione di un interesse che abbia caratteristiche di oggettività tali da potersi tradurre in termini di funzione e si attua mediante apposizione di una regola che formalizza la funzione del patrimonio e che, in quanto stabile, si sottrae alla disponibilità di chi l'ha posta. Questi sul patrimonio destinato perde il potere libero acquistando (o determinando il sorgere in capo ad un terzo di) una funzione amministrativa³⁴. «La separazione esprime [invece] una misura e una modalità di efficacia della destinazione»³⁵.

In questo senso si tratta di effetto meramente oggettivo che «non si esprime sul piano della titolarità bensì su quello della funzione della situazione disposta» ³⁶, rappresentabile indipendentemente dall'attribuzione - impregiudicato (ed indifferente) restando l'aspetto della titolarità del bene investito³⁷- e dalla eventuale separazione patrimoniale dalla quale può essere

³² DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 988.

³³ FERRO LUZZI, P.: *I contratti associativi*, Milano (1971), p. 170; SPADA, P.: "Il vincolo di destinazione", cit., p. 3; ID., "Articolazione del patrimonio", p. 122 s. e p. 125; DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 957.

³⁴ DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 958.

³⁵ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 950.

³⁶ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 952.

³⁷ È stato correttamente rilevato in questa direzione che la destinazione «viene pur sempre concepita come regola che astraie dalla titolarità» e che «il valore culturale innovativo rispetto al passato è la liberazione della nozione di patrimonio separato dalle

o meno assistito.

Sì che, per un verso, non è necessario che l'atto coinvolga due situazioni giuridiche soggettive, né in senso reale, né in senso obbligatorio: non è trasferimento di un proprietà conformata da un soggetto ad un altro³⁸; non è obbligazione legata all'attuazione dello scopo³⁹. E ne deriva, in punto di struttura dell'atto di destinazione, che esso *debba* essere unilaterale, dunque né bilaterale modellato sullo scambio, né variabile⁴⁰: la minima unità effettuale della destinazione alla scopo è realizzata già con un atto unilaterale di predeterminazione dell'interesse.

Per altro verso, l'interesse sotteso alla destinazione ammette diverse modulazioni, per sua intrinseca natura o per scelta del disponente che con la sua intrinseca natura non collida; e, per conseguenza, richiede differenti

concettualizzazioni relative alla costruzione della nozione di persona giuridica e di soggetto di diritto» (BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 205).

³⁸ Ove presente, il trasferimento risulterebbe altro rispetto al momento regolamentare, momento eventualmente successivo ma inessenziale, che darebbe luogo ad un negozio complesso: DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 965.

³⁹ L'attività del mandatario, in cui consisterebbe l'attività gestoria, si risolverebbe in una attività di natura personale diretta a realizzare l'interesse del mandante-proprietario: DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 966.

⁴⁰ Il dibattito della dottrina è stato infatti intenso anche in relazione alla struttura dell'atto: essa sarebbe necessariamente bilaterale e gratuita secondo GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter", cit., p. 7 ss., in ragione soprattutto del principio di tipicità degli atti unilaterali; eventualmente anche onerosa secondo GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 335 s., il quale reputa possibile la stipulazione nella forma dell'art. 1333 c.c. nel caso della gratuità e nella forma della promessa al pubblico nel caso, dall'A. ammesso, che l'interesse faccia capo ad una collettività di persone indeterminate, oltre che in ipotesi di ricorso alla forma testamentaria (in questo senso anche PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., p. 164, M. MAGGIOLO, "Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.", in AA.VV.: *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli (2008), p. 1158); variabile, dunque tanto unilaterale che bilaterale, onerosa o gratuita secondo FALZEA, A.: "Introduzione", cit., p. 5 s. e NUZZO, M.: "Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio", cit., p. 1 s.; unilaterale ma con possibilità di costituzione bilaterale al fine di rafforzare la posizione del beneficiario secondo DORIA, G.: "Il patrimonio finalizzato", cit., p. 507. L'atto ammetterebbe anche l'inserimento in una vicenda traslativa purché sorretta dalla sola causa di destinazione in quanto scambio e liberalità sarebbero compatibili solo con un'attribuzione definitiva e finale in favore del destinatario, secondo LA PORTA, U.: "L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1088 s. L'atto può prevedere o meno il trasferimento della proprietà al beneficiario anche secondo LUPOI, M.: "Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di *trust*", cit., o prevedere il trasferimento della proprietà al terzo il quale dovrà attuarla secondo lo schema della fiduciar germanistica secondo MORELLO, U.: "La pubblicità immobiliare dell'atto negoziale di destinazione e del *trust*", www.magistra.it (2006).

regolamenti. Non necessariamente esige la separazione patrimoniale quale unica regola di efficacia, essendo possibile cogliere il fenomeno anche soltanto in punto di rilevanza o di limitata o parziale efficacia.

IV. LA QUALITÀ DELL'INTERESSE

La soluzione del problema circa la configurabilità di una destinazione a casa familiare non può risolversi, allora, escludendola in radice in ragione della mancanza (che pur è reale) di un effetto di separazione, né in ragione della impossibilità di configurare un negozio unilaterale destinatorio «puro», poiché invece il fenomeno, da un lato, può cogliersi secondo gradi differenziati di efficacia (o in punto di mera rilevanza) e, dall'altro, richiede per la sua funzione una struttura unilaterale.

Il problema si sposta invece sulla possibilità di intravedere, nei tratti di disciplina che l'ordinamento accorda alla casa familiare, gli estremi della destinazione, a prescindere dalla separazione, come mutamento dell'«interesse collocato ad epicentro della situazione giuridica della quale il bene è terminale oggettivo», con conseguente modifica del suo statuto e del rapporto tra esso e il soggetto proprietario⁴¹.

Innanzitutto si pone un problema di *qualità* dell'interesse⁴². La vicenda destinataria si caratterizza per «incidere sullo statuto di cespiti patrimoniali in funzione del perseguimento di interessi *differenti* rispetto a quelli che presiedono la sua regolamentazione generale»⁴³. Essa non può allora cogliersi ove vi sia mero esercizio di una prerogativa proprietaria, come esercizio della facoltà di godere del bene secondo il proprio interesse (individualistico e volontaristico), il medesimo che connota cioè la situazione soggettiva di partenza, senza predeterminazione e programmazione conseguente dell'attività. In via generale, il proposito soggettivo di un certo impiego del bene (ed anche il suo materiale impegno in quel senso) non sarebbe sufficiente, occorrendo invece che si tratti di un interesse *a)* puramente oggettivo, come «necessità o opportunità presunte dall'ordinamento che sia data soddisfazione a certi bisogni»⁴⁴, o di sintesi tra vari interessi tra i quali eventualmente anche quello egoistico del disponente (ad es. l'attività di impresa), *b)* o del tutto alieno rispetto a quello personale del proprietario-

⁴¹ DI RAIMO, R.: «La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali», *Rass. dir. civ.* (2010), p. 1109.

⁴² DI RAIMO, R.: «Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.», cit., p. 966.

⁴³ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 952.

⁴⁴ Per tutti, v. MIELE, G.: «Potere e diritto soggettivo», *Riv. dir. comm.* (1944), p. 115. V. per ogni altro approfondimento in ordine al concetto di diritto oggettivo, MIGLIACCIO, E.: *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli (2012), *passim*.

disponente; c) o, se egoistico e ricompreso tra le prerogative proprietarie, particolarmente meritevole di tutela e riferibile anche a soggetti diversi: ad esempio, e proprio, i bisogni della famiglia.

Emblematica della natura oggettiva dell'interesse e dei diversi gradi di separazione da cui esso è potenzialmente assistito è la destinazione dell'azienda ad attività di impresa (elemento di sintesi di molteplici interessi, collettivi e individuali insieme)⁴⁵; ed in chiave di destinazione assistita da «graduale» separazione, la s.n.c. e poi la s.p.a.⁴⁶.

E, nella stessa ottica, si pensi proprio al rapporto tra comunione legale e fondo patrimoniale (il quale si innesta a sua volta su un regime patrimoniale secondario di comunione o separazione): in entrambi i casi si tratta di patrimonio connotato dal medesimo interesse, che è quello della famiglia, da ricostruirsi unitariamente⁴⁷ (al di là delle sfumature terminologiche)⁴⁸, non quale interesse superindividuale di cui è titolare la famiglia, entità distinta dai suoi componenti, ma come complesso di situazioni giuridiche che nascono nella comunità familiare quale formazione sociale nel cui ambito trovano realizzazione il valore della dignità umana «e ogni altra istanza rispondente alla tutela degli interessi primari della persona, sia esistenziale che patrimoniale»⁴⁹. Interesse oggettivo, nonostante la sua matrice egoistica, in ragione della sua particolare rilevanza nell'ordinamento, e che conosce differenti modulazioni in chiave di rapporto tra destinazione e separazione.

L'asservimento del patrimonio all'interesse familiare determina, infatti, per il fondo, che ai creditori che hanno contratto consapevolmente per scopi estranei *sia del tutto preclusa l'azione esecutiva*; mentre per la comunione, che

⁴⁵ Quello generale allo svolgimento corretto dell'attività di impresa, che ingloba quello dei prestatori di lavoro e dei creditori e dello stesso imprenditore. Le regole poste dall'ordinamento tali sarebbero anche se difettassero lavoratori o creditori, anche se i beni destinati fossero tutto in proprietà dell'imprenditore o nessuno (per ogni ulteriore approfondimento DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 958 ss.).

⁴⁶ DI RAIMO, R., *o.l.u.c.*

⁴⁷ Come ricomprendente «qualsiasi necessità o esigenza riguardante l'intero gruppo familiare o anche uno solo dei suoi componenti», assunta dai coniugi nell'ambito dell'indirizzo concordato (così GALASSO, A.: *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma (2003), p. 413); nel senso che il fondo patrimoniale sarebbe caratterizzato da una diversa intensità del bisogno, invece, RUSSO, E.: *Le convenzioni matrimoniali*, Milano (2004), p. 241 ss., cui sembra opporsi Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, *Nuova giur. civ. comm.* (1995), I, p. 19).

⁴⁸ "Bisogni" per il fondo patrimoniale, artt. 167, 168 e 170 c.c.; "interesse" per la comunione, artt. 181, 186, 192 e 193 c.c.: RUSSO, T.V.: *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, Napoli (2004), p. 30, ed *ivi*, ulteriori ampi riferimenti.

⁴⁹ RUSSO, T.V.: *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, cit., p. 30.

anche i creditori che hanno contratto per scopi estranei possano aggredirne i beni, ma *in via sussidiaria e per la metà del valore* (art. 189 cpv. c.c.). Come dire cioè che la rilevanza dell'interesse ed un certo grado di efficacia è già rinvenibile nella comunione legale (dove la regola che formalizza la funzione è posta dalla legge, il che risolve in radice anche il problema della pubblicità), dei quali è indice l'esistenza del beneficio di escussione. Ed il fondo patrimoniale, nel destinare al medesimo interesse, semplicemente realizza – mediante una rafforzata pubblicità della regola – un grado più intenso di separazione.

V. L'INTERESSE CD. ABITATIVO. INDICI DI RILEVANZA E DI EFFICACIA.

Ricostruito, come si è fatto, il rapporto tra rilevanza ed efficacia della destinazione, e chiarito che l'interesse familiare, pur essendo egoistico, è dunque di per sé idoneo ad essere oggettivato – per essere sintesi di interessi diversi da quelli del proprietario e per essere comunque dotato di particolare meritevolezza – occorre domandarsi se si rinvengono indici di *rilevanza della destinazione a siffatto interesse*, ed in particolare all'interesse *abitativo* familiare, che ne rappresenta una componente.

Indici di rilevanza che, si è detto, a prescindere dalle regole di efficacia e pur con le più varie sfumature possibili, sono dati innanzi tutto dall'esistenza di una regola stabile, dalla definibilità di una funzione amministrativa (e contabile), da regole di controllo e procedimenti liquidativi.

Ebbene non pare che, prima del provvedimento di assegnazione adottato *ex art. 337-sexies*, comma 1, c.c., laddove l'interesse abitativo pertiene indistintamente alla famiglia, vi sia la possibile configurazione di una *regola* abitativa predeterminata o predeterminabile, come interesse abitativo del nucleo che si appunti necessariamente su un certo immobile, con stabilità e indisponibilità tale da mutarne lo statuto. Vi sono però invero indici del fatto che un certo *uso* – e non un atto puntuale – *ha mutato la funzione del bene*, senza che ciò sia accaduto in un momento preciso, *determinando il mutamento dell'interesse epicentro della situazione cui il bene è asservito*⁵⁰.

⁵⁰ DI RAIMO, R.: “La «proprietà pubblica»”, cit., p. 1109: considerazioni in tal senso sono svolte con riferimento ai beni culturali nei quali il valore storico artistico emerge già prima della certificazione: «la caratteristica del bene, ciò che lo rende il bene culturale, preesiste a tutto»; «nel tempo, è impossibile individuare un momento preciso, il bene cambia: con l'uso, non in conseguenza di un atto puntuale. A cambiare non è ovviamente la cosa – che è sempre la stessa – ma l'interesse collocato ad epicentro della situazione giuridica della quale il bene è termine oggettivo».

In questa prospettiva, indici dell'uso in chiave di rilevanza della destinazione all'interesse abitativo, in un momento in cui, aspecifico, pertiene alla famiglia nel suo complesso, la quale *di fatto* destina ad esso un cespite, sono, nella fisiologia, l'art. 540 c.c. che dispone un legato *ex lege* al coniuge superstite sulla casa familiare e i mobili che la arredano; nonché l'art. 6 della l. n. 392/78, che in caso di morte del conduttore dispone la successione nel contratto di locazione del coniuge (o convivente *more uxorio*, a séguito della sentenza della Corte costituzionale, 7 aprile 1988, n. 404) e degli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi.

Rilevante inoltre è, soprattutto, l'art. 47, comma 2, l. fall., di grande valore sistematico forse non compiutamente colto, a tenore del quale «la casa del fallito, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della sua famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla liquidazione dell'attività: la norma è indice indiscutibile di un beneficio di preventiva escussione, indipendentemente dalla configurabilità di una responsabilità sussidiaria in senso tecnico tra due porzioni di patrimonio. La regola è inserita nella legge fallimentare e dunque si applica all'esecuzione concorsuale dell'imprenditore di medie dimensioni; ma in quanto applicazione del principio di solidarietà costituzionale e di tutela della famiglia e delle formazioni sociali in cui si esplica la personalità dell'individuo, indice della sua prevalenza rispetto agli interessi meramente patrimoniali⁵¹, dovrebbe essere suscettibile di applicazione analogica anche nell'esecuzione individuale, quanto meno come facoltà di *indicazione* dei beni sui quali procedere da parte del debitore (secondo il previgente art. 517 c.p.c.).

In ogni caso, è solo con il provvedimento *ex art. 337-sexies*, comma 1, c.c. che viene riconosciuto e cristallizzato l'*uso abitativo*, che già prima di quel momento aveva contraddistinto l'emersione del relativo valore, «con conseguente stabilizzazione funzionale del bene apprezzabile in termini di destinazione in senso tecnico», mediante apposizione della regola che formalizza la funzione abitativa o asunzione *a regola* dell'accordo dei coniugi «se non contrari[o] all'interesse dei figli» (nel connubio tra autonomia privata e intervento giudiziale noto al diritto di famiglia).

A quel momento, infatti, la nozione di casa familiare pare presentare, nella ricostruzione operata dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁵², effettivamente,

⁵¹ In questo senso MORACE PINELLI, A.: «Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo», *Riv. dir. civ.* (2013), § 2.

⁵² Luogo della famiglia «finalizzat[o] all'esistenza domestica della comunità familiare e all'esigenza di conservare, anche nelle fasi patologiche, l'*habitat* domestico, inteso quale centro di affetti e di interessi in cui si esprime e si articola la vita familiare, e sarà individuata in ciò che era lo «stato duraturo e prevalente della convivenza familiare» in questo senso

una connotazione funzionale ed oggettiva⁵³, legata alla «stabilità, abitudine e continuità dell'ambiente domestico»⁵⁴, con lo scopo «di tutelare, in via preferenziale, i soggetti deboli, ossia i figli in particolar modo se minorenni», e non già soggettiva, ancorata alle determinazioni dei genitori, e che preclude al giudice di considerare situazioni di fatto, eventualmente volontarie, ma differenti: in sede di assegnazione, infatti, si può solo prendere atto di situazioni abitative *consolidatesi* in questo senso in favore della prole e non possono invece essere considerati immobili né di utilizzo soltanto saltuario⁵⁵, né di utilizzo costante e stabile ma non da parte dei figli che eventualmente si siano allontanati da essi per ragioni di studio o di lavoro⁵⁶. L'interesse unico del quale il provvedimento di assegnazione deve riconoscere la rilevanza è, cioè, un interesse alla *continuità* abitativa, interesse rigorosamente non patrimoniale e che si appunta non già su un qualsivoglia immobile che possa astrattamente soddisfare esigenze abitative, ma su quello nel quale la vita familiare si sia *già* svolta sino al momento dello scioglimento del nucleo; e non già su ciascun membro della famiglia ma solo sulla *prole*⁵⁷.

Tale destinazione attenderà il suo momento di efficacia con la trascrizione *ex* art. 2643(2644) c.c.: si tratta però di un momento di efficacia con portata, anch'essa, poco chiara e molto limitata. Il provvedimento assunto e trascritto, infatti, determina incedibilità e intrasmissibilità, ma: a) non vincola l'assegnatario ad abitare l'immobile, posto che la destinazione cessa qualora egli non abiti o smetta di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva

FREZZA, G.: "La casa (già) familiare", cit., § 2, nonché ID.: "I luoghi della famiglia", Torino (2004), *passim*, al quale si rinvia per ogni riferimento ad ogni più puntuale analisi terminologica sulle varie dizioni tramite le quali si individuano i cd. luoghi della famiglia.

⁵³ FREZZA, G., *o.l.u.c.*

⁵⁴ CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola", cit., p. 27.

⁵⁵ Cfr. Cass., 4 luglio 2012, n. 14553, cit., con riferimento ad un immobile di uso estivo.

⁵⁶ In questo senso le recenti Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, *Foro it.* (2012), I, c. 1384, e Cass., 8 giugno 2012, n. 9371, cit., le quali hanno negato al genitore l'assegnazione di una casa rispettivamente dalla quale lui stesso si era allontanato insieme al figlio da anni e nella quale il figlio non abitava più stabilmente per ragioni di studio o di lavoro. Rappresenta invero ipotesi eccezionale, ma non esclusa dalla dottrina, quella di attribuire «una casa che, sebbene non abbia rappresentato il centro di aggregazione della comunità familiare, appaia nelle circostanze concrete della crisi coniugale, il luogo più favorevole allo sviluppo armonioso della personalità dei figli» (CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, G.R., *o.l.u.c.*, p. 29).

⁵⁷ Non è dunque un generico interesse abitativo quello del quale si discorre negli artt. 155-*quater* c.c. ed oggetto di provvedimento di assegnazione ma un interesse abitativo frutto della *conservazione* di un *habitat* che tale sia divenuto in quanto *di fatto già luogo* di svolgimento della vita familiare e che trova i propri riferimenti costituzionali fondanti nel principio di promozione della personalità degli figli, riposante negli artt. 2 e 30 cost.: si tratta del «luogo (già) familiare [che] residua alla fase patologica solo avendo riguardo alla tutela della prole»: FREZZA, G.: "La casa (già) familiare", cit., § 1.

more uxorio o contragga nuovo matrimonio; b) non pare vincolare il proprietario del bene (che sia il non assegnatario o il terzo) a non alienare.

L'alienazione non pregiudicherà, infatti, l'asservimento del bene all'interesse in caso di proprietario non assegnatario o se il bene era oggetto di locazione (in forza della regola per la quale *emptio non tollit locatum*); lo pregiudicherà – così come del resto lo avrebbe pregiudicato anche a prescindere dall'assegnazione - se si trattava di comodato (in forza della opposta regola *emptio tollit commodatum*)⁵⁸. In questi ultimi casi si reputa infatti che il provvedimento conferisca l'efficacia della concentrazione al godimento del bene in capo al coniuge assegnatario, senza alterare la struttura del contratto dal quale sia stato sino ad allora regolato.

Il che non vale, però, se è la sola funzione abitativa a disciplinare la situazione, ovverosia nel caso del proprietario non assegnatario: si pensi all'immobile destinato di fatto, da parte del medesimo proprietario, all'abitazione familiare⁵⁹. Caso nel quale il provvedimento assume una efficacia ulteriore o diversa rispetto alla concentrazione in capo ad uno delle situazioni negoziali che prima pertinevano ad entrambi: trascritto il provvedimento di assegnazione, la destinazione acquisirà un ulteriore grado di efficacia nel senso della opponibilità anche all'avente causa del proprietario non assegnatario

Il profilo non appare discusso⁶⁰ e si spiega ancor più agevolmente considerando che l'avvenuta destinazione ad interesse abitativo familiare, consolidato e cristallizzato dal provvedimento che lo ha assunto a presupposto, ha mutato l'interesse epicentro della situazione proprietaria, modificandone lo statuto ed annullando o attenuando le prerogative proprietarie.

L'opponibilità ai danti causa del proprietario vale anche a differenziare la situazione successiva al provvedimento, in cui l'interesse ha acquisito un ulteriore grado anche di oggettività e rilevanza in quanto appuntatosi sulla prole, da quella precedente. Non può dubitarsi infatti, che la lesione dell'interesse da parte del medesimo coniuge o convivente in epoca anteriore alla crisi conclamata, ad esempio mediante alienazione unilaterale della casa familiare, integrerebbe un comportamento rilevante in sede di addebito della separazione (art. 151 c.c.), perchè in violazione dei doveri coniugali (*ex art.* 143, 144 c.c.), o rilevante *ex art.* 2043 c.c., quale danno ingiusto.

⁵⁸ CIPRIANI, N.: "Il comodato di casa familiare sotto esame", cit., p. 1401.

⁵⁹ Che rappresenta il caso risolto nella statuizione da ultimo richiamata: Cass., 21 maggio – 11 settembre 2015, n. 17971, cit.

⁶⁰ Cfr. *retro* nota 16.

Ciò che risulta discusso invece è che, scomparso il riferimento all'art. 1599 c.c. ed affidata la pubblicità al solo meccanismo dell'art. 2643 c.c., si possa ancora argomentare nel senso della opponibilità infranovenale a prescindere dalla trascrizione.

Invero, tecnicamente, se la trascrizione è la misura della efficacia della destinazione in chiave di opponibilità, sino al compimento di detta formalità l'interesse abitativo (ancora) familiare dovrebbe presentare solo indici di rilevanza e nessuna efficacia, sì da non consentire se non una tutela risarcitoria analoga a quella vigente in epoca precedente al provvedimento (artt. 151 e 2043 c.c.). Peraltro, neppure il riferimento all'art. 1599 c.c. e al relativo termine appare congruente rispetto alla costruzione proposta. La disciplina della locazione veniva utilizzata per lo più per somiglianza tra i caratteri della situazione scaturente dal provvedimento di assegnazione e quelli della locazione, entrambi reputati diritti personali di godimento⁶¹. Mentre la qualificazione in senso di destinazione della situazione scaturente dall'uso e cristallizzata dal provvedimento, come si è visto, dovrebbe consentire di superare ogni possibile questione circa la sua natura reale o personale, portando con sé altresì la possibilità di costruire una disciplina differente, ma coerente con la l'interesse cui la situazione è asservita.⁶²

Nella sostanza, dunque, a giustificare l'efficacia della destinazione a prescindere dalla trascrizione vi è il pericolo di compromissione dell'interesse, connesso al ritardo nell'adempimento dell'onere pubblicitario, oltre che la disparità di tutela rispetto alla situazione locatizia, colto dalla dottrina più sensibile⁶³. Pericolo che si condivide e che pure potrebbe essere parzialmente

⁶¹ Il problema della natura del diritto di abitazione del coniuge assegnatario occupa da sempre dottrina e giurisprudenza: non potendosi approfondire in questa sede la relativa problematica si segnala soltanto che la qualificazione è per lo più nel senso di un diritto personale di godimento (tra le altre, Cass., 8 aprile, 2003, n. 5455, *Vita not.* (2003), p. 884; Cass., 17 settembre 2001, n. 11630, *Giust. civ.* (2002), I, p. 55), orientamento cui ha dato maggior vigore, per l'appunto, il richiamo all'art. 1599 c.c. poi compiuto dall'art. 6, l. div. Nel senso del diritto personale di godimento si veda in particolare MOROZZO DELLA ROCCA, R.: "Separazione personale", *Enc. dir.*, XLI, Milano (1989), p. 1936; CIPRIANI, N., *o.u.c.*, p. 1397; qualifica la situazione alla stregua di un diritto atipico di locazione BARBIERA, L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna (2001), p. 62; si tratterebbe di un diritto che assume le fattezze della realtà o della obbligatorietà a seconda della situazione di partenza sulla quale il provvedimento incide, secondo BIANCA, C.M.: *La famiglia. Le successioni*, in *Diritto civile*, 2, 4^a ed. (2005), p. 223.

⁶² Resterebbero problemi di coordinamento con l'art. 6 della l. 898/1970: cfr. anche per questo aspetto FREZZA, G.: "La casa (già) familiare", cit., § 4.

⁶³ CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola, cit., p. 22 s.; nonché FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affido condiviso*, cit., p. 6; MARINI, A.: "La separazione personale dei

evitato, o comunque arginato, ove si ammettesse la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa, come ragionevolmente si auspica.⁶⁴

È dunque la peculiare rilevanza *dell'interesse abitativo familiare* - non patrimoniale quindi prevalente di per sé rispetto agli interessi patrimoniali -, il suo fondamento costituzionale (art. 2 e 30 cost.), ulteriormente oggettivatosi e funzionalizzatosi in favore della *prole* con il provvedimento di assegnazione, che può fondare, assiologicamente, anche una sua eccezionale efficacia per l'epoca precedente alla trascrizione.

In conclusione, dunque, seppure esistono (blandi) indici di rilevanza della destinazione ad abitazione familiare, in epoca antecedente al provvedimento di assegnazione il relativo interesse resta nella disponibilità delle parti che possono regolamentarlo nel senso che ritengono più opportuno, nell'ambito del più ampio interesse familiare. L'unico elemento, invece, in grado di accordare al bene una nuova qualificazione *sub specie iuris* è il provvedimento di assegnazione, il quale consolida, cristallizza e stabilizza in una regola l'uso abitativo: quest'ultimo - e non *l'affectio* che darebbe corpo alla qualità di detentore qualificato in capo all'assegnatario (come vorrebbe la recente statuizione della Corte di Cassazione richiamata)⁶⁵ - ha (già) determinato, in punto di rilevanza, il mutamento funzionale interno alla situazione proprietaria.

VI. ATTO ATIPICO NEGOZIALE DI DESTINAZIONE E INTERESSE FAMILIARE. MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE.

Tenendo conto delle medesime sfumature occorre indagare sulla possibilità di compiere un atto di destinazione negoziale a casa abitativa, prima della disgregazione della famiglia, quindi in chiave di sviluppo fisiologico della sua esistenza, e dopo la sua disgregazione, quindi in chiave patologica. Ciò anche in una ottica chiarificatrice, poiché nelle applicazioni operate dalla giurisprudenza e nelle elaborazioni della dottrina, la questione specifica della possibilità di vincolare un immobile *a casa familiare* risulta calata, mescolata e

coniugi", in LIPARI, N. e RESCIGNO, P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, cit., p. 275.

⁶⁴ Cfr. in tale senso diffusamente FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da Schlesinger, P. e diretto da Busnelli, F.D., Milano (2014), p. 321 ss., ad avviso del quale, nella impossibilità di addivenire alla soluzione della trascrivibilità tramite coordinamento sistematico tra le disposizioni già esistenti, sarebbe necessario interpellare nuovamente la Corte costituzionale (già pronunciatasi due volte) per conseguire una pronuncia additiva.

⁶⁵ V. *retro* § 2.

confusa con la risoluzione di piú generiche problematiche di mantenimento fra coniugi o rispetto ai figli, e talora riferite alla fisiologia della vita familiare, talaltra – in maniera speculare – alla patologia.

L'utilizzo dell'art. 2645-*ter* c.c. per colmare le lacune di disciplina e rendere la destinazione stabile in favore della prole aggiunge al problema della natura oggettiva dell'interesse anche quello della meritevolezza dello stesso «ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.». Il richiamo è stato oggetto di ampio dibattito⁶⁶: la piú accreditata tra le posizioni reputa che il requisito debba essere riferito all'effetto di separazione e non all'atto di destinazione, già sottoposto ad un controllo di meritevolezza in quanto atto di autonomia negoziale⁶⁷; e intravede nel requisito la necessità di adeguatezza e congruità della struttura all'attività programmata⁶⁸, nonché di proporzionalità (tra bene destinato, scopo perseguito e patrimonio residuo), di «altruità dell'interesse e specificità

⁶⁶ Mentre secondo alcuni la meritevolezza avrebbe contenuto analogo a quello prescritto per ogni altro atto di autonomia privata (GENTILI, A.: “Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645-*ter* c.c.”, *Rass. dir. civ.* (2007), p. 13; FALZEA, A.: “Introduzione”, cit., p. 7), secondo altri necessiterebbe di differente valutazione, in ragione della deroga alla universalità della responsabilità patrimoniale e alla *par condicio creditorum*: deroga che si giustifica con l'autonomia privata della solidarietà e con riferimento particolare alle finalità individuate dall'art. 2 della legge sull'impresa sociale (SPADA, P.: “Il vincolo di destinazione”, cit., p. 4 ss.), o alla pubblica utilità che era richiesta per le fondazioni dal d.P.R. 361 del 2000 (in ragione del riferimento «freudiano» all'autore della destinazione come al “conferente”: GAZZONI, F.: “Osservazioni sull'art. 2645-*ter*”, cit., p. 5); nello stesso senso con accezione peculiare della pubblica utilità, idonea a ricomprendere anche interessi che avvantaggino nel medio o lungo periodo anche il titolare del patrimonio, DORIA, G.: “Il patrimonio finalizzato”, *Riv. dir. civ.* (2007), II, p. 504 ss., e LUMINOSO, A.: “Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-*ter*”, cit.). Nel senso contrario, che non si richieda invece la «particolare pregnanza dell'interesse del disponente» come «sua graduazione poziore rispetto all'interesse dei creditori o alla libera circolazione dei beni», ma che «il sacrificio di questi ultimi interessi è stato legittimato una volta per tutte dal legislatore con l'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c., agli effetti del quale è sufficiente individuare [...] un interesse “sufficientemente serio da prevalere sull'interesse economico generale”, che può esser sia di natura patrimoniale che di natura morale», PETRELLI, G.: “La trascrizione degli atti di destinazione”, cit., p. 179 s. La meritevolezza si risolverebbe secondo LENZI, R.: “Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-*ter* c.c.”, cit., p. 241, in un controllo di conformità al sistema che tenga conto tanto dell'aspetto funzionale quanto di quello strutturale dell'atto: in questa chiave risulta imprescindibile cogliere la relazione tra fattispecie tipiche (fondo patrimoniale o patrimoni destinati societari) e atipica in chiave di genere a specie. Precisa LA PORTA, U., *o.c.*, pp. 1086 s. e 1090 s., che il giudizio di meritevolezza deve riguardare l'interesse del disponente e non quello dei beneficiari dell'atto; essa inoltre è delimitata in negativo dalla inidoneità strutturale, dalla tipizzazione per mezzo di altra norma di legge e dalla futilità e/o capriccio del disponente.

⁶⁷ Il questo senso in particolare PERLINGIERI, G.: “Il controllo di meritevolezza negli atti di destinazione”, *Foro nap.* (2014), p. 60 e DI RAIMO, R.: “Considerazioni sull'art. 2645-*ter* c.c.”, cit., p. 983.

⁶⁸ DI RAIMO, R., *o.n.c.*, p. 983, e PERLINGIERI, G., *o.l.n.c.*

dello scopo», in «una possibile valutazione comparativa [...] tra l'interesse del beneficiario della destinazione e l'interesse del quale è portatore il singolo creditore»⁶⁹. Fermo restando che l'atto non deve sovrapporsi alle ipotesi tipiche «dove un bilanciamento è già operato dal legislatore»⁷⁰.

Ebbene, sotto questa luce, allo stato della dottrina e della giurisprudenza l'interesse familiare (in cui è ricompreso l'interesse abitativo familiare e quello della prole in particolare), che in quanto tale è idoneo già a superare il vaglio di oggettività pur essendo parzialmente egoistico, si mostra dotato di una particolare ambivalenza. Esso presenta infatti caratteristiche tali da avere indubbia rilevanza al fine dell'asservimento ad esso di un bene o di un complesso di beni, per il suo indiscutibile fondamento costituzionale⁷¹: ci si

⁶⁹ PERLINGIERI, G., *Il controllo di meritevolezza negli atti di destinazione*, cit., p. 79.

La meritevolezza assumerebbe rilievo relazionale imponendo un bilanciamento tra l'interesse dedotto (individuabile sulla base di *classi di interesse*, le stesse già prese in considerazione dalla legge, o secondo altri criteri, purché risulti espressione di principi generali del sistema: NUZZO, M.: "Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio", cit., p. 7 ss.) e l'esigenza di preservare la garanzia generale del credito (DORIA, G.: "Il patrimonio finalizzato", cit., p. 503; nel medesimo senso QUADRI, R.: "L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", *Contr. impr.* (2006), p. 1736, e GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 329 ss. ad avviso del quale, in particolare, consentire la separazione dal restante patrimonio in presenza di qualunque fine non illecito determinerebbe una disparità di trattamento irragionevole rispetto alla disciplina delle ipotesi di separazione già disciplinate: per non incorrere in siffatta lesione deve potersi affermare la prevalenza dell'interesse perseguito rispetto a quello dei creditori e «la selezione degli interessi [...] non può operarsi che sulla base del sistema costituzionale: potrà ammettersi, allora, la costituzione del vincolo non soltanto se diretto al perseguimento di un interesse collettivo [...], ma anche di un interesse individuale, purché incondizionatamente tutelato e, quindi, di natura non meramente patrimoniale» (nello stesso senso MAGGIOLO, M.: "Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1154).

Nel senso della necessità che gli interessi meritevoli di tutela sottesi all'atto di destinazione siano esplicitati nell'atto di costituzione e siano «prevalenti rispetto agli interessi sacrificati dai creditori del disponente estranei al vincolo», Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, *Arv. Loc.* (2015), 3, p. 309.

⁷⁰ DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 984.

«[O]ccorre [cioè] che l'atto di destinazione persegua uno *scopo specifico* e un *interesse altrui*. Ciò non soltanto perché l'*autodestinazione* può favorire un intento fraudolento, ma perché la destinazione a se stessi di un bene proprio configura, di regola, un atto manchevole di causa concreta. Il proprietario di un bene già percepisce le utilità dello stesso; un atto di autodestinazione, quindi, difficilmente può innovare la situazione giuridica del proprietario». La valutazione tuttavia non può essere compiuta in astratto ma in relazione alla singola fattispecie concreta, al fine di evitare soluzioni generalizzanti: PERLINGIERI, G., *o.l.u.c.*

⁷¹ Attribuito oramai anche alla famiglia non fondata sul matrimonio: è indiscutibile come nel tempo non solo sia emersa e si sia rafforzata l'istanza sociale di tutela di coppie che scelgono di non avvalersi dell'istituto del matrimonio, ma si sia anche affinata la sensibilità

riferisce, condivisibilmente, ad esso come dotato di «meritevolezza [...] *in re ipsa*»⁷². Ma al contempo esso presenta consistenza tale da limitare (e secondo alcuni impedire in radice) il dispiegarsi dell'autonomia negoziale, il cui esercizio l'atto di destinazione invece implica, in ragione della concorrenza che subisce con il fondo patrimoniale, che ha peraltro rappresentato come noto il (prototipo di) patrimonio destinato ad uno scopo (come già prima il patrimonio familiare).

In considerazione allora della presenza di siffatto istituto nel sistema, numerose voci della dottrina hanno negato che potesse accedersi ad una forma di destinazione diversa da quella già posta, quale disciplina reputata esito di una valutazione legale, e quindi di un già compiuto bilanciamento, dell'interesse familiare rispetto ad ogni altro, ed in particolare a quello creditorio. Allo stato due paiono gli orientamenti sul punto.

Il primo, secondo il quale sarebbe del tutto precluso il ricorso all'atto atipico di destinazione essendovi l'istituto tipico deputato all'asservimento di beni all'interesse familiare⁷³. Il diverso orientamento riconosce invece la possibilità che anche la famiglia legittima si avvalga dello strumento dell'atto di destinazione atipico e a sua volta ricomprende una posizione di massima apertura ed una, più cauta, attenta ai problemi di (pretesa) armonia e coerenza

degli interpreti in punto di legittimità e meritevolezza della scelta e della qualificazione dell'unione di fatto come formazione sociale nell'ambito della quale l'individuo, pur in assenza di vincolo formale, realizza e sviluppa la propria personalità ai sensi dell'art. 2 cost. (per una evoluzione del concetto v. TRIMARCHI, G.A.M.: "Negozio di destinazione nell'ambito familiare e famiglia di fatto", *Notariato* (2009), § 2, il quale comunque argomenta diffusamente sulla prevalenza, ancora riscontrabile nel sistema, della famiglia legittima). Ciò oramai a prescindere anche dalla omosessualità della coppia: v. da ultimo Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, *Fam. dir.* (2010), p. 653, Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, *ivi*, (2012), p. 678.

⁷² FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", *Rass. dir. civ.* (2007), p. 618: «in questa prospettiva, il controllo di meritevolezza appare pleonastico in presenza di atti negoziali di destinazione ambientati nel contesto dei rapporti familiari e diretti alla soddisfazione di interessi leciti che, connessi in modo indissolubile all'attuazione della personalità e del suo libero sviluppo nella comunità familiare, devono essere considerati – come tali – meritevoli di tutela *in re ipsa*».

⁷³ Nell'ambito di questa corrente di pensiero, taluni rinvencono un ostacolo nella regola di sistema che impone la prevalenza della *lex specialis* rispetto alla *lex generalis*: in questo senso PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., p. 183; TRIMARCHI, G.A.M.: "Negozio di destinazione nell'ambito familiare e famiglia di fatto", cit., p. 438. Talaltri intravedono l'impedimento nel rischio che attraverso l'utilizzo dello strumento atipico si produca un aggiramento elusivo della disciplina inderogabile posta per il fondo: in particolare CEOLIN, M.: "Il punto sull'art. 2645-ter a cinque anni dalla sua introduzione", *Nuova giur. civ. comm.* (2011), II, p. 376 e, dubitativamente, ANZANI, G.: "Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645-ter cod. civ.", *ivi* (2007), II, p. 413.

del sistema. Da un lato, si afferma che la famiglia legittima può avvalersi del vincolo di destinazione essendo “ente” e quindi espressamente ricompresa tra i soggetti beneficiari indicati dalla disposizione (e senza bisogno di specificazione dei singoli componenti) o, comunque, che possa soddisfare alcuni bisogni predeterminati facenti capo ad alcuni membri⁷⁴, con conseguente costituzione di un effetto separativo più forte rispetto al fondo patrimoniale e con durata potenzialmente maggiore rispetto alla durata del vincolo matrimoniale⁷⁵. Dall’altro lato, si riconosce invece la possibilità di utilizzo dello strumento dell’art. 2645-ter c.c. purché siano soddisfatti i medesimi generici bisogni della famiglia⁷⁶ e, soprattutto, purché siano rispettate le norme inderogabili relative all’amministrazione del fondo (e della comunione) dall’art. 168, ultimo comma, c.c. e l’art. 169⁷⁷, ove non addirittura sia recuperato l’art. 170 c.c. sulla buona fede del creditore⁷⁸.

Pare invece comune ai più l’opinione secondo la quale l’art. 2645-ter c.c. sarebbe idoneo a supplire le lacune del sistema o a coprire gli ambiti non

⁷⁴ MORACE PINELLI, A.: “Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo”, cit., § 2: «da protezione costituzionale della persona consente di ritenere certamente meritevoli siffatti interessi, indipendentemente dal fatto che già esista una fattispecie tipica (il fondo patrimoniale, appunto), che attesta una sicura valutazione di meritevolezza operata dal legislatore con riguardo all’interesse rappresentato dalla soddisfazione dei bisogni della famiglia».

⁷⁵ OBERTO, G.: “Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi”, *Fam. dir.* (2007), 2, p. 203 s.

⁷⁶ AULETTA, T.: “Riflessioni sul fondo patrimoniale”, *Fam. pers. succ.* (2012), p. 334 ss.

⁷⁷ CALVO, R.: *Vincoli di destinazione*, Bologna (2012), p. 176, nonché QUADRI, R.: “L’art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione”, cit., p. 1756 s., e AULETTA, T., *o.l.u.c.* Secondo MORACE PINELLI, A., *o.l.u.c.*, solo allorché si intenda destinare ex art. 2645-ter c.c. per un interesse genericamente familiare e non per esigenze determinate, eventualmente di taluni soltanto dei componenti, non potrà eludersi la disciplina inderogabile del fondo nella quale non è però ricompreso l’art. 169, potendo i coniugi prevedere nell’atto costitutivo la libera alienabilità, ipotecabilità e vincolatività (cfr. *ivi*, nota 76).

⁷⁸ LENZI, R.: “Tecniche di redazione dell’atto di destinazione. Breve note su atto di destinazione e circolazione giuridica”, richiamato da FUSARO, A.: “Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?”, Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, www.notariato.it; BELLOMIA, V.: “La tutela dei bisogni della famiglia tra fondo patrimoniale e atti di destinazione”, *Dir. fam.* (2013), § 6, la quale pone gli istituti in rapporto di concorrenza e di alternatività e non di esclusività, avendo l’art. 2645-ter c.c. introdotto «una nuova ipotesi di articolazione patrimoniale che si affianca alle altre già previste dal legislatore»; inoltre, salva la «concreta valutazione delle specifiche esigenze che si vogliono realizzare, in punto di meritevolezza», deve distinguersi tra le regole del fondo poste a presidio della migliore tutela possibile della famiglia e dei suoi componenti, tra le quali sicuramente l’art. 168 c.c., in quanto tali inderogabili anche in sede di utilizzo dell’art. 2645-ter c.c., e regole che attengono alla disciplina della separazione e al bilanciamento dei contrapposti interessi, tra i quali l’art. 170 c.c., di cui deve escludersi la applicazione automatica.

coperti dall'istituto tipico. L'atto di destinazione atipico fungerebbe in particolare da strumento utile ai bisogni della famiglia non fondata sul matrimonio, terreno anzi di elezione per l'applicazione di esso: l'interesse al mantenimento dei figli nelle unioni di fatto, o del convivente piú debole, tanto in costanza di legame quanto al dissolversi dello stesso e/o per l'epoca successiva alla morte del disponente, sarebbero indubbiamente meritevoli di tutela ai fini di cui all'art. 2645-ter c.c.⁷⁹.

Nella fisiologia della vita familiare, allora, due paiono gli ostacoli che si frappongono all'utilizzo dell'art. 2645-ter c.c.: il primo, meno grave, connesso al rischio di autodesinazione⁸⁰ cui porterebbe l'utilizzo dello strumento in favore della famiglia nella quale è ricompreso il medesimo destinante; limite che si coglie in punto di oggettività dell'interesse e del quale si è già detto: la oggettività è un portato della natura dell'interesse, che è comunque di sintesi rispetto ad interessi riferibili a soggetti diversi, se pure anche al proprietario disponente⁸¹.

Il secondo è connesso alla esistenza di un modello tipico di destinazione

⁷⁹ CINQUE, M.: "L'atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645-ter cod. civ.", *Nuova giur. civ. comm.* (2008), p. 697; BELLOMIA, V.: "La tutela dei bisogni della famiglia", cit., § 6. Con la particolarità, rispetto alla famiglia legittima, che sarà al piú necessaria l'indicazione espressa dei beneficiari, i quali non potranno avvalersi del dato formale (l'atto di matrimonio) che li individua come gruppo: TRIMARCHI, G.A.M., "Negozio di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto", cit., § 2.3; nello stesso senso QUADRI, R.: "L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", cit., p. 1736. Pur nella condivisa necessità di riferimento specifico ai beneficiari, si pongono in senso contrario alla applicazione analogica della disciplina del fondo alla famiglia di fatto improntata «a criteri di assoluta libertà» MORACE PINELLI, A.: "Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo", cit., § 5 e GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 334.

⁸⁰ In questo senso anche la giurisprudenza: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, *Riv. not.* (2014), 6, p. 1246, che ha giudicato inefficace nei confronti dei creditori precedenti all'esecuzione la trascrizione di un atto di destinazione posto su «una serie di beni immobili in sua titolarità al fine di assicurare la cura e l'assistenza della madre (persona dichiarata disabile e "beneficiaria" della destinazione) [...] mercé la finalizzazione dei detti beni e dei relativi frutti allo scopo di garantire alla persona beneficiaria "una esistenza sorretta da dignità, autonomia personale e sociale e di vita relazionale"», in quanto «sotto il profilo testuale, la norma presenta rilevanti indici che depongono in senso contrario alla cosiddetta "auto-destinazione" patrimoniale a carattere unilaterale; poi, sotto il profilo sistematico, in un sistema caratterizzato dal principio della responsabilità patrimoniale illimitata e dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità (art. 2740 c.c.), la portata applicativa della norma deve essere interpretata in senso restrittivo e, quindi, limitata alle sole ipotesi di destinazione "traslativa"». Nello stesso senso è la giurisprudenza costante del Trib. Reggio Emilia, 10 marzo, 2015, cit.; Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, *Riv. not.* (2014), 6, p. 1261.

⁸¹ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 975.

patrimoniale che impedirebbe ai coniugi l'utilizzo dello strumento atipico, o che lo consentirebbe con applicazione analogica delle norme di amministrazione del fondo patrimoniale e della regola relativa allo stato soggettivo del creditore (espressamente utilizzata, peraltro, dalla richiamata statuizione del Tribunale di Reggio Emilia⁸²); limite che si può cogliere in punto di meritevolezza dell'interesse e di esso, certamente più problematico, si dirà.

VII. LA DESTINAZIONE ALL'INTERESSE FAMILIARE NELLA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO

Il problema deve essere riguardato, dunque, in chiave di coesistenza e compatibilità, ovvero integrazione reciproca, ovvero ancora incompatibilità tra fondo patrimoniale e art. 2645-*ter* c.c., e scomposto nei due ambiti applicativi della destinazione ai bisogni della famiglia legittima e della famiglia di fatto.

Invero l'argomento legato all'esistenza di uno strumento tipico per attuare la funzione non è insuperabile in sé considerato, posto che, come si è visto, all'attuazione della medesima funzione sono deputati già due strumenti, che si pongono in una diversa gradazione di intensità quanto all'effetto di separazione patrimoniale: la comunione legale, da un lato, nella quale alla inesistenza di alcuna forma di separazione si accompagna la sola regola della responsabilità sussidiaria per i debiti personali (indice comunque della esistenza e della rilevanza dell'interesse familiare); il fondo patrimoniale, dall'altro, nel quale la separazione unilaterale si esprime nella responsabilità dei beni in fondo per i soli debiti contratti per i bisogni della famiglia e quelli contratti - ma senza consapevolezza del creditore - per scopi estranei, e ad essa fa da contrappeso la parziale indisponibilità della regola (solo in presenza di figli minori).

Il che dimostra, peraltro, come il fondo patrimoniale sia un istituto in realtà orientato al conseguimento della (più marcata) limitazione di responsabilità⁸³ (potendo il medesimo interesse essere realizzato con diversa efficacia in punto di responsabilità patrimoniale) e conferma la possibilità che, quanto meno in astratto, il medesimo interesse conosca un terzo grado di intensità di separazione tramite lo strumento dell'art. 2645-*ter* c.c., che si esprime mediante totale asservimento del bene alla sola responsabilità connessa alla funzione svolta, indipendentemente da ogni valutazione circa lo stato soggettivo del creditore, ma con totale indisponibilità della regola rispetto a

⁸² V. *retro* § I.

⁸³ FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", cit., p. 618.

chi l'ha posta.

Il problema però pare emergere, in concreto, sotto il profilo della disciplina ed in particolare, come è stato rilevato, con riguardo all'applicazione degli artt. 168, 169 e 180, nonché 170 c.c.: si tratta di regole di amministrazione comuni (tranne che per il caso di presenza di figli minori) alla comunione legale e al fondo patrimoniale; per quest'ultimo *financo nell'ipotesi in cui il costituente riservi a sé la proprietà o la attribuisca ad un solo coniuge (art. 168, comma 1, c.c.)*. Il che conduce a ritenere, innanzi tutto, che le richiamate regole non si giustificano in ragione del grado di separazione dei beni dal restante patrimonio dei coniugi, ma più probabilmente si spiegano guardando alla tanto agognata ed infine conseguita equiordinazione dei coniugi nel matrimonio.

Senonché però la realizzazione della piena comunione materiale e spirituale anche sotto il profilo patrimoniale (*ratio* giustificatrice della opzione legale per la comunione dei beni, che porta con sé l'amministrazione congiunta) rappresenta un indice tendenziale ed un mero auspicio, posto che vi sono numerosi elementi che militano nel senso della sua superabilità. La comunione, infatti, è sì il regime legale ma è suscettibile di deroga da parte dei coniugi con le convenzioni matrimoniali (almeno certamente quelle tipiche), quindi a mezzo di separazione dei beni e di comunione convenzionale: entrambi gli istituti si avvalgono di un criterio di amministrazione disgiunta, la prima necessariamente; la seconda facoltativamente, mediante opzione in deroga alla parità delle quote e alle regole di amministrazione, purché non si tratti di beni che sarebbero caduti in comunione legale (art. 210 c.c.)⁸⁴.

⁸⁴ Precisa CAVALLARO, M.: "Le convenzioni matrimoniali", in LIPARI, N. e RESCIGNO, P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, cit., p. 170, come «l'intento di affidare alla disciplina del regime legale la funzione di garantire la realizzazione della parità sostanziale dei coniugi e, per tale via, rafforzare, sotto il profilo patrimoniale, quella comunione materiale e spirituale che rappresenta fondamento e fine ultimo del vincolo coniugale risulti indebolito già sul piano normativo [...]. In tal senso depongono tanto la 'derogabilità' della comunione da parte dei coniugi – i quali possono impedirne l'instaurazione con la scelta della separazione, effettuata prima o durante la celebrazione del matrimonio (art. 159 e 162, comma 2, c.c.), ovvero decretarne la cessazione attraverso un'apposita convenzione, stipulata in qualsiasi momento del rapporto matrimoniale (art. 210 c.c.) – quanto la peculiarità del sistema vigente, consistente in una comunione degli acquisti e pertanto destinato a non interferire sulla situazione di originaria diseguaglianza economica dei coniugi»; cfr. altresì GABRIELLI, G. e CUBEDDU, M.G.: *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano (1997), p. 14; DI MAJO, A.: "Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra i coniugi", cit., p. 371; VETTORI, G.: "Il dovere coniugale di contribuzione", in *Tratt. Bonilini e Cattaneo, Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1997, p. 1 ss. Sulle convenzioni matrimoniali, v. in particolare CONFORTINI, M.: "La comunione

Né potrebbe mai dirsi, per l'appunto, che il regime di separazione non sia, a sua volta, pienamente compatibile con i principi di parità e solidarietà nell'ambito della famiglia costituzionale, posto che essi, in realtà, trovano la loro più immediata applicazione nelle norme degli artt. 143-145 c.c. sulla contribuzione partitaria e sul pari concorso nell'indirizzo familiare.

Le regole dell'amministrazione necessariamente congiunta, dunque, sono in parte frutto di un regime ancora vincolato alla ricerca di una simmetria tra imputazione del bene e regole di amministrazione (tanto nella comunione quanto nel fondo le relative situazioni soggettive si pretendono o si presumono attribuite ad entrambi con correlativi poteri di amministrazione)⁸⁵, costruito con attenzione, ed anzi in odio, al previgente sistema fondato sulla dote ed ancora raffigurato nel divieto di sua costituzione posto all'art. 166-*bis* c.c.⁸⁶. Se si trattasse però della mera necessità di ricostituzione della simmetria tra imputazione e gestione, il problema della gestione congiunta e della inderogabilità della relativa disciplina si porrebbe soltanto per i beni *già* in comunione o in fondo patrimoniale, il cui statuto cioè sia già mutato nel senso della necessaria cogestione. Ed anzi, neppure per essi posto che l'art. 2645-*ter* c.c. è espressivo proprio della logica opposta della irrilevanza della imputazione rispetto alla funzione cui è asservito il bene, a sua volta figlia di un diverso e più moderno rapporto tra soggetto e patrimonio. E se così fosse, allora, il coniuge dovrebbe poter destinare *ex art. 2645-ter* c.c. un proprio bene ai bisogni della famiglia ed entrambi dovrebbero destinare un bene in comunione, ma una volta realizzata la destinazione, come vorrebbe la disposizione, la sua attuazione dovrebbe poter essere effettuata *da chiunque, anche un terzo, trattandosi di un ufficio di diritto privato*. Così sarebbe, cioè se si

convenzionale tra coniugi”, *ivi*, p. 285; DONISI, C.: “Convenzioni modificative del regime della comunione legale tra i coniugi e nullità parziale”, *Rass. dir. civ.* (1992), p. 515 ss.

⁸⁵ In questa chiave infatti anche l'art. 168, comma 2, c.c., che fa salva la possibilità che la proprietà *non* spetti ad entrambi i coniugi, viene interpretata unitamente alla norma che prevede la trascrizione del fondo a carico di entrambi e la norma che in ogni caso ne impone la gestione secondo la regola della comunione, nel senso della impossibilità di attribuire ad un coniuge la proprietà e all'altro la semplice gestione poiché ciò si risolverebbe in una deroga al principio che fonda il potere sulla spettanza del bene: AULETTA, T.: *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. Cod. Civ.* Schlesinger, Milano (1992), p. 172. In senso contrario CARRESI, F.: *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, III, Padova (1992), p. 55; CIAN, G. e CASAROTTO, G.: “Fondo patrimoniale della famiglia”, *Nss. D.I., App.*, III, Torino (1982), p. 833.

⁸⁶ Poiché il divieto di dissociazione tra imputazione e amministrazione è posto a tutela del coniuge più debole, rappresenta ancora oggi un limite generale dell'autonomia delle parti quella di non costituire un patrimonio che presenti le stesse caratteristiche dell'istituto della dote, ovvero la scissione tra poteri di gestione e spettanza della titolarità: CAVALLARO, M.: “Le convenzioni matrimoniali”, in LIPARI, N. e RESCIGNO, P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, cit., p. 221; nello stesso senso FEDERICO, A., *o.l.u.c.*

trattasse di qualunque altro contesto e non di quello familiare, nel quale invece si coglie, già istintivamente, una stonatura.

L'art. 168, comma 1, c.c. rivela infatti come la gestione congiunta si mostri opzione costante di disciplina *anche laddove la proprietà resti di un solo coniuge o di un terzo*, e vi sia *destinazione* di un cespite all'interesse familiare (e non già semplice attuazione dell'interesse familiare, che pur può avvenire in separazione dei beni). E la ragione emerge da una interpretazione sistematica ed assiologica e riposa nella ricollocazione dell'art. 2645-ter c.c. accanto agli artt. 143-145 e soprattutto all'art. 144 c.c. La realizzazione della piena comunione materiale e spirituale, invero, ha il suo riflesso patrimoniale nella opzione della comunione come regime legale ma, prima ancora, il suo più significativo indice, anche non patrimoniale, nell'art. 144 c.c. che attribuisce ad entrambi il potere di determinare, congiuntamente, l'indirizzo familiare e di attuarlo disgiuntamente. Le regole di impiego dei beni, cioè, che si fondino sull'amministrazione congiunta o disgiunta, quali che siano dunque, si pongono sempre a valle dell'avvenuta imprescindibile fissazione congiunta dell'indirizzo familiare. Lo strumento dell'art. 144 c.c. è il medesimo attraverso il quale, nell'ambito di quell'ampio e generico interesse familiare (cui eventualmente siano stati asserviti i beni con il fondo patrimoniale o comunione) i coniugi opereranno le continue, necessarie, specificazioni sostanziali, in senso soggettivo ed oggettivo, scegliendo fra i concreti bisogni, essenziali come voluttuari⁸⁷.

Nella *destinazione di un cespite all'interesse familiare* (e non nella generica attuazione dell'interesse familiare), l'amministrazione congiunta, indipendentemente dalla spettanza della titolarità del bene, è coesistente alla realizzazione della funzione (che ha come contrappeso il vantaggio della limitazione di responsabilità o della sussidiarietà), nella peculiarità di cui quell'interesse consiste: la confondibilità o sovrapponibilità a monte dell'interesse familiare, con quello generico o specifico di ciascun membro della famiglia, ed in particolare del proprietario-destinante, comporta che esso, pur in sé idoneo come si è detto ad essere rappresentato in termini di funzione, non riesce ad essere completamente scisso dal profilo soggettivo. E la gestione congiunta è indice della *oggettività dell'interesse* ma soprattutto *garanzia della stabilità della regola*. Affidata la gestione ad uno solo, l'interesse familiare rischierebbe di degradare e retrocedere continuamente – o comunque senza controllo e rimedi – a mero interesse del singolo, con grave lesione tanto dei creditori che subiscono la limitazione della responsabilità (al costo di una autodesignazione) ma anche dell'altro coniuge, eventualmente più debole.

⁸⁷ Coglie la problematicità della destinazione all'interesse familiare in rapporto all'art. 144 c.c. FEDERICO, A.: *o.l.c*

Altro e diverso fondamento ha invece la regola dell'art. 170 c.c., pur essa però riposante sulle particolarità che caratterizzano l'interesse generico familiare. Consentire anche al creditore che abbia contratto, ma inconsapevolmente, per bisogni estranei di agire sui beni del fondo, si giustifica in relazione alla indeterminatezza connaturata al generico interesse familiare e alla necessità di tutelare al massimo l'«affidamento del terzo, che non può essere direttamente proporzionale all'ampiezza del concetto stesso di bisogno familiare, se non si vuole [...] ignorare la varietà e la dinamicità delle relazioni che fanno capo alla famiglia e alla *difficile se non impossibile riconoscibilità da parte di un soggetto estraneo, della pertinenza di un atto alle esigenze del nucleo familiare*»⁸⁸. La regola, quindi, non si spiegherebbe dinanzi ad un interesse che reca in sé i suoi chiari elementi identificativi, sí che l'attività spiegata si possa immediatamente riferire (o non riferire) ad esso.

Il punto nevralgico, allora, ed il vero impedimento non è strutturale, di necessario concorso o meno dei coniugi nell'amministrazione del bene (ad entrambi imputato), bensí funzionale, di natura dell'interesse: la regola di destinazione nell'interesse familiare (in sé meritevole ed oggettivabile nonostante la componente individuale da cui è caratterizzato, per la sua ampiezza e la sua confondibilità con l'interesse dei singoli) non pare suscettibile di acquisire la stabilità e indisponibilità necessarie, se non con la partecipazione alla sua attuazione di entrambi i coniugi.

La destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, dunque, difficilmente si attaglia, in termini di adeguatezza della struttura alla funzione, alla funzionalizzazione all'interesse generico familiare⁸⁹, con salvezza dei casi nei quali l'atto costitutivo riservi a entrambi l'amministrazione, in applicazione analogica degli artt. 168, comma 3, e 180 c.c., e come concretizzazione dell'art. 144 c.c., quindi anche qualora la destinazione sia fatta su un bene dei singoli in separazione. Caso nel quale, la confondibilità dell'interesse e la sua genericità dovrebbero altresí richiedere l'applicazione della regola dell'art. 170 e

⁸⁸ GALASSO, A.: *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 171.

⁸⁹ Dubita della utilizzabilità del modello dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio", cit., p. 627, secondo il quale per l'appunto, «la validità di atti di destinazione di beni alla soddisfazione di interessi cd. familiari spesso deve essere esclusa. Sospinge in questa direzione il divieto, *ex art. 166-bis c.c.* di costituzione della dote – inteso come divieto di ogni sostanziale dismissione di qualsiasi potere decisionale e di amministrazione da un coniuge all'altro – che rende illecita la causa di un atto di destinazione che in concreto rechi il risultato vietato dalla richiamata disposizione; nonchè, nelle ipotesi previste dall'art. 210 c.c., l'inderogabilità delle disposizioni della comunione legale relative all'amministrazione dei beni e all'eguaglianza delle quote, ovvero il fondamentale principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. [...]. Per tacere del rilievo che la destinazione di beni allo scopo, nella fase fisiologica della famiglia, può confliggere ora con l'esclusiva attribuzione ai coniugi del potere di determinare l'indirizzo della famiglia, ora con l'inderogabilità dei doveri nei confronti dei figli».

l'apertura del concorso a coloro che, in buona fede, non erano in grado di comprendere l'estraneità dell'obbligazione rispetto all'(ampio) scopo familiare.

Il che però, al contempo, genera un sospetto di inutilità dello strumento per la famiglia legittima, che diviene per questa via un mero duplicato del fondo patrimoniale.

VIII. LA DESTINAZIONE A SINGOLI SPECIFICI INTERESSI NELLA FAMIGLIA LEGITTIMA. LA CASA FAMILIARE.

Altro è l'utilizzo del modello dell'art. 2645-ter c.c. *dopo* che il confondibile e generico interesse familiare abbia subito la doverosa specificazione e concretizzazione congiunta da parte dei coniugi: caso nel quale la destinazione si risolverebbe non in un pericolo di spoglio del potere (non tanto di amministrazione del bene quanto) di governo della famiglia in danno del coniuge più debole, ma in una mera esecuzione di condotte funzionali ad interessi che per la loro specificità hanno già superato, con l'operare dell'art. 144 c.c., il rischio di deviazione dalla funzione (familiare in favore di quella individuale), per divenire determinati o, meglio, *predeterminati*.

Potrebbe allora l'art. 2645-ter c.c. meglio attagliarsi, in chiave di adeguatezza, e superare più agevolmente il vaglio di meritevolezza, ad un interesse specifico, quale quello legato all'adempimento di obbligazioni attuative della solidarietà familiare. La specificità dell'interesse porterebbe con sé la possibilità di disapplicare le esposte disposizioni di amministrazione congiunta e di buona fede del creditore, sempre da escludersi o ammettersi a quel punto sulla base del solo vaglio – che diviene possibile – di oggettiva inerenza dell'obbligazione all'interesse.

Nella fisiologia della vita familiare ciò potrebbe riguardare l'«obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia, che grava su entrambi i coniugi (*ex art. 143, comma 3, c.c.*) e sul figlio convivente (*ex art. 315 c.c.*); [nonché il] dovere di mantenimento del figlio che grava sui genitori (*ex art. 147 c.c.*) e, in via sussidiaria, sugli ascendenti (*ex art. 148 c.c.*)»⁹⁰; ovvero, nella patologia, in caso di separazione personale, il mantenimento di un coniuge che non abbia redditi propri ed al quale non sia addebitabile la separazione rispetto all'altro e di entrambi nei confronti dei figli.

E, tanto nella fisiologia quanto nella patologia, l'art. 2645-ter c.c. potrebbe essere utilizzato per la soddisfazione dell'interesse abitativo della famiglia nel

⁹⁰ PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza»", cit., p. 74.

suo complesso o della prole in particolare: a seconda di come sarà concretamente modulato lo specifico interesse, si tratterà di un vincolo che investe un bene immobile determinato, come impegno del bene o dei suoi frutti, la cui attuazione potrà realizzarsi mediante necessaria insistenza del nucleo in quell'immobile (si pensi ad una storica residenza di famiglia) ovvero come impiego dei frutti di esso per il soddisfacimento di esigenze abitative che si esplicano su altro immobile. E si tratterà di un altro strumento negoziale (oltre al comodato e alla locazione, ad esempio), tramite il quale le parti avranno regolamentato l'interesse.

Occorre precisare che se nella fisiologia della vita familiare l'utilizzo dell'atto atipico di destinazione soffre la concorrenza o l'interferenza con lo strumento tipico, per il diverso ambito della regolamentazione della crisi coniugale la concorrenza si avverte per lo più tra l'art. 2645-ter c.c. e il *trust*, istituti reputati indifferentemente (ma erroneamente) volti, in potenza, allo svolgimento della medesima funzione.

Il *trust*, in particolare, conosce nella sua matrice di diritto inglese il *constructive* o *resulting trust*, strumento attraverso il quale si soddisfa proprio la esigenza di realizzazione della casa familiare pur nel più complesso contesto dei rapporti economici di famiglie fondate o no sul matrimonio, ed anche attraverso la creazione giudiziale del vincolo⁹¹. Nel nostro ordinamento, a fronte del divieto di costituzione giudiziale contenuto nell'art. 20 della Convenzione dell'Aja, i tribunali hanno in numerosi casi omologato accordi di separazione e di divorzio nei quali hanno preso semplicemente atto della volontà dei coniugi di soddisfare l'esigenza abitativa del coniuge o dei figli, anche ricavando risorse economiche dal bene⁹².

Invero, il *trust* e l'atto atipico di destinazione, sono strumenti del tutto diversi, ed anzi il primo, a rigore, non sarebbe volto per sua propria vocazione ad operare una destinazione nel senso più innanzi descritto ma a conferire efficacia reale ad un rapporto di gestione: l'interesse cioè, pur diverso da quello del titolare formale (*trustee*) ed esterno alla relativa situazione, è interesse *soggettivo* del disponente (in altre parole si tratterebbe di separazione senza destinazione). Ciò nondimeno, di là dall'ampia prassi applicativa che si riscontra in ogni ambito dell'ordinamento, nello specifico si tratta di un

⁹¹ MANES, P.: "Il *trust* abitativo, l'art. 2545-ter come norma sugli effetti e prove di un *trust* giudiziale", cit., § 1: «il *trust* che ha ad oggetto la casa familiare è in Inghilterra uno o dei terreni più significativi nei quali l'istituto si palesa come strumento di tutela surrettizia, di natura rimediabile e di sanzione che *l'equity* fa di un comportamento scorretto che porterebbe un soggetto a profittare ingiustamente di una situazione a danno di un altro».

⁹² Cfr. in particolare Trib. Milano, 15 novembre 2011, *Taf* (2012), p. 408, Trib. Torino, 31 marzo 2009, *ivi* (2009), p. 413; Trib. Genova, 1 aprile 2008, *ivi* (2008), p. 392; Trib. Pordenone, 20 dicembre, *ivi* (2006), p. 247.

interesse soggettivo ricompreso nell'interesse familiare e dunque, come detto, in qualche modo elevato a rango di interesse oggettivo e meritevole, tanto da consentire una convergenza tra i due istituti, o l'operatività combinata degli stessi, mediante trascrizione a mezzo dell'art. 2645-ter c.c. dei cd. *trust* interni, ammesso «purché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela in concreto»⁹³.

Il negozio di destinazione patrimoniale al bisogno abitativo dei coniugi o dei figli, effettuato durante la fisiologia della vita familiare *ex art.* 2645-ter c.c. o in funzione della crisi, potrà rappresentare il contenuto del provvedimento assunto dal giudice in sede di regolazione della patologia, integrando gli «accordi» di cui il medesimo deve prendere atto; ma solo dinanzi alla sussistenza anche dei caratteri dell'interesse più sopra individuati. L'interesse dovrà sussistere deprivato di ogni sua componente patrimoniale e assicurato a prescindere dai riflessi patrimoniali che pure avrà inevitabilmente nell'assetto economico dei coniugi della separazione: non apparterrà quindi all'attuazione di quell'interesse (ma sarà attuazione di altro specifico interesse) la destinazione da parte del coniuge per far fronte all'obbligo di mantenimento dell'altro coniuge e/o della prole stessa. Laddove il bene sia assunto a riferimento di questa specifica finalità ci si trova al di fuori dalla *destinazione e casa familiare*⁹⁴.

Trattandosi inoltre di un interesse che pertiene *alla prole* non deve essere confuso con l'interesse del coniuge a rimanere nella residenza familiare: tutto ciò che attiene alla tutela di siffatto interesse, che pure frequentemente si

⁹³ In questo senso PERLINGIERI, G., *o.c.*, p. 90.

⁹⁴ In questo senso FREZZA, G.: "Il luoghi della famiglia", cit., p. 133 ss.; ID., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 152; GIACOBBE, G. e VIRGADAMO, P.: "Separazione personale e divorzio", in *Tratt. Sacco*, II, *Il matrimonio*, Torino (2011), p. 286; CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *o.u.c.*, p. 33; AMAGLIANI, R.: "Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare", *Rass. dir. civ.* (1982), p. 8; BRECCIA, U., "Separazione personale dei coniugi", *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., XVIII, Torino (1998), p. 403 ss. In senso contrario, della possibilità di tutelare attraverso l'assegnazione della casa coniugale anche il coniuge più debole, in particolare AULETTA, T.: "*sub art.* 155-*quater*", in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, I, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, p. 727, e LUMINOSO, A.: "Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura", *Fam. dir.* (2008), p. 1059 (in epoca antecedente alla riforma del 2006, CABEDDU, M.G., *La casa familiare*, Milano (2005), p. 299 ss, JANNARELLI, A., "L'assegnazione della "casa familiare" nella separazione personale dei coniugi", *Foro it.* (1981), I, c. 1382; QUADRI, E.: "Assegnazione della casa familiare e tutela del coniuge più debole", *Nuva giur. civ. comm.* (1986), II, p. 339). In giurisprudenza propendono per la soluzione che nega rilevanza all'interesse del coniuge più debole ai fini dell'assegnazione Cass., 30 marzo 2012, n. 5174, cit., Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit., Cass., 26 gennaio 2006, n. 1545, *Giust. civ.* (2006), I, p. 1183, Cass., 18 settembre 2003, n. 13747, *Dir. fam. pers.* (2005), p. 33. Nel senso opposto Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, *Giur. it.* (2000), p. 2235 e Cass. 7 luglio 1997, n. 6106, *Fam. dir.* (1998), p. 161.

rinvieni affermato nella giurisprudenza, autonomamente o unitamente a quello della prole, esorbita invece dall'interesse idoneo a fondare l'assegnazione. In questo senso trova conferma e ulteriore giustificazione l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina che nega l'attribuzione della casa familiare al coniuge pur senza figli o comunque nega che abbia fondamento in un interesse non patrimoniale simile a quello della prole e riposante nella medesima disposizione normativa, eventualmente applicata per analogia.

IX. LA FAMIGLIA DI FATTO

Infine, non paiono doversi necessariamente applicare i medesimi parametri posti per la famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia di fatto e alla ampia gamma di forme che essa può rivestire (convivenze di coppie omosessuali ed eterosessuali, famiglie monoparentali, famiglie organizzate secondo modelli stranieri, addirittura poligamici, famiglie ricomposte⁹⁵), o automaticamente disapplicarli, in ragione della inesistenza del vincolo matrimoniale.

A prescindere dalla circostanza che l'unione di fatto sia una reale scelta (in presenza della possibilità alternativa, come nella famiglia eterosessuale), o una 'scelta imposta' dall'ordinamento che non offre una disciplina applicabile (come nella famiglia omosessuale), in ogni caso (ed è universalmente riconosciuto) si tratta di una formazione sociale (art. 2 cost.) «costituzionalmente garantit[a] nei limiti della sua conformità ai valori caratterizzanti i rapporti civili, in particolare la dignità umana: per quanto diverse possano essere le sue modalità di organizzazione, essa è finalizzata all'educazione e alla promozione di coloro che vi appartengono»⁹⁶. Superata definitivamente la teoria della irrilevanza giuridica della formazione e della sua totale assimilazione alla famiglia legittima, è indiscutibile che l'ordinamento interno sia rimesso per gran parte alla determinazione dei singoli i quali potranno discostarsi dal modello legale (con ciò dando ragione della scelta di libertà compiuta) o ricalcarlo; tenendo conto però, in entrambi i casi, del grado di imperatività delle disposizioni di cui esso consta. Nell'autoregolamentare i propri interessi le parti non potranno che attenersi ai principi di ordine pubblico costituzionale e alle regole che ne sono

⁹⁵ Cfr. GAGGIA, F.: "Modelli e fonti del diritto di famiglia", in LIPARI, N. e RESCIGNO P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, II, *La famiglia*, cit., p. 5.

⁹⁶ PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli (2006), p. 919.

applicazione⁹⁷.

Ed apparentemente non vi sarebbe ragione per reputare indispensabili al modello di destinazione atipico nell'ambito della famiglia di fatto le regole di amministrazione della comunione e del fondo, già derogabili nell'ambito della famiglia legittima e funzionali alla necessità di simmetria tra imputazione e amministrazione. Se non fosse che, come si è detto, si tratta di regole coesenziali alla realizzazione della funzione dell'interesse familiare, per le peculiarità da cui esso è caratterizzato: la cogestione è una necessità legata alla natura dell'interesse generico familiare, indice della sua oggettività e garanzia di stabilità della relativa regola, connesso al profilo interno, dell'eguaglianza morale e giuridica e della tutela del coniuge più debole, ed esterno, della tutela dei creditori dall'abuso della limitazione della responsabilità.

Entrambi gli aspetti risultano presenti anche nella particolare formazione sociale che è la famiglia di fatto. L'ordinamento rifugge infatti da «ogni forma di gerarchia autoritaria nelle comunità intermedie», ed esige all'interno di esse libero confronto e deliberazione: personalismo, solidarismo ed eguaglianza costituzionale esigono che anche l'ordinamento interno della famiglia di fatto, per quanto liberamente scelto e autonomamente composto, come di ogni altra comunità intermedia, si ispiri al principio di democraticità che conforma l'intero sistema.

Pertanto, se all'apparenza non vi è nessuna disposizione che vieti al singolo componente della famiglia di fatto di destinare ai bisogni della famiglia *ex art.* 2645-*ter* c.c., riservando a sé l'amministrazione e la specificazione continua di siffatti bisogni, nella realtà il disponente sarà sottoposto agli stessi vincoli cui sarebbe sottoposto nell'ambito di una famiglia fondata sul matrimonio (ciò ovviamente tenendo in considerazione le specificità che le singole organizzazioni presentano: il problema ad esempio non si porrà per le famiglie monogenitoriali).

Anche nella famiglia di fatto, quindi, si potrà destinare ai generici bisogni familiare (questa volta lasciando percepire la maggiore utilità dello strumento) con il rispetto delle regole di amministrazione congiunta e dell'art. 170 c.c.; o destinare a bisogni specifici, tra i quali ed in particolare quello abitativo, senza il rispetto di esse.

ÍNDICE

⁹⁷ PERLINGIERI, P., *o.n.c.*, p. 938; ID., “La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima”, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli (2005), p. 486.

ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE E INTERESSI IN
CONFLITTO. RICERCANDO UN «RAGIONEVOLE
BILANCIAMENTO» NEL DIALOGO CON LA GIURISPRUDENZA

FAMILY HOME AFTER SEPARATION OR DIVORCE AND
CONFLICTS OF INTEREST. SEEKING A «REASONABLE
BALANCE» IN COMPARISON WITH JUDICIAL PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 347 - 370

Fecha entrega: 01/10/2015
Fecha aceptación: 15/10/2015

Dr. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Professore Associato di Diritto Privato
Lumsa (Libera Università Maria Ss. Assunta), sede di Palermo
g.carapezzafiglia@lumsa.it

RESUMEN: il saggio offre una “mappatura” degli interessi in conflitto nella destinazione della casa familiare dopo la crisi della coppia e dei relativi canoni normativi di composizione. La revisione critica della posizione giurisprudenziale, che considera criterio esclusivo di attribuzione la continuità abitativa della prole, conduce l’Autore a ridefinire il fondamento assiologico dell’assegnazione, sì da proporre una diversa interpretazione della vigente disciplina, in grado di ottimizzare la promozione della personalità dei figli, senza sacrificare in modo irragionevole e sproporzionato gli interessi concorrenti.

PALABRAS CLAVE: casa familiare; interessi; bilanciamento

ABSTRACT: the essay offers a “map” of the conflicting interests in allotting the family home after separation or divorce and their governing rules. The critical review of the judicial doctrine, which considers the preservation of the domestic “habitat” as an exclusive criterion, leads the Author to redefine the axiological foundation of the current legislation, to put forward a different interpretation able to optimize the promotion of child’s best interest, without affecting competing interests in an unreasonable and disproportionate way.

KEY WORDS: family home; interests; balance

SOMMARIO: I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.- II. INTERPRETAZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'ASSEGNAZIONE E MODELLI NORMATIVI DI AFFIDAMENTO DELLA PROLE: DALL'AFFIDAMENTO ESCLUSIVO A QUELLO CONDIVISO.- III. RIDEFINIZIONE DEL FONDAMENTO ASSIOLOGICO DELL'ASSEGNAZIONE E BILANCIAMENTO "IN CONCRETO" DEGLI INTERESSI CONCORRENTI. QUALE CONCETTO DI CASA FAMILIARE?- IV. IPOTESI DI ARMONIZZAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEGLI INTERESSI IN CONFLITTO: MODULAZIONE DEL *QUANTUM* DELL'ASSEGNO DI MANTENIMENTO; ASSEGNAZIONE PARZIALE; MANCATA ASSEGNAZIONE PER LA PREVALENZA DELLE ESIGENZE ESISTENZIALI DEL GENITORE NON AFFIDATARIO.- V. PROFILI PROBLEMATICI DEL COMODATO DI CASA FAMILIARE: OBBLIGO DI RESTITUZIONE QUALE STRUMENTO DI CONTEMPERAMENTO DEGLI INTERESSI DELLE PARTI.- VI. DURATA DELL'ASSEGNAZIONE E IPOTESI DI CESSAZIONE. - VII. CONCLUSIONI.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

La destinazione della casa familiare, dopo la crisi coniugale, coinvolge interessi esistenziali e patrimoniali di molteplici soggetti – i genitori, la prole, eventuali terzi proprietari – che presentano, nei concreti contesti applicativi, gradi diversi di rilevanza giuridica¹.

La dissoluzione dell'ordine delle relazioni familiari sollecita il diritto a

¹ Un'accurata e approfondita analisi delle principali problematiche sollevate dall'istituto dell'assegnazione in FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004; ID.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008; da ultimo, ID.: *Il nuovo art. 337 sexies c.c.: appunti e spunti*, in *Arch. giur.*, 2014, p. 163 ss. In argomento, nella dottrina successiva all'emanazione dell'art. 155 *quater* c.c., v. altresì QUADRI, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", in *Familia*, 2006, p. 395 ss.; ID.: "La crisi familiare e le sue conseguenze", in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 154 ss.; CUBEDDU, M.G.: "L'assegnazione della casa familiare", in AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia, I, Matrimonio, separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, Bologna, 2007, p. 839 ss.; CUBEDDU, M.G.: "L'assegnazione della casa familiare", in PATTI, S. e ROSSI CARLEO, L.: *L'affidamento condiviso*, 2006, p. 181 ss.; BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, 2014, p. 220 ss.; MANTOVANI, M.: "Casa familiare (assegnazione della)", in *Enc. giur.* Treccani, VI, Roma, 2008, p. 1 ss.; IRTI, C.: *sub 155 quater*, in PATTI, S. e ROSSI CARLEO, L.: *Provvedimenti riguardo ai figli*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, continuato da Galgano, Bologna-Roma, 2007, p. 260 ss.; GIACOBBE, G. e VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio, II, Separazione personale e divorzio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2011, p. 282 ss.; FERRANDO, G.: "L'assegnazione della casa familiare", in ID. e LENTI, L.: *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa e Patti, Padova, 2011, p. 309 ss.; MARINI, R., *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, Napoli, 2012.

occuparsi del luogo ove il coagularsi del «mondo degli affetti»² fa emergere istanze molteplici e variegate³, che rivelano l'inadeguatezza di regole di composizione dei conflitti di interesse concepite, in via esclusiva, per le situazioni personali o per quelle patrimoniali. Soprattutto, nei singoli casi concreti, la diversificazione degli interessi dei protagonisti della crisi familiare richiede forme di tutela altrettanto differenziate.

Occorre interrogarsi, pertanto, se rappresenti sempre il «giusto rimedio civile»⁴ assegnare l'immobile che abbia costituito l'*habitat* domestico al genitore con il quale il figlio conviva abitualmente. La soluzione – accolta costantemente nella giurisprudenza italiana – che considera criterio esclusivo di attribuzione non la tutela della personalità della prole, ma specificamente la sua continuità abitativa, conduce a un automatismo interpretativo, che può frustrare l'ispirazione della scelta del rimedio civile ai criteri di proporzionalità, sul piano quantitativo, e ragionevolezza, su quello qualitativo⁵.

La rigidità dell'interpretazione giurisprudenziale che qualifica, senza eccezioni, maggiormente meritevole l'interesse dei figli (minori, ma anche maggiorenni non autosufficienti) alla continuità dell'ambiente domestico svaluta la concorrenza di interessi giuridicamente rilevanti ascrivibili ai genitori o ai terzi proprietari (diritto all'abitazione: artt. 2 e 47, comma 2 cost.; proprietà privata: art. 42 cost.; tutela del risparmio: art. 47 cost.)⁶. Il

² L'espressione è di JEMOLO, A.C.: «La famiglia e il diritto», in *Ann. Sem. giur. Univ. Catania*, 1949, p. 47.

³ Di intreccio, nei luoghi, di un «profilo 'materiale'» e di un «profilo 'ideale'», discorre IRTI, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 4.

⁴ Per questa espressione v. PERLINGIERI, P.: «Il «giusto rimedio» nel diritto civile», in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.

⁵ Rileva l'esigenza di congruenza tra rimedi e interessi alla luce dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, PERLINGIERI, P.: *o.l.n.c.*, secondo il quale le «peculiarità del caso concreto» orientano la scelta del rimedio anche «oltre i confini predefiniti dal legislatore». In questa prospettiva metodologica, tra gli altri, PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 84 ss.; ID.: «Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae», in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 664 ss.; ID.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., Napoli, 2011, spec. p. 85 ss.; LEPORE, A.: *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012, spec. p. 167 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: «Diritto all'immagine e «giusto rimedio» civile. Tre esperienze di *civil law* a confronto: Italia, Spagna e Francia», in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 859 ss.; ID.: «Tutela dell'onore e libertà di espressione. Alla ricerca di un «giusto equilibrio» nel dialogo tra Corte europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza nazionale», in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1012 ss.

⁶ Cfr. CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana», in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267 ss.; EID.: «Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola», in *Foro nap.*, 2013, p. 19 ss.

presente lavoro si propone di verificare la praticabilità di una diversa interpretazione della disciplina dell'assegnazione, in grado di ottimizzare la promozione della personalità della prole, senza sacrificare in modo irragionevole e sproporzionato gli interessi in conflitto.

II. INTERPRETAZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'ASSEGNAZIONE E MODELLI NORMATIVI DI AFFIDAMENTO DELLA PROLE: DALL'AFFIDAMENTO ESCLUSIVO A QUELLO CONDIVISO.

Nel vigente ordinamento, la disciplina dell'assegnazione della casa familiare è attualmente racchiusa nell'art. 337 *sexies*, comma 1, c.c., introdotto dall'art. 55, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 (c.d. "riforma della filiazione"), il quale stabilisce che «il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli», sì da accogliere un criterio di assegnazione che – a differenza della normativa previgente – prescinde dall'affidamento e si impernia sull'interesse della prole.

L'assoluta e costante preminenza accordata dalla giurisprudenza alla continuità dell'*habitat* domestico appare, dunque, in contrasto tanto con la formulazione dell'art. 337 *sexies*, comma 1, c.c., quanto con il *favor* legislativo verso l'affidamento condiviso (artt. 337 *ter* e *quater*, c.c.).

Da una parte, infatti, l'art. 337 *sexies*, comma 1, c.c. – nel configurare, testualmente, quale criterio *prioritario* e non esclusivo di assegnazione il *generico* interesse dei figli (e non quello *specifico* alla continuità abitativa) – subordina la legittimità del provvedimento giudiziale all'adeguatezza del rimedio, *id est* alla sua attitudine ad assicurare il «giusto equilibrio» tra tutte le situazioni in conflitto.

D'altra parte, la preferenza normativa verso il modello dell'affidamento esclusivo o di quello condiviso non può restare senza conseguenze sul piano dell'interpretazione della disciplina dell'assegnazione della casa familiare.

L'attribuzione del diritto di abitazione «di preferenza al coniuge affidatario» – compiuta dal previgente art. 155, comma 4, c.c. (come sostituito dall'art. 36, l. 19 maggio 1975, n. 151) – risultava coerente con un regime mono-genitoriale di affidamento, che faceva conseguire alla crisi coniugale una trasformazione qualitativa del rapporto parentale, con l'automatica "collocazione" del figlio presso uno dei due genitori e il riconoscimento all'altro del c.d. "diritto di

visita”⁷.

Diversamente, l’assurgere dell’affidamento condiviso a soluzione ordinaria e preferenziale avrebbe dovuto suggerire un ripensamento del riferito collegamento tra affidamento della prole a un genitore e assegnazione a questi della casa familiare, alla luce del diritto del minore a «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo» con entrambi i genitori (art. 337 *ter*, comma 1, c.c.)⁸. Tanto più che il giudice della crisi – tenuto a prendere atto «degli accordi intervenuti tra i genitori», se non contrari all’interesse della prole⁹ – è chiamato a dare effettiva attuazione al diritto alla “bigenitorialità”: nel caso di affidamento condiviso, determinando «i tempi e le modalità» della presenza dei figli presso ciascun genitore (art. 337 *ter*, comma 2, c.c.); nel caso di affidamento esclusivo, assicurando comunque la conservazione della continuità del rapporto anche con il genitore non affidatario (art. 337 *quater*, comma 2, c.c.)¹⁰.

Le esperienze straniere che hanno superato il regime monoparentale di affidamento si dischiudono a un approccio casistico e flessibile non soltanto nella ripartizione dei compiti e delle responsabilità di cura del minore, ma anche nella conformazione dei tempi e dei modi della sua permanenza presso i due genitori.

Ad esempio, nell’ordinamento francese, la novella al *Code civil* del 2002 permette di fissare la residenza del minore «en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l’un d’eux» (art. 373-2-9 c.c. fr., come

⁷ Sul punto v. QUADRI, E.: “Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare”, cit., p. 395 ss.

⁸ Lo indicava, già, PATTI, S.: “L’affidamento condiviso dei figli”, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 302 s.

⁹ Il giudice, per favorire una soluzione concordata, può anche rinviare l’adozione dei provvedimenti sull’affidamento per consentire ai coniugi il raggiungimento di un accordo, eventualmente mediante la mediazione familiare (art. 338 *octies* c.c.).

¹⁰ Osserva SESTA, M.: “La nuova disciplina dell’affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio”, in ID. e ARCIERI, A.: *L’affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2011, p. 23 s., che il giudice – chiamato a determinare tempi e modalità della presenza del figlio presso ciascun genitore – dovrà stabilire la misura del contributo di essi al mantenimento, alla cura, all’educazione e all’istruzione della prole, secondo una vasta gamma di situazioni «che spaziano da un vero e proprio affidamento congiunto “a mani unite”, ad una gestione bilanciata delle sfere spettanti a ciascun genitore anche in dipendenza dell’effettiva collocazione del figlio», fino a un affido mono-genitoriale che sia caratterizzato, per quanto possibile, da «una più ampia e indeterminata regolamentazione dei tempi di permanenza presso il genitore non affidatario, nonché dei modi con cui lo stesso dovrà provvedere alla cura, educazione ed istruzione della prole».

modificato dalla l. 4 marzo 2002, n. 305). Secondo la giurisprudenza transalpina, la disposizione richiede al *juge aux affaires familiales* di verificare, nella singola fattispecie, quale sia la modalità abitativa maggiormente corrispondente allo sviluppo della personalità del minore, tra la collocazione prevalente presso un genitore, la residenza turnaria presso entrambi i genitori¹¹ oppure ancora l'alternarsi di questi ultimi nella casa familiare ove il figlio mantiene la propria residenza¹².

Nell'esperienza spagnola, poi, la più recente giurisprudenza – dopo avere superato, in via di interpretazione sistematica, il tenore letterale della disposizione codicistica che prevede l'eccezionalità della c.d. *custodia compartida* (art. 92 c.c. sp.)¹³ – ha affermato che l'abbandono del regime di affidamento individuale richiede di ricercare nuovi criteri di assegnazione della casa familiare. In particolare, secondo il *Tribunal Supremo*, il collegamento legale tra affidamento della prole e attribuzione del godimento dell'immobile perderebbe il proprio fondamento giustificativo, per la condivisione dei compiti di cura tra entrambi i genitori¹⁴.

In questa prospettiva, merita di essere sottoposta a revisione la posizione della prevalente giurisprudenza italiana che invece – tendendo a riproporre i

¹¹ La *Cour de Cassation* afferma, correttamente, che, in taluni casi, la collocazione prevalente del minore presso uno dei due genitori può essere fonte di instabilità quotidiana per il minore, sì da reputarsi maggiormente conforme al suo interesse la residenza alternata (Cass. Civ., 1^a Sez., 19 settembre 2007, in *Dr. fam.*, 2007, n. 203). Inoltre, non si esclude che anche l'affidamento alternato possa avvenire con una permanenza diseguale del minore presso ciascuno dei due genitori (Cass. Civ., 1^a Sez., 25 aprile 2007, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 560)

¹² Cfr., ad esempio, Trib. Paris, 26 settembre 2013, in *Dr. fam.*, 2013, n. 163. Una chiara sintesi delle principali problematiche sollevate dal *logement familial* nella crisi coniugale in BUFFELAN-LANORE, Y.: "Domicile, demeure et logement familial", in *Rép. Civ. Dalloz*, 2015, § 21 ss.

¹³ Secondo l'art. 92 c.c. sp. (come modificato dalla l. 8 luglio 2005, n. 15) il giudice può disporre l'affidamento condiviso (c.d. "custodia compartida") soltanto su richiesta di entrambi i genitori oppure «eccezionalmente», in mancanza di accordo e su istanza di uno di essi, quando sia l'unica forma di protezione adeguata dell'interesse superiore del minore. Tuttavia il *Tribunal Supremo* – a partire dal *leading case* del 29 aprile 2013 (RAJ 2013, 3269) – ha affermato che «la redazione dell'art. 92 non permette di concludere che si tratti di una misura eccezionale, ma al contrario dovrà considerarsi normale e perfino desiderabile, perchè permette di rendere effettivo il diritto dei figli a relazionarsi con entrambi i genitori, anche in situazioni di crisi». Cfr., in questo volume, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial".

¹⁴ Cfr. Trib. Supr., 22 ottobre 2014 (RAJ 2014, 5023); Trib. Supr., 24 ottobre 2014 (RAJ 2014, 5180), secondo la quale, nei casi di affidamento condiviso, l'assegnazione è ammissibile soltanto come strumento di tutela del coniuge più debole ed è, pertanto, suscettibile di essere limitata temporalmente a norma dell'art. 96, comma 3, c.c. sp.

vecchi schemi dell'affido mono-genitoriale – considera, quale unica modalità di realizzazione dell'interesse morale e materiale della prole, la fissazione della residenza abituale presso uno dei genitori e l'assegnazione a questi del diritto di godimento della casa (già) familiare¹⁵.

Tuttavia, se la conservazione di rapporti paritari e significativi tra genitori e figlio, dopo la crisi della coppia, non è più oggetto di una situazione soggettiva del genitore non affidatario (c.d. “diritto di visita”) ma di un diritto fondamentale del minore (artt. 337 *ter* c.c. e 9, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989)¹⁶, occorre riesaminare i tradizionali moduli interpretativi della disciplina dell'assegnazione della residenza familiare, adeguandoli alla duplice esigenza di salvaguardare la bigenitorialità della responsabilità di cura e assistenza del minore e di bilanciare, secondo proporzionalità e ragionevolezza, tutti gli interessi concorrenti nella fattispecie concreta.

III. RIDEFINIZIONE DEL FONDAMENTO ASSIOLOGICO DELL'ASSEGNAZIONE E BILANCIAMENTO “IN CONCRETO” DEGLI INTERESSI CONCORRENTI. QUALE CONCETTO DI CASA FAMILIARE?

Nell'elaborazione giurisprudenziale più recente – svalutandosi del tutto la rinnovata ispirazione dell'istituto dell'affidamento al principio di parità di posizione dei genitori e le interferenze che con esso presenta la disciplina dell'assegnazione – le esigenze di protezione della prole orientano ad assegnare, comunque, l'immobile al genitore con il quale i figli convivano abitualmente¹⁷.

L'opzione giurisprudenziale di individuare, anche nei casi di affidamento

¹⁵ Cfr. Cass., 10 dicembre 2014, n. 26060, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1544 ss.; Cass., 26 luglio 2013, n. 18131, in *Dejure* online, secondo le quali «la regola dell'affidamento condiviso (...) non esclude che il minore sia collocato presso uno dei genitori e che sia stabilito uno specifico regime di visita con l'altro genitore (...), essendo evidente che non è materialmente possibile, nè appare opportuno, che il minore conduca la propria esistenza quotidiana presso entrambi i genitori, non più conviventi». Nella giurisprudenza di merito reputano che l'affidamento alternato privi la prole di un ambiente stabile, comportando un negativo pendolarismo tra un genitore e l'altro, contrario al superiore interesse del minore, tra le altre, Trib. Savona, 11 giugno 2014, n. 869, ined.; Trib. Messina, 27 novembre 2012, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 165; Trib. Trani, 11 maggio 2010, n. 402, in *Giur. mer.*, 2013, p. 1050; App. Milano, 30 marzo 2006, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, p. 781. Una soluzione favorevole in Trib. Ravenna, 21 gennaio 2014, in *Guida dir.*, 2015, 14, p. 55; Trib. min. Trieste, 28 febbraio 2012, con commento di IRTI, C.: *Dopo la fine della convivenza: case divise e condivise*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, p. 424 s.

¹⁶ Cfr. SESTA, M.: *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli*, cit., p. 3 ss.

¹⁷ V., *ex multis*, Cass., 19 giugno 2013, n. 18440; Cass., 30 marzo 2012, n. 5174, cit.; Cass., 28 gennaio 2009, n. 2184, cit.; Cass., 10 agosto 2007, n. 17643, in *Dejure* online.

condiviso, una collocazione prevalente del figlio presso uno dei genitori produce, come inevitabile conseguenza, la salvaguardia del legame del provvedimento di assegnazione con l'interesse del minore alla conservazione dell'*habitat* domestico¹⁸. Infatti, l'attribuzione del godimento della casa familiare a uno dei genitori discende proprio dalla prevalenza della "localizzazione" del figlio, che permette di individuare il «gruppo familiare residuo» maggiormente meritevole di protezione sotto il profilo abitativo¹⁹.

Più in generale, la giurisprudenza finisce per offrire una visione restrittiva del fondamento dell'istituto dell'assegnazione, identificandolo nella tutela non delle molteplici manifestazioni della personalità umana della prole²⁰, ma esclusivamente nell'«esigenza di conservazione dell'*habitat* domestico, inteso come centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare»²¹.

Pertanto, appare conforme alla gerarchia dei valori che ispira il vigente ordinamento²² l'affermazione compiuta dalla Suprema Corte che «pur avendo riflessi economici, l'assegnazione non è subordinata ad interessi di natura economica», sì che la decisione giudiziale non «può essere condizionata dalla ponderazione tra gli interessi di natura solo economica dei coniugi o tanto meno degli stessi figli»²³. Tuttavia, non va escluso che una rilettura

¹⁸ Cass., 3 giugno 2014, n. 12346, in *Dejure* online; Cass., 15 luglio 2014, n. 16171, *ivi*; Cass., 30 marzo 2012, n. 5174, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1435; Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, *ivi*, 2008, I, 466. In proposito cfr. FINOCCHIARO, M.: "Casa familiare (attribuzione della)", in *Enc. dir.*, *Agg. I*, Milano, 1997, p. 271.

¹⁹ Ravvisano la *ratio* della disciplina dell'assegnazione della casa familiare nella tutela dell'«interesse del gruppo familiare residuo», Cass., Sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 461, con nota di CARBONE, V.: "Assegnazione della casa coniugale: la Cassazione compone il contrasto giurisprudenziale sull'opponibilità ai terzi"; Cass., 29 agosto 2003, n. 12705, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 943.

²⁰ Individua nel valore della persona il fondamento unitario della tutela dei singoli momenti nei quali si articola l'esistenza e lo sviluppo della personalità umana, PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 12 ss. e *passim*; ID.: "Il diritto alla salute quale diritto della personalità", in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss., ora in ID.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 129 ss.

²¹ Cfr., *ex multis*, Cass., 8 giugno 2012, n. 9371, in *Dejure* online; Cass., 4 luglio 2011, n. 14553, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 657, con nota di IRTI, C.: *La casa familiare come habitat domestico*; Cass., 5 giugno 1990, n. 5384, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2900.

²² La consapevolezza che, nel sistema italo-europeo, il valore della persona umana prevale sulle situazioni soggettive di natura patrimoniale ispira l'insegnamento di PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 133 ss.; ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 114 ss.; da ultimo, ID.: *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 409 s. In argomento v., altresì, PENNASILICO, M.: "Legalità costituzionale e diritto civile", in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 846 ss.

²³ In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 aprile 2011, n. 9079, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 636; Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit.; Cass., 26 maggio 2004, n. 10102, in *Vita not.*, 2004, p.

personalistica dell'istituto permetta di dare rilievo ad interessi esistenziali diversi dalla conservazione dell'*habitat*, facenti capo al minore e agli altri protagonisti della crisi familiare: interessi che, nell'ammettere una pluralità di livelli di soddisfazione, non devono essere valutati in astratto, ma bilanciati, nel caso concreto, allo scopo di individuarne relazioni di preferenza e di compatibilità²⁴.

Il concetto di casa familiare rappresenta il banco di prova dell'inadeguatezza di una ricostruzione giurisprudenziale che – nel compiere, una volta per tutte, una graduazione di interessi attinenti alla persona (*id est* la prevalenza della conservazione dell'*habitat*) – racchiude la soluzione *a priori* di ogni possibile conflitto.

Se l'interesse protetto è soltanto quello alla continuità abitativa della prole, “casa familiare” non è qualsiasi immobile astrattamente idoneo alle generiche esigenze dei figli, ma la residenza nella quale si sia svolta la vita della famiglia durante la convivenza dei genitori. Pertanto, oggetto di assegnazione può essere soltanto la casa «che abbia costituito il centro d'aggregazione della famiglia durante la convivenza, con esclusione d'ogni altro immobile di cui i coniugi avessero la disponibilità»²⁵.

969. In applicazione di tale criterio, la Cassazione ha censurato una decisione che aveva escluso l'assegnazione al genitore affidatario, per ragioni di ordine patrimoniale, consistenti negli eccessivi costi di mantenimento e gestione dell'alloggio, che avrebbero determinato un costante e prevedibile depauperamento del patrimonio familiare, contrario agli interessi patrimoniali dei figli futuri eredi. La sentenza di appello aveva escluso la ragionevolezza dell'assegnazione, poiché le necessità di manutenzione della casa coniugale, rappresentata da una villa, avrebbero imposto continui e cospicui esborsi presumibilmente crescenti, in grado di pregiudicare le aspettative ereditarie della prole. Secondo Cass., 22 novembre 2010, n. 23591, cit., invece, la decisione giudiziale deve essere subordinata alle «esigenze della permanenza [dei figli] nel quotidiano loro *habitat* domestico, [...] sulla quale possono interferire ma non certo prevalere interessi di carattere economico, ancorché riferiti, indirettamente, alla sfera patrimoniale degli stessi figli».

²⁴ La compatibilità tra bilanciamento e gerarchia dei valori è sostenuta da PERLINGIERI, P.: “Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ora in ID.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 333.; ID.: “I valori e il sistema ordinamentale «aperto»”, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.; ID. e FEMIA, P.: “Sistema, gerarchia, bilanciamento dei principi”, in PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Napoli, 2014, p. 13 ss. Profonda lettura della dialettica tra valori e norme in FEMIA, P.: “Segni di valore”, in RUGGERI, L. (a cura di): *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012, p. 83 ss.

²⁵ Cass., 4 luglio 2011, n. 14553, cit.; Cass., 20 gennaio 2006, n. 1198, in *Giur. it.*, 2006, p. 1595, la quale aggiunge che «al fine dell'assegnazione ad uno dei coniugi separati o divorziati della casa familiare [...] occorre che si tratti della *stessa abitazione* in cui si svolgeva la vita della famiglia allorché essa era unita» (corsivo aggiunto); Cass., 16 luglio 1992, n. 8667, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3002. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Matera, 24 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 1609, che giunge all'aberrante conseguenza di

Mentre altre esperienze giuridiche, nelle evoluzioni piú recenti, si dischiudono a una visione dell'assegnazione come strumento di tutela dell'astratto e generico interesse abitativo dei figli²⁶, in Italia, il diritto vivente conserva una nozione oggettiva di casa familiare, basata tendenzialmente sui connotati di stabilità, abitualità e continuità dell'ambiente domestico²⁷.

Questo concetto di casa familiare non ha una valenza meramente descrittiva, ma possiede un preciso significato precettivo. La giurisprudenza, invero, esclude l'assegnazione se l'unità immobiliare non abbia costituito, di fatto, il luogo di svolgimento della vita familiare (ad esempio, nelle ipotesi di consolidato sradicamento da esso dei figli e del genitore convivente²⁸; allontanamento del figlio per ragioni di studio o di lavoro²⁹; uso dell'abitazione, durante la convivenza dei genitori, in modo soltanto occasionale o saltuario³⁰) e ne dispone la revoca qualora venga meno l'interesse del figlio alla continuità ambientale (ad esempio, per la lunga permanenza nella casa dei nonni)³¹.

Tuttavia, alla luce di una piena valorizzazione della *ratio* dell'art. 337 *sexies* c.c., volta alla promozione della personalità dei figli (artt. 2 e 30 cost.), può farsi rientrare nella discrezionalità giudiziale l'attribuzione di una dimora diversa

considerare irrinunciabile il diritto di godimento della casa familiare da parte dell'assegnatario.

²⁶ Con riferimento al diritto spagnolo cfr., in questo volume, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial".

²⁷ In dottrina, accolgono una nozione oggettiva, TRABUCCHI, A.: nota a Cass. 19 maggio 1978, n. 2462, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 2106 ss.; QUADRI, E.: *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, p. 213 ss.; dopo la riforma del 2006, FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 144 s. Sull'idoneità dell'interesse abitativo a essere oggettivo cfr., in questo volume, MIGLIACCIO, E.: "La destinazione a casa familiare".

²⁸ Cass., 8 giugno 2012, n. 9371, cit., giudica legittima la decisione del merito che aveva negato alla madre l'assegnazione di un'abitazione dalla quale, unitamente alla figlia, si era allontanata da circa tre anni.

²⁹ Secondo Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1384, ai fini dell'assegnazione della casa familiare, la nozione giuridicamente rilevante di convivenza coincide con la stabile dimora del figlio presso l'abitazione di uno dei genitori, sí che la circostanza che il primo, per esigenze di studio o di lavoro, se ne allontani per lunghi periodi fa venire meno il fondamento dell'istituto.

³⁰ Così, Cass., 4 luglio 2011, n. 14553, cit., con riferimento a un immobile acquistato allo stato di rustico, oggetto di lavori di completamento e usato dalla famiglia, in costanza di matrimonio, per la villeggiatura. In senso contrario, v. QUADRI, E.: "L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio", in *Fam. e dir.*, 1995, p. 283; CUBEDDU, M.G.: "L'assegnazione della casa familiare", cit., p. 34, i quali rilevano che anche la casa di villeggiatura può rappresentare un'estensione stagionale dell'*habitat*.

³¹ Cass., 16 maggio 2013, n. 11981, in *Guida dir.*, 2013, 33, p. 50.

da quella già familiare, là dove si tratti della scelta in concreto maggiormente rispondente alle esigenze esistenziali della prole. Sebbene la Corte di Cassazione affermi che l'assegnazione deve riguardare «la stessa abitazione in cui si svolgeva la vita della famiglia finché era unita», appare irragionevole escludere una dimora diversa in grado di soddisfare meglio gli interessi della prole (ad esempio, per la collocazione geografica o lo stato di manutenzione)³² o di esprimere un ottimale bilanciamento tra essi e le esigenze abitative del genitore non affidatario. È questa anche la soluzione suggerita dalla più recente giurisprudenza spagnola, che ammette la possibilità di assegnare una casa distinta, purché in grado di soddisfare in modo adeguato (o addirittura più adeguato) gli interessi del minore³³.

Del resto, sulla nozione normativa di casa familiare non può non produrre importanti ricadute sistematiche l'ampia valorizzazione dell'accordo tra i coniugi, compiuta dalla normativa più recente in materia di crisi della famiglia.

In particolare, secondo l'art. 337 *ter*, comma 2, c.c., il giudice «prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i coniugi». In tutti i procedimenti anche contenziosi (separazione; divorzio; nullità del matrimonio; cessazione della convivenza *more uxorio*) relativi al rapporto genitori-figli, l'autonomia privata è chiamata a dispiegare un ruolo centrale nella suddivisione interparentale dei compiti di mantenimento e cura³⁴ che, nel lessico della Corte costituzionale, comprendono l'individuazione di «un'ideale dimora, intesa come luogo di formazione della personalità» della prole³⁵.

³² Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Modena, 24 novembre 2004, in *Dejure* online, che assegna al coniuge affidatario della prole non la casa coniugale, ma un diverso appartamento, di proprietà del marito, più prossimo alla scuola frequentata dalla figlia minore; nonché App. Perugia, 24-30 giugno 1989 (riformata da Cass. 16 luglio 1992, n. 8667, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3002), che attribuisce l'immobile dove il coniuge affidatario è andato ad abitare dopo la crisi.

³³ Si rinvia alla giurisprudenza attentamente analizzata, in questo volume, da DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial».

³⁴ In argomento cfr. DI GRAVIO, V.: «Gli accordi tra genitori in sede di separazione» e BELLISARIO, E.: «Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali», in PATTI, S. e ROSSI CARLEO, L. (a cura di): *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, rispettivamente pp. 55 ss. e 83 ss.

³⁵ In questi termini, Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1083 ss. Cfr., altresì, Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 1349 ss., secondo la quale il contenuto dell'obbligo genitoriale di mantenimento della prole comprende *in primis* «la predisposizione e la conservazione dell'ambiente domestico, considerato quale centro di affetti, di interessi e di consuetudini di vita». V., già, Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3336, per la precisazione che la casa familiare «non è esauribile

Di recente, poi, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162) ha introdotto la negoziazione assistita da avvocati quale strumento consensuale di separazione o divorzio, applicabile anche alle coppie con figli minori o maggiorenni non autosufficienti³⁶. Nonostante la previsione di un controllo del pubblico ministero sull'accordo raggiunto dai coniugi³⁷, la riforma ha segnato un'intensa "privatizzazione" delle vicende familiari³⁸, che tende a superare l'equilibrio tra negozialità e intervento giudiziale realizzato dalla disciplina della separazione e del divorzio, ove la modifica dello *status*

nell'immobile, spoglio della normale dotazione di mobili e suppellettili per l'uso quotidiano della famiglia».

³⁶ Sul nuovo istituto cfr. SESTA, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", in *Fam. e dir.*, 2015, p. 268 ss., per una attenta indagine sulla natura e i limiti di validità degli accordi; DELLE MONACHE, S.: "Profili civilistici della «negoziazione assistita»", in *Giust. civ.*, 2015, p. 118 ss., che approfondisce la figura della "convenzione di negoziazione"; DANOVI, F.: "I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti", in *Fam. dir.*, 2014, p. 1141 ss.; nella manualistica, FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, 2ª ed., Bologna, 2015, p. 173. nonché, con particolare riferimento ai profili pubblicitari, FREZZA, G.: "«Degiurisdizionalizzazione», negoziazione assistita e trascrizione", in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 18 ss. I profili processual-civilistici sono indagati, tra gli altri, da FARINA, P.: "La negoziazione assistita dagli avvocati", in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 514 ss.; CARRATTA, A.: "Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale", in *Giur. it.*, 2015, p. 1287 ss.; POLISENO, B.: "La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio", in *Foro it.*, 2015, V, c. 34 ss.

³⁷ La legge di conversione n. 162 del 2014, come conseguenza dell'estensione dell'ambito di applicazione della negoziazione assistita alle coppie con figli minori o non autosufficienti, ha previsto il controllo obbligatorio del pubblico ministero. Mentre nel d.l. n. 132 del 2014 il mutamento dello *status* discendeva direttamente dall'accordo, la nuova formulazione dell'art. 6 prevede un controllo diversificato in ragione della presenza o meno di figli: a) in mancanza di prole, il nulla osta del p.m. è subordinato a una mera verifica di regolarità; b) in presenza di prole, invece, l'accordo potrà essere autorizzato soltanto se risponda all'interesse di questa. In caso contrario, il pubblico ministero trasmette l'accordo, «entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo».

Tuttavia, è dubbio che il pubblico ministero sia in grado di assicurare una piena garanzia dell'interesse morale e materiale dei figli minori, esercitando un pieno ed effettivo controllo sostanziale sul contenuto dell'accordo, a causa della brevità del termine previsto per l'autorizzazione (cinque giorni); della mancanza di adeguati poteri processuali del p.m.; dell'alterazione del suo tradizionale ruolo, all'interno del processo civile, di parte *sui generis* legittimata ad agire, intervenire e proporre l'impugnazione.

³⁸ Su questa linea di tendenza del diritto di famiglia v. SESTA, M.: "Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare", in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milano, 1998, p. 829 ss.; FERRANDO, G.: "Introduzione", in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Bologna, 2007, p. 3 ss.; ZATTI, P.: "Introduzione", in FERRANDO, G., FORTINO, M. e RUSCELLO, F. (a cura di): *Famiglia e matrimonio*, I, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, p. 3 ss.

coniugale discendeva sempre da un provvedimento del giudice³⁹. L'accordo autorizzato costituisce, infatti, un atto di natura negoziale che «produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali», volti a definire i procedimenti di separazione, divorzio o modifica delle relative condizioni (art. 6, comma 3, d.l. cit.).

All'autonomia dei privati si aprono, in tal modo, nuovi spazi nella regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e con i figli, che comprendono anche l'individuazione della residenza di questi ultimi all'esito della crisi. Nel regolare lo stato familiare nel suo insieme, pertanto, l'accordo può anche costituire sull'abitazione un diritto personale di godimento a favore della prole, eventualmente legato, sotto il profilo temporale, al raggiungimento dell'autosufficienza economica⁴⁰.

L'interpretazione sistematica dei riferiti indici normativi dischiude a una visione soggettiva del luogo abitativo, risultante dalla determinazione convenzionale dei coniugi, pur sempre sottoposta al controllo giudiziale di rispondenza all'interesse della prole⁴¹. Ma se l'accordo dei genitori (autorizzato od omologato dal giudice) può prevedere l'assegnazione di una dimora diversa da quella originaria, non può escludersi che il giudice possa adottare questa misura anche su domanda di uno solo dei genitori, quando si tratti della decisione che armonizzi, in modo equilibrato, tutti gli interessi coinvolti nella controversia alla luce del superiore interesse del minore.

In altri termini, dovrebbe ammettersi che il giudice possa disporre l'attribuzione di una casa che, sebbene non abbia rappresentato il centro di aggregazione della comunità familiare, appaia, nelle circostanze concrete della crisi coniugale, il luogo più favorevole allo sviluppo armonioso della personalità dei figli⁴². In tal modo l'assegnazione, lungi dal trasformarsi in una forma di contributo economico al mantenimento, persegue più efficacemente la funzione di tutelare gli interessi non patrimoniali della prole in grado di rinvenire, nella realtà fattuale, molteplici modalità realizzative.

³⁹ Si veda, almeno, BRECCIA, U.: "Separazione personale dei coniugi", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 376.

⁴⁰ Cfr., in questo volume, TULLIO, L.: "Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia"; FREZZA, G.: "Casa familiare e trascrizione".

⁴¹ Secondo GIACOBBE, G. e VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, cit., p. 282 s., la disciplina introdotta dalla l. n. 54 del 2006 e oggi confluita nell'art. 337 *ter* c.c. offre lo spunto per una visione soggettiva di casa familiare «risultante dall'accordo dei genitori, recepito in sede di separazione».

⁴² Sul punto, cfr. RUSCELLO, F.: "Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 405.

IV. IPOTESI DI ARMONIZZAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEGLI INTERESSI IN CONFLITTO: MODULAZIONE DEL *QUANTUM* DELL'ASSEGNO DI MANTENIMENTO; ASSEGNAZIONE PARZIALE; MANCATA ASSEGNAZIONE PER LA PREVALENZA DELLE ESIGENZE ESISTENZIALI DEL GENITORE NON AFFIDATARIO.

L'esigenza di armonizzare, in modo equilibrato, tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie concreta – inclusi quelli del genitore (titolare o contitolare dell'immobile ma) non convivente con la prole – ispira alcune interessanti soluzioni giurisprudenziali.

Sebbene un consolidato indirizzo – che trova riscontro in importanti decisioni delle Sezioni unite⁴³ e della Corte costituzionale⁴⁴ – escluda che l'assegnazione possa costituire una modalità di adempimento in natura dell'obbligo di mantenimento⁴⁵, non può negarsi che essa abbia un'incidenza effettiva sulle condizioni patrimoniali dei coniugi, avvantaggiando l'assegnatario. Detta consapevolezza ha ispirato la redazione dell'art. 337 *sexies*, comma 1, c.c., ove dispone che il giudice deve tenere conto dell'assegnazione nel regolare i rapporti economici tra i coniugi, «considerato l'eventuale titolo di proprietà». La codificazione del valore economico del godimento della casa familiare permette, così, alla giurisprudenza di modulare la misura dell'assegno di mantenimento, riducendo quello eventualmente percepito dal coniuge assegnatario⁴⁶.

⁴³ Cass., Sez. un., 23 aprile 1982, n. 2494, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1865; Cass., Sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11297, in *Fam. dir.*, 1995, p. 521. Tra le decisioni di legittimità più recenti v., altresì, Cass., 18 settembre 2003, n. 13747, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 33; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1545, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1183; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3934, in *Dir. fam. pers.*, 2008, I, p. 1779; Cass., 30 marzo 2012, n. 5174, cit.; Cass., 16 dicembre 2013, n. 28001, in *Dejure* online.

⁴⁴ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 179 ss., con nota di PARINI, M.: “Profili di costituzionalità del provvedimento di revoca dell'assegnazione della casa coniugale”. Ma v. anche Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Rass. dir. civ.* 1998, p. 880 ss.; Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Riv. not.*, 2006, p. 459 ss.

⁴⁵ V., invece, Cass., 23 febbraio 2000, n. 2070, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 454; Cass., 28 gennaio 1998, n. 822, in *Fam. dir.*, 1998, p. 125; Cass., 7 luglio 1997, n. 6106, in *Fam. dir.*, 1998, p. 161.

⁴⁶ Cfr., nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 16 dicembre 2013, n. 28001, cit.; Cass., 20 aprile 2011, n. 9079, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2410, secondo le quali, una volta revocato il provvedimento di assegnazione, il giudice è tenuto a valutare se sia ancora congrua la misura dell'assegno di mantenimento originariamente disposto, poiché il venir meno di una delle poste attive a favore di un coniuge modifica l'equilibrio originariamente stabilito tra le parti; nonché, Cass., 20 aprile 2011, n. 9079, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1660. Afferma che la misura dell'assegno di mantenimento va incrementata là dove il coniuge affidatario non possa fruire della casa familiare, Cass., 9 settembre 2002, n. 13065, in *Fam. dir.*, 2002, n. 587. Sul punto, in dottrina, v. FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p.

In secondo luogo, un'originale modalità di contemperamento degli interessi della prole con quelli del genitore non assegnatario è rappresentata dalla figura di matrice giurisprudenziale dell'assegnazione parziale. Numerose pronunce ammettono la limitazione dell'assegnazione «a quella parte della casa familiare realmente occorrente ai bisogni delle persone conviventi nella famiglia, tenendo conto, nello stabilire le concrete modalità dell'assegnazione, delle esigenze di vita dell'altro coniuge e delle possibilità di godimento separato e autonomo dell'immobile»⁴⁷. Nè mancano innovative decisioni di merito che, valorizzando i principi ispiratori dell'affidamento condiviso, dispongono l'assegnazione della casa familiare – purché agevolmente divisibile in due distinte unità immobiliari – a entrambi i genitori, allo scopo di permettere alla prole la conservazione di rapporti paritari e significativi con essi⁴⁸.

Ma, più in generale, suscita importanti interrogativi la fattispecie nella quale il genitore non affidatario vanta un interesse esistenziale ad abitare la casa già familiare maggiormente meritevole di quello dei figli⁴⁹. È il caso del coniuge invalido o gravemente infermo, che subirebbe dallo sradicamento un pregiudizio sproporzionato rispetto al vantaggio procurato alla prole dalla permanenza nella casa.

Non mancano arresti di legittimità e di merito che, in queste ipotesi, reputano prevalente l'interesse alla continuità abitativa del genitore proprietario, affetto da *handicap* o gravi malattie, sì da non disporre l'assegnazione dell'immobile a

26 s., il quale reputa che la riduzione dell'assegno riguardi l'ammontare monetario dovuto per i figli e non per il coniuge non proprietario che permane a vivere nella casa quale affidatario; MANTOVANI, M.: "Casa familiare (assegnazione della)", cit., p. 5 ss.

⁴⁷ Così, Cass., 17 dicembre 2009, n. 26586, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 674. V., altresì, Cass., 11 novembre 2011, n. 23631, in *Arch. loc.*, 2012, 165, secondo la quale l'assegnazione parziale è ammissibile non soltanto qualora l'immobile sia autonomo e distinto da quello destinato ad abitazione della famiglia, ma anche là dove quest'ultimo «ecceda per estensione le esigenze della famiglia e sia agevolmente divisibile»; Cass., 11 novembre 1986, n. 6570, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 361, che sottolinea la discrezionalità giudiziale nel limitare l'assegnazione della casa familiare alla parte occorrente ai bisogni della famiglia, allo scopo di «tenere in conto delle necessità di vita dell'altro coniuge»; Cass., 23 giugno 1980, n. 3934 in *Dir. fam. pers.*, 1980, 1121.

⁴⁸ Nella giurisprudenza di merito, ascrivono all'assegnazione parziale la finalità di favorire l'incontro dei figli con entrambi i genitori: Trib. Bari, 17 novembre 2010, in *Dejure online*; Trib. Napoli, 21 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 237.

⁴⁹ Sul punto, AULETTA, T.: *sub art. 155 quater*, in BALESTRA, L. (a cura di): *Della famiglia*, I, Artt. 74-176, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, Milano, 2010, cit., p. 728 s., che richiama i casi di *handicap* o grave infermità.

quello affidatario, giudicando recessiva la posizione della prole⁵⁰.

Si tratta di una soluzione equilibrata che, ai fini della decisione sull'attribuzione del godimento, ammette a bilanciamento con l'interesse dei figli non soltanto l'interesse proprietario del coniuge titolare – come sostenuto dall'interpretazione tradizionale – ma anche le sue esigenze esistenziali. In tal modo, il giudice compie pur sempre una valutazione di prevalenza tra la posizione della prole e quella del genitore titolare, colorata però da un'ampia gamma di interessi patrimoniali, ma soprattutto personali. Questa interpretazione, senza accordare all'assegnazione la funzione di tutela del coniuge economicamente più debole, valorizza anche il tenore letterale dell'art. 337 *sexies*, comma 1, c.c., perché sottrae la decisione giudiziale a ogni automatismo e arricchisce il novero delle posizioni tra le quali compiere una valutazione di prevalenza.

V. PROFILI PROBLEMATICI DEL COMODATO DI CASA FAMILIARE: OBBLIGO DI RESTITUZIONE QUALE STRUMENTO DI CONTEMPERAMENTO DEGLI INTERESSI DELLE PARTI.

La “mappatura” degli interessi in conflitto e dei criteri normativi di composizione non può trascurare l'analisi delle problematiche suscitate dall'assegnazione di un immobile utilizzato a titolo di comodato.

⁵⁰ Si vedano Cass., 24 agosto 1990, n. 8705, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 92 ss., la quale esclude testualmente l'assegnazione della casa familiare «quando il vantaggio di tale permanenza [dei figli], alla luce delle peculiarità del caso, non sia *proporzionato* alla gravosità della soluzione per il genitore non affidatario» (corsivo aggiunto); Cass., 30 agosto 1995, n. 9163, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 4, con nota di FREZZA, G., secondo la quale l'assegnazione al genitore affidatario è un criterio preferenziale e non automatico, destinato a cedere dinanzi al peculiare interesse del coniuge titolare dell'immobile a permanervi, per le particolari condizioni di età e di salute. Particolarmente interessante appare App. Venezia, 6 marzo 2013, n. 25, in *Fam. dir.*, 2013, p. 1009 ss., che non attribuisce il godimento dell'abitazione al genitore convivente con la prole, in considerazione del fatto che l'altro «è cieco ed utilizza un cane per l'accompagnamento e quindi che un cambio della casa, in cui vive da quando è nato ed ove ha vissuto prima con i genitori e poi con la sorella e quindi con la moglie e con la figlia, gli avrebbe creato notevoli problemi di organizzazione della sua vita assolutamente insostenibili». Secondo la decisione veneziana «a fronte di un interesse della minore, comunque riconducibile tutt'al più a mera difficoltà organizzativa, a restare nella casa coniugale e di altro preciso, concreto, apprezzabile e degno di tutela di un invalido di non vedere totalmente stravolta la sua vita [...], la Corte ritiene di dare prevalenza a quest'ultimo».

In mancanza di una disciplina legislativa, la Suprema Corte ha risolto positivamente la questione dell'ammissibilità dell'assegnazione a favore del coniuge non comodatario (purché convivente con figli minorenni o economicamente non autosufficienti)⁵¹, nonostante una contraria opinione dottrinale, secondo la quale il rispetto del diritto di proprietà del comodante determinerebbe non soltanto l'inopponibilità dell'assegnazione, ma la sua impossibilità giuridica⁵².

Resta, tuttavia, da stabilire quali siano gli effetti che il provvedimento di assegnazione dispiega sul rapporto di comodato. L'orientamento giurisprudenziale del tutto prevalente, consacrato da due sentenze a Sezioni Unite⁵³, esclude che la decisione giudiziale possa modificare la natura e il contenuto del titolo di godimento dell'immobile, che rimane regolato dalla disciplina del comodato.

Si pone, a questo punto, un problema di qualificazione del contratto. Il codice civile, infatti, regola due forme di comodato: il precario, caratterizzato dalla mancata determinazione di un termine e dall'impossibilità di desumerlo dall'uso al quale la cosa è destinata (art. 1810 c.c.) e il comodato propriamente detto, che sorge con la consegna della cosa per un tempo determinato o per un uso convenuto (artt. 1803 e 1809 c.c.). Nel primo caso, il comodatario è tenuto a restituire la cosa «non appena il comodante la richiede» (art. 1810 c.c.), mentre nel secondo, il comodante può esigere la restituzione immediata soltanto se sopravviene «un urgente e impreveduto

⁵¹ In giurisprudenza v., tra le altre, Cass., 26 gennaio 1995, n. 929, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 990; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10258, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 591; Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, *ivi*, 2004, I, p. 1439 ss.; Cass., 13 febbraio 2006, n. 3072, in *Dejure* online; Cass., 18 luglio 2008, n. 19939, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3552; Cass., 7 agosto 2012, n. 14177, in *Dejure* online; Cass., 18 dicembre 2012, n. 23361, *ivi*; Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Corr. giur.*, 2015, p. 14 ss., con nota di QUADRI, E.: “Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della casa familiare”; da ultimo, Trib. Milano, 25 marzo 2015, n. 4045, in *Dejure* online. In senso contrario si veda l'isolata Cass., 7 luglio 2010, n. 15986, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3391.

⁵² Con finezza di argomentazioni, GABRIELLI, G.: “I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 137 ss. V., altresì, SIRENA, P.: “L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso”, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 584 ss. Critico nei confronti della posizione giurisprudenziale è anche FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 190 s., secondo il quale aderisce a una nozione definitivamente superata di famiglia “entificata”.

⁵³ Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, cit., p. 1439 ss. sulla quale v. QUADRI, E.: “Comodato e “casa familiare”: l'intervento delle Sezioni Unite”, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1442 ss.; Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit., p. 14 ss. Sull'ordinanza di rimessione Cass., ord., 15 giugno 2013, n. 15113, che ha sollecitato il secondo intervento delle Sezioni unite, v. CIPRIANI, N.: “Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite”, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1388 ss.

bisogno» (art. 1809, comma 2, c.c.).

Secondo la Suprema Corte, pattuire la destinazione dell'immobile a casa familiare, fa sì che il contratto sorga per un uso determinato e sia quindi riconducibile alla figura regolata dagli artt. 1803 e 1809 c.c.⁵⁴. La giurisprudenza, tuttavia, ha cura di precisare che la figura del c.d. comodato abitativo – che si distingue dal mero precario – ricorre esclusivamente quando la «comune intenzione delle parti» abbia destinato il bene alle «esigenze abitative familiari»⁵⁵. Soltanto in questo caso, infatti, la destinazione dell'immobile, impressa dai contraenti, è in grado di colorare la ragione giustificatrice del comodato e di riflettersi sulla durata del rapporto⁵⁶.

Se le parti non hanno stabilito espressamente un termine di scadenza, questo sarà «determinabile *per relationem*» dalla destinazione a residenza della famiglia del comodatario «anche nelle sue potenzialità di espansione»⁵⁷. Il limite temporale del contratto coincide con l'esaurirsi dell'uso convenuto⁵⁸, *id est* le esigenze abitative della famiglia del comodatario «indipendentemente

⁵⁴ Con chiarezza, Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit., p. 16; ma già Cass., 7 febbraio 2006, n. 2627, in *Guida dir.*, 2006, 14, p. 76.

⁵⁵ Non va dimenticato che, in caso di dubbio nell'interpretazione, al comodato è applicabile l'art. 1371 c.c., secondo il quale il contratto a titolo gratuito «deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato», cioè per il comodante: CIPRIANI, N.: *Il comodato*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da Perlingieri, P., Napoli, 2005, p. 361, nota 1091. L'espressione «a titolo gratuito», infatti, va riferita non soltanto ai negozi ispirati da *animus donandi*, ma anche ai contratti con obbligazioni a carico di una sola parte: PERLINGIERI, P.: *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Camerino, 1970, p. 90; RIZZO, V.: *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 468 ss.

⁵⁶ Sottolinea l'essenzialità, «ai fini della individuazione della disciplina della singola fattispecie», di «individuare i concreti interessi che l'attribuzione del godimento temporaneo del bene è destinata a soddisfare», CIPRIANI, N.: *Il comodato*, cit., p. 36. Sul profilo causale del comodato e la sua necessaria ricostruzione in concreto si rinvia, altresì, a GALASSO, A.: *Il comodato*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2004, p. 101 s.

⁵⁷ In questi termini, da ultimo, Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit., p. 16.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, cit.; Cass., 18 giugno 2008, n. 16559, in *Vita not.*, 2008, p. 1433 ss.; Cass., 7 agosto 2012, n. 14177, cit.; secondo la quale «se non sia stata fissata espressamente una data di scadenza, il termine è desumibile dall'uso per il quale la cosa è stata consegnata e quindi dalla destinazione a casa familiare». Mette in rilievo che l'individuazione di un termine di restituzione «implicito» riflette soltanto parzialmente la volontà delle parti, AL MUREDEN, E.: «Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione *ad nutum*», in *Fam. dir.*, 2010, p. 1086 ss. Ne deriva che la ricostruzione della disciplina della durata del rapporto non può prescindere dal contesto di relazioni affettive tra comodante e comodatario, ove si esprime un affidamento reciproco e bilaterale sulla solidarietà familiare: ID.: «Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari», *ivi*, 2012, p. 698 ss., al quale si rinvia per ulteriori svolgimenti.

dall'insorgere di una crisi coniugale»⁵⁹. Il profilo funzionale del comodato abitativo preclude, quindi, la soluzione del recesso *ad nutum* da parte del comodante (art. 1810 c.c.)⁶⁰, sia pure temperata dal potere giudiziale di fissare *ex art. 1183 c.c.* un termine appropriato per il rilascio⁶¹.

L'esclusione della libera recedibilità dal contratto, in assenza dell'individuazione di un adeguato correttivo, finirebbe tuttavia per sacrificare eccessivamente la posizione del proprietario dell'immobile. Questi, infatti, non soltanto vede sostituirsi l'assegnatario all'originario comodatario quale controparte contrattuale, nonostante il carattere personale del contratto⁶², ma per di più è costretto a rinunciare, senza corrispettivo⁶³, al godimento del bene per un tempo indeterminato, che può coincidere con il raggiungimento dell'indipendenza economica dei figli del comodatario⁶⁴.

La Cassazione aveva adombrato, implicitamente, l'ipotesi di limitare al novennio la durata del vincolo, mediante l'applicazione analogica del termine previsto dall'art. 1599 c.c. in materia di locazione e richiamato dall'art. 6, comma 6, l. 1 dicembre 1970, n. 898⁶⁵. Non di meno, di là dagli ostacoli che si frappongono all'assimilazione della posizione del comodante a quella del locatore, per la diversità degli interessi coinvolti nei rispettivi rapporti, la nuova disciplina dell'assegnazione della casa familiare contenuta nell'art. 337

⁵⁹ Così, Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit., p. 16 che aggiunge «è implicita nella previsione di destinazione dell'immobile ad abitazione familiare la determinazione della durata della concessione, che va rapportata a tale uso». Sul comodato quale rapporto di durata si rinvia all'attenta analisi di CIPRIANI, N.: *Il comodato*, cit., p. 151 ss.

⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, cit.; Cass., 18 luglio 2008, n. 19939, cit.; Cass., 21 giugno 2011, n. 13592, in *Vita not.*, 2011, p. 1581; Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit.

⁶¹ Per questa soluzione, v. invece FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 212 ss.; in giurisprudenza, Cass., 22 marzo 1994, n. 2740, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2517; Cass., 17 ottobre 1997, n. 10258, in *Foro it.*, 1997, I, c. 849.

⁶² Proprio dall'essenzialità dell'*intuitus personae*, GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare", cit., p. 138, fa discendere l'impossibilità di assegnazione della casa goduta a titolo di comodato.

⁶³ Secondo GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare", cit., p. 137 s., è la gratuità del comodato a determinare un'irriducibile diversità dell'interesse del comodante rispetto a quello del locatore, sì da escludere l'applicazione analogica della norma che prevede il subingresso dell'assegnatario nel rapporto di locazione.

⁶⁴ Anche Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, cit., rileva: «un'opzione interpretativa che privasse in modo assoluto il comodante proprietario, che ha già rinunciato ad ogni rendita sul bene in favore della comunità familiare, di disporre fino al momento, peraltro imprevedibile all'atto della conclusione dell'accordo, del raggiungimento dell'indipendenza economica dell'ultimo dei figli conviventi con l'assegnatario, si risolverebbe in una sostanziale espropriazione delle facoltà e dei diritti connessi alla sua titolarità sull'immobile, con evidenti riflessi sulla sfera costituzionale della tutela del risparmio e della sua funzione previdenziale».

⁶⁵ Sul punto v. ZACCARIA, A.: "Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare", cit., p. 778 s.

sexies, comma 1, c.c. non contiene alcun riferimento all'art. 1599 c.c., sí da richiedere l'elaborazione di una diversa soluzione al problema della durata massima del rapporto.

Sono due le strade percorribili allo scopo di bilanciare i contrapposti interessi del comodante e del comodatario, salvaguardando altresí quello alla continuità abitativa della prole.

La prima suggerisce, in assenza di un accordo tra le parti, di affidare all'autorità giudiziaria l'individuazione del termine del rapporto, nel provvedimento di assegnazione o in sede di ridefinizione del medesimo⁶⁶. Il rischio, tuttavia, è quello di configurare il provvedimento di assegnazione quale nuovo titolo di godimento che si sostituisce al contratto di comodato, quanto meno sotto il profilo della disciplina del termine finale del rapporto⁶⁷. La seconda – recentemente condivisa dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione – è quella di valorizzare l'obbligo di restituzione al comodante nell'ipotesi di sopravvenienza di un bisogno imprevisto e urgente (art. 1809, comma 2, c.c.)⁶⁸, sí da giustificare l'interruzione del vincolo in presenza di necessità abitative o altre esigenze, anche di carattere patrimoniale, del proprietario, che appaiano in concreto maggiormente apprezzabili di quelle vantate dal comodatario⁶⁹.

⁶⁶ In argomento v. FERRANDO, G.: "L'assegnazione della casa familiare", cit., p. 340 s.

⁶⁷ Tale tesi – definita «aberrante» da GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare", cit., p. 139, nota 26, in quanto «la proprietà del comodante, benché anteriore all'assegnazione, viene platealmente calpestata» – era stata sostenuta, isolatamente, da Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 18 e successivamente superata dalle Sezioni Unite.

⁶⁸ In questa direzione si muovono Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit., p. 18, secondo la quale il bisogno non deve essere «grave», ma soltanto «urgente e impreveduto», e cioè «serio, non voluttuario, né capriccioso o artificiosamente indotto» e «sopravvenuto rispetto al momento della stipula»; Cass., 28 febbraio 2011, n. 4917, in *Fam. dir.*, 2011, p. 882. In proposito v. QUADRI, E.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato", cit., p. 26 s.

⁶⁹ Si vedano, Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit., p. 18, la quale afferma che «non solo la necessità di uso diretto, ma anche il sopravvenire imprevisto del deterioramento della condizione economica, che obbiettivamente giustifichi la restituzione del bene anche ai fini della vendita o di una redditizia locazione del bene immobile, consente di porre fine al comodato anche se la destinazione sia quella di casa familiare»; Cass., 28 febbraio 2011, n. 4917, cit., p. 882, che annovera tra i bisogni segnati dai requisiti dell'urgenza e della non previsione il caso della comodante che richiede la restituzione dell'immobile per abitarvi, in ragione della sopravvenuta impossibilità di continuare a vivere quale ospite presso il figlio. Nella giurisprudenza di merito, secondo Trib. Modena, 6 luglio 2012, in *Arch. loc.*, 2012, p. 545, l'estinzione anticipata del comodato è legittimata dall'esigenza di trasferimento e reperimento di una nuova abitazione da parte del comodante, determinata tanto da problemi di salute quanto dalla sopravvenuta separazione

In altri termini, la mancata qualificazione del rapporto in termini di precario richiede di utilizzare l'obbligo di restituzione dell'immobile per sopravvenuto bisogno del comodante, allo scopo di limitare la durata indeterminata del vincolo. In tal modo, il giudice è chiamato a compiere un bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti⁷⁰, sí da esercitare un controllo sulle ragioni poste alla base della richiesta di restituzione del comodante, verificandone la proporzionalità e adeguatezza rispetto al contrapposto interesse del comodatario.

VI. DURATA DELL'ASSEGNAZIONE E IPOTESI DI CESSAZIONE.

La formulazione dell'art. 337 *sexies*, comma 1, c.c. lascia irrisolta anche la questione della durata dell'assegnazione, limitandosi a prevedere che il diritto di godimento «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».

La disposizione codicistica, non prevedendo una durata massima dell'assegnazione, non annovera tra le cause di estinzione del diritto il decorso del termine⁷¹. Tuttavia, la naturale temporaneità dell'attribuzione⁷² richiederebbe di valorizzare, nella prassi giurisprudenziale, la fissazione di un termine esplicito, adeguato alle caratteristiche della fattispecie concreta, nel provvedimento giudiziale di assegnazione o in sede di revisione dello stesso.

dalla moglie. In dottrina, già, GIAMPICCOLO, G.: *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1972, p. 37, menzionava la «necessità di disporre del bene anche ad altro fine (es., bisogno urgente di danaro e conseguente necessità di alienare la cosa)».

⁷⁰ Ricollegano al bilanciamento degli interessi il controllo giudiziale sulla urgenza e imprevedibilità del bisogno addotto dal comodante *ex art.* 1809, comma 2, c.c., GALASSO, A.: *Il comodato*, cit., p. 184; CIPRIANI, N.: *Il comodato*, cit., p. 382. Precisa Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit., p. 18, che occorre «massima attenzione in quel controllo di proporzionalità e adeguatezza, sempre dovuto in materia contrattuale, che il giudice deve compiere quando valuta il bisogno fatto valere con la domanda di restituzione e lo compara al contrapposto interesse del comodatario».

⁷¹ Il problema della durata dell'assegnazione è stato già affrontato, in termini generali, da BIN, M.: *I rapporti di famiglia*, in *Riv. trim.*, 1986, p. 201, il quale auspicava «un uso più ampio» dell'assegnazione a tempo determinato «rara nella pratica»; e soprattutto da BELVEDERE, A.: *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 284 ss., secondo il quale occorre trovare «un rimedio alla durata pressoché indeterminata della assegnazione», la quale incrementa la svalutazione «degli interessi del coniuge titolare di diritti sulla casa». In particolare, si osserva che se la *ratio* della misura dell'assegnazione consiste «nell'evitare ai figli il trauma di un improvviso allontanamento dal loro ambiente», il giudice dovrebbe commisurare la durata dell'assegnazione alle necessità del caso concreto.

⁷² Di «intrinseca provvisorietà» discorre C. cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Giur. it.*, 2009, p. 1155 ss.

In particolare, l'intensità della tutela della posizione dei figli è destinata a ridursi radicalmente al crescere della loro età, al punto da venir meno non già – come sostenuto dalla giurisprudenza – al conseguimento dell'indipendenza economica della prole maggiorenne⁷³, ma quando l'allontanamento dal consueto *habitat* non rechi pregiudizio a una crescita armoniosa, con una conseguente mitigazione della durata dell'assegnazione a vantaggio del proprietario.

La giurisprudenza ha arricchito l'elencazione delle cause di estinzione previste dall'art. 337 *sexies*, comma 1, c.c. aggiungendovi, oltre al già menzionato raggiungimento dell'autosufficienza economica, anche la cessazione della convivenza con i figli; la riconciliazione dei coniugi; la morte dell'assegnatario; l'assegnazione a questi dell'immobile in proprietà esclusiva in sede divisionale; l'estinzione del titolo di godimento del bene (ad esempio, per scadenza del termine dell'usufrutto, della locazione, del comodato).

Nelle ipotesi di nuovo matrimonio o di convivenza del genitore la Corte costituzionale ha escluso l'automatismo della revoca, subordinandola a un giudizio di conformità all'interesse della prole⁷⁴. Più in generale, il Giudice delle leggi ha individuato nell'ordinamento un «principio generale» di «modificabilità in ogni tempo» del provvedimento di assegnazione per «fatti sopravvenuti». Essi, tuttavia, non operano mai di diritto, ma sollecitano sempre una nuova valutazione giudiziale alla luce dell'interesse del minore⁷⁵. Pertanto, ogni ipotesi di revisione o estinzione del diritto – ad eccezione della morte del titolare – richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria che, nel modulare la durata dell'assegnazione, è chiamata a rinnovare la ponderazione degli interessi in conflitto già compiuta al momento dell'attribuzione⁷⁶.

⁷³ Secondo Cass., 30 marzo 2012, n. 5174, in *Dejure* online: «L'età del figlio convivente non rileva ai fini dell'assegnamento, perché ciò che assume rilievo è la convivenza con il coniuge assegnatario e la condizione di non autosufficiente del figlio». V. altresì, tra le numerose decisioni, Cass., 22 marzo 2010, n. 6861, *ivi*; Cass., 28 gennaio 2009, n. 2184, cit.

⁷⁴ C. cost., 30 luglio 2008, n. 308, cit., p. 1155 ss. La probabile illegittimità costituzionale dell'art. 155 *quater* c.c., nella parte in cui prevedeva tra le cause di estinzione le nuove nozze o la convivenza *more uxorio* dell'assegnatario era stata sostenuta, tra gli altri, da BASINI, G.: «Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'art. 155 *quater* c.c.», in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, p. 618 ss.; FERRANDO, G.: «La convivenza *more uxorio* della madre non fa cessare il diritto di abitare nella casa familiare», cit., p. 516 ss.

⁷⁵ C. cost., 30 luglio 2008, n. 308, cit., p. 1155 ss.

⁷⁶ Secondo SESTA, M.: «Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali», in *Fam. e dir.*, 2006, p. 387, il fattore tempo concorre nel giudizio di comparazione tra ragioni proprietarie del genitore titolare e interessi della prole.

VII. CONCLUSIONI.

La ridefinizione del fondamento assiologico dell'assegnazione della casa familiare – ravvisato nella tutela della personalità della prole e non nello specifico interesse alla continuità abitativa – impone una revisione critica della posizione giurisprudenziale che, nel compiere *a priori* una graduazione degli interessi in conflitto, non appare sensibile all'esigenza di calibrare la scelta del rimedio civile alle peculiarità del caso concreto.

Senza disperdere l'ispirazione personalistica della disciplina dell'assegnazione – trasformandola in una forma di contributo economico al mantenimento dei figli – diviene indispensabile tenere conto della meritevolezza di tutela delle situazioni ascrivibili ai soggetti titolari (in via esclusiva o concorrente) dell'immobile, che rivestono talvolta rango costituzionale.

L'abbandono di ogni automatismo interpretativo orienta, così, verso soluzioni in grado di armonizzare, secondo proporzionalità e ragionevolezza, tutte le esigenze esistenziali e patrimoniali, che si intrecciano nel luogo ove si è sviluppata la convivenza familiare.

ÍNDICE

CASA FAMILIARE E ACCORDI TRA I CONIUGI
NELLA CRISI DELLA COPPIA

FAMILY HOME AND AGREEMENT BETWEEN SPOUSES
IN THE MARITAL CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 371 - 395

Fecha entrega: 18/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dr. LOREDANA TULLIO
Professore associato di Diritto privato
Università degli Studi del Molise
loredana.tullio@unimol.it

RESUMEN: Dopo aver definito il concetto di casa familiare quale *habitat* o focolare domestico e aver messo in luce lo stretto rapporto tra famiglia e abitazione ove si svolge la comunione materiale e spirituale di vita, l'autore passa a illustrare le scelte pattuite dai coniugi, nella fase patologica del vincolo matrimoniale, aventi ad oggetto tale bene. Sulla scia del potere di autodeterminazione riconosciuto alla coppia, sono dunque analizzati sia gli accordi prematrimoniali sottoscritti in previsione della possibile futura crisi coniugale, sia le scelte negoziate in vista della separazione consensuale, sia le convenzioni concluse con o senza l'assistenza di legali, individuando i diversi *iter* procedurali e le limitazioni prescritte dal legislatore nella "libera" determinazione dell'assegnazione della casa.

PALABRAS CLAVE: Casa familiare; *habitat* domestico; interesse dei figli; accordo tra coniugi; negoziazione assistita.

ABSTRACT: Defined the concept of the family housing as domestic habitat, the essay illustrates some expressions of the party autonomy of the spouses: i.e. the agreements that can be stipulated in this field. In particular, the article analyses the prenuptial agreements regarding possible marital crisis, other agreements which concern the separation, the agreements concluded with or without the assistance of lawyers, by identifying the different procedures and limitations prescribed by legislation on the assignement to housing.

KEY WORDS: Family home; domestic habitat; best interest of the children; agreement between spouses; "assisted negotiation".

SUMARIO: I. OGGETTO DELL'ASSEGNAZIONE: LA CASA FAMILIARE. - II. TRA SOCIALE E GIURIDICO: COMUNITÀ DI VITA E RILIEVI NORMATIVI. - III. I LIMITI ALL'AUTONOMIA DEI CONIUGI. - IV. GLI ACCORDI PREMATRIMONIALI. - V. I PATTI SULLA CASA FAMILIARE. - VI. GLI ACCORDI CONCLUSI DINANZI AL SINDACO. - VII. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E LE ATTRIBUZIONI DELLA CASA FAMILIARE... - 1. ...in presenza di figli. - 2. ...in assenza di figli. - VIII. NATURA DELL'ATTO CONCLUSO DAI CONIUGI: "ACCORDO" O "CONTRATTO"?

I. OGGETTO DELL'ASSEGNAZIONE: LA CASA FAMILIARE.

Per quanto differenti possano essere le modalità di organizzazione della famiglia¹, presupposto imprescindibile per la 'sopravvivenza' di tale formazione sociale² è la casa familiare, culla nella quale si sviluppa la personalità dei vari componenti del nucleo³ e intorno alla quale si affastellano l'insieme delle delicate questioni inerenti interessi esistenziali, più che patrimoniali, dei differenti membri della comunità domestica⁴. È in tale

¹ Con il termine famiglia non si designa un modello unitario, ma una pluralizzazione di modelli familiari che trova una sintesi nella formula evocata da F.D. BUSNELLI, "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Rivista di diritto civile*, 2002, I, p. 520: accanto alla famiglia fondata sul matrimonio viene a plasmarsi la famiglia c.d. di fatto [cfr. PROSPERI, F.: *Famiglia non fondata sul matrimonio*, Esi, Camerino-Napoli, 1980; PERLINGIERI, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", *Rassegna di diritto civile*, 1988, p. 601 ss.; BALESTRA, L.: *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2009] o, ancora, la famiglia ricomposta o rinnovata (anche detta famigliastra o *stepfamily*), ossia formata da soggetti che provengono da precedenti esperienze di coppia fallite, nelle quali vi sia la presenza di figli dell'uno e/o dell'altro *partners* [v. BUZZELLI, D.: *La famiglia 'composita'*, Jovene, Napoli, 2012, p. 16 ss.; AULETTA, T.: "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *Famiglia*, 2005, I, p. 19 ss.; AA.VV.: *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte* (coord. por S. MAZZONI), Giuffrè, Milano, 2002; RESCIGNO, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Famiglia*, 2002, I, p. 1 ss.; CASABURI, G.: "Dalla matrigna di Biancaneve alla *step mother* ed altro ancora", *Foro italiano*, 2015, I, c. 1802 ss.].

² Cfr., più ampiamente, PERLINGIERI, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", *Diritto e giustizia*, 1979, pp. 775-778, il quale discorre della «"formazione sociale" famiglia, nella sua funzione costituzionalmente rilevante e nella peculiare solidarietà che ne caratterizza le vicende interne, ispirate alla pari dignità morale e giuridica dei suoi componenti». V., inoltre, FERRI, G.B.: "Persona umana e formazioni sociali", in ID., *Saggi di diritto civile*, Maggioli, Rimini, 1993, p. 26 ss.

³ Con riguardo a tali «comunità intermedie» le quali rappresentano «"luogo" naturale di svolgimento della personalità» degli individui che ne fanno parte v. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006, pp. 434 ss. e 439.

⁴ MANTOVANI, M.: "Casa familiare (assegnazione della)", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Istituto della enciclopedia italiana fondata da G. Treccani, Roma, 2008, p. 1;

«richiam[o] spazial[e]»⁵, infatti, che prendono vita l'educazione e promozione di coloro che ne fanno parte⁶, trovano soddisfacimento bisogni morali e materiali, crescono le nuove generazioni nella costituzione di «un *continuum* esistenziale, fatto di lessico particolare, di abitudini, di cultura e di professionalità, di valori»⁷, e ciascun componente ne diventa interprete responsabile, tenuto al sostanziale rispetto dell'acquisita dignità familiare e di quella peculiare solidarietà che ne caratterizza le vicende interne.

La casa familiare, dunque, deve essere intesa non soltanto come l'immobile ove è localizzata la comunità domestica ossia, sulla base di quell'«originaria necessità dei luoghi»⁸, lo spazio fisico – «l'appartamento, la villa, il palazzo o, al limite, la disastrosa baracca»⁹ – ove si svolge la coabitazione (obbligatoria in caso di matrimonio, *ex art.* 143, comma 2, c.c.)¹⁰ o la convivenza¹¹ ma, soprattutto, il “non-luogo”, ossia il c.d. *habitat*¹² o «focolare»¹³ domestico, il

BELVEDERE, A.: “Residenza e casa familiare: riflessioni critiche”, *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 271 ss.

⁵ IRTI, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 3.

⁶ PERLINGIERI, P.: “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 72 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 425-459, il quale sottolinea che «La famiglia non è persona giuridica, né può essere concepita come un soggetto di autonomi diritti», giacché «è formazione sociale, luogo-comunità tendente alla formazione ed allo sviluppo delle personalità di coloro che vi partecipano»; essa, dunque esprime «una funzione strumentale per la migliore realizzazione degli interessi, affettivi ed esistenziali, dei suoi componenti».

⁷ PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 429; ID.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, *Legalità e giustizia*, 1986, pp. 484-499.

⁸ IRTI, N.: *Norma e luoghi*, cit., p. 3.

⁹ FINOCCHIARO, M.: “Casa familiare (attribuzione della)”, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 271; sulla nozione di casa familiare cfr., più ampiamente, FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 7.

¹⁰ GIUSTI, G.: “Casa coniugale”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento VII, Utet, Torino, 2012, p. 149 ss.

¹¹ Spunti ricostruttivi sulla distinzione tra coabitazione e convivenza in SANTOSUOSSO, F.: *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2011, p. 106 s.

¹² Di «*habitat* domestico, centro di affetti, di interessi e di consuetudini familiari» discorre Cass., 9 settembre 2002, n. 13065, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2003, p. 36, con note di TOMMASINI, M.F.: “Il problema dell'assegnazione della casa familiare «non disponibile» e della natura giuridica del contributo compensativo”, e di LIUZZI, A.: “Assegnazione della casa coniugale e indennità sostitutiva del mancato godimento”, *Famiglia e diritto*, 2002, p. 587 ss.; cfr., inoltre, IRTI, C.: “La casa familiare come *habitat* domestico” (nota a Cass., Sez. I, 4 luglio 2011, n. 14553), *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 657; PANUCCIO DATTOLA, F.: “Lo status dei coniugi separati” (cap. VI), e GIACOBBE, G. e FREZZA, G.: “Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio” (cap. VIII), in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. por P. ZATTI), I, *Famiglia e matrimonio*, 2, *Separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2002, rispettivamente pp. 1108 ss. e 1341 ss.

¹³ Cosí, FINOCCHIARO, M.: “Casa familiare”, cit., p. 273.

centro degli affetti e degli interessi¹⁴ nel quale si esprime e si articola l'unità della famiglia, fatta di sentimenti, di vita e di storia¹⁵. Vi è, dunque, nella determinazione di tale concetto, un intreccio del profilo 'materiale', «la stabile fisicità del luogo», con il «profilo 'ideale'»¹⁶, quel «mondo degli affetti»¹⁷, che plasma l'ambiente domestico. Sí che, ad esempio, non può considerarsi tale una 'aspettativa' (o 'progetto') di casa familiare, atteso che, in questa prospettata fattispecie, pur esistendo l'immobile, non sussiste un 'luogo' che, di fatto, abbia costituito il centro di aggregazione della famiglia¹⁸. Lo stesso dicasi con riguardo a quelle località di villeggiatura o usate per soggiorni temporanei seppur effettuati con periodica e abituale ripetizione¹⁹, ovvero – in linea con tale prospettiva – la casa presso la quale il coniuge è andato ad abitare dopo un lungo periodo di separazione di fatto²⁰.

Oggetto del provvedimento di assegnazione è, in sintesi, l'immobile che rappresenta il «fulcro degli affari, degli interessi, delle abitudini»²¹ nel quale si sviluppa la vita della famiglia; «quel complesso di beni funzionalmente attrezzato» – come ebbe modo di precisare la stessa Consulta²² – «per

¹⁴ FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, p. 240 s., il quale individua, nella complessa stratificazione sociale, la necessaria «misura concettuale dell'azione» e, attraverso il procedimento di qualificazione, giunge a distinguere l'emozione, il desiderio e l'interesse.

¹⁵ In questi termini PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 429.

¹⁶ IRTI, N.: *Norma e luoghi*, cit., p. 4.

¹⁷ JEMOLO, A.C.: «La famiglia e il diritto», *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1949, p. 47.

¹⁸ Non può considerarsi, ad esempio, casa familiare quella in cui la famiglia avrebbe dovuto trasferirsi qualora non fosse avvenuta la separazione. Allo stesso modo, Cass., Sez. I, 4 luglio 2011, n. 14553, cit., p. 655 ss., ha escluso che possa essere assegnata come casa familiare l'immobile acquistato dai coniugi per farne la propria abitazione ma non ancora abitata al momento della separazione; sí che, ai fini dell'assegnazione, la giurisprudenza di legittimità attribuisce rilievo alla sola «effettiva utilizzazione del complesso dei beni» volto ad «assicurare l'esistenza domestica della comunità familiare» (così, Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, *Foro italiano*, 1997, I, c. 3331). V., inoltre, FREZZA, G.: «La casa (già) familiare», *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, p. 718 ss.

¹⁹ Cass., 16 luglio 1992, n. 8667, *Giustizia civile*, 1992, I, p. 3002. Criticamente dottrina minoritaria, secondo la quale anche l'abitazione per le vacanze può rappresentare una specie di «estensione» (stagionale) dell'ambiente familiare: così, QUADRI, E.: «L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio», *Famiglia e diritto*, 1995, p. 283, e CUBEDDU, M.G.: «L'assegnazione della casa familiare», in AA.VV.: *L'affidamento condiviso* (coord. por S. PATTI e L. ROSSI CARLEO), Giuffrè, Milano, 2006, p. 34.

²⁰ Cass., 24 luglio 2012, n. 12977, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 1112.

²¹ ANCeschi, A.: «Assegnazione della casa familiare», in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento 8, Utet, Torino, 2013, p. 76.

²² Così, Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, *Foro italiano*, 1989, I, c. 3336, la quale, in tal modo, puntualizza che la casa familiare «non è esauribile nell'immobile, spoglio della

assicurare la esistenza domestica della comunità familiare», localizzato con riguardo ad uno stato duraturo e prevalente della convivenza²³.

II. TRA SOCIALE E GIURIDICO: COMUNITÀ DI VITA E RILIEVI NORMATIVI.

Di tale centro di aggregazione della famiglia il diritto se ne occupa là dove ne assicura una tutela di rango costituzionale, riconoscendo l'abitazione quale diritto fondamentale della persona²⁴. Ad ogni modo, è soltanto nella fase patologica del vivere insieme che tale tutela trova la necessità di un'attuazione per assicurare il pieno soddisfacimento del predetto diritto.

Non è semplice, né opportuno, infatti, delineare l'esistenza e la disciplina di quel che ben potrebbe essere raffigurato quale «spazio giuridico vuoto ove troverebbero posto tutti o gran parte dei rapporti personali»²⁵: un ampio velo è gettato sulle congerie di legami che nascono all'interno del nucleo familiare, sigillate dal giudizio di inaccessibilità che ne segna le vicende interne²⁶. Sí che l'attenzione del giurista ricade sulla comunione materiale e spirituale di vita (oltre che nella eventuale fase costitutiva del vincolo matrimoniale) nella fase estintiva del rapporto, quando occorre tutelare i membri della famiglia e assistere i soggetti deboli (figli minori, figli maggiorenni portatori di handicap grave, *ex* coniuge) assicurando loro una stabile collocazione. Vi sarebbe, in altri termini, una «assenza del momento giuridico nella fisiologia dei rapporti

normale dotazione di mobili e suppellettili per l'uso quotidiano della famiglia»; in essa sono ricompresi arredi, elettrodomestici, e tutti i servizi o pertinenze (es. autorimessa) necessari alla tutela della prole: cfr. Cass., 2 luglio 1997, n. 6774, Giustizia civile, 1991, p. 1800; sul punto, FINOCCHIARO, M.: «Casa familiare», cit., p. 275; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1 *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 223.

²³ IRTI, C.: «La casa familiare come *habitat*», cit., p. 659; EAD., «Casa familiare e autonomia negoziale», *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 54; di «requisito dell'abitudine e della stabilità» discorre ANCeschi, A.: «Assegnazione della casa», cit., p. 77; fanno richiamo alla «stabilità, abitudine e continuità» GIACOBBE, G. e VIRGADAMO, P.: «Il matrimonio», II, *Separazione e divorzio*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (dir. por R. SACCO), Utet, Torino, 2011, p. 283.

²⁴ V. Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, Giustizia civile, 1988, II, p. 1654; ROLLI, R.: *Il diritto all'abitazione come diritto fondamentale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 14 ss., e più di recente EAD., «Diritto di abitazione e risarcimento del danno non patrimoniale», *Danno e responsabilità*, 2014, p. 526 ss.

²⁵ FEMIA, P.: *Matrimonio senza famiglia e matrimonio ad attuazione atipica*, Esi, Napoli, 2000, p. 36; v., inoltre, ENGISCH, K.: «Der Rechtsfreie Raum» (1948), in ID.: *Beiträge zur Rechtslehre*, Frankfurt a. M., 1969, p. 9, per il quale tale «spazio giuridico vuoto» non è assimilabile ad una lacuna di legge.

²⁶ Così, FEMIA, P.: *Matrimonio*, cit., p. 34 s.

coniugali»²⁷ ed il diritto interverrebbe soltanto quando l'ordine familiare, spontaneamente negoziato, non possa più ricostituirsi, ossia quando la coabitazione non è più in atto o si palesa come non più tollerabile: è in tale fase che occorre sia risolvere il problema dell'abitazione della coppia in corso di dissoluzione, i cui *partners*, per diverse e condivisibili ragioni, non intendono più dormire sotto lo stesso tetto, sia l'esigenza primaria di assicurare ai figli uno stabile ambiente abitativo.

La materia diviene così oggetto di numerosi interventi legislativi²⁸ (in specie art. 337 *sexies* c.c., già 155-*quater*) che dispongono una serie di «prescrizioni in tema di residenza», vevoli in tutti i casi in cui venga meno la convivenza familiare.

III. I LIMITI ALL'AUTONOMIA DEI CONIUGI.

Sia la disciplina legislativa in tema di assegnazione della casa familiare che le numerose e travagliate elaborazioni giurisprudenziali²⁹ al riguardo sono volte a ravvisare nella tutela dell'*habitat* domestico un prioritario interesse della prole. Sono i figli (minorenni o maggiorenni incolpevolmente privi di adeguati mezzi autonomi di sostentamento³⁰), difatti, a godere della

²⁷ V., più ampiamente, FEMIA, P.: *Matrimonio*, cit., p. 94. Sì che il diritto dovrebbe dirsi non «di famiglia», ma «della crisi della famiglia»: FERRI, G.B.: «Il diritto civile e il suo doppio» (1993), in ID.: *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994, p. 145 s.

²⁸ Nell'originaria formulazione degli artt. 155 e 156 c.c., nessuna menzione era fatta alla casa familiare; nella stessa ottica si poneva inizialmente la l. 1 dicembre 1970, n. 898, che sul punto taceva [FINOCCHIARO, M.: «Casa familiare», cit., p. 271]. Il tema venne in séguito preso in esame dalla l. 12 agosto 1974, n. 351, nonché dalla riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151); seguirono ulteriori modifiche anche nella legge in tema di cessazione degli effetti civili del matrimonio (1987). Ma occorrerà attendere la riforma sull'affido condiviso del 2006 – che le ha espressamente dedicato un'assegnazione autonoma (con l'art. 155 *quater* c.c.) (cfr. ANCeschi, A.: «Assegnazione della casa», cit., p. 73 ss.) – e la più recente riforma sullo *status* unico di figlio del 2013 (art. 337 *sexies* c.c.; cfr. FREZZA, G.: «Il nuovo art. 337 *sexies* c.c.: appunti e spunti», *Archivio giuridico*, 2014, p. 163 ss.) per addivenire ad un definitivo ammodernamento della disciplina, resa ancor più puntuale dalle nuove modalità di separazione previste con la negoziazione assistita (D.lg. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162: *infra*, testo alla nota 65).

²⁹ In tal senso, TORRENTE, A. e SCHLENSINGER, P.: *Manuale di diritto privato*, 22^a ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 1243.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 22 marzo 2010, n. 6861, *Famiglia e diritto*, 2010, p. 776 ss., con nota di PATANIA, E.: «Il figlio maggiorenne anche se lavora in un'altra città non perde il diritto ad abitare nella casa assegnata alla madre né il diritto al mantenimento»; Cass., Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1198, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 1164 ss., con nota di DI NARDO, M.: «Assegnazione della casa familiare al coniuge convivente con figli

possibilità di continuare a vivere – a prescindere dalle condizioni economiche del genitore presso il quale sono collocati e dall’eventuale sua responsabilità nella rottura del rapporto coniugale – nell’abitazione presso la quale hanno trascorso i loro anni di vita; scelta che mira ad evitare nei loro riguardi, oltre il disagio della separazione dei genitori, l’ulteriore trauma di un forzoso allontanamento da quello che, sino a qualche giorno prima, rappresentava il proprio ambiente familiare³¹.

Non sono mancate, ad ogni modo, pronunce differenti, adottate sulla scia di altri parametri che finiscono, talvolta, col rivestire una valenza superiore al beneficio che possa derivare ai figli dal permanere nella casa familiare³²: soluzioni alle quali si giunge attraverso un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi e, comunque, volte alla preminente tutela della dignità della persona³³.

Sì che, lo stesso principio dell’«accordo intervenuto tra i genitori»³⁴, tanto

maggiorenni: condizioni e limiti del provvedimento”. La raggiunta autonomia economica fa sì che tali figli, divenuti adulti, possano effettuare le scelte di vita ritenute preferibili senza che più occorra intervenire a protezione degli stessi: così, Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, Giustizia civile, 2007, I, p. 112.

³¹ Presupposto fondamentale dell’assegnazione è la salvaguardia della relazione tra «le esigenze della persona e la continuazione dell’uso del bene, secondo l’interesse prioritario alla stabilità di vita»: CUBEDDU, M.G.: “La separazione”, in AA.VV.: *Diritto della famiglia* (coord. per S. PATTI e M.G. CUBEDDU), Giuffrè, Milano, 2011, p. 562. Alle stesse esigenze risponde l’art. 540, comma 2, in ambito successorio: in particolare, esso mira ad evitare al coniuge superstite il turbamento connesso con l’eventualità di una forzosa alterazione dell’ambiente di vita: così GABRIELLI, G.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. per G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI), V, Cedam, Padova, 1992, p. 56 ss.

³² Si pensi all’ipotesi in cui il coniuge sia gravemente infermo o portatore di handicap e alla necessità di tener conto della lettura della norma codicistica in combinato disposto con l’art. 6, comma 6, della l. 1 dicembre 1970, n. 898. Cfr. ZAULI, F.: “Assegnazione o meno della casa familiare al coniuge più debole”, *Famiglia, persone e successioni*, 2009, p. 115 ss. (nota a Cass., Sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3934); GRASSO, G.: “L’assegnazione della casa familiare e la tutela del coniuge più debole: “corsi e ricorsi” in dottrina e giurisprudenza”, *Famiglia e diritto*, 2008, p. 701 ss.; RIMINI, C.: “La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative”, *ivi*, 2008, p. 412 ss.; PIRILLI, D.: “L’assegnazione della casa familiare: sussidio o strumento di tutela del coniuge “debole” e dei figli?”, *Diritto delle famiglie e delle persone*, 2005, p. 37 ss.

³³ Per un’attenta valutazione degli interessi in gioco v., *retro*, in questo volume, CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Assegnazione della casa familiare. Funzioni e interessi in conflitto”; cfr., inoltre, GALLUZZO, F.: “L’assegnazione della casa familiare: un difficile bilanciamento di interessi”, *Corriere giuridico*, 2011, p. 1101 ss.

³⁴ DI GRAVIO, V.: “Gli accordi tra genitori in sede di separazione”, e BELLISARIO, E.: “Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali”, entrambi AA.VV.: *L’affidamento condiviso* (coord. per S. PATTI e L. ROSSI CARLEO), cit., rispettivamente, pp. 55 ss. e 69 ss.

valorizzato sin dal suo nascere (con la riforma del 2006)³⁵ per accogliere le ragioni di scelte private o, piú in generale, per sanare un conflitto in atto anche attraverso il ricorso alla mediazione, ben potrebbe soccombere rispetto alla «protezione quasi illimitata degli interessi della prole»³⁶ o alla comprovata ‘debolezza’ del coniuge³⁷.

La volontà pattizia si arresta, dunque, dinanzi a tali limiti³⁸.

In sintesi, nel riordino delle relazioni familiari, affettive e soprattutto economiche, i coniugi, nell’esercizio della loro autonomia, hanno facoltà di individuare i beni immobili da rendere oggetto di assegnazione; disporre l’attribuzione di suppellettili, elettrodomestici, arredi³⁹ e pertinenze relative; in taluni casi, possono decidere anche condizioni⁴⁰ e limiti di durata⁴¹. Tuttavia, in merito all’efficacia del patto cosí realizzato, sono ipotizzabili delle limitazioni basate ora sulla presenza o meno di figli (minorenni o

³⁵ L’intera riforma sull’affido condiviso intende offrire uno strumento per dialogare; l’accordo è espressione che compare molteplici volte nella normativa codicistica: «accordi intervenuti tra i genitori» (art. 337 *ter*, comma 2), decisioni «assunte di comune accordo» (art. 337 *ter*, comma 3), «Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti» (art. 337 *ter*, comma 4), «si prende atto di un accordo dei genitori» (art. 337 *sexies*, comma 1), «tentino una mediazione per raggiungere un accordo» (art. 337 *sexies*, comma 2).

³⁶ Sul punto, ampiamente, CUBEDDU, M.G.: “L’assegnazione”, cit., p. 189.

³⁷ RUSSO, R.: “Assegnazione della casa familiare a tutela del coniuge disabile”, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 1011 s. (nota a App. Venezia, Sez. III, 6 marzo 2013, n. 25). Con riguardo al coniuge gravemente infermo Cass., 24 agosto 1990, n. 8705, Nuova giurisprudenza civile commentata, 1991, I, p. 92 ss.

³⁸ Cfr., piú ampiamente, PALAZZO, M.: “Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive”, *Rivista di diritto civile*, II, 2015, p. 581, il quale pone in luce altri interessi di primaria importanza: «quelli dei figli, di un eventuale nuovo coniuge o convivente [...], dei figli nati dalla seconda unione»; su tale ultimo aspetto v. AL MUREDEN, E.: “Il “diritto a formare una seconda famiglia” tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di “autoresponsabilità””, *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1043 ss.

³⁹ V., con riguardo ad una convenzione conclusa tra i coniugi in sede di separazione consensuale, ma non trasfusa nel verbale omologato, Cass., Sez. I, 8 novembre 2011, n. 23801, *Foro italiano*, 2007, I, c. 1189: accordo con il quale i coniugi stabilivano che parte dei beni costituenti l’arredo della casa coniugale venivano concessi in comodato gratuito alla moglie, assegnataria della casa, fino a quando il marito non avesse deciso di ritirarli. Cfr., piú ampiamente, IRTI, C.: “Casa familiare”, cit., p. 55, e GIUSTI, G.: “Casa coniugale”, cit., p. 158.

⁴⁰ Come, ad es., là dove sia stabilito – con accordo intervenuto tra i coniugi in sede di separazione – che la moglie sia autorizzata a continuare a occupare la casa familiare fintanto che fosse stata convivente con uno dei figli anche maggiorenni, e ciò a prescindere dall’autosufficienza di essi: v., al riguardo, ARCERI, A.: “Gli accordi sul godimento della casa coniugale al vaglio della Cassazione”, *Famiglia e diritto*, 2012, p. 773 ss. (nota a Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 387).

⁴¹ CONTIERO, G.: *Assegnazione della casa coniugale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 79 ss.

maggiores; maggiori autonomamente indipendenti; maggiori inabili) ora sulla salvaguardia di superiori interessi della persona.

Prima di verificare come tali aspetti possano giocare un ruolo di rilievo nella negoziazione dei coniugi occorre distinguere l'accordo sottoscritto prima delle nozze (c.d. prematrimoniale) dalla convenzione con la quale si dispone l'assegnazione pattizia della casa familiare conseguente al momento estintivo del legame matrimoniale (soluzione alla quale sarà dedicata la più ampia attenzione in tale studio).

IV. GLI ACCORDI PREMATRIMONIALI.

Il tema dei *prenuptial agreements* ha ricevuto ampia attenzione sin dagli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso⁴², rappresentando uno dei più significativi ambiti di emersione di questa “contrattualizzazione” delle relazioni “amorose” volte a regolare le conseguenze patrimoniali susseguenti al possibile (e meticolosamente calcolato) prevalere di *Thanatos* su *Eros*⁴³.

Prima di convolare a nozze, infatti, i nubendi possono sottoscrivere – nei limiti dettati dalla legge⁴⁴ – degli accordi c.dd. prematrimoniali in vista della separazione o del divorzio. Finalità principale di questi patti è quella di «stemperare le assai probabili conseguenze negative susseguenti allo scioglimento di una unione che», l'incedere del tempo, ha reso «inadeguata a

⁴² Cfr., di recente, FUSARO, A.: “*Marital contracts, Ehevertraege*, convenzioni e accordi prematrimoniali, Linee di una ricerca comparatistica”, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2012, II, p. 451 ss.; OBERTO, G.: “«Prenuptial agreement in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale”, Rivista di diritto civile, 1999, II, p. 171 ss.

⁴³ V., più ampiamente, GAZZONI, F.: *Amore e Diritto ovvero i diritti dell'amore*, Esi, Napoli, 1994, p. 3; più di recente PALAZZO, A.: *Eros e Jus*, ed. Mimesis, Milano, 2015.

⁴⁴ Cfr. art. 160 c.c. che sancisce l'inderogabilità degli *status* e dei doveri coniugali. Al riguardo: RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 231 s. e 247; BUGETTI, M.N.: *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 4 ss.; GABRIELLI, G.: “Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza”, Rivista di diritto civile, 1996, I, p. 695 ss.; cfr., inoltre, DONISI, C.: “Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia”, Rassegna di diritto civile, 1997, p. 494 ss.; RUSSO, T.V.: *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e «crisi» della famiglia*, Esi, Napoli, 2001, p. 31 ss., e ID.: “Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia”, Rassegna di diritto civile, 2014, p. 459 ss. Va ricordato, poi, che le prestazioni dedotte in accordo sarebbero contraddistinte dalla futurità, pertanto non devono contrastare con norme imperative (es. art. 771 c.c.).

soddisfare le esigenze dei coniugi»⁴⁵. In tali patti, infatti, i promessi sposi sono liberi di “quantificare” in anticipo gli effetti della crisi della loro unione futura, salvaguardando in tal modo i propri patrimoni.

Sulla scia dell’ampia diffusione ricevuta dagli stessi negli ordinamenti di *common law*⁴⁶ (e le evidenti aperture in taluni Stati di *civil law*)⁴⁷, si è molto discusso in Italia sulla validità di tali negoziazioni destinate a regolare un futuro ed eventuale scioglimento del vincolo, sia perché potrebbero “mascherare” un accordo sugli *status*⁴⁸, sia in quanto contrari al principio di ordine pubblico⁴⁹. Tuttavia, si tratta di un orientamento criticato in dottrina⁵⁰, che la stessa giurisprudenza di merito⁵¹ (e di recente anche di legittimità)⁵²

⁴⁵ TARDIA, I.: “Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole”, *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 261.

⁴⁶ MARELLA, M.R.: “Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno”, in AA.VV.: *Separazione e divorzio* (dir. por G. FERRANDO), in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (dir. por W. BIGIAMI), Utet, Torino, 2003, p. 153 ss.

⁴⁷ V., in particolare, l’innovativa decisione del Bundesverfassungsgericht, 6 febbraio 2001, FamRZ, 2001, p. 343 ss. (trad. it. in *Famiglia*, 2002, II, p. 203 ss, con nota di GEURTS, P.: “Accordi coniugali in vista del divorzio e tutela del partner debole”); per considerazioni, al riguardo, BARGELLI, E.: “Limiti dell’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)”, *Rivista di diritto civile*, 2003, II, p. 57 ss.; aspetto riprosto da ALPA, G. e BARGELLI, E.: “XI. Premessa: i rimedi alla crisi familiare”, in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. por P. ZATTI), VII, *Aggiornamenti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 185 s.

⁴⁸ TAGLIASACCHI, E.: “Accordi in vista della crisi coniugale: *from status to contract?*”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 94 ss.; LAS CASAS, A.: “Accordi prematrimoniali, *status* dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica”, *I Contratti*, 2013, p. 913 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 25 gennaio 2012, n. 1084, dirittoegiustizia.it, 2012.

⁵⁰ RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, cit., p. 235; BUGETTI, M.N.: *La risoluzione*, cit., p. 38 ss.

⁵¹ Trib. Torino, ord., 20 aprile 2012, *Famiglia e diritto*, 2012, p. 803 ss., con nota di OBERTO, G.: “Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino”.

⁵² Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 357 ss., con note di: FILAURO, C.: “Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell’interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità”, e GALISAI, L.: “Conclusioni comuni e autonomia privata nel procedimento ordinario di divorzio”, *Corriere giuridico*, 2015, p. 780 ss.; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, *Massimario della Giustizia civile*, 2013, rv. 627597; Cass., Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 256 ss., con note di: TARDIA, I.: “Gli «accordi prematrimoniali»”, cit., p. 258 ss.; OBERTO, G.: “Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il *Distinguishing* finisce nella *Haarspaltemaschine*”, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 321 ss.; SANGERMANO, F.: “Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l’insopprimibile forza regolatrice dell’autonomia privata anche nel diritto di famiglia”, *Corriere giuridico*, 2013, p. 1563 ss.; SMANIOTTO, E.: “Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all’ordine pubblico e al buon costume”, *I contratti*, 2013, p. 223 ss.; GRAZZINI, B.:

inizia a mettere in discussione⁵³. Sarebbero difatti ammessi e ritenuti validi tali accordi purché non abbiano ad oggetto diritti indisponibili e non si sia in presenza di un coniuge economicamente debole. Trova, ad esempio, pieno favore quel patto mediante il quale due fidanzati decidono che, in caso di scioglimento del futuro vincolo, un immobile costituente bene personale del promesso sposo sia trasferito al futuro coniuge quale indennizzo per le spese da quest'ultimo sostenute nell'interesse della nascente famiglia: nella specie, per compensare i costi delle migliorie apportate ad altro immobile, del quale non è proprietario, da adibirsi a casa coniugale. Un impegno qualificato dalla recente giurisprudenza quale *datio in solutum*⁵⁴, sigillato in un contratto 'atipico' espressione dell'autonomia negoziale dei nubendi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

È in tal modo assicurato il rispetto dei principi fondamentali di «libertà, dignità e responsabilità»⁵⁵ letti e interpretati alla luce della solidarietà familiare che delimita i contenuti di tali accordi e ne ammette la configurabilità soltanto nell'ipotesi che circostanze sopravvenute non abbiano reso sproporzionate e immeritevoli di tutela le prestazioni originariamente pattuite. È questa la soluzione interpretativa meglio rispondente all'odierno assetto normativo⁵⁶, nell'attesa che – anche in tale ambito – possa compiersi (a breve) un ulteriore passo avanti con un immediato ed esplicito intervento legislativo⁵⁷.

V. I PATTI SULLA CASA FAMILIARE.

“Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra “causa genetica” ed “evento condizionale” del contratto”, Nuove leggi civili commentate, 2013, I, p. 445 ss.

⁵³ La questione, sorta agli inizi degli anni Ottanta (Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, Giurisprudenza italiana, 1981, I, 1, c. 1553 ss., con nota di TRABUCCHI, A.: “Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati”, Foro italiano, 1982, I, c. 184 ss.) veniva risolta nel senso della nullità di tali accordi per illiceità della causa.

⁵⁴ Cass., Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, cit., p. 256 ss.: decisione che ha ritenuto valida e rispettosa del principio di proporzionalità la convenzione stipulata da due futuri coniugi ove si prevedeva che in caso di fallimento dell'unione la donna avrebbe trasferito all'uomo un immobile di sua proprietà a fronte delle spese sostenute dal promesso sposo per apportare migliorie a un altro immobile, di proprietà della futura moglie.

⁵⁵ TARDIA, I.: “Gli «accordi prematrimoniali»”, cit., pp. 261 e 274, il quale invita a riconsiderare l'accordo non più nel momento della conclusione, ma nella fase in cui la pattuizione stessa verrà a produrre i suoi effetti.

⁵⁶ Riconosce RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, cit., pp. 236 e 242, che le recenti modifiche normative (*infra*, testo alla nota 65) «non affermano la validità di tutti i patti in vista del divorzio e in particolare degli accordi con cui le parti determinano in anticipo le condizioni del loro futuro divorzio; tuttavia, sanciscono con ogni evidenza il trionfo dell'autonomia negoziale» in ambito familiare.

⁵⁷ Dopo l'approvazione della riforma sul c.d. “divorzio breve”, il 24 aprile 2015 è stato presentato il d.d.l. n. 2669, sugli accordi prenozze (d'iniziativa dei deputati L. d'Alessandro e A. Morani) il quale punta ad introdurre nel codice la regolazione prematrimoniale, consentendo anche in Italia la possibilità di stipulare un accordo prima del matrimonio.

La casa familiare – e il conseguente diritto di godimento – diviene oggetto di una concreta scelta pattizia tra i coniugi. Nell'accordo essi dovranno tener conto dell'eventuale diritto reale o personale⁵⁸ vantato, ossia se il coniuge sia titolare o contitolare⁵⁹ del diritto di proprietà, di superficie o di usufrutto dell'immobile ovvero goda, in virtù di un contratto di locazione⁶⁰ o di comodato⁶¹ o perché assegnatario dell'alloggio di edilizia economico-popolare⁶², o ancora, per ragioni di servizio, di tale struttura costituente, sino a quel momento, il centro di aggregazione della famiglia.

L'assegnazione della casa è, il più delle volte, oggetto di accordo tra i coniugi redatto al momento della domanda di separazione consensuale. Affinché l'accordo sulle condizioni della separazione produca effetti, non risulta sufficiente il solo consenso dei coniugi, giacché occorre anche l'omologazione⁶³ da parte del Tribunale: provvedimento che non riveste la qualifica di una pura formalità, dovendo il presidente del Tribunale oltre che esperire in tale sede un tentativo di conciliazione, soprattutto verificare –

⁵⁸ ZATTI, P.: "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", e SANTOSUOSSO, F.: "Il divorzio", entrambi in AA.VV., *Trattato di diritto privato* (dir. por R. RESCIGNO), 3, Tomo II, Torino, 1996, rispettivamente pp. 262 s. e 336 ss.; cfr. inoltre, SESTA, M.: "Comunione di vita e "diritti" sulla casa familiare", *Famiglia e diritto*, 2013, p. 512 ss.

⁵⁹ Per un puntuale e attento studio di tale ipotesi v., *infra*, in questo stesso volume, ANGELONE, M.: "Comunione tra coniugi e riflessi dell'assegnazione della casa familiare".

⁶⁰ Cfr. SCRIPPELLITI, N.: "Successione nel rapporto di locazione della casa familiare *ex art.* 6, l. 392/1978 e accordo tra i coniugi", *Corriere del merito*, 2011, p. 31 ss. (nota a Trib. Salerno, ord., 4 ottobre 2010), ove è sollevata, con riguardo alla cessazione dell'unità familiare, la questione della sorte del rapporto di locazione, nonché dei vincoli di fatto o di diritto tra i coniugi (sul tema v. anche CAREDDA, V.: "Casa familiare e godimento: spunti in tema di situazioni di fatto", *Famiglia persone e successioni*, 2009, p. 487 ss.); TOMASI, S.: "Successione nella locazione e separazione consensuale", *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 349 ss. (nota a Cass., Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1952).

⁶¹ MACARIO, F. (coord. por): "Osservatorio di legittimità, Comodato", *Contratti*, 2015, p. 1149 s.; COLUCCI, D.: "Comodato di casa familiare: le SS.UU. confermano il criticabile orientamento precedente", *Immobili & proprietà*, 2015, p. 13 ss.; RUSSO, R.: "Le Sezioni unite si pronunciano nuovamente sul comodato di immobile destinato ad abitazione della famiglia", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 10 ss.; QUADRI, E.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della "casa familiare"", *Corriere giuridico*, 2015, p. 19 ss. V., più ampiamente, *infra*, in questo volume, VERGADAMO, P.: "Assegnazione dell'abitazione goduta a titolo di comodato tra solidarietà familiare e tutela della proprietà".

⁶² ANCESCHI, A.: "Assegnazione della casa", cit., p. 78 s.; OBERTO, G.: "L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale (I)", *Famiglia e diritto*, 1998, p. 476 s.

⁶³ L'omologazione va intesa come semplice condizione necessaria di efficacia dell'accordo, già perfezionatosi al momento della sottoscrizione del verbale, e non ha efficacia costitutiva come si riteneva un tempo, sulla scia della concezione pubblicistica: v., al riguardo, FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Zanichelli, Bologna, 2015, p. 175.

senza possibilità di provvedere d'ufficio alla modifica o integrazione⁶⁴ dell'accordo – che siano adeguatamente tutelati gli interessi dei figli.

La recente disciplina sui modelli alternativi di risoluzione delle controversie (entrata in vigore con l. del 10 novembre 2014, n. 162)⁶⁵ ha giocato un ruolo importante nel tema qui oggetto di trattazione. Apprezzabile, al riguardo, l'intento deflattivo perseguito dal legislatore⁶⁶, seppur non esente da ampie critiche⁶⁷ che hanno riguardato, in origine, i noti profili di incostituzionalità⁶⁸ della versione originaria del testo, foriera di una varietà di impugnative, e sollevato, di poi, perplessità e dubbi inerenti a talune complicazioni procedurali introdotte (delle quali si avrà modo di dar conto qui di séguito)⁶⁹. Tale riforma, tuttavia, ha il pregio di attenuare il controllo pubblico⁷⁰ nel momento della dissoluzione della coppia, riconoscendo maggior peso all'accordo dei coniugi o, meglio, alla loro autonomia nella risoluzione della crisi, a conferma di come i valori dell'unità familiare siano oggi quasi interamente affidati al senso di responsabilità dei suoi membri⁷¹. Sí che, in questa «dialettica libertà-responsabilità», l'«ordinamento arretra il potere di determinare la sorte della disputa a favore delle scelte private di soluzione»⁷²

⁶⁴ Qualora l'accordo risulti lacunoso o non realizzi gli interessi tutelati dalla legge o viola diritti inviolabili, non è ammesso un intervento del giudice volto a completarlo o modificarlo: una scelta in tal senso costituisce, infatti, «espressione dell'autonomia privata alla quale l'ordinamento riserva un ampio spazio operativo»: così, AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 208. L'omologazione svolge, dunque, soltanto una funzione di controllo giustificato dall'esigenza di certezza degli *status* e di tutela del preminente interesse dei figli.

⁶⁵ Legge di conversione, con modificazioni, del D.lg., 12 settembre 2014, n. 132. V., piú dettagliatamente ROSSI, R.: *Divorzio breve e negoziazione assistita: tutte le novità*, Il civilista, Giuffrè, Milano, 2015, p. 7 ss.

⁶⁶ In tal senso, PERLINGIERI, P.: «Sui modelli alternativi di risoluzione delle controversie», *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2014, núm. 2, p. 95; v., inoltre, SANTANGELI, F.: *La nuova riforma del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 3 ss.; BUFFONE, G.: *Processo civile: tutte le novità*, Il civilista, Giuffrè, Milano, 2015.

⁶⁷ CONSOLO, C.: «Un d.l. in bianco e nerofumo sull'equivoco della “degiurisdizionalizzazione”», *Corriere giuridico*, 2014, p. 1173 ss.

⁶⁸ Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 4282 ss.; cfr., piú ampiamente, «Il ruolo dell'avvocato nelle ADR al tempo della “degiurisdizionalizzazione” (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014)», a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense, *Contratto e impresa*, 2015, p. 231 s.

⁶⁹ *Infra*, nel testo, paragrafi VI e VII.

⁷⁰ Discorre, al riguardo, di «un passo ulteriore sulla via della “privatizzazione” del matrimonio e dei rapporti familiari», FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 173.

⁷¹ In tal senso, TOMMASEO, F.: «La separazione e il divorzio: profili processuali e “degiurisdizionalizzazione” alla luce delle recenti riforme», *Corriere giuridico*, 2015, p. 1142.

⁷² Così, PALAZZO, M.: «Il diritto della crisi coniugale», cit., rispettivamente pp. 581 e 577; v., inoltre, LUCCHINI GUASTALLA, E.: «Autonomia privata e diritto di famiglia», in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 77 ss.; CECCHERINI, G. e

le quali, non essendo più imposte in via eteronoma da una decisione del giudice ma negoziate e accettate dalle parti, migliorano la qualità del regolamento del rapporto post-matrimoniale, oltre a offrire un risparmio di tempi e di costi per i coniugi.

Regole particolari sono state dettate da tali misure urgenti di degiurisdizionalizzazione⁷³ in merito alle soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, senza dover necessariamente ottenere un provvedimento giurisdizionale⁷⁴. Si ha riguardo, più dettagliatamente, agli accordi conclusi dinanzi al Sindaco (*infra*, par. VI) ed alla negoziazione assistita (*infra*, par. VII).

VI. GLI ACCORDI CONCLUSI DINANZI AL SINDACO.

Una delle “procedure semplificate” di separazione, divorzio o modifica degli stessi, prevista dalla l. 162/2014 è costituita dagli accordi conclusi dinanzi al Sindaco⁷⁵ nella veste di Ufficiale di stato civile⁷⁶ (art. 12, d.lg. 132/14): quest’ultimo – di là dalla chiarezza nella formulazione del testo legislativo⁷⁷ –

GREMIGNI FRANCINI, L.: *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Cedam, Padova, 2013, spec. p. 345 ss.

⁷³ Cfr., più ampiamente, FREZZA, G.: “«Desgiurisdizionalizzazione», negoziazione assistita e trascrizione”, *Nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 18 ss., il quale – critico nell’individuazione «dei reali benefici che tali misure “deflattive” avranno sui processi», sorvolando sui profili di costituzionalità ingenerati dalla disciplina – illustra il contenuto di quel che appare un «neologismo impronunciabile». V., inoltre, DANOVI, F.: “I nuovi modelli di separazione e divorzio: un’intricata pluralità di protagonisti”, *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1143 ss.

⁷⁴ Nulla esclude che le parti possano ricorrere alla soluzione negoziata anche in pendenza di giudizio al fine di accelerare i tempi: in tal caso «una volta formalizzato l’accordo con le forme degiurisdizionalizzate, il procedimento pendente sarà [...] chiuso con una declaratoria di cessazione della materia del contendere»: così, LUPOI, M.A.: “Separazione e divorzio”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 284 s.

⁷⁵ Ai sensi dell’art. 12, trattasi del Sindaco del Comune di residenza di uno dei coniugi o del Comune in cui è stato iscritto o trascritto l’atto di matrimonio.

⁷⁶ BUGETTI, M.N.: “Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco”, *Corriere giuridico*, 2015, p. 523 ss.; CASABURI, G.: “Separazione e divorzio innanzi al Sindaco: ricadute sostanziali e processuali”, *Foro italiano*, 2015, V, c. 44 ss.

⁷⁷ Si ricorda che impossibile è la prospettazione di un’interpretazione meramente letterale sul presupposto di un’assiomatica chiarezza del testo legislativo: la qualifica di «chiara», riservata ad una parola o ad una proposizione linguistica, è soltanto «relativa» e non ha portata obiettiva assoluta: letteralmente PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., pp. 576 e 583 s. (si chiede ironicamente come sia possibile misurare la «chiarezza» AINIS, M.: *La legge oscura, Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 167 ss.); dello stesso avviso già

è da considerarsi a tutti gli effetti parte attiva del procedimento, sí che la sua presenza costituisce una *conditio juris* di efficacia ineludibile⁷⁸.

Per tale *iter* è richiesta la semplice presenza dei coniugi senza alcuna intermediazione o apporto da parte di soggetti terzi⁷⁹. Questa “autogestione”⁸⁰, ad ogni modo, presenta due limitazioni: da un lato, la modalità in esame è preclusa in presenza di figli minori o maggiorenni portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti⁸¹; dall’altro lato – per quel che qui interessa – tali patti non possono avere ad oggetto trasferimenti patrimoniali⁸² (nella specie: assegnazione dell’abitazione

COVIELLO, N.: *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, 3^a ed. riveduta da L. Coviello, Milano, 1924, (rist. Esi, Napoli, 1992), p. 63; BETTI, E.: *Interpretazione della legge, e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1971, p. 285 s.

⁷⁸ Dubbi erano sorti al riguardo: da un lato, c’è chi sosteneva (sulla base della formulazione secondo la quale l’Ufficiale di stato civile «riceve» la dichiarazione di volontà dei coniugi «secondo condizioni tra essi concordate») che la figura del Sindaco non sia da considerare parte del procedimento; dall’altra, chi riteneva che l’idea di accordo non abbia alcun valore sino a quando non vi sia stata l’effettiva partecipazione dell’Ufficiale di stato civile (discorrendo la disposizione di un accordo che deve essere «concluso» innanzi al Sindaco). Per ulteriori approfondimenti v. DANOVI, F.: “Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio”, *Famiglia e diritto*, 2014, p. 953.

⁷⁹ L’assistenza degli avvocati è soltanto facoltativa (*ex art. 12*).

⁸⁰ TOMMASEO, F.: “La separazione e il divorzio”, *cit.*, p. 1150.

⁸¹ La limitazione sembra riferirsi all’esistenza di figli “comuni” della coppia: è questa l’interpretazione resa anche dalla circolare n. 6/2015 del Ministero dell’interno, sebbene lo stesso Ministero aveva precedentemente incluso in tale ipotesi – forzando il testo della disposizione legislativa – l’esistenza di figli “anche di una sola parte”.

⁸² Da una interpretazione restrittiva della disposizione si evincerebbe che sia impedita, attraverso questa modalità, la previsione anche di qualsiasi assegno di mantenimento o divorzile, relegando di fatto tale procedimento soltanto ai casi di separazione o divorzio tra coniugi autosufficienti (o, comunque, che si dichiarano tali), ovvero inerenti «esclusivamente lo *status*» (con riguardo a tale ultimo rilievo cfr. FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, *cit.*, p. 173, per la quale tale esegesi della norma appare «poco convincente»). Riconosce che il ricorso a tale forma di pattuizione dinanzi all’Ufficiale di stato civile sia riservata «alle ipotesi in cui la decisione sull’*an* sia prevalente rispetto a quella del *quomodo*», applicandosi alle coppie che intendano allentare il vincolo o a breve distanza dalla celebrazione del matrimonio o in condizioni di sostanziale parità economica, BUGETTI, M.N.: “Separazione e divorzio”, *cit.*, p. 525. Interessante notare, al riguardo, come il Ministero degli interni sia intervenuto, con tre differenti e contraddittorie circolari, per dare istruzioni in merito. Inizialmente (con le circolari del 1 ottobre 2014, n. 16 e del 28 novembre 2014, n. 19) veniva precisato che il divieto riguardava “l’uso della casa coniugale, l’assegno di mantenimento e qualunque altra utilità economica”; successivamente (circolare del 24 aprile 2015, n. 6) è stato invece puntualizzato che il divieto riguarda soltanto negozi “produttivi di effetti traslativi di diritti reali” e non anche quelli che sono titolo di rapporti obbligatori. Cfr. SESTA, M.: “Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia”, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 268; CHIARLONI, S.: “Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 225.

coniugale o anche corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione, c.d. *una tantum*, mediante trasferimento della casa⁸³). Sulla scia di tali precisazioni è bene, dunque, passare ad attribuire maggior interesse ad altri differenti accordi menzionati tra le novelle misure di degiurisdizionalizzazione, nei riguardi dei quali non opera tale divieto.

VII. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E LE ATTRIBUZIONI DELLA CASA FAMILIARE...

È poi concessa la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita⁸⁴ (art. 6, d.lg. 132/14), ossia a una convenzione conclusa tra i coniugi – assistiti da avvocati⁸⁵ – con la quale essi convengono per iscritto⁸⁶ di cooperare in buona

⁸³ Al riguardo, LUPOI, M.A.: “Separazione e divorzio”, cit., p. 286, sostiene che la liquidazione dell'assegno divorzile in un'unica soluzione non può essere attuata in sede stragiudiziale, poiché vi osta quanto stabilito dall'art. 5, comma 8, della l. 1 dicembre 1970, n. 898, che richiede una valutazione da parte del tribunale sulla congruità della corresponsione. *Contra*, SESTA, M.: “Negoziazione assistita”, cit., p. 305, secondo il quale tale soluzione potrebbe essere praticata, ferma restando la possibilità di impugnare tale patto facendone valere l'iniurità genetica oggetto degli accordi raggiunti in sede di negoziazione.

⁸⁴ FARINA, P.: “La negoziazione assistita dagli avvocati”, *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 514 ss.; CARRATTA, A.: “Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale”, *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1287 ss.; POLISENO, B.: “La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio”, *Foro italiano*, 2015, V, c. 34 ss.

⁸⁵ Verrebbe in tal modo ad essere garantita «la massima tutela in sede negoziale della posizione dei coniugi»: così, BUGETTI, M.N.: “Separazione e divorzio”, cit., p. 517. È stato precisato – in deroga alla generale previsione di cui all'art. 2, comma 5, l. n. 162/14 – che i coniugi devono essere assistiti da almeno un avvocato (art. 6, l. n. 162/14) o, meglio, che deve trattarsi di legali non appartenenti al medesimo studio professionale (circolare del Ministero dell'Interno, 24 aprile 2015, n. 6). Sottolineano, al riguardo, l'esistenza di un modello simile a quello americano dei *collaborative law*, D'ALESSANDRO, E.: “La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio”, *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1280, nota 14, e DALFINO, D.: “La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati tra collaborative law e procedure partecipative”, *Foro italiano*, 2015, V, c. 28 ss.; richiama il modello francese della *Procédure participative assistée par avocat* CARRATTA, A.: “Le nuove procedure”, cit., p. 1289. Agli avvocati è affidato un ruolo di «assistenza alle parti nella negoziazione e, ancor prima, di assistenza nella stipulazione della convenzione»: il loro ruolo è «attivo e dialogico», dovendo fornire il proprio contributo di conoscenze tecniche e di esperienza professionale, utili alla realizzazione della convenzione, nonché certificare «l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità» (art. 2, comma 6). Ciò non significa che gli avvocati divengono a loro volta parte della convenzione: sono soltanto i coniugi «ad assumere l'impegno di cooperare»: così, DELLE MONACHE, S.: “Profili civilistici della “negoziazione assistita””, *Giustizia civile*, 2015, p. 118; DOSI, G.: *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 3 ss.

fede e con lealtà⁸⁷ e decidere, in via amichevole, della condizioni (patrimoniali e non) susseguenti la dissoluzione della comunità familiare⁸⁸. Trattasi quindi di un modo per cercare assieme una “soluzione consensuale”: scelta che si differenzia dalla procedura di mediazione⁸⁹ per il ruolo fondamentale riconosciuto agli avvocati⁹⁰.

Per quel che concerne l’assegnazione della casa, la previsione pattizia, formulata dai coniugi assistiti dai relativi legali, di destinare ad abitazione familiare un immobile diverso da quello in cui si è svolta la vita della famiglia prima della crisi coniugale può ricevere un diverso *iter* a seconda che vi sia o meno la presenza di figli (minorenni ovvero maggiorenni incapaci, o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti): differenziazione che si giustifica per l’evidente scopo di offrire loro una tutela effettiva.

1. ...in presenza di figli.

Nel primo caso, l’accordo viene trasmesso entro dieci giorni al Procuratore della Repubblica⁹¹ presso il Tribunale competente. Egli dovrà controllare la

⁸⁶ Alla convenzione possono ritenersi applicabili, in quanto compatibili, le previsioni generali sancite all’art. 2 del medesimo D.lg., con riguardo alla forma scritta a pena di nullità.

⁸⁷ Della buona fede che opera come fonte di integrazione del rapporto discorre ROPPO, V.: *Il contratto*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. per G. IUDICA e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2001, p. 493 ss.; buona fede che potrebbe dar vita a una serie di obblighi definiti di protezione secondo BENATTI, F.: “Doveri di protezione”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, VII, Utet, Torino, 1991, p. 222.

⁸⁸ Sottolinea la necessità per le parti di «tenere un comportamento corretto nel contesto del dialogo che esse allacciano per addivenire ad una soluzione amichevole della controversia in corso», DELLE MONACHE, S.: “Profili civilistici”, cit., p. 110.

⁸⁹ D’ADAMO, D.: “La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie”, *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 377 ss.; MAZZUCA, M.: “Note sulla mediazione familiare, tra autonomia negoziale e controllo giudiziale”, *Rassegna di diritto civile*, 2013, p. 711 ss.; BALLARANI, G.: “La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo”, *Giustizia civile*, 2012, p. 495 ss.; DOSI, G.: “La mediazione nelle cause di diritto di famiglia”, *Famiglia e diritto*, 2011, p. 221 ss.; CILIBERTO, C.: “Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare”, *ivi*, 2009, p. 293 ss.; SPADARO, G.: “La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio”, *ivi*, 2008, p. 209 ss.

⁹⁰ Gli avvocati hanno un duplice ruolo: essi dovranno, da un lato, tentare di conciliare le parti e, dall’altro, esplicitare il dovere deontologico di informare le stesse sia della possibilità di esperire la mediazione familiare, sia dell’importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con entrambi i genitori. Di tali adempimenti si deve dare atto nella stessa convenzione.

⁹¹ Il necessario coinvolgimento del P.M. – sollecitato nel parere dal C.S.M. (9 ottobre 2014) – è stato introdotto con la legge di conversione del D.lg. n. 132/2014.

rispondenza dei patti con gli interessi dei figli. Al riguardo, si precisa che la destinazione ad abitazione familiare di un immobile diverso da quello ove la famiglia abbia sinora vissuto potrebbe anche essere accolta là dove una tale soluzione non soltanto non appaia contraria all'interesse della prole, ma effettivamente meglio realizzi quel «prioritario» loro interesse⁹². Si pensi, ancora, all'attuazione concordata della possibile frazionabilità di un'unica unità immobiliare: scelta che ben potrebbe ritenersi consentita⁹³ là dove la vastità dei locali lo consentano e risulti tecnicamente possibile. Il questo modo, con necessari accorgimenti e qualche lavoro di adattamento, il diritto di abitazione sarebbe attribuito su una parte dell'immobile e tale soluzione consentirebbe di soddisfare sia l'interesse dei figli, che possono continuare a godere, in una prospettiva di stabilità, di un ambiente di vita confacente ai propri bisogni in un momento di precario equilibrio familiare, sia le esigenze personali dei genitori. Lo stesso accordo potrebbe avere ad oggetto la scelta di attuare una c.d. convivenza alternata: ipotesi di più difficile (ma non impossibile) praticabilità⁹⁴.

Non va dimenticato, poi, che l'assegnazione della casa giocherà – con molta probabilità anche nelle scelte pattizie – un ruolo importante nella regolamentazione dei rapporti economici tra i genitori⁹⁵, sia in caso di comproprietà della casa familiare, sia qualora sussista un diritto di usufrutto, anche congiuntivo, o un diritto di proprietà superficiaria sulla stessa (ipotesi che potrebbe non valere, come accade già in caso di separazione giudiziale, qualora l'immobile sia goduto a titolo di comodato per via della natura gratuita del titolo stesso)⁹⁶.

⁹² IRTI, C.: “La casa familiare come *habitat*”, cit., p. 658; nello stesso senso FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affido condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁹³ Soluzione accolta anche dalla giurisprudenza, la quale ha riconosciuto tale potere al giudice quando sia possibile attribuire ad ognuno dei coniugi dei locali della casa familiare che abbiano un'ampiezza sufficiente per soddisfare le esigenze di vita proprie e dei figli, ed inoltre abbiano caratteristiche funzionali e strutturali tali da consentire il distacco come autonoma unità abitativa, con modesti accorgimenti o piccoli lavori, senza opere edili di trasformazione: Cass., 17 dicembre 2009, n. 26586, *Giustizia civile*, 2010, I, p. 2179, con nota di MARINI, R.: “Assegnazione parziale della casa familiare e potere del giudice”; Cass., Sez. I, 11 dicembre 1990, n. 11787, *Giustizia civile*, 1990, p. 12. Cfr., inoltre, SCARANO, L.A.: “La casa familiare”, *Famiglia*, 2001, p. 147; Trib. Napoli, 21 novembre 2006, *Foro italiano*, 2007, I, c. 237.

⁹⁴ Non mancano nella prassi casi di «convivenza alternata»: genitori con prole che, una settimana per ciascuno, si avvicendano nella casa di loro comune proprietà: v. Trib. min. Trieste, 28 febbraio 2012, con commento di IRTI, C.: “Dopo la fine della convivenza: case divise e condivise”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 424 s.

⁹⁵ MANTOVANI, M.: “Casa familiare (assegnazione della)”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Aggiornamento, Istituto della enciclopedia italiana fondata da G. Treccani, Roma, 2008, p. 5 ss.

⁹⁶ FREZZA, G.: *Mantenimento diretto*, cit., p. 152.

Il compito di verificare se tale pattuizione sia o meno contrastante con l'interesse dei figli spetta al Procuratore, il quale potrà non evidenziare alcuna irregolarità e, pertanto, concedere l'«autorizzazione» per i successivi adempimenti richiesti ai fini del conseguimento dell'efficacia dell'accordo. L'avvocato della parte sarà così obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni⁹⁷, all'«ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio fu trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni» relative all'autografia delle sottoscrizioni e alla conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico⁹⁸.

Viceversa, qualora il controllo non avesse esito positivo (e dunque venisse negata l'autorizzazione), nei successivi cinque giorni gli atti saranno trasmessi al Presidente del Tribunale per la fissazione dell'udienza di comparizione dei coniugi⁹⁹. Non sono mancati, ad esempio, – già prima dell'entrata in vigore della disciplina su tali accordi assistiti – ipotesi nelle quali è stato espressamente negato ad un genitore “collocatario” dei figli minori, la possibilità di rinunciare all'assegnazione della casa familiare, essendo tale rinuncia non conforme all'interesse della prole; rinuncia che non può trovare la sua giustificazione nel timore del genitore di perdere¹⁰⁰ successivamente tale diritto per via di una futura convivenza *more uxorio* o un nuovo matrimonio (*ex art. 337 sexies*, comma 1, ultima parte, c.c.), stante quanto precisato dalla stessa Consulta¹⁰¹ che, nel pieno rispetto della libertà di

⁹⁷ Trattasi di termine “ordinatorio”, non essendo stato espressamente definito come “perentorio” dalla legge: D'ALESSANDRO, E.: “La negoziazione assistita”, cit., p. 1282.

⁹⁸ La violazione di tale obbligo è assistita da una sanzione amministrativa pecuniaria fino a diecimila euro irrogata dal Comune competente per il registro.

⁹⁹ La comparizione delle parti deve avvenire «entro i successivi trenta giorni» per valutare la situazione e «provvedere senza ritardo»: formula che è apparsa «evasiva» (così, TOMMASEO, F.: “La separazione e il divorzio”, cit., p. 1147), giacché la legge copre con un velo di incertezza i poteri che possono essere esercitati nell'udienza fissata dal Presidente. Cfr. TOMMASEO, F.: “Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali”, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 392 ss. (nota a Trib. Torino, ord., Sez. VII, 15 gennaio 2015). V. anche Trib. Termini Imerese, ord., 24 marzo 2015, www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fam.php?id_cont=12364.php, decisione con la quale – nel silenzio della norma, che non prevede un ulteriore provvedimento di omologazione del Tribunale, come ha luogo nel procedimento di separazione consensuale – si giunge a ritenere, mediante un'interpretazione sistematica del complesso della normativa, che il procedimento si debba concludere o con un provvedimento autorizzatorio o con il diniego dell'autorizzazione, senza che vi sia la possibilità di trasformazione di tale rito in quello proprio della separazione consensuale.

¹⁰⁰ Trib. Matera, 24 novembre 2007, *Giurisprudenza di merito*, 2008, p. 1609.

¹⁰¹ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, *Famiglia*, 2008, p. 59 ss. (con nota di FANTETTI, F.R.: “Nessun automatismo nella revoca dell'assegnazione della casa familiare”), secondo la quale l'assegnazione della casa non viene meno automaticamente per effetto del nuovo matrimonio o convivenza *more uxorio* ma la decadenza del diritto all'assegnazione è subordinata al giudizio di conformità nell'interesse del figlio.

autodeterminarsi del coniuge separato, ha interpretato la norma codicistica alla luce di quell'interesse dei figli¹⁰² elevato a parametro fondamentale e prioritario di riferimento.

Proprio tale parametro prioritario di riferimento sembra, tuttavia, non esser stato fino in fondo attuato nella recente novella che, nell'assegnare alla negoziazione assistita la separazione e il divorzio anche quando i coniugi hanno figli minori, nulla ha prescritto in merito all'ascolto del minore capace di discernimento¹⁰³, né durante la fase di negoziazione¹⁰⁴, né soprattutto in quella di competenza del Procuratore della Repubblica¹⁰⁵. Tale («sorprendente»)¹⁰⁶ silenzio legislativo ben potrebbe essere superato da un'interpretazione adeguatrice¹⁰⁷ del dato normativo la quale tenga conto del dettato costituzionale che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali (art. 117 cost.) –

¹⁰² Cfr. Cass., Sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, *Famiglia e diritto*, 2002, p. 461, con nota di CARBONE, V.: «Assegnazione della casa coniugale: la Cassazione compone il contrasto giurisprudenziale sull'opponibilità ai terzi»; al riguardo, la Suprema Corte ha ribadito che il provvedimento giudiziale attribuisce al coniuge assegnatario un atipico diritto personale di godimento ispirato a un interesse pubblico di conservazione dell'*habitat* familiare a favore dei soggetti più deboli della separazione e del divorzio.

¹⁰³ Cfr., più ampiamente, TOMMASEO, F.: «La tutela nell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali», *Famiglia e diritto*, 2015, p. 162 ss.

¹⁰⁴ Secondo l'art. 56 del Codice deontologico forense, nelle controversie in materia familiare o minorile, l'avvocato del genitore deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori (aggiungendo che la violazione di un tale divieto comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da sei mesi a un anno). Sembra dunque essere respinta l'ipotesi dell'ascolto. Possibilista in tal senso GIABARDO, C.V.: «La «negoziazione assistita» e gli «accordi» coniugali nella gestione della crisi della famiglia», in BESSO, M., FRUST, G., RAMPAZZI, G. e RONCO, A.: *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 134.

¹⁰⁵ La normativa codicistica sembra assegnare tale compito al solo giudice: infatti, ai sensi dell'art. 336 *bis* si statuisce che il minore debba essere necessariamente ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano e che il giudice possa non procedere all'ascolto soltanto là dove lo stesso sia in contrasto con l'interesse del minore o reputato manifestamente superfluo (ma in tal caso dovrà darne atto con provvedimento motivato). L'art. 337 *octies* aggiunge che nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo.

¹⁰⁶ CARRATTA, A.: «Le nuove procedure», cit., p. 1292.

¹⁰⁷ Cfr., più ampiamente, PERLINGIERI, P.: «Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice», in AA.VV.: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (coord. per P. FEMIA), Esi, Napoli, 2006, p. 1 ss.

nella specie: la tutela dei diritti del fanciullo e il loro esercizio¹⁰⁸ —, ma anche delle agevolazioni nella circolazione transfrontaliera dell'accordo¹⁰⁹. In altri termini, rivolgendo la dovuta attenzione all'intera tavola di valori sarà possibile per l'ermeneuta addivenire ad una interpretazione in funzione applicativa, rispettosa dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico e del pluralismo delle fonti normative dalle quali l'ordinamento stesso trae origine¹¹⁰.

2. ...in assenza di figli.

Nel caso, invece, di mancanza di figli (minorenni ovvero maggiorenni incapaci, o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti), l'accordo dei coniugi deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente. Se questi non riscontra alcuna irregolarità, comunica agli avvocati il «nullaosta» per i successivi adempimenti richiesti ai fini del conseguimento dell'efficacia dell'accordo.

Tale esame non si limita soltanto ad una valutazione della regolarità formale del procedimento di negoziazione ed alla semplice presa d'atto della certificazione resa dagli avvocati dell'avvenuta negoziazione attestante la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, ma si estende anche ad una verifica sostanziale dell'atto da parte del Procuratore, chiamato a svolgere il ruolo di garante dell'ordine pubblico e dei diritti indisponibili¹¹¹. Secondo taluni commentatori egli potrebbe addirittura spingersi a verificare che si sia in presenza di un 'effettivo' accordo di separazione o divorzio e non di una separazione o divorzio 'fittizi': ad esempio che dal negozio pattizio risultino i diversi luoghi di residenza che i coniugi verranno ad assumere ovvero in caso di frazionabilità di un'unica

¹⁰⁸ BEGHÈ LORETI, A.: *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, Padova, 1995; v. inoltre, art. 24, n. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁰⁹ L'art. 23 del Regolamento del 27 novembre 2003, n. 2201 [relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000], prevede che la decisione o l'accordo *ex art. 46* (Reg. 2201/2003) che siano stati svolti senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, non sono riconoscibili nello spazio giuridico europeo. Sí che, le formule contenute nelle disposizioni del Regolamento «lasciano intendere che l'ascolto è una necessaria garanzia processuale del minore»: in tal senso, BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 269 s.; v., inoltre, VELLETTI, M.: "L'ascolto del minore nel Regolamento Bruxelles II *bis*", in AA.VV.: *Le mille facce dell'ascolto* (coord. per M. CAVALLO), Armando Editore, Roma, 2012, p. 79.

¹¹⁰ In tal senso, PERLINGIERI, P.: "Giustizia secondo costituzione", cit., p. 66.

¹¹¹ LUPOI, M.A.: "Separazione e divorzio", cit., p. 293; *contra* D'ALESSANDRO, E.: "La negoziazione assistita", cit., p. 1283, ai sensi della quale tale verifica è già disposta dagli avvocati dei coniugi.

unità immobiliare «pretendere, quantomeno, una pianta della casa con un progetto di divisione, perché se si sospetta che una separazione sia finta non si può dare il nulla osta»¹¹². Non è mancato, al riguardo, chi, se da un lato ha riconosciuto che questo meccanismo di controllo possa risultare irragionevole, dall'altro ha manifestato una serie di perplessità sia in quanto non è previsto alcun termine per l'adempimento dei compiti del Procuratore, sia perché non sono contemplati meccanismi sostitutivi rispetto al consenso espresso con la conseguenza che «la tempistica dell'intera procedura risulti del tutto incerta con evidenti disagi delle parti»¹¹³.

Va ricordato, infine, che tale accordo di negoziazione potrà in tal caso avere ad oggetto sia il trasferimento di diritti reali immobiliari nei rapporti tra i coniugi, sia la costituzione di un diritto reale o personale di godimento sull'abitazione a favore di chi non è proprietario: da qui la necessità di considerare – nel silenzio del legislatore – un meccanismo trascrittivo ai fini dell'opponibilità del relativo diritto¹¹⁴.

VII. NATURA DELL'ATTO CONCLUSO DAI CONIUGI: “ACCORDO” O “CONTRATTO”?

Superfluo sarebbe sottolineare l'effetto «dirompente»¹¹⁵ della negoziazione assistita sul tema della autodeterminazione dei rapporti fra i coniugi. Accordi raggiunti a séguito di tali convenzioni – lo si ricorda – producono i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziari che definiscono un procedimento di separazione personale, senza bisogno di omologazione.

L'evoluzione normativa è ormai orientata a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia alla coppia nel determinare le relazioni, in specie economiche, successive alla crisi matrimoniale. In tale scenario, se da una parte si riconosce apertamente che fonte del regolamento di interessi è la volontà delle parti¹¹⁶, rispetto alla quale i giudici hanno soltanto poteri di

¹¹² In questi termini, CRESCENZI, M.: “La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia”, www.questionegiustizia.it, par. 3, per il quale tutto questo va posto «a tutela non solo dell'inps ma anche di terzi che possono trovarsi di fronte ad un provvedimento trascritto di assegnazione della casa».

¹¹³ “Il ruolo dell'avvocato nelle ADR”, cit., p. 242.

¹¹⁴ Sull'ampio tema si rinvia a OBERTO, G.: “I contratti nella crisi coniugale: ammissibilità e fattispecie”, in AA.VV.: *Trattato del contratto* (dir. por V. ROPPO), VI, *Interferenze*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 225 ss.

¹¹⁵ RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, cit., p. 235.

¹¹⁶ Non pare che l'accordo sia ricondotto entro uno “schema” particolare: discorre di “causa familiare” DORIA, G.: *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi*

controllo esterno, dall'altra si registra un'apertura al nuovo che tuttavia non tralascia di dimenticare gli ostacoli culturali e giuridici che storicamente hanno accompagnato l'affermazione del potere di autonomia all'interno del diritto di famiglia. Così, nella relatività delle formule "contratto" e "accordo" con le quali i giudici oggi si riferiscono all'atto concluso dai coniugi: senza prediligere l'uso di una formula rispetto all'altra, sembrano tacitamente rivivere l'eco di un tempo, quando si era soliti riconoscere che il "contratto" rispondeva a un orientamento privatistico del pensiero tramandoci dalla tradizione romana, che considerava le parti in conflitto d'interesse l'una con l'altra, mentre si ravvisava nell'"accordo" (in senso stretto) – nella misura in cui poteva affermarsi, invece, un orientamento pubblicistico nella scienza giuridica – l'esigenza della collaborazione fra le parti destinato a attuare una convergenza di interessi¹¹⁷.

Ad ogni modo dubbi e incertezze interpretative – che avvolsero i rapporti giuridici familiari e contribuirono a rallentare quel percorso di affermazione del potere di autoregolamentazione dei privati all'interno di tale ramo del diritto – potevano porsi e giustificarsi all'interno di quella fase storica ove diffusa era la tesi che individuava nella materia dei connotati pubblicistici¹¹⁸, in virtù dell'interesse connesso alla formazione della famiglia, intesa quale cellula fondamentale dello Stato. Le mutevoli trasformazioni e cambiamenti legati al nuovo assetto costituzionale hanno reso l'immagine della famiglia

in occasione della separazione personale e del divorzio, Giuffrè, Milano, 1996, p. 203 ss., secondo il quale la "causa familiare" sarebbe quella propria degli accordi volti a soddisfare interessi patrimoniali ed esistenziali nella fase patologica del matrimonio. Osserva OBERTO, G.: *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 705 ss., che gli accordi diretti a disciplinare le conseguenze della crisi del matrimonio sono caratterizzati da una "causa di definizione della crisi coniugale".

¹¹⁷ BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico* (Torino, 1950), rist., Esi, Napoli, 1994, p. 305 (corsi originali), il quale riconosceva: il negozio si configura in maniera differente «secondo che gli interessi in giuoco siano interessi fra loro *contrapposti* o divergenti, il cui conflitto o concorso raggiunga nel negozio la sua composizione o convergenza, oppure siano interessi *paralleli*, il cui comune indirizzo trovi nel negozio il mezzo di attuarsi praticamente. Il negozio [...] a interessi contrapposti o divergenti è il *contratto*; il negozio, invece [...] a interessi paralleli o convergenti a uno scopo comune si suol qualificare come "*accordo*", nel senso più ristretto che in dottrina si conviene di dare a questo termine».

¹¹⁸ CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (Roma, 1914), p. 3 ss., rist., Ed. Forni, Bologna, 1978, aveva magistralmente scolpito questa concezione della famiglia più vicina al diritto pubblico che al diritto privato, perché pubblici erano gli interessi che nell'istituzione della famiglia si realizzavano, nonché gli strumenti, l'autorità, la potestà mediante i quali venivano perseguiti. Lungimirante, al contrario, il pensiero di JEMOLO, A.C.: *Sul diritto di famiglia, Scritti in onore di Scaduto*, I, Cedam, Padova, 1970, p. 563, secondo il quale «un diritto di famiglia statale costituisce un elemento eterogeneo, destinato a venire, sia pure lentamente, eliminato».

nello “specchio del diritto”¹¹⁹ profondamente mutata: non l’istituzione protetta in vista di interessi superiori, ma formazione sociale «in posizione servente rispetto alla persona»¹²⁰ nella prospettiva segnata dall’art. 2 cost. Sì che, in tale cornice, il quadro della famiglia si arricchisce di questa «tendenza alla contrattualizzazione»¹²¹ delle relazioni “non più amorose” nella ricerca di un equilibrio tra opposti e umani interessi che sappia operare un taglio (senza una decisione del giudice)¹²² in quella realtà della “coppia” nella quale – prendendo in prestito le parole del Manzoni – è impossibile porre da un lato tutto il torto e dall’altro tutta la ragione¹²³, ma necessario ad ogni modo addivenire a una composizione di quella «concordia discordia»¹²⁴ che attanaglia i coniugi al termine del cammino a due, riportando un “nuovo ordine civile” nei loro rapporti.

ÍNDICE

¹¹⁹ Espressione cara a GALGANO, F.: *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, spec. p. 8.

¹²⁰ PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 665; v., inoltre, CIATTI, A.: *Famiglia e minori*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2 ss.

¹²¹ PALAZZO, M.: “Il diritto della crisi coniugale”, cit., p. 587.

¹²² «Decidere vuol dire, secondo l’etimologia, tagliare» (CATANIA, A.: *Analisi del diritto. Studi di teoria generale*, Jovene, Napoli, 1992, p. 89), e la «decisione è sempre una scelta, un atto selettivo» (IRTI, N.: “Dubbio e decisione”, in AA.VV.: *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 135); scelta che non è resa da un organo giudicante, ma da un incontro di voleri.

¹²³ In tal senso MANZONI, A: *I promessi sposi*, a cura di B. Travi, Ed. Mondadori, Milano, 1981, p. 21, il quale osserva: «la ragione e il torto non si dividon mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell’una e dell’altro».

¹²⁴ ASCARELLI, T.: “Antigone e Porzia”, in ID.: *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Utet, Torino, 1960, p. 115.

IL COMODATO DI CASA FAMILIARE IN ITALIA: UN RAPPORTO
PRECARIO

THE BAILMENT OF FAMILY HOUSE IN ITALY: A PRECARIOUS
RELATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 397 - 416

Fecha entrega: 8/09/2015
Fecha aceptación: 15/10/2015

Dr. PIETRO VIRGADAMO
Investigador de Derecho Civil
Universidad Lumsa
pietrovirgadamo@lumsa.it

RESUMEN: Lo studio approfondisce la figura del comodato di casa familiare nel diritto italiano. Dopo una ricostruzione dello stato delle arti, viene sostenuta la tesi, in contrasto con le posizioni della più attuale giurisprudenza italiana, del carattere precario del rapporto, in quanto non sorretto da alcun termine implicito di durata. Ne consegue la possibilità per il comodante di recedere *ad nutum* dal contratto.

PALABRAS CLAVE: comodato; casa familiare; precario; recesso; bilanciamento degli interessi.

ABSTRACT: The study investigates the bailment of family house in Italian legally system. After an illustration of doctrine and case law about the subject, is supported the idea, in contrast with the position of most actual Italian jurisprudence, of the precarious character of the relation, because of the lack of an implicit term of duration. The possibility for the bailer of receding from the relation is the result.

KEY WORDS: bailment; family house; precarious; recess; interests balancing.

SUMARIO: I. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI E INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA: LA DEFINIZIONE DEL PROFILO TEMPORALE DEL RAPPORTO E DEL CONSEGUENTE REGIME DI RECEDIBILITÀ DEL COMODANTE - II. IL COMODATO DI CASA FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.- III IL COMODATO DI CASA FAMILIARE NELLA DOTTRINA ITALIANA.- IV LA POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE DEL 2014.- V PROFILI DI CRITICITÀ DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE.- VI UNA DIVERSA IPOTESI RICOSTRUTTIVA: IL COMODATO DI CASA FAMILIARE COME PRECARIO E LA CONSEGUENTE LIBERA RECEDIBILITÀ DA PARTE DEL COMODANTE.- VII COMODATO DI CASA FAMILIARE E SEPARAZIONE CONSENSUALE, PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE, NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA AVVOCATI.

I. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI ED INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA: LA DEFINIZIONE DEL PROFILO TEMPORALE DEL RAPPORTO E DEL CONSEGUENTE REGIME DI RECEDIBILITÀ DEL COMODANTE.

Il problema affrontato in queste pagine riguarda anzitutto il contratto di comodato e solo secondariamente l'istituto dell'assegnazione della casa familiare¹.

Si tratta di comprendere se il comodato avente ad oggetto il godimento della casa adibita a residenza familiare sia un rapporto a termine, ovvero senza determinazione di durata, cioè precario².

Per rispondere a tale domanda, è necessario sciogliere un quesito: se l'uso consistente nell'adibizione del bene a residenza della famiglia sia idoneo veicolare un termine implicito di durata del rapporto; se, cioè, il fatto stesso che il suddetto bene sia "destinato" a tale uso connoti temporalmente detto rapporto, come ammesso dall'art. 1810 c.c.

Ai sensi della citata disposizione, infatti, il comodato è senza determinazione di durata (c.d. precario) là dove non sia stato convenuto un termine nè questo risulti dall'uso "a cui la cosa doveva essere destinata".

¹ Sull'argomento v., anzitutto, i contributi monografici di FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004; ID., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 143 ss. Per una sintesi, GIACOBBE, G. □ VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, tomo 2, "Separazione personale e divorzio", in *Trattato di diritto civile*, coord. da R. SACCO, Utet, Torino, 2011, p. 288 ss.

² Per una panoramica, VIRGADAMO, P.: *La filiazione. Questioni processuali*, Milano, 2010, p. 279 ss.

Il corno della questione, pertanto, è comprendere se “destinare”, in senso lato, l’immobile a residenza della famiglia corrisponda ad un uso che contenga in sé un termine implicito di durata.

Se così fosse, si applicherebbe la regola posta dall’art. 1809 c.c., secondo la quale il comodante non può esigere la restituzione del bene prima che esso sia stato utilizzato conformemente all’uso pattuito, se non nell’ipotesi di “urgente ed impreveduto bisogno”; se così non fosse, invece, si farebbe applicazione dell’art. 1810 c.c., che consente al comodante di ottenere la restituzione del bene a semplice richiesta (*recesso ad nutum*).

Le riflessioni che seguiranno, dopo una ricostruzione dello stato delle arti in materia, sono finalizzate a sostenere fermamente la seconda delle alternative prospettate, tenuto conto che, a parere di chi scrive, l’eventuale assegnazione della casa, in un procedimento di crisi genitoriale ai sensi dell’art. 337 *sexies* c.c., non muta i termini della questione.

II. IL COMODATO DI CASA FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.

La giurisprudenza italiana si è a lungo occupata del tema in esame, con particolare riguardo all’ipotesi di assegnazione della casa familiare goduta in comodato nei procedimenti relativi alla crisi genitoriale. In assenza di una normativa specifica di riferimento, si è anche prospettato di applicare analogicamente le disposizioni sulla locazione³; tesi, questa ormai abbandonata tenuto conto, tra l’altro, della diversità funzionale dei due rapporti, gratuito l’uno (comodato) e oneroso l’altro (locazione)⁴.

Secondo una diversa impostazione, potrebbe farsi a meno di ogni pretesa applicazione analogica della disciplina locatizia, attribuendo al provvedimento assegnativo una forza di “concentrazione” del titolo (proprio del comodatario) in capo all’assegnatario⁵.

Si è, viceversa, da altre parti sostenuto che il provvedimento assegnativo “sostituisce” l’originario titolo rappresentato dal comodato; che il termine vi sarebbe, individuandosi nella cessazione delle esigenze abitative della famiglia; che, per l’effetto, il rapporto non è precario e il comodante non ha

³ Cass., 17 luglio 1996, n. 6458, in *Foro it.*, 1997, I, p. 205; Cass., 4 marzo 1998, n. 2407, in *Mass. Giust. civ.*, 1998.

⁴ FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 193.

⁵ Cfr. Cass., 26 gennaio 1995 n. 929, in *Dir. fam. pers.*, 1995, I, p. 1990; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10258, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 591.

facoltà di recedere *ad nutum*⁶.

Altri giudici hanno invece ritenuto che, così ragionando —ammettendo cioè l'assegnabilità dell'immobile al genitore non comodatario, ma affidatario della prole— si snaturi la caratteristica tipica del contratto, che è *intuitus personae*, oltre a prodursi una “proroga dell'occupazione nonostante il mutamento delle originarie condizini a fronte delle quali fu iniziato il rapporto”⁷.

La complessità della questione ha indotto ad un primo pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno anzitutto affermato la possibilità di assegnare al genitore affidatario della prole la casa goduta in comodato dall'altro.

La Suprema Corte ha poi in quell'occasione ritenuto che, ove il comodato di casa familiare sia stato stipulato senza termine preciso di durata, si imprime comunque sul bene un vincolo di destinazione alle esigenze abitative della famiglia idoneo a conferire all'uso il carattere implicito della durata del rapporto, onde l'impossibilità di recedere *ad nutum* da parte del comodante. Nè il vincolo suddetto potrebbe considerarsi, secondo la Cassazione, caducato per il sopravvenire della crisi coniugale, prescindendo quella destinazione, nella sua oggettività, dalla effettiva composizione, al momento della stipula del contratto, della comunità domestica, ma essendo essa semmai finalizzata a soddisfare, nel senso più ampio, ogni esigenza abitativa dettata dalla solidarietà familiare, che con la crisi medesima non viene meno⁸.

La posizione espressa dalle Sezioni Unite nel 2004 ha avuto largo seguito nella giurisprudenza successiva⁹.

In senso contrario, si pone —diremmo isolatamente— una decisione del

⁶ Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 18.

⁷ Trib. Napoli, 15 ottobre 1997, in *Giur. napoletana*, 1998, p. 48.

⁸ Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603.

⁹ Cass., 14 febbraio 2012, n. 2103. La decisione si pone sul solco di Cass., 18 giugno 2008, n. 16559; Cass., 6 giugno 2006, n. 13260; Cass., 13 febbraio 2006, n. 3072. Nello stesso senso, v. Cass., 28 febbraio 2011, n. 4917, in *Studium iuris*, 2011, p. 681, secondo la quale, nonostante l'interruzione della convivenza tra coniugi a seguito della crisi del loro rapporto, il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento del bene immobile di sua proprietà al coniuge affidatario della prole, il quale sia assegnatario della casa familiare, per l'uso previsto nel contratto, eccezion fatta per l'ipotesi in cui sopravvenga un urgente ed impreveduto bisogno del comodante stesso, che legittima una richiesta di restituzione dell'immobile da parte di costui *ex art. 1809, comma 2, c.c.* In senso conforme v. ancora Cass., 2 ottobre 2012, n. 16769, in *I Contratti*, 2013, p. 261 ss., con nota di PASSARELLA A.: “Concessione in comodato di immobile con vincolo di destinazione a casa familiare”.

2010 della Cassazione¹⁰, secondo la quale il comodato precario è contraddistinto dal fatto che la determinazione del termine di efficacia del vincolo è rimessa in via potestativa alla sola volontà del comodante, che può manifestarla *ad nutum* con la mera richiesta di restituzione del bene, non avendo rilievo la circostanza che l'immobile risulta adibito a casa familiare e che sia stato assegnato, in sede di separazione tra i coniugi, all'affidatario dei figli. Per tale ragione è stata cassata la sentenza che aveva rigettato la domanda di restituzione di un immobile concesso in comodato dai genitori al figlio, immobile rimasto nella disponibilità della nuora dopo la separazione, ritenendosi che la legittimità di tale pretesa fosse subordinata alla sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno rilevante *ex art. 1809, comma 2, c.c.*

III. IL COMODATO DI CASA FAMILIARE DELLA DOTTRINA ITALIANA.

Le soluzioni accolte dalle Sezioni Unite del 2004 sono state sottoposte ad approfondite critiche da parte degli studiosi.

Si è osservato, anzitutto, che la pronuncia aderisce ad un'idea di famiglia "entificata", oggi ampiamente superata¹¹. Nella stessa ottica, si è puntualmente rilevato che, ragionando come le Sezioni Unite, si produce una censurabile disomogeneità disciplinare tra l'ipotesi di casa familiare goduta in comodato durante la fase fisiologica del rapporto di coppia e quella di casa familiare goduta in comodato durante la crisi di tale rapporto: solamente nel primo caso, e non nel secondo, infatti, si potrebbe applicare l'art. 1810 c.c., con recedibilità *ad nutum* da parte del comodante, là dove, nell'ipotesi di patologia del suddetto rapporto, il godimento dell'immobile non potrebbe tornare potestativamente al comodante, finché perdura la c.d. destinazione

¹⁰ Cass., 7 luglio 2010, n. 15986, in *Guida al dir.*, 2010, f. 33, p. 63, con nota di DOSI, G.: "L'individuazione del contratto come precario penalizza la linea interpretativa familiaristica". La pronuncia è andata incontro alle critiche della dottrina per una evidente carenza motivazionale. Cfr. GIACOBBE, G. – VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, tomo 2, "Separazione personale e divorzio", cit., p. 292, nota 270: "sembra doveroso sottolineare che, mentre la sentenza n. 13603 del 2004 è stata emessa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per superare un contrasto di giurisprudenza, ed è caratterizzata da un'ampia ed articolata motivazione, la sentenza n. 15986 del 2010 non si è posta il problema del precedente delle Sezioni Unite ed è pervenuta alla indicata conclusione con una estremamente succinta motivazione. A riguardo va segnalato l'art. 374, comma 3, c.p.c., così come sostituito dalla riforma del 2006, che testualmente dispone: 'se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso'".

¹¹ FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 190.

familiare¹².

Per non parlare dei problemi probatori che l'impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite del 2004 comporterebbe, nella riferita ottica, dovendosi fornire la *probatio diabolica* della effettiva intenzione di dare e ricevere il bene al fine specifico di destinarlo a casa familiare: la rilevanza a livello squisitamente soggettivo delle intenzioni delle parti¹³, con conseguente impossibilità per il giudice di indagarle, unitamente all'usuale assenza di prove documentali da cui trarla¹⁴, renderebbe tale dimostrazione difficilmente raggiungibile.

Infine, le Sezioni Unite definiscono la casa familiare come un bene sottoposto ad un "vincolo di destinazione", dizione, questa, ritenuta discutibile anche a motivo della natura personale e non già reale del diritto abitativo, desumibile, tra l'altro, dal suo regime di opponibilità, basato ancor oggi, secondo la migliore ricostruzione, sull'art. 1599 c.c.¹⁵.

Posti i suddetti rilievi critici, la dottrina si è orientata verso diverse ricostruzioni del fenomeno.

Un autorevole studioso ha affermato che, nel caso di abitazione goduta in comodato, vi è un'impossibilità di diritto all'assegnazione, considerata l'essenzialità dell'*intuitus personae* all'interno del contratto medesimo, che verrebbe tradito dall'attribuzione a terzi non prescelti dal comodante del godimento dell'immobile¹⁶.

Altro attento Autore ha sostenuto che l'assegnazione della casa in comodato svolge una funzione comunque rientrante all'interno dell'obbligo di mantenimento previsto dall'art. 148 c.c., onde il comodante, che sia un ascendente dei figli nel cui interesse l'assegnazione è avvenuta, non può dolersi di quest'ultima, che corrisponderebbe, tutto sommato,

¹² FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 191.

¹³ Cfr. TARUFFO, G.: *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, II, 2, I, Giuffrè, Milano, 1992, p. 136 ss.

¹⁴ RICHICHI, R.: "Eccezione di dolo generale e diritto di famiglia", in *L'eccezione di dolo generale*, coord. da L. GAROFALO, Cedam, Padova, 2006, 323.

¹⁵ Cfr. VIRGADAMO, P.: "L'opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e l'affidamento condiviso", in *La regolamentazione dell'affidamento condiviso nella filiazione legittima e naturale*, coord. da E. BRUSCHI e R. ROSSANO, Pubblicazioni Italiane, Taranto, 2008, p. 222 ss.

¹⁶ GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 137; OBERTO, G.: "Famiglia e rapporti patrimoniali", Giuffrè, Milano, 2002, p. 583; BARBIERA, L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 61.

all'adempimento di un obbligo su di esso gravante *ex lege*¹⁷.

Altra dottrina, poi, ha fatto richiamo all'eccezione generale di dolo, al fine di giustificare l'inapplicabilità, nell'ipotesi in esame, dell'art. 1810 c.c. e del conseguente recesso *ad nutum* del comodante¹⁸.

Tutte le soluzioni adombrate, però, prestano il fianco ad alcuni rilievi critici.

Sicuramente ciò vale per l'ultima, tenuto conto che l'eccezione generale di dolo, dagli incerti confini contenutistici, rischia di “divenire un contenitore con cui giustificare, nella fase esecutiva del contratto, l'ingiustificabile”, cioè l'impossibilità totale, da parte del comodante, nel caso che ci occupa, di esercitare il recesso, in spregio alla normativa codicistica¹⁹.

Nondimeno, è quantomeno parziale la seconda proposta, attagliandosi esclusivamente all'ipotesi di comodato concesso da un ascendente; essa è peraltro discutibile anche sotto il profilo teorico, se è vero che l'obbligo di cui all'art. 148, comma 1, c.c. fa prevalente riferimento ad una contribuzione di natura economica, consistente nella corresponsione di una somma di denaro²⁰, sostituibile da altra prestazione solamente tramite il meccanismo delle obbligazioni alternative, le quali, com'è noto, non tollerano una sostituzione giudiziale nella scelta rimessa all'obbligato²¹.

La medesima dottrina ritiene altresì criticabile la prima impostazione, affermando che l'*intuitus personae* che caratterizza il contratto di comodato non sarebbe tradito dall'assegnazione, influenzando questa sul rapporto e non già sull'atto, che rimarrebbe invariato²².

Più recenti studi hanno posto l'accento sul concetto di causa in concreto.

Rileva un Autore che che “le ragioni del comodante non possono prescindere, in ogni caso, da un bilanciamento con gli interessi patrimoniali del comodatario, tutte le volte in cui la richiesta di restituzione immediata del bene appaia in contrasto con la regola di correttezza *in executivis* (art. 1375

¹⁷ GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, 2015, p.

¹⁸ RICHICHI, R.: “Eccezione di dolo generale e diritto di famiglia”, cit., p. 322 s.

¹⁹ FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 207.

²⁰ TRABUCCHI, A.: “Diritti e doveri dei coniugi”, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, coord. da L. CARRARO – G. OPPO – A. TRABUCCHI, *sub* art. 148 c.c., I, 1, Giuffrè, Milano, 1977, p. 277.

²¹ Ancora FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 210, il quale evidenzia che il nonno sarebbe eccessivamente penalizzato, dovendo subire l'imposizione della scelta giudiziale circa le modalità di adempimento del suo obbligo.

²² FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 203.

c.c.)”²³.

In particolare riguardo al comodato avente ad oggetto la casa familiare, si osserva, da parte della dottrina citata, che è “centrale la ricostruzione della causa concreta dalla quale si evince con certezza l’effettività della destinazione a casa familiare da parte del comodante”²⁴. Secondo l’Autore, essendo l’interesse patrimoniale del comodatario strumentale alla realizzazione di un interesse superindividuale o familiare, avente rilevanza esistenziale, in special modo della prole, il contratto di comodato diverrebbe strumento di esercizio della responsabilità genitoriale, onde la sua efficacia viene legata al perdurare dell’interesse familiare indicato.

La citata dottrina, peraltro, estende il ragionamento ad ipotesi diverse, nelle quali l’interesse familiare non è condiviso dal comodante, il quale non è consapevole del fatto che l’immobile sarebbe stato adibito dal comodatario a residenza della famiglia²⁵.

In relazione alla citata fattispecie, l’Autore osserva che gli interessi, pur non condivisi dal comodante, possono prevalere anche sulla causa espressa del negozio, “ove lo esiga la particolare natura di essi”, nell’ottica di un bilanciamento degli stessi effettuato in sede interpretativa ed integrativa del contratto *ex artt.* 1366 e 1374 c.c. Il rilievo causale dei valori in gioco sarebbe bensì indiretto, ma condurrebbe comunque, per il tramite del procedimento equitativo e della tecnica del bilanciamento ad esso sotteso, a dare prevalenza all’interesse della prole minore così come al legittimo affidamento del comodante in ordine al rilascio dell’immobile. Se ne conclude che “l’applicazione dei principi di buona fede e di equità potrà determinare la fissazione giudiziale di un congruo termine (in relazione alle circostanze del caso concreto) entro il quale il comodatario dovrà lasciare l’immobile; in tal modo verrà assicurata la possibilità di trovare un’altra sistemazione abitativa

²³ SCAGLIONE, F.: *Il comodato*, in *Il Codice Civile. Commentario*, coord. da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 162. Vedi già le osservazioni di CIPRIANI, N.: *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, coord. da P. PERLINGIERI, Esi, Napoli, 2005, p. 382 e, più in generale, PERLINGIERI, P.: “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Esi, Napoli, 2003, p. 441 ss.

²⁴ Nello stesso senso, Cass., 11 agosto, 2010, n. 18619, in *Riv. not.*, 2011, p. 411 ss., con nota di ANDREOLA, E.: “Casa familiare tra comodato e assegnazione”; in *Fam. dir.*, 2011, p. 121 ss., con nota di MAGLI, C.: “Comodato e casa familiare: la limitazione della portata applicativa della decisione delle sezioni unite nella prospettiva delle successive pronunce di legittimità”.

²⁵ Per una esemplificazione, v. Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179.

alla famiglia, nell'interesse predominante dei figli minori"²⁶.

Come si avrà modo di constatare, il rilievo attribuito al profilo causale, giustamente enfatizzato dalla dottrina da ultimo ricordata, caratterizzerà la più recente ed autorevole evoluzione giurisprudenziale.

IV. LA POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE DEL 2014.

Sul dibattito sono recentemente intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁷, le quali hanno affermato che il coniuge affidatario della prole minorenni, o maggiorenne non autosufficiente, che sia assegnatario della casa familiare, può opporre al comodante, che chieda il rilascio dell'immobile in questione, l'esistenza di un provvedimento di assegnazione, pronunciato in un giudizio di separazione o di divorzio, solamente se tra il comodante e almeno uno dei coniugi — salva la concentrazione del rapporto in capo all'assegnatario, benchè diverso — il contratto in precedenza insorto prevedesse la destinazione del bene a casa familiare. In tale evenienza, il rapporto, riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 c.c., si costituisce per un uso determinato ed ha — mancando una espressa indicazione della sua scadenza — una durata determinabile *per relationem*, con applicazione delle regole che disciplinano la destinazione della casa familiare, indipendentemente, dunque, dal verificarsi di una crisi coniugale, ed è pertanto destinato a persistere o a venir meno con la sopravvivenza o il dissolversi delle necessità familiari (nella specie, relative a figli minori) che avevano fondato l'assegnazione dell'immobile.

Le Sezioni Unite precisano che il coniuge separato, convivente con la prole minorenni o maggiorenne non autosufficiente ed assegnatario dell'abitazione già attribuita in comodato, il quale opponga alla richiesta di rilascio del comodante l'esistenza di una destinazione del bene a casa familiare, deve dimostrare che tale era la pattuizione attributiva del diritto personale di godimento, mentre spetta a chi invoca la cessazione del comodato provare il sopraggiungere del termine fissato *per relationem* e, dunque, l'avvenuto dissolversi delle esigenze connesse all'uso familiare che lo stesso bene è destinato a soddisfare.

Infine, l'importante pronuncia citata afferma che, ai sensi dell'art. 1809,

²⁶ SCAGLIONE, F.: *Il comodato*, cit., p. 162 ss.; in tal senso v. già FREZZA, G.: "Dal prestito d'uso al comodato nuziale", in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1144 ss.

²⁷ Cass., sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Guida al dir.*, 2014, 42, p. 20; in *Dir. giust.*, 30 settembre 2014, con nota di FANELLI, A.: "Casa familiare in comodato ed interessi protetti: quando il proprietario ha diritto alla restituzione".

secondo comma, c.c., il bisogno che giustifica la richiesta del comodante di restituzione del bene non deve essere grave ma imprevisto e, pertanto, sopravvenuto rispetto al momento della stipula del contratto di comodato. Esso deve essere altresì urgente, non rilevando bisogni non attuali, né concreti o solo astrattamente ipotizzabili. Ne deriva che non solo la necessità di un uso diretto, ma anche il sopravvenire d'un imprevisto deterioramento della condizione economica del comodante — che giustifichi la restituzione del bene ai fini della sua vendita o di una redditizia locazione— consente di porre fine al comodato, ancorché la sua destinazione sia quella di casa familiare. Rimane ferma, in tal caso, la necessità per il giudice di effettuare il controllo di proporzionalità e adeguatezza nella comparazione tra le particolari esigenze di tutela della prole e il contrapposto bisogno del comodante.

V. PROFILI DI CRITICITÀ DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE.

Deve salutarsi con favore la corretta sottolieatura, da parte delle Sezioni Unite, del concetto di causa. Essa dovrebbe mettere al riparo dalla fantasia di ipotizzare astrattamente un comodato a tempo (connesso all'uso familiare) nelle ipotesi in cui il comodante sia ad esempio una società, onde sarebbe assai arduo ricavare l'esistenza di una comune intenzione delle parti di adibire la casa all'uso suddetto. Va tuttavia rilevato in senso critico che la pronuncia appare lacunosa, in quanto non si attarda a distinguere, in linea di principio, le ipotesi di comodante ascendente da quella di terzo estraneo.

Ciò posto, per il resto la citata pronuncia presta il fianco ad una nutrita serie di critiche difficilmente superabili.

Anzitutto, non si comprende come l'esigenza abitativa familiare potrebbe sorreggere un termine implicito di durata del rapporto, dato che così non è per l'esigenza abitativa *non familiare ma individuale*²⁸. Invero, l'esigenza familiare può intendersi come una mera estensione soggettiva dell'esigenza abitativa *sic et simpliciter*.

Dunque, come mai la Cassazione, nell'ipotesi di esigenza abitativa familiare,

²⁸ Tutte le volte nelle quali la giurisprudenza riscontra la presenza di un termine di durata del rapporto, lo fa perchè il caso concreto è connotato da particolarità ulteriori rispetto al mero uso abitativo. Di contro, là dove all'uso abitativo non si connettano clausole di effettiva, e non già apparente, determinazione temporale, il rapporto viene configurato senza determinazione di durata. Sarebbe solamente apparente la determinazione di tempo, ove connessa alla clausola «fino a quando i comodatari non abbiano reperito un altro alloggio» (così Cass., 22 marzo 1994, n. 2750, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2517), essendo il relativo evento del tutto incontrollabile ed imprevedibile.

configura un rapporto a tempo, là dove, nel caso di esigenze individuali, ma parimenti abitative, non fa lo stesso?

Proprio qui sta il corno della questione e si svela il sottile e velato ragionamento, sottostante a quello più apparente, che i Supremi giudici in effetti conducono ma non disvelano.

La risposta alla domanda formulata è infatti solamente una: perché si legge nel “familiare”, in modo inconfessato ed implicito, “esigenza dei figli non autonomi”, la quale, però, non è —*rectius*: non è detto che sia stata— oggetto dell’intenzione del comodante al momento della stipula del contratto. Egli, piuttosto, ben avrebbe potuto intendere le “esigenze familiari”, alle quali desiderava “vincolare” il bene, in modo assolutamente più lato, come, ad esempio, quelle dei figli anche a seguito della raggiunta autosufficienza economica, o della nuora quale familiare, o dell’ascendente convivente o di altri ancora.

Quelle citate non sono forse esigenze familiari? Evidentemente sì. Possiamo dire allora che anche in tali casi il comodato sarebbe a tempo e il comodante non dovrebbe poter revocare *ad nutum*? Evidentemente no.

L’esempio vuol aiutare a comprendere che le esigenze familiari non sono solamente quelle dei figli non autosufficienti, ma qualcosa di molto più lato, di talmente più lato che non appaiono idonee a sorreggere un uso determinato nel tempo²⁹.

Perché dovrebbe, *dulcis in fundo*, l’esigenza familiare scomparire “come per magia” una volta raggiunta la maggiore età o l’indipendenza economica della prole? Forse raggiunta tale indipendenza non vi è più esigenza abitativa della famiglia da tutelare? Il vero è allora —e qui si rivela la sincera posizione della Corte— che, raggiunta la suddetta indipendenza, viene meno il presupposto *non del comodato, ma dell’assegnazione ex art. 337 sexies c.c.* (interesse dei figli).

In tal modo si comprende come la Cassazione confonda, senza attardarsi su tale fraintendimento, il profilo causale del comodato con la funzione normativa dell’assegnazione disegnata dal legislatore o, meglio, appiattisca la prima sulla seconda, in spregio alla labialmente dichiarata rilevanza della

²⁹ Inoltre: se la destinazione familiare è un uso che sorregge un termine implicito bisognerebbe rispondere alla domanda: cos’è la famiglia? È quella nucleare? O quella allargata? Come tutelare le esigenze abitative di eventuali parenti collaterali o affini conviventi? E quelle dei figli naturali della sola nuora del comodante, magari avuti con altro *partner*, entrati a far parte della compagine familiare prima della crisi? E quelle di eventuali nonni, bisnonni, nipoti o pronipoti conviventi? Il ragionamento della Corte condurrebbe, all’evidenza, a risposte paradossali.

causa in concreto del negozio.

Peraltro, il rilievo attribuito all'elemento causale dalle Sezioni Unite si mostra meramente formale sotto il profilo probatorio. L'intenzione in concreto delle parti è infatti usualmente ricavata dalla giurisprudenza dal fatto stesso dell'utilizzo della casa come residenza della famiglia, sicchè sarà difficile, se non inverosimile, riuscire a dimostrare una eventuale volontà contraria delle parti (quantomeno del comodante) in sede di costituzione del rapporto e di un utilizzo difforme da parte del comodatario. Anzi, tale utilizzo difforme, da inadempimento contrattuale quale è, diverrebbe, paradossalmente, elemento probatorio di una volontà negoziale ad esso conforme.

Non andrebbe poi dimenticato che, se vi è un dubbio ermeneutico, il contratto a titolo gratuito, come quello che ci occupa, deve essere interpretato nel senso meno gravoso per l'obbligato (art. 1371 c.c.), che, nella specie, significa configurare il medesimo contratto come precario. Orbene, non sembra potersi negare che, nell'ipotesi di generica "destinazione abitativa familiare", vi sia quantomeno il dubbio circa la sussistenza di un termine effettivamente in grado di definire temporalmente il rapporto³⁰.

Tutto ciò, a tacer del fatto che si scoraggia in concreto l'uso del contratto di comodato, il quale, viceversa, in tempi di crisi economica e di elevata disoccupazione giovanile, risulta per il genitore strumento molto appetibile al fine di assicurare un'abitazione al figlio e alla sua famiglia.

Vi è poi una considerazione, che appartiene all'ordine dell'assiologia, la quale stride con la conclusione sposata dalle Sezioni Unite.

Si giustifica, tradizionalmente, la ricostruzione del comodato come "a tempo", con conseguente non recedibilità *ad nutum* da parte del comodante, sulla base del bilanciamento degli interessi proprietari di quest'ultimo con quelli della prole, per concludere nel senso della cedevolezza dei primi e della prevalenza dei secondi. Tuttavia, in tal modo, si commette un insanabile errore metodologico, che attiene all'essenza stessa del bilanciamento dei valori che l'interprete deve operare: si bilanciano due interessi (quello del comodante e quello della prole non autosufficiente) tra loro del tutto disconnessi dal punto di vista giuridico. Il comodante, infatti, non è, in quanto tale, legato da alcun rapporto con la suddetta prole, nè di tipo

³⁰ La sua natura di comodato a tempo non potrebbe, peraltro, giammai presumersi, se è vero, come ammonisce la giurisprudenza più recente, che i vincoli particolarmente gravosi (come, si ritiene che sia la durata determinata del rapporto e la conseguente non recedibilità *ad nutum* da parte del concedente) per il comodante devono essere sempre positivamente provati. Cfr. Cass., 21 novembre 2014, n. 24838, in www.ilforoitaliano.it.

contrattuale, nè, in astratto, discendente direttamente dalla legge. Il bilanciamento, tuttavia, può e deve operare solamente tra interessi tra loro giuridicamente connessi (ad esempio, l'interesse del proprietario e quello del conduttore, legati tra loro dal contratto di locazione; quelli del padre e quelli del figlio, legati dalla responsabilità genitoriale; quelli del paziente e quelli del medico, legati dal contratto di ospitalità, quelli del danneggiato e quelli del danneggiante, legati dall'illecito aquiliano fonte di vincolo giuridico, ecc.). Interessi tra loro del tutto indipendenti, come quelli in questione, non possono *ab origine* essere bilanciati, per mancanza, volendo usare un'immagine figurata, della "bilancia" sui quali porli, ossia del rapporto giuridico che lega i soggetti portatori e che "innesca", per dir così, la stessa attività di bilanciamento.

Ragionando come fa la Suprema Corte —ponendo in bilanciamento, cioè, interessi e valori tra loro giuridicamente disconnessi— si potrebbe arrivare a conseguenze paradossali: assegnare *ex art. 337 sexies c.c.* la casa illecitamente occupata dalla famiglia alla moglie e madre della prole affidataria, casa appartenente ad un soggetto totalmente estraneo ai rapporti familiari, il quale sarebbe, non solo semplice vittima dello spoglio, ma addirittura impossibilitato ad agire per riottenere il godimento dell'immobile, dovendo il suo interesse patrimoniale "cedere" rispetto a quello esistenziale della prole anzidetta.

Tuttavia, la critica più radicale all'impostazione seguita dal Supremo collegio attiene allo stesso concetto istituzionale di comodato a tempo, che la Cassazione finisce con il tradire.

Com'è noto, tale è il rapporto caratterizzato da un termine, che, come tradizionalmente si insegna, deve essere quantomeno *certus an*, pur se *incertus quando*³¹.

Tuttavia, il "termine" considerato dalla Suprema Corte □ cioè quello costituito dalla raggiunta indipendenza economica della prole e, con essa, dalla cessazione della sua esigenza abitativa legata alla casa familiare □ non è evento affatto certo, (purtroppo) nemmeno nell'*an*, a voler rigorosamente ragionare, tenendo presente l'attuale realtà socio-economica: onde esso, a ben vedere, termine non è.

Ma vi è di più: ove anche l'evento considerato fosse *certus an*, non per questo costituirebbe un termine, nel senso particolare che questa espressione assume in seno agli artt. 1809 e 1810 c.c.

³¹ GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2015, p. 940 ss.

Se si riflette bene, rifuggendo da facili semplificazioni, infatti, il “termine” di cui si discute non è tale solamente se è certo che l’evento dedotto si verificherà, lo è se è altresì, in qualche misura, prevedibile l’arco temporale entro il quale ciò accadrà.

Che il c.d. termine cui alludono gli articoli in esame abbia la riferita peculiarità (prevedibilità dell’arco temporale di verifica) si evince, d’altronde, dalla stessa formulazione dell’art. 1809 c.c. In esso si legge che il comodatario è obbligato a restituire la cosa “alla scadenza del termine convenuto o, *in mancanza di termine*, quando se ne è servito in conformità del contratto”. Il corsivo aggiunto vuole sottolineare che, già nell’ottica del legislatore e nella lettera della legge, il termine o è “convenuto” o, tecnicamente, non è termine affatto.

Quello che si desume dall’uso cui il bene è “destinato”, pertanto, non è propriamente termine, nel senso istituzionale della parola: quest’ultimo può anche essere *incertus quando* (la morte ne è l’esempio paradigmatico), mentre il nostro non può esserlo (onde lo si indicherà tra virgolette nel prosieguo). Ciò è tanto vero che l’art. 1810 c.c., da parte sua, è rubricato “*Comodato senza determinazione di durata*”, e non “senza termine”, proprio perchè un termine, nel mero significato istituzionale della parola, se del tutto *incertus quando*, non sarebbe in grado di determinare, in senso pregnante, la durata del rapporto.

Basti osservare sinotticamente alcune rilevanti decisioni della giurisprudenza di legittimità per rendersi conto della bontà di questa conclusione, giurisprudenza che, in tema di comodato, distingue nettamente tra usi che implicano un “termine” finale del rapporto cui si riferiscono ed usi che non lo implicano.

Nel primo insieme rientrano, ad esempio, l’uso consistente nell’effettuazione del raccolto³² o nella fruizione di un’abitazione per il tempo necessario allo svolgimento degli studi universitari³³: attività necessariamente temporanee o addirittura stagionali.

Nel secondo insieme rientra, invece, ad esempio, l’uso consistente nello svolgimento, all’interno dell’immobile oggetto del diritto di godimento, di una data attività commerciale³⁴, come l’attività di ristorazione³⁵. Non implica

³² Cass., 18 novembre 2014, n. 24468, in *Guida al dir.*, 2014, 49-50, p. 24.

³³ Cass., 18 novembre 2014, n. 24468, cit.

³⁴ Cass., 18 novembre 2014, n. 24468, cit.: “l’apposizione al comodato d’un termine derivante ‘dall’uso cui la cosa è destinata’ non può invece ravvisarsi nel solo fatto che nell’immobile si svolge una determinata attività, commerciale o di altro tipo: per la semplice ragione che tale attività potrebbe non avere alcun termine prevedibile, nel qual caso il comodato sarebbe di fatto *sine die*. Conclusione, quest’ultima, che snaturerebbe la causa del

un “termine” finale nemmeno l’attribuzione del godimento di un immobile “sino a che non sia trovata altra sistemazione”³⁶, evento, all’evidenza, del tutto incontrollabile.

Dall’analisi delle motivazioni delle sentenze citate, si evince che non tutti gli usi implicano un “termine” finale di durata, ma solamente quelli che necessariamente sono destinati a terminare (evento *certus an*) e a terminare in un momento, se non precisamente determinato, quanto meno situabile in un arco di tempo controllabile (evento *incertus quando* con assoluta precisione, ma, si direbbe, *certus quando* come periodo limitato di tempo): il tempo del

contratto (il ‘prestito ad uso’ degli antichi) ed esproprierebbe di fatto il comodante. Esistono infatti attività il cui svolgimento è necessariamente espressione d’un termine implicito di durata del comodato (esigenze temporanee, occupazioni stagionali, necessità transeunti); ed attività che non sono soggette ad alcun termine di durata. Solo il primo tipo di attività, se svolte nell’immobile dato in comodato, consentono di ritenere che quest’ultimo sia soggetto ad un termine implicito. La Corte d’appello ha dunque confuso il termine del comodato col termine dell’attività che si svolge nell’immobile dato in comodato, ritenendo che il fatto stesso che nell’immobile si svolga una attività commerciale ancori la durata del comodato alla cessazione di quell’attività”.

³⁵ Cass., 8 ottobre 1997, n. 9775, in *Banca dati Jus Explorer*: “passando adesso al settimo motivo, la Corte d’appello, per respingere la pretesa del Palomba di rimanere, nonostante la richiesta di riconsegna, nella detenzione dei locali, protraendola indefinitamente fin quando eserciterà, in conformità del contratto (art. 1809 c.c.), l’attività di ristorazione, ha affermato, seguendo l’indirizzo di Cass. 26 marzo 1971 n. 897, che, in mancanza di particolari prescrizioni di durata, l’uso corrispondente alla generica destinazione dell’immobile si configura come indeterminato e continuativo, inidoneo a sorreggere un termine finale, con la conseguenza che, in tali ipotesi, la concessione deve intendersi a tempo parimenti indeterminato e cioè a titolo precario, onde la revocabilità ‘*ad nutum*’ da parte del comodante, a norma dell’art. 1810 c.c.”.

³⁶ Cass., 25 giugno 2013, n. 15887, in *Banca dati Jus Explorer*: “resta da esaminare l’ultima doglianza, articolata sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1803, 1809 e 1219 c.c., secondo cui la Corte territoriale avrebbe errato nel rigettare la domanda di risarcimento dei danni proposta dalla SAB trascurando che il contratto concluso oralmente, secondo la stessa prospettazione della Z., doveva durare ‘sino a che non fosse stata trovata altra sistemazione’ per cui la proprietaria non poteva chiedere la restituzione del bene sino a che la SAB si fosse servita del bene per tale uso. La doglianza è infondata. Ed invero, premesso che, come ha rilevato la Corte di merito, la società ricorrente non ha fornito la prova del proprio assunto, giova aggiungere che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, il termine finale del comodato in tanto può, a norma dell’art. 1810 c.c., risultare dall’uso cui la cosa doveva essere destinata, in quanto tale uso abbia in sé connaturata una durata predeterminata nel tempo, mentre in mancanza di particolari prescrizioni di durata, in mancanza cioè di elementi certi ed oggettivi che consentano *ab origine* di prestabilire la durata, analogamente a quanto è avvenuto nella vicenda in esame, l’uso corrispondente alla generica destinazione dell’immobile si configura come indeterminato e continuativo, inidoneo a sorreggere un termine finale, con la conseguenza che, in tali ipotesi, la concessione deve intendersi a tempo parimenti indeterminato e cioè a titolo precario, onde la revocabilità ‘*ad nutum*’ da parte del comodante, a norma dell’art. 1810 c.c. (sul punto v. Sez. Un. 3168/2011, Cass. n. 5907/2011, Cass. n. 9775/2007)”.

raccolto, il tempo degli studi universitari, ecc.

In altre parole, si potrebbe dire che il “termine” cui si riferiscono gli artt. 1809 e 1810 c.c. deve essere altresì *certus quando*, anche se, in questo caso, si allude ad una certezza non cronometrica, ma dotata di un *controllabile* margine di elasticità.

Per tornare agli esempi fatti: il raccolto potrà durare un giorno in più o in meno del previsto, ma non andrà senz'altro oltre una determinata stagione; gli studi universitari del figlio hanno una loro durata regolare (ad esempio, cinque anni), corrispondente più o meno a quella del Corso di laurea. Se, nel secondo dei riportati esempi, si interpretasse l'uso nel senso che esso può durare, insieme al diritto di godimento cui si riferisce, per tutto il tempo che il figlio impiegherà per laurearsi, anche se si trattasse di decenni, è evidente che non potrà più parlarsi di “termine” *ex* artt. 1809-1810 c.c., in quanto assolutamente imprevedibile e incontrollabile nel “quando”, se non addirittura nell'*an*.

In definitiva, sembra che il legislatore, differenziando il precario dal comodato “a tempo”, abbia inteso distinguere i due sulla base di una clausola in grado di conferire al rapporto certezza e controllabilità: se tali caratteri non si riscontrano nel caso concreto, discutere di comodato con determinazione di durata — cioè contrapposto al precario — è del tutto irragionevole. D'altronde, se è vero che il “termine” deve risultare dall'uso cui la cosa è destinata — così si esprime l'art. 1810 c.c. — delle due l'una: o esso è individuabile in un momento inserito in un arco di tempo definibile *a priori*, ovvero praticamente ogni uso (o quasi) sarebbe idoneo a sottenderlo, onde l'inutilità pratica di distinguere tra comodato a tempo e precario.

Deve allora ritenersi ampiamente censurabile anche la decisione della Suprema Corte, che recentemente ha definito il comodato “vita natural durante” come rapporto a tempo, con conseguente non recedibilità *ad nutum* da parte del comodante³⁷. Il rapporto dovrebbe viceversa inquadrarsi, anche in questo caso, nello schema del precario, essendo, almeno in astratto, del tutto imprevedibile l'arco temporale entro il quale si verificherà la morte del comodatario. D'altronde, la “pericolosità” anche di tale soluzione adottata dalla Cassazione, siccome fonte di notevoli aporie sistematiche, è stata ben evidenziata in dottrina: “invero, la durata della locazione, ai sensi dell'art. 1573 c.c., non può eccedere i trenta anni e quando essa eccede il novennio ed abbia ad oggetto beni immobili, occorre provvedere alla trascrizione (art. 2643 c.c. n. 8); per di più l'eventuale costituzione di un diritto di abitazione sarebbe assoggettata al formalismo dello scritto ad substantiam e, parimenti, alla

³⁷ Cass., 18 marzo 2014, n. 6203.

formalità della trascrizione (art. 2643 c.c. n. 4). In questo contesto, la praticabilità di un comodato immobiliare vita natural durante verbalmente perfezionabile non può certo non definirsi pericolosamente stridente. Non sembra inoltre che si siano tenute presenti le conseguenze a livello sistematico di una statuizione nel senso della opponibilità del contratto agli aventi causa dal comodante, divenendo per tale via possibile ciò che non sarebbe in tema di locazione ultranovennale, soggetta a trascrizione, essendo attingibile una situazione di opponibilità simile a quella che si avrebbe nell'ipotesi in cui fosse stata perfezionata una donazione del diritto di abitazione (come tale perfezionata per atto pubblico e soggetta a trascrizione)³⁸.

VI. UNA DIVERSA IPOTESI RICOSTRUTTIVA: IL COMODATO DI CASA FAMILIARE COME PRECARIO E LA CONSEGUENTE LIBERA RECEDIBILITÀ DA PARTE DEL COMODANTE.

Se la ricostruzione proposta dalle Sezioni Unite del 2014 riguardo alla configurazione del comodato di casa familiare come rapporto a tempo non è soddisfacente, si impone una diversa configurazione del fenomeno, che può sinteticamente così delinearsi.

Sembra possibile assegnare il godimento della casa familiare ai sensi dell'art. 337 *sexies* c.c. solamente se può evincersi dall'interpretazione dello schema contrattuale che l'assegnatario è già parte del rapporto originario, altrimenti verificandosi un caso di impossibilità giuridica all'assegnazione. Essa, infatti, tradirebbe irrimediabilmente il carattere *intuitus personae* che connota il negozio in esame.

Nell'ipotesi in parola, il provvedimento assegnativo non determinerebbe alcuna “deviazione” o “concentrazione” del godimento dell'immobile — termini spesso in voga nelle pronunce giudiziali, ma impropri, o quantomeno sibillini — ma semplicemente una esclusione *ope iudicis* del non assegnatario dal godimento medesimo. Per l'effetto, il comodante sarà libero di recedere *ad nutum* dal contratto, potendosi solamente ricorrere, come suggerito dalla dottrina più sensibile³⁹, all'assegnazione di un termine congruo ai sensi dell'art. 1183, comma 1, c.c., al fine di consentire all'assegnatario il reperimento di altra idonea sistemazione.

³⁸ CIANNI, P.: “Contratto di comodato vita natural durante”, in *Pareri di diritto civile*, coord. da M.R. SAN GIORGIO, Giuffrè, Milano, 2014, p. 270 s.

³⁹ FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 212 ss.

VII. COMODATO DI CASA FAMILIARE E SEPARAZIONE CONSENSUALE, PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE, NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA AVVOCATI.

Si comprende che di assegnazione potrà parlarsi solamente là dove possa operare l'art. 337 *sexies* c.c.

Così non è nell'ipotesi di separazione consensuale, ove la fonte attributiva del diritto abitativo è un accordo tra le parti e non già il decreto di omologa che, com'è noto, secondo la migliore opinione, di esso rappresenta solo una *condicio iuris* di efficacia⁴⁰.

Essendo fonte del diritto abitativo l'accordo di separazione tra i due genitori, delle due l'una: o ambedue erano comodatari *ab origine*, ed allora sarà ammissibile che essi condordino un godimento del bene esclusivo da parte di uno; ovvero era comodatario uno solo di essi, onde sarà impossibile attribuire validamente il godimento all'altro senza il consenso del comodante, pena la violazione del divieto di cui all'art. 1804 c.c.⁴¹.

Medesime conclusioni, e per le medesime ragioni, valgono in riferimento ad un ipotetico accordo di mediazione — o di negoziazione assistita⁴² — all'interno del quale il genitore comodatario pensi di attribuire il godimento della casa familiare all'altro estraneo al comodato.

In tutte e tre le ipotesi considerate — separazione consensuale, accordo di

⁴⁰ Cfr., tra gli altri, GIACOBBE, G. — VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, tomo 2, "Separazione personale e divorzio", cit., p. 204 ss., ove riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

⁴¹ Pare orientarsi diversamente parte della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Modena, 26 aprile 2004, in *Arch. locaz.*, 2004, p. 352; Pret. Pordenone, 23 dicembre 1998, *ivi*, 1999, p. 846; v. in argomento Cass., 25 maggio 1989, n. 2524, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1633), la quale sembra ammettere implicitamente la costituzione di un diritto di godimento in capo al coniuge non comodatario in sede di accordo di separazione consensuale, purchè risulti provata la destinazione della casa a residenza della famiglia. Tuttavia, è da dire che non è certo lo scopo familiare a determinare la persona del comodatario, onde la violazione del citato art. 1804 c.c.

⁴² Qualche dubbio potrebbe residuare riguardo a tale fattispecie. Infatti, l'art. 12, comma 3, d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014 n. 162 (per un primo commento v. DOSI, G.: *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 79 ss.), riferendosi appunto all'accordo di negoziazione assistita relativo a procedimenti di separazione personale dei coniugi e di divorzio (e assimilati) prevede che esso "tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1", i suddetti procedimenti. Tuttavia, è evidente che l'espressione "tiene luogo" non può essere intesa come "ha gli stessi effetti", sempre e comunque, ma nel senso di "sostituisce", ovviamente nei limiti del possibile. E, nel caso che ci occupa, tale sostituzione possibile non sarebbe di certo, dato che l'attribuzione del godimento della casa al familiare al non comodatario costituirebbe a sua volta un comodato che, in rapporto a quello originario, si configurerebbe quale subcontratto, secondo quanto sopra osservato, inammissibile.

mediazione, negoziazione assistita— il motivo per cui non si può effettuare alcuna attribuzione del godimento è dato dal fatto che tale potere è, *ex art. 337 sexies c.c.*, prerogativa del giudice, il quale soltanto può tecnicamente “assegnare” l’immobile ad un soggetto terzo rispetto al titolare del diritto di godimento originario sullo stesso, per un potere eccezionalmente conferitogli dalla legge.

D'altronde, anche il titolare di un ben più pregnante diritto di usufrutto potrebbe costituire diritti personali di godimento solamente per una durata ben definita, onde sarebbe contraddittorio ammettere che il comodatario possa farlo stabilendo una sua incommensurabile estensione temporale pari alle esigenze abitative della famiglia o dei figli.

L'unica cosa che si potrebbe ammettere — beninteso, come chiarito, solamente se il genitore che si intende beneficiare è già parte del contratto originario di comodato— è una *rinunzia abdicativa* di tipo contrattuale (in un contesto di separazione consensuale, di accordo di mediazione, di negoziazione assistita) al proprio diritto da parte di uno dei comodatari, ad indiretto vantaggio dell'altro, in seno ad una vicenda verosimilmente transattiva.

ÍNDICE

CASA FAMILIARE E SITUAZIONI POSSESSORIE
FAMILY HOME, COHABITATION AND POSSESSION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 417 - 430

Fecha entrega: 04/10/2015
Fecha aceptación: 31/10/2015

Dr. CRISTIANO CICERO
Catedrático de derecho civil
Universidad de Cagliari
cicero@unica.it

SOMMARIO: Constatato che i rapporti tra casa familiare e possesso sono molteplici e complessi, lo studio si sofferma sulla situazione possessoria vantata dall'assegnatario, e successivamente, sulla tutela possessoria da riconoscere al convivente che subisce lo spoglio dell'immobile.

PAROLE CHIAVE: casa familiare; convivenza more uxorio; possesso.

ABSTRACT: In light of the numerous and problematic interplays between the family home and actual possession, this article focuses on the legal right to possession enjoyed by the recipient, and thereafter on the protection to be granted to the domestic partner who suffers for the loss of possession of the property.

KEY WORDS: family home; cohabitation; possession.

SUMARIO: I. NOZIONE DI CASA FAMILIARE.- II. SE L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE È TITOLO DEL POSSESSO AD USUCAPIONEM.- III. IL PROBLEMA DELLA TUTELA POSSESSORIA DEL CONVIVENTE MORE UXORIO.

I. NOZIONE DI CASA FAMILIARE.

La nozione di casa familiare è ad oggi non univoca. Quella che viene definita la nozione oggettiva di casa familiare, sottolinea la rilevanza da attribuire all'insieme dei beni sia immobili sia mobili, finalizzati alla c.d. esistenza domestica della comunità familiare, e ancora alla conservazione di quel centro di affetti, sentimenti e ricordi costituito dall'habitat domestico¹. Appare - oserei dire - quasi intuitivo, che la nozione suddetta prescinde dal titolo vantato dai *coniugi* sull'immobile, essendo tendenzialmente irrilevante una locazione, ovvero in senso diverso se l'immobile sia di proprietà dei coniugi oppure se concesso in comodato da un terzo (il più delle volte da un ascendente). I tempi moderni, caratterizzati dall'emergere delle problematiche attinenti alle c.d. nuove famiglie, comunque non fondate sul matrimonio, inducono l'interprete ad interrogarsi, in tali ipotesi, sulla nozione di casa familiare. In via di prima battuta, i punti di arrivo finora emersi in letteratura dovrebbero ragionevolmente estendersi alle famiglie di fatto. Non è d'altronde di poca rilevanza il dato normativo ex art. 337sexies c.c., che riconduce, oltretutto a un nuovo matrimonio, anche alla nuova convivenza more uxorio, il fatto estintivo del godimento della casa. Si tratta di un sicuro indice normativo che permette di attribuire anche alla convivenza la forza generatrice della nozione di famiglia.

I rapporti tra casa familiare e possesso sono molteplici e complessi. In particolare, mi soffermerò, seppur con ragionevole sintesi, A) sulla situazione possessoria vantata dall'assegnatario, e successivamente, B) sulla tutela possessoria da riconoscere al convivente che subisce lo spoglio dell'immobile.

II. SE L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE SIA TITOLO DEL POSSESSO

¹ FREZZA, G.: "Casa familiare", in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio*, 2 (a cura di ZATTI, P.), 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 1754.

AD USUCAPIONEM.

L'assegnazione della casa familiare è titolo del possesso ad usucapionem? Orbene, la *ratio* dell'usucapione è ravvisabile nell'esigenza sociale di conferire certezza giuridica ad una situazione di fatto consolidatasi nel tempo. L'usucapione - da intendersi quale fatto specificamente costitutivo² - per un verso è regola di certezza nel rapporto tra soggetto e cosa, e, per l'altro, soprattutto, permette di evitare che, al fine di dimostrare il proprio diritto di proprietà, si debba risalire "all'infinito" nella prova della validità dei titoli di acquisto di tutti i precedenti proprietari.

La regola codificata oggi nell'art. 337 sexies dispone di un diritto di abitazione nella casa familiare della quale l'altro coniuge abbia la proprietà o la comproprietà o altro diritto di godimento. Il medesimo diritto è attribuibile al convivente *more uxorio*, a seguito della cessazione della convivenza (art. 337 bis). Il godimento della casa familiare, attribuito tenendo prioritariamente (non esclusivamente³) conto dell'interesse dei figli, può creare incertezze in ordine alla qualificazione reale o personale, e conseguentemente alla situazione possessoria.

Riflettere sull'ammissibilità del possesso ad usucapionem della casa familiare, significa prendere posizione nel dibattito intorno alla natura del diritto nascente dall'assegnazione⁴. Come ho già accennato, la nozione di casa familiare è identificabile con riferimento ad uno stato duraturo e prevalente nella convivenza del nucleo familiare⁵. Casa familiare, punto di riferimento di una pluralità di interessi personali e patrimoniali, è dunque l'immobile che ha costituito il centro di aggregazione e di unificazione della famiglia (anche di fatto)⁶. Si comprende bene in tal senso come l'assegnazione della casa familiare risponda all'esigenza di conservazione dell'habitat domestico, e cioè di quello che è il centro degli affetti degli interessi e delle consuetudini in cui si articola la vita familiare. Effetto precipuo del provvedimento di assegnazione è quello di stabilizzare, a tutela della prole (è possibile comunque che la casa sia assegnata al coniuge non affidatario) minorenni o anche di quella maggiorenne, ma non ancora autosufficiente senza propria colpa, la preesistente organizzazione, che trova nella casa familiare il suo momento di aggregazione ed unificazione, escludendo uno dei coniugi da tale

² FALZEA, A.: "Efficacia giuridica", in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 173.

³ BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2.1., La famiglia*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 220.

⁴ Diffusamente sul punto, FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 192 ss.

⁵ FINOCCHIARO, M., "Casa familiare", in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, I*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 274.

⁶ BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., 222.

contesto⁷.

In relazione alla natura del diritto sulla casa familiare sussistono talvolta incertezze sulla realtà o personalità. Di recente, si legge nei repertori che in caso di cessazione della convivenza di fatto, il genitore collocatario dei figli minori, nonché assegnatario della casa familiare, esercita sull'immobile un diritto di godimento assimilabile a quello del comodatario, la cui opponibilità infranovenale è garantita, pur in assenza di trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione, anche nei confronti dei terzi acquirenti consapevoli della pregressa condizione di convivenza⁸. L'orientamento mi pare niente di più che esecutivo di quello oramai traluzio inaugurato dalla Corte Costituzionale, secondo il quale l'assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione di un rapporto di convivenza *more uxorio* allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, deve regolarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale⁹.

Appare, in argomento, imprescindibile distinguere il caso in cui il coniuge non assegnatario sia proprietario dell'appartamento da quello in cui sia mero locatario o comodatario. Nella seconda ipotesi, l'assegnatario succederà al coniuge nella locazione o nel comodato, ed appare chiara – conseguentemente – la natura personale del diritto sull'abitazione coniugale. Per il caso di comodato potrà però subire l'esercizio della facoltà di recesso ad nutum del comodante ex art. 1810 c.c., perché a questi il provvedimento di assegnazione non è opponibile¹⁰. Differente è il discorso per l'ipotesi di abitazione di proprietà o, il che è ai nostri fini equivalente, di abitazione per la quale il coniuge estromesso aveva il godimento in forza di altro diritto reale. Qui nulla osta, nonostante l'avviso contrario da molti sostenuto in base all'argomentazione che il provvedimento giudiziale di assegnazione non può essere modo di costituzione del diritto reale, alla configurabilità di un vero e proprio diritto reale (di abitazione ex art. 1022 c.c.) a favore dell'assegnatario¹¹. Il che, tuttavia, non permette di superare le perplessità inerenti all'usucapibilità. Il provvedimento di assegnazione, oltre ad essere titolo ad abitare, è infatti – soprattutto – “strumentale alla conservazione della comunità domestica e giustificato esclusivamente nell'interesse morale e materiale della prole affidatagli”¹²; oltre a ciò, va soprattutto considerato che

⁷ Cass., Sez. Un., 7 settembre 2004, n. 13603.

⁸ Cass., 11 settembre 2015, n. 17971.

⁹ Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, “Diritto di famiglia e delle persone”, 1998, p. 1349.

¹⁰ FREZZA, G.: “Casa familiare”, cit., p. 1778.

¹¹ Rimando alle lucide osservazioni già leggibili in CANTELMO, V.E.: “La situazione del coniuge superstite”, “Rassegna di diritto civile”, 1980, p. 37 ss.

¹² Corte Cost., 27 luglio 1989, n. 454, “Giustizia civile”, 1989, I, p. 2244.

L'attribuzione del diritto sulla casa coniugale è, come suol dirsi, valida soltanto "allo stato"¹³, sempre revocabile o modificabile con il venir meno dei relativi presupposti, ed essenzialmente transitoria.

III. IL PROBLEMA DELLA TUTELA POSSESSORIA DEL CONVIVENTE MORE UXORIO.

La menzione esplicita della famiglia tra gli articoli della Carta costituzionale rappresenta una presa di posizione dei Costituenti rispetto alla precedente esperienza giuridica¹⁴. Nello Statuto Albertino del 1848 la famiglia non veniva neanche menzionata, mentre il codice civile del 1865 (il titolo V del libro I del codice civile del 1865 era intitolato "Del matrimonio") dettava una disciplina incentrata principalmente sugli aspetti di natura patrimoniale discendenti dal matrimonio. Il riconoscimento della famiglia nella Carta fondamentale, quale società naturale fondata sul matrimonio, presuppone la sua precedenza rispetto allo Stato oltre che la promozione delle sue attitudini alla crescita globale della persona umana.

Orbene, la recente giurisprudenza di legittimità afferma che la convivenza more uxorio, quale formazione sociale che da vita ad un autentico consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità, tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare¹⁵. L'orientamento esprime la legittimazione all'azione di spoglio del convivente more uxorio, non relegabile pertanto nella posizione dell'ospite o del tollerato o del detentore per ragioni di servizio. È in altri termini antigiuridico perché lesivo di una situazione lato sensu possessoria il comportamento, volta a volta, del proprietario dell'immobile il quale estrometta con violenza o clandestinità dall'abitazione il partner del suo locatario oppure comodatario; oppure, è ancora parimenti antigiuridica la medesima condotta perpetrata dal convivente - sia esso proprietario dell'immobile, oppure locatario o ancora

¹³ L'inciso è di PALERMO, G.: "L'abitazione", in *Trattato di diritto privato*, 8 (a cura di RESCIGNO, P.), 2^a ed., Utet, Torino, 2003, p. 168.

¹⁴ GIACOBBE, E.: "*Il matrimonio, I, L'atto e il rapporto*", in *Trattato di diritto civile* (a cura di SACCO, R.), Utet, Torino, 2011, p. 2 ss.; CAVANA, P.: "La famiglia nella Costituzione italiana", "Diritto di famiglia e delle persone", 2007, p. 902.

¹⁵ Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, "Rassegna di diritto civile", 2014, p. 981, con nota di CICERO, C.: "Legitimatio spoli del convivente more uxorio"; "Giurisprudenza Italiana", 2014, p. 31, con nota di AURELI, A.: "Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale"; nel medesimo senso, v. ora Cass., 11 settembre 2015, n. 17971.

comodatario - nei confronti dell'altro. In tali ipotesi il soggetto che subisce l'estromissione dall'abitazione è legittimato ad agire in reintegrazione. L'orientamento della Suprema Corte è certamente innovativo rispetto al passato, ove la posizione del convivente *more uxorio* veniva relegata ai margini della tutela possessoria, nella difficile posizione tutelabile del detentore per ragioni di servizio o di ospitalità. Orientamento dunque che certamente va apprezzato e condiviso, perché volto a dare dignità al soggetto in posizione di debolezza, e che tuttavia presta il fianco, come cercherò di illustrare, a talune contraddizioni rilevabili circa la costruzione della situazione possessoria del convivente.

Conviene prendere le mosse, seppur in estrema sintesi, dalla legittimazione attiva all'azione di reintegrazione; ovverosia, chi in concreto può domandare la tutela possessoria per il caso di spoglio di un bene. La lettera dell'art. 1168 c.c. concede la reintegrazione - sul presupposto di un sofferto spoglio, violento od occulto - sia al possessore sia al detentore, con l'eccezione per quest'ultimo caso della detenzione per ragioni di servizio o di ospitalità. Per parte sua, il codice civile 1865 permetteva al possessore di ottenere la reintegrazione dello spoglio violento od occulto (art. 695), precisando che il giudice poteva ordinare la reintegra contro chiunque, anche contro il proprietario. E il codice francese, in seguito alla affermazione - generica - a tenore della quale la possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace (art. 2278, 1° co., cod. fr.), precisa che la protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits (art. 2278, 2° co., cod. fr.). A livello europeo, ancora, si legge nel Bürgerliches Gesetzbuch che se il possesso è sottratto al possessore con impossessamento arbitrario illecito, questi può esigere la reimmissione nel possesso da parte di colui che nei suoi confronti possiede viziosamente (§ 861: Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt). Il divieto, dunque, di acquisto del possesso con violenza o clandestinità ovverosia in genere, in altri termini, contro la volontà del possessore, è principio acquisito del diritto europeo. Nel Código Civil spagnolo si legge espressamente che en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello (art. 441 cod. spag.).

Appare scontato rilevare come il punto più delicato della suddetta legittimazione alla tutela possessoria non sia quella del possessore, bensì quella concessa al soggetto detentore. La nostra codificazione prevede come già rilevato l'equiparazione ai fini della tutela reintegratoria del detentore qualificato al possessore.

Se vogliamo addentrarci nel nostro problema, l'osservazione di partenza mi pare che debba essere nel senso che oggigiorno la frontiera fra possesso e detenzione si fa labile¹⁶. Complessa, poi, appare spesso la sicura distinzione tra la detenzione “normale” e la detenzione “per ragioni di servizio o di ospitalità”¹⁷. Una prima considerazione va sicuramente fatta, a scanso di equivoci. Se è certamente vero che la seconda ipotesi di detenzione è per espressa previsione legislativa declassata a un rango impeditivo di tutela contro lo spoglio, e dunque di limitata rilevanza giuridica, va peraltro sottolineato che sia il c.d. servo o l'ospite non possono apparire quali meri utilizzatori, essendo essi certamente detentori in senso tecnico¹⁸; il precipitato applicativo non è da poco, perché in tal modo si riconosce alla detenzione c.d. per ragioni di servizio o di ospitalità la produzione di effetti giuridici rilevanti, in riferimento ad es. al mutamento della detenzione in possesso.

Fatta la premessa, l'interrogativo di fondo che ci deve riguardare inerisce alla situazione possessoria del convivente more uxorio. La questione non è poi nuova, in realtà. Soprattutto la giurisprudenza ben la conosce¹⁹. L'orientamento ortodosso, oramai superato, discorreva di detenzione per ragioni di ospitalità, equiparando il convivente allospite²⁰. La dottrina più antica d'altronde scriveva della convivenza more uxorio nell'accezione di rapporto di mero fatto, senza caratteri “efficienti né sufficienti”²¹ a produrre effetti giuridici.

L'ospitalità implica il consenso all'ingerenza aliena, maturata per il piacere di

¹⁶ SACCO, R.: “Circolazione del possesso”, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, V, Utet, Torino, 2010, p. 241. In argomento, di recente, si legga se v. il breve scritto di CABELLA PISU, L.: “Possesso e presunzioni legali”, “Contratto e impresa”, 2014, p. 31 ss.

¹⁷ OMODEI SALÈ, R.: *La detenzione e le detenzioni*, Cedam, Padova, 2012, p. 192 ss.

¹⁸ SACCO, R. – CATERINA, R.: *Il possesso*, 3^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di CICU, A., MESSINEO, F. e MENGONI, L.), Giuffrè, Milano, 2014, p. 172 ss.; contra, GRASSI U.: *La tutela esterna del possesso*, ESI, Napoli, 2006, p. 120, il quale assimila - per certi versi - il nostro detentore per ragioni di servizio o di ospitalità all'ausiliario nel possesso (Besitzdiener) ex § 855 BGB; e già, nel senso che i familiari siano meri strumenti della detenzione del capofamiglia, DEJANA, G.: in “Giurisprudenza complementare della cassazione civile”, 1947, p. 68.

¹⁹ Di recente, nella giur. di merito, Trib. Napoli, Sez. Portici, 29 marzo 2013, “Foro napoletano”, 2014, p. 335, con nota di FACHECHI, A.: “Il convivente non proprietario è legittimato a esercitare l'azione di spoglio sulla casa familiare?”

²⁰ MONTEL, A.: *Il possesso*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano* (a cura di VASSALLI, F.), p. 73, il quale in realtà prende in considerazione il solo familiare, discorrendo di suo godimento e di detenzione del capofamiglia; GRECO, F.: “Sulla legittimazione ad agire in spoglio del convivente more uxorio”, “Giustizia civile”, 1954, I, p. 967.

²¹ Virgolettato di GRECO, F.: “Sulla legittimazione”, cit., p. 968.

godere della compagnia dell'ospite²². Chi è, in tal senso, l'ospite di cui si discorre? Rodolfo Sacco lo individua in una figura mediana tra il tollerato e il comodatario. Rispetto al primo l'ospite è più autonomo, ha un'ingerenza maggiore sulla cosa; viceversa è meno libero rispetto al comodatario²³. L'orientamento tradizionale della nostra Cassazione, dunque, affermava che il fatto della convivenza di per sé non pone in essere con le persone che convivono con chi possiede il bene un potere sulla cosa che possa essere configurato come possesso autonomo sullo stesso bene, quasi - che in altri termini - la convivenza fosse ex se istitutiva del compossesso. Continuando nel ragionamento, la relazione tra i conviventi non potrebbe dare luogo in capo al soggetto non proprietario, oppure non titolare del titolo giustificativo della detenzione, ad una situazione tutelabile con l'azione di spoglio²⁴. In tempi più recenti, la S.C. ha tuttavia sottolineato che al convivente il quale goda della disponibilità del bene con il partner, possessore ovvero detentore qualificato, del medesimo bene, vada riconosciuta una posizione riconducibile alla detenzione autonoma. L'argomentazione prende spunto dal presupposto che la convivenza more uxorio determina sulla casa di abitazione, ove si svolge il programma di vita, un potere basato su un interesse che non può essere coincidente con quello derivante dalle ragioni della mera ospitalità, sì che la spoliazione violenta o clandestina, in ogni modo contraria alla volontà dello spogliato, giustifica il ricorso alla tutela possessoria²⁵.

Non mi sembra poi particolarmente importante sottolineare la situazione di convivente more uxorio dello spogliato. La realtà familiare, e conseguentemente il concetto di famiglia, è una realtà in continua trasformazione²⁶. È noto che anche di recente la Consulta ha ribadito, meritoriamente, come le convivenze extramatrimoniali, comprese quelle omosessuali, debbano essere annoverate tra le formazioni sociali tutelate ex art. 2 Cost.; per formazione sociale andrebbe così intesa ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una

²² SACCO, R.: "Detenzione autonoma e qualificata", in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento, V*, Utet, Torino, 2010, p. 521.

²³ SACCO, R.: "Detenzione autonoma", cit., p. 522.

²⁴ In questo senso, ex multis, v. Cass., 14 giugno 2011, n. 8047.

²⁵ In questo senso, Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, "Corriere giuridico", 2013, p. 1532, con nota di CARRATO, A.: "Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune?"; LIOTTA, G.: *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene, Napoli, 1983, p. 71.

²⁶ SCALISI, V.: "Famiglia e famiglie in Europa", "Rivista di diritto civile", 2013, p. 7 ss., e ID., "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi", "Rivista di diritto civile", 2013, p. 1287 ss.; BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", "Rivista di diritto civile", 2002, p. 509.

valorizzazione del modello pluralistico²⁷. Il nostro ordinamento allo stato non contempla istituti propri di ordinamenti a noi prossimi. Basti il richiamo all'art. 44 del Código civil, che equipara la coppia omosessuale a quella eterosessuale: el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo; oppure sebbene in maniera più sfumata al Code civil, ove si prevede il pacte civil de solidarité. Tuttavia, oramai anche la nostra giurisprudenza di legittimità sembra rivolta a una concezione di famiglia più ampia rispetto a quella fondata sul matrimonio, e proprio con riferimento alle coppie same-sex ha sancito il superamento del c.d. "dualismo complementare" tra famiglia fondata sul matrimonio ed eterosessualità, in favore di un diritto alla vita familiare che viene riconosciuto come fondamentale ed universale, prescindendo sia dal coniugio sia dal sesso dei conviventi²⁸. In quest'ottica si iscrivono taluni orientamenti di merito, avanguardisti, circa la legittimità di affidamento del minore a coppia omosessuale²⁹; si ha notizia, poi, della trascrivibilità del matrimonio omosessuale³⁰, sulla base dell'argomentazione - fino ad oggi negata³¹ - della sua non contrarietà all'ordine pubblico, da intendersi nell'accezione di retta applicazione di principi costituzionali italiani in fattispecie straniera mediante l'impiego di regole non italiane³². E infine si rammenti che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 (ed in via consequenziale ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011), con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso che comporta lo scioglimento del matrimonio consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente

²⁷ Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, "Corriere giuridico", 2012, p. 861, con nota di RESCIGNO, P.: "Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti"; in dottrina, v. acutamente soprattutto PERLINGIERI, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", "Rassegna di diritto civile", 1988, p. 601 ss., e ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3^a ed., ESI, Napoli, 2006, p. 560.

²⁸ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184; BALESTRA, L.: "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2010, p. 1123; v. ora LIPARI, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 100.

²⁹ Trib. Bologna, decr. 31 ottobre 2013; RIMINI, C.: "L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari", "Corriere giuridico", 2014, p. 155.

³⁰ Trib. Grosseto, ord. 9 aprile 2014.

³¹ V. ad es. Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, "Giurisprudenza italiana", 2012, p. 1768; ma già in Cass., ord. 6 giugno 2013, n. 14329, si legge che il carattere della eterosessualità non è oramai canone di ordine pubblico. In dottrina è contrario alla trascrivibilità, sicuramente BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 34.

³² Acutamente, valga il rimando a PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., ESI, Napoli, 2014, p. 130. In dottrina, rimando poi alla lettura classica di FERRI, G.B.: "Ordine pubblico", in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1054.

regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima³³. Sulla base di tale assunto, la Consulta ha motivato la sua decisione affermando che, in ipotesi di rettificazione dell'attribuzione di sesso, qualora entrambi i "coniugi" ne facciano richiesta, non consentire di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente tutelato determinerebbe un sacrificio eccessivo dell'interesse della coppia a conservare la propria unione che, anche in seguito al mutamento di sesso di uno dei due componenti, costituisce una relazione da qualificarsi con certezza come formazione sociale protetta dall'art. 2 Cost., senza che l'esercizio della libertà di scelta di uno dei due componenti della coppia possa determinare l'integrale eliminazione della dimensione giuridica del preesistente rapporto, passando da uno stato di massima protezione giuridica, nel quale si trova una coppia sposata, ad uno stato di "assoluta indeterminazione". Pertanto, secondo il giudice costituzionale il legislatore avrebbe sacrificato eccessivamente, ed in modo non conforme al dettato costituzionale, il preesistente rapporto.

Più in genere, è noto che la convivenza *more uxorio* è fonte di doveri morali e sociali, aventi rilevanza giuridica, di ciascun convivente nei confronti dell'altro; volta a volta, in via esemplificativa, circa l'esclusione della ripetizione delle attribuzioni patrimoniali effettuate nel corso della convivenza, oppure, con riferimento al risarcimento *iure proprio* del danno patito dal convivente per la morte dell'altro cagionata da un terzo, ecc.³⁴ Lo stesso legislatore, emblematicamente, dà rilievo molto opportunamente alla persona stabilmente convivente ad es. circa la nomina dell'amministratore di sostegno e ai fini dell'istanza di interdizione o di inabilitazione (art. 417) (e auspicabilmente in futuro, *de iure condendo*, nella successione ereditaria). Ancòra, a livello normativo, nel senso di sicuri indici della rilevanza della famiglia di fatto, vale bene richiamare la recente l. 10 dicembre 2012, n. 219, con cui è stata abolita ogni residua discriminazione tra figli "legittimi" e "naturali"; la l. 8 febbraio 2006, n. 54, che, introducendo il c.d. affidamento condiviso, ha esteso la relativa disciplina ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati; la l. 19 febbraio 2004, n. 40, che all'art. 5 prevede l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte delle coppie di fatto.

Ciò detto, assodata la rilevanza giuridica della convivenza extramatrimoniale, non riesco tanto a comprendere in che termini la suddetta rilevanza possa interessare il possesso o la detenzione, e seguentemente la loro tutela. Certamente è condividibile l'osservazione - acuta - secondo la quale nella

³³ Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 170, *Nuova giurisprudenza civile*, 2014, II, p. 553.

³⁴ Di recente, v. Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277; volendo, rimando a CICERO, C.: "Attribuzioni patrimoniali e convivenza *more uxorio*", in *Silloghe di diritto privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2012, p. 37.

coabitazione-convivenza vi è la creazione di un luogo-comunità, identificabile nella casa "parafamiliare"³⁵. In materia, tuttavia, la sensazione è che sia notevole il rischio di lasciarsi prendere la mano da preoccupazioni extragiuridiche, ispirate (talvolta fintamente) alla correttezza politica, alla difesa della donna e del soggetto debole³⁶. Affermata la regola giurisprudenziale per la quale il partner, sia esso proprietario oppure locatario o - ancora - comodatario dell'abitazione, non può allontanare ad libitum il proprio compagno, resta da chiarire perché mai, dunque, il fatto della convivenza dovrebbe - di per sé - attribuire una detenzione difendibile. La questione è da lungo tempo studiata³⁷. Per un canto, si afferma che la messa a disposizione da parte del titolare del diritto all'altro convivente darebbe vita a un rapporto di fatto rientrante nella causa comodati³⁸; ed in maniera non poi dissimile, la giurisprudenza più recente discorre di una detenzione qualificata che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare³⁹. È importante, io credo, evitare di marcare differenze di trattamento tra il coniuge e il convivente more uxorio. L'interrogativo sulla tutela da attribuire al convivente di fatto il quale viene estromesso dal godimento dell'abitazione comune andrebbe trattato parimenti alla tutela da attribuire al coniuge nella medesima fattispecie. Se un soggetto stipula una locazione abitativa, e immette nell'abitazione il coniuge e il figlio minore (i quali per la verità di diritto potrebbero andare ad abitarvi), si può dire che hanno detti soggetti la codetenzione in virtù - rispettivamente - del rapporto di coniugio e di filiazione? Similmente, in caso di convivenza more uxorio nella medesima fattispecie, è il convivente codetentore per il fatto della convivenza? La risposta mi pare oggi in senso sempre affermativo, ma chi risponde rifugge dalla riflessione inerente alle fondamenta del titolo giustificativo della situazione possessoria. È scontato rilevare oramai che il diritto di famiglia va ben oltre gli atti costitutivi di status familiari, giacché esso comprende tutti quei rapporti caratterizzati da situazioni esistenziali di convivenza. Ne segue che certamente l'autonomia privata riconosciuta al diritto di famiglia dà luogo ad una serie indeterminata di attività negoziali eterogenee (negozi giuridici familiari), che separano singoli momenti di procedimenti costitutivi o estintivi

³⁵ FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, cit., p. 291.

³⁶ V. le osservazioni di SACCO, R.: "Detenzione autonoma", cit., p. 523.

³⁷ MONTEL, A.: "Possesso e posizione possessoria del coniuge rispetto all'alloggio coniugale", *"Giustizia civile"*, 1960, I, 1533; TRABUCCHI, A.: "Il diritto di abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!", *"Giustizia civile"*, 1988, I, p. 1628.

³⁸ LEPRE, A.: "Abitazione «parafamiliare» e problemi possessori", *Nuova giurisprudenza civile*, 1997, I, p. 247; PATTI, S.: "Del possesso", in *Commentario del codice civile, Della proprietà, III* (a cura di GABRIELLI, E.), Utet, Torino, 2013, p. 573.

³⁹ CARBONE, E.: "Possesso e detenzione nella famiglia di fatto", *"Rivista trimestrale di diritto e procedura civile"*, 2011, p. 37.

di status o determinano i caratteri della vita (coniugale)⁴⁰. Sarebbe allora, in via di es., la convivenza more uxorio a far sorgere il titolo che sorregge la detenzione autonoma. Così argomentando, sarebbe la dignità del rapporto, coniugale oppure di fatto (non è questo il punto!), a essere titolo per invocare la tutela possessoria⁴¹. E d'altronde, i repertori giurisprudenziali segnalano la litigiosità possessoria che si apre alla morte ad es. del convivente tra il partner superstite rimasto nella detenzione e il chiamato. Rimane tuttavia inspiegato il titolo che sorregge la detenzione; titolo che si sostanzierebbe par di capire proprio nella convivenza, e che addirittura sopravviverebbe alla sua fine. Non ha pregio richiamare l'ipotesi di successione del convivente nella locazione di immobili urbani (art. 6, l. n. 392/1978), nella quale viene talvolta vista la rilevanza giuridica verso l'esterno della detenzione del convivente⁴², laddove in realtà in tal caso la tutela si ricollega direttamente all'avvenuta successione, e così ha fonte nel titolo contrattuale che giustificava a sua volta la detenzione del de cuius⁴³. Mi pare in tal senso inconferente il richiamo all'inviolabilità - costituzionalmente garantita e da nessuno per certo osteggiata⁴⁴ - del diritto all'abitazione a favore dei partners di una convivenza stabile. Parimenti neppure ha senso richiamare, credo, l'art. 337 sexies c.c., in tema di assegnazione della casa familiare al convivente, laddove per comune opinione la ratio di quella norma riposa non già sulla rilevanza giuridica della convivenza (della quale alcuno, tantomeno lo scrivente, dubita), quanto preferibilmente nella tutela del diritto all'abitazione⁴⁵; emblematicamente di recente sul punto la S.C. ha sottolineato che il godimento della casa familiare riposa negli obblighi di contribuzione e di mantenimento aventi rilevanza costituzionale⁴⁶. Né si vede, ulteriormente, perché la configurazione della detenzione per ospitalità dovrebbe offendere volta a volta la dignità del convivente o del coniuge, oppure ancora del figlio; laddove per ospite non si deve per certo intendere il quisque de populo, ma una persona per la quale è nutrita una particolare affectio. Volendo ritenere comunque, ad ogni buon conto, che il rapporto affettivo faccia insorgere magicamente il titolo

⁴⁰ V. approfonditamente, DORIA, G.: *Autonomia privata e causa familiare: gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. pp. 47 e 194.

⁴¹ CARBONE, E.: "Possesso e detenzione", cit., p. 53.

⁴² CARBONE, E.: "Possesso e detenzione", cit., p. 45; BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 6, La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 843.

⁴³ Lo rileva ora OMODEI SALÈ, R.: *La detenzione*, cit., p. 219; già in tal senso, SACCO, R. – CATERINA, R.: *Il possesso*, cit., p. 183.

⁴⁴ Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 404, "Foro italiano", 1988, I, c. 2515; TERRANOVA, C.G.: en AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio* (a cura di ZATTI, P.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 1175.

⁴⁵ BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2.1*, cit., p. 220.

⁴⁶ Cass., ord. 17 giugno 2013, n. 15113, "Diritto di famiglia e delle persone", 2013, p. 1367 ss., con nota di CIPRIANI, N.: "Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni Unite".

giustificativo della codetenzione, rimane inspiegata la permanenza di quel titolo una volta cessata l'affectio. La legittimazione all'azione di spoglio si perde per certo, io credo, con il venir meno della convivenza⁴⁷. Detto titolo, in tal caso, oramai cessato, non si vede come - e soprattutto perché - sarebbe poi opponibile al (terzo) possessore, in confronto al quale il convivente è soggetto giuridicamente irrilevante ai fini possessori. Il rischio che mi pare di vedere è di creare un intreccio innaturale tra ratio della tutela possessoria e le esigenze, certamente legittime e oramai ineludibili, di tutela del convivente.

ÍNDICE

⁴⁷ La questione è presente nella massima di Trib. Napoli, Sez. Portici, 29 marzo 2013, *supra* nota 19.

ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE E TUTELA
POSSESSORIA NELLA CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA NON
MATRIMONIALE

ASSIGNATION OF THE FAMILY HOME AND “*ACTIO SPOLII*”
AFTER THE END OF *MORE UXORIO* RELATIONSHIP

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 431 - 459

Fecha entrega: 14/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. ORIANA CLARIZIA
Professore Associato di Istituzioni di diritto privato
Università degli Studi di Napoli Federico II

RESUMEN: Superate le posizioni che assimilavano la convivenza non fondata sul matrimonio ad un rapporto di ospitalità, la giurisprudenza più recente configura, in capo al convivente, una situazione di detenzione qualificata, garantita dal ricorso all'azione *ex art. 1168 c.c.* anche contro gli eredi del convivente premorto. L'attenzione si concentra sulla singola convivenza, con un approccio differenziato, finalizzato ad indagare la *ratio* dell'assegnazione della casa familiare e della tutela possessoria a seconda se, nell'ambito della convivenza di fatto, siano presenti figli naturali. In assenza di una composizione dei rapporti abitativi tramite contratti atipici di convivenza ovvero negozi gratuiti costitutivi di usufrutto, l'azione giudiziale *ex art. 1168 c.c.* rappresenta la scelta percorribile là dove la conflittualità delle parti sia tale da non consentire una convergenza dei contrapposti interessi.

Valutate le peculiarità della singola fattispecie, permane l'esigenza di garantire un eguale trattamento per tutti i componenti del nucleo familiare

PALABRAS CLAVE: Convivenza *more uxorio*, assegnazione della casa familiare, rapporti di ospitalità, tutela possessoria, azione di spoglio, detenzione qualificata, interesse dei figli, contratti atipici di convivenza, negozi gratuiti costitutivi di usufrutto, rapporti con i chiamati all'eredità del *partner* premorto.

ABSTRACT: To conceive the coexistence for non-married couples as a bare relationship of hospitality is full outdated. Courts now entitle the partner to live on, recognizing a situation of «qualified detention» under art. 1168 c.c., even against the heirs of the deceased partner. The focus is on the inner qualities of each individual coexistence, with a differentiated approach, which aims to investigate the *ratio* of the assignation of the family home and the protection of possession of cohabiting partner. The balance between opposed claims depends on whether, in the spheres of coexistence in fact, there are biological children or not. When a marriage-like settlement agreement fails (or even a gratuitous life estate's transfer), the action under art. 1168 c.c. is a viable medium when the conflict among the parties is too rough to achieve a spontaneous convergence of the interests at stake.

KEY WORDS: No married couples, family's home assignation, hospitality, protection of possession, *Actio spolii* qualified detention, best interest of the child, innominate agreement of cohabitation, gratuitous life estate's transfer, relationships with heirs of the deceased *partner*.

SUMARIO: I. PARI DIGNITÀ GIURIDICA DEI MOLTEPLICI MODELLI DI VITA FAMILIARE. IL PROBLEMA DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN SÉGUITO ALLA CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA NON BASATA SUL MATRIMONIO. PROFILI DI INDAGINE.- II. PRESUPPOSTA INIDONEITÀ DELLA CONVIVENZA DI FATTO A PRODURRE EFFETTI GIURIDICI QUALE RAGIONE DELLA SUA ASSIMILAZIONE AL RAPPORTO DI OSPITALITÀ E DEL DIVERSO TRATTAMENTO RISPETTO AL CONIUGE NON PROPRIETARIO DELL'IMMOBILE.- III. EVOLUZIONE DELLE RISPOSTE GIURISPRUDENZIALI: CONFIGURABILITÀ DELLA SITUAZIONE DI DETENZIONE QUALIFICATA, GARANTITA DAL RICORSO ALL'AZIONE *EX ART. 1168 C.C.*, IN CAPO AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.- IV. OPPORTUNITÀ DI DISTINGUERE IL PROBLEMA IN RELAZIONE ALLA PRESENZA DEI FIGLI: IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE QUALE FONDAMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE AL GENITORE AFFIDATARIO DI PROLE.- V. *SEGUE*. COMPOSIZIONE DEI RAPPORTI ABITATIVI IN ASSENZA DI FIGLI. IMPOSSIBILITÀ DI RICORRERE ALLO STRUMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN DIFESA DEL CONVIVENTE ECONOMICAMENTE PIÙ DEBOLE.- VI. SODDISFACIMENTO DELLE ESIGENZE ABITATIVE TRAMITE: CONTRATTI ATIPICI DI CONVIVENZA; COMODATO VITA NATURAL DURANTE E NEGOZI, GRATUITI, COSTITUTIVI DI USUFRUTTO VITALIZIO. DISCUSSA APPLICABILITÀ DELL'ART. 2645 *TER C.C.* AI RAPPORTI FAMILIARI DI FATTO.- VII. PROFILI SUCCESSORI. TUTELA POSSESSORIA CONTRO I CHIAMATI ALL'EREDITÀ DEL CONVIVENTE PREMORTO.

I. PARI DIGNITÀ GIURIDICA DEI MOLTEPLICI MODELLI DI VITA FAMILIARE. IL PROBLEMA DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN SÉGUITO ALLA CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA NON BASATA SUL MATRIMONIO. PROFILI DI INDAGINE.

La cessazione di una convivenza non fondata sul matrimonio è causa di conflitti derivanti da problematiche non risolvibili con il ricorso agli istituzionali strumenti di composizione della crisi previsti per la famiglia basata sul vincolo coniugale. Particolarmente delicata è la questione concernente l'assegnazione della casa adibita a luogo di svolgimento e attuazione della vita familiare in ipotesi di cessazione della convivenza *more uxorio*¹.

¹ In aggiunta alla bibliografia citata nelle note seguenti, cfr. ROPPO, V.: "Convivenza extramatrimoniale, tutela della famiglia di fatto e diritto all'abitazione", *Foro it.*, 1980), I, c. 1214 ss.; ID.: *Famiglia. III) Famiglia di fatto, Enc. giur.* Treccani, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; FERRANDO, G.: "Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto", *Fam. dir.*, 1998, p. 183 ss.; BALESTRA, L.: *La famiglia di fatto*, Padova, 2004,

Nella risoluzione dell'indicata problematica non aiutano sterili analogie o assimilazioni tra un modello di famiglia tradizionale, fondata sul vincolo matrimoniale, e una convivenza *more uxorio*², stabile, basata sull'autodeterminazione delle parti³. Il discorso che si articola nelle pagine seguenti muove dal presupposto della pari dignità giuridica, nonché sociale, dei molteplici schemi di vita familiare emergenti nell'attuale momento storico⁴, sí che il percorso evolutivo che sul piano normativo e culturale ha

p. 253 ss.; CUBEDDU, M.G.: *La casa familiare*, Milano, 2005, *passim*; CONTIERO, G.: *L'assegnazione della casa coniugale*, Milano, 2007, p. 70 ss. e ASPREA, S.: *La famiglia di fatto*, Milano, 2009, p. 119 ss. Con particolare riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, il tema è analizzato, tra gli altri, da QUADRI, E.: "L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e di divorzio", *Fam. dir.*, 1995, p. 269 ss.; OBERTO, G.: "L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale", *ivi* (1998), p. 461 ss.; MANTOVANI, M.: "L'assegnazione giudiziale della casa familiare tra interesse dei figli, interesse del coniuge e diritti dei terzi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 441 ss.; EAD., *Casa familiare (assegnazione della)*, *Enc. giur.* Treccani, I, Roma, 2008, p. 1 ss.; FREZZA, G.: *Casa familiare*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, II, Milano, 2011, p. 1753 ss.; SESTA, M.: "Comunione di vita e 'diritti' sulla casa familiare", *Fam. dir.*, 2013, p. 511 ss. Per i problemi successori, GABRIELLI, G.: "Il diritto di abitare nella casa già familiare dopo la dissoluzione della famiglia", *Vita not.*, 1997, p. 1268 ss. Su un piano piú generale, STELLA RICHTER, G.: "Aspetti civilistici del concubinato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1119 ss.

² POLIDORI, S.: "I rapporti personali. Impossibilità di imporre ai conviventi i doveri personali previsti per i coniugi", in *Trattato dir. fam.* diretto da Zatti, cit., I, p. 1009 ss.

³ La Corte costituzionale, con sentenza del 13 maggio 1998, n. 166, *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 678 ss. [con commento di FERRANDO, G.: "Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare"; vedi, inoltre, EAD.: "Crisi della convivenza *more uxorio* e abitazione familiare, *Fam. dir.*, 1998, p. 255 ss.; nonché *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 880 ss., con commento di VELLUZZI, V.: "Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto: la Corte costituzionale tra principi inespressi e ideologia"], ha individuato la ragione della diversa natura dei due fenomeni nel fatto che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti». Con tale pronuncia la Consulta supera il precedente orientamento [cfr., a titolo esemplificativo, Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, *Foro it.*, 1991, I, c. 446 ss.] secondo il quale l'art. 29 cost. «riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e di doveri che nascono soltanto dal matrimonio».

⁴ Evidente l'apertura di Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, *Iustitia*, 2010, p. 311, con commento di COSTANZA, M.: "La Corte costituzionale e le unioni omosessuali". La pronuncia, nel ripercorrere l'ordinanza di rimessione, afferma che «non si possono ignorare le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali». Cfr., inoltre, Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, *Fam. dir.*, 2012, p. 665 ss., con nota di GATTUSO, M.: ««Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione

determinato il passaggio dal «concubinato alla famiglia di fatto»⁵ e il superamento della condizione di disvalore nella quale era relegata l'unione non basata sul matrimonio segnano il riconoscimento di una tutela costituzionale in favore della convivenza *more uxorio* quale formazione sociale, *ex art. 2 cost*⁶, e non già quale effetto dell'iscrizione allo schema di disciplina

recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo», e Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, *ivi*, 2014, p. 861 ss., con commento di BARBA, V.: «Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale», ove si dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso nella parte ove non prevedono che la sentenza di rettificazione consenta, se richiesto, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore. In dottrina, ROPPO, V.: «La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 696 ss.; MENGONI, L.: «La famiglia in una società complessa», *Iustitia*, 1990, p. 1 ss.; BUSNELLI, F.D.: «La famiglia e l'arcipelago familiare», *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.; AMRAM, D., e D'ANGELO, A., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, 2011; SCALISI, V.: ««Famiglia» e «Famiglie» in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.; PORCELLI, M.: «La famiglia al plurale», *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2013, p. 226 ss.; PARENTE, F.: «L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali», *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 388 ss.; ROMEO, F.: «Famiglia legittima e unioni non coniugali», in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, p. 3 ss. e MARUCCI, B.: *Famiglia legittima e famiglia «naturale»: un percorso verso la parificazione*, Napoli, 2012, p. 18 ss.

⁵ Chiarisce Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, *Foro it.*, 2012, I, c. 1445 ss., che in una fase «nella quale l'espressione convivenza *more uxorio* andava gradualmente sostituendo quella di concubinato, prevaleva una sorta di «agnosticismo» dell'ordinamento nei confronti del fenomeno, derivante dalla mancata regolamentazione normativa di esso [...]. In una fase successiva, che si può collocare temporalmente alle soglie e successivamente alla riforma generale del diritto di famiglia, l'espressione «famiglia di fatto» comincia ad essere sempre più frequentemente accolta. Essa non indica soltanto il convivere come coniugi, ma individua una vera e propria «famiglia», portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni componente, e di educazione e istruzione della prole». Il sintagma è utilizzato da GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, e da ANNUNZIATA, A.G. e IANNONE, R.F.: «Dal concubinato alla famiglia di fatto: evoluzione del fenomeno», *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 131 ss. Sottolinea la non adeguatezza dell'espressione «famiglia di fatto» FERRANDO, G.: «Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento», *Contratti*, 2015, spec. p. 727, ove, riguardo ai diversi legami non coniugali, chiarisce che ciò «costituisce non un semplice fatto, ma una realtà ormai giuridicizzata, in cui si esplicano diritti fondamentali e correlativi doveri di solidarietà».

⁶ Per un approccio assiologico allo studio della famiglia di fatto ID., «Famiglia e diritti fondamentali della persona», *Legalità e giustizia*, 1986, p. 484 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 367 ss. Sulla rilevanza della famiglia di fatto quale formazione sociale, PROSPERI, F.: «La famiglia nell'ordinamento giuridico», *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 790 ss. In giurisprudenza, Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, *Foro it.*, 1987, I, 2353 ss., e per l'unione omosessuale, App. Milano, 31 agosto 2012, *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Famiglia in genere*, n. 51, in adesione a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa codicistica che non consente di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, ha escluso che la

dell'unione coniugale.

Superate le posizioni, ormai desuete, fondate sul primato esclusivo della famiglia matrimoniale⁷, è possibile procedere secondo una duplice direzione di indagine, tesa ad analizzare a) la possibilità di configurare una tutela possessoria in capo al convivente *more uxorio*, estromesso in maniera violenta o clandestina dall'unità abitativa dal convivente proprietario oppure, analogamente, dal terzo titolare sull'immobile di diritti reali o personali di godimento; b) le vicende che si snodano in sede successoria, con particolare riferimento ai rapporti tra il convivente che vive nella casa adibita a residenza familiare e i chiamati all'eredità del *partner* premorto, titolare del diritto di proprietà sull'immobile.

II. PRESUPPOSTA INIDONEITÀ DELLA CONVIVENZA DI FATTO A PRODURRE EFFETTI GIURIDICI QUALE RAGIONE DELLA SUA ASSIMILAZIONE AL RAPPORTO DI OSPITALITÀ E DEL DIVERSO TRATTAMENTO RISPETTO AL CONIUGE NON PROPRIETARIO DELL'IMMOBILE.

La ricostruzione del primo dei menzionati profili impone di analizzare l'avvicinarsi di pronunce, ormai lontane nel tempo⁸, espressione di una cultura giuridica diversa rispetto a quella sottesa agli orientamenti più recenti. In epoca risalente, la questione è stata affrontata prestando attenzione ai componenti del nucleo familiare, al fine di chiarire se, tra tali soggetti, taluno

disciplina dei diritti e dei doveri di tali coppie «possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

⁷ Cfr. SCADUTO, G.: "Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione", *Iustitia*, 1965, p. 50 ss.; SANTORO PASSARELLI, F., *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, 1972, ora in ID., *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, p. 197; DE CUPIS, A.: "Debilizzazione legislativa della famiglia legittima", *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 317 ss.; TRABUCCHI, A.: "Natura Legge Famiglia", *ivi*, 1977, I, p. 1 ss.; PULEO, S.: "Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale", *ivi*, 1979, I, p. 381 ss. Per una serrata critica a tali posizioni, PERLINGIERI, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 ss., poi in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 481 ss.

⁸ Per una puntuale analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, GRONDONA, M.: "La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale", in BRUNETTA D'USSEAUX, F. e D'ANGELO, A.: *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, p. 341 ss., con particolare attenzione alla struttura della motivazione e alla tecnica argomentativa utilizzata, di volta in volta, dal giudice. Cfr., altresì, FACHECHI, A.: "Il convivente non proprietario è legittimato a esercitare l'azione di spoglio sulla casa familiare?", rassegna giurisprudenziale a Trib. Napoli, Sez. Portici, 29 marzo 2013, *Foro nap.*, 2014, p. 335 ss.; ESPOSITO, F.: "Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente", commento a Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 657 ss.; AURELI, M.: "Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale", *Giur. it.*, 2014, p. 31 ss.; DE LUCA, G.: *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 84 ss.

potesse reputarsi titolare di una situazione di detenzione autonoma. In tale scenario, la tutela possessoria è stata negata al familiare convivente (ad esempio figlio) del conduttore-autore dello spoglio dall'abitazione comune⁹, in ragione della considerazione secondo la quale, nonostante il contratto alla base della detenzione del capo famiglia rispondesse agli interessi anche dei familiari conviventi, questi ultimi non sarebbero dei detentori autonomi: i rapporti affettivi, infatti, non risulterebbero idonei a far sorgere per il convivente poteri sulla cosa quanto piuttosto una mera relazione di ospitalità. Unica possibile eccezione a tale atteggiamento restrittivo si rintraccia nelle ipotesi di convivenza giustificata da un obbligo al mantenimento o agli alimenti. Si è disposti ad ammettere, infatti, che soltanto in queste fattispecie residuali sussisterebbe una coesione tale che il convivente possa essere considerato legato al conduttore «da un vincolo di necessità di convivenza», nonché titolare di «un interesse proprio [...] tutelato come diritto ed estrinsecantesi nel godimento dell'alloggio, con conseguente configurabilità di autonoma detenzione»¹⁰.

Tra i familiari più ristretti, peculiare è la situazione possessoria riconosciuta al coniuge: il rapporto di ospitalità non è in grado – secondo talune pronunce¹¹

⁹ GENTILE, F.S.: *Il possesso nel diritto civile*, Napoli, 1956, p. 166 ss.; MONTEL, A.: *Detenzione*, in ID., *Nuovi scritti in materia di possesso*, Torino, 1958, p. 33, ove l'autore afferma di mutare la precedente posizione [espressa in ID.: *Disciplina del possesso*, Torino, 1951, p. 29] favorevole alla tutela possessoria del convivente; GRECO, F.: “Sulla legittimazione ad agire in spoglio del convivente *more uxorio*”, nota a Trib. Roma, 22 gennaio 1953, *Giust. civ.*, 1954, t. 1, spec. p. 969; SACCO, R. e CATERINA, R.: *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 3^a ed., 2014, p. 185 ss., in critica agli orientamenti giurisprudenziali più recenti, che attribuiscono al convivente l'esercizio dell'azione di spoglio [cfr., su tale opera, la recensione di CICERO, C., *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 719 ss]; OMODEI SALÈ, R.: *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012, pp. 217 ss. e 221. In giurisprudenza, Pret. Genova, 18 marzo 1992, *Giur. Merito*, 1993, I, p. 1206 ss., con commento di BELFIORE, C.: “La posizione possessoria del familiare convivente sull'alloggio della famiglia” (ivi ulteriore giurisprudenza citata), il quale esclude il compossesso del figlio convivente con i genitori in assenza di atti di gestione in proprio del bene.

¹⁰ Trib. Sanremo, 1° agosto 1949, *Foro it.*, 1950, I, c. 770 ss., con commento di DE MARTINI, A.: “Legittimazione dei familiari del conduttore all'azione di spoglio contro il locatore”, il quale configura una detenzione autonoma soltanto per i familiari beneficiari di un diritto al mantenimento o alimentare e non anche per le persone di servizio o i conviventi abitudinari. Nella stessa direzione, Pret. Roma, 12 giugno 1959, *Foro it.*, 1960, I, c. 697, il quale individua nella convivenza derivante da legame affettivi e abitudinari un rapporto di mero fatto, non in grado di giustificare la sussistenza di un titolo alla detenzione. Cfr., inoltre, Cass., 26 gennaio 1982, n. 511, *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Possesso*, 99.

¹¹ Pret. Torino, 17 marzo 1960, *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1533 ss., con nota di MONTEL, A.: “Possesso e posizione possessoria del coniuge rispetto all'alloggio coniugale”. Ammette la tutela possessoria in favore della moglie, prima ancora, Trib. Roma, 22 gennaio 1953, cit., p. 967 ss. Sulla situazione possessoria di detenzione qualificata del coniuge separando, pur in assenza del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, Trib. Venezia, 23

– di giustificare il diritto al godimento dell'alloggio da parte della moglie, in quanto fondato sull'obbligo alla coabitazione sancito dall'art. 143 c.c., allora vigente. La predetta situazione, di compossesso in capo ai coniugi conviventi, legittimerebbe la moglie ad agire in reintegrazione contro lo spoglio violento o clandestino subito.

Opposta soluzione è elaborata per il convivente di fatto: mentre per la moglie è possibile configurare, in virtù del dovere alla coabitazione, una detenzione autonoma anche contro il marito, «tale diritto non sorge per la convivente *more uxorio*, nella cui ipotesi non vi è una necessità di convivenza, come per la moglie». Trattasi, dunque, «di una situazione di mero fatto, fondata su relazione di indole diversa da quelle giuridiche, perché improntata al sentimento, all'affetto, all'attrazione sessuale, alla mera cortesia»¹².

Analogo tenore assumono le posizioni che, pur mostrando di voler superare la riconduzione dell'unione di fatto al rapporto di mera ospitalità – (poiché altrimenti «significherebbe negare in radice rilievo a situazioni di fatto improntate alla comunanza di vita tra i soggetti ed al loro quotidiano contributo ai bisogni domestici») – escludono che si possa concedere la tutela

settembre 2015, con massima consultabile sulla banca dati online *pluris-cedam*. Escludono, invece, in capo al coniuge non titolare di alcun diritto sulla casa familiare una situazione di detenzione qualificata Trib. Trani, 23 marzo 2008, *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 202 e Trib. Napoli, Sez. Portici, 29 marzo 2013, *Foro nap.*, 2014, p. 548 ss., con commento critico di VIRGADAMO, P.: “Coniuge non proprietario, non più convivente e azione di reintegrazione nel possesso della casa familiare”. Secondo BELFIORE, C.: “La posizione possessoria del familiare convivente”, cit., p. 1210, il familiare, a prescindere dalla sussistenza di un obbligo legale di convivenza, è titolare di «una mera possibilità di uso», da non confondere con il possesso o con la detenzione. Sul punto cfr., altresì, Cass., 16 maggio 1949, n. 1197, *Foro it.*, 1950, I, c. 124; Cass., 4 dicembre 1962, n. 3264, *Giur. it.*, 1963, I, c. 13 ss., nonché *Foro it.*, 1963, I, 269 ss., con commento di BRANCA, G.: “Detenzione dei familiari conviventi col capo famiglia”, spec. p. 272 s., il quale differenzia la posizione dei figli da quella della moglie: mentre i primi rappresenterebbero dei detentori subordinati rispetto alla detenzione autonoma del capo famiglia, la moglie è titolare di una situazione autonoma di detenzione, stante il suo diritto-dovere di abitare in quella casa con il coniuge. Ciò «dura fino a quando dura il suo presupposto, cioè la residenza del marito in quell'alloggio», poiché se il marito cambia alloggio e la moglie decide di rimanere nella vecchia abitazione, «il titolo della sua detenzione non è più quello originario: rispetto al vecchio appartamento lei finisce per essere né più né meno che un ospite», divenendo, invece, detentrica autonoma del nuovo appartamento soltanto se decidesse di seguire il marito.

¹² Così Trib. Roma, 22 gennaio 1953, cit., p. 968: su tale pronuncia cfr. le attente riflessioni di GRONDONA, M.: “La tutela possessoria del convivente”, cit., p. 345, il quale pone in evidenza, nel caso specifico, la prevalenza della posizione ideologica del giudice (contraria alla convivenza di fatto) sulle particolarità della fattispecie concreta. La convivenza è equiparabile ad un rapporto di ospitalità per SCIOLI, F.: *Il possesso*, Torino, 2002, p. 237. Prima ancora, LEVONI, A.: *La tutela del possesso*, I, *L'oggetto della tutela e le azioni*, Milano, 1979, p. 223, ma v. altresì LIOTTA, G.: *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Napoli, 1983, p. 71 ss.

possessoria al convivente, in quanto ciò «contrasterebbe con l'impossibilità di configurare situazioni di vantaggio da farsi valere dopo la fine del rapporto e, prima ancora, con l'assenza, nel nostro ordinamento, di un giudice della dissoluzione del ménage di fatto», in grado di attribuire il godimento dell'abitazione in maniera analoga a quanto avviene in tema di separazione e di divorzio¹³. Sí che, per il convivente *more uxorio*, non potrebbe ammettersi «una tutela maggiore» rispetto a quella prevista per il coniuge non affidatario di prole¹⁴.

Tale orientamento, diffuso nella giurisprudenza di merito, trova conferma e accoglimento nelle decisioni della Corte di cassazione¹⁵, che, nel definire la situazione del convivente *more uxorio*, giustificano – quali ragioni ostative al ricorso alla tutela dettata dall'art. 1168 c.c., in aggiunta all'argomento della sussistenza di un rapporto precario – la permanenza nell'immobile quale atto di mera tolleranza del titolare della locazione, sí da escludere, in capo al convivente, la configurabilità di una detenzione qualificata. In maniera ancor piú recisa, la qualità di detentore legittimato alla proposizione dell'azione di spoglio è negata a ciascuno dei componenti del nucleo familiare, stante la preoccupazione secondo la quale l'opposta soluzione impedirebbe al capofamiglia di immettere nel possesso l'acquirente dell'alloggio senza il consenso di tutti i familiari, i quali potrebbero esperire separate azioni di spoglio: «l'assurdo logico e giuridico di siffatta conseguenza prova» – secondo la Corte¹⁶ – «l'erroneità dell'assunto» che riconosce ai conviventi la tutela possessoria in qualità di compossessori o condetentori.

Nel delineato contesto storico-culturale, caratterizzato dall'imperversare di un'ideologia fortemente avversa ad ogni forma di tutela per la famiglia non fondata sul matrimonio, la problematica dell'assegnazione della casa familiare è risolta assimilando la convivenza *more uxorio* al rapporto di ospitalità, sí che la distinzione tra convivente-coniuge (legittimato ad esperire l'azione di spoglio) e convivente *more uxorio* (a ciò non legittimato) è il portato della riconduzione della famiglia non fondata sul matrimonio ad una relazione non idonea a produrre effetti giuridici o, comunque, deteriore rispetto alla

¹³ Pret. Pietrasanta, 19 aprile 1988, *Foro it.*, 1989, I, c. 1662 ss.

¹⁴ Così Trib. Belluno, 31 ottobre 2008, *Foro it.*, 2009, I, c. 257 ss. Cfr., inoltre, Trib. Vigevano, 10 giugno 1996, *ivi*, 1997, I, c. 3691 ss., ove si precisa che la convivenza *more uxorio* è «pressoché irrilevante dal punto di vista giuridico (secondo il diritto positivo, oggi vigente in Italia)». Giustifica l'emissione di un provvedimento cautelare di rilascio dell'immobile se il convivente, entrata in crisi la relazione *more uxorio*, continua ad occupare la casa di comune abitazione, rifiutandone la restituzione, Trib. Messina, 10 settembre 1997, *Fam. dir.*, 1998, p. 255 ss., con commento di FERRANDO, G.: «Crisi della convivenza *more uxorio* e abitazione familiare».

¹⁵ Cass., 16 febbraio 1956, n. 436, *Foro it.*, 1956, I, c. 1120 ss.

¹⁶ Cass., 4 dicembre 1962, n. 3264, cit., c. 17.

convivenza coniugale. Ciò è tanto più evidente allorché si ammette, senza esitazione, che «in genere anche per una evidente ragione di moralità e per l'osservanza del principio del *favor matrimonii*, accolto nel nostro Codice non si può parificare una tale relazione alla famiglia vera e propria. Ne risulterebbero scosse le basi stesse dello Stato»¹⁷.

III. EVOLUZIONE DELLE RISPOSTE GIURISPRUDENZIALI: CONFIGURABILITÀ DELLA SITUAZIONE DI DETENZIONE QUALIFICATA, GARANTITA DAL RICORSO ALL'AZIONE EX ART. 1168 C.C., IN CAPO AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.

Benché non manchino, quasi negli stessi anni, decisioni contrarie all'equiparazione della convivenza al rapporto di ospitalità¹⁸, è soprattutto con la diffusione e rilevanza sociale acquisite progressivamente dalla famiglia non basata sul matrimonio¹⁹ che si avvalorava il consolidamento delle posizioni

¹⁷ GRECO, F.: "Sulla legittimazione ad agire in spoglio del convivente *more uxorio*", cit., p. 968.

¹⁸ Una particolare menzione merita la decisione che anticipa l'apertura giurisprudenziale che si registrerà più avanti ammettendo, in favore del convivente *more uxorio*, la sussistenza di una situazione di detenzione qualificata, con tutela, ex art. 1168 c.c., anche contro i chiamati all'eredità: Pret. Roma, 22 novembre 1975, *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1721, con nota di PALMIERI, A.: "Detenzione dei familiari conviventi con il capofamiglia e della persona convivente *more uxorio* ex art. 1168 c.c.". Riguardo, invece, alla situazione dei conviventi appartenenti al medesimo nucleo familiare del conduttore, cfr. Cass., 7 ottobre 1971, n. 2753, *Foro it.*, 1972, c. 80 s., la quale affranca il diritto alla tutela possessoria dalla titolarità del rapporto di locazione, al fine di «tenere conto del vero fondamento della tutela» possessoria, la quale impone di porre attenzione alla situazione di fatto e alla necessaria relazione di detenzione per un interesse proprio, più che all'astratta titolarità del diritto reale o personale. Nel caso specifico si afferma la legittimazione all'esercizio dell'azione di spoglio da parte della suocera nei confronti della nuora che, dopo la morte del marito (figlio della donna), l'aveva estromessa dall'abitazione. Su tale pronuncia cfr. le osservazioni di GIUSTI, A. e SCARPA A.: "Le azioni possessorie e di enunciazione", in *Comm. Cod. civ.* Schlesinger, Milano, 1990, p. 103 s., ove si precisa che «tale concezione ad un'attenta indagine sempre più improntata ad un allentamento della rigidità con cui si esprimeva la tesi che ravvisava nel potere dei componenti della famiglia una mera detenzione subordinata per ragioni di ospitalità, che non ad un riconoscimento, pieno ed incondizionato, della tutela possessoria del familiare convivente». Riconosce una situazione di detenzione autonoma in favore di una figlia contro il procuratore speciale del padre Pret. Milano, 9 dicembre 1991, *Foro it.*, 1992, I, c. 2463 ss. In argomento v. BARASSI, L.: *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952, p. 214.

¹⁹ Sul punto, CABELLA PISU, L., *Azioni possessorie*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 72; TENELLA SILLANI, C.: *Possesso e detenzione*, ivi, XIV, Torino, 1996, p. 23. TERRANOVA, C.G.: *La tutela possessoria del convivente estromesso dall'abitazione comune*, in FERRANDO, G., FORTINO, M., e RUSCELLO, F.: *Famiglia e matrimonio*, t. I, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, Milano, 2011, p. 1174. Per una tutela più ampia del convivente di fatto, Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 932 ss. – con commento di SATURNO, A.:

secondo le quali tali convivenze determinano, rispetto alla casa ove si svolge la vita in comune, un potere fondato su un autonomo interesse, non riconducibile a quello derivante da ragioni di mera ospitalità. Il convivente può ricorrere alla tutela possessoria, poiché alle unioni non basate sul matrimonio deve essere riconosciuta una tutela non meno ampia di quella attribuita alla famiglia coniugale²⁰. Nel prendere le distanze dal precedente orientamento – precisando²¹ che «la situazione del convivente *more uxorio*, in generale, non può [...] essere definita *sic et simpliciter* come quella di un ospite del convivente proprietario o conduttore» – si fa strada, opportunamente, la necessità di procedere ad una attenta analisi delle circostanze della singola fattispecie concreta (quali il lungo protrarsi della convivenza e la nascita dei due figli), le quali impongono di concedere al convivente *more uxorio* la legittimazione ad agire con l'azione di reintegrazione contro l'altro convivente, assegnatario di un alloggio di edilizia residenziale pubblica²², maturando altresì consapevolezza del fatto che «la soluzione giuridica della vicenda non può venire dalla valorizzazione dell'argomento che fa leva sulla diversa apprezzabilità della famiglia giuridica rispetto alla famiglia di fatto»²³.

“Famiglia di fatto e successione nel contratto di locazione”, e *Giur. it.*, 1988, I, p. 1628 ss., con commento critico di TRABUCCHI, A.: “Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!” [dello stesso autore vedi anche ID.: “Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?”, *ivi*, 1988, I, p. 19 ss.] – con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 3 cost., dell'art. 6, comma 3, l. 27 luglio 1978 n. 392, nella parte ove non prevedeva, tra i possibili successori *mortis causa* nella titolarità del contratto di locazione, il convivente *more uxorio* (affidatario di figli) del conduttore.

²⁰ Cass., 14 giugno 2012, n. 9786, *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2318 ss., la quale nega che il convivente del proprietario sia compossessore dell'immobile e che possa usucapire, riconoscendogli «una posizione dipendente e recessiva, riconducibile alla detenzione autonoma, (qualificata dalla stabilità della relazione familiare e protetta dal rilievo che l'ordinamento a questa riconosce)». Considera inammissibile l'azione di reintegrazione da parte dell'assegnatario di alloggio di edilizia residenziale pubblica, esperita al fine di estromettere dall'abitazione il convivente *more uxorio*, Pret. Pordenone, 9 maggio 1995, *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 240 ss., con commento di LEPRE, A.: “Abitazione ‘parafamiliare’ e problemi possessori”. Pur mutando il proprio precedente pensiero (cfr. GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 121 s.) – contrario all'esistenza di diritti che sopravvivano alla rottura del rapporto di fatto – parte della dottrina (ID., *Il diritto all'abitazione della casa parafamiliare*, *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 394) ha da tempo posto in evidenza che l'intenzione delle parti di realizzare un preciso e congiunto godimento costituisce indice non soltanto dell'esistenza di una fattispecie giuridicamente rilevante bensì soprattutto di un rapporto con il bene qualificabile in termini di condetenzione autonoma.

²¹ Pret. Firenze, 27 febbraio 1992, *Foro it.*, 1993, I, c. 1713. La convivenza *more uxorio* determina un potere di fatto sulla casa di abitazione basato su un interesse proprio, diverso da quello scaturente da ragioni di ospitalità, per Trib. Milano, 7 maggio 2008, *Fam. dir.*, 2009, p. 40 ss., con osservazioni di CAMPAGNOLI, M.C.: “Illegittimo lo spoglio violento del convivente di fatto”.

²² Pret. Firenze, 27 febbraio 1992, *o.l.u.c.*

²³ Trib. Perugia, 22 settembre 1997, *Foro it.*, 1997, I, c. 3687.

Pertanto, dopo aver individuato nei precedenti orientamenti degli «arcaismi non piú insiti nell'attualità del rapporto familiare»²⁴, si riconosce al convivente di fatto una detenzione qualificata quale situazione provvista di tutela autonoma, anche contro lo spoglio perpetrato dall'altro convivente.

Si orienta sempre piú in questa direzione la giurisprudenza recente, la quale se da un lato annovera la famiglia di fatto tra le formazioni sociali che, *ex art.* 2 cost., favoriscono lo sviluppo e la promozione della personalità di ogni componente, dall'altro individua a fondamento del godimento dell'abitazione da parte del convivente un interesse proprio in virtù di «un titolo a contenuto e matrice personale la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, sí da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata»²⁵ e tale da legittimare – in una fattispecie di spoglio commesso dal convivente – il ricorso alla tutela *ex art.* 1168 c.c. Analogamente, là dove l'estromissione violenta o clandestina dall'abitazione sia compiuta (non già dal *partner* ma) dal terzo-proprietario dell'immobile, la convivente del comodatario-detentore qualificato può ricorrere alla tutela possessoria, la quale – secondo la Cassazione – ha «titolo in un negozio giuridico di tipo familiare»²⁶.

Il percorso compiuto testimonia una progressiva evoluzione delle risposte giurisprudenziali²⁷, sempre piú favorevoli a considerare lesiva della dignità costituzionale della famiglia non basata sul matrimonio la riconduzione di quest'ultima al rapporto di ospitalità. Può ben dirsi, infatti, che il convivente *more uxorio* è titolare di una situazione soggettiva di detenzione autonoma, tutelata con il ricorso all'azione di reintegrazione, in conseguenza

²⁴ Trib. Perugia, 22 settembre 1997, *o.l.u.c.*

²⁵ Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, *Giur. it.*, 2013, p. 2491 ss., con commento di FERRETTI, I.: «Convivenza *more uxorio* e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto», nonché *Fam. dir.*, 2013, p. 649 ss., con commento di GABBANELLI, C.: «Il convivente *more uxorio* non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso», e *Corr. giur.*, 2013, p. 1532 ss., con commento di CARRATO, A.: «Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune?». Cfr., inoltre, GUZZARDI, G.: «Convivenza *more uxorio* e tutela possessoria dell'immobile adibito a casa familiare», *Fam. dir.*, 2013, p. 1051 ss.

²⁶ Cfr. Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 937 ss., con commento di CICERO, C.: «*Legitimatio spoli* del convivente *more uxorio*»; *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 652, con nota di ESPOSITO, F.: «Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente»; *Fam. dir.*, 2014, p. 664 ss., con nota di RICCIO, A.: «Azione di spoglio a favore del familiare convivente contro il terzo». Cfr., inoltre, DI BENEDETTO, A.: «Il problema dell'estensione della tutela possessoria ai conviventi *more uxorio*», *Immobil&proprietà*, 2014, p. 363.

²⁷ Sul punto GRONDONA, M.: *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, cit., p. 367 s., sottolinea il passaggio da un approccio dogmatico – nel quale le circostanze di fatto assumono una portata limitata – ad uno intermedio, ove inizia ad affiorare l'influenza dell'ideologia del giudice, fino ad uno critico, nel quale la decisione è orientata alla massima risoluzione di problemi concreti.

dell'ampliamento dei confini del concetto di 'nucleo familiare' fino a comprendervi il convivente di fatto, nonché, contestualmente, in ragione della valorizzazione e promozione del diritto all'abitazione come bene costituzionalmente protetto, la tutela del quale, disancorata da preconcetti, consente di individuare nella stabile convivenza il titolo giustificativo della detenzione qualificata e della tutela possessoria²⁸.

IV. OPPORTUNITÀ DI DISTINGUERE IL PROBLEMA IN RELAZIONE ALLA PRESENZA DEI FIGLI: IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE QUALE FONDAMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE AL GENITORE AFFIDATARIO DI PROLE.

Nonostante il generale riconoscimento – nel solco della recente giurisprudenza – della famiglia non coniugale quale formazione sociale, *ex art. 2 cost.*, e la rilettura della disciplina del possesso e della detenzione alla luce della mutata sensibilità socio-culturale²⁹, appare opportuno evitare generalizzazioni e concentrare l'attenzione sulle peculiarità della singola convivenza. La problematica in ordine alla sorte dell'abitazione familiare, infatti, richiede un approccio differenziato a seconda che, da un lato, sussista il carattere della stabilità a fondamento della convivenza *more uxorio*, e, dall'altro, siano presenti figli naturali minori di età oppure economicamente non autosufficienti per ragioni non dipendenti dalla loro volontà.

Con riferimento ai caratteri identificativi della comunità familiare di fatto, giova osservare che non ogni convivenza legittima l'azionabilità della difesa possessoria da parte del convivente. Tale esito è consentito soltanto ove sia provata la sussistenza di un progetto di vita comune, basato su una relazione consolidata, socialmente identificabile, stabile e non sporadica, in grado di rappresentare per i suoi componenti una comunione di vita spirituale e materiale, connotata da reciproca solidarietà³⁰ e tale da differenziarsi rispetto ad una mera coabitazione³¹.

A ciò si aggiunge – con riferimento alla presenza dei figli – che l'esigenza di

²⁸ In questa direzione, CARBONE, E.: "Possesso e detenzione nella famiglia di fatto", *Riv. trim.*, 2011, p. 46 s.

²⁹ Sulla differenza tra il possesso e le diverse forme di detenzione, più recentemente, OMODEI SALÈ, R.: *La detenzione e le detenzioni*, cit., p. 41 ss. e TROISI B. e CICERO, C.: *I possessi*, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 46 ss.

³⁰ Approfondisce gli elementi costitutivi della convivenza *more uxorio* BALESTRA, L.: *La famiglia di fatto*, cit., p. 29 ss.

³¹ Nella stessa direzione, CARBONE, E.: "Possesso e detenzione nella famiglia di fatto", cit., p. 48. Distingue il mero rapporto occasionale dalla famiglia di fatto alla luce del criterio della stabilità, «che conferisce grado di certezza al rapporto di fatto sussistente tra le persone», Cass., 4 aprile 1998, n. 3503, *Foro it.*, 1998, I, c. 2154 ss.

protezione della prole «è suscettibile di dare la qualificazione massima al rapporto di detenzione»³², consentendo il ricorso a più intensi strumenti di tutela, idonei a garantire la protezione dell'interesse dei figli al godimento di un ambiente in grado di favorire lo sviluppo della loro personalità³³. La giurisprudenza più recente, infatti, collega la tutela possessoria al rimedio dell'assegnazione della casa familiare al convivente *more uxorio* affidatario di figli. Un importante intervento chiarificatore si rintraccia in una nota pronuncia della Corte costituzionale, la quale, nel sottolineare la *ratio* del provvedimento di assegnazione della casa familiare, ha precisato che la tutela del rapporto educativo e, soprattutto, del preminente interesse dei figli all'abitazione e al mantenimento forniscono all'interprete imprescindibili criteri al fine della risoluzione della problematica in esame, senza che, per le unioni di fatto, rilevi l'assenza del vincolo matrimoniale. Chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 155, comma 4, c.c.³⁴, là dove non sanciva che i provvedimenti riguardanti l'assegnazione in godimento della casa familiare possano essere richiesti anche dal genitore naturale affidatario di prole, la Consulta si è opposta all'intervento caducatorio e, in seguito ad un'interpretazione sistematica e adeguatrice ai principi costituzionali, ha dichiarato la questione non fondata. In particolare, posta in luce la non utilità del ricorso all'analogia con la disciplina del modello familiare basato sul matrimonio³⁵, la Corte individua nell'assegnazione dell'abitazione in godimento al genitore affidatario – quale risultato dell'interpretazione sistematica della norma codicistica in stretta correlazione all'art. 30 cost.³⁶ – uno strumento di tutela in grado di trovare

³² Trib. Perugia, 22 settembre, 1997, cit. Nella stessa direzione, prima ancora, Trib. min. Bari, 11 giugno 1982, *Giur. Merito*, 1984, I, p. 597 ss., con nota conforme di DOGLIOTTI, M.: "Famiglia di fatto e competenza del Tribunale minorile"; Trib. Milano, 23 gennaio 1997, *Giur. it.*, 1998, p. 704 ss., con nota di CHINÈ, G. In seguito alla cessazione della convivenza *more uxorio*, il giudice ordinario può disporre, ex art. 700 c.p.c., l'assegnazione della casa in favore del genitore, ancorché non proprietario, esercente la potestà sul figlio minore, secondo Trib. Foggia, 9 agosto 2002, *Famiglia*, 2003, p. 248 ss., con commento di CUBEDDU, M.G.: "Interessi di figli naturali e legittimi nell'assegnazione della casa familiare". Per un'attenta analisi della problematica dell'assegnazione della casa familiare in attuazione del principio costituzionale di tutela della personalità dei figli, nell'esperienza italiana e in quella spagnola, CARAPEZZA FIGLIA, G., e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana", *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267 ss.

³³ Sull'interesse della prole quale *ratio* dell'assegnazione della casa familiare, IRTI, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Napoli, 2010, p. 53 ss.

³⁴ In seguito alle modifiche apportate dall'art. 5, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, il vigente articolo 155 c.c. sancisce che «In caso di separazione, riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del titolo IX».

³⁵ Analogia invece applicabile, limitatamente a taluni profili di disciplina, secondo PROSPERI, F.: *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, p. 256 ss.

³⁶ Sull'esigenza di un'ermeneutica rinnovata, sistematica e necessariamente attuativa dei principi costituzionali, si rinvia agli scritti, sempre attuali, di PERLINGIERI, P.:

applicazione anche in ipotesi di filiazione naturale³⁷. Pertanto, in attuazione del principio dell'unicità dello *status* di figlio, in séguito ispiratore dell'importante riforma³⁸ in favore della piena eguaglianza tra la filiazione nell'ambito del matrimonio e quella al di fuori di esso, si conferisce decisivo rilievo all'argomento secondo il quale «la fonte dell'obbligo *de quo agitur* [che impone ai genitori di mantenere i figli anche tramite l'obbligo di garantire una idonea dimora] è unica, ma sufficiente: quella del rapporto di filiazione», sì che anche per la convivenza di fatto, «allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, [l'assegnazione della casa familiare] deve quindi regolarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello *status*»³⁹, con temporaneo sacrificio del diritto reale

L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, 1985, e ID.: *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, 2010, ora entrambi in ID.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, rispettivamente pp. 127 ss. e 307 ss., nonché sul rapporto di immedesimazione tra interpretazione sistematica ed adeguatrice, ID.: *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in FEMIA, P. (a cura di): *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 27 ss. Condividono tale prospettiva metodologica VELLUZZI, V.: *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 65 ss.; MADDALENA, P.: "Interpretazione sistematica e assiologica del diritto", *Giust. civ.*, 2009, II, p. 65 ss.; PENNASILICO, M.: *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 185 ss. (ove l'interpretazione c.d. evolutiva dei contratti è definita una «peculiare declinazione dell'interpretazione sistematica ed assiologica») e PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Introduzione*, in ID.: *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, Napoli, 2012, p. 9 ss. Con particolare riferimento all'interpretazione evolutiva BETTI, E.: *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, 1959, in ID.: *Diritto Metodo ed Ermeneutica*, Milano, 1991, p. 523 ss. e DONATO, V.: *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 638 ss.

³⁷ Secondo BALESTRA, L.: "Gli effetti della dissoluzione della convivenza", *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 494, la pronuncia, nel creare tramite l'interpretazione sistematica, una nuova norma, è mossa dall'intento di evitare espliciti attacchi alla famiglia fondata sul matrimonio.

³⁸ Attuata con legge delega 10 dicembre 2012, n. 219 e con decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154. Sul punto sia consentito rinviare a CLARIZIA, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 597 ss.

³⁹ Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit. Aderisce a tale posizione, tra gli altri, PORCELLI, G.: *La rottura della convivenza di fatto*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, I, t. 2, 2002, p. 1507 ss. Cfr., inoltre, RICCIO, D.: *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, p. 508 ss. Mette in risalto lo spirito innovatore della pronuncia – la quale, anticipando la riforma sulla filiazione del 2012, individua il fondamento della filiazione nella procreazione e non già nel matrimonio – FERRANDO, G.: "Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali", cit., spec. p. 685. Per un confronto con la giurisprudenza spagnola, riguardo alla necessaria tutela dell'interesse dei figli quale *ratio* dell'assegnazione della casa familiare (anche) nell'ambito della famiglia non coniugata, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., in CARAPEZZA FIGLIA G. e ID.: "Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e

dell'altro convivente.

Si pone in tale direzione anche la giurisprudenza di legittimità, la quale consente l'attribuzione giudiziale del diritto di continuare ad abitare nella casa familiare al convivente al quale sono affidati i figli proprio in virtù della valenza riconosciuta dal delineato orientamento giurisprudenziale al principio di responsabilità genitoriale, «immanente nell'ordinamento e ricavabile dall'interpretazione sistematica» della normativa costituzionale (art. 30 cost.) e dei diritti e doveri dei genitori verso i figli⁴⁰. Ne consegue che, il genitore affidatario di figli, «anche nelle convivenze di fatto [...] in virtù dell'*affectio* che costituisce il nucleo costituzionalmente protetto (*ex art. 2 Cost.*) della relazione di convivenza, è comunque detentore qualificato dell'immobile ed esercita il diritto di godimento su di esso in posizione del tutto assimilabile al comodatario, anche quando proprietario esclusivo sia l'altro convivente»⁴¹. Dopo aver chiarito che la giustificazione si rinviene in un doppio titolo, costituito, il primo, dalla convivenza di fatto con il proprietario dante causa e il secondo dalla destinazione dell'immobile a casa familiare, la pronuncia sottolinea che la predetta condizione di detentore qualificato assicura l'opponibilità infranovenale nei confronti del terzo acquirente dell'immobile e che alcun rilievo assume l'anteriorità dell'atto di alienazione rispetto al

spagnola”, *Foro nap.*, 2013, p. 33 s., nonché per l'analisi della giurisprudenza italiana CARAPEZZA FIGLIA G., *ivi*, p. 39 ss.

⁴⁰ Cfr. Cass., 26 maggio 2004, n. 10102, *Foro it.* (2004), I, c. 2742 ss., ove si chiarisce che è «conforme alla legge, qualora, ne ricorrano le condizioni, disporre che il genitore, legittimo o naturale, adempia in forma specifica, con sacrificio temporaneo del proprio diritto reale (nel caso di specie, contitolarità di usufrutto) o di godimento, il dovere di apprestare idonea dimora, secondo le proprie capacità economiche, alla prole». Tale orientamento è confermato altresì da Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, *Corr. giur.* (2005), p. 1675 ss., con commento di CARBONE, V.: “Anche il genitore affidatario di figli naturali può trascrivere il titolo di assegnazione della casa familiare”, ove, interpretando la normativa codicistica in funzione del principio della responsabilità genitoriale e dell'eguaglianza tra figli, si sancisce che anche il genitore affidatario di figli naturali, in séguito alla crisi della famiglia di fatto, può trascrivere il titolo di assegnazione della casa familiare ove non risulti titolare di diritti reali. Sul tema cfr. GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, nota a Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 737 ss. Si ricordi, inoltre, che secondo il vigente art. 337 *sexies*, comma 1, c.c. e, prima ancora, in base al contenuto dell'art. 155 *quater* c.c., nel primo trasposto, «il provvedimento di assegnazione [della casa familiare] e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643 c.c.». Per un'analisi di tale disciplina, FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* c.c.: appunti e spunti”, *Archivio giuridico*, 2014, p. 163 ss.

⁴¹ Così, incisivamente, Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, consultabile sulla banca dati online *dejure*, la quale accoglie l'esercizio dell'azione revocatoria del convivente-detentore qualificato poiché il terzo, al quale il *partner* non assegnatario aveva alienato l'immobile, aveva consapevolmente contribuito alla realizzazione del disegno volto alla sottrazione del bene dal patrimonio del debitore.

provvedimento di assegnazione della casa familiare⁴².

In conformità a tale impostazione metodologica, il legislatore ha sancito una ricostruzione unitaria della materia dell'assegnazione della casa familiare con la legge sull'affido condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54), la quale ha previsto, all'art. 4, comma 2, l'applicazione di tali disposizioni anche ai procedimenti riguardanti i figli di genitori non coniugati e, in maniera ancor più evidente, ha precisato, all'art. 155 *quater* c.c. (rubricato Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza) – ora abrogato⁴³ ma testualmente trasposto nell'art. 337, *sexies*, c.c., introdotto dalla riforma in materia di filiazione⁴⁴ – che «il godimento della casa familiare è attribuito *tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*».

La conformità dell'intervento riformatore all'elaborazione giurisprudenziale citata consente di annoverare, nell'area semantica del termine 'figli', *ex art.* 337 *sexies* c.c., anche la prole naturale, sí che, in occasione della crisi tanto della coppia coniugata quanto di quella convivente di fatto, il valore costituzionale dell'eguaglianza tra figli e la tutela della filiazione orientano la scelta dell'interprete in favore dell'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario di figli, sebbene non titolare di diritti reali o personali di godimento sull'immobile, senza che assuma rilievo la circostanza che il rapporto tra i genitori sia di fatto oppure istituzionalizzato nel vincolo matrimoniale. Pertanto, nel bilanciamento tra gli opposti valori, la salvaguardia dell'interesse della prole alla conservazione di un tranquillo contesto abitativo familiare, nonché il principio della responsabilità genitoriale e dell'unicità dello stato di figlio appaiono preminenti rispetto alla tutela del diritto di proprietà o di godimento dell'altro convivente o del terzo. Il godimento della casa, in quanto funzionalmente preordinato al predetto scopo, risulta, per il genitore affidatario, temporalmente circoscritto in relazione ad esso.

⁴² Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, cit. La sentenza richiama Cass., 26 luglio 2002, n. 11096, *Giust. civ.*, 2003, I, p. 93 ss., secondo la quale il provvedimento di assegnazione della casa familiare, in caso di divorzio o di separazione personale, è opponibile al terzo acquirente dell'immobile in data successiva, anche se il predetto provvedimento non sia stato trascritto, per il novennio decorrente dall'assegnazione, nonché dopo il novennio se il titolo sia stato precedentemente trascritto. Sul tema, con riferimento all'assegnazione della casa coniugale in seguito alla crisi, Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, *Corr. giur.*, 2004, p. 1439 ss., con commento di QUADRI, E., "Comodato e 'casa familiare': l'intervento delle Sezioni unite". Più ampie precisazioni in Cass., 29 settembre 2014, n. 20448, *ivi*, 2015, p. 14 ss., con commento di ID.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della «casa familiare»".

⁴³ Cfr. l'art. 106, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

⁴⁴ Cfr. l'art. 55, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

V. *SEGUE*. COMPOSIZIONE DEI RAPPORTI ABITATIVI IN ASSENZA DI FIGLI. IMPOSSIBILITÀ DI RICORRERE ALLO STRUMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN DIFESA DEL CONVIVENTE ECONOMICAMENTE PIÙ DEBOLE.

In assenza di figli, la composizione dei rapporti abitativi nella fase patologica di una convivenza *more uxorio* risponde a esigenze diverse da quelle connesse alla problematica del loro affidamento.

Molteplici sono le motivazioni che, in astratto, potrebbero orientare la scelta in favore dell'assegnazione della casa familiare ad un convivente piuttosto che all'altro. Tra queste non rilevano ragioni di natura strettamente economica, attinenti a situazioni del tutto personali del convivente che agisce in giudizio contro lo spoglio altrui. Come chiarito da una parte della giurisprudenza⁴⁵, infatti, il predetto strumento dell'assegnazione non può perseguire lo scopo di aiutare colui il quale sia economicamente più debole. A tal riguardo una pronuncia⁴⁶, ormai risalente ma efficace nella ricostruzione

⁴⁵ Cass., 23 aprile 1982, n. 2494, *Foro it.*, 1982, c. 1895 ss., secondo la quale l'art. 155, comma 4, c.c., allora vigente, ha carattere eccezionale e non è applicabile analogicamente – e neppure in via di interpretazione estensiva – al di fuori della fattispecie espressamente prevista, della quale l'esistenza della prole (minorenne) e l'esigenza di provvedere all'affidamento della medesima rappresentano imprescindibili elementi costitutivi. Si allineano a tale prospettiva Cass., 28 ottobre 1995, n. 11297, *Giust. civ.*, 1996, I, p. 45 ss., con nota di MARINELLI F. e, *ivi*, p.725 ss., con commento di FREZZA, G.: “L'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario nella separazione e nel divorzio” (cfr., inoltre, ID., “Casa familiare e figli maggiorenni, tra convivenza e mantenimento”, nota a Cass., 22 aprile 2002, n. 5857, *ivi*, 2002, I, p. 180 ss.); *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 517 ss., con commento di QUADRI, E.: “Assegnazione della casa familiare, interesse della prole e tutela del coniuge”, il quale osserva che l'apertura determinata dall'art. 6, comma 6, l. div., in favore della tutela dei figli maggiorenni aveva determinato un mutamento tale da far perdere rilievo al principale argomento utilizzato dalla decisione del 1982, fondato sull'esigenza di evitare interpretazioni che impedissero di circoscrivere temporalmente la durata dell'assegnazione della casa coniugale. Successivamente, tra le altre, Cass., 23 marzo 2007, n. 6979, *ivi*, 2007, I, p. 1160 ss., con commento di ID.: “Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento”, ove si illustrano le ragioni che consentono di non modificare la portata del regime dell'assegnazione della casa familiare in séguito alla disciplina introdotta dalla l. n. 54/2006 (confronta, inoltre, QUADRI, E.: “Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli”, nota a Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, *Corr. giur.*, 2008, p. 1663 ss.); Cass., 21 gennaio 2011, n. 1491, *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Separazione di coniugi*, n. 168; di recente Cass., 22 luglio 2015, n. 15367, consultabile sulla banca dati *dejure online*. Diversamente, l'istituto dell'assegnazione della casa familiare funge da strumento per realizzare il mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri per Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, *Rep. Foro it.*, 2000, *Separazione di coniugi*, n. 73; Cass., 7 luglio 1997, n. 6106, *ivi*, 1998, voce *Separazione di coniugi*, n. 69. Sul tema FINOCCHIARO, A.: “Può il giudice della separazione assegnare l'abitazione della casa familiare al coniuge cui non vengono affidati i figli?”, *Giust. civ.*, 1981, I, p. 137.

⁴⁶ Cass., 23 aprile 1982, n. 2494, cit.

della *ratio* della disciplina dell'istituto in questione, ha chiarito che l'assegnazione non può rappresentare il mezzo per adempiere all'obbligo di mantenimento in favore del convivente che ne abbia diritto. Siffatta posizione, espressa con riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, deve reputarsi ferma, in assenza di figli, anche là dove la comunità familiare non sia basata sul vincolo matrimoniale⁴⁷.

Per le medesime motivazioni, il godimento della casa familiare mal si concilia con la necessità di riequilibrare, nella sfera interna, i rapporti patrimoniali tra i conviventi⁴⁸. In queste ultime fattispecie, le esigenze di tutela della sfera patrimoniale ingiustamente lesa potranno ricevere soddisfazione per il tramite dell'istituto dell'arricchimento senza causa⁴⁹, il quale – ove non si tratti di prestazioni che costituiscono adempimento di un dovere morale o sociale, *ex art.* 2034 c.c., e ove non siano rispettati i limiti di proporzionalità e di adeguatezza⁵⁰ – consente, in assenza di altra azione esperibile⁵¹, il

⁴⁷ La mancata estensione analogica dell'art. 155 *quater* c.c. al coniuge senza figli discende – come affermato da CARAPEZZA G., in ID. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola”, cit., p. 33 s. – non già dalla sua pretesa natura eccezionale quanto dall'accoglimento di una prospettiva funzionale, la quale valorizza lo scopo di promuovere gli interessi esistenziali dei figli.

⁴⁸ Ciò non esclude che tale esito possa derivare da autonome scelte dei conviventi: TRIMARCHI, G.A.M.: “*Negoziò di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*”, *Notariato*, 2009, p. 437, il quale, con riferimento all'utilizzo dell'art. 2645 *ter* c.c. nella convivenza di fatto, precisa che «un convivente p[uo] destinare un immobile (nei limiti di tempo previsti dalla legge) al riequilibrio delle differenze patrimoniali tra se stesso e l'altro (convivente) per l'ipotesi di cessazione della convivenza».

⁴⁹ Sulla conciliabilità logico-giuridica tra la disciplina dell'arricchimento senza causa e la convivenza di fatto e sui requisiti che orientano la scelta tra il ricorso a tale disciplina oppure a quella dettata in materia di adempimento delle obbligazioni naturali, Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, *Giur. it.*, 2009, p. 2408 ss., sulla quale cfr. i commenti di CATALANO, R.: “Prestazioni tra conviventi «*more uxorio*» ed azione di arricchimento: la Corte di cassazione sulla causa degli spostamenti patrimoniali nelle unioni adulterine”, *Dir. giur.*, 2010, p. 75 ss., e di GELLI, R.: “Il regime delle prestazioni di «dare» nella convivenza tra obbligazione naturale del «*solvens*» ed arricchimento senza causa dell'«*accipiens*»”, *Fam. dir.*, 2010, p. 384 ss. In dottrina, sia pure con diverse posizioni, GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 129 ss.; OBERTO, G.: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 105 ss.; PANICO, G.: “Sull'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nel caso di cessazione della convivenza *more uxorio*”, *Giur. it.*, 1997, p. 255 ss.; D'ANGELI, F.: *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, rist. Torino, 2001, pp. 86 ss. e 89, ove si distingue tra prestazioni volte al soddisfacimento del *ménage*, irripetibili in quanto rappresentano adempimenti di obbligazioni naturali tese alla contribuzione ai bisogni familiari, e attribuzioni che si pongono di là da tale normale contribuzione, in relazione alle quali si applica la disciplina dell'ingiustificato arricchimento.

⁵⁰ Nell'ambito della convivenza di fatto, chiarisce i presupposti in assenza dei quali non può effettuarsi il ricorso alla disciplina delle obbligazioni naturali Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, *Giur. it.*, 2004, p. 530 ss., con nota di DI GREGORIO, P.: “Convivenza ‘*more uxorio*’ e accessione: nuovi spunti di riflessione” (la pronuncia è altresì commentata da CICERO, C.:

riequilibrio della sfera giuridica depauperata a causa di spostamenti patrimoniali ingiustificati, esclusivamente a vantaggio dell'altro convivente⁵².

Disegnata la sfera applicativa della decisione in ordine al godimento della casa adibita a residenza familiare esclusivamente in ragione della sua preordinazione alla tutela dei valori esistenziali sottesi al comune progetto di vita, si sottolinea l'esigenza di giungere a soluzioni rispettose della libera autodeterminazione dei conviventi e della loro volontà di non sottoporsi alle regole applicabili in ipotesi di sussistenza del vincolo coniugale.

VI. SODDISFACIMENTO DELLE ESIGENZE ABITATIVE TRAMITE: CONTRATTI ATIPICI DI CONVIVENZA; COMODATO VITA NATURAL DURANTE E NEGOZI, GRATUITI, COSTITUTIVI DI USUFRUTTO VITALIZIO. DISCUSSA APPLICABILITÀ DELL'ART. 2645 TER C.C. AI RAPPORTI FAMILIARI DI FATTO.

Nel procedere secondo tali linee evolutive, il conflitto tra conviventi sul godimento dell'abitazione familiare è agevolmente risolvibile ove le parti utilizzino strumenti di autoregolamentazione dei propri interessi al fine di disciplinare i loro rapporti patrimoniali in seguito alla crisi. Si vedrà che, anche in assenza di questi ultimi, la prospettiva preferibile si pone nella direzione di riconoscere al convivente – sia pure senza figli – la qualità di detentore qualificato e la conseguente tutela possessoria *ex art.* 1168 c.c.

Il modello di convivenza non fondato sul matrimonio non può reputarsi

“Attribuzioni patrimoniali tra conviventi *'more uxorio'*”, *Riv. giur. Sarda*, 2005, I, p. 267 ss.), la quale considera non applicabile la disciplina dettata dall'art. 2034 c.c. se la prestazione patrimoniale determina un esclusivo arricchimento a vantaggio dell'altro convivente e non sussiste alcun rapporto di proporzionalità rispetto al patrimonio e alle condizioni economiche del *solvens*. Ampi approfondimenti sull'impiego dei diversi schemi ricostruttivi, utilizzati in giurisprudenza, in ipotesi di contributi tra conviventi, in FERRANDO, G.: “Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento”, cit., spec. p. 724 ss.

⁵¹ Cfr., tuttavia, Cass., 30 novembre 2011, n. 25554, *Foro it.*, 2012, I, c. 1097 ss., ove si considera esperibile l'azione di arricchimento proposta dal convivente proprietario di un bene nei confronti dell'altro che ne abbia goduto senza titolo, indipendentemente dalla possibilità del proprietario di chiedere la restituzione del bene, non potendo quest'ultimo rimedio escludere il ricorso alla disciplina sancita dagli artt. 2041 e 2042 c.c. sulla base della sua sussidiarietà.

⁵² Recentemente, indica i presupposti necessari per l'esercizio dell'azione di arricchimento contro l'*ex* convivente Cass., 22 settembre 2015, n. 18632, consultabile sulla banca dati *dejure online*, secondo la quale è «possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *'more uxorio'* nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza – il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto – e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza».

vulnerato nella sua spontaneità⁵³ là dove il riconoscimento di garanzie scaturisca dal ricorso all'autonomia privata⁵⁴, grazie all'impiego di contratti di convivenza, giuridicamente vincolanti purché meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico⁵⁵, con i quali le parti, sin dall'inizio oppure in occasione della crisi, stabiliscono la disciplina degli aspetti patrimoniali della convivenza o le conseguenze della loro cessazione, ben potendo prevedere specifiche pattuizioni volte a concedere l'uso e il godimento della casa adibita a residenza familiare ad uno soltanto dei conviventi benché l'immobile sia di proprietà esclusiva dell'altro o di entrambi⁵⁶. La giurisprudenza, dal suo canto, ha da tempo dichiarato la validità di contratti che, nell'ambito di una convivenza di fatto, sanciscano l'attribuzione di diritti di natura patrimoniale sull'immobile adibito a casa familiare, quale, ad esempio, un comodato vita natural durante stipulato a favore della convivente per consentirle di disporre di adeguata abitazione, rintracciando le coordinate della validità di siffatto

⁵³ Sul punto, DEL PRATO, E.: "Patti di convivenza", *Famiglia*, 2002, p. 959 ss.

⁵⁴ Sul tema, OBERTO, G.: "Convivenza (contratti di)", *Contr. impr.*, 1991, p. 369 ss.; FRANZONI, M.: "I contratti tra conviventi *more uxorio*", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 737 ss.; ID., *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi*, II, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. diretto da Bonilini e Cattaneo*, Torino, 1997, p. 461 ss.; DORIA, G.: *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 39 ss., con particolare attenzione ai rapporti tra autonomia privata e causa familiare; QUADRI, E.: "Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di autoregolamentazione", *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 301 ss., nonché ID.: "Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto", *Fam. dir.*, 1999, p. 507; MOSCATI, E. e ZOPPINI, A. (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002; MAURA, A.: "La validità dei c.d. «contratti di convivenza» e l'applicabilità ai conviventi *more uxorio* in via analogica delle disposizioni codicistiche concernenti i diritti e doveri reciproci dei coniugi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 908 ss.; BALESTRA L.: "La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione", *ivi*, 2007, II, p. 194 ss.; BOCCHINI, F.: *Diritto di famiglia: le grandi questioni*, Torino, 2013, pp. 296 ss. e spec. 298, ove si rinviene la causa dei patti di convivenza nella «strutturazione della vita convissuta» (corsi originali); BASSETTI, R.: *Contratti di convivenza e di unioni civili*, Torino, 2014, p. 13 ss. e OBERTO, G.: "I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e accordi prematrimoniali)", *Fam. dir.*, 2015, p. 165 ss. Cfr., altresì, bibliografia citata in nota n. 56.

⁵⁵ Riferisce il giudizio di meritevolezza non soltanto ai contratti atipici bensì anche a quelli tipici, superando la predetta distinzione, PERLINGIERI, P.: *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 395 s., e ID., *Nuovi profili del contratto*, *ivi*, p. 423. Attribuisce alla meritevolezza il compito di accertare la volontà delle parti di giuridicizzare il vincolo pattizio GAZZONI, F.: *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 57 ss. e 63.

⁵⁶ Sul punto cfr. GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., spec. p. 165 s.; OBERTO, G.: *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e in Europa*, Padova, 2012, p. 54 ss.; SPADAFORA, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, *passim*; DELLE MONACHE, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale. (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 954 ss., con particolare attenzione alle attribuzioni traslative di natura «premiale» e alle attribuzioni «liquidatorie». Con riferimento al potere di disposizione in ambito familiare, ANGELONI, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997.

negozio nella conformità a norme imperative, ordine pubblico e buon costume⁵⁷. In tale direzione, e in ragione del graduale riconoscimento di diritti a tutela della posizione giuridica del convivente, si è progressivamente diffuso nella prassi l'impiego di negozi a titolo gratuito⁵⁸, con fondamento nell'unione di fatto, costitutivi di usufrutto vitalizio in favore della convivente⁵⁹, ovvero contratti atipici o negozi unilaterali attributivi di diritti reali sulla casa familiare⁶⁰.

Discussa, invece, è la possibilità di soddisfare le esigenze abitative per il tramite della costituzione, da parte del proprietario-convivente, di un vincolo di destinazione, *ex art. 2645 ter*⁶¹, il quale, pur non determinando il trasferimento del diritto di proprietà, persegue l'interesse, meritevole di tutela, di garantire al *partner* il godimento di un'abitazione idonea a garantire una vita dignitosa. Tale scelta applicativa – di là dalla preoccupazione, tutt'altro che remota, manifestata da una parte della dottrina⁶², di evitare il

⁵⁷ Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 339 ss., con nota di BERNARDINI, M.: “Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante”, e *Corr. giur.*, 1993, p. 947 ss., con commento di CARBONE, V.: “Casa in comodato vita natural durante per una breve convivenza *more uxorio*”. Nel caso specifico il proprietario, dopo aver attribuito il godimento dell'immobile alla convivente, agiva in giudizio per chiederne la restituzione sul presupposto della nullità del relativo contratto di comodato, in quanto fondato su una relazione *more uxorio*. Approfondisce il tema del comodato vita natural durante, finalizzato al godimento della casa familiare nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio, CALVO, R.: *Affectio coniugalis e godimento gratuito della casa destinata alla famiglia*, in ID. e CIATTI, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e da Gabrielli, Torino, 2014, p. 250 ss.

⁵⁸ Trattasi di contratti con ‘causa familiare’, secondo FERRANDO, G.: “Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento”, cit., p. 729.

⁵⁹ Trib. Savona, 7 marzo 2001, *Fam. dir.*, 2001, p. 529 ss., con commento di DOGLIOTTI, M.: “La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza *more uxorio* e presupposizione”.

⁶⁰ Trib. Bologna, 16 febbraio 2011, *Fam. dir.*, 2012, p. 403 ss., con commento di BARDARO, L.: “La qualificazione del contratto immobiliare tra conviventi”, e *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 749 ss., con commento di COLELLA, M.: “Rapporti patrimoniali tra conviventi e uso dello strumento contrattuale”. Sull'impiego di contratti atipici volti alla regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i conviventi, anche nella fase patologica del legame, Trib. Savona, 24 giugno 2008, *Fam. dir.*, 2009, p. 389 ss., con commento di ASTIGGIANO, F.: “La possibilità di contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali tra i *partners* che compongono la famiglia di fatto”, e Trib. Palermo, 3 febbraio 2002, con massima consultabile sulla banca dati *pluris cedam*.

⁶¹ Per una ricostruzione delle diverse posizioni, BENNI DE SENA, A.: “Atti di destinazione patrimoniale *ex art. 2645 ter c.c.* e interessi familiari meritevoli di tutela”, *Fam. dir.*, 2015, p. 912 ss.

⁶² PERLINGIERI P. e FEDERICO, A.: *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Napoli, 2014, p. 689 s., ove si sottolinea la necessità di un'attenta verifica circa la congruità e giuridica necessità della destinazione del bene al raggiungimento del fine sotteso alla destinazione [più ampi

rischio di sovrapposizioni con i tradizionali istituti del codice civile, ben potendo, nel caso specifico, conseguire analoghi effetti con la costituzione di un diritto reale di usufrutto o di abitazione – appare di agevole configurazione soltanto ammettendo – come appare opportuno – l’impiego dell’art. 2645 *ter* c.c. (anche) ai rapporti familiari non fondati sul matrimonio, in ragione delle prospettive di tutela a presidio della disciplina e in considerazione della creazione di un patrimonio non oggetto di esecuzione e non aggredibile da parte dei creditori del disponente-proprietario per obbligazioni non riconducibili allo scopo che conforma la destinazione⁶³.

approfondimenti in FEDERICO, A.; “Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari”, *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 621 ss. e 632; cfr., inoltre, ID.: *L’arbitraria riconduzione nell’alveo dell’art. 2645 ter c.c. di schemi tipici e di operazioni atipiche estranee alla destinazione di beni*, in CALVO, R., e CIATTI, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 602 ss.]. Richiama l’attenzione sulla necessità di vagliare attentamente la meritevolezza di tutela dell’interesse – intesa non già quale sinonimo di liceità ma come ‘strumento di selezione di valori’ – al fine di evitare la disparità di trattamento derivante dall’applicazione della disciplina del fondo patrimoniale alla famiglia fondata sul matrimonio, rispetto all’applicazione dell’art. 2645 *ter* c.c. ai bisogni della famiglia di fatto, GABRIELLI, G.: “Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari”, *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 329 ss. Sottolinea il rischio che il ricorso all’art. 2645 *ter* c.c. determini la violazione di norme imperative, previste in materia di destinazioni patrimoniali tipiche, PERLINGIERI, G.: “Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c.”, *Foro nap.*, 2014, p. 83 ss. Sulle convergenze più significative e sui punti di frizione tra la disciplina del fondo patrimoniale e quella sancita dall’art. 2645 *ter* c.c., CIATTI, A.: *Dal fondo patrimoniale all’art. 2645 ter*, in CALVO, R., e CIATTI, A. (a cura di), *o.c.*, p. 115 ss. Sul tema cfr., inoltre, BULLO, L.: *Sub art. 2645 ter c.c.*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di Cian, Padova, 2009.

⁶³ Ammettono il ricorso allo strumento previsto dall’art. 2645 *ter* c.c. nell’ambito della convivenza *more uxorio* TRIMARCHI, G.A.M.: “Negozio di destinazione nell’ambito familiare e nella famiglia di fatto”, cit., p. 436, per il quale «non può aversi alcun ragionevole dubbio in ordine alla legittimità di vincoli di destinazione posti in essere da parte dei conviventi a carico di beni immobili o mobili registrati a beneficio dell’altro, o a beneficio dei figli»; OBERTO, G.: *I diritti dei conviventi: realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., pp. 84 ss. e 90 ss.; ID.: *Vincoli di destinazione e famiglia di fatto: Generalità. Differenze rispetto al fondo patrimoniale*, in CALVO, R., e CIATTI, A. (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 232 ss.; VECCHIO, G.: “Profili applicativi dell’art. 2645 *ter* in ambito familiare”, *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 795 ss.; QUADRI, R.: “L’art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione”, *Contr. impr.*, 2006, p. 1758, secondo il quale l’art. 2645 *ter* «potrebbe risultare uno strumento di opportuna apertura della destinazione patrimoniale a tutte quelle ipotesi escluse dalla disciplina del fondo patrimoniale, prime tra tutte la destinazione nell’interesse della c.d. famiglia di fatto»; FALLETTI, E.: *La famiglia di fatto: la disciplina dei rapporti patrimoniali tra i conviventi*, in OBERTO, G.: *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, Padova, 2011, p. 83 ss. Riconosce all’art. 2645 *ter* c.c. una possibile applicazione nell’ambito della famiglia di fatto, purché, come per la comunità familiare fondata sul matrimonio, «la destinazione atipica sia volta alla realizzazione di interessi riferibili non genericamente alla famiglia nel suo complesso ma ai singoli componenti della stessa nel loro rapporto con il gruppo familiare», TROIANO, S.: *Gli atti di destinazione*, in PATTI, S. e CUBEDDU, M.G. (a cura di): *Diritto della famiglia*, Milano, 2011, p. 354 (corsivo originale). Più in generale, sull’utilizzo dell’atto di destinazione nella crisi

Di là da tali ipotesi, nelle quali i conviventi definiscono l'assetto patrimoniale dei loro rapporti con l'ausilio di negozi funzionalmente orientati a tale scopo e che identificano il titolo qualificativo della detenzione, resta da chiarire cosa accada in assenza di tali pattuizioni.

In ragione della considerazione della convivenza non fondata sul matrimonio quale realtà familiare, giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 2 cost., appare coerente accedere alla prospettiva, segnata dalla più recente giurisprudenza⁶⁴, tesa ad individuare nel convivente, anche se senza figli, non già un ospite ma un soggetto che, nella partecipazione alla comunità di vita, materiale e spirituale, realizza un proprio interesse, sí da potersi avvalere, eventualmente, della tutela possessoria, ex art. 1168 c.c., in ipotesi di spoliazione violenta o clandestina. Il titolo giuridico di tale autonoma detenzione si rintraccia – secondo il citato orientamento – in un negozio giuridico di tipo familiare⁶⁵, nonché, accogliendo una prospettiva volta alla massima attuazione dei principi costituzionali, nel principio di solidarietà, il quale conforma i rapporti familiari sí da prevalere sul correlativo diritto di proprietà, al punto da comportare un suo temporaneo sacrificio. Tuttavia, proprio in attuazione di tale principio, è necessario vagliare attentamente la singola vicenda al fine di accertare se realmente il godimento dell'immobile rappresenti non un pretesto bensì una necessità per il convivente non titolare di diritti reali e momentaneamente in situazione di difficoltà. In quest'ottica, volta alla considerazione del godimento della casa familiare quale forma di collaborazione e di aiuto da parte del convivente proprietario o titolare di altro diritto reale di godimento, è auspicabile che entrambe le parti improntino i propri rapporti al rispetto reciproco e alla continua informazione⁶⁶, sí che il convivente senza titolo rappresenti, all'ex partner, la

familiare, CHIAPPETTA, G.: *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, Napoli, 2011, p. 174 ss. Con riferimento alla crisi della famiglia coniugale, PALAZZO, A.: "Crisi coniugale, atto di destinazione e trust", *Vita not.*, 2014, p. 975 ss.

⁶⁴ Cfr. § 3.

⁶⁵ Perplexità circa la configurabilità del rapporto affettivo quale titolo giustificativo della condetenzione sono manifestate da CICERO, C.: "*Legitimatío spolií del convivente more uxorio*", cit., spec. p. 948, secondo il quale tale prospettiva non è in grado di spiegare il relativo fondamento una volta cessata l'*affectio*. Il rischio che si paventa «è di creare un intreccio innaturale tra *ratio* della tutela possessoria e le esigenze, certamente legittime, di tutela del convivente». Per tale prospettiva cfr., inoltre, ID.: "Casa familiare e situazioni possessorie", in *questo volume*.

⁶⁶ Nella stessa direzione, prima ancora, LEPRE, A.: "Abitazione 'parafamiliare' e problemi possessori", cit., p. 248 ss. Diversa, invece, la prospettiva di GUZZARDI, G.: "Convivenza *more uxorio* e tutela possessoria dell'immobile adibito a casa familiare", cit., p. 1059, secondo il quale «la trasposizione *tout court* di tale obbligo [di buona fede] nell'ambito dei rapporti di convivenza (peraltro non contrattualizzati) appare una indebita forzatura volta a introdurre, sia pure per il tramite di canoni generali e astratti, proprio quell'intervento regolativo e quel

necessità di godere, eccezionalmente, dell'immobile, al fine di avere il tempo per reperire un alloggio idoneo alle sue esigenze abitative; al contempo, il convivente proprietario è tenuto a rendere manifesta la sua necessità di un uso esclusivo dell'immobile, valutando la possibilità di individuare, di comune accordo, un termine decorso il quale procedere alla richiesta di restituzione⁶⁷.

Affermata la rilettura dei rapporti familiari, costitutivi della famiglia di fatto, in funzione attuativa dei principi costituzionali, l'azione giudiziale dello strumento possessorio, *ex art. 1168 c.c.*, rappresenta una scelta percorribile là dove la conflittualità delle parti sia tale da non permettere una ragionevole composizione dei contrapposti interessi, sempre che risulti provata, nel corso del giudizio, la stabilità della convivenza.

VII. PROFILI SUCCESSORI. TUTELA POSSESSORIA CONTRO I CHIAMATI ALL'EREDITÀ DEL CONVIVENTE PREMORTO.

È necessario, da ultimo, definire le forme di tutela spettanti al convivente contro le richieste di abbandono della casa familiare provenienti dai chiamati all'eredità del *partner* premorto. Il tema è strettamente connesso a quello, di più ampia portata, concernente la possibilità di riconoscere, nell'ambito della famiglia non fondata sul matrimonio, diritti successori al convivente⁶⁸.

Non appare ultroneo ricordare che la Corte costituzionale⁶⁹ ha dichiarato

controllo dell'ordinamento rispetto al quale la coppia ha sostanzialmente manifestato il proprio disinteresse».

⁶⁷ Sul punto LEPRE A., *o.l.u.c.*

⁶⁸ Cfr. BONILINI, G.: "Il mantenimento *post mortem* del coniuge e del convivente *more uxorio*", *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 239 ss.; SESTA M. e ZANETTI G.F.: "La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto. L'opinione di Michele Sesta", *Famiglia*, 2004, p. 687 ss.; OBERTO, G.: "Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione", *Fam. dir.*, 2006, p. 661 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e in Europa*, cit., p. 120 ss.; COPPOLA, C.: "La successione del convivente *more uxorio*", *Famiglia*, 2003, p. 695 ss., nonché EAD.: *La successione del convivente more uxorio*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 907 ss.; MOSCATI, E.: *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in AA.VV., *I contratti di convivenza*, cit., p. 141 ss. e BARBA, V.: "Adempimento e liberalità nella successione del convivente", *Rass. dir. civ.*, 2015, spec. p. 20 ss., con particolare attenzione alla figura del legato in adempimento di doveri morali e sociali nascenti dalla convivenza quale strumento per realizzare un'attribuzione *mortis causa* a favore della convivente.

⁶⁹ Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, *Foro it.*, 1991, I, c. 446 ss., nonché in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 474 ss., con commento critico di SCALISI, A.: "Famiglia di fatto e diritti successori del convivente *more uxorio*".

non fondata la questione di legittimità costituzionale – sollevata per violazione degli artt. 2 e 3 cost. – degli artt. 565 e 582 c.c., nella parte ove non equiparano – ai fini della successione legittima – il convivente *more uxorio* al coniuge⁷⁰. Con la medesima pronuncia, inoltre, è stata dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, comma 2, c.c., là dove non riserva al convivente, anche se escluso dal novero dei successibili a titolo di erede, almeno il diritto di abitazione sulla casa adibita ad alloggio comune. Nel porre attenzione alle motivazioni esposte, la Consulta ha escluso – con riferimento alla prima questione – il contrasto con i principi costituzionali, precisando che, in assenza dei caratteri della certezza e della stabilità, nonché della reciprocità di diritti e doveri nascenti dal matrimonio, il convivente non può essere equiparato al coniuge né la convivenza di fatto può costituire titolo di vocazione legittima all'eredità, anche in considerazione del fatto che la creazione di obblighi tra i *partners* «contraddirebbe alla stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci»⁷¹. La seconda questione – riguardante la presunta incostituzionalità del mancato riconoscimento al convivente del diritto di abitazione della casa adibita a residenza familiare – è dichiarata inammissibile, in quanto la possibilità di configurare il diritto di abitazione quale oggetto di una vocazione a titolo particolare è strettamente dipendente, nel nostro ordinamento, dalla qualità di legittimario, la quale può essere estesa al convivente *more uxorio* soltanto in séguito ad una precisa scelta legislativa, tesa ad annoverare tale fattispecie nell'ambito della successione legittima⁷².

Non potendo riconoscere, per via interpretativa, diritti successori al convivente, non particolarmente frequenti si rivelano le fattispecie nelle quali l'autonomia privata (in particolare mediante il ricorso allo strumento del legato di usufrutto dell'immobile), con l'avallo delle Giurisdizioni superiori⁷³,

⁷⁰ Gli articoli 75 e 81, d.lgs 28 dicembre 2013, n. 154, hanno soppresso dal testo degli articoli, rispettivamente 565 c.c. e 582 c.c., i sintagmi «legittimi», «legittimo» o «naturali», che prima comparivano per definire la situazione dei figli nati nell'ambito del matrimonio oppure al di fuori di esso.

⁷¹ Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit.

⁷² Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit. Su tale decisione cfr. MOSCATI, E.: *Interventi occasionali della Corte costituzionale ed esclusione di un riconoscimento generalizzato di diritti successori del convivente*, in CALVO, R. e CIATTI, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 630 ss.

⁷³ Ci si riferisce alla pronuncia (Cass., 20 dicembre 2011, n. 27773, *Fam. dir.*, 2012, p. 125 ss., con commento adesivo di CALVO R.: "Il legato di usufrutto 'ambulatorio' pro convivente"), secondo la quale il legato avente per oggetto l'usufrutto vitalizio di un immobile a favore della convivente *more uxorio* può – se dalla interpretazione del negozio testamentario risulti l'intenzione di assecondare le esigenze abitative della beneficiaria e in assenza della revoca della disposizione di usufrutto – essere esteso ad un altro edificio di proprietà del testatore, se, dopo la redazione dell'atto *mortis causa*, il primo immobile viene

ha saputo fornire un ausilio conforme alle ragioni di solidarietà costituzionale, favorendo la c.d. «ambulatorietà»⁷⁴ del diritto di abitazione a tutela delle ragioni della convivente superstite, a prescindere dalla individuazione di un immobile specifico.

Né, infine, può considerarsi indice di un generale riconoscimento di diritti successori a favore del convivente la pronuncia della Consulta che ha consentito al supersite di subentrare automaticamente, quando vi sia prole naturale, nel rapporto locatizio: la sentenza, piuttosto che segnare un'equiparazione, sul piano giuridico, del convivente al coniuge, mira – come testualmente ammesso – ad evitare «la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza» e un nucleo familiare con figli⁷⁵.

Alla luce del vigente quadro normativo, che non consente al convivente *more uxorio* di vantare diritti successori relativi all'abitazione familiare, non può tacersi l'eventualità, sul piano possessorio, di un conflitto con i chiamati all'eredità del *partner* premorto: questi ultimi, infatti, vantando la tutela prevista dall'art. 460 c.c. – il quale consente loro di «esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari, senza bisogno di materiale apprensione» – potrebbero agire contro il convivente superstite al fine di ottenere la restituzione dell'immobile che costituiva luogo di abitazione della coppia.

In assenza di una compiuta sistemazione giuridico-normativa, si registrano, in giurisprudenza, significative aperture in favore della tutela possessoria del convivente, al punto da negare che il convivente superstite sia tenuto a risarcire i danni agli eredi del *de cuius* (convivente-proprietario) per aver continuato ad occupare l'appartamento dopo la sua morte⁷⁶. In maniera ancor più significativa, si individua nella convivenza *more uxorio* una situazione di «condivisione dei reciproci beni da parte dei conviventi», tale da rappresentare l'esistenza dell'*animus possidendi* del convivente affinché

venduto dallo stesso proprietario-disponente e il secondo alloggio è adibito a residenza familiare.

⁷⁴ L'espressione è utilizzata da CALVO R., *o.u.c.*, p. 128 ss.

⁷⁵ Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, *Rass. dir. civ.*, cit., p. 932 ss.; cfr, inoltre, *retro*, bibliografia citata in nota n. 19. Escludono che possano valere le motivazioni esposte in tale pronuncia, là dove la locazione riguardi una convivenza senza prole e che possa trattarsi in egual maniera la cessazione della convivenza con prole e quella senza prole, Corte cost., 11 giugno 2003, n. 204, *Foro it.*, 2003, I, c. 2222 ss., e Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 7, *Fam. dir.*, 2011, p. 982 ss., con commento di CILIBERTO, C.: "Successione nel contratto di locazione del convivente senza figli naturali".

⁷⁶ Trib. Milano, 18 gennaio 2003, consultabile sulla banca dati *dejure online*.

impedisca all'erede l'accesso nell'immobile già abitazione della coppia⁷⁷. L'orientamento delineato è confermato da una recente pronuncia della Corte di cassazione⁷⁸, la quale, dopo aver ribadito che il convivente esercita sulla casa che costituiva luogo di abitazione della coppia un potere di fatto equiparabile ad una detenzione qualificata, con fondamento in una convivenza, condivide l'orientamento secondo il quale la convivente *more uxorio* è legittimata ad esercitare l'azione di spoglio anche nei confronti dell'erede del proprietario che non era nel possesso dei beni del *de cuius* prima della sua morte.

Tale arresto giurisprudenziale appare conforme alla ricostruzione tracciata nelle pagine precedenti: individuato nella stabile convivenza *more uxorio* un fenomeno di importante rilievo sociale, tale da tradursi, sul piano giuridico, in un titolo fondante la detenzione qualificata del convivente sull'abitazione familiare, tutelabile in via possessoria sia contro l'altro convivente (proprietario o titolare di diritti reali o personali di godimento sull'immobile) sia contro il terzo, apparirebbe irragionevole equiparare il convivente, nei riguardi del chiamato all'eredità, ad un ospite privo di tutela contro lo spoglio da questi perpetrato⁷⁹.

Siffatto rilievo favorisce una riflessione di più ampia portata, che travalica i confini della situazione di convivenza *more uxorio* per incentrare l'attenzione sulla tutela esperibile nell'ambito di convivenze basate su legami affettivi tra persone appartenenti al medesimo nucleo familiare⁸⁰. Pur non potendo fornire risposte che prescindano da un'attenta analisi della serietà e stabilità della specifica convivenza, ragioni di eguaglianza sostanziale impongono di individuare nella solidarietà costituzionale il vincolo di coesione del nucleo familiare, sí da tracciare una differenza tra il rapporto di mera ospitalità e la posizione del familiare che, nell'appartenenza alla comunità spirituale e di vita che si manifesta nella casa di residenza, rinvia il soddisfacimento di un

⁷⁷ Pret. Venezia, 16 aprile 1996, *Giur. it.*, 1997, I, c. 330 ss., con commento critico di GARDANI CONTURSI-LISI, L.: "Chiamato all'eredità, convivente *more uxorio* ed azioni possessorie: un vecchio tema e...qualche novità di troppo". In tale direzione già Pret. Roma, 22 novembre 1975, cit., p. 1721 ss. Cfr., inoltre, Trib. Torino, 14 marzo 2002, *Giur. it.*, 2002, p. 1864 ss., con commento di BERGAMO, E.: "Cenni su una possibile estensione del 2° comma dell'art. 540 c.c. al convivente *more uxorio*", secondo il quale il convivente *more uxorio* del defunto comproprietario, per avere avuto il godimento in contitolarità dell'immobile con il defunto per oltre vent'anni, può usucapire il diritto di abitazione dell'intera casa nella quale avevano convissuto.

⁷⁸ Cass., 10 settembre 2014, n. 19423, *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 2052 ss.

⁷⁹ In favore della tutela possessoria del convivente (anche) contro l'erede, CARBONE, V.: "Possesso e detenzione nella famiglia di fatto", cit., p. 51 e SESTA, M.: "Comunione di vita", cit., p. 519.

⁸⁰ Sulla legittimazione all'esercizio dell'azione possessoria dei familiari (ad esempio suocera o figli) contro il capo famiglia: *infra* § II, testo e note.

proprio interesse, idoneo a giustificare la sua legittimazione all'esercizio della tutela possessoria, *ex* art. 1168 c.c., contro qualunque familiare convivente autore dello spoglio⁸¹.

ÍNDICE

⁸¹ Cfr. DE MARTINI, A.: "Legittimazione dei familiari del conduttore", cit., spec. c. 772 s. (corsivo originale), il quale si sofferma sull'atteggiarsi del vincolo di «necessità di convivenza» al fine di definire la posizione giuridica dei componenti del medesimo nucleo familiare per differenziarla dal rapporto di ospitalità. In particolare l'autore distingue la posizione di coloro i quali (ad es. coniuge e figli) fondano il diritto al godimento dell'alloggio su un credito al mantenimento oppure agli alimenti nei confronti del conduttore-capofamiglia da chi è legato al nucleo familiare da un rapporto di servizio o di cura nei riguardi di quest'ultimo, nonché, infine, da chi appartiene a quel nucleo familiare in virtù di un rapporto di convivenza radicato nel tempo. Pur condividendosi la prospettiva finalizzata a distinguere i legami familiari rispetto all'ospitalità e le posizioni dei singoli componenti del nucleo familiare, perplessità derivano dalla conclusione, la quale riconosce una situazione di detenzione autonoma soltanto ai familiari ricompresi nella prima categoria; gli altri rapporti, invece, per la loro rilevanza meramente di fatto e per l'assenza di «diritti» di godimento dell'alloggio, rientrerebbero tra le fattispecie di detenzione non autonoma.

CASA FAMILIARE E TRASCRIZIONE
FAMILY HOME AND TRANSCRIPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 461 - 476

Fecha entrega: 03/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dr. GIAMPAOLO FREZZA
Ordinario in Diritto civile
Lumsa (Libera Università Maria Ss. Assunta), sede di Palermo
frezza@lumsa.it

RESUMEN: Il saggio si occupa dell'analisi dei problemi afferenti alla trascrizione del provvedimento assegnativo della casa familiare, così provvisorio come definitivo.

Particolare attenzione è rivolta alla questione avente ad oggetto la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione, tenuto conto dell'assenza di una precisa disposizione in tal senso. Eppure, la necessità della trascrizione di tale domanda è fondamentale in funzione cautelare, conservativa, provvisoria e prenotativa rispetto all'opponibilità ai terzi conseguente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione.

Infine, l'analisi intende trattare i problemi relativi alla trascrizione del diritto abitativo sorto a seguito del procedimento di negoziazione assistita fra più avvocati, in tema di separazione e divorzio.

PALABRAS CLAVE: trascrizione, casa familiare, domanda giudiziale, negoziazione assistita.

ABSTRACT: The paper examines the problem of transcription of the Family home in Italy, for the purpose of opposition, of the final, preliminary and urgent assignment ruling and the assignment proceedings, identifying technical and legal solutions in this regard aimed at stabilising housing rights. Finally, the paper examines the problems of the transcription and negotiation in legal separation and divorce.

KEY WORDS: transcription, family house, negotiation, legal separation, divorce.

SOMMARIO: I. PREMESA: INDIVIDUAZIONE DELLA NORMATIVA DI RIFERIMENTO.- II TRASCRIZIONE DEL PROVVEDIMENTO ASSEGNATIVO.- III TRASCRIVIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE DI ASSEGNAZIONE.- IV NEGOZIAZIONE ASSISTITA E TRASCRIZIONE DELLA CASA.

I. PREMESA: INDIVIDUAZIONE DELLA NORMATIVA DI RIFERIMENTO.

Nell'affrontare i rapporti fra trascrizione e casa familiare occorre, in linea di primo approccio, individuare la normativa di riferimento¹.

L'art. 106, comma 1, lett. *a*) del D. Lgs. n. 154 del 2013, infatti, prevede l'abrogazione dell'art. 155 *quater* cod. civ., il cui dispositivo è stato integralmente riprodotto nell'ambito dell'art. 337 *sexies*, comma 1, cod. civ., mentre l'art. 98, comma 1, lett. *b*) del decreto stesso non abroga l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, disposizione, quest'ultima, che contiene le norme sull'assegnazione della casa familiare nel divorzio.

Si badi, però, che l'art. 337 *sexies* cod. civ., qui in commento, si applica, in forza dell'art. 337 *bis* cod. civ., ai casi di “separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”.

Il metodo utilizzato, dunque, è lo stesso che ha caratterizzato la recente introduzione, in seno al codice civile, delle disposizioni sull'affidamento condiviso (oggi abrogate *ex* art. 106, comma 1, lett. *a*) del D. Lgs. n. 154 del 2013): è noto, infatti, che l'art. 4, comma 2, della L.n. 54 del 2006 prevedeva l'applicazione dell'art. 155 *quater* cod. civ. (oggi abrogato) anche al divorzio.

Da qui, il delinarsi della prima essenziale questione, relativa ai rapporti tra previgente e novellata normativa. Oggi (come allora) si tratta di indagare cosa intende il D. Lgs. n. 154 del 2013 là dove afferma, con specifico riferimento alla nostra indagine, che le norme sull'assegnazione della casa si “applicano” anche all'assegnazione nel divorzio, tenuto conto che, in solo quest'ultimo caso, a differenza degli altri indicati dall'art. 337 *bis* cod. civ., esiste già una disciplina tipica, non abrogata espressamente: quella appunto di cui all'art. 6,

¹ Sulla nozione di casa familiare fra ordinamento italiano e quello spagnolo, CARAPEZZA FIGLIA, G., VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana”, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267 ss.

comma 6, L.n. 898 del 1970.

Occorre, in particolare, approfondire se sia necessario operare l'integrale applicazione della nuova disciplina, con conseguente abrogazione tacita di quella preesistente, ovvero "se debba essere compiuto un lavoro di elaborazione sistematica del complesso normativo che ne deriva, utilizzando il criterio della compatibilità"².

Con riguardo all'art. 4, comma 2, L.n. 54 del 2006 si sono contesi il campo due orientamenti³ ed è facile prevedere che le medesime soluzioni verranno oggi riproposte a commento dell'art. 337 *bis* cod. civ. Da un lato, la c.d. la tesi abrogazionista, la quale si articolava in due orientamenti: vi era chi propendeva per l'integrale abrogazione della disciplina preesistente (ed in particolare di quella divorzile)⁴ e chi ne ipotizzava un'abrogazione tacita, per "incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti"⁵. Di contrario avviso si manifestava altra parte della dottrina⁶, secondo la quale le disposizioni oggetto del rinvio non solo sopravvivono alla nuova legge, ma con essa dovevano coordinarsi: si trattava, in buona sostanza, dell'estensione di una disciplina ad un'altra.

Quest'ultima è l'impostazione che, allora come oggi, a noi sembra preferibile, onde le considerazioni che seguono avranno ad oggetto l'analisi del coordinamento, a livello interpretativo, fra il nuovo art. 337 *sexies* cod. civ. e l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970.

II. TRASCRIZIONE DEL PROVVEDIMENTO ASSEGNATIVO.

Ci occuperemo ora delle disposizioni sulla trascrizione del provvedimento assegnativo, sia provvisorio (si pensi all'ordinanza data dal Presidente del Tribunale in seno ai provvedimenti urgenti⁷) che definitivo.

² GIACOBBE, G.: "Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio", in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 707.

³ GIACOBBE, G., P. VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, R., 3, *Le persone e la famiglia*, Utet, Torino, 2011, p. 113 ss.

⁴ ZANETTI VITALI, E.: *La separazione personale dei coniugi*, (Artt. 155-155-*sexies* cod. civ., artt. 708-709-*ter* c.p.c., artt. 3-4 l. 8 febbraio 2006 n. 54), in *Il codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, P., diretto da BUSNELLI, F.D., Giuffrè, Milano, 2006, p. 58.

⁵ NAPOLITANO, L.: *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 234.

⁶ QUADRI, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare": la recente riforma, in *Famiglia*, 2006, p. 395 ss.

⁷ La necessità della trascrizione del provvedimento dato dal Presidente del Tribunale avente ad oggetto l'assegnazione è ribadita da Cass., 18 settembre 2009, n. 20144, in *Nuova giur. civ.*

Secondo l'art. 337 *sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ. "il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2643 cod. civ."

La disposizione merita una precisazione. L'art. 2643 cod. civ. contiene, infatti, un'elencazione tassativa di atti soggetti a trascrizione, mentre il successivo art. 2644 cod. civ. prevede, com'è noto, gli effetti riconducibili a tale formalità. Ciò significa che, stando al tenore letterale della norma, il provvedimento assegnativo deve, oggi, trascriversi *ex art. 337 sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ. — ed in ciò si fa salvo il principio della tipicità degli atti soggetti a trascrizione — con opponibilità ai terzi non già ai sensi dell'art. 2643 cod. civ., ma *ex art. 2644 cod. civ.*, così presupponendosi la qualificazione del diritto che sorge in capo al destinatario del provvedimento quale situazione reale.

Tale interpretazione, però, è, a nostro avviso, sospetta di incostituzionalità, se coordinata con l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, il quale prevede che l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile ai terzi, ai sensi dell'art. 1599 cod. civ., e, dunque, rinvia ad un regime speciale di trascrizione ai fini dell'opponibilità, ovvero quello della locazione.

È forse utile ricordare, a tal proposito, che il richiamo all'art. 1599 cod. civ. sottintende la qualificazione della situazione che sorge in capo al destinatario del provvedimento assegnativo quale diritto personale di godimento⁸. All'opposto, se si sottolinea l'inciso, contenuto nell'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, "in quanto trascritta", si deve, coerentemente, subordinare l'opponibilità ai terzi alla regola della trascrizione in assoluto, come se tale diritto abitativo fosse reale⁹.

La questione appena descritta non è stata risolta neppure dall'intervento della

comm., 2010, I, p. 390 ss. Vedi, inoltre, Cass., 3 marzo 2006, n. 4119, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1097.

⁸ Da ultimo, VIRGADAMO, P: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 1598 ss., ove ulteriori indicazioni di dottrina.

⁹ GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 131. Sulla natura reale del diritto, BIANCA, C.M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 222, secondo il quale il problema della natura del diritto di abitazione del coniuge separato o divorziato non può essere risolto secondo una qualificazione univoca. Si tratta di un diritto reale qualora la casa sia di proprietà del coniuge non assegnatario; di un diritto personale nella ipotesi di casa in locazione.

Corte Costituzionale¹⁰, la quale, con sentenza interpretativa additiva, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'allora vigente art. 155, comma 4, cod. civ., per contrasto con gli artt. 3, 29 e 31 Cost., nella parte in cui non prevedeva un meccanismo di opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione nell'ipotesi di separazione¹¹. In quella sentenza, la Corte ha omesso, nel dispositivo e nella motivazione, il richiamo all'art. 1599 cod. civ., per l'ipotesi dell'opponibilità nella separazione. Per ovviare all'errore, la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta con l'ordinanza n. 20 del 1990 (trattasi di un'ordinanza di "manifesta inammissibilità" della questione di legittimità costituzionale), affermando che "appare chiaro (...) come l'onere di trascrivere il provvedimento d'assegnazione nel caso di separazione, in analogia con la normativa vigente in tema di scioglimento del matrimonio, riguardi, ex art. 1599 cod. civ., la sola assegnazione ultranovenne, ferma restando l'opponibilità del provvedimento in tutte le altre ipotesi"¹². Poiché, però, un'ordinanza non può integrare sul piano del dispositivo una precedente sentenza interpretativa additiva, ne derivava un regime di trascrizione del provvedimento in analisi fortemente differenziato: per la separazione era vincolante la sentenza interpretativa additiva, che non richiamava l'art. 1599 cod. civ., per il divorzio, invece, non poteva non applicarsi l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, ove, invece, il riferimento all'art. 1599 cod. civ. era (ed è) testuale.

Sulla questione sono successivamente intervenute le Sezioni Unite, le quali, molto opportunamente, si sono informate ad un regime unico ed unitario di trascrizione del provvedimento assegnativo, affermando che quest'ultimo, "avente per definizione data certa, è opponibile al terzo acquirente dell'immobile in data successiva, pur se il provvedimento *de quo* non sia stato trascritto, per il novennio decorrente dall'assegnazione ed anche dopo il novennio ove il titolo sia stato trascritto in precedenza"¹³, ed è questo l'orientamento ribadito dalla più recente giurisprudenza¹⁴.

Il nuovo art. 337 *sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ., però, è destinato a riaprire il dibattito, potendosi, oggi, ipotizzare due diversi regimi: quello della

¹⁰ Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 125 ss., con nota di GIACOBBE, E. "L'assegnazione della casa coniugale tra separazione e divorzio".

¹¹ L'adesione da parte della Corte Costituzionale alla c.d. *ratio* restrittiva ha lasciato aperta la questione dell'opponibilità dell'assegnazione disposta a favore del non affidatario; Trib. Verona, 13 marzo 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1, p. 386, nel senso della intrascrivibilità; Cass., 17 marzo 1989, n. 1315, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 558.

¹² Pubblicata in *Giur. cost.*, 1990, p. 54.

¹³ Cass., sez. un., 26 luglio 2002 n. 11096, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 688 ss., a cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva.

¹⁴ VIRGADAMO, P.: *o.c.*, p. 1598, per le indicazioni.

trascrizione in assoluto, introdotto dalla norma da ultimo citata e applicabile ai casi di assegnazione nella separazione, nella nullità, nell'annullamento del matrimonio e nei procedimenti aventi ad oggetto i figli i cui genitori non sono coniugati (art. 337 *bis* cod. civ.) e quello speciale delle locazioni per il solo caso del divorzio (art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970).

Per superare tale *impasse*, occorre affermare, a nostro avviso, che il nuovo art. 337 *sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ., intende l'art. 2643 cod. civ. come norma di rinvio e ciò allo scopo di individuare, in seno all'elenco tassativo ivi indicato, l'atto a cui riferirsi ai fini della trascrizione del provvedimento in esame. Tale atto, coerentemente con quanto previsto nell'ambito della legge divorzile, non può che essere quello di cui al n. 8: ne consegue che il provvedimento assegnativo è da ricomprendere, a pieno titolo, nell'ambito della previsione di cui all'art. 2643 n. 14 cod. civ., interpretato in rapporto al n. 8, che si coordina, a sua volta, con l'art. 1599 cod. civ.

L'assegnazione è, in sintesi, ancora oggi assimilabile *quoad effectum*, cioè ai soli fini circolatori, alla locazione ed il diritto che sorge in capo al destinatario del provvedimento è qualificabile quale situazione personale di godimento.

III. TRASCRIVIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE DI ASSEGNAZIONE.

Altro problema nei confronti del quale il D. Lgs. n. 154 del 2013 tace, e sul quale si attendeva, invece, una norma tipica, è quello avente ad oggetto la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare in caso di separazione, di divorzio, di annullamento e di nullità del matrimonio e, infine, nei procedimenti riguardanti i figli nati al di fuori del matrimonio.

In assenza di una disposizione tipica, la giurisprudenza propone oggi un'interpretazione sistematica in “forza dei principi desumibili dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ.” e ciò allo scopo di colmare “una lacuna dell'ordinamento, in totale contrasto con le esigenze di tutela del coniuge assegnatario”¹⁵.

La dottrina che aderisce a tale orientamento afferma che il legislatore “nell'istituire la trascrizione dell'assegnazione della casa familiare, abbia automaticamente integrato le previsioni di cui all'art. 2643 (*Atti soggetti a*

¹⁵ Trib. Venezia, 20 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 262; Trib. Milano, 26 aprile 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 699. Aderiscono all'orientamento, Trib. Ascoli Piceno, 17 ottobre 2002, in *Rep. Foro it.*, 2004, v. *Trascrizione*, n. 29; Trib. Genova, 3 maggio 2001, in www.affidamentocondiviso.it.

trascrizione)” e abbia allo stesso modo integrato “la norma di cui all’art. 2652 (*Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione*) o, quantomeno, di cui all’art. 2653 (*Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti*) cod. civ.”¹⁶.

Quello proposto è, però, definito da autorevole dottrina un “non-argomento”¹⁷. L’interpretazione sistematica contrasta con il principio della certezza della trascrizione¹⁸, e, per quanto qui ci occupa, con quello della tipicità delle domande giudiziali trascrivibili¹⁹. Appare, allora, discutibile affermare che la tipicità degli artt. 2652 e 2653 cod. civ. debba rapportarsi o collegarsi a quella di cui all’art. 2643 cod. civ. L’impressione che si ricava dalla lettura della citata giurisprudenza di merito è quella, invece, di una corrispondenza necessaria fra gli atti soggetti a trascrizione e la trascrizione delle domande giudiziali. Corrispondenza che, per essere tale, dovrebbe essere tipica, cioè stabilita dal legislatore. Così, in realtà, non è: la tipicità è, infatti, quella di cui all’art. 2643 e ss. cod. civ., per gli atti, e, autonomamente, quella di cui agli artt. 2652 e 2653 cod. civ., per le domande giudiziali.

Occorre, allora, individuare a quale delle ipotesi di cui all’art. 2652 cod. civ. ci si può riferire per individuare il meccanismo sotteso alla trascrizione della domanda di assegnazione²⁰. Un recente e condivisibile orientamento, ribadendo che “la trascrizione delle domande giudiziali assolve a funzioni diverse, tra di loro del tutto eterogenee”, afferma che, in astratto, “solo la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre o della domanda diretta ad ottenere l’accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private in cui è contenuto un atto soggetto a trascrizione o iscrizione, di cui all’art. 2652, nn. 2 e 3, cod. civ.” sia “strumentale ad anticipare gli effetti, di cui all’art. 2644 cod. civ., della trascrizione degli atti di cui all’art. 2643 cod. civ.”, norma nella quale viene fatta rientrare anche l’assegnazione²¹. I due casi, però, sono “alquanto peculiari e non certo suscettibili di una interpretazione estensiva alla domanda di assegnazione della casa coniugale, proposta nel corso del procedimento di separazione o divorzio, ma, al massimo, di una alquanto

¹⁶ FRACCON, A.: “Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare”, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 670.

¹⁷ L’espressione è di GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 742 ss.

¹⁸ Corte cost., 6 aprile 1995, n. 115, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁹ Cass., 30 agosto 2004, n. 17391, in *Foro it.*, 2005, I, p. 411.

²⁰ Si esclude dalla nostra indagine l’analisi dell’art. 2653 cod. civ., ove la trascrizione delle domande e degli atti ivi tipizzati è alquanto eterogenea e ciò non consente alcun parallelismo, neppure quello operante su un piano meramente descrittivo, con la fattispecie oggetto dell’indagine di cui qui al testo.

²¹ Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 737.

problematica applicazione in via analogica al caso in esame, che, tuttavia, non risulta compatibile con il principio di tipicità della trascrizione delle domande giudiziali”. Onde, in sintesi, la intrascrivibilità della relativa domanda.

Per superare tale *impasse*, due sono le soluzioni proposte. Autorevole dottrina riprende l’argomento avente ad oggetto l’interpretazione estensiva dell’art. 2652 n. 2 cod. civ. in punto di diritti potestativi, su cui si è sopra argomentato, per affermare che, poiché ogni sentenza costitutiva dovrebbe rientrare nell’ambito di applicabilità di tale disposizione, sarebbe irrazionale escludere la trascrizione della domanda di assegnazione dell’abitazione che tende ad una sentenza, appunto, costitutiva²².

In senso contrario, altrettanto autorevole dottrina ha osservato che “il provvedimento di assegnazione ha (...) un’evidente rilevanza circolatoria ai fini di cui all’art. 2644 cod. civ., sicché si è del tutto al di fuori dell’ipotesi di diritto potestativo seguito da sentenza, come nel caso della servitù coattiva. Ne consegue che la domanda potrà essere trascritta solo se rientrante a pieno titolo nella previsione dell’art. 2652 n. 2 cod. civ., se, cioè, si ipotizza un obbligo a contrarre²³. Tale sarebbe l’obbligo dei genitori di procurare un tetto ai loro figli, nella fase patologica del *menàge* familiare, “onde il genitore proprietario che non conviverà con i figli, pur se l’affidamento sarà condiviso, è obbligato per legge a garantire tale continuità, mediante, innanzi tutto, la stipula di un atto di godimento, legato, temporalmente, all’autosufficienza economica dei figli stessi”; atto condizionato sospensivamente, e con esplicita menzione della condizione, al provvedimento di assegnazione e “la cui natura è quella sessa del c.d. definitivo, in punto di *titulus-modus* e di possibile struttura unilaterale”²⁴.

Presupposto del ragionamento riferito è l’autonoma trascrivibilità di tale contratto atipico di godimento attuativo dell’obbligo (legale) di mantenimento diretto dei figli, la cui causa deve rinvenirsi nella separazione dei coniugi. Trascrivibilità che non può oggi negarsi alla luce della introduzione dell’art. 337 *sexies*, comma 1, cod. civ. L’orientamento descritto non merita di essere condiviso perché la fattispecie legale costitutiva di tale (presunto) obbligo è non solo quella di cui all’art. 337 *sexies*, comma 1, cod. civ., ma anche quella rilevante *ex art. 337 ter*, comma 2, cod. civ. Quest’ultima

²² GABRIELLI, G.: “Pubblicità dei diritti di abitazione, reali e personali, nei registri immobiliari del codice civile e nei libri fondiari”, in *Vita not.*, 2003, p. 583.

²³ GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre”, in *La trascrizione delle domande giudiziali, Trattato della trascrizione*, diretto da GABRIELLI, E., GAZZONI, F., II, Utet, Torino, 2014, p. 113.

²⁴ GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre”, cit., p. 114.

norma prevede il coordinamento, in merito alle condizioni di affidamento — e, dunque, anche riguardo all’assegnazione della casa — tra l’accordo dei coniugi e l’intervento del giudice, intervento che, però, non si situa sul piano degli effetti, come vorrebbe la teoria in esame allorché parla di condizione, ma su quello della fattispecie. L’art. art. 337 *ter*, comma 2, cod. civ., nella parte che qui ci occupa deve, infatti, coordinarsi con gli artt. 147, 148, 158, comma 2, cod. civ., 6, comma 2, L.n. 898 del 1970 e 30 Cost.

Da tale coordinamento risulta ineliminabile il sindacato del giudice su tali accordi quale coelemento perfezionativo della fattispecie. A nulla vale ribadire, in senso contrario, che “anche l’omologazione degli accordi di separazione opera alla stregua di una *condicio iuris* esterna”²⁵, perché in tal modo si porrebbero sullo stesso piano l’omologazione del giudice nella separazione consensuale e la sentenza costitutiva data in sede di separazione giudiziale, equiparazione che non può giustificarsi attesa la loro differenza tanto strutturale quanto funzionale. Tale equiparazione, allora, se può operare su un piano meramente descrittivo, non risolve alla radice, a nostro avviso, la critica che deve rivolgersi all’orientamento in esame, il quale, seppur autorevole, snatura la fattispecie sostanziale di riferimento per adattarla alle necessità della trascrizione della domanda di assegnazione.

Se quanto argomentato porta ad escludere la trascrivibilità della domanda di assegnazione della casa, l’unica via che residua è quella di sollevare una questione di costituzionalità, la quale dovrebbe essere risolta, non già con un’interpretazione “costituzionalmente orientata”, ma con sentenza interpretativa additiva da parte della Corte Costituzionale. Il tentativo di sollevare la questione, per la verità, è stato esperito per ben due volte, con esiti, tuttavia, negativi.

In una prima decisione²⁶, la Corte ha, infatti, ritenuto “manifestamente inammissibile la questione di legittimità degli art. 2652 e 2653 cod. civ., censurati, in riferimento agli art. 3, 24, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui non prevedono la trascrivibilità nei registri immobiliari della domanda giudiziale di assegnazione del diritto di abitazione nella casa familiare, proposta con il ricorso per separazione giudiziale nel quale si domandi l’affidamento dei figli minori, al fine di rendere il provvedimento opponibile ai terzi che abbiano acquistato sull’immobile diritti dopo la proposizione della domanda”. A sostegno di tale decisione, la Corte ha argomentato che nell’ordinanza di rimessione non si precisava se la domanda di assegnazione

²⁵ GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre”, cit., p. 116.

²⁶ Corte cost., 27 febbraio 2007, n. 142, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2.

della casa fosse stata o meno accolta, e tale omissione incideva sulla rilevanza della questione, poiché l'eventuale accoglimento della domanda di assegnazione avrebbe reso priva di contenuto la richiesta di trascrizione della domanda stessa, in quanto il richiedente avrebbe potuto trascrivere proprio il provvedimento assegnativo.

Nella seconda²⁷, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile, “per difetto di legittimazione del giudice rimettente”, questione di legittimità costituzionale degli art. 155 *quater*, 2652 e 2653 cod. civ., sollevata in riferimento agli art. 3, 24, 29, 30 e 31, Cost., nella parte in cui tali norme non contemplano la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare contenuta in un ricorso per separazione giudiziale, perché “le questioni incidentali di legittimità costituzionale, infatti, possono essere sollevate dal giudice esclusivamente nel corso di un procedimento avente carattere giurisdizionale, mentre nella specie la questione è stata sollevata nel corso del procedimento (di cui agli art. 2674 *bis* cod. civ. e 113 *ter* disp. att. cod. civ.) originato dal ‘reclamo’ proposto al Tribunale, a seguito della trascrizione con riserva, per conservare gli effetti della formalità, procedimento di natura amministrativa, che non comporta esplicazione di attività giurisdizionale e il cui provvedimento conclusivo non è idoneo a passare in giudicato”.

In entrambi i casi, allora, sembra che la Corte non sia voluta entrare nel merito delle questioni, trincerandosi dietro argomentazioni definite “pretestuose”, onde si discute in dottrina se possa residuare la strada del sequestro giudiziale o conservativo dell'immobile, soluzione esclusa, però, dalla giurisprudenza di merito²⁸. Può allora, capitare, a livello pratico, che dopo la data del deposito del ricorso per separazione personale (contenente la richiesta di assegnazione) e prima della pronuncia dell'ordinanza del Presidente del Tribunale, il coniuge proprietario dell'immobile possa “essere in procinto di alienare”, con danno irreparabile per la prole.

Per scongiurare tale ipotesi, la giurisprudenza ritiene ammissibile, con argomentazione quanto mai fantasiosa, la richiesta di un provvedimento cautelare di urgenza *ex* art. 700 c.pc. di assegnazione, e ciò in attuazione del principio generale di diritto interno di agire prontamente a tutela della posizione dei minori, introdotto in Italia dall'art. 7 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, ratificata con L.n. 77 del 2003²⁹.

²⁷ Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 47, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 574 ss.

²⁸ Da ultimo, Trib. Salerno, 8 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 169.

²⁹ Trib. Padova, ord. 29 luglio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 169 ss.

IV. NEGOZIAZIONE ASSISTITA E TRASCRIZIONE DELLA CASA.

L'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014 disciplina la convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le “soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio”.

Dal punto di vista del sistema della trascrizione, il contenuto di tale accordo di negoziazione può riguardare la costituzione di un diritto abitativo a favore dei figli oppure la costituzione o il trasferimento di diritti immobiliari nei rapporti fra coniugi.

Situazioni, quelle appena accennate, che meritano di essere trattate separatamente.

a) L'accordo di negoziazione può, innanzitutto, avere ad oggetto la costituzione di un diritto personale di godimento allo scopo di garantire ai figli (minorenni, maggiorenni non autosufficienti e portatori di *handicap*) la conservazione dell'*habitat* domestico, onde la necessità di individuare, nel silenzio del legislatore, se tale atto sia trascrivibile. La questione può essere correttamente inquadrata distinguendo i profili sostanziali da quelli formali della vicenda che qui ci occupa.

Dal primo punto di vista, non si ravvisano, a nostro avviso, diversità tra la condizione di assegnatario a seguito di divorzio o di separazione giudiziale e quella che sorge in capo al titolare del diritto abitativo determinato a seguito di un accordo di negoziazione assistita da un avvocato. La situazione giuridica che nasce, in entrambi i casi, è quella di un diritto personale di godimento sorto a tutela del diritto abitativo a favore dei figli, ma è necessario individuare la disposizione da scomodare ai fini della trascrizione perché, di per sé, un diritto personale di godimento non è trascrivibile ai fini dell'opponibilità.

La norma di riferimento è, secondo il nostro punto di vista, l'art. 337 *sexies* cod. civ. Potrebbe argomentarsi, in senso contrario, che tale disposizione, presupponendo l'intervento del giudice, sarebbe inapplicabile al caso di specie, ma deve ritenersi che la trascrizione non può essere negata sol perché nel caso di negoziazione assistita non è in atto una lite giudiziale, tanto più che la tutela dei figli alla conservazione dell'*habitat* domestico è identica in tutte le ipotesi qui esaminate. L'accordo di negoziazione, in sintesi, avrà ad oggetto lo stesso diritto personale di abitazione di cui all'art. 337 *sexies* cod. civ. solo se il destinatario del provvedimento assegnativo sia anche affidatario dei figli minorenni o portatori di *handicap* o maggiorenni non autosufficienti.

Se si passa dalla sostanza alla forma, ci si può chiedere se l'accordo di negoziazione costituisca titolo idoneo alla trascrizione *ex art. 2657 cod. civ.*, problema questo che non nasce in caso di divorzio o di separazione giudiziale, là dove il titolo è costituito dalla sentenza o dall'ordinanza del giudice della separazione. Per rispondere al problema posto, devono distinguersi due fattispecie, entrambe desumibili dall'art. 6, comma 2, d.l. n. 132 del 2014.

Analizziamo la prima: l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, il quale, quando ritiene che esso risponda all'interesse dei figli, lo autorizza. Poiché tale autorizzazione non conferisce certamente natura di sentenza all'atto in esame, mutuando i risultati raggiunti nel paragrafo che precede, deve ritenersi operante, anche in questa ipotesi, l'art. 5, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, onde la necessità di far accertare al notaio la sottoscrizione del processo verbale di accordo, ai fini trascrittivi.

Veniamo ora all'analisi della seconda fattispecie. Se l'accordo di negoziazione non risponde all'interesse dei figli, il Procuratore della Repubblica lo trasmette entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale, il quale, fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. È stato giustamente sottolineato in dottrina che “non è chiaro né per quale motivo sia stato previsto che, nelle ipotesi di accordi con figli che non risultino rispondenti all'interesse di questi, il P.m. trasmetta gli atti al solo Presidente del Tribunale, né cosa avvenga realmente dopo la comparizione delle parti (da disporsi ottativamente entro il termine di trenta giorni, che pure è all'evidenza termine solo ordinatorio)”³⁰.

Si ipotizzano due soluzioni: “la formula per la quale il Presidente «provvede senza ritardo» potrebbe infatti in astratto alludere a una sorta di trasformazione del rito in consensuale o congiunto, ovvero, come sembra più verosimile, a un intervento del presidente meramente autorizzativo e sostitutivo del nulla osta negato «a monte» dal P.m. Se fosse vero il primo corno dell'alternativa, avremmo ricreato un «pasticciato» modello processuale (con partenza con i soli avvocati, passaggio al P.m., quindi al Presidente e, infine, conclusione mediante omologa della separazione consensuale/sentenza del Tribunale di divorzio su conclusioni conformi)”³¹.

³⁰ DANОВИ, F.: “I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti”, in *Fam. dir.*, 2014, p. 1141 ss.

³¹ DANОВИ, F.: *o.l.c.u.c.*

A ciò si aggiunga che, in questo caso, l'accordo di negoziazione dovrebbe tener luogo della domanda giudiziale, così come esso, in altri casi, può tener luogo della sentenza. È evidente, però, che lo stesso atto, cioè l'accordo, non può svolgere talvolta la funzione propria di una domanda giudiziale e, in altri casi, quella della sentenza!

Se questa soluzione si considerasse esatta, dal punto di vista del sistema della trascrizione, l'atto da sottoporre a pubblicità sarebbe, all'evidenza, l'ordinanza data dal Presidente del Tribunale in seno ai provvedimenti urgenti.

Se, invece, fosse esatta la seconda soluzione sopra prospettata³², si creerebbe “nel sistema un *quintum genus* di separazione o divorzio su accordo: tradizionale — *id est* separazione consensuale *ex art.* 711 c.p.c. o divorzio su ricorso congiunto *ex art.* 4, comma 16, l. div. —, con accordo avanti al Sindaco di cui all'art. 12 l. n. 162/2014 (...), nonché, nell'art. 6 sempre della riforma in commento, con negoziazione assistita senza figli, con negoziazione assistita con figli, e per quest'ultima, con trasmissione degli atti al presidente del tribunale. Il che pare comunque francamente troppo”³³.

A prescindere, per quanto è qui utile, dall'approfondimento di tale aspetto della questione, deve ritenersi che l'atto da sottoporre a trascrizione, *ex art.* 2657 cod. civ., dovrà essere, ancora una volta, l'ordinanza del Presidente del Tribunale.

b) In mancanza di figli minorenni, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap*, ovvero di figli pur maggiorenni ma non economicamente autosufficienti, l'accordo di negoziazione potrà avere ad oggetto, da un lato, il trasferimento di diritti reali immobiliari nei rapporti fra coniugi, e, dall'altro, la costituzione di un diritto reale o personale di godimento sull'abitazione a favore di chi non è proprietario, onde la necessità di prevedere se, nel silenzio del legislatore, sia possibile individuare un meccanismo trascrittivo ai fini dell'opponibilità del relativo diritto.

³² È la posizione di autorevole dottrina: LUISO, F.S. : “Le disposizioni in materia di separazione e divorzio”, LUISO, F.S. (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 39, secondo il quale, in tal caso “l'udienza fissata dal Presidente del Tribunale equivale a quella presidenziale, nei casi in cui la separazione o il divorzio siano richieste al Tribunale. Viene così aperto *ex officio* un processo che ha come oggetto principale la separazione o il divorzio e come oggetto accessorio le disposizione relative ai figli. Essendovi accordo fra i coniugi, si seguirà il rito della separazione consensuale o del divorzio su domanda congiunta. Da questo momento in poi, si applicano le norme ordinarie”.

³³ DANOVI, F.: *o.l.n.c.*

Il problema è molto ampio ed involge l'analisi dell'ammissibilità dei trasferimenti immobiliari, nei rapporti fra coniugi, in occasione della separazione e del divorzio. Non essendo utile qui sintetizzare l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto³⁴, devono solo individuarsi i problemi connessi con la trascrizione di tali atti, posti in essere, ovviamente, in seno al procedimento di negoziazione assistita.

Anche in questo caso è necessario distinguere i profili sostanziali da quelli formali riconducibili a tali fattispecie.

Con riguardo al primo aspetto, i trasferimenti immobiliari possono avere ad oggetto una delle ipotesi tipiche di cui all'art. 2643 e ss. cod. civ., comprese quelle di cui agli artt. 2645 *bis* e *ter* cod. civ., onde a quelle norme occorrerà riferirsi ai fini dell'adempimento della formalità trascrittiva. Se, ad esempio, con tale accordo si costituisse a favore di un coniuge (o ex coniuge) un diritto reale abitativo, quello di cui all'art. 1022 cod. civ., la norma sulla trascrizione sarà, all'evidenza, l'art. 2643 n. 4 cod. civ.

Riguardo ai profili formali, sorge, ancora una volta, il problema di individuare, *ex art.* 2657 cod. civ., quale sia l'atto da presentare al Conservatore, non essendo l'accordo di negoziazione un atto pubblico, né una scrittura privata accertata giudizialmente o con sottoscrizione autentica, né, tantomeno, una sentenza.

La circostanza che il comma 2 dell'art. 6 d.l. 132 del 2014 preveda che, là dove il Pubblico Ministero non ravvisi irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti necessari, non conferisce certamente natura di atto pubblico all'accordo, che è e resta atto di natura privata.

Né può soccorrere, a tal proposito, l'art. 6 comma 3, in base al quale l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti della crisi familiare in esame. Tale disposizione, infatti, non è in grado di conferire all'accordo di negoziazione la natura di una sentenza, quella pretesa dall'art. 2657 cod. civ. ai fini della trascrizione.

Una possibile soluzione del problema può individuarsi nell'art. 5, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, poco sopra commentato, onde la necessità di far accertare al notaio la sottoscrizione del processo verbale di accordo, ai fini

³⁴ Ampia trattazione e riferimenti in OBERTO, G.: "I contratti nella crisi coniugale: ammissibilità e fattispecie", in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, V., VI, *Interferenze*, a cura di ROPPO, V., Giuffrè, Milano, 2006, p. 225 ss., a cui si rinvia per le indicazioni.

trascrittivi.

Tale disposizione è specificamente prevista per l'accordo di negoziazione disciplinato nell'art. 2 del d.l. n. 132 del 2014, onde, sul piano formale, potrebbe escludersi che essa sia applicabile anche alle ipotesi qui in analisi, ove la negoziazione rileva in seno ai rapporti familiari. La circostanza, però, che il Capo II del d.l. in esame sia intitolato "accordo di negoziazione assistita da uno o più avvocati" fa ritenere che l'art. 5, comma 3, cit. sia regola generale applicabile a tutti i casi ivi tipizzati, onde anche a quello in esame.

c) Deve, infine, escludersi che un problema di trascrizione possa essere prospettato nell'ipotesi in cui la separazione consensuale, la richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio siano poste in essere davanti al Sindaco, *ex* art. 12 d.l. 132 del 2014.

Poiché tale disposizione non si applica in presenza di figli minorenni (o portatori di *handicap* o maggiorenni non autosufficienti), non può ammettersi la costituzione, per via negoziale, di un diritto abitativo in funzione della continuità dell'*habitat* domestico, né, infine, tale accordo può contenere, per precisa disposizione legislativa, patti, fra coniugi o ex coniugi, aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari da sottoporre a trascrizione.

ÍNDICE

LA TUTELA DEL FUTURO ASSEGNATARIO DELLA CASA
FAMILIARE IN PROSPETTIVA RIMEDIALE

THE PROTECTION OF THE SPOUSE WHO MIGHT BE ALLOTTED
THE FAMILY HOME: POSSIBLE SOLUTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 477 - 504

Fecha entrega: 09/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

CARLO PETTA
Dottorando di ricerca in diritto civile
Lumsa (Libera Università Maria Ss. Assunta), sede di Palermo
carlo.petta@live.it

RESUMEN: Il legislatore non ha previsto un'adeguata forma di tutela nei casi in cui il genitore proprietario dell'immobile alieni la casa familiare nella fase introduttiva del giudizio di separazione o, comunque, prima dell'udienza presidenziale.

Lo studio analizza, in chiave critica, i possibili rimedi, preventivi o successivi alla cessione del bene, elaborati in dottrina e giurisprudenza, auspicando un intervento risolutivo della Corte Costituzionale che permetta di trascrivere la domanda giudiziale volta all'assegnazione della casa familiare. Solo quest'ultima rappresenterebbe, difatti, un'adeguata tutela del prioritario ed infungibile interesse della prole all'*habitat* domestico, di indiscussa rilevanza costituzionale.

PALABRAS CLAVE: assegnazione della casa familiare, separazione e divorzio, tutela, interesse del minore, trascrizione delle domande giudiziali.

ABSTRACT: The legislator has not provided for adequate protective measures in the cases in which the parent who owns the house has disposed the house during the introductory stage of the separation proceeding or, in any case, before the hearing presided over by the President of the Court.

This essay analyses on a critical perspective the possible solutions, prior or subsequent to the transfer of the asset, which have been elaborated by judicial doctrine and case-laws, while hoping that the Italian Constitutional Court addresses the issue in order to allow registering the claim instituting the civil proceeding to allot the family home. In fact, only the registration of the claim would represent an adequate protection of the primary and nonexchangeable interest of the children to the family home, which has undisputed constitutional importance.

KEY WORDS: allot family home, separation and divorce, protection, interests of the minor, registration of the claims.

SOMMARIO: I. L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE ED IL VUOTO DI TUTELA NELLA FASE INTRODUTTIVA DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE.- II. I RIMEDI PREVENTIVI: IL SEQUESTRO.- III. (*SEGUE*) I PROVVEDIMENTI CAUTELARI D'URGENZA.- IV. I RIMEDI SUCCESSIVI: L'AZIONE REVOCATORIA.- V. (*SEGUE*) LA NULLITÀ CONTRATTUALE.- VI. (*SEGUE*) L'AZIONE DI SIMULAZIONE.- VII. LA TRASCRIVIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE.

I. L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE ED IL VUOTO DI TUTELA NELLA FASE INTRODUTTIVA DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE

L'art. 337-*sexies* cod. civ., introdotto dal legislatore nel 2013¹, riproducendo quanto in precedenza disposto dall' art. 155-*quater*, comma primo, cod. civ.², statuisce che “il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli”.

Per quanto concerne la *ratio* dell'istituto, la giurisprudenza maggioritaria ha costantemente affermato che “l'assegnazione della casa familiare risponde all'esigenza di garantire l'interesse dei figli alla conservazione dell'ambiente domestico, inteso come centro degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime e si articola la vita familiare, al fine di evitare loro l'ulteriore trauma di un allontanamento dal luogo ove si svolgeva la loro esistenza e di assicurare una certezza e una prospettiva di stabilità in un momento di precario equilibrio familiare”³.

¹ L'art. 337-*sexies*, cod. civ. è stato inserito dall'art. 55 del D. L.vo 28 dicembre 2013 n. 154. L'art. 7, comma 12, della stessa legge ha introdotto all'interno del titolo IX (*Responsabilità genitoriale*) del libro I (*Persone e famiglia*) del codice civile il capo II sull'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio.

Per gli approfondimenti sull'art. 337-*sexies*, cod. civ., rimandiamo interamente a FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* c.c.: appunti e spunti”, in *Arch. giur.*, 2014, p. 163.

² La legge 8 febbraio 2006 n. 54, recante “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, ha ridisciplinato, a sua volta, l'art. 155 del cod. civ., introducendo gli artt. dall'art. 155-*bis* all'art. 155-*sexies* del cod. civ., contenenti obiettivi e linee guida al quale il giudice doveva attenersi in vista dell'assegnazione della casa familiare.

Il testo dell'abrogato art. 155, comma quarto, cod. civ. recitava, più genericamente, “l'abitazione della casa familiare spetta, di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli”.

³ Cass. 10 giugno 2005 n. 12295; negli stessi termini, Cass. 11 giugno 2005 n. 12382, entrambe in *Guida al diritto*, 2005, n. 28, p. 71 ss. Per un'interessante analisi dell'istituto, anche in chiave comparatistica rispetto all'esperienza spagnola, cfr. CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana”, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267.

L'interesse tutelato dall'assegnazione della casa familiare è, pertanto, quello infungibile della prole a mantenere il c.d. *habitat* domestico al fine di evitare un ulteriore pregiudizio cagionato dalla disgregazione del nucleo familiare. L'assunto è ribadito dal fatto che il diritto sulla casa non potrebbe mai rappresentare una forma di mantenimento in favore del coniuge più debole a tutela del quale sono destinati unicamente gli assegni previsti dalla legge, onde la concessione del beneficio in parola resta subordinata all'imprescindibile presupposto dell'affidamento di figli minori o della convivenza con figli maggiori economicamente non autosufficienti⁴.

A fronte del prioritario interesse dei figli che deve essere opportunamente tutelato, il legislatore, a partire dal 1987, ha previsto, con la modifica della legge 1 dicembre 1970 n. 898 (c.d. legge divorzile), la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa coniugale in favore del genitore affidatario della prole⁵, facoltà estesa, grazie all'intervento della Corte Costituzionale⁶ che intervenne sull'allora art. 155, comma quarto, cod. civ., anche al giudizio di separazione personale dei coniugi⁷.

⁴ Si esprime in questi termini, Cass. 3 marzo 2004 n. 12309, tant'è vero che, come viene sottolineato in GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 397, "in assenza di figli l'abitazione spetta, viceversa, al proprietario e non al coniuge più debole, la cui debolezza rileva solo ai fini della fissazione dell'assegno, avendo l'art. 156 carattere eccezionale, come confermato dall'art. 337-*sexies*, anche perché, altrimenti, l'assegnazione potrebbe risolversi in un'espropriazione, essendo legata alla vita dell'assegnatario, con violazione dell'art. 42 Cost., mentre, per il figli, il termine, certo, è quello dell'autosufficienza, con riferimento anche all'art. 30 Cost."

Per ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza, cfr. CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana", cit., p. 278.

⁵ Prima della riforma del 1987, il codice non prevedeva la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa il che consentiva al coniuge proprietario di poter alienare il bene immobile assegnato giudizialmente all'altro.

La legge 6 marzo 1987, n. 74, riformò l'art. 6 della legge 1 dicembre 1970 n. 898 (c.d. legge divorzile) prevedendo espressamente la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione rendendolo, così, opponibile ai terzi.

Va segnalato che con la sentenza del 21 ottobre 2005, n. 394, la Corte Costituzionale, seppur recentemente, aveva esteso la facoltà di trascrivere il provvedimento di assegnazione anche a favore del genitore non coniugato ed affidatario della prole al fine di tutelare il prioritario interesse della stessa, estensione accolta dal legislatore attraverso l'espressa previsione dell'applicabilità dell'art. 155-*quater* cod. civ. anche alle famiglie di fatto.

⁶ Corte Cost. 27 luglio 1989 n. 454, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3336, con nota di JANNARELLI, A.

⁷ Sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare, cfr. VIRGADAMO, P.: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 1598.

Seppur in maniera sintetica⁸, è opportuno richiamare, per quel che qui ci occupa, il comma primo dell'abrogato art. 155-*quater* cod. civ. (oggi art. 337-*sexies* cod. civ.) ai sensi del quale “il provvedimento di assegnazione e di revoca sono trascrivibili ed opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2643 c.c.”, riportando il dibattito dottrinale sul regime della trascrivibilità del provvedimento sorto in seguito all'introduzione della norma da parte del legislatore nel 2006.

Antecedentemente a tale intervento, attraverso il quale venne sancita a livello normativo la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione, secondo una ricostruzione consolidata⁹, il diritto dell'assegnatario della casa familiare risultava opponibile ai terzi ai sensi dell'art. 1599 cod. civ. al quale rimanda espressamente l'art. all'art. 6, comma sesto, della legge divorzile, applicabile anche in sede di separazione. L'assegnazione della casa familiare, in difetto di trascrizione, risultava, pertanto, opponibile ai terzi, secondo il regime speciale previsto in materia di locazioni, per il novennio ed, eventualmente, anche per un periodo più lungo in caso di trascrizione del provvedimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 2643, n. 8, e 1599, comma terzo, cod. civ.

In altre parole, come affermato dalle Sezioni Unite, “ai sensi dell'art. 6, comma 6, della legge divorzile applicabile anche in tema di separazione personale, il provvedimento di assegnazione della casa, in sede di divorzio o di separazione, avente per definizione data certa, è opponibile al terzo acquirente dell'immobile in data successiva, pur se il provvedimento *de quo* non sia stato trascritto, per il novennio decorrente dall'assegnazione ed anche dopo il novennio ove il titolo sia stato trascritto in precedenza”¹⁰.

Le novelle del 2006 e del 2013, tenendo a mente l'attuale disposto dell'art. 337-*sexies* cod. civ. (che riproduce quanto in precedenza previsto dall'abrogato art. 155-*quater* cod. civ.) sembrerebbero aver sconfessato l'orientamento riportato, imponendo la trascrizione del provvedimento di assegnazione ai fini dell'opponibilità e precludendo, pertanto, la possibilità di

⁸ Per una completa analisi delle problematiche connesse all'assegnazione della casa familiare nonché alla sua opponibilità ai terzi, rimandiamo a FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* c.c.: appunti e spunti”, cit., p. 169; nonché, più recentemente, ID.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da BUSNELLI, F.D., Milano, 2015, p. 321 ss.; VIRGADAMO, P.: “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”, cit., p. 1604.

⁹ Su tutti, Cass., sez. un., 26 luglio 2002 n. 11096, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 688 ss.; Corte Cost. 23 gennaio 1990, n. 20, in *Giur. cost.*, 1990, p. 54 (“L'onere di trascrivere il provvedimento d'assegnazione nel caso di separazione, in analogia con la normativa vigente in materia di scioglimento del matrimonio, riguarda, *ex art.* 1599 c.c., la sola assegnazione ultranovennale, ferma restando l'opponibilità del provvedimento in tutte le altre ipotesi”).

¹⁰ *Ibidem*.

invocare il regime speciale di cui all'art. 1599, comma terzo, cod. civ.

Non a caso, all'indomani dell'intervento da parte del legislatore del 2006, parte della dottrina¹¹ ha sostenuto la vigenza dell'art. 6, comma sesto, legge divorzile e l'opponibilità del diritto di abitazione, seppur non trascritto, entro il novennio. Altra parte della dottrina¹², al contrario ha ritenuto che la legge di riforma (attraverso l'art. 4, comma secondo, della stessa) avesse abrogato la disposizione in esame, imponendo, ai fini dell'opponibilità, la trascrizione del provvedimento di assegnazione.

Appare evidente che la seconda ricostruzione non tutelerebbe congruamente il prioritario interesse dei figli all'assegnazione a differenza di quanto avveniva precedentemente attraverso l'opponibilità infranovenale in caso di difetto di trascrizione del provvedimento da parte del genitore affidatario.

Sul punto è opportuno richiamare l'interessante ricostruzione alla luce delle quale il richiamo posto in essere dall'allora art. 155-*quater*, comma primo, cod. civ. (attuale art. 337-*sexies* cod. civ.) all'art. 2643 cod. civ. consentirebbe di qualificare l'assegnazione, ai soli fini circolatori, alla locazione, ai sensi dell'art. 2643, n. 14, cod. civ., letto in combinato disposto con il n. 8, il quale rimanda, per l'appunto, all'art. 1599 cod. civ.¹³.

¹¹ QUADRI, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma", in *Familia*, 2006, p. 430 ss.; PALADINI, M.: "L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso", *Fam. dir.*, 2006, p. 333; GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 398; ID.: "Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale", in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 752, il quale puntualmente osserva che con la presunta abrogazione da parte della novella "non si terrebbe conto della peculiarità dell'art. 4, comma 2, il quale non parla di abrogazione, ma di applicazione, e quindi dispone non già una sostituzione di norme, ma una estensione di disciplina. Ciò comporta, innanzitutto, la necessità, in linea generale e di principio, di verificare se le norme possano convivere armoniosamente, sicché l'estensione si risolva in un arricchimento piuttosto che in un cambiamento". Sull'argomento, cfr. PALADINI, M.: "La trascrizione del provvedimento di assegnazione e il problema dell'opponibilità ai terzi", in AA. VV.: *L'assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2010, p. 74.

¹² ZACCARIA, A.: "Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso", in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 775 ss.; CUBEDDU, M. G.: "L'assegnazione della casa familiare", in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da FERRANDO, G., Bologna, 2007, I, p. 864. Recentemente, cfr. SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 563.

¹³ FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008 p. 164; la tesi è stata ribadita dall'Autore più recentemente, sotto la vigenza del nuovo art. 337-*sexies* c.c. in ID.: "Il nuovo art. 337 *sexies* c.c.: appunti e spunti", cit., p. 172. In senso opposto, cfr. SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", cit., p. 559.

Dalla seppur breve disamina del dibattito sulla trascrizione del provvedimento di assegnazione, appare evidente che il legislatore ha inteso tutelare il diritto del genitore assegnatario e dei figli a lui affidati attraverso l'opponibilità del provvedimento, ivi compreso quello di carattere provvisorio assunto all'esito dell'udienza presidenziale ai sensi dell'art. 2645 cod. civ.¹⁴, o *ex art.* 2644 cod. civ. ovvero applicandosi il regime speciale dell'art. 1599 cod. civ.

La problematica che è oggetto dello studio che qui si intende svolgere concerne, al contrario, la tutela non già del diritto ma di quella situazione giuridica che è stata definita da un Autore "generica aspettativa"¹⁵ di assegnazione della casa familiare. In dottrina così come in giurisprudenza, ormai da tempo, si indaga circa le possibili tutele invocabili dal genitore – sia esso coniugato o convivente, applicandosi la disciplina in esame tanto alla famiglia fondata sul matrimonio quanto a quella di fatto, in presenza di figli – non proprietario che vanti, seppur in astratto, il diritto all'assegnazione, qualora l'altro genitore proprietario, al fine di eludere le prescrizioni di cui all'art. 337-*sexies* cod. civ., alieni la casa familiare o vi costituisca un diritto reale incompatibile con quello di abitazione prima della presentazione del ricorso di separazione o, comunque, nel periodo antecedente all'emanazione dei provvedimenti (trascrivibili) di cui all'art. 708 cod. proc. civ.

L'ordinamento, sotto questo peculiare aspetto, è alquanto lacunoso non avendo il legislatore, attraverso le due recenti riforme, previsto alcunché in materia di trascrizione della domanda giudiziale di assegnazione, similmente a quanto fatto, al contrario, in relazione alla trascrivibilità del relativo provvedimento, sia esso definitivo o provvisorio.

Il tema si presenta piuttosto complesso stante la frammentarietà delle pronunce da parte della giurisprudenza di merito e, soprattutto, il possibile ed irreparabile pregiudizio del prioritario interesse dei figli all'assegnazione a causa del comportamento doloso del genitore proprietario, posto che, a nostro avviso, una tutela potrebbe qualificarsi come effettiva soltanto

¹⁴ FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, p. 174; GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il Codice civile, Commentario*, cit., Milano, 1991, p. 348.. Come riporta VIRGADAMO, P.: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", cit., p. 1601, l'orientamento non ha trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità secondo la quale il provvedimento giudiziale di assegnazione, sia esso definitivo o provvisorio, dato *ex art.* 708 o 709-*bis* cod. proc. civ., può essere trascritto ai sensi dell'art. 2643 cod. civ. Sul punto cfr. Cass. 3 marzo 2006, n. 4719 e Cass. 1 giugno 2006 n. 13137, entrambe pubblicate in *Dir. fam. pers.*, 2007, rispettivamente p. 1097 e p. 1102.

¹⁵ L'espressione è di CHIZZINI, A.: "Separazione personale dei coniugi e tutele cautelari", in *Fam. dir.*, 1996, p. 260.

allorquando questa riesca a garantire l'effettivo godimento di quell'immobile ove la vita familiare si è concretamente realizzata¹⁶.

Sulla base dell'ultima considerazione, non appare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'eventuale alienazione della casa familiare nella fase introduttiva del giudizio di separazione comporterebbe esclusivamente la revisione del regolamento dei rapporti economici¹⁷, risultando inaccettabile l'ammissione della fungibilità di un interesse esistenziale come quello dei figli all'abitazione della casa familiare con il mero interesse patrimoniale al mantenimento economico¹⁸.

Per le medesime ragioni, riteniamo inadatta la prospettiva risarcitoria, recentemente sostenuta in dottrina, che comporterebbe il ricorso all'azione ordinaria di risarcimento del danno *ex art.* 2043 cod. civ. nei confronti del genitore alienante per aver violato l'obbligo di rispettare l'indirizzo della vita familiare, comprendente l'interesse dei figli al mantenimento dell'*habitat* domestico¹⁹.

¹⁶ ANDREOLA, E.: "Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa coniugale", in *Riv. notariato*, 2008, 6, p. 1194, ove correttamente si afferma che "proprio l'infungibilità di tale interesse conferisce al bene 'casa familiare' un connotato 'esistenziale' che va oltre il mero valore di mercato dell'immobile. Ne consegue che una vendita della casa con le modalità e nei tempi sopra prospettati comporta una lesione dei diritti non ripristinabile per equivalente. Un risarcimento del danno non potrebbe mai reintegrare il diritto leso".

¹⁷ Il riferimento è ad App. Palermo (decr.), 7 marzo 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 631 ove i giudici statuirono che l'avvenuta alienazione dell'immobile adibito a casa familiare avrebbe potuto esclusivamente comportare la revisione del regolamento dei rapporti economici. Si legge, difatti, nel decreto in oggetto che "l'accertata impossibilità di disporre della casa coniugale (di proprietà esclusiva di uno dei coniugi), assegnata in sede di divorzio al coniuge affidatario dei figli, per essere stato l'immobile alienato ad insaputa del coniuge assegnatario nel corso del procedimento di divorzio, costituisce sopravvenuto, giustificato motivo perché il coniuge assegnatario della casa, ma rimasto privo dell'immobile alienato, possa richiedere la revisione del regolamento dei rapporti economici coniugali e parentali statuito in origine, mediante un aumento del contributo dovuto per il mantenimento della prole dal coniuge che l'immobile ha alienato; in contrario, a nulla rileva che l'impossibilità di godere della casa preesistesse alla sentenza che ha assegnato l'immobile al coniuge affidatario della prole, essendo sufficiente che il motivo della revisione sia sopravvenuto, a scapito della parte che, prima della sentenza, ha ignorato la circostanza dell'alienazione". Si segnala, altresì, Trib. Salerno (ord.), 8 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 170, con nota di LA MARCA, G.: "Inammissibilità del sequestro giudiziario della casa familiare e trascrivibilità della domanda di assegnazione".

¹⁸ LA MARCA, G.: *ult. op. cit.*, p. 175.

¹⁹ PALADINI, M.: "Gli atti di alienazione della casa familiare", cit., p. 86. Ad avviso dell'Autore, "l'inapplicabilità del rimedio *ex art.* 709-ter cod. proc. civ. prima dell'effettivo provvedimento di assegnazione non preclude la qualificazione dell'atto di alienazione come una violazione dell'obbligo di osservare l'accordo sull'indirizzo della vita familiare, che ha condotto alla scelta e all'instaurazione della convivenza familiare in un determinato

Si procederà, dunque, con l'analisi dei possibili rimedi invocabili dal coniuge o dal convivente che sono stati elaborati, nel corso degli anni, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, precisando, fin da subito, che l'unica tutela effettiva dell'interesse abitativo dei figli, secondo la nostra opinione, sarebbe rappresentata dalla trascrivibilità della domanda giudiziale volta all'assegnazione della casa familiare, risultando l'attuale art. 2652 cod. civ. incostituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 29, 30, 31 Cost.

II. I RIMEDI PREVENTIVI: IL SEQUESTRO

Il vuoto di tutela nell'ipotesi di alienazione della casa familiare precedente al provvedimento di assegnazione, seppur provvisorio, della stessa ha portato dottrina e giurisprudenza ad elaborare una serie di strumenti per tutelare il costituendo diritto di abitazione del genitore e, soprattutto, della prole che, verosimilmente, gli verrà affidata.

Al fine di garantire siffatta tutela in vista del giudizio di separazione (o nel corso dello stesso) e di neutralizzare preventivamente i possibili atti di alienazione del proprietario dell'immobile, una certa giurisprudenza di merito ha ritenuto ammissibile il ricorso al sequestro conservativo dei beni del coniuge tenuto al mantenimento (tra i quali rientrerebbe la casa)²⁰ anche prima della fissazione da parte del Presidente del Tribunale dell'udienza *ex* art. 708 cod. proc. civ., malgrado l'orientamento prevalente si presentasse di segno contrario.

immobile. Ciò comporta, pertanto, – qualora non si ritenga di aderire alla qualificazione dell'obbligo risarcitorio per violazione dei doveri familiari in termini di responsabilità "contrattuale" – il ricorso all'azione ordinaria di risarcimento del danno (art. 2043 cod. civ.) per far valere quella che può essere fundamentalmente definita come un'ipotesi di *responsabilità extracontrattuale da contratto*, posto che è proprio il contratto di alienazione a pregiudicare l'interesse sostanziale dei figli a mantenere l'ambiente di vita e di crescita in concomitanza con la crisi familiare".

²⁰ In Trib. Napoli 17 luglio 1998, in *Giur. nap.*, 1998, p. 311, il giudice, col giudizio di separazione pendente e senza che fosse stata ancora celebrata l'udienza presidenziale, dispose il sequestro conservativo della casa familiare a tutela del credito alimentare della moglie e del figlio minore. Il tribunale motivò la propria decisione sulla base del fatto che la ricorrente aveva dimostrato il fondato timore di perdere nelle more del giudizio di separazione le garanzie del proprio, possibile, credito alimentare. Il provvedimento venne dunque emesso al fine di tutelare il diritto soggettivo al mantenimento per la moglie e per il minore che le sarebbe stato verosimilmente affidato che prescinde, ad opinione dell'organo giudicante, dai provvedimenti presidenziali essendo esso riconosciuto anche in regime di convivenza e separazione di fatto *ex* artt. 143 e 148 cod. civ. Cfr. CASABURI, G.: "Misure cautelari e giudizi di separazione e divorzio: alcune questioni controverse", in *Fam. dir.*, 2003, p. 410.

In chiave critica è stato rilevato, infatti, che con il regime della comunione legale dei beni, i proventi dell'attività separata del coniuge appartengono al medesimo senza alcun obbligo di rendiconto nei confronti dell'altro; il sequestro conservativo non sarebbe, di conseguenza, configurabile poiché, prima dello scioglimento della comunione legale, ciascun coniuge vanterebbe una mera aspettativa di fatto e non già un diritto in relazione ai beni personali dell'altro e tale situazione giuridica soggettiva non risulterebbe meritevole di tutela attraverso il sequestro²¹.

Allo stesso modo, è stato sottolineato che non potrebbe ritenersi sussistente, nei confronti del coniuge tenuto al mantenimento, un "credito" in ordine alla disponibilità della casa familiare tutelabile con il sequestro conservativo attraverso il combinato disposto degli artt. 2740 cod. civ. e 671 cod. proc. civ.²².

Tali obiezioni sono state tuttavia disattese, proprio con riguardo alla casa familiare, seppur in funzione di mantenimento, da alcune isolate e piuttosto risalenti pronunce della Cassazione²³ in situazioni in cui gli atti di disposizione avevano concretamente violato gli obblighi di "assistenza economico-materiale della famiglia" che incombono sul genitore proprietario, ovvero costituivano attuazione di un "disegno preordinato" a sottrarsi alla loro osservanza²⁴.

È stato osservato che, nei casi in esame, al fine di tutelare il godimento della casa familiare, risulterebbe maggiormente idoneo, a tutto concedere, il sequestro giudiziario²⁵ ex art. 670, n. 1, cod. proc. civ. in luogo di quello

²¹ Trib. Trani 25 luglio 1995, in *Fam. dir.*, 1995, p. 573. Si esprimono in termini simili, Trib. Napoli (ord.), 3 novembre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 260; Trib. Napoli (ord.), 10 novembre 1995, *ivi*, p. 259, sulla base del fatto che "il sistema delineato dal diritto di famiglia non attribuisce, in costanza di matrimonio, al coniuge non proprietario alcun potere sulla proprietà esclusiva dell'altro coniuge, né gli conferisce il potere di impedirgli il compimento di atti eventualmente contrari a precedenti intese. Ne deriva che la condotta del coniuge che disponga dei beni di sua proprietà esclusiva senza tener conto del parere o dei desideri dell'altro coniuge e degli altri membri della famiglia può costituire, se del caso, soltanto motivo per addebitargli un'eventuale separazione personale, ma non può formare oggetto di un provvedimento giudiziale coercitivo inibitorio".

²² Trib. Napoli (ord.), 10 novembre 1995, cit.

²³ Cass. 7 maggio 1992, n. 5415, in *Giur. it.*, 1993, p. 1318 ove il marito aveva manifestazione l'intenzione di vendere la casa familiare, di sua esclusiva proprietà, per trasferirsi altrove con i familiari contro la volontà della moglie; e Cass. 29 aprile 1992, n. 5115, *ivi*.

²⁴ CUBEDDU, M.G.: *La casa familiare*, in PATTI, S. (diretta da): *Quaderni familia*, Milano, 2005, p. 400.

²⁵ Cfr. CHIZZINI, A.: "Separazione personale dei coniugi e tutele cautelari", cit., p. 261. Secondo l'Autore il sequestro giudiziale risulterebbe applicabile ogniqualvolta vi sia

conservativo, in considerazione del fatto che “solo il primo risponde all'esigenza di recupero di un bene infungibile quale la casa familiare. È noto che il sequestro giudiziario si esegue nelle forme dell'esecuzione in forma specifica per consegna o per rilascio, mentre il sequestro conservativo si esegue nelle forme del pignoramento. Solo dunque il primo strumento è in funzione recuperatoria del bene restando al secondo uno scopo di conservazione della garanzia patrimoniale generica e quindi di recupero del valore economico del bene”²⁶.

Il sequestro giudiziario sembrerebbe astrattamente configurabile sussistendo entrambi i presupposti di cui all'art. 670, n. 1, cod. proc. civ. , ovverosia la controversia sulla proprietà o sul possesso, in quanto la lite attiene, già al momento di presentazione del ricorso, alla richiesta del godimento esclusivo di un bene; ed il *periculum in mora*, rappresentato dal fondato timore che la controparte possa modificare l'assetto del proprio del patrimonio, eludendo le prescrizioni legislative, nelle more del procedimento²⁷.

Avverso la configurabilità del primo presupposto è stato criticamente rilevato che il diritto riconosciuto al coniuge sulla casa coniugale ha natura di diritto personale di godimento e non già di diritto reale difettando, dunque, la controversia sulla proprietà²⁸.

Similmente, volendo il genitore evitare, attraverso il sequestro giudiziario, di

l'astratta possibilità che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso. L'opinione risulterebbe supportata da certa giurisprudenza di legittimità nonché dalla formulazione dell'art. 921 cod. proc. civ. del 1865, ove si concedeva il sequestro quando “siavi pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione” della cosa.

²⁶ ANDREOLA E.: “Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa coniugale”, cit., p. 1196, nota 8.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 737 con nota di GAZZONI, F.: *Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale*. Dissente sul punto, Trib. Salerno (ord.), 8 maggio 2007, cit., ove i giudici partono dal presupposto che l'art. 670, n. 1, cod. proc. civ. sia applicabile anche qualora la situazione giuridica controversa sia tecnicamente diversa dalla proprietà (e dagli altri diritti reali) e dal possesso “atteso che nel termine possesso, adoperato da detta norma, si fanno rientrare anche le ipotesi di detenzione qualificata e non qualificata del bene”. Sulla base di tali premesse si è ritenuto che il sequestro giudiziario potesse avere ad oggetto anche beni in ordine ai quali fosse stata esercitata una *actio in personam* restitutiva che presupponga l'affermata titolarità di un diritto personale di godimento. Si veda anche, CHIZZINI, A.: “Separazione personale dei coniugi e tutele cautelari”, cit., p. 261., ad opinione del quale la condizione del sequestro giudiziario non sarebbe “soltanto la tutela di un diritto reale, ma anche la tutela della pretesa alla riconsegna di un bene, massima che sul piano del diritto positivo è giustificata da ciò che il legislatore stesso, disciplinando l'esecuzione del sequestro giudiziario, stabilisce espressamente che essa debba avvenire nelle forme dell'esecuzione per consegna o rilascio”.

subire un danno esclusivamente giuridico, rappresentato dal compimento da parte del genitore proprietario di un atto dispositivo opponibile, mancherebbe il *periculum in mora*, poiché la forma di tutela in esame, idonea a prevenire danni di tipo esclusivamente materiale in presenza di beni immobili, non farebbe conseguire l'utilità sperata: secondo l'opinione in esame, l'eventuale provvedimento risulterebbe "inutile ed in quanto tale inammissibile per difetto di interesse ad agire"²⁹.

Ancor più decisivo, nel senso di ritenere il sequestro non configurabile, appare l'argomento secondo il quale non sarebbe invocabile la tutela cautelare di una situazione giuridica di cui, in sede ordinaria, non si richiede il Similmente al sequestro, si è posto il quesito se, nella fase introduttiva del giudizio di separazione, il genitore possa invocare una tutela inibitoria ex art. 700 cod. proc. civ. al fine di impedire l'alienazione dell'immobile prima dell'udienza di cui all'art. 708 cod. proc. civ. La giurisprudenza, soprattutto di merito, sotto questo aspetto si presenta particolarmente divisa.

La risposta al quesito richiede, tuttavia, una sintetica analisi del complesso dibattito dottrinale sulla natura cautelare o meno dei provvedimenti temporanei ed urgenti emessi all'esito dell'udienza presidenziale. È evidente che il riconoscimento della natura cautelare degli stessi precluderebbe l'applicabilità dell'art. 700 cod. proc. civ., stante il carattere atipico e residuale della norma in esame, rendendo così non anticipabile la futura assegnazione della casa.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ha negato il carattere cautelare dei provvedimenti in parola, affermandone, al contrario la natura sommaria (non cautelare) sulla base di molteplici argomentazioni³⁰.

Innanzitutto è stato osservato che i provvedimenti presidenziali sono esclusivamente sommari, emanati nel corso di un giudizio ordinario di cognizione, avendo essi la funzione di dettare, in via provvisoria ed

²⁹ LA MARCA, G.: "Inammissibilità del sequestro giudiziario della casa familiare e trascrivibilità della domanda di assegnazione", cit., p. 173.

³⁰ Senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. PROTO PISANI, A.: *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 398; MANDRIOLI, C.: *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, p. 49; TOMMASEO, F.: "Commento all'art. 708 c.p.c.", in CIAN G., OPPO G., TRABUCCHI, A. (diretto da): *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, 1, Padova, 1993, p. 57; ID.: "La disciplina processuale del divorzio", in BONILINI, G., TOMMASEO, F.: *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il Codice civile, Commentario*, cit., Milano, 2011, p. 400 ss.; FIGONE, A.: "Ordinanze ex art. 708 c.p.c. e regime cautelare uniforme", in *Fam. dir.*, 2004, p. 614; VULLO, A.: "Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi", in *Fam. dir.*, p. 644 ss. Per la giurisprudenza si vedano le note successive.

autonoma, la regolamentazione dei rapporti di natura personale e patrimoniale all'interno della famiglia. Il rapporto tra questi provvedimenti e la sentenza definitiva non risulterebbe di conferma, revoca o riforma, bensì di assorbimento, in quanto essa pone fine al regime provvisorio instaurandone uno diverso, venendo dunque meno il requisito di stretta strumentalità proprio delle misure cautelari³¹.

Il difetto di strumentalità, caratteristica fondamentale della tutela *ex art. 700* cod. proc. civ., sarebbe d'altronde comprovato, secondo l'opinione in esame, dal disposto dell'art. 189 disp. att. cod. proc. civ. sulla ultrattività dell'ordinanza all'estinzione del giudizio di separazione o di divorzio. I provvedimenti *ex art. 708* cod. proc. civ., dunque, potrebbero non refluire in alcuna sentenza, senza che ciò ne determini l'inefficacia, essendo dunque idonei a regolamentare in maniera tendenzialmente definitiva i rapporti tra i coniugi ovvero tra conviventi in presenza di prole³². Le ordinanze così emesse non avrebbero la finalità di anticipare gli effetti della futura decisione di merito, bensì quella di accordare un regime provvisorio in vista di una possibile, ma non necessaria, compiuta e definitiva regolamentazione all'esito del giudizio di cognizione³³.

Da quanto premesso emergerebbe un'evidente differenza rispetto ai provvedimenti cautelari in senso stretto, caratterizzati dalla precarietà e strumentalità rispetto al giudizio di merito, tant'è vero che quest'ultimo andrebbe instaurato entro un termine particolarmente breve rispetto alla concessione della misura d'urgenza *ante causam*, a pena di inefficacia di quest'ultima³⁴. Come verrà chiarito tra breve, tuttavia, questa argomentazione ha completamente perso rilievo alla luce del disposto dell'art. 669-*octies* cod. proc. civ. a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 80 del 2005.

In generale, secondo la giurisprudenza che nega la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e riconosce un vuoto di tutela nella fase introduttiva del giudizio di separazione, "lo svolgimento della procedura necessariamente imposta dalla misura tipica può garantire lo stesso risultato finale solo astrattamente e non in concreto", essendovi "un *deficit* di tutela cautelare che non consente di mettere fuori gioco la misura prevista dall'art. 700 cod. proc. civ.". In siffatti casi, secondo tale orientamento, negando la configurabilità di una tutela d'urgenza, "si affermerebbe (...) in maniera del

³¹ CASABURI, G.: "Misure cautelari e giudizi di separazione e divorzio: alcune questioni controverse", cit., p. 404, al quale rimandiamo per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

³² *Ibidem*.

³³ CUBEDDU, M.G.: *La casa familiare*, cit., p. 400.

³⁴ CASABURI, G.: "Misure cautelari e giudizi di separazione e divorzio: alcune questioni controverse", cit., p. 404.

tutto ingiustificata ed in difetto di una previsione espressa, che un provvedimento da emettere necessariamente non solo dopo la pendenza del giudizio ma dopo la prima udienza di comparizione (comunque si voglia qualificare la fase Presidenziale), sia idoneo ad escludere la possibilità di una misura cautelare *inaudita altera parte*, introducendo in tal modo una ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai giudizi ordinari”³⁵.

Per quanto attiene ai requisiti per poter accordare la tutela d'urgenza, il *periculum in mora* viene ravvisato nel fatto che, nelle more dell'udienza presidenziale, non vi sarebbe alcun modo per poter evitare la vendita a terzi dell'immobile adibito a residenza familiare; il *fumus boni iuris* sarebbe, invece, rappresentato dall'interesse dei figli a conservare l'*habitat* domestico che rischierebbe di essere irrimediabilmente pregiudicato³⁶.

La giurisprudenza tendenzialmente maggioritaria, al contrario, riconosce la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e ritiene inammissibile la tutela *ex art. 700 cod. proc. civ.* nella fase introduttiva del giudizio di separazione³⁷. Più precisamente, i provvedimenti temporanei ed urgenti di cui

³⁵ Si esprime nei termini riportati, accordando la tutela cautelare atipica *ex art. 700 cod. proc. civ.* all'esito di un'ordinanza particolarmente argomentata, Trib. Napoli (ord.), 24 marzo 2005, in *Fam. dir.*, 2005, p. 641. In senso favorevole alla configurabilità della tutela in esame, Trib. Genova 27 settembre 1973, in *Foro it.*, 1973, p. 3454; Pretura Roma 6 giugno 1986, in *Foro it.*, 1986, I, p. 3180; Trib. Ferrara 14 febbraio 1987, in *Arch. giur.*, 1988, I, p. 79; Pretura Cosenza 11 dicembre 1991, in *Giur. it.*, 1992, 2, p. 496; Trib. Modena 27 gennaio 2005, in *Corr. merito*, 2005; Trib. Napoli (ord.), 8 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2000, p. 392 con commento di FRASSINETTI, A., ove la tutela d'urgenza venne accordata nel caso di domanda di assegno divorzile proposta in un autonomo e separato giudizio. Si segnala, inoltre, Trib. Foggia sez. fer., 9 agosto 2002, richiamata da CULOT, D.: *Diritto processuale della famiglia*, Padova, 2008, p. 389, nella quale il tribunale, non esistendo altri procedimenti tipici attraverso i quali garantire al minore il diritto all'abitazione della casa familiare, ritenne ammissibile il ricorso alla tutela *ex art. 700 cod. proc. civ.*, accogliendo, tra l'altro, in sede di reclamo la domanda dopo che il tribunale in composizione monocratica aveva ritenuto inammissibile il ricorso. Si segnala infine, per le argomentazioni addotte che saranno a breve analizzate, Trib. Padova (ord.), 20 luglio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 169 ss. con nota di RONCHESE, F.: “Assegnazione della casa familiare e tutela cautelare atipica: centralità della persona e principio di sussidiarietà in concreto”.

³⁶ Trib. Padova (ord.), 20 luglio 2009, cit., 171.

³⁷ Trib. Taranto (ord.), 8 Marzo 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 376 con nota di CARRATTA, A.: “Provvedimenti ‘temporanei ed urgenti’ *ex art. 708 c.p.c.* e provvedimenti d'urgenza: spunti di riflessione”; Trib. Perugia 26 febbraio 1999, in *Rass. giur. umbra*, 1999, p. 751; Trib. Firenze (decr.), 11 dicembre 1999, in *Foro tosc.*, 2000, p. 22, con nota di FORTINI, A.: “Ancora sulla forma del provvedimento di rigetto si un'istanza cautelare e sull'ammissibilità della tutela d'urgenza nel procedimento di separazione coniugale”; Trib. Napoli (ord.), 29 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 931; Trib. Bari 20 dicembre 2001, in *Fam. dir.*, 2002, p. 307; Cass. 12 aprile 1994 n. 3415, in *Fam. dir.*, 1994, p. 531 ss. (“Il provvedimento presidenziale di fissazione di un assegno di mantenimento ai sensi dell'art. 708 c.p.c. ha natura cautelare tendente ad assicurare il diritto al mantenimento del coniuge fino

all'art. 708 cod. proc. civ. sarebbero provvedimenti cautelari anticipatori volti a neutralizzare un pericolo di tardività della sentenza di separazione e dunque ad essa strumentali³⁸. Le misure in parola avrebbero in comune con le misure cautelari, altresì, il carattere della provvisorietà in quanto modificabili in corso di causa dal giudice istruttore e dunque destinati ad essere superati dalla sentenza³⁹.

Ad avviso di tale orientamento sussisterebbero, inoltre, dubbi sulla possibilità di valutare il *fumus boni iuris* poiché questo, in simili casi, si risolverebbe in un'anticipata analisi delle pretese delle parti in un ambito processuale diverso dalla sede presidenziale a ciò specificamente preposta⁴⁰.

Un Autore, tuttavia, pur riconoscendo la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali, ha tentato di elaborare una soluzione intermedia. L'opinione in esame muove dal vuoto di tutela nel quale si troverebbero le parti prima della celebrazione dell'udienza ex 708 cod. proc. civ., per colmare il quale sarebbe inevitabile affermare l'operatività dell'art. 700 cod. proc. civ., seppur limitatamente a tale fase del procedimento, alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del diritto di azione garantiti dall'art. 24 Cost⁴¹.

Avverso la ricostruzione riportata si è criticamente osservato che gli artt. 706 cod. proc. civ. e 4 legge n. 898/1970 rimettono interamente alla discrezionalità del Presidente del Tribunale la data dell'udienza di

all'eventuale esclusione o al suo affievolimento in un diritto meramente alimentare che può derivare dal solo giudicato"). Per la giurisprudenza più recente, Trib. Roma (ord.), 9 febbraio 2004, in *Giust.*, 2004, p. 1024; Trib. Marsala (ord.), 25 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 804; Trib. Trani 7 novembre 2008; Trib. Roma 22 giugno 2012; Trib. Reggio Calabria sez. fer. (ord.), 11 settembre 2012.

In dottrina tra i principali sostenitori della natura cautelare dei provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 708 cod. proc. civ., CARNELUTTI, F.: *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, p. 44; COSTA, S.: *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, p. 61; SALVANESCHI, L.: "Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento", in *Fam. dir.*, 1994, p. 532; MERLIN E.: voce "Procedimenti cautelari e urgenti in generale", nel *Digesto* IV ed., *Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1996, p. 429; CONSOLO, C.: "Ancora sulle applicazioni giurisprudenziali delle nuove norme in materia cautelare (1994-1995)", in *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, p. 130.

³⁸ D'ALESSANDRO, E.: "Profili di interesse processuale", in PATTI S. e ROSSI CARLEO L. (a cura di): *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, p. 271.

³⁹ CASABURI, G.: "Misure cautelari e giudizi di separazione e divorzio: alcune questioni controverse", cit., p. 404

⁴⁰ PALADINI, M.: "Gli atti di alienazione della casa familiare", cit., p. 83; CARRATTA, A.: "Provvedimenti 'temporanei ed urgenti' ex art. 708 c.p.c. e provvedimenti d'urgenza: spunti di riflessione", cit., p. 382.

⁴¹ VULLO A.: "Sull'ammissibilità de provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi", cit., p. 649.

comparizione davanti a sé, il che comporterebbe la possibilità di fissare l'udienza entro termini particolarmente brevi qualora venissero dedotte "particolari ragioni d'urgenza" da parte del genitore aspirante assegnatario: conseguentemente i provvedimenti emessi *ex art. 708 cod. proc. civ.* sarebbero perfettamente idonei a soddisfare l'esigenza cautelare con una conseguente, ed illogica, sovrapposizione tra la tutela cautelare atipica e residuale di cui all'*art. 700 cod. proc. civ.* e gli istituti previsti dal legislatore nella fase prodromica del procedimento di separazione⁴².

Recenti interventi del legislatore, quali la legge n. 80 del 2005 e la legge n. 54 del 2006, hanno comunque portato ad una nuova riflessione sull'intera materia.

L'*art. 669-octies cod. proc. civ.*, novellato dalla legge n. 80 del 2005, statuisce, difatti, che i provvedimenti di natura anticipatoria, ivi compreso quello emesso *ex art. 700 cod. proc. civ.*, rimangono permanentemente efficaci seppur in difetto dell'eventuale introduzione del giudizio di merito, ovvero nei casi di estinzione dello stesso.

Tale modifica sembrerebbe aver confutato la principale argomentazione addotta dall'orientamento che nega la natura cautelare dell'ordinanza presidenziale, essendo evidente che sia per i provvedimenti emessi all'esito dell'udienza di cui all'*art. 708 cod. proc. civ.* che per quelli emessi *ex art. 700 cod. proc. civ.* l'instaurazione del successivo giudizio di merito non è più strettamente necessaria: la disposizione di cui all'*art. 189 disp. att. cod. proc. civ.* non sarebbe più di carattere eccezionale, ma una disposizione ricognitiva

⁴² NAPOLITANO L.: *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio*, Torino, 2006, pp. 151 ss.; Trib. Taranto (ord.), 8 Marzo 1999, cit.; *Contra*, Trib. Salerno (ord.), 8 maggio 2007, cit., con nota di LA MARCA, G.: "Inammissibilità del sequestro giudiziario della casa familiare e trascrivibilità della domanda di assegnazione", il quale sottolinea che il limite alla ricostruzione riportata risiede nella necessaria sussistenza delle particolari ragioni d'urgenza al momento del deposito del ricorso giudiziario ignorando tutte le altre ragioni che potrebbero sopravvenire.

In giurisprudenza si segnala inoltre, Trib. Marsala (ord.), 25 novembre 2004, cit., ove viene sottolineato che la tutela d'urgenza non sarebbe invocabile in quanto "non è dubitale che la residualità debba escludersi, tanto prima della proposizione del giudizio di separazione e, una volta proposto, nelle more dell'udienza presidenziale, quanto durante il corso del procedimento di separazione innanzi al giudice istruttore, con riferimento alle ipotesi di mutamenti delle circostanze poste a fondamento della richiesta di assegnazione della casa coniugale (ed in genere degli altri provvedimenti afferenti alla tutela della prole ed i rapporti tra coniugi). Nelle prime due ipotesi considerate, infatti, la parte interessata può proporre ricorso per separazione con richieste dei detti provvedimenti al Presidente del Tribunale, ovvero chiedere un'anticipazione dell'udienza di comparizione dei coniugi; nell'ultimo caso, invece, essa può proporre ricorso per la modifica o revoca al giudice istruttore nel corso del procedimento di separazione".

delle regole generali sui provvedimenti cautelari anticipatori⁴³. L'intervento da parte del legislatore consentirebbe, pertanto, di qualificare il provvedimento presidenziale *ex art. 708 cod. proc. civ.* in termini cautelari, tanto sotto il profilo funzionale, quanto quello strutturale, rendendo inoperante, in tale ambito, la tutela d'urgenza di cui all'*art. 700 cod. proc. civ.*

Tuttavia, la riforma introdotta dalla legge n. 54 del 2006 avvalorava l'opposto orientamento che esclude la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali, avendo tale legge introdotto uno strumento di impugnazione dell'ordinanza di cui all'*art. 708 cod. proc. civ.*: il reclamo alla Corte d'Appello. Tale strumento, difatti, risulterebbe ben diverso rispetto a quello previsto per i provvedimenti cautelari in generale, consistente nel reclamo al collegio di cui all'*art. 669-terdecies cod. proc. civ.*⁴⁴.

Nel variegato panorama giurisprudenziale che ha affrontato la tematica in esame, merita di essere richiamata una pronuncia piuttosto recente e foriera di spunti interessanti, seppur aderente all'orientamento minoritario, che, in maniera particolarmente creativa, ha ritenuto configurabile la richiesta di provvedimento cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.* dopo il deposito del ricorso per separazione personale dei coniugi e prima dell'udienza presidenziale avente ad oggetto e per effetto l'assegnazione della casa familiare, in virtù dell'*art. 7* della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli⁴⁵, ratificata in Italia attraverso la legge n. 77 del 2003⁴⁶. Alla luce di tale assunto il Tribunale ha rilevato, in prima battuta, che la questione della natura sommaria tipica ovvero cautelare dei provvedimenti presidenziali perderebbe di rilievo, dovendosi considerare il contenuto dell'*art. 7* "un principio generale dell'ordinamento a tutela dei minori", con la conseguenza che "non può che passare in secondo piano ogni ulteriore o diversa

⁴³ D'ALESSANDRO, E.: "Profili di interesse processuale", cit., p. 270.

⁴⁴ RONCHESE, F.: "Assegnazione della casa familiare e tutela cautelare atipica: centralità della persona e principio di sussidiarietà in concreto", cit., p. 175.

⁴⁵ Trib. Padova (ord.) 20 luglio 2009, cit. *supra*, nota 37.

⁴⁶ L'articolo in questione dispone testualmente: "Nei procedimenti che interessano un minore, l'autorità deve agire prontamente per evitare ogni inutile ritardo. Devono concorrervi delle procedure che assicurino una esecuzione rapida delle decisioni dell'autorità giudiziaria. In caso di urgenza, l'autorità giudiziaria ha, se necessario, il potere di prendere decisioni immediatamente esecutive".

È opportuno segnalare che l'Italia ha selezionato una serie di casi ai quali si può applicare la Convenzione di Strasburgo e la scelta del legislatore ha portato gli interpreti a domandarsi se i principi proclamati nella Convenzione stessa possano considerarsi tali anche per l'ordinamento interno e, quindi, oltre i limitati casi individuati dal provvedimento ministeriale. Sul punto si rimanda interamente a RONCHESE, F.: "Assegnazione della casa familiare e tutela cautelare atipica: centralità della persona e principio di sussidiarietà in concreto", cit., p. 173.

valutazione, se basata su fondamenta di rango inferiore”⁴⁷, quali risulterebbero le norme previste dal codice civile ovvero da quello di procedura civile.

Come emerge dall'analisi sin qui svolta, appare evidente che la questione deve considerarsi tutt'ora aperta.

Prescindendo dalla qualificazione dei provvedimenti presidenziali, si è tuttavia osservato che da un punto di vista strettamente pratico la tutela in esame risulterebbe, a ben vedere, “inattuabile, poiché nel tempo che intercorre tra il deposito del ricorso e l'udienza presidenziale, è impensabile l'instaurazione e la definizione di un microprocedimento che anticipi in modo apprezzabile l'ordinanza *ex art. 708 c.p.c.* mediante concessione del rimedio cautelare”⁴⁸.

Per quanto concerne l'eventuale opponibilità del provvedimento, al fine di sottolineare l'inidoneità della tutela d'urgenza in esame, in dottrina si è rilevato che il provvedimento medesimo non sarebbe trascrivibile e, pertanto, l'inibitoria, qualora concessa, risulterebbe inopponibile al coniuge alienante che vendesse in violazione del vincolo di indisponibilità⁴⁹, permanendo, così, il vuoto di tutela.

La tesi non merita di essere accolta in quanto pur permanendo il dubbio circa la possibilità di anticipare, in via cautelare, un provvedimento d'urgenza tipico quale quello presidenziale, qualora si ammettesse, tuttavia, tale possibilità risulterebbe “evidente che il decreto d'urgenza lo sostituirebbe e sarebbe quindi trascrivibile *ex art. 2645*”⁵⁰.

⁴⁷ RONCHESE, F.: *op. cit.*, p. 172.

⁴⁸ ANDREOLA, E.: “Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa coniugale”, cit., p. 1199.

⁴⁹ *Ibidem*, seppur in assenza di adeguate argomentazioni dal punto di vista normativo. Cfr. Trib. Padova (ord.), cit. che per quanto concerne la richiesta di trascrizione da parte della ricorrente del provvedimento *ex art. 700 cod. proc. civ.* con il quale veniva richiesta l'assegnazione della casa coniugale, statuisce che “sul punto è sufficiente osservare che il contenuto del presente provvedimento è proprio quello previsto dall'art. 155 *quater* cod. civ. (ora art. 336-*sexies* cod. civ., *n.d.r.*), giacché a nessun altro titolo potrebbe in questa sede essere assegnata la casa coniugale alla signora Z. La norma attributiva del diritto prevede la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, che dunque non deve essere ordinata dal giudice, in quanto atto dovuto del Conservatore, una volta che la parte istante ne abbia fatto richiesta”.

⁵⁰ GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre”, in GABRIELLI, E. e GAZZONI, F. (diretto da): *Trattato della trascrizione*, t. I, Torino, 2012, p. 116.

IV. I RIMEDI SUCCESSIVI: L'AZIONE REVOCATORIA

A fronte delle difficoltà di accordare una tutela preventiva attraverso il ricorso ai rimedi cautelari, si è tentato di salvaguardare l'aspettativa abitativa della prole tentando di rendere la vendita dell'immobile inefficace *ex post*.

Il caso in esame si configurerebbe ogniqualvolta il genitore proprietario abbia posto in essere l'atto di alienazione prima dell'udienza presidenziale. È evidente, difatti, che qualora questi abbia alienato il bene in seguito all'assegnazione provvisoria *ex art. 708 cod. proc. civ.*, la stessa sarebbe comunque opponibile all'avente causa se trascritta *ex art. 2645 cod. civ.*

Mancando, al contrario, il provvedimento costitutivo del diritto, occorre indagare quali possano essere i possibili rimedi successivi alla cessione.

In giurisprudenza si è tentato di rendere inefficace l'atto di compravendita ricorrendo all'azione revocatoria di cui all'*art. 2901 cod. civ.* Com'è noto, i presupposti oggettivi e soggettivi posti dalla legge al fine di poter esperire l'azione revocatoria sono⁵¹: l'esistenza di un credito, seppur eventuale; un atto di disposizione, ove il concetto di "disposizione" deve intendersi in senso lato, dovendo l'atto, genericamente, influire negativamente sul patrimonio del debitore; il *periculum damni*, ovvero sia il generico pregiudizio delle ragioni del creditore; la consapevolezza del debitore di ledere le ragioni del creditore attraverso l'atto di disposizione (c.d. *consilium fraudis*) ed, in caso di atto a titolo oneroso, la prova della c.d. *participatio fraudis* da parte del terzo contraente, consapevole del danno arrecato al creditore attraverso l'operazione economica posta in essere.

Sulla possibilità di ricorrere all'azione revocatoria al fine di tutelare il diritto abitativo è intervenuta, nel 2007, la Corte di Cassazione⁵² per mezzo di una sentenza che ha avuto il merito di chiarire i limiti ed i presupposti applicativi del rimedio in esame e che ha cassato la decisione di secondo grado con la quale i giudici avevano sancito il diritto del coniuge assegnatario al godimento della casa familiare per effetto dell'azione revocatoria vittoriosamente esperita nei confronti del terzo acquirente del bene immobile. La Cassazione censurò la ricostruzione operata dalla corte territoriale in quanto l'*actio pauliana* risulterebbe esperibile solo a tutela di un credito pecuniario e non comporterebbe alcuna esecuzione in forma specifica avendo, piuttosto, la funzione di ricostituire la garanzia generica assicurata al creditore dal

⁵¹ Sull'azione revocatoria in generale, si rimanda a GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 688 ss.

⁵² Cass. 22 maggio 2007, n. 11830, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1643. Nello stesso senso, si vedano Cass. 19 dicembre 1996, n. 11349; Cass. 22 maggio 2001, n. 7127.

patrimonio del debitore *ex art. 2740 cod. civ.*, di talché l'azione non determinerebbe, ove esperita vittoriosamente, il travolgimento dell'atto di disposizione posto in essere dal debitore, ma soltanto la sua inefficacia relativa per il creditore che abbia agito.

Sulla base di tali premesse, appare evidente che il rimedio in esame non offrirebbe la tutela specifica del diritto all'abitazione della casa familiare, non potendosi determinare la "retrocessione" del diritto reale sul bene all'interno del patrimonio del coniuge alienante⁵³.

Attraverso l'azione revocatoria, pertanto, il genitore avente diritto all'assegnazione non potrà mai ottenere il concreto godimento del bene immobile ma, se del caso, assoggettare tale bene ad azione esecutiva per il soddisfacimento di crediti il cui soddisfacimento sia stato posto in pericolo dell'alienazione del bene al terzo, quali, verosimilmente, quelli legati al mantenimento del coniuge stesso e/o della prole⁵⁴. Nemmeno il ricorso all'*actio pauliana*, in conclusione, tutelerebbe congruamente l'infungibile diritto all'ambiente domestico dei figli.

V. (SEGUE) LA NULLITÀ CONTRATTUALE

Recentemente in dottrina⁵⁵ si è ipotizzata la nullità della cessione della casa in quanto in frode alla legge *ex art. 1344 cod. civ.* per violazione degli artt. 143, 147 e 148 cod. civ. nonché 30 Cost. A differenza dell'azione revocatoria, che, se esperita vittoriosamente, provocherebbe esclusivamente l'inefficacia relativa dell'atto traslativo ai fini strettamente esecutivi, la nullità, al contrario, comporterebbe la restituzione del bene al trasferente con la conseguenza che il rimedio in esame garantirebbe "l'interesse familiare al mantenimento dell'immobile per i fini suoi propri"⁵⁶. In tale ottica, si è ritenuto che sul bene immobile già adibito a casa familiare gravi un vincolo di destinazione, non solo reale, che sorgerebbe dalla coniugazione di norme cogenti, a loro volta poste in forma di assiomi quali gli artt. 29 e 30 Cost., trasfuse in norme ordinarie ed oggettive, tuttavia collegate, quali gli artt. 143, 147 e 148 cod.

⁵³ PALADINI, M.: "Gli atti di alienazione della casa familiare", cit., p. 85.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ PALAZZOLO, G.: "Il difficile problema della trascrizione della domanda di assegnazione della casa familiare tra regole sostanziali e processo", in *Fam. pers. succ.* (2009), p. 835 ss.

⁵⁶ PALAZZOLO, G.: *op. cit.*, 842. In particolare, l'Autore pone in essere un parallelismo, a livello di rimedi, tra la nullità in esame e la riduzione con effetti restitutori in ambito successorio a tutela dei legittimari in quanto anch'essa risponderebbe agli stessi fini mantentori ed assistenziali in favore dei superstiti della famiglia mononucleare soprattutto in presenza di patrimoni "normali", ritenendosi tali quelli costituiti dall'unico immobile fruito dalla famiglia.

civ⁵⁷.

Tale ricostruzione sembrerebbe smentita da un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale non vi sarebbe, nel nostro ordinamento, una norma che sancisca, in via generale, l'invalidità del contratto in frode dei terzi potenziali beneficiari di vantaggi – nel caso di specie, i figli –, posto che l'ordinamento medesimo accorda ai terzi rimedi specifici correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale, anche quando il contratto violi norme attributive di diritti in favore di altri soggetti⁵⁸.

Le medesime considerazioni hanno indotto la dottrina ad escludere – qualora si tentasse di dimostrare che il terzo acquirente abbia inteso agevolare il dante causa ad eludere l'assegnazione della casa familiare – la configurabilità della nullità del contratto per motivo illecito comune ai contraenti *ex art.* 1345 cod. civ., sulla base del fatto che l'elemento soggettivo non si identificherebbe con la lesione di un diritto del terzo, bensì con una finalità direttamente vietata dall'ordinamento in quanto contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero in quanto diretta ad eludere, mediante la stipula del contratto, una norma imperativa⁵⁹.

VI. (SEGUE) LA SIMULAZIONE

Astrattamente è possibile che, al fine di eludere le prescrizioni di legge in materia di assegnazione della casa familiare, il genitore proprietario concluda con un terzo un contratto simulato (artt. 1414 ss. cod. civ.).

In questi casi sarebbe senz'altro esperibile l'azione di simulazione (la cui domanda giudiziale è trascrivibile ai sensi dell'art. 2652, n. 4, cod. civ.), ma il genitore-attore dovrà sostenere il non semplice onere probatorio avente ad oggetto la controdichiarazione simulatoria, seppur agevolato qualora ricorra

⁵⁷ PALAZZOLO, G.: *op. cit.*, 841

⁵⁸ Cass. 10 luglio 2008 n. 19030, mass. in *Guida al dir.*, 2008, p. 77; Cass. 25 luglio 2008 n. 20428, in *Dir. giur. agr.*, 2009, p. 402, con nota adesiva di RONCHI, B.: “La *mutatio* e l'*emendatio libelli* nell'ambito della prelazione agraria”, dove la corte, seppur in un ambito ben diverso da quello che è oggetto dello studio, affronta il tema della violazione di una norma imperativa, affermando che “la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, giacché l'art. 1418, primo comma, cod. civ., con l'inciso ‘salvo che la legge disponga diversamente’, impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche in caso di inosservanza del precetto, abbia del pari consentito la validità del negozio, predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma”.

⁵⁹ PALADINI, M.: “Gli atti di alienazione della casa familiare”, *cit.*, p. 84.

l'ipotesi di cui all'art. 1417 cod. civ.⁶⁰.

VII. LA TRASCRIBIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE

Dall'analisi dei possibili rimedi, preventivi e successivi, che sono stati elaborati dagli interpreti, appare evidente che nessuno di questi sia idoneo a tutelare l'infungibile interesse abitativo dei figli.

L'unico strumento che risulterebbe senza alcun dubbio idoneo ad assicurare il godimento di quel determinato bene immobile ove si è sviluppata la vita familiare è rappresentato dalla trascrizione della domanda giudiziale di assegnazione, posto che, attualmente, tale possibilità non è prevista a livello normativo, non essendo il legislatore intervenuto sotto questo aspetto con le due recenti leggi di riforma, contrariamente a quanto fatto in materia di trascrizione del relativo provvedimento.

La trascrizione della domanda giudiziale, attraverso il noto modello della pubblicità prenotativa, renderebbe inefficace l'alienazione da parte del genitore proprietario del bene immobile posto in essere nel corso del processo compiuto in frode delle ragioni dell'altro genitore, salvaguardando, così, la conservazione dell'*habitat* domestico dei figli⁶¹.

La trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione è stata esaminata e risolta in diversi modi dagli interpreti.

Parte della giurisprudenza di merito propone un'interpretazione sistematica al fine di “colmare una lacuna dell'ordinamento, in totale contrasto con le esigenze di tutela del coniuge assegnatario”⁶² sicché la domanda di

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sulla trascrizione delle domande giudiziali in generale, rimandiamo interamente al recente studio di FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., che rappresenta la principale fonte sulla quale è stato sviluppato questo paragrafo.

⁶² Trib. Venezia 20 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 262 (“È ammissibile la trascrizione, presso la conservatoria dei registri immobiliari, della domanda di separazione personale proposta da un coniuge contro l'altro e recante, tra l'altro, la domanda di assegnazione dell'alloggio coniugale al ricorrente, a norma dell'art. 155 cod. civ.”); Trib. Milano 26 aprile 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 699 (“Può essere trascritta nei registri immobiliari la domanda d'assegnazione della casa familiare avanzata da un coniuge in seno al procedimento per separazione personale, fermo restando che, nell'ipotesi di richiesta subordinata, d'assegnazione parziale, l'eccezione rispetto alla necessità dei locali da assegnare come abitazione è materia che può essere valutata solo dal presidente del tribunale, quale giudice della separazione, nelle determinazioni di sua competenza ex art. 708 c.p.c.”); Trib. Ascoli Piceno 17 ottobre 2002, in *Rep. foro it.*, 2004, v. Trascrizione, n. 29; Trib. Genova 3 maggio 2001, in *www.affidamentocondiviso.it*.

assegnazione risulterebbe trascrivibile già allo stato della legislazione vigente.

Ad avviso dei sostenitori di tale impostazione, il legislatore, prevedendo la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare, avrebbe autonomamente integrato le previsioni di cui all'art. 2643 (*Atti soggetti a trascrizione*) nonché, allo stesso modo, all'art. 2652 (*Domande riguardanti gli atti soggetti a trascrizione*) o, quantomeno, all'art. 2653 (*Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti*) cod. civ.⁶³. L'interpretazione sistematica risulterebbe, pertanto, necessaria al fine "di evitare possibili elusioni della norma nelle more del giudizio in forza dei principi desumibili dagli artt. 2652-2653 c.c."⁶⁴.

La tesi non appare condivisibile alla luce dei principi generali che regolano la materia della trascrizione immobiliare, sistema dominato dall'esigenza della certezza a garanzia della circolazione dei beni non mobili⁶⁵. L'interpretazione sistematica sostenuta dalla giurisprudenza di merito in esame contrasta, difatti, con il principio della certezza della trascrizione⁶⁶ e con quello della tipicità (legale assoluta) delle domande giudiziali trascrivibili⁶⁷.

Inoltre, "l'impressione che si ricava dalla lettura della citata giurisprudenza di merito è quella (...) di una corrispondenza necessaria fra gli atti soggetti a trascrizione e la trascrizione delle domanda giudiziali. Corrispondenza che, per essere tale, dovrebbe essere tipica, cioè stabilita dal legislatore. Così in realtà non è: la tipicità è, infatti, quella di cui agli artt. 2643 ss. c.c., per gli atti, e, autonomamente, quella di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., per le domande giudiziali"⁶⁸.

Secondo un opposto e condivisibile orientamento giurisprudenziale, la domanda in esame non risulterebbe trascrivibile in quanto "non si ricava nella disciplina della trascrizione un principio generale in virtù del quale sono suscettibili di trascrizione tutte le domande giudiziali che si riferiscono agli atti suscettibili di trascrizione", non essendo "possibile colmare in via interpretativa la lacuna legislativa, dovuta a mera dimenticanza o difetto di coordinamento, alla luce dell'attuale disciplina"⁶⁹.

Nel tentativo di ammettere la trascrivibilità della domanda giudiziale di

⁶³ FRACCON, A.: "Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare", in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 670.

⁶⁴ Trib. Venezia 20 luglio 1993, cit.

⁶⁵ GAZZONI, F.: "Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale", cit., p. 744.

⁶⁶ Corte Cost. 6 aprile 1995 n. 115, in *Giust. civ.*, 1995, p. 1420.

⁶⁷ Cass. 30 agosto 2004 n. 17391, in *Foro it.*, 2005, p. 411.

⁶⁸ FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 322.

⁶⁹ Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, cit.

assegnazione della casa familiare, è stata recentemente sostenuta l'interpretazione estensiva dell'art. 2652, n. 2, cod. civ., in quanto, “sebbene si riferisca letteralmente alle domande ‘dirette a ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre’, tale disposizione legislativa deve essere (...) estensivamente interpretata nel senso che sia applicabile ogni qual volta sia richiesta (in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari) la sentenza costitutiva di taluno degli effetti dei contratti menzionati dall'art. 2643 c.c.”⁷⁰. Rientrando ogni sentenza costitutiva nell'ambito dell'art. 2652, n. 2, cod. civ., sarebbe irragionevole escludere la trascrizione della domanda di assegnazione dell'abitazione che, per l'appunto, tende ad una sentenza costitutiva⁷¹.

In senso contrario, è stato osservato che “il provvedimento di assegnazione (...) ha un'evidente rilevanza circolatoria ai fini di cui all'art. 2644 c.c., sicché si è del tutto al di fuori dell'ipotesi di diritto potestativo seguito da sentenza, come nel caso della servitù coattiva. Ne consegue che la domanda potrà essere trascritta solo se rientrante a pieno titolo nella previsione dell'art. 2652 n. 2 c.c., se, cioè, si ipotizza un obbligo a contrarre”⁷².

Secondo la dottrina riportata, a tale obbligo legale a contrarre risulterebbero sottoposti i genitori, in quanto questi sarebbero tenuti, per legge, a procurare un tetto ai propri figli. I figli, dunque, vanterebbero il diritto di continuare ad abitare nella casa familiare anche in caso di separazione, “onde il genitore proprietario che non conviverà con i figli, pur se l'affidamento sarà condiviso, è obbligato per legge a garantire tale continuità, mediante, innanzi tutto, la stipula di un atto di godimento, legato, temporalmente, all'autosufficienza economica dei figli stessi”⁷³. L'atto risulterebbe comunque condizionato dal provvedimento di omologazione ovvero di assegnazione da parte del giudice, qualificabile come *condicio iuris* sospensiva⁷⁴.

La trascrivibilità di tale “contratto atipico di godimento attuativo dell'obbligo legale di mantenimento diretto dei figli, la cui causa deve rinvenirsi nella separazione dei coniugi”⁷⁵ sarebbe tecnicamente assicurata dal rinvio posto in essere dall'art. 336-*sexies* cod. civ. all'art. 2643 cod. civ., all'interno del quale il

⁷⁰ SIRENA, P.: “L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso”, cit., p. 574.

⁷¹ GABRIELLI, G.: “Pubblicità dei diritti di abitazione, reali e personali, nei registri immobiliari del codice civile e nei libri fondiari”, in *Vita not.*, 2003, p. 583.

⁷² GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre”, in *Trattato della trascrizione*, cit., p. 113.

⁷³ GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, p. 748.

⁷⁴ GAZZONI, F.: *ult. op. cit.*, p. 749.

⁷⁵ FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 324.

n. 14 consente la trascrizione della sentenza di cui all'art. 2652, n. 2., cod. civ.⁷⁶.

La ricostruzione, invero definita dallo stesso Autore “tortuosa”, è stata ritenuta non condivisibile da attenta dottrina che ha formulato alcune riserve. È stato innanzitutto evidenziato che la fattispecie legale costitutiva del presunto obbligo a contrarre non sarebbe esclusivamente quella di cui all'art. 337-*sexies*, comma primo, cod. civ., ma anche quella di cui all'art. 337-*ter*, comma secondo, cod. civ. Tale norma prevede il coordinamento in merito alle condizioni di affidamento, nelle quali rientra senz'altro l'assegnazione della casa, tra l'accordo dei genitori e l'intervento del giudice, intervento che non rilevarebbe sul piano degli effetti, come sostenuto dalla dottrina criticata che parla di condizione, ma su quello della fattispecie. Dovendosi coordinare l'art. 337-*ter*, comma secondo, cod. civ., con gli artt. 147, 148, 158, comma secondo, cod. civ., 6, comma secondo, legge divorzile e 30 Cost., risulterebbe ineliminabile il sindacato del giudice su tali accordi quale coelemento perfezionativo della fattispecie e non già quale *condicio iuris* sospensiva⁷⁷.

Sulla base delle considerazioni sopra riportate, appare evidente che la domanda giudiziale di assegnazione risulta, ad oggi, non trascrivibile essendo, allora, auspicabile un intervento della Corte Costituzionale per la violazione da parte dell'art. 2652 cod. civ.⁷⁸, ove non prevede la trascrivibilità della

⁷⁶ GAZZONI F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, cit., p. 749.

⁷⁷ FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., pp. 324 – 325. È opportuno precisare che in FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 170 ss., l'Autore muoveva ulteriori critiche alla ricostruzione in esame che sono state oggetto di replica in GAZZONI F.: “La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre”, cit., p. 113 ss.

⁷⁸ Come sottolinea FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 322, nota 148, la trascrivibilità della domanda volta all'assegnazione della casa familiare sarebbe riconducibile all'art. 2652 cod. civ. e non già al successivo art. 2653 cod. civ., “ove la trascrizione delle domande e degli atti ivi tipizzati è (...) alquanto eterogenea e ciò non consente alcun parallelismo, neppure quello operante su un piano meramente descrittivo, con la fattispecie oggetto dell'indagine”. Si veda anche, Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, cit., la cui sentenza, ribadendo “che la trascrizione delle domande giudiziali assolve a funzioni diverse tra loro e del tutto eterogenee”, afferma che, in astratto, “solo la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre o della domanda diretta ad ottenere l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private in cui è contenuto un atto soggetto a trascrizione o iscrizione, di cui all'art. 2652, nn. 2 e 3, c.c.”, sia “strumentale ad anticipare gli effetti, di cui all'art. 2644 c.c., della trascrizione degli atti di cui all'art. 2643 c.c.” norma nella quale viene fatta rientrare anche l'assegnazione.

Sul punto si segnala, per completezza, la diversa opinione di ANDREOLA, E.: “Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa coniugale”, cit., p. 1208, la quale ritiene applicabile al caso in esame l'art. 2653, n.1, in quanto “a) tra le domande dirette all'accertamento ci sono anche quelle volte alla costituzione del diritto, essendo

domanda in esame⁷⁹, degli artt. 3 e 24 Cost., non potendo il genitore potenziale affidatario impedire che la durata del processo pregiudichi i propri diritti, con conseguente ed irragionevole disparità di trattamento rispetto alle altre ipotesi in cui la domanda giudiziale risulta, al contrario, trascrivibile; nonché degli artt. 29, 30 e 31 Cost. risultando sacrificato di fronte ai terzi tanto il diritto di abitazione in cui si estrinseca il dovere dei genitori di garantire ai propri figli un'idonea dimora⁸⁰, quanto il prioritario interesse dei figli a conservare l'ambiente in cui si è formata la loro personalità fino alla disgregazione della comunità familiare.

Invero, va segnalato che la Corte Costituzionale si è recentemente interessata per ben due volte della vicenda ma, in entrambi in casi, ha evitato di esprimersi dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, trincerandosi dietro delle argomentazioni definite “pretestuose”⁸¹.

Con l'ordinanza n. 142 del 18 aprile 2007, la Corte dichiarò “la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli articoli 2652 e 2653 del codice civile, sollevata, in riferimento agli articoli 3, 24, 29, 30, 31 della Costituzione, dal Tribunale di Alessandria” poiché quest'ultimo si era limitato “ad assumere che all'accoglimento della questione di legittimità conseguirebbe l'accoglimento del reclamo, senza in alcun modo precisare (...) se, al momento della pronuncia dell'ordinanza di rimessione, la domanda di assegnazione della casa familiare fosse stata o meno accolta dal presidente del tribunale, ai sensi dell'art. 708 del codice di procedura civile”. Tale fatto, ad opinione della Corte, incideva in maniera decisiva nel dirimere la questione considerando che “l'eventuale accoglimento della domanda di assegnazione della casa familiare renderebbe priva di contenuto la richiesta di trascrizione della domanda stessa, dal momento che il richiedente potrebbe trascrivere, al fine di renderlo opponibile ai terzi, il provvedimento di assegnazione, senza alcuna necessità della trascrizione della relativa domanda”⁸².

incluso nel provvedimento costitutivo ex art. 2908 c.c. anche l'accertamento che ne costituisce il logico presupposto; b) tra i diritti reali di godimento dei beni immobili devono essere ricompresi, come diritti assimilabili, quelli cui la legge attribuisce i connotati della realtà, desumibili dalla previsione legale della trascrizione”.

⁷⁹ FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 325 e GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, cit., p. 753 sostengono la necessità, da noi condivisa, che la Corte intervenga non già con una interpretazione costituzionalmente orientata, bensì con sentenza additiva.

⁸⁰ LA MARCA, G.: “Inammissibilità del sequestro giudiziario della casa familiare e trascrivibilità della domanda di assegnazione”, cit., p. 178.

⁸¹ FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 326.

⁸² Corte Cost. (ord.), 27 aprile 2007, n. 142, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2.

Secondo questa opinabile decisione, sembrerebbe che la questione di costituzionalità potrebbe risultare rilevante soltanto nelle more tra la domanda di assegnazione e l'udienza presidenziale, ma appare piuttosto evidente che il mancato rispetto di un così limitato ambito temporale al fine di far pervenire alla decisione del Giudice delle leggi non è certamente imputabile al giudice *a quo*⁸³.

Inoltre, la decisione della Corte appare ulteriormente censurabile per aver ritenuto risolutiva l'eventuale trascrizione del provvedimento presidenziale di assegnazione non considerando adeguatamente che questo "pur se positivo e poi trascritto, può essere modificato in sede di reclamo (art. 708, 4° comma, c.p.c.) o revocato con la sentenza, anch'essa suscettibile di riforma in sede di gravame, mentre la trascrizione della domanda copre qualsivoglia modifica intervenga fino al passaggio in giudicato della sentenza stessa"⁸⁴.

Nel 2011 la Consulta ha nuovamente ritenuto inammissibile, per difetto di legittimazione del giudice remittente, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 155-*quater*, 2652 e 2653 c.c., sollevata dal Tribunale di Napoli in riferimento agli articoli 3, 24, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui tali norme non contemplano la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare contenuta in un ricorso per separazione giudiziale". A sostegno della propria decisione, la Corte, dopo aver sottolineato che le questioni incidentali di costituzionalità possono essere sollevate dal giudice esclusivamente nel corso di un procedimento avente carattere giurisdizionale, ha evidenziato che, nella specie, il procedimento originato dal reclamo proposto al Tribunale, a seguito della trascrizione con riserva per conservare gli effetti della formalità (*ex* artt. 2674-*bis* cod. civ. e 113-*ter* disp. att. cod. civ.), ha natura amministrativa, trattandosi di un procedimento che non comporta esplicazione di attività giurisdizionale ed il cui provvedimento conclusivo non è suscettibile di passare in giudicato⁸⁵.

Risulta, in conclusione, quanto mai auspicabile un intervento risolutivo da parte della Corte Costituzionale che con una sentenza additiva ponga fine alla problematica qui esaminata, assicurando adeguata tutela al prioritario ed infungibile interesse abitativo della prole, di indubbia rilevanza costituzionale nonché *ratio* del provvedimento assegnativo per espressa volontà del legislatore, attraverso la trascrizione della domanda giudiziale. Soltanto tale strumento risulterebbe infatti idoneo a "garantire, già nella fase introduttiva del giudizio, la tutela di un prevalente diritto, riconosciuto anche oltre i limiti

⁸³ PALADINI, M.: "Gli atti di alienazione della casa familiare", cit., p. 82.

⁸⁴ GAZZONI, F.: "La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre", cit., p. 116.

⁸⁵ Corte Cost. 11 febbraio 2011, n. 47, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 574 ss.

della proprietà privata, privilegiando le ragioni pubblicistiche sottese alla protezione della famiglia”⁸⁶.

In caso contrario, l'interesse dei figli a conservare l'ambiente domestico, continuerà ad essere equiparabile, quanto meno nella fase introduttiva del giudizio di separazione, ad una mera aspettativa priva di qualsivoglia protezione effettiva da parte dell'ordinamento giuridico.

ÍNDICE

⁸⁶ ANDREOLA, E.: “Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa coniugale”, cit., p. 1209.

SUCCESSIONE MORTIS CAUSA E RISERVA A FAVORE DEL
CONIUGE DEL DIRITTO DI ABITAZIONE SULLA CASA
FAMILIARE

SUCCESSION UPON DEATH FOR THE SPOUSE'S RIGHT OF
OCCUPANCY OF THE FAMILY ESTATE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 505 - 542.

Fecha entrega: 17/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

LUCA AGOSTARA
Avvocato y dottorando di ricerca in diritto civile
Libera Università Maria Santissima Assunta
l.agostara@lumsa.it

RESUMEN: Il presente lavoro presenta uno studio sull'art. 540, co. 2 del Codice civile italiano il quale attribuisce al coniuge superstite il diritto di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano. Tale istituto, riconosciutane la natura di speciale riserva attribuita mediante un legato ex lege, viene affrontato nelle sue molteplici e spinose implicazioni, con particolare riferimento ai suoi beneficiari, alle modalità di acquisizione, alla sua eventuale sussistenza nella successione legittima e alla, conseguente, determinazione delle quote di eredità.

PALABRAS CLAVE: casa familiare; coniuge superstite; legato; successione a causa di morte; successione necessaria; successione legittima.

ABSTRACT: This research is a study of Article 540, comma 2, of the Italian Civil Code, which awards the surviving spouse the right of occupancy of the family's estate, and the use of the furniture that decorate it. The multiple and tricky implications of this legislation are discussed, upon recognizing the sensitive nature of the devise, paying careful attention to the beneficiaries, the acquisition procedures, the eventual possibility in a succession without a testament, and consequently establishing the distribution of the inheritance among successors.

KEY WORDS: family estate; surviving spouse; succession upon death; necessary succession; legitimate succession.

SUMARIO: I. PREMESSA.- II. *RATIO* DELLA NORMA.- III. PRESUPPOSTI DEI DIRITTI.- 1. Presupposti soggettivi.- 2. Presupposti oggettivi.- IV. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELL'ATTRIBUZIONE *EX ART.* 540, CO. 2, C .C.- V. NATURA DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO.- VI. ACQUISIZIONE DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO NELLA SUCCESSIONE NECESSARIA.- VII. ACQUISIZIONE DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO NELLA SUCCESSIONE LEGITTIMA.- 1. Sussistenza dei diritti *ex art.* 540 cpv. c.c. nella successione legittima.- 2. Calcolo della quota intestata del coniuge superstite.- VIII. L'ATTRIBUZIONE *EX ART.* 540, CO. 2, C.C. ED IL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA.- IX. TRASCRIZIONE DELL'ACQUISTO DEL DIRITTO DI ABITAZIONE.

I. PREMESSA.

Il campo delle successioni a causa di morte, benchè costituisca un tema classico degli studi civilistici, o forse proprio per tale ragione, non di rado sconta le negative conseguenze dell'adesione acritica ad opinioni che ritraggono la loro attendibilità, per lo più, da una tralatizia riproposizione.

Invero, tale circostanza sembra emergere, ancora una volta, con riferimento a certe riflessioni spese intorno ai diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano che *ex art.* 540 cpv. c.c. spettano al coniuge superstite.

Rinunciare *tout court* alla verifica della tenuta di una costruzione, accademica o giurisprudenziale, accogliendola e tramandandola senza svolgere approfondite analisi critiche, implica, a nostro avviso, un grave vizio epistemologico che non può non riverberarsi sugli esiti di uno studio.

Una serie di recenti interventi giurisprudenziali porge, dunque, l'occasione per offrire una panoramica, si spera completa, delle principali questioni legate ai suddetti diritti, con particolare riferimento a quelle inerenti i soggetti beneficiari e alle modalità di determinazione della riserva di cui all'art. 540 co. 2, c.c. che, come si vedrà, offre numerosi spunti problematici la cui risoluzione non sempre si appalesa agevole.

II. *RATIO* DELLA NORMA.

Il tema che ci occupa rappresenta una questione tra le più delicate ed incerte¹, quella attinente il diritto di abitazione della casa adibita a residenza familiare² e dell'uso dei mobili che la corredano, attribuiti al coniuge superstite dall'art. 540, co. 2 c.c. come novellato dalla l. 19 settembre 1975 n. 151 che, com'è noto, ha riformato il diritto di famiglia³.

Tale problematicità deriva alla norma *de qua* da almeno due versanti: anzitutto, dalla difficile armonizzazione dei nuovi diritti con le dinamiche proprie del sistema successorio italiano⁴; inoltre, dalla collocazione della suddetta norma su uno scosceso crinale che si snoda tra insopprimibili istanze personalistiche e pressanti ragioni di ordine economico-patrimoniale.

La riforma del diritto di famiglia, in ossequio ad inattuati principi costituzionali⁵, ha determinato senza dubbio un radicale, e, secondo alcuni, eccessivo⁶ miglioramento della posizione successoria del coniuge superstite,

¹In questi termini, AZZARITI, G.: "Il diritto di abitazione sulla casa già adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano da parte del coniuge superstite", in *Giustizia civile*, 1987, n. 7-8, p. 2377.

²Su natura, requisiti e presupposti della casa familiare, si veda FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004, passim.; ID, *Casa familiare*, in *Tratt. dir. fam.*, (diretto da P. ZATTI), I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 1753 ss.

³La peculiare riserva che ci occupa conosce in realtà alcuni precedenti, sebbene non del tutto sovrapponibili, nella legislazione sull'edilizia economica e popolare come disciplinata dall'art. 26, t.u. 30 novembre 1919 n. 2318 e dall'art. 115, t. u. 28 aprile 1938 n. 1165 (novellato dalla l. 1 marzo 1952 n. 113), nonché nell'abrogato art. 198 c.c. 1865; norme, queste, volte tutte a garantire la soddisfazione del mero bisogno dell'alloggio.

⁴Cfr. CALVO, R.: "Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, n. 1, p. 15; FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", *Rivista dir. fam. pers.*, 2008, n. 2, p. 955.

⁵FORCHIELLI, P.: "Aspetti successori della riforma del diritto di famiglia", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, n. 3, p. 1015, osserva che "la soluzione adottata...appare coerente con la nuova concezione costituzionale e legislativa della famiglia: una concezione aperta e democratica, nella quale, un coniuge non conta più dell'altro e, almeno sotto il profilo patrimoniale, né il figlio capace conta più del genitore, né il genitore conta più del figlio. Una sostanziale uguaglianza patrimoniale dunque tra tutti i componenti della famiglia...che non poteva non protrarsi anche oltre la morte di uno dei coniugi". Secondo CICERO, C. – DEPLANO, S.: "Profili evolutivi dell'art. 540, comma 2: effettività della destinazione 'a residenza familiare' e rilevanza degli interessi extrapatrimoniali del coniuge superstite", in *Riv. Not.*, 2015, n. 1, p. 206, la disposizione al nostro vaglio è direttamente collegabile a numerose disposizioni costituzionali, quali l'art. 2 in tema di riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni in cui si svolge la sua personalità, l'art. 30 con riferimento all'educazione della prole, l'art. 31 a sostegno dell'istituto familiare, l'art.37 che offre garanzie alla donna/madre lavoratrice.

⁶Si giunge a parlare del coniuge superstite quale "successore egemone". Cfr. TULLIO, A.: "La successione necessaria", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, n. 1, p. 9 ss.; GARGANO A.: "Il coniuge superstite: un erede 'scomodo'? I diritti d'uso e di abitazione", in *Riv. not.*, 1980,

al quale viene ora riservata, rispetto al precedente mero usufrutto *uxorio* sui due terzi del patrimonio del defunto, una quota (variabile) in piena proprietà, oltre i diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano.

La *ratio* sottesa a tali diritti va rintracciata, indirettamente, nella tutela dell'interesse economico a disporre di un alloggio e, precipuamente, nel rispetto di esigenze morali e sentimentali in ossequio alle quali il coniuge superstite deve poter conservare il godimento della medesima casa che aveva ospitato la vita del consorzio familiare⁷.

Appare, in effetti, dominante la finalità etica della speciale riserva qualitativa assegnata a beneficio del coniuge superstite *ex art. 540 cpv. c.c.* e volta a tutelarne un'esigenza esistenziale⁸; ciò, tuttavia, come si avrà modo di

III, n. 6, p. 1622, pone l'accento sulla violazione del principio di intangibilità della legittima cui le estreme applicazioni pratiche dell'art. 540 cpv. c.c. potrebbero condurre.

⁷ Evidenzia CALVO, R.: "Il diritto di abitazione", cit., p. 20, che "...in questo quadro, il *ius in re*, oltrepassati gli insegnamenti difesi dall'individualismo avalutativo postulanti l'intangibilità del *Willensmacht*, abbandona le vesti irradianti la logora immagine raffigurante la situazione di mero esercizio di potestà sulla cosa opponibile *erga omnes*, per assumere tratti assai più complessi e conformi alle norme di principio della legge fondamentale, che lo rendono percettibile sotto il profilo del virtuoso sviluppo della persona e...soprattutto dei soggetti inseriti nel 'nucleo abitativo', portatori – come tali – dell'interesse alla stabile convivenza nell'*habitat familiare*'".

Riconoscono la *ratio* intimistica del II co. art. 540 c.c., GABRIELLI, G.: "Art. 540", in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. CARRARO, G. OPPO E A. TRABUCCHI), t. I, p. II, Padova, 1977, p. 833; MASCHERONI, A.: "Il nuovo trattamento successorio del coniuge superstite", in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 639; GAMBARDELLA, M.: "I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite: una nuova figura di riserva", in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 1989, p. 692; FERRARI, S.: "Appunti sugli aspetti successori della riforma del diritto di famiglia", in *Vita not.*, 2002, n. 4, p. 1287; altri riconducono la norma alla volontà di preservare al coniuge il godimento della casa coniugale: CANTELMO, V. E.: "La situazione del coniuge superstite", in *Rass. dir. civ.*, 1980, n. 1, p. 50; FINOCCHIARO, A. – FINOCCHIARO, M.: *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1978, vol. III, p. 1046; PEREGO, E.: "I diritti d'abitazione e d'uso spettanti al coniuge superstite", in *Riv. dir. civ.*, 1975, n. 4, p. 553; RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione ed uso a favore del coniuge superstite", in *Riv. dir. fam. pers.*, 1978, n. 1, p. 224; altri, ancora, all'utile economico destinato a ricadere sul coniuge (MIRONE, A.: *I diritti successori del coniuge*, Napoli, 1984, p. 113; BELLANTONI, L. – PONTORIERE, F.: *La riforma del diritto di famiglia*, Napoli, 1976, p. 337), o, ancora, nel voler evitare al coniuge "il disagio materiale e morale della ricerca di un alloggio o adattamenti a nuove condizioni di vita" (GARGANO, A.: "Il coniuge superstite", cit., p. 1622). In generale, con riguardo alla crescente tutela di interessi personalistici nell'ambito dei rapporti privatistici, si vedano i fondamentali contributi di DONISI, C.: "Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto civile", in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 645 ss; PERLINGIERI, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", in AA. VV.: *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 95 ss.

⁸ Secondo MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.* (diretto da CICU, MESSINEO e continuato da MENGONI), Milano, 1999,

precisare, non oblitera fino in fondo l'indole patrimoniale connaturata ai diritti di cui si discorre.

Va, comunque, apprezzato lo sforzo di svincolare il diritto successorio, almeno *in parte qua*, dai valori che da sempre lo hanno innervato, quali proprietà e famiglia, per ricollegarlo alla persona umana⁹.

III. PRESUPPOSTI DEI DIRITTI.

I presupposti del sorgere dei diritti di abitazione e di uso, ai sensi dell'art. 540, co. 2, c.c., sono:

- a) lo *status* di coniuge;
- b) che la casa sia adibita a residenza familiare¹⁰ e che sussistano mobili di corredo;
- c) che la casa appartenesse in via esclusiva al coniuge deceduto o fosse comune tra questi ed il coniuge superstite;
- d) che vi sia un asse da dividere.

p. 171, “la *ratio* della norma scaturisce dalla moderna <<sociologia della salute>>, che assume la salute non solo nel senso negativo di assenza di malattia, ma nel senso di stato di benessere fisico e psichico”.

⁹ CACCIAPAGLIA, T.: “La successione legittima e i diritti di uso e abitazione del coniuge superstite”, in *Giust. civ.*, n. 11/12, 2013, p. 2477 ss.

¹⁰ Secondo Cass., 27 febbraio 1998, n. 2159, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, n. 2, p. 1794, il concetto di residenza familiare, di cui all'art. 43, co. 2, c.c., richiama l'effettività della dimora abituale nella casa coniugale. Va, al riguardo, segnalato altresì che l'art. 144, co. 1, c.c. ai sensi del quale, *inter alios*, i coniugi fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle della famiglia stessa. In particolare, è stato affermato (Gabrielli, G.: “Art. 540”, cit., p. 839) che “il diritto del coniuge superstite possa avere ad oggetto più case, e ciò ogni volta che due luoghi di stabile dimora abbiano avuto uguale importanza di focolare, come centri della convivenza familiare”; le seconde abitazioni costituirebbero propaggine della prima e pertanto sarebbero gravate dai diritti in oggetto (cfr. FINOCCHIARO, M.: *Riforma del diritto di famiglia*, sub art. 540, III, Milano, 1979, p. 2297). A questa opinione è stato eccepito anzitutto l'inconsistenza del concetto di focolare, poi il rilievo che l'art. 144 c.c. sembra porre un criterio di univocità della residenza ed infine il rischio di un eccessivo svuotamento dei diritti degli altri legittimari (Trinchillo, C.: “Il trattamento successorio del coniuge superstite”, in *Studi in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 1227; BERGAMO, E.: *L'oggetto del diritto di abitazione riservato al coniuge superstite*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, n. 2, p. 1794).

1. Presupposti soggettivi.

Analizzando, adesso partitamente, tali aspetti, anzitutto va detto che l'art. 540, co. 2, c.c. parla genericamente di "coniuge" nell'individuare il soggetto beneficiario dei diritti in oggetto. Per certo, non vigendo alcun vincolo matrimoniale, tali diritti non spetteranno in caso di dichiarazione di nullità, scioglimento del matrimonio civile, cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso, matrimonio religioso non trascritto o tardivamente trascritto nei registri dello stato civile¹¹.

Più articolato appare il ragionamento da svolgersi riguardo all'ipotesi del coniuge separato legalmente. L'art. 548 c.c. a chiare lettere dispone che i diritti successori del coniuge separato con addebito sono circoscritti al conseguimento potenziale di un assegno vitalizio, con esclusione di tutte le altre prerogative successorie del coniuge; la medesima norma, nondimeno, equipara, quanto ai diritti di successione, il coniuge separato senza addebito al coniuge in costanza di matrimonio¹².

Tuttavia, sulla possibilità di ricomprendere il coniuge separato senza addebito tra i beneficiari degli speciali diritti di cui all'art. 540, co. 2, c.c. si sono registrate opinioni contrastanti.

Una prima¹³, di maggiore apertura, valorizzando il dato positivo dell'art. 548,

¹¹ Cfr. OLIVA, L.: "I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite nelle successioni legittime", in *Vita Not.*, 2006, n. 1, p. 429. Con riferimento alla necessaria trascrizione del matrimonio religioso perché questo rilevi anche in ambito civile, l'art. 8, co. 1, l. 25 marzo 1985, n. 121 ammette la possibilità di procedere alla trascrizione del matrimonio canonico nei registri dello stato civile anche tardivamente, ossia trascorsi che siano cinque giorni dalla celebrazione; ne discende che, sino all'avvenuta trascrizione, dinanzi allo Stato italiano, i due coniugi sono considerati alla stregua di due conviventi *more uxorio* (v. Trib. Milano, 8 settembre 1997, in *Archivio locaz. e cond.*, 1998, p. 88) e come tali esclusi dall'applicabilità dell'art. 540, co. 2, c.c. La trascrizione produce gli effetti in via retroattiva al momento della celebrazione religiosa ma la norma fa salvi gli effetti dei terzi, quali devono essere considerati anche gli eredi nei confronti del coniuge superstite (v. Cass. S. U., 4 giugno 1992, n. 6845, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 582).

¹² A. GARGANO, "Il coniuge superstite" cit., p. 1624, nt. 13-*bis*, correttamente sottolinea che sarebbe profondamente iniquo "privare di un importante ed etico diritto successorio il coniuge incolpevole per il fatto dell'altro proprio coniuge che tutto sommato ne trarrebbe vantaggio".

¹³ GABRIELLI, G.: "Commento all'art. 540", in *Comm. dir. it. fam.*, vol. V, Padova, 1992, p. 58; Mengoni, L.: *Successione per causa di morte. Parte Speciale. Successione legittima*, cit., Milano, 1999, p. 176; COSTANZA, M.: "Osservazioni in tema di successione del coniuge separato", in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1978, p. 747; MASCHERONI, A.: "La successione del coniuge dopo la riforma del diritto di famiglia", in *Riv. not.*, 1985, n. 2, p. 418. Secondo CALVO, R.: "Il diritto di abitazione", cit., p. 29, "tale destinazione (a residenza familiare) sembra persistere

co. 1, c.c., ritiene che la riserva qualitativa di cui si discorre spetterebbe anche al coniuge separato senza addebito qualora almeno uno dei coniugi abbia continuato a vivere in quella che era stata la residenza familiare. Secondo questa prospettiva ermeneutica, dunque, ai fini dell'esistenza di una "residenza familiare" non sarebbe strettamente necessaria l'effettiva e attuale convivenza dei coniugi; ciò in quanto la permanenza di un solo coniuge terrebbe viva l'aspettativa di una ripresa della convivenza, senza pertanto produrre l'estinzione della "residenza familiare" ma soltanto una sua quiescenza.

A tale autorevole prospettazione è stato, tuttavia, obiettato¹⁴ che qualora i coniugi, a seguito di separazione legale¹⁵, non condividano più il tetto coniugale, non potrà, per evidenti ragioni logiche, ulteriormente discorrersi di "residenza familiare". Effettivamente, una volta venuto meno il *consortium* coniugale, parrebbe più coerente ritenere che la casa smetta il ruolo originariamente deputato di luogo di attuazione dell'indirizzo familiare. Sul punto, di recente, la Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimersi ben due volte¹⁶, aderendo alla linea secondo cui in caso di separazione personale anche senza addebito e di conseguente cessazione della convivenza, l'impossibilità di individuare una casa adibita a residenza familiare fa venire meno il presupposto oggettivo richiesto ai fini dell'attribuzione dei diritti reali di cui all'art. 540 cpv. al coniuge superstite. L'applicabilità della norma in esame, in altre parole, viene esclusa sul condivisibile presupposto che la separazione personale dei coniugi comporti, dal punto di vista etico-emotivo, il naturale venir meno di una residenza familiare¹⁷. Non è forse inutile precisare, in questa sede, che, evidentemente,

quantunque si sia rotto il rapporto di convivenza, come accade con particolare evidenza allorchè la casa sia stata poi goduta dall'ereditando e dai figli".

¹⁴ In questo senso, MORACE PINELLI, A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001, p. 195; FALZONE CALVISI, M. G.: *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, p. 127; TRINCHILLO, C.: "Il trattamento successorio del coniuge superstite", cit., p. 1230; RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 242.

¹⁵ Diversa soluzione potrebbe richiedere il caso in cui si tratti di separazione di fatto, laddove, versandosi in una situazione maggiormente liquida e più facilmente ricomponibile, potrebbe valutarsi in concreto la attuale sussistenza di una residenza familiare. Offre spunti in tal senso, RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 242, nt. 41.

¹⁶ Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, in *Riv. Not.*, 2014 p. 1031; Cass., 22 ottobre 2014, n. 22456, in *Riv. Not.*, 2015, p. 204. Nello stesso senso, per la giurisprudenza di merito, si vedano App. Venezia, 14 giugno 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 28; Trib. Foggia, 30 gennaio 1993, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1652.

¹⁷ Non va sottaciuta l'opinione a mente della quale sarebbe probabilmente più corretto dar prova, sulla scorta della verifica del caso concreto, della circostanza dell'insussistenza della residenza familiare; e ciò in ossequio all'art. 29 Cost. che orienterebbe verso un'interpretazione della locuzione "residenza familiare" tenendo conto anche degli interessi di cui siano portatori gli altri membri della famiglia. Spunti in tal senso in CICERO, C. –

la residenza familiare tornerebbe a configurarsi laddove i coniugi separati addivenissero ad una riconciliazione ai sensi dell'art. 154 c.c. Solo la valutazione in concreto di una riconciliazione coniugale potrebbe, infatti, infrangere il principio per cui lo stato di separazione produce l'estinguersi della residenza familiare ed, in effetti, la riconciliazione farebbe venir meno la situazione di separazione personale tra i coniugi.

La Corte Costituzionale¹⁸, inoltre, chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 540 cpv., c.c. con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., nella misura in cui non prevedesse la spettanza dei noti diritti a beneficio del convivente *more uxorio*, ha rigettato la questione asserendo che l'attribuzione *ex art. 540 cpv.* spetta al coniuge in quanto legittimario. In particolare, questo nesso si spiegherebbe, a dire della Consulta, con la volontà del legislatore di tutelare non solo il bisogno dell'alloggio ma anche "altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo con la qualità di erede del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio".

Non manca chi¹⁹ si professa favorevole ad una estensione dell'art. 540 cpv. c.c. al convivente, facendo leva sull'identità dei bisogni che quest'ultimo nutrirebbe rispetto alla casa in cui si svolgeva la convivenza nonché sull'attribuzione *ex art. 584 c.c.* dei noti diritti al coniuge putativo il quale, protagonista di una fattispecie nulla sarebbe da considerare formalmente alla stregua di un convivente. Al di là del ricorrere delle medesime esigenze sentimentali in capo al mero convivente, le due posizioni, coniuge putativo e convivente, non sembrano accomunabili. La fattispecie del matrimonio putativo infatti comporta, oltre alla celebrazione di un matrimonio se pur nullo, il decisivo profilo della buona fede che ha condotto il coniuge putativo a vivere, di fatto, alla stregua di un coniuge protagonista di un matrimonio valido. In questa considerazione siamo, inoltre, confortati dall'appartenenza del coniuge putativo alla categoria dei successori legittimi. Ancora, riteniamo che l'insorgere dei diritti di uso e di abitazione, comportando una compromissione notevole dei diritti degli eredi, rappresenti una fattispecie eccezionale non suscettibile di applicazione analogica²⁰. Si potrebbe dunque

DEPLANO, S.: "Profili evolutivi dell'art. 540, comma 2, c.c.", cit., p. 211; MARINARO, G.: *La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. CNN* (a cura di P. PERLINGIERI), Napoli, 2009, p. 72, nt. 167.

¹⁸ Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Riv. dir. fam. pers.*, 1989, p. 474.

¹⁹ GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 319; CICERO, C. – S. DEPLANO, S.: "Profili evolutivi dell'art. 540. Co. 2, c.c.", cit., p. 213.

²⁰ Come sottolinea FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", cit., p. 961, a diversa conclusione non potrebbe condurre il rilievo secondo cui al convivente *more uxorio* l'art. 6, co. 1, l. n. 392/1978 concede di subentrare nel contratto di locazione di cui fosse

auspicare un intervento del legislatore sul punto in una prospettiva *de jure condendo*.

Un ulteriore sforzo interpretativo deve essere svolto a proposito dell'ipotesi di presenza di figli affidati ad uno dei coniugi.

Non manca chi ritiene²¹ che l'affidamento dei figli, con contestuale assegnazione del godimento della casa, ad uno dei coniugi separati, (a prescindere dalla circostanza che questo abbia ricevuto l'addebito della separazione²²) valga a conservare alla casa il ruolo di casa familiare, con la conseguenza che, alla morte di uno dei due coniugi, si avranno le condizioni per il sorgere dei diritti di cui all'art. 540, co. 2, c.c.

A ben vedere, però, tale conclusione appare una forzatura nella misura in cui, dinanzi alla circostanza per cui i coniugi abbiano deciso di interrompere il loro rapporto personale, l'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario della prole viene considerato elemento sufficiente a non far perdere alla casa dove si svolgeva la vita coniugale la valenza di residenza familiare²³. Di più, occorre tenere ben distinti il diritto personale di godimento (sulla cui opponibilità a terzi, si veda il contributo di G. Frezza in questo volume) eventualmente spettante al coniuge affidatario della prole *ex art. 337 sexies* c.c. dal diritto reale di abitazione di cui all'art. 540, co. 2, c.c. Evidentemente, il primo è rivolto alla tutela precipua della prole mediante conservazione a quest'ultima dell'ambiente familiare; il secondo, invece, è posto a tutela di interessi patrimoniali e non patrimoniali del coniuge. Ne discende che il provvedimento di assegnazione in alcun modo potrà contribuire a mantenere in essere, tra i coniugi, una casa familiare²⁴.

titolare il *de cuius*, atteso che tale successione *ex lege* sarebbe controbilanciata dall'obbligo di versare il canone locatizio.

²¹ In questo senso, RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 243; GABRIELLI, G.: "Art. 540", cit., p. 847.

²² Si pensi al caso in cui affidatario della prole sia il coniuge separato con addebito, il quale sia anche proprietario della casa *ex familiare*; in questo caso, secondo questa teoria, potrebbe continuare a parlarsi di casa familiare con conseguente nascita dei diritti in oggetto a favore dell'altro coniuge in caso di decesso del coniuge affidatario/proprietario.

²³ Cfr. TRINCHILLO, C.: "Il trattamento successorio del coniuge superstite", cit., p. 1231 e Andrini, M. C.: "Legittimari", in *Vita Not.*, 1988, n. 4/5, p. 551, i quali, entrambi, pongono l'accento sul fatto che i benefici di cui all'art. 540, co. 2, c.c. sulla residenza familiare sono riconosciuti al coniuge *uti singulus* e non quale esercente la potestà genitoriale.

²⁴ Si creerebbe, diversamente opinando, una discriminazione a detrimento del coniuge separato senza addebito ma che non sia assegnatario della casa in mancanza di prole.

2. Presupposti oggettivi.

L'art. 540 cpv., c.c. statuisce che i noti diritti sulla casa adibita a residenza familiare spettano al coniuge superstite "se di proprietà del defunto o comuni".

Preliminarmente, riteniamo che il riferimento al diritto di proprietà debba intendersi in senso ampio siccome riferito a qualunque diritto reale dal contenuto più ampio di quello di abitazione²⁵, seppur con le limitazioni proprie dei singoli istituti (ad es. usufrutto).

E' controverso se la nascita di tali diritti sia compatibile con la comproprietà del bene fra il *de cuius* e persona diversa dal coniuge superstite.

Da un canto, gli interpreti²⁶ unanimemente rigettano la soluzione pienamente positiva, atteso che non è ammissibile che diritti tanto pervasivi, oltretutto non esistenti nell'asse ereditario, sorgano su beni di terzi che non ne erano gravati sino al momento della morte del *de cuius*²⁷.

In caso di comproprietà della casa familiare tra il coniuge defunto e terzi, infatti, si deve ritenere che questi ultimi avessero messo, per quanto di rispettiva competenza, l'immobile comune a disposizione dei coniugi secondo gli schemi contrattuali della locazione²⁸ o del comodato²⁹.

L'effettivo contrasto si registra, invece, tra coloro i quali, a determinate condizioni, attribuiscono all'art. 540 cpv., nella particolare ipotesi che ci occupa, una qualche rilevanza e chi esclude recisamente che, in caso di bene in comunione con terzi, tale norma trovi applicazione.

²⁵ FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", cit., p. 958; GABRIELLI, G.: "Art. 540", in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., p. 57; *contra* MUSOLINO, G.: "I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", in *Riv. Not.*, 2005, n. 3, p. 644; ANDRINI, M. C.: "Legittimari", cit., p. 552 che esclude l'applicabilità dell'art. 540, co. 2, c.c. al caso in cui il genitore abbia donato in vita la nuda proprietà della casa familiare ai figli riservando l'usufrutto solo per sé e non anche, contemporaneamente o successivamente, per l'altro coniuge.

²⁶ FINOCCHIARO, A. – FINOCCHIARO, M.: *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1983, p. 2296; Cass., 22 luglio 1991, n. 8171, in *Arch. civ.*, 1991, p. 249.

²⁷ L. OLIVA, "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 430.

²⁸ In siffatta ipotesi il coniuge potrebbe, invero, continuare a vivere in quelle che era stata la casa familiare in quanto erede di una quota, da un lato, e, dall'altro, quale successore nel contratto di locazione ai sensi dell'art. 6, co. 1, l. 392/1978.

²⁹ Se la disponibilità della casa familiare era, invece, garantita, per la quota di proprietà di terzi, da un contratto di comodato stipulato con il *de cuius*, la morte del comodatario, ai sensi dell'art. 1811 c.c., consente al comodante la possibilità di richiedere l'immediata restituzione della cosa.

I sostenitori³⁰ della prima linea di pensiero mirano ad impedire facili aggiramenti dell'art. 540 cpv., per eludere il quale sarebbe bastevole, da parte del coniuge proprietario della casa familiare, alienare a terzi una piccola quota di comproprietà prima del suo decesso³¹. La soluzione risiederebbe nel riconoscere che il diritto di abitazione sorga già sulla sola quota di proprietà del coniuge defunto; tuttavia, qualora, in sede di divisione, non potesse attuarsi il distacco di una frazione dell'immobile, il coniuge superstite avrebbe diritto al controvalore economico del diritto di abitazione sulla quota di proprietà del coniuge premorto.

Un diverso orientamento³² reputa che la locuzione “se di proprietà del defunto o comuni” vada interpretata restrittivamente sia per ragioni letterali (la parola “comuni”, senza ulteriori specificazioni, non può che riferirsi alle due figure citate del defunto e del coniuge) che per il tradimento della *ratio* della norma che verrebbe perpetrato. A ben vedere, sotto quest'ultimo angolo di osservazione infatti, si ribadisce che la riserva in parola apporta un accrescimento naturalmente qualitativo e solo mediamente quantitativo: ne consegue, quale logico corollario, che non può ammettersi, in caso di

³⁰ GABRIELLI, G.: “I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti”, in *Vita not.*, 2005, I, p. 709; VICARI, G.: “I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite”, in *Riv. dir. pers. e fam.*, 1978, p. 1329; FINOCCHIARO, A. – FINOCCHIARO, M.: *La riforma del diritto di famiglia*, II, Milano, 1976, p. 368; MIRONE, A.: *I diritti successori del coniuge*, cit., p. 140; FALZONE CALVISI, M. G.: *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, cit., p. 132. Più arduo, invero, sostenere l'ammissibilità di un uso *pro quota*; in senso positivo, tuttavia, PUGLIESE, G.: *Usufrutto, uso e abitazione*, Milano, 1954, p. 740. In giurisprudenza, Cass., 10 marzo 1987, n. 2474, in *Vita not.*, I, 1987, p. 750; Cass., 30 luglio 2004, n. 14594, in *Riv. Not.*, 2005, p. 638 ss.

³¹ In un'ottica estremamente favorevole al coniuge superstite e notevolmente estensiva del portato normativo dell'art. 540, co. 2, c.c., MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Successioni legittima*, cit., p. 172-173, ritiene che la locuzione “se di proprietà del defunto o comuni” vada intesa come espressione della necessità, perché trovi applicazione l'art. 540 cpv., che la casa familiare faccia parte del compendio ereditario; data la superiore premessa, tale circostanza ricorrerebbe anche laddove il *de cuius* avesse donato a terzi la casa senza privarla della destinazione a residenza della famiglia e ciò in quanto il bene rientrerebbe nel patrimonio ereditario mercè l'azione di riduzione. Tale lettura, pure autorevole, tuttavia rappresenta, ad avviso di chi scrive, una forzatura nella misura in cui condurrebbe ad alterare l'ordine di riduzione delle donazioni scolpito nell'art. 559 c.c. Nel senso, invece, che il diritto di abitazione a favore del coniuge superstite non sorga ove il coniuge defunto abbia donato a terzi l'immobile, si veda FERRI, L.: *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 53.

³² CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2002, p. 276; FERRI, L.: *Dei legittimari*, cit., p. 58; Cass., 23 maggio 2000, n. 6691, in *Riv. Not.*, 2000, p. 1499; Cass., 15 maggio 2000, n. 6231, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce: *Successione ereditaria*, n. 12; Cass., 22 luglio 1991, n. 8171, cit.; Trib. Roma, 26 marzo 2003, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1402. Avanza l'idea per cui in caso di comproprietà della casa con terzi ne verrebbe meno la condizione di residenza familiare, TEDESCO, G.: *Casa familiare compresa nell'eredità solo pro quota. Il diritto di abitazione non spetta al coniuge superstite se l'altra quota appartiene ad un terzo*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1402.

comproprietà con terzi, né un diritto di abitazione *pro quota* che non risponderebbe alle esigenze etico-pratiche del coniuge superstite, né, per le medesime argomentazioni e a più forte ragione, una surrogazione reale del controvalore economico della quota non concretizzabile con una parte materiale dell'appartamento.

IV. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELL'ATTRIBUZIONE EX ART. 540, CO.2,C.C.

L'art. 540 c.c. si inserisce nel sistema della cosiddetta successione necessaria³³ e illustra la misura della quota di eredità riservata al coniuge, precisando, al secondo comma, che ad esso sono altresì riservati, anche quando concorra con altri chiamati, i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni.

L'inciso finale dispone che tali diritti gravino in prima battuta sulla porzione disponibile, esaurita quest'ultima sulla riserva del coniuge e, qualora questa non sia ancora sufficiente, per il rimanente sulla quota riservata ai figli.

Con riferimento alla natura giuridica di tale attribuzione³⁴, è stata avanzata l'ipotesi secondo la quale tali diritti sarebbero acquistati a titolo universale³⁵

³³ La successione dei legittimari, secondo l'opinione oramai prevalente, va considerata, mutuando le parole di CICU, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, p. 218 quale successione legittima potenziata. In dottrina, oltre il Cicu, PINO, A.: *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, p. 1 ss.; CARIOTA FERRARA, L.: *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977, p. 168 ; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, (diretto da D'AMELIO e FINZI), Firenze, 1941, p. 263 ss.; MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, (già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI), Milano, 2000, p. 44; CATTANEO, G.: "La vocazione necessaria e la vocazione legittima", in *Tratt. dir. priv.* (diretto da RESCIGNO), V, Torino, 1982, p. 426. In giurisprudenza, cfr. per tutte già Cass. 9 gennaio 1967 n. 92.

³⁴ MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 170, parla, al proposito, di "vocazione anomala", in considerazione dell'eccezione portata al principio di unità della successione sostanziato nella regola dell'uguaglianza dei coeredi in proporzione alle rispettive quote; correttamente osservano come l'individuazione della natura giuridica dell'attribuzione non si riduca a mero esercizio retorico, implicando, piuttosto, notevoli e diverse conseguenze pratiche con riguardo all'acquisizione dei diritti in oggetto, FERRENTINO, A. M. – FERRUCCI, C.: "Il diritto di uso e abitazione del coniuge superstite: analisi e questioni nella dottrina e nella giurisprudenza", in *Vita not.*, III, n. 3, 2002, p. CCVII.

³⁵ TRINCHILLO, C.: "Il trattamento successorio del coniuge superstite", cit., p. 1244, a sostegno di tale convinzione offre, quale esempio di successione a titolo universale in diritti determinati, l'istituto della *institutio ex re certa* prevista eccezionalmente dal co. 2, art. 588 c.c. Si è, tuttavia, fatto correttamente notare, in senso opposto, che le due ipotesi non sono

dal coniuge superstite, quale ampliamento della quota di riserva³⁶ o quale autonoma riserva separata³⁷.

Un'altra autorevole opinione, anch'essa senza particolare seguito, estromette i diritti di abitazione e uso dalla riserva del coniuge, configurandoli come "limitazione *ope legis*" al godimento di alcuni beni che entreranno a far parte dell'asse ereditario per la sola nuda proprietà³⁸.

Com'è stato acutamente osservato³⁹, tuttavia, tale prospettiva mortifica, oltre il consentito, il dato positivo che, al comma 2 dell'art. 540 c.c., recita a lettere inequivocabili: "sono riservati [al coniuge superstite] i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare".

Una ricostruzione "agnostica" viene fornita da quella dottrina secondo cui "la conclusione sulla natura giuridica del nostro istituto non può essere univoca in quanto si tratta, come per i diritti del legittimario in genere, di un meccanismo attivabile a discrezione del coniuge superstite soltanto nel caso di attribuzione a terzi della piena proprietà della casa di abitazione e dei mobili che la corredano"⁴⁰.

È noto, tuttavia, che l'interpretazione dominante, in dottrina⁴¹ come in

sovrapponibili, atteso che, nella successione in diritti particolari in funzione di quota ereditaria, l'acquisto avviene di regola a titolo derivativo e mai costitutivo, come avviene invece con i noti diritti (CIRIANNI, F.: "Questioni sui diritti attribuiti al coniuge superstite dal comma 2 dell'art. 540 c.c.: rassegna", in *Riv. not.*, n. 5, 1999, p. 823).

³⁶ CANTELMO, V. E.: "La situazione del coniuge superstite", cit., p. 51 e ss.; MIRONE, A.: *I diritti successori del coniuge*, cit., p. 143 ss.

³⁷ FALZONE CALVISI, M. G.: *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, p. 43 ss.

³⁸ AZZARITI, G. - IANNACONE, A.: *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, in *Giur. sist. civ. comm.* (fondata da BIGIARI), Torino, 1997, p. 98 ss.; cfr. AZZARITI, F. S. - MARTINEZ, G. - AZZARITI, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 219.

³⁹ FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", cit., p. 965.

⁴⁰ CANTELMO, V. E.: *I legittimari*, Padova, 1991, p. 57 ss. Una soluzione aperta viene prospettata altresì da PARENTE, F.: "Tecniche acquisitive dei diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite", in *Giur. it.*, I, II, n. 1-2, 1982, p. 166, laddove si afferma che la qualificazione giuridica dell'attribuzione andrebbe, di volta in volta, ricavata per il tramite del mezzo tecnico concretamente utilizzato per ottenere tale beneficio.

⁴¹ MASCHERONI, A.: "Il nuovo trattamento successorio", cit., p. 635; RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 231; FERRARI, S.: "Appunti sugli aspetti successori", cit., p. 1357; VICARI, G.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 1314; GARGANO, A.: "Il coniuge superstite", cit., p. 1628; PEREGO, E.: "I presupposti della nascita dei diritti d'abitazione e d'uso a favore del coniuge superstite", in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 714; FERRI, L.: *Dei legittimari*, cit., p. 52; CALAPSO, M.: *Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite a norma del 2° comma dell'art. 540 c.c.*, in *Vita Not.*, n. 1/3, 1984, p. 573; CATTANEO, G.: "La vocazione necessaria e la vocazione legittima", cit., p. 446; GABRIELLI, G.: "Dei legittimari", in *Comm. dir. it. fam.* (a cura di CIAN, OPPO e

giurisprudenza⁴², assegna alla riserva di cui all'art. 540, co. 2 c.c. la natura di legato "necessario" o "ex lege"⁴³ avente ad oggetto l'acquisto di un diritto reale determinato che, secondo il dettato dell'art. 649 c.c., si acquista immediatamente all'apertura della successione senza necessità di un'accettazione.

A tale risultato si perviene svolgendo molteplici argomentazioni, a partire dal rilievo per cui, storicamente, la nostra tradizione legislativa rinviene negli strumenti dell'istituzione di erede e della vocazione legatizia i soli mezzi di devoluzione *mortis causa* del patrimonio⁴⁴.

Posta tale *summa divisio*, diversi sono gli elementi che, condivisibilmente, fanno propendere per la qualificazione in termini di legato *ex lege*.

Anzitutto, a fronte delle analogie riscontrabili, stante la comune natura di diritti reali parziari, va rilevato che, in epoca anteriore alla Riforma, il coniuge superstite cui spettava, in via di riserva, l'usufrutto, era considerato legatario dall'opinione nettamente prevalente⁴⁵.

L'argomento che, forse con forza dirimente, indirizza verso tale inquadramento, emerge con nitore dalla considerazione per cui nella successione a titolo universale rientra necessariamente soltanto l'acquisto di

TRABUCCHI), V, Padova, 1992, p. 55 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 167; FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", cit., p. 966; COPPOLA, C.: "I diritti di abitazione e uso spettanti *ex lege*", in *Tratt. dir. succ. don.* (diretto da G. BONILINI), vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 106.

⁴² Cass. 10 marzo 1987 n. 2474, in *Vita not.*, 1987, p. 750; Cass. 27 febbraio 1998 n. 2159, in *Giur. it.*, 1998, p. 1794; Cass. 16 maggio 2000 n. p. 6231, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1021; Cass. 23 maggio 2000 n. 6691, in *Giur. it.*, 2001, p. 248; Cass. 6 aprile 2000 n. 4329, in *Vita not.*, p. 141, con nota di TRIOLA, R.: "Osservazioni in tema di diritto di abitazione del coniuge superstite".

⁴³ In questi termini, BONILINI, G.: "Il legato", in *Tratt. dir. succ. don.* (diretto da G. Bonilini), vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 400. Altra ipotesi tradizionalmente ascritta alla categoria dei legati *ex lege* è rappresentata dall'assegno vitalizio alimentare cui ha diritto il coniuge superstite separato con addebito.

⁴⁴ Sul ruolo paradigmatico dell'art. 588 c.c., si veda, per tutti, PRESTIPINO, G.: *Delle successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* (diretto da DE MARTINO), Novara, 1976, p. 11 ss.; in giurisprudenza, Cass. 5 luglio 1968 n. 2287; Cass. 19 novembre 1971 n. 3342.

⁴⁵ Si vedano, *ex plurimis*, SANTORO PASSARELLI, F.: *Legato di usufrutto universale*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, n. 1, p. 201 ss.; FERRARI, S.: *I diritti del coniuge superstite nel diritto successorio mortis causa*, Milano, 1974, p. 204. Le motivazioni addotte afferivano all'incompatibilità con la successione universale del fatto che il coniuge superstite fosse tenuto a domandare il possesso agli eredi, della limitata responsabilità per debiti, della durata naturalmente temporanea dell'investitura nell'usufrutto.

diritti a titolo derivativo e giammai a titolo derivativo-costitutivo⁴⁶.

Appaiono perfettamente in linea con gli obiettivi⁴⁷ cui mira l'art. 540 cpv. c.c., i risultati cui conduce la scelta di fondo appena compiuta.

Intendiamo riferirci, da una parte, all'effetto per cui il coniuge, *ratione temporis*, diventa immediatamente ed automaticamente titolare dei diritti di abitazione e uso senza necessità di accettazione, né del legato né della quota di eredità (per ipotesi *damnosa*) cui sia eventualmente chiamato; dall'altra, e per l'effetto, i diritti di cui si discorre non risponderrebbero dei debiti del *de cuius*⁴⁸.

Altro rilevante effetto risiede nella facoltà concessa al coniuge rinunziante all'eredità, nei limiti di cui all'art. 521 c.c., di ritenere i diritti legatigli⁴⁹.

Non sembra apprezzabile la tesi che tende a negare legittimità alla figura del legato *ex lege*, avendo quest'ultima radici profonde che affondano nel diritto romano e limitandosi la stessa a configurare un'attribuzione a titolo particolare che trova la propria fonte nella legge anziché nella *voluntas testantis*⁵⁰.

⁴⁶ SANTORO PASSARELLI, F.: *Legato di usufrutto universale*, op. loc. ult. cit.; CARIOTA FERRARA, L.: *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, cit., I, II, p. 17. L'erede, chiamato a subentrare, in tutto o in parte, *in universum ius*, non può che succedere nei diritti esistenti nell'asse; se, invece, fosse chiamato in diritti che sorgono o si modificano per effetto della successione, allora si tratterebbe di diritti nuovi e non si potrebbe parlare che di successione a titolo particolare. In questo senso, RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 230.

⁴⁷ V. § 1.

⁴⁸ RAVAZZONI, A.: op. ult. cit., pp. 230-231, dall'ulteriore notazione per cui ai creditori del defunto, per poter aggredire i diritti in oggetto, residuerebbe la sola facoltà di domandare la separazione, rileva che la speciale riserva di cui all'art. 540 cpv. c.c. avrebbe creato "una forma di ombrello protettivo; o meglio...una zona di, sia pur limitata, irresponsabilità di fronte ai terzi". Ci sentiamo di andare oltre nel ragionamento, nella convinzione che, stante la natura di norme inderogabili propria della disciplina della successione necessaria, sarebbe invalida la disposizione testamentaria *ex art. 671 c.c.* volta a gravare, comunque *intra vires*, il legato di una porzione di debiti ereditari.

⁴⁹ G. VICARI, "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 1323, fa notare che, nella nostra ipotesi, il coniuge superstite dovrebbe poter ritenere il legato *ex lege* in quanto il limite della disponibili imposto dall'art. 521 c.c. non dovrebbe sussistere nei suoi confronti, essendo questi "legittimario a doppio titolo di erede e di legatario".

⁵⁰ Nel senso del testo, si vedano, MEZZANOTTE, L.: *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989, p. 48; NATOLI, U.: "Legato *ex lege*", in *Le successioni testamentarie* (a cura di C. M. BIANCA), in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, (fondata da BIGIAMI), Torino, 1983, p. 236 e ss.; GIORDANO MONDELLO, A.: "Legato" (dir. civ.), in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 725. Per la piena ammissibilità nel nostro ordinamento, a differenza del diritto romano, del cumulo della chiamata a titolo universale e di quella a titolo particolare in capo al medesimo soggetto, MENGONI, L.: *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 59.

Non può essere poi sottaciuto che una parte della dottrina ed una isolatissima giurisprudenza propendano per la qualificazione dell'attribuzione che ci occupa in termini di prelegato *ex lege*⁵¹, assunto suffragato sottolineando che, nella fattispecie, rileverebbero, ai sensi dell'art. 661 c.c., i requisiti integranti l'istituto del prelegato: da un lato, il legato sarebbe posto in favore di un coerede; dall'altro, gravando anzitutto sulla disponibile, sarebbe da considerarsi come posto a carico di tutta l'eredità.

Dunque, si dovrebbe procedere ad assegnare i nominati diritti al coniuge in ante parte, per poi effettuare sul residuo la divisione secondo le quote di eredità.

A tale prospettazione, per quanto autorevolmente sostenuta, può eccepirsi⁵² che l'art. 540 cpv. c.c., effettivamente, prevede una modalità di distribuzione del peso di tale attribuzione diversa da quella, proporzionale su tutti i coeredi, richiesta perché possa aversi vero prelegato⁵³.

Anche il primo requisito può, invero, difettare, dal momento che il coniuge superstite non necessariamente è erede, ben potendo ad esempio, nonostante una totale pretermissione testamentaria, aver ricevuto in donazione beni di valore pari alla quota di legittima riservatagli.

V. NATURA DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO.

Diverso problema, non meno controverso tuttavia, è rappresentato dalla possibilità di applicare ai noti diritti l'intera disciplina legislativamente prevista agli artt. 1021-1026 c.c. Senz'altro, pur diversi essendo la collocazione, la fonte ed i presupposti⁵⁴, i diritti concessi dall'art. 540 cpv. c.c.

⁵¹ RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 221 e ss.; BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, II. *La famiglia e le successioni*, Milano, 1981, p. 445; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, p. 284 e ss.; CARRARO, L.: *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 114. In giurisprudenza, Corte App. Venezia 3 febbraio 1982, in *Giur. it.*, II, 292; Trib. Verona 12 dicembre 1989, in *Giur. mer.*, 1990, 716. Secondo un'originale impostazione, tale lettura sarebbe ammissibile solo ove, con il coniuge superstite, non concorrano altri legittimari. In caso contrario, servirà capitalizzare i diritti e scontarli dalla disponibile, per poi calcolare la legittima in quota sulla massa residua (MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 173; COPPOLA, C.: "I diritti di abitazione e uso", cit., p. 110).

⁵² G. VICARI, "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 1319; CALAPSO, M.: "Alcune considerazioni ancora sui diritti di abitazione e di uso", cit., p. 559.

⁵³ Per uno studio approfondito del tema, si veda l'opera monografica di GERBO, F.: *Prelegato e funzione del contenuto testamentario*, Padova, 1996. Per un'analisi anche storica, ALLARA, M.: *La teoria del prelegato nel diritto civile italiano*, Cortona, 1926, p. 28 ss.

⁵⁴ FERRUCCI, A. M. – FERRENTINO, C.: "Il diritto di uso e di abitazione", cit., p. CCVI.

sono da identificare con i diritti reali di abitazione e uso previsti dal Libro III del codice civile⁵⁵.

L'assolutezza e l'immediatezza, corollari fondamentali della realtà, d'altronde ben si confanno allo spirito sotteso alla citata norma che tende ad assicurare al coniuge superstite, appunto senza cooperazione alcuna, il godimento della casa familiare.

Ciò pur tuttavia, non va commesso l'errore, nel timore di perdere di vista la disciplina di riferimento, di pretendere un'applicazione assoluta di essa ai diritti in oggetto.

E' stato, infatti, osservato come non rilevi il limite del godimento commisurato ai bisogni personali o della famiglia dell'*habitor* (art. 1022 c.c.), dovendosi invece far riferimento alla misura concreta in cui la casa era teatro della vita familiare⁵⁶.

La dottrina preferibile esclude che si applichi, per il tramite del richiamo effettuato alle norme disciplinanti l'usufrutto, la prescrizione per non uso ventennale che sarebbe contrario alla *ratio* della previsione ereditaria⁵⁷.

Di maggior rilievo si palesa la questione relativa al venir meno dei noti diritti per il caso in cui il coniuge superstite passi a nuove nozze o intraprenda una convivenza *more uxorio*.

Secondo un primo orientamento⁵⁸, andrebbe negata rilevanza alle nuove nozze come motivo di estinzione dei noti diritti dal momento che, in assenza di un appiglio normativo in tal senso, la *ratio* della norma non sarebbe quella di "perpetuare un rapporto matrimoniale ormai sciolto"⁵⁹, ma quella di tutelare un interesse individuale di natura anche patrimoniale.

⁵⁵ La dottrina risulta pacifica sul punto. Vedi, *ex multis*, BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, p. 128; FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", cit., p. 971; in giurisprudenza, Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, cit.; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2159, in *Giur. it.*, 1998, I, 1794; Trib. Venezia 3 febbraio 1982, in *Giur. it.*, I, II, 1983, 292.

⁵⁶ In questo senso, tra gli altri, MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 175; in senso contrario, CATTANEO, G.: *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 446. In giurisprudenza, nel senso del testo, Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit.; Cass. 13 marzo 1999 n. 2263, in *Vita not.*, 1999, 23.

⁵⁷ MEZZANOTTE, L.: *La successione anomala del coniuge*, cit., p. 55; PALAZZO, A.: *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.* (a cura di IUDICA e ZATTI), vol. I, Milano, 2000, p. 470.

⁵⁸ CANTELMO, V. E.: "La situazione del coniuge superstite", cit., p. 52; PALAZZO, A.: *Le successioni*, cit., I, p. 470; MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., 189; MIRONE, A.: *I diritti successori del coniuge*, cit., p. 135.

⁵⁹ COPPOLA, C.: "I diritti di abitazione e uso spettanti", cit., p. 142.

Un diverso approccio esegetico, forse di più spiccata sensibilità etica, ritiene che il permanere del coniuge superstite transitato a nuove nozze all'interno della casa familiare rappresenterebbe una forma di abuso dei diritti oggetto di riserva tale da decretarne l'estinzione⁶⁰. In sostegno, poteva addursi già il vecchio art. 155 *quater* c.c., ora trasfuso nel nuovo art. 337 *sexies* c.c., a tenore del quale il diritto al godimento della casa familiare si estingue *ope legis*, tra l'altro, ove l'assegnatario “conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio”⁶¹.

Si ritiene applicabile l'art. 1024 c.c. che dispone il divieto di cessione e locazione dei diritti di uso e di abitazione. Un orientamento⁶², non riconoscendo natura pubblicistica a tale vincolo, lo ha ritenuto eludibile ove concorra il consenso del nudo proprietario, rilasciato in sede di atto costitutivo del diritto o successivamente. Anche a voler accedere, non senza qualche perplessità, a siffatta ricostruzione, riteniamo che nella fattispecie dei diritti di uso e di abitazione spettanti al coniuge superstite *ex* art. 540 cpv., la cessione di essi entri in insanabile collisione con la individuata *ratio* dell'attribuzione stessa⁶³. Ci parrebbe, in altri termini, che lo spirito della norma in questione non avalli alcun tipo di speculazione sui diritti ricevuti dal coniuge superstite a tutela immediata di interessi e prerogative precipuamente

⁶⁰ GABRIELLI, G.: “Dei legittimari”, cit., p. 75; GARGANO, A.: “Il coniuge superstite”, cit., p. 1626; PEREGO, E.: “I presupposti della nascita dei diritti”, cit., p. 712; VICARI, G.: “I diritti di abitazione e di uso”, cit., p. 1325 richiama, a sostegno di tale interpretazione, anche l'art. 636 c.c. che considera lecita la condizione di vedovanza apposta a legati di abitazione e di uso.

⁶¹ Tale collegamento appare congruo in assenza di figli minori. Nell'opposta eventualità, Corte cost. 30 luglio 2008 n. 308, in www.cortecostituzionale.it, ha precisato, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale del vecchio art. 155 *quater* c.c., che tale norma, e si deve ritenere lo stesso valga per il nuovo art. 337 *sexies* c.c., fosse da interpretare nel senso che la decadenza dall'assegnazione della casa coniugale si sarebbe avuta solo ove non confligge con l'interesse del minore. Per un approfondimento sugli effetti della separazione riguardo alla prole, si veda GIACOBBE, G. – VIRGADAMO, P.: *Separazione personale e divorzio, Il matrimonio*, t. 2, *Le persone e la famiglia*, 3, in *Tratt. dir. civ.*, (diretto da SACCO) Torino, 2011, p. 315 ss.

⁶² BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 630; Cass., 2 marzo 2006, n. 4599, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 31 luglio 1989, n. 3565, in *Mass. Giur. it.*, 1989. *Contra*, in dottrina, sull'assunto che la deroga al divieto in esame contrasterebbe con la natura personale dei diritti in esame e con il principio del numero chiuso dei diritti reali, si vedano ORLANDO CASCIO, S.: “Abitazione (diritto di)” (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 101; PALERMO, G.: “L'uso e l'abitazione”, in *Tratt. dir. priv.* (a cura di P. Rescigno), vol. VIII, *Proprietà*, II, Milano, 2008, p. 152; MUSOLINO, G.: “Il diritto d'uso dalla disciplina del Codice alle figure di più recente emersione”, in *Riv. Not.*, 2007, p. 1358; CACCAVALE, C. – RUOTOLO, A.: “Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni”, Studio CNN n. 2344/1999 in *Banca dati del Notariato*.

⁶³ Nel senso del testo, TRINCHILLO, C.: “Il trattamento successorio del coniuge superstite”, cit., p. 1224.

extrapatrimoniali.

VI. ACQUISIZIONE DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO NELLA SUCCESSIONE NECESSARIA.

Va rilevato che, oggi, le norme destinate a quantificare la riserva del coniuge superstite (artt. 540, 542, 544 c.c.) disciplinano sia il *quantum debeat* che il *quomodo*. In altre parole, la soglia minima che, in termini di *pars bonorum*⁶⁴, l'ordinamento giuridico riserva alla persona il cui coniuge sia mancato ai vivi è integrata non solo mercè la previsione di una quota variabile in piena proprietà (1/2, 1/3, 1/4, a seconda dei casi di concorso con altri legittimari), ma anche in virtù di un diritto specifico e determinato, quello, appunto, di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili di corredo.

Ad un vivace dibattito, le cui eco si odono ancora distintamente, ha dato luogo il quesito se i noti diritti costituiscano una mera specificazione qualitativa e non anche un incremento quantitativo della riserva del coniuge superstite.

Parte della dottrina⁶⁵ ritiene che i diritti in oggetto sorgerebbero solo laddove non fossero attribuiti dal *de cuius* per via testamentaria al coniuge superstite, bensì a terzi estranei; attesa l'illogicità di una attribuzione di diritti a favore di chi ne fosse già titolare, si dice, il lascito testamentario della proprietà della casa familiare (o dei diritti di abitazione e uso) al coniuge sopravvissuto dovrebbe essere considerato in conto della quota: quest'ultimo, pertanto, otterrebbe al massimo la sua quota di riserva, *pro parte* composta dai predetti diritti.

⁶⁴ Com'è noto, si ritiene oggi pacifico che il legittimario pretermesso non sia erede se non a seguito dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione (MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 232; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 394; in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 15 giugno 2006, n. 13804; Cass. 29 maggio 2007 n. 12496; Cass. 13 gennaio 2010 n. 368; ciononostante, va dato seguito al pensiero di chi ritiene che il legislatore del 1942 abbia voluto sancire il principio per cui "la qualificazione causale della legittima non può essere *a priori* individuata in una quota di eredità, ma dipende dalle caratteristiche dell'attribuzione patrimoniale che in concreto è chiamata a comporre il lascito in favore del legittimario" (MAGLIULO, F.: "La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria", in *Riv. not.*, 2010, p. 542).

⁶⁵ PEREGO, E.: "I diritti d'abitazione e d'uso spettanti al coniuge superstite", cit., p. 533; ID, "I presupposti della nascita dei diritti", cit., p. 708; IACOVONE, A.: "Il diritto di abitazione e di uso del coniuge superstite", in *Notaro*, 1977, p. 15; GAMBARDELLA, M.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 693; CALVO, R.: "Il diritto di abitazione" cit., p. 32, nt. 54.

Altri autori⁶⁶, invece, attribuiscono alla suddetta riserva natura anche quantitativa, atteso che, ove così non fosse, si verificherebbe un'intollerabile discriminazione ai danni del coniuge onorato di un lascito testamentario⁶⁷ avente ad oggetto la proprietà della casa familiare o i noti diritti, il quale, a differenza del coniuge non beneficiario, non potrebbe ottenere altro che la propria quota di riserva, ivi compresi i diritti di uso e abitazione.

Premessa la natura di riserva anche quantitativa, tale corrente esegetica sostiene che, nella fattispecie menzionata, il coniuge beneficiario del lascito avrebbe diritto, sulla disponibile, al controvalore in denaro dei diritti già ricevuti al fine di eliminare la disparità di trattamento.

La prima ricostruzione, a nostro avviso, pecca nell'opinare che la casa familiare attribuita per testamento, venendo imputata alla riserva, attenti, al contempo, tanto al profilo quantitativo quanto a quello qualitativo.

Infatti, nel caso di attribuzione testamentaria dell'intera proprietà della casa, soltanto la nuda proprietà di quest'ultima inciderà sulla quota di riserva del coniuge superstite in proprietà, mentre i diritti reali comporranno la parte qualitativa della riserva stessa.

Appare, pertanto, condivisibile la tesi che ammette l'incremento quantitativo⁶⁸, con la precisazione che la differenza di valore tra la riserva complessiva e i diritti di abitazione e uso non tocca, come viene affermato da

⁶⁶ MASCHERONI, A.: "Il nuovo trattamento successorio", cit., p. 635; CONDÒ, G. F., "La posizione del coniuge superstite in conseguenza del nuovo diritto di famiglia", in *Rolandino*, 1975, p. 534; GABRIELLI, G.: "Art. 540", cit., p. 833; CALDERONE, C. R.: *Della successione legittima e dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.* (a cura di DE MARTINO), Novara, 1976, p. 146; RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 233; Vicari, G.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 1314; TAMBURRINO, G.: *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, II ed., Torino, 1979, p. 406; AZZARITI, F. S. - MARTINEZ, G. - AZZARITI, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 219 ss.; GARGANO, A.: "Il coniuge superstite" cit., p. 1631; FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", cit., p. 957. In giurisprudenza, Cass. 6 aprile 2000 n. 4329.

⁶⁷ A titolo di contenuto della sua quota di eredità, per diversa disposizione del testatore o per assegnazione in sede divisionale, come si premura di precisare MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 172.

⁶⁸ MENGONI, L.: op. loc. ult. cit., p. 173, puntualizza che l'imputazione dei diritti di abitazione e di uso sulla quota disponibile non va fatta per l'intero valore capitale, ma solo per la parte eccedente la frazione di godimento che è già compresa nella quota di eredità del coniuge onde evitare di considerare due volte tale frazione nel calcolo della quota complessiva del coniuge. *Contra*, OLIVA, L.: "I diritti di abitazione e uso", in *Vita not.*, 2006, p. 441, secondo cui con tale interpretazione "la quota di riserva in proprietà del coniuge sarebbe penalizzata due volte, prima contribuendo in proporzione a formare i diritti di abitazione e di uso e poi subendo l'ulteriore imputazione dell'eccedenza di valore residuante dopo l'esaurimento della disponibile."

taluno dei suoi fautori⁶⁹, la disponibile, su cui gravano gli stessi diritti, ma integra la quota riservata al coniuge superstite.

Un profilo poco meditato è quello della sussistenza o meno del legato *ex lege* qualora i noti diritti o la proprietà della casa familiare siano attribuiti, con dispensa dalla imputazione, a favore del coniuge superstite.

A prima vista, si sarebbe portati a ritenere ormai irrilevante il titolo legatizio, avendo il coniuge ricevuto i diritti senza incisione della restante riserva.

A ben vedere, tuttavia, residuerebbe una ragione per escludere una surrogazione del titolo testamentario al titolo legale⁷⁰ e, cioè, l'immunità dell'oggetto del legato dalla responsabilità per i debiti ereditari *ex art. 671 c.c.* Altrettanto di rilievo è il caso in cui il *de cuius* abbia attribuito espressamente i diritti di abitazione e uso ad un soggetto diverso dal coniuge.

Evidentemente, ricorre il problema di acclarare quale sia il mezzo tecnico concesso al coniuge per reclamare i noti diritti.

Alcuni autori fanno discendere dalla accolta qualifica di legato *ex lege* dell'attribuzione di cui all'art. 540 cpv. c.c. e dall'acquisto automatico dei diritti ivi descritti, la necessità di esperire l'azione di rivendica⁷¹.

Siffatta conclusione muove necessariamente dal presupposto che la disposizione testamentaria incompatibile con il legato di specie sia nulla e che, di diritto, a quella si sostituisca il valido legato *ex lege*⁷².

⁶⁹ VICARI, G.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 1316; FERRARI, S. "Appunti sugli aspetti successori", cit., p. 1292.

⁷⁰ FERRARI, S.: op. loc. ult. cit.

⁷¹ AZZARITI, G. – IANNAcone, A.: *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, cit., p. 107; GRASSANO, P.: "Legato in sostituzione di legittima", in *Riv. not.*, 1990, p. 413; FERRI, L.: *Dei legittimari*, cit., p. 107.

⁷² FERRARI, S.: "Appunti sugli aspetti successori", cit., p. 1288, sottolinea che "ove il *de cuius* abbia disposto della proprietà dei beni su cui cadono i diritti di godimento in questione a favore di altri, una siffatta disposizione è colpita da nullità parziale, per essere la sua validità necessariamente limitata alla parte che si riferisce alla nuda proprietà di quei beni; e da nullità relativa per essere solo il coniuge legittimato ad esperire la relativa azione". In questo senso Cass. 6 aprile 2000 n. 4329, in *Vita not.*, 2001, 141, ove si legge "Appurato che, nella successione necessaria, l'attribuzione dei diritti di abitazione e uso costituisce un legato *ex lege* in favore del coniuge, questi può invocare l'acquisto *ipso iure*, ai sensi dell'art. 649 cod. civ. comma 1, senza dover ricorrere all'azione di riduzione. Del resto, questo non è il solo caso in cui la quota di riserva viene reintegrata per legge, senza la necessità del ricorso all'azione di riduzione. Dal divieto stabilito dall'art. 549 cod. civ. di gravare la legittima di pesi e condizioni, invero, si inferisce che la loro incidenza si elimina automaticamente."

Tuttavia, com'è noto, le disposizioni testamentarie dettate in lesione dei diritti dei legittimari sono valide fino al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione⁷³ che ne commini l'inefficacia nei confronti del legittimario leso. Non può ipotizzarsi, dunque, che coesista, per il principio di non contraddizione, il legato necessario a favore del coniuge.

Pare, dunque, maggiormente coerente con il sistema delle tutele dei legittimari ritenere che il mezzo attraverso cui conseguire i diritti di abitazione e uso attribuiti a terzi vada rinvenuto nella tipica azione di riduzione⁷⁴.

Riteniamo, inoltre, che non si tratti di una azione di riduzione speciale, atteso che lo stesso art. 536 c.c., nell'elencare i legittimari, statuisce che ad essi spettino una quota di eredità o "altri diritti".

Tale azione, tuttavia, divergerà dal modello tipico per il fatto che il legittimario dovrà esperirla nei confronti del destinatario della disposizione testamentaria e non verso tutti i chiamati *ex testamento*.

Altro banco di prova sul quale testare lo statuto dei diritti di uso e abitazione concessi al coniuge superstite quale legittimario è rappresentato dall'ipotesi in cui il testatore abbia attribuito *medio testamenti* al coniuge beni per un valore che eguagli o superi quello corrispondente alla sua quota di riserva oltre la capitalizzazione dei diritti, dando luogo, pertanto, ad una lesione solamente qualitativa dei diritti di legittima.

La scelta di ammettere, anche in siffatta ipotesi, l'insorgenza dei diritti in questione è sostenuta sulla base di una più corretta lettura della finalità tipica dell'azione di riduzione che sarebbe imposta dallo spirito dell'attuale disciplina successoria⁷⁵.

⁷³ Cass. 23 febbraio 1978 n. 9054; Cass. 30 luglio 2002 n., 11286.

⁷⁴ PEREGO, E.: "I presupposti della nascita dei diritti", cit., p. 710; CANTELMO, V. E.: "La situazione del coniuge superstite", cit., p. 52; GARGANO, A.: "Il coniuge superstite", cit., p. 1627; PARENTE, F.: "Tecniche acquisitive dei diritti", cit., p. 166; MIRONE, A.: *I diritti successori del coniuge*, cit., 143; MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 167; CALVO, R.: "Il diritto di abitazione", cit., p. 36 ss; GABRIELLI, G.: "Dei legittimari", cit., p. 62; PALAZZO, A.: *Le successioni*, cit., I, p. 469.

⁷⁵ Così PEREGO, E.: "I diritti d'abitazione e d'uso", cit., p. 553; FALZONE CALVISI, M. G.: *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, cit., p. 53 ess.; GARGANO, A.: "Il coniuge superstite", cit., p. 1629, secondo cui "i diritti vitalizi in esame, costituiscono nello spirito della riforma, una rigida riserva qualitativa e pertanto si ritiene che gli stessi non potrebbero essere tacitati per equivalente dal testatore." BARONE, R. - IOLI, G. - MAMBRETTI, E.: "La successione del coniuge dopo la riforma del diritto di famiglia, problemi vecchi e nuovi", in *Nuovi quaderni di vita notarile* n. 5, Palermo, 1984, p. 23, affermano che, ove il legittimario leso qualitativamente esperisca vittoriosamente l'azione di riduzione per la

Altra parte della dottrina, per converso, è convinta che in tanto si abbia lesione qualitativa, in quanto si abbia, contestualmente, lesione quantitativa, tenuto in debito conto l'art. 564, co. 2 c.c., il quale impone al legittimario che voglia agire in riduzione di imputare alla propria quota quanto già ricevuto per testamento o donazioni dal *de cuius*⁷⁶.

Riteniamo che ad indicare la strada da seguire per sciogliere tale nodo esegetico sia ancora la *ratio* che informa la previsione normativa in oggetto, di tal che si deve pensare che i diritti spettino ugualmente al coniuge superstite, pur quando questi non possa dolersi di una lesione quantitativa.

Va ribadita, a nostro avviso, l'indole naturalmente qualitativa, e, si badi, solo indirettamente quantitativa, della riserva di cui all'art. 540 cpv. c.c. In tale eventualità, è possibile immaginare, secondo un intento equitativo, un contemperamento, per cui il coniuge sia, *in primis*, tenuto ad imputare i noti diritti alla propria porzione di disponibile (ottenuta in eccedenza rispetto alla sua riserva complessiva).

VII. ACQUISIZIONE DEI DIRITTI DI ABITAZIONE E DI USO NELLA SUCCESSIONE LEGITTIMA.

1. Sussistenza dei diritti *ex art.* 540 cpv. c.c. nella successione legittima.

Una volta chiarito il quadro generale, non sempre chiarissimo per la verità, in cui opera la norma riportata dall'art. 540, co. 2 c.c., è possibile procedere all'analisi di due punti fondamentali: la spettanza o meno in favore del coniuge superstite, nella successione legittima, dei diritti di abitazione e di uso; in secondo luogo, se questi diritti si aggiungano o meno alla quota intestata prevista dagli artt. 581 e 582 c.c.

Guardando all'insieme delle norme che disciplinano la successione legittima, non si scorge previsione analoga all'art. 540, co. 2, c.c. fatta eccezione per l'art. 584 c.c., a mente del quale il secondo comma dell'art. 540 c.c. si applica

reintegra dei diritti di abitazione e uso, al soggetto passivo spetterà il rimborso di quanto perduto da valersi sulla disponibile.

⁷⁶ In questo senso, PALAZZO, A.: *Le successioni*, cit., I, p. 470; SCHIAVONE, G.: "I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione *ab intestato*", in *Fam. dir.*, n. 1, 1997, p. 149; secondo MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 168, in questo caso, sarebbe altresì legittimo il ricorso alla c.d. "cautela sociniana *ex art.* 550 c.c., per cui il coniuge potrà abbandonare la disponibile al legatario della casa familiare e trattenere, a carico della stessa disponibile, i diritti di uso e abitazione.

al coniuge putativo superstite⁷⁷.

Una prima ricostruzione, preso atto della “svista” del legislatore, ha ritenuto che l’art. 584 c.c. rappresenti una norma integrativa della disciplina della successione intestata, e tale per cui, anche in un’ottica egualitaria, se ne possa inferire la spettanza anche in capo al coniuge legittimo⁷⁸.

In due occasioni il Tribunale di Napoli⁷⁹, fautore di un’interpretazione ancora più restrittiva, in base alla quale tali diritti non spetterebbero al coniuge legittimo superstite, ha invano investito la Corte Costituzionale della questione di legittimità dell’art. 581 c.c. (dichiarata manifestamente infondata)⁸⁰, per violazione degli artt. 3 e 29 Cost., nella parte in cui non prevede (a differenza dell’art. 584 c.c.) che a favore del coniuge superstite siano riservati i diritti di abitazione della casa coniugale e di uso dei mobili che l’arredano.

La dottrina prevalente⁸¹ ritiene, condivisibilmente, che la mancata menzione negli artt. 581 e 582 c.c. di quanto previsto dall’art. 540 cpv. c.c. si giustifichi perché i diritti di abitazione e uso sono attribuiti al coniuge non in quanto erede, ma quale legittimario. In altri termini, i diritti attribuiti dalle norme sulla successione necessaria operano, garantendo un valore minimo ai legittimari, come limiti posti tanto nei confronti della successione testamentaria, quanto di quella legittima.

Su tale spinosa questione hanno avuto modo di pronunciarsi le Sezioni Unite

⁷⁷ CAFFARENA, S.: *I diritti di abitazione e uso a favore del coniuge si sommano alla quota intestata anche nella successione legittima*, in *Giust. civ.*, n. 9, 2013, p. 1756, correttamente sottolinea la crucialità del passaggio nell’ambito della riflessione sul presente argomento.

⁷⁸ SCOGNAMIGLIO, R.: “Art. 581”, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 862; CARRARO, L.: *La vocazione legittima alla successione*, cit., p. 119; Trib. Verona 12 dicembre 1989, in *Giur. mer.*, 1990, I, 716; Trib. Siena 11 aprile 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1158. Sottolinea OLIVA, L.: “I diritti di abitazione e di uso”, cit., p. 437, che, diversamente, non sarebbe agevole comprendere le ragioni di un diverso trattamento, deteriore per il coniuge superstite nella successione legittima, specie se si tiene conto della *ratio* sottesa al riconoscimento dei diritti.

⁷⁹ Trib. Napoli 3 novembre 1980 in *Giur. cost.*, 1981, II, 1361; Id. 8 giugno 1983, in *Foro it.*, 1985, 2154.

⁸⁰ Corte cost. 23 marzo 1988 n. 527, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 689. V. *infra* per le motivazioni addotte dalla Consulta.

⁸¹ VICARI, G.: “I diritti di abitazione e di uso”, cit., p. 1330; BARBA, V.: “Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza”, in *www.juscivile.it*, n. 10, 2013, p. 635; PEREGO, E.: “I presupposti della nascita dei diritti”, cit., p. 717; MENGONI, L. *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 180.

della Suprema Corte di Cassazione⁸². Dell'autorevole motivazione, sorprende come l'inevitabile applicazione dell'art. 540 cpv. c.c. al coniuge nella successione legittima sia suffragata prescindendo dalla considerazione, invero ineludibile, in forza della quale i noti diritti spettano al coniuge superstite per il semplice fatto di essere legittimario ai sensi dell'art. 536 c.c., secondo quanto detto sopra.

La Suprema Corte, infatti, fonda l'assunto su ragioni che, di certo corrette, non appaiono tuttavia dirimenti.

La prima viene individuata nella *ratio* dei diritti in oggetto, riconducibile, come si ha modo di leggere, "alla volontà del legislatore...di realizzare anche nella materia successoria una nuova concezione di famiglia tendente ad una completa parificazione dei coniugi non solo sul piano patrimoniale, ma anche sotto quello etico e sentimentale...ebbene è evidente che tale finalità dell'istituto è valida per il coniuge superstite sia nella successione necessaria che in quella legittima..."

Tale convincimento, in secondo luogo, trae linfa dallo stesso dato letterale dell'art. 540 cpv. c.c., laddove questo prevede che la riserva spetti al coniuge superstite "anche quando concorra con altri chiamati", dal momento che il concorso con altri chiamati si verifica, "oltre che nella successione testamentaria, anche in quella legittima".

Ci sembra, tuttavia, improprio il riferimento, nel passaggio appena riportato, alla successione testamentaria, in quanto, quando l'art. 540 cpv. c.c. parla di "concorso con altri chiamati", anche alla luce delle norme successive, deve ritenersi si riferisca al concorso tra più legittimari.

Il mancato riferimento alla posizione di legittimario appare ancora più

⁸² Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Riv. dir. fam. pers.*, n. 2, 2015, p. 418. Nel caso affrontato dalla Suprema Corte, B.V. decede *ab intestato* lasciando dietro di sé la moglie Z. A. e i figli B.C. e B. D.

La moglie e la figlia B. C. citano il figlio B. D., chiedendo lo scioglimento della comunione ereditaria, con assegnazione in natura della quota spettante a ciascun coerede (1/3 cadauno), previa detrazione dal valore della casa già familiare del valore attualizzato del diritto di abitazione spettante *ex lege* al coniuge superstite. Il Tribunale di Venezia dichiara lo scioglimento della comunione e osserva che, vertendosi in materia di successione legittima, alla quota intestata spettante al coniuge ai sensi degli artt. 581 e 582 c.c. non vadano aggiunti i diritti di abitazione e di uso, previsti in tema di successione necessaria dall'art. 540, co. 2 c.c. Tale assunto veniva fatto proprio anche dalla Corte d'appello di Venezia. Per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso Z. A. e B. C.

La seconda sezione della Corte di Cassazione, valutando la questione di particolare rilevanza, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, che ha riscontrato gli estremi per assegnare la trattazione del ricorso alla Sezioni Unite.

inopportuno sol che si tenga presente come la Consulta⁸³, nel respingere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 581 c.c., abbia argomentato con stringente logica nel senso della spettanza dei diritti in oggetto al coniuge anche nella successione legittima in virtù del suo *status* di legittimario che gli assicura di ricevere, anche in caso di successione *ab intestato*, almeno quanto di sua spettanza come quota di riserva⁸⁴.

2. Calcolo della quota intestata del coniuge superstite.

Il punto cruciale dell'arresto delle Sezioni Unite, tuttavia, sembra quello in cui si affronta l'accennata rilevante questione attinente al doversi aggiungere o meno i diritti della speciale riserva in esame alle quote intestate di eredità di cui agli artt. 581 e 582 c.c.

Gli artt. 581 e 582 c.c. si limitano a stabilire, per il caso in cui manchi, in tutto o in parte, la successione testamentaria, la misura della quota di eredità che deve essere devoluta al coniuge superstite, quando concorra con altri successibili.

Le norme sulla successione legittima, dunque, costituiscono una disciplina suppletiva⁸⁵, con la funzione di determinare chi debba essere chiamato all'eredità, nella misura in cui questa non sia devoluta per via testamentaria e secondo il concetto ideale del concorso.

Profondamente diversa, d'altra parte, è la funzione che è chiamata ad assolvere la successione necessaria, la quale serve ad assicurare ai membri della famiglia nucleare una determinata porzione di beni sul patrimonio ereditario⁸⁶.

Il fatto che le quote indicate da questi due ordini afferiscano a differenti complessi patrimoniali (il *relictum* per la successione legittima, il *relictum et donatum* per la successione necessaria), spiega come possa accadere che, nonostante le quote intestate dei legittimari siano astrattamente più ampie, i beni ricevuti sul patrimonio relitto non siano idonei ad esaurire la riserva⁸⁷. Ancora, in caso di successione legittima, il legittimario leso vede reintegrarsi

⁸³ Corte cost. 23 marzo 1988 n. 527, cit.

⁸⁴ Cfr. la dottrina citata nella nota n. 82.

⁸⁵ M. ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954, *passim*.

⁸⁶ Cfr. DOSSETTI, M.: "Concetto e fondamento della successione necessaria", in *Tratt. dir. succ. don.* (diretto da BONILINI), Milano, 2009, p. 1 ss.; TAMBURRINO, G.: "Successione necessaria (diritto privato)", in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 1348 ss.

⁸⁷ Ad esempio, ove il *de cuius* abbia disperso la gran parte del proprio patrimonio con donazioni a favore di estranei o di altri legittimari.

la propria quota in modo automatico, determinando l'art. 553 c.c. una compressione immediata⁸⁸ delle quote dei successibili non legittimari al fine di soddisfare le quote di riserva. All'azione di riduzione spetta, dunque, il più angusto compito di rendere inefficaci eventuali donazioni lesive dei diritti di legittima.

E' sufficiente, come rilevato da acuta dottrina⁸⁹, tenere ferma questa diversità di funzioni per comprendere come il quesito di diritto, se i nominati diritti si aggiungano o meno alla quota intestata del coniuge, sia fuorviante e non autorizzi una risposta definitiva, valida per tutte le fattispecie ipotizzabili.

Procedendo con ordine, va evidenziato che la Corte Costituzionale, nella citata ordinanza n. 527 del 1988, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'articolo 581 cpv. c.c., con chiare parole precisò, oltre alla spettanza dei noti diritti al coniuge erede legittimo in quanto legittimario⁹⁰, che l'omesso riferimento da parte della norma giudicata all'art. 540, co. 2 c.c., lungi dall'essere una svista, "vale unicamente ad escludere che i diritti in argomento competano al coniuge autonomamente e cioè si cumulino con la quota riconosciutagli" dal medesimo art. 581 c.c.⁹¹.

La Corte Costituzionale, verrebbe da dire in tempi non sospetti, aveva già chiarito come i diritti in questione si aggiungano alla quota che spetta al coniuge in qualità di erede necessario, ma non (necessariamente) alla quota intestata⁹².

⁸⁸ V., per tutti, BONILINI, G.: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 151, dove viene esposto in modo efficace il sistema di riduzione automatica delle porzioni degli eredi legittimi in concorso con i legittimari.

⁸⁹ BARBA, V.: "Sui diritti successori di abitazione e di uso", cit., p. 636.

⁹⁰ La Consulta aggiunge che il rinvio all'art. 540 cpv. c.c. contenuto nell'art. 584 c.c. sta soltanto a significare che la legittima aggiuntiva costituita dai due diritti di godimento spetta anche al coniuge putativo. Cfr., sul punto, TRIOLA, R.: "Osservazioni in tema di diritto di abitazione", cit., p. 147, per il quale il rinvio sarebbe "spiegabile con l'intenzione del legislatore di eliminare eventuali dubbi in ordine al riconoscimento anche in favore del coniuge putativo in buona fede del diritto di abitazione."

⁹¹ In questo senso, già in anticipo rispetto alla Corte Costituzionale, Trib. Trapani, 22 maggio 1987, in *Giust. civile*, 1987, p. 2374, secondo cui il coniuge superstite, nella successione devoluta per legge, non può conseguire meno di quanto il legislatore vuole che gli sia in ogni caso attribuito anche contro la volontà dell'ereditando, ma neppure una quota maggiore; così anche Trib. Roma 12 aprile 1995, in *Fam. dir.*, 1997, p. 149.

⁹² In questo senso, MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., pp. 179-180, secondo cui "il silenzio degli artt. 581 e 582 circa i diritti di abitazione e uso sulla casa familiare significa che essi non competono al coniuge come autonomi diritti *ab intestato*, in via di cumulo con la quota attribuita dagli articoli citati. Tali diritti spettano al coniuge esclusivamente nella qualità di legittimario; V. BARBA, "Sui diritti successori di abitazione e di uso", cit., p. 608.

Pur tuttavia, la Suprema Corte, non paga di tali acquisizioni, nel 1999⁹³ riapre il dibattito sull'argomento e prospetta due possibili soluzioni al problema.

Secondo la Cassazione, i diritti di abitazione e uso devono considerarsi diritti che si aggiungono alla quota spettante al coniuge *ab intestato*, di tal che, assegnati questi in prededuzione al coniuge stesso, la successione si apra sul residuo⁹⁴, ovvero diritti chiamati a comporre la quota spettante a titolo di successione legittima.

Com'è stato osservato da una dottrina⁹⁵ che qui si condivide, è questo il momento in cui si verifica "l'ipostatizzazione di un falso problema", restringendo, in modo del tutto apodittico, la soluzione del problema stesso a due strade alternative che si escludono reciprocamente.

Tornando sull'argomento nel 2000⁹⁶, i giudici della Suprema Corte optano per la seconda soluzione tra quelle prospettate nell'anno precedente.

Affrontando in modo più meditato la complessa questione, la Corte, sul percorso tracciato dalla Consulta, precisa che, in sede di successione necessaria, i diritti di cui all'art. 540 cpv. c.c. si aggiungono alla quota di riserva, mentre, in sede di successione legittima, i diritti di abitazione e uso non si aggiungono alla quota intestata *ex artt.* 581 e 582 c.c.

E ciò perché, nella successione legittima, anzitutto, non troverebbero applicazione i concetti di quota di riserva e di disponibile e, in secondo luogo, componendo i diritti la quota di riserva del coniuge, questi non si aggiungerebbero alla quota intestata, ma a quella sua parte che coincide con la quota di riserva⁹⁷.

Viene, altresì, precisato che, nella successione legittima, l'ordinamento

⁹³ Cass. 13 marzo 1999 n. 2263, in *Notariato*, 1999, p. 309.

⁹⁴ E' la nota teoria di RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 233 ss.

⁹⁵ BARBA, V.: "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro", in *Giur. it.*, n. 8/9, 2013, p. 1783, secondo cui "in tutte le successive, per verità, non numerose, occasioni nelle quali il tema, a vario titolo, è stato nuovamente proposto, i giudici, muovendo dal presupposto che la questione dovesse, davvero, essere risolta, in uno dei due possibili sensi suggeriti dalla Cassazione del 1999, e senza verificare se il tema non dovesse, diversamente, impostarsi, si sono limitati a scegliere l'una o l'altra soluzione, aggiungendo qualche argomento alla tesi scelta."

⁹⁶ Cass. 6 aprile 2000 n. 4329, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2198 e in *Notariato*, 2001, 357. In questo senso, con motivazione stringata trattandosi di un *obiter dictum*, Cass. 5 maggio 2008 n. 11018, in *Vita not.*, 2008, p. 959; Trib. Palermo 21 gennaio 2008, in *Vita not.*, 2009, p. 737.

⁹⁷ La considerazione è di RIDELLA, G. nella nota a Cass. Sez. Un. 27 febbraio 2013 n. 4847, in *Notariato*, n. 3, 2013, p. 276.

interviene, attraverso il sistema di riduzione automatica previsto dall'art. 553 c.c., quando la quota spettante nella successione intestata andrebbe al di sotto della misura della quota di riserva e che, inoltre, non essendo previsto da nessuna norma in materia di successione intestata, non può ritenersi che alla quota intestata si aggiungano i diritti di abitazione e uso.

Per la soluzione del quesito loro sottoposto, le Sezioni Unite procedono a passare in rassegna le principali soluzioni proposte. La dottrina prevalente⁹⁸, avallata anche dalla giurisprudenza⁹⁹, sostiene l'applicazione dell'art. 553 c.c., il quale, nella necessità che anche nelle successioni legittime i legittimari ricevano quanto di loro spettanza, procede ad una riduzione automatica delle quote intestate lesive.

Tale orientamento distingue a seconda che la quota spettante *ab intestato* al coniuge sia di valore uguale o superiore alla quota di riserva o, viceversa, inferiore.

Nel primo caso, anche in aderenza alla natura di legati *ex lege*, i diritti vitalizi andranno a comporre la quota intestata alla stregua di legati in conto.

Nel secondo caso¹⁰⁰, ove, all'esito dei calcoli di imputazione del valore dei diritti per cui questi dovranno gravare sulla disponibile e solo gradatamente sulla quota del coniuge e degli altri legittimari, la quota di riserva risultasse superiore alla quota intestata, entrerà in funzione il meccanismo acquisitivo di cui all'art. 553 c.c.

Ebbene, i giudici delle Sezioni Unite disattendono la ricostruzione imperniata sull'art. 553 c.c.

Tale rigetto viene giustificato, oltre che per le perplessità suscitate dal volere coordinare una norma figlia della riforma del 1975 con l'impianto successorio del 1942, sotto due punti di vista.

⁹⁸ PEREGO, E.: "I presupposti della nascita dei diritti", cit., p. 716; G. SCHIAVONE, "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 157; TEDESCO, G.: "I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima", in *Giust. civ.*, II, n. 36, 2001, p. 383 ss.; GABRIELLI, G.: "Dei legittimari", cit., p. 55 ss.

⁹⁹ Cass. 6 aprile 2000 n. 4329, cit. Trib. Roma 12 aprile 1995, cit.

¹⁰⁰ In questo secondo caso, MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successioni legittime*, cit., p. 180, precisa che va distinto se il coniuge concorra con un successibile legittimario o meno. Nel secondo caso, i due diritti si comportano come prelegati: dopo averli prelevati, il coniuge consegue sulla massa restante una porzione pari al valore della sua quota di riserva al netto dell'onere dei legati proporzionalmente gravante anche su di lui. Tale ricostruzione sembra prestare il fianco alle critiche già mosse avverso la teoria che qualifica i noti diritti come prelegati.

Anzitutto, perché l'art. 553 c.c. concorre a ridurre le quote intestate di alcuni successibili per integrare le quote dei legittimari, ma, si dice, i diritti in oggetto sono maggioritariamente ritenuti legati o prelegati *ex lege* e non quote. Di più, la riduzione delle quote degli eredi legittimi opera in via quantitativa, mentre, nel nostro caso, dovrebbe operare su base qualitativa.

Altro motivo per non condividere l'orientamento ermeneutico *de quo* risiede, ai sensi della sentenza al vaglio, nella considerazione per cui, in ordine alla riduzione delle quote intestate in suo favore, il legittimario deve imputare alla sua legittima il valore dei legati e delle donazioni ricevute dal defunto.

Tale operazione, tuttavia, secondo la Suprema Corte sarebbe incompatibile con l'art. 540 c.c., laddove questo prescrive che la riserva in oggetto debba gravare anzitutto sulla quota disponibile.

Infine, il Collegio decide di propendere per quella teoria secondo cui i diritti di abitazione e uso si aggiungono alle quote fissate dagli artt. 581 e 582 c.c.

Giunge a tale intendimento, argomentando *a contrario* dallo stesso art. 540 cpv. c.c., nel senso che nella successione legittima “non si pone in radice un problema di incidenza dei diritti degli altri legittimari per effetto dell'attribuzione dei diritti di abitazione e uso al coniuge, cosicché le disposizioni previste dalla norma ora richiamata, finalizzate...a contenere in limiti ristretti la compressione delle quote di riserva dei figli del *de cuius* in conseguenza dell'attribuzione al coniuge dei diritti suddetti, non possono trovare applicazione in tema di successione intestata”.

Sembra al Collegio, dunque, che la soluzione del problema debba essere svincolata dal riferimento all'art. 540 cpv. c.c. e alle sue direttive circa l'imputazione dei noti diritti nel concorso dei legittimari, anche perché, com'è noto, la successione necessaria non costituisce un *tertium genus* di successione, oltre quella testamentaria e quella legittima, ma solo un corpo di limiti posti sia alla libera disposizione dell'ereditando che alla sistemazione prodotta dalla norme della successione legittima.

Pertanto, sostengono le Sezioni Unite, “le modalità di attribuzione dei diritti di abitazione e uso nella successione legittima devono prescindere dal procedimento di imputazione previsto dalla norma sopra menzionata e, quindi, i diritti in questione, non trovando tali limitazioni nella loro concreta realizzazione, devono essere riconosciuti pienamente...”.

Ne discende, ad opinione del Supremo Collegio, che, ai fini del calcolo di tali diritti, occorrerà stralciare il valore capitale di essi secondo modalità

assimilabili al prelegato¹⁰¹, e poi dare luogo alla divisione tra tutti gli eredi, secondo le norme della successione legittima, della massa ereditaria dalla quale viene detratto il suddetto valore, rimanendo invece compreso nell'asse il valore della nuda proprietà della casa familiare e dei mobili¹⁰².

Invero, le affermazioni della Suprema Corte non sembrano cogliere nel segno.

Con riferimento alla sistemazione accolta, non ci si può esimere dal rilevare come essa sia inficiata dallo stesso vizio sopra ascritto alla qualificazione dei due diritti vitalizi quali prelegati, sarebbe a dire la violazione dello stesso art. 540 cpv. c.c. che gradua diversamente il peso del legato, imponendo che esso gravi dapprima la quota disponibile, poi la quota di riserva del coniuge e, finalmente, la quota di riserva dei figli¹⁰³.

Del pari infondate appaiono le contestazioni rivolte dal Supremo Collegio verso la teoria che prevede l'applicazione dell'art. 553 c.c. per stabilire come incidano i detti legati sulla composizione della quota intestata di eredità del coniuge.

Si legge, infatti, da un lato, che l'art. 553 c.c. non sarebbe applicabile al caso di specie, atteso che tale norma commina l'effetto della riduzione automatica delle quote dei successibili non legittimari solo in ordine al reintegro delle quote riservate, mentre, invece, la speciale riserva di cui all'art. 540 cpv. c.c. afferisce a diritti determinati; dall'altro, che sempre il medesimo art. 553 c.c. impone al legittimario, al fine di poter beneficiare dell'effetto riduttivo, l'onere della preventiva imputazione alla propria quota di riserva delle donazioni e dei legati eventualmente ricevuti¹⁰⁴, quando, per converso, lo stesso art. 540, co. 2 c.c. impone che tali legati gravino anzitutto sulla disponibile.

Si condividono qui i rilievi per cui, in primo luogo, anche nel caso in esame la

¹⁰¹ Assimilare il metodo di computo prescelto a quello proprio del legato, escludendo pertanto che di vero e proprio prelegato si tratti, solleva, a nostro avviso, un profilo di contraddittorietà della opzione ermeneutica delle Sezioni Unite.

¹⁰² In dottrina, RAVAZZONI, A.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 233 ss; SCOGNAMIGLIO, R.: "Art. 581", cit., p. 862; GARGANO, A.: "Il coniuge superstite", cit, p. 1632; Trib. Siena 11 aprile 1983, cit.; Trib. Verona 12 dicembre 1989, cit.; App. Venezia 3 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, p. 292.

¹⁰³ Esempi chiarificatori dell'applicazione delle regole di computo in CALVO, R.: "Il diritto di abitazione" cit., pp. 32-33; TEDESCO, G.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., pp. 383-386; vedi, da ultimo, Cass. 19 aprile 2013 n. 9651, in *Giur. it.*, p. 1775.

¹⁰⁴ Sull'imputazione del legittimario quale condizione per l'esercizio dell'azione di riduzione, v. , per tutti, MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, p. 335.

riduzione automatica mirerebbe a concretizzare la quota dal momento che i noti diritti, in quanto oggetto di legato *ex lege* vengono acquistati automaticamente all'apertura della successione; in secondo luogo, l'imputazione sulla disponibile dei diritti di abitazione e uso, effettivamente disposta dall'art. 540 cpv. c.c., vale solo a determinare un ampliamento della riserva in proprietà in senso anche qualitativo cui vanno comunque imputati i noti diritti.¹⁰⁵

Quanto detto corrobora l'opinione, già adombrata più sopra, secondo cui non si tratta di verificare *sic et simpliciter* se i diritti di cui all'art 540, co. 2 c.c. debbano essere aggiunti o no alla quota intestata, bensì di coordinare la disciplina della successione necessaria con quella della successione legittima per fare in modo che, caso per caso, il coniuge percepisca una porzione almeno pari, quantitativamente e qualitativamente, alla quota di riserva assegnatagli.

Nel caso in cui, infatti, la quota intestata spettante al coniuge superstite ai sensi degli artt. 581 e 582 c.c. fosse inferiore al minimo garantitogli dalla legge, la vocazione intestata andrebbe senza dubbio aumentata, ma ciò non mercè un'aprioristica scelta di fondo, bensì in quanto il coniuge ha subito una lesione qualitativa o quantitativa quale legittimario¹⁰⁶.

L'idea che il rapporto tra successione legittima e diritti di abitazione e uso si presti ad un'unica soluzione (incremento della quota intestata) sembra, pertanto, rappresentare un rilevante malinteso.

Appare, altresì, lontano dal vero l'assunto, forse matrice della non convincente opzione prescelta dalle Sezioni Unite, per cui, datosi atto dell'incidenza della successione necessaria anche sulla successione legittima, si giunge, ciò nonostante, ad emanciparla¹⁰⁷ del tutto dalle norme che tale incidenza sono deputate a regolare (artt. 540 cpv., 553 c.c.), spezzando così "il nesso sistematico che intercorre tra l'istituto del c.d. legato *ex lege* ed i

¹⁰⁵ BARBA, V.: "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro", cit., pp. 1791-1792. Secondo questo autore, inoltre, per il caso di concorso del coniuge con altri successibili legittimari, non potendo trovare applicazione l'art. 553 c.c., il quale presuppone un concorso con successibili non legittimari, "diventa determinante stabilire in che misura il legato di cui all'art. 540, secondo comma, cod. civ. debba gravare sulla quota del coniuge superstite ed eventualmente sulla quota dei figli".

¹⁰⁶ Vedi la dottrina maggioritaria citata nella nota n. 98.

¹⁰⁷ Si legge nel corpo della sentenza che "nella successione legittima non si pone in radice un problema di incidenza dei diritti degli altri legittimari per effetto dell'attribuzione dei diritti di abitazione e di uso al coniuge".

criteri scelti dal legislatore per la sua concretazione”¹⁰⁸.

Riteniamo, infatti, che la speciale riserva qualitativa di cui all’art. 540 cpv. c.c. debba ricevere applicazione astraendo dal tipo di vocazione, testata oppure no, cui è chiamato il coniuge, per la semplice, ma ineludibile ragione che quest’ultima norma si pone come criterio neutro di distribuzione dei noti diritti, senza che, come si è visto, sia necessaria, per la sua efficacia, una lesione dei diritti attribuiti ai legittimari¹⁰⁹.

VIII. L’ATTRIBUZIONE EX ART. 540, CO. 2, C.C. ED IL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA.

La speciale riserva che ci occupa pone, altresì, il problema dell’ammissibilità di un legato in sostituzione di legittima¹¹⁰ mercè il quale il testatore miri a soddisfare il coniuge estinguendo contestualmente tutti i suoi diritti di riservatario.

Poiché l’art. 551 c.c., infatti, consente al testatore di tacitare anche la riserva del coniuge attraverso una vocazione a titolo particolare, è necessario a questo punto verificare se tale strumento sia applicabile anche alla riserva di cui all’art. 540, co. 2, c.c.

La *ratio* dell’istituto risiede nell’impedire che un legittimario sia chiamato all’eredità ovvero partecipi, in caso di concorso di più chiamati, alla comunione ereditaria, rispettando al contempo i suoi diritti di legittima¹¹¹.

La disciplina positiva, tuttavia, consente al legittimario di conseguire ugualmente la qualità di erede, dismettendo il legato privativo ed agendo in riduzione; si vuole, appare chiaro, tutelare sino in fondo il diritto del

¹⁰⁸ CALVO, R.: “La successione del coniuge ed i chiaroscuri della Cassazione”, in *Giur. it.*, n. 8/9, 2013, p. 1778; giova all’intelligenza dei diversi riflessi applicativi collegati all’impostazione qui accolta l’interessante rassegna casistica svolta da BARBA, V.: “Sui diritti successori di abitazione e di uso”, cit., pp. 642-645.

¹⁰⁹ CALVO, R.: “La successione del coniuge”, cit., p. 1778.

¹¹⁰ In generale sull’istituto si vedano, SANTORO PASSARELLI, F.: *Dei legittimari*, cit., p. 266 e ss.; CICU, A.: “Legato in conto o in sostituzione di legittima ed usufrutto del coniuge superstite”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 257 e ss.; AZZARITI, GIU.: *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, s.d. ma 1997, p. 157 e ss.; GARDANI CONTURSI LISI, L.: “Successione necessaria” (voce), in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIX, s.d. ma 2001, p. 99 e ss.

¹¹¹ Nel senso del testo, FERRARIO HERCOLANI, M.: “Il legato in sostituzione di legittima”, in *Tratt. dir. successioni e donazioni* (diretto da G. BONILINI), vol. III, Milano, 2009, p. 325.

legittimario a diventare successore universale del *de cuius*¹¹².

Veniamo ora al punto che in questa sede rileva, sarebbe a dire la sorte dei diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540, co. 2, c.c. nell'ipotesi in cui il coniuge superstite sia destinatario di un legato sostitutivo non solo della legittima in piena proprietà ma anche dei diritti *de quibus* o di questi ultimi soltanto.

Un primo orientamento¹¹³ si mostra scettico a proposito questa eventualità, ritenendo ammissibile soltanto la sostituzione della riserva in piena proprietà e non anche quella dei particolari diritti di cui all'art. 540 cpv., stante la loro peculiare natura di riserva qualitativa.

D'altra parte, si è sostenuto che essi possano essere compresi in un legato in sostituzione, facendosi leva sulla presumibile volontà del testatore di privare il coniuge legittimario di qualsivoglia diritto sulla propria successione, senza distinguere tra riserva vera e propria e riserva qualitativa¹¹⁴. Effettivamente, la funzione etico-sentimentale riconosciuta alla speciale riserva qualitativa di cui si discorre verrebbe salvaguardata dalla possibilità, concessa al beneficiario, di rinunciare al legato sostitutivo, conservando il proprio diritto alla legittima complessivamente intesa.

Tale ultima ricostruzione, ove accolta, ingenera dei dubbi applicativi. Ad esempio, se il testatore attribuisse al coniuge il diritto di usufrutto in sostituzione della sola legittima qualitativa, quest'ultimo sarebbe legittimato ad agire in riduzione per ottenere la quota di patrimonio ereditario di sua spettanza in qualità di riservatario¹¹⁵.

Una rilevante criticità emerge laddove il legato sostitutivo riguardi la sola riserva in piena proprietà e la disponibile non sia sufficiente ad accogliere il valore del diritto di abitazione, dovendosi imputare ex art. 540, co. 2, c.c. alla

¹¹² Sulla distinzione tra legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima, si veda DI MAURO, N: "Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima", in *Giust. civ.*, 1991, n. 10, p. 2788 e ss.

¹¹³ MENGONI, L.: *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 166.

¹¹⁴ BARONE, R. - IOLI, A. - MAMBRETTI, E.: "La successione del coniuge", cit., p. 50 e ss.; Grassano, N. "Legato al coniuge in sostituzione di legittima", in *Riv. not.*, 1990, p. 403; FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, co. 2, c.c.", cit., p. 978, ritiene che il *de cuius* potrebbe ben decidere quanta e quale legittima tacitare con lo strumento legatizio offerto dall'art. 551 c.c.

¹¹⁵ FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, co. 2, c.c.", pp. 978-979; FALZONE CALVISI, M. G.: *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, cit., p. 59, nt. 59 secondo cui, nel diverso caso in cui l'usufrutto fosse chiamato a sostituire la riserva quantitativa, il coniuge non potrebbe reclamare il diritto di abitazione, essendone il contenuto già ricompreso nelle facoltà dell'usufruttuario.

quota di riserva del coniuge; in tal caso riteniamo che, al fine di conseguire i noti diritti, il coniuge superstite potrebbe percorrere unicamente la via della rinuncia al legato, dovendosi, come si è già detto, escludere che possa sorgere un diritto di abitazione *pro quota* pari alla capienza della disponibile.

Qualora si accolga la tesi che ritiene sostituibili i diritti di uso e di abitazione, va sottolineato che l'acquisto del legato sostitutivo anestetizza il legato *ex lege* di cui all'art. 540 cpv.; al contrario, in caso di rinuncia al legato *ex art.* 551 c.c., il coniuge acquisterà automaticamente la titolarità dei diritti di abitazione e di uso sulla casa familiare¹¹⁶.

IX. TRASCRIZIONE DELL'ACQUISTO DEL DIRITTO DI ABITAZIONE.

Un'ulteriore fonte di complicazioni ricostruttive della disciplina dell'art. 540, co. 2, c.c. è rappresentata dalla sussistenza o meno della necessità di trascrivere, ed eventualmente a quale fine, l'acquisto del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite in caso di successione intestata. Prima di approfondire le modalità attraverso cui eseguire la formalità pubblicitaria, appare utile comprendere quale sia eventualmente lo scopo cui essa tende, cioè riflettere su quale sia il regime di opponibilità ai terzi del diritto di abitazione pervenuto attraverso il legato di cui all'art. 540 cpv., c.c.

La fattispecie in cui dare risposta al superiore quesito assume effettiva rilevanza è costituita dal caso in cui si verifichi un conflitto fra il coniuge superstite, titolare *ex lege* del diritto di abitazione non trascritto, ed il terzo avente causa dall'erede che abbia invece proceduto a trascrivere il proprio acquisto.

Un primo orientamento della Suprema Corte di Cassazione propende per la prevalenza del terzo acquirente dall'erede, in quanto, nella fattispecie al vaglio, si tratterebbe di atti provenienti dal medesimo autore; ne discende che il conflitto tra i due acquirenti andrebbe risolto ai sensi dell'art. 2644 c.c. secondo il principio *prius in tempore, potior in iure*¹¹⁷.

Un successivo orientamento¹¹⁸, invece, si è attestato su una differente posizione, osservando come, nel caso in esame, non possa trovare applicazione l'art. 2644 c.c. Il paventato conflitto, rileva la Cassazione, andrebbe risolto in base alle regole previste dall'art. 534 c.c. che disciplina gli

¹¹⁶ Cfr. FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, co. 2, c.c.", cit., p. 979.

¹¹⁷ Cass., 21 febbraio 1995, n. 1909, in *Giur. it.*, 1995, p. 2059.

¹¹⁸ Cass., 24 giugno 2003, n. 10014, in *Vita Not.*, 2003, p. 1450. Nel senso del testo, si veda MUSOLINO, G.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 647.

acquisti dall'erede apparente. Tale conclusione viene corroborata dalla considerazione secondo cui la situazione dell'erede e del coniuge superstite non presenta i caratteri del conflitto fra acquirenti dal medesimo soggetto di diritti fra loro non compatibili, contrasto, questo sì, che andrebbe dipanato *ex art. 2644 c.c.*

Alla luce di quest'ultima prospettiva, si può inferire che, ai fini dell'opponibilità del diritto di abitazione, il coniuge superstite sarà tenuto a trascrivere non tanto per prevalere ai sensi dell'art. 2644 c.c., ma ai diversi fini di garantire, da un lato, la continuità delle trascrizioni *ex art. 2650 c.c.*¹¹⁹ e di impedire, dall'altro, al terzo acquirente dall'erede di invocare, a protezione del proprio acquisto, la disciplina di cui all'art. 534 c.c.¹²⁰.

Chiaritosi a quali fini vada eseguita la trascrizione del legato di cui all'art. 540 cpv. c.c., può esplorarsi il tema delle concrete modalità di trascrizione dello speciale legato *ex lege*.

Anzitutto, si registra un'autorevole corrente di pensiero¹²¹ che, in una visione rigorosa del sistema della pubblicità immobiliare, esclude la possibilità stessa di trascrivere nel caso che ci interessa, atteso che l'art. 2648, co. 4, c.c. prescrive che la trascrizione dell'acquisto del legato avente ad oggetto i diritti di cui all'art. 2643, nn. 1, 2 e 4, c.c. si effettua sulla base dell'estratto autentico del testamento¹²². Nella rigida impossibilità di procedere alla trascrizione che questa opzione interpretativa predica, e pure in presenza delle necessità di cui si è dato conto appena più sopra, si dovrebbe ricavare una sorta di opponibilità assoluta ai terzi del diritto di abitazione e ciò, in tesi, a prescindere da qualsivoglia rilievo pubblicitario del titolo¹²³.

¹¹⁹ Sulla persistente necessità di ossequiare il principio della continuità delle trascrizioni in ordine a garantire la completezza informativa dei registri immobiliari (anche se l'art. 2648 c.c. non impone la trascrizione del legato *ex lege*), si veda MENGONI, L. *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 186, il quale, nella medesima sede, non manca di evidenziare come omettere di dare pubblicità al diritto di abitazione del coniuge nei registri immobiliari contrasti appunto con il principio di continuità delle trascrizioni

¹²⁰ MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 187 sottolinea che la trascrizione del legato *ex lege* rilevi anche ai fini dell'art. 1159, co. 2, c.c., qualora il coniuge defunto avesse soltanto il possesso della casa, e ai fini degli artt. 2812, 2652 e 2653 c.c.

¹²¹ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile*, Commentario (diretto da SCHLENSINGER), I, Milano, 1993, p. 191.

¹²² FERRENTINO, C. - FERRUCCI, A.: cit., p. CCXVI, correttamente sottolineano come il problema non sorga nell'ipotesi in cui si ritenga che i noti diritti spettino a titolo di eredità, dovendosi allora trascrivere l'accettazione dell'eredità, né in quella in cui il diritto di abitazione sia frutto di una espressa attribuzione testamentaria, allorquando l'acquisto del legato verrà trascritto sulla base dell'estratto autentico del testamento *ex art. 2648, co. 4, c.c.*

¹²³ MUSOLINO, G.: "I diritti di abitazione e di uso", cit., p. 646.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, in ossequio alla qualificazione dell'attribuzione *ex art. 540, co. 2, c.c.* come legato *ex lege*, sostiene la tesi della sua possibile trascrizione, fondando tale convincimento sulla lettura estensiva dell'art. 2648 c.c. il quale andrebbe interpretato come rivolto a tutti i possibili acquisti a causa di morte, ivi compreso, appunto, il legato *ex lege*.

All'interno del filone interpretativo da ultimo riportato, traendo spunto dall'art. 2660 c.c., si sostiene¹²⁴ che il titolo di acquisto potrebbe essere sostituito dal certificato di morte unitamente alla nota di trascrizione indicante il rapporto di coniugio con il defunto.

Soluzioni meno percorribili in quanto fondate, rispettivamente, su un documento di mera valenza fiscale e su un titolo proveniente dallo stesso interessato, quelle che suggeriscono di trascrivere il certificato di denunciata successione¹²⁵ o un atto notorio che accerti la sussistenza dei requisiti legali necessari al sorgere del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite¹²⁶. Un'altra opinione dottrinale¹²⁷ ritiene che il titolo idoneo alla trascrizione, nel caso che ci occupa, sarebbe costituito da una sentenza di accertamento dell'acquisto del diritto di abitazione da parte del coniuge¹²⁸.

La via più seguita nella pratica risulta, tuttavia, quella di procedere alla trascrizione del diritto di abitazione in oggetto sulla base di un atto (pubblico o con sottoscrizione autenticata) nel quale il coniuge dichiara di accettare il legato¹²⁹. Non va, però, sottaciuto, come la trascrizione dell'atto di accettazione, che pure rispetterebbe la tassatività dei titoli prescritta dall'art. 2657 c.c., avrebbe, siccome corollario, la conseguenza di consumare, in capo al coniuge superstite, la facoltà di rinunziarvi, rendendo, pertanto, irrevocabile l'acquisto¹³⁰.

ÍNDICE

¹²⁴ GABRIELLI, G.: "Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare", in *Contr. e impresa*, 1989, p. 817; ID, "Pubblicità dei diritti di abitazione, reali e personali, nei registri immobiliari del Codice civile e nei libri fondiari", in *Vita Not.*, 2003, n. 4/6, p. 576.

¹²⁵ FERRI, L.: "Alcune annotazioni in tema di successione e trascrizione nel diritto di famiglia", in *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, Milano, 1988, p. 192.

¹²⁶ Cfr. MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, cit., p. 329.

¹²⁷ PUGLIATTI, S.: *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, p. 84

¹²⁸ Deve opinarsi che debba essere senz'altro questa la via per la trascrizione dell'acquisto conseguito mediante vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

¹²⁹ NICOLÒ, R.: *La trascrizione*, vol. II, Milano, 1973, p. 15; MARICONDA, G.: "La trascrizione", in *Tratt. dir. priv.* (diretto da RESCIGNO), 1997, p. 136.

¹³⁰ BARONE, R. - IOLI, A. - MAMBRETTI E., "La successione del coniuge", cit., p. 73, fanno rilevare che tale effetto potrebbe essere eluso laddove l'atto di accettazione espressa contenga una riserva della facoltà di revoca.