

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 *Famiglia*, 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 di 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*, ovverosia 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.