

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.), 2ª 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). Ancorà, 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.