

La difesa del minore

Una svolta nei giudizi *de potestate* e di adottabilità: in vigore, dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minore

di GIANFRANCO DOSI

Dopo sei anni di attesa e di inutili proroghe è entrata in vigore il 1° luglio 2007, nel testo licenziato dal legislatore nel 2001, la riforma della difesa nei giudizi davanti al tribunale per i minorenni. Da oggi vi è l'obbligo per il minore e per i genitori di essere assistiti da un avvocato nei procedimenti *de potestate* e in quelli di adottabilità. Restano aperti però i problemi derivanti dall'assenza di norme processuali adeguate e di linee guida per la formazione, la nomina e la retribuzione degli avvocati.

1. L'entrata in vigore della nuova disciplina

Lo scorso 30 giugno veniva a scadenza l'ultima proroga (ultima in ordine di tempo) voluta dal legislatore per dar vigore alle norme sulla nomina di un difensore ai genitori e ai minori nei procedimenti sullo stato di adottabilità e in quelli *de potestate*: tuttavia né alla data del 30 giugno 2007 né successivamente, nessun decreto di proroga è più intervenuto con la conseguenza che le ormai non più nuovissime norme possono considerarsi finalmente, per quanto silenziosamente, entrate in vigore.

Peraltro, bisogna dire che la disciplina della difesa nei procedimenti minorili, emanata nel 2001, entra in vigore senza aver ancora dato risposte concrete ai problemi che avevano suggerito, se non anche imposto, al legislatore di prorogarne l'entrata in vigore per sei anni: invero, non esistono norme che consentano ora di dare, sotto significativi profili, applicazione alla disciplina processuale dell'adozione e dei procedimenti *de potestate*. In altre parole gli uffici della giustizia minorile e gli operatori si trovano ad affrontare un'improvvisa emergenza costituita dal fatto che esiste l'obbligo di adeguare la prassi alle nuove norme e di nominare nei tribunali per i minorenni un avvocato ai minori e ai genitori nei procedimenti *de potestate* e in materia di adottabilità.

Si porranno numerosi problemi di diritto intertemporale che non è ancora chiaro come risolvere. Non sappiamo come saranno applicate le nuove norme, chi pagherà gli avvocati, quali criteri di formazione utilizzeranno i consigli dell'Ordine per preparare gli avvocati, chi redigerà gli elenchi, chi curerà la formazione di que-

sti nuovi avvocati specialisti in diritto minorile. Problemi naturalmente la cui soluzione non è più procrastinabile.

Nonostante tutto ciò l'entrata in vigore della nuova legge è da salutare come un dato senz'altro positivo. Un'occasione preziosa per far crescere sempre di più la cultura delle garanzie anche nei tribunali per i minorenni.

2. Una riforma inattuata

Oltre cinque anni fa la l. 28 marzo 2001, n. 149 introduceva nella nostra legislazione l'obbligo di nominare un avvocato al minore e ai genitori nelle procedure di limitazione e di decadenza della potestà e in quelle per la dichiarazione di adottabilità (1).

Questa riforma avrebbe dovuto costituire per il nostro sistema processuale un evento di straordinaria importanza, perché spostava l'attenzione sul tema cruciale della difesa processuale del minore nella prospettiva di un processo civile più giusto di fronte ad un tribunale

Nota:

(1) La l. 28 marzo 2001, n. 149 (pubblicata nella G.U. n. 96 del 26 aprile 2001) in realtà si era occupata di un tema più ampio, modificando in molte parti la legge 4 maggio 1983 n. 184 sull'adozione e sull'affidamento dei minori, a cominciare dal titolo che ora è *diritto del minore ad una famiglia*. All'interno di questa riforma venne introdotto anche l'obbligo di assistenza legale da parte di un difensore per i genitori e per i minori nelle procedure di adottabilità (nuovo testo degli artt. 8 ultimo comma e 10 comma 2 della l. 184 del 1983 come modificati rispettivamente dall'art. 8 e dall'art. 10 della l. 149 del 2001) e nei procedimenti di limitazione e decadenza della potestà genitoriale (art. 336 ultimo comma c.c. come introdotto dall'art. 37 della l. 149 del 2001).

per i minorenni più terzo. Ed era proprio questa prospettiva che metteva bene in evidenza come la riforma avesse avuto un'importanza il cui significato e la cui portata storica andavano ben oltre la disciplina che veniva introdotta. La legge riconosceva, infatti, al minore, nei casi toccati dalla riforma, la qualità di parte processuale e collocava con determinazione la difesa dei suoi diritti nel contesto della giurisdizione all'interno delle regole del processo.

In seguito a questa riforma l'ultimo comma dell'art. 8 della l. 4 maggio 1983, n. 184 sull'adozione dei minori prevede che «il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti di cui al comma 2 dell'art. 10» (cioè i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore) mentre il secondo comma dell'art. 10 della medesima legge prevede che, all'atto dell'apertura del procedimento, i genitori e i parenti devono essere espressamente invitati a nominare un difensore; in difetto deve essere loro nominato un difensore di ufficio. Con questa norma fa, quindi, anche ingresso nel processo civile la figura del difensore di ufficio.

Per i procedimenti di limitazione e decadenza della potestà genitoriale l'art. 37 della legge 149 del 2001 ha modificato l'art. 336 c.c. aggiungendovi un ultimo comma nel quale si prevede che «per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore». Quindi la nuova legge introduceva l'obbligo dell'assistenza del difensore per i genitori e per il minore nei procedimenti di controllo della potestà dei genitori interessando, così, la quasi totalità degli affari civili attribuiti attualmente alla competenza del tribunale per i minorenni.

3. La catena delle proroghe per decreto legge

Questa rivoluzione copernicana nella giustizia civile minorile non appariva di semplice attuazione e ciò per la difficoltà di recepirla, senza sostanziali ulteriori riforme, in un ordinamento come il nostro e, in particolare, in un sistema processuale civile nel cui ambito la nomina del difensore di ufficio è istituito sconosciuto per il quale non esiste né una disciplina dei criteri e dei requisiti per la nomina e per la retribuzione di tale difensore (a differenza di quanto avviene nel processo penale dove la legge di riforma 6 marzo 2001, n. 60 ha disciplinato la difesa d'ufficio prevedendo specifiche modalità per la nomina dei difensori e per la loro retribuzione). Il legislatore avrebbe, quindi, dovuto anche introdurre una specifica normativa di attuazione. Viceversa la legge 149/2001 non conteneva nulla in più delle scarse indicazioni relative alla nomina del difensore che sono state sopra riferite.

Per questi motivi il Governo interveniva subito per rinviare la riforma in attesa di prevedere apposite norme di attuazione e dopo il primo rinvio di un anno ha prorogato l'entrata in vigore della riforma di anno in anno.

Il primo provvedimento di proroga venne pubblicato il 26 aprile 2001 nello stesso numero della Gazzetta ufficiale nel quale era contenuta la legge di riforma. Si tratta del decreto legge 24 aprile 2001 n. 150 con cui si stabiliva che «fino all'emanazione di una composita disciplina sulla difesa d'ufficio» nei procedimenti di adottabilità e «fino all'emanazione di nuove disposizioni che regolano i procedimenti di cui all'art. 336 c.c.» continuino ad applicarsi le disposizioni processuali vigenti. Questo primo decreto legge veniva convertito con la legge 23 giugno 2001 n. 240 che indicava come data per l'entrata in vigore della riforma il 1° luglio 2002.

Il secondo rinvio veniva previsto con il decreto legge 1° luglio 2002 n. 126 convertito nella legge 2 agosto 2002 n. 175 con cui il termine massimo per l'entrata in vigore della riforma veniva portato al 1° luglio 2003.

Il terzo provvedimento di proroga venne inserito nel decreto legge 24 giugno 2003 n. 147 («Proroga di termini e disposizioni urgenti ordinamentali») il cui art. 15 - intitolato «difesa d'ufficio e procedimenti civili davanti al tribunale per i minorenni» disponeva lapidariamente che «Le disposizioni previste dal decreto legge 1° luglio 2002 n. 126, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 agosto 2002 n. 175, sono prorogate al 30 giugno 2004». Il decreto legge venne convertito dalla legge 1° agosto 2003 n. 200.

Al quarto decreto di proroga pensò il decreto legge 24 giugno 2004 n. 158 («Permanenza in carica degli attuali ordini professionali e proroga di termini in materia di difesa d'ufficio e procedimenti civili davanti al tribunale per i minorenni nonché di protezione dei dati personali») il cui art. 2 disponeva che «Le disposizioni previste dall'art. 15 del decreto legge 24 giugno 2003 n. 147, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 2003 n. 200, sono ulteriormente prorogate al 30 giugno 2005». Il decreto veniva convertito dalla legge 27 luglio 2004, n. 188.

La quinta proroga fu prevista con il decreto legge 30 giugno 2005, n. 115 convertito dalla legge 17 agosto 2005, n. 168 con cui il termine di entrata in vigore della riforma venne prorogato fino al 30 giugno 2006.

La sesta e, a quanto pare, ultima proroga era infine affidata alla legge 12 luglio 2006, n. 228 (proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare e legislativa) che ha convertito il decreto legge 12 maggio 2006, n. 173, all'art. 1 comma 2, che rinviava l'entrata in vigore della normativa al 30 giugno 2007.

Per quanto riguarda, in particolare, l'adozione di minori, si deve osservare che, in seguito agli indicati provvedimenti di proroga, una copiosa giurisprudenza esprimeva da subito l'orientamento di ritenere sospesa tutta la parte processuale della riforma introdotta dalla legge 149/2001, quindi non soltanto le questioni legate alla nomina di un avvocato al minore e ai genitori (nuovi artt. 8, comma 4 e 10 comma 1, del testo modificato della legge sull'adozione del 1983), ma anche tutto ciò che riguarda il sistema delle impugnazioni ora affidato

all'appello avverso la sentenza di adottabilità in luogo della tecnica dell'opposizione davanti allo stesso tribunale (nuovi artt. 15 e 17, legge cit.) e caratterizzato dall'ampliamento dei motivi di ricorso per cassazione non più ristretti alla sola violazione di legge (nuovo art. 17, comma 2) (2).

4. Le ragioni delle proroghe

Nelle Relazioni ai decreti di proroga dell'entrata in vigore della riforma (3) si legge che "si reputa necessaria la proroga per garantire il completamento dell'*iter* parlamentare del disegno di legge relativo alla disciplina della difesa d'ufficio e sul patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili minorili, nonché della revisione del procedimento di cui all'art. 336 del codice civile".

Le esigenze che, nelle intenzioni del Governo, rendevano necessaria una proroga così lunga, erano sostanzialmente legate all'operatività della l. 29 marzo 2001 n. 134, recante la riforma istitutiva del patrocinio a spese dello stato per i non abbienti. L'entrata a regime della riforma del patrocinio a spese dello Stato era stata fissata al 1° luglio 2002 e per i giudizi civili e amministrativi, aveva elevato a euro 9.296,22 (lire 18.000.000) il livello massimo del reddito ai fini dell'ammissione al beneficio dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Questa normativa è stata sostanzialmente riprodotta nel d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia.

Ebbene, mentre la l. 6 marzo 2001, n. 60 aveva disciplinato la difesa d'ufficio nei procedimenti penali, prevedendo specifiche modalità per la nomina dei difensori d'ufficio, con la corresponsione di un compenso nella misura e secondo le modalità previste dalla normativa sul patrocinio a spese dello Stato, qualora il difensore dimostri di aver inutilmente esperito la procedura per il recupero dei crediti professionali, la legge 28 marzo 2001, n. 149 di riforma in materia di adozione, invece, non conteneva alcuna previsione in ordine alle modalità per la nomina del difensore d'ufficio in favore dei genitori e del minore, nei confronti del quale sia stato aperto il procedimento, né in ordine alla corresponsione dei compensi professionali all'avvocato. «In tale situazione - si legge testualmente nella Relazione ai decreti di proroga della riforma - il principio di effettività della difesa, cui la riforma in materia di procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità ha inteso ispirarsi, incontra forti limiti, ove si tenga conto da un lato della necessità di affidare l'incarico a professionisti in possesso di competenze qualificate in considerazione della delicatezza della funzione da assolvere (così come già avviene per il settore penale ai sensi dell'art. 11 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e dell'art. 15 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272) e, dall'altro, della sostanziale inadeguatezza dell'attuale legge sul gratuito patrocinio nei giudizi civili, avuto riguardo alle condizioni di povertà necessarie per l'ammissione. E ciò sia che, per

quanto attiene ai requisiti soggettivi, si vogliono ritenere applicabili le disposizioni di cui alla legge 533/1973, in conformità all'orientamento di una parte della dottrina, sia che si ritengano invece applicabili le disposizioni sul gratuito patrocinio nei procedimenti civili, secondo l'orientamento prevalente dei giudici minorili. Di conseguenza - continua la Relazione - uno strumento di maggior tutela, come la difesa d'ufficio, viene a tradursi in un maggior onere a carico di soggetti i quali, pur appartenendo di norma alle fasce economicamente più deboli, non potranno accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato. Una riconsiderazione di tali aspetti appare, quindi necessaria al fine di assicurare la effettività della difesa sia nei confronti dei genitori che dei minori per i quali sia stato aperto un procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, anche attraverso un collegamento tra la difesa d'ufficio e l'onere delle spese a carico dello Stato, così come previsto dalla citata legge 60 del 2001».

Per quanto riguarda il procedimento di cui all'art. 336 c.c. in cui non è stato introdotto il principio della difesa d'ufficio ma solo l'obbligo per le parti di munirsi di difensore, la Relazione motivava la necessità della proroga dell'entrata in vigore della riforma sul presupposto che «la previsione della difesa tecnica contenuta nella legge di riforma necessita di una revisione del procedimento che si svolge davanti al tribunale per i minorenni nelle forme del procedimento in camera di consiglio e cioè secondo norme procedurali che necessitano di una modifica, anche a seguito della novellazione dell'art. 111 della Costituzione. È quindi necessario regolare le modalità e i tempi attraverso i quali deve esercitarsi l'attività difensiva; comunque la inadeguatezza dell'attuale legge sul gratuito patrocinio pone seri ostacoli ad un effettivo esercizio del diritto di difesa, non potendosi porre l'onere delle spese a carico dello Stato se non nelle ipotesi previste dalla attuale normativa in materia di gratuito patrocinio, nei giudizi civili, ancorate a condizioni di povertà del richiedente».

La riforma era stata, quindi, prorogata per anni sia per la mancanza di norme sui criteri di nomina e di qualificazione dei difensori nei procedimenti civili di adottabilità e di limitazione e decadenza della potestà - a differenza di quanto avviene nel settore della difesa penale dei minorenni dove sono previste specifiche norme di

Note:

(2) Cass. 16986/06, Cass. 11019/06, Cass. 8877/06, Cass. 4407/06, Cass. 27384/05, Cass. 21054/04, Cass. 17897/04, Cass. 10570/04, Cass. 19862/03, Cass. 18512/03, Cass. 4124/03.

(3) La Relazione al decreto legge 150/2001 è pubblicata anche in *Guida al diritto*, 5 maggio 2002, n. 17, 35; la Relazione al decreto legge 126/2002 è pubblicata anche in *Guida al diritto*, 13 luglio 2002, n. 27, 15; la Relazione al decreto legge n. 147/2003 è pubblicata anche in *Guida al diritto*, 19 luglio 2003, n. 28, 4; la Relazione al decreto legge n. 158/2004 è pubblicata anche in *Guida al diritto*, 10 luglio 2004, n. 27, 16. Successivamente le Relazioni non sono state più pubblicate ma il testo è sempre stato lo stesso.

nomina e di qualificazione (cfr art. 11 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e art. 15 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272) - sia per la mancanza di norme sulle modalità di retribuzione dell'avvocato (modalità, invece, previste dalla legge 60/2001 per la difesa dei minorenni nei procedimenti penali). Come si vede, quindi, il settore penale ha fatto da battistrada in questi ultimi anni rispetto al tema delle garanzie difensive e a quello della nomina, della qualificazione e della retribuzione dei difensori.

5. Disegni di legge sulla difesa d'ufficio in materia civile

Per iniziare a dare una risposta a questi problemi alla fine del settembre 2003 era cominciata in seno alla Commissione Giustizia della Camera la discussione delle problematiche relative alla difesa nei procedimenti civili minorili in seguito alla presentazione alla Camera il 19 settembre 2003 da parte del Ministro della Giustizia del disegno di legge n. 4294 sulla "Disciplina della difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli artt. 336 e 337 c.c. in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni" (4).

Il disegno di legge però decadeva e il Governo ripresentava nel 2005 un testo molto diverso al Senato (disegno di legge del Governo sul difensore nei procedimenti civili minorili, S/3048).

Il testo del nuovo articolato si presenta in forte contrasto con la legge 149/2001 che aveva istituito la figura dell'avvocato del minore e con le indicazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 1/2002 che avevano esplicitamente attribuito la qualità di parte al minore nei procedimenti *de potestate* e giustificato pienamente, quindi, la nomina al minore di un avvocato.

L'ambiguità del nuovo articolato sull'attribuzione della qualità di parte al minore è molto evidente. Da un lato, infatti, non si può fare a meno di attribuire al minore la qualità di legittimato passivo (art. 3: nuovo testo proposto dell'art. 337, comma 2, c.c.) ma, in evidente contraddizione, con questa indicazione si mantiene la figura del difensore d'ufficio solo per le altre "parti private" assicurando al minore la nomina del solito "curatore speciale" (art. 2: nuovo testo proposto dell'art. 336, comma 2, c.c. ed art. 1, comma 1 ultima parte per le procedure di adottabilità) "che lo rappresenta a titolo gratuito in ogni stato e grado del giudizio". Il minore è, quindi, parte processuale di serie B.

Il disegno di legge non riesce ad uscire dall'ambiguità. La rappresentanza del minore da parte del "curatore speciale" rimane, secondo l'articolato, una rappresentanza sostanziale e non processuale. Quindi il "curatore speciale" potrebbe anche non essere un avvocato. Un'ambiguità contraddetta dalla prassi assolutamente consolidata. Un'ambiguità in contrasto netto con la legge 149/2001 che aveva istituito la figura dell'avvocato del minore superando quella del "curatore speciale". In contrasto anche con la decisione della Corte costitu-

zionale n. 1/2002 che aveva attribuito al minore la qualità di parte con la conseguente inevitabile nomina non di un rappresentante sostanziale (in funzione di superamento di un conflitto di interessi con i genitori) ma di un vero e proprio difensore. A differenza del difensore d'ufficio nominato alle altre "parti private", il difensore "curatore speciale" del minore non ha diritto alla retribuzione. Perciò la sostanziale reintroduzione del gratuito patrocinio per i difensori dei minori ne mortificherebbe la funzione e ne indebolirebbe la formazione.

Chiamare, quindi, "curatore speciale" un soggetto che di fatto è il difensore in giudizio della parte minore è un gioco di prestigio, una finzione per non gravare sulle finanze dello Stato. E come potrebbero le finanze dello Stato impedire che il "curatore speciale" nomini a sua volta per il giudizio un avvocato iscritto nelle liste per il patrocinio a spese dello Stato?

Contrariamente a quanto avviene in sede civile, il difensore d'ufficio del minorenne imputato è retribuito (art. 118 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115). Il minore imputato è, quindi, più garantito del minore abusato.

In ogni caso, per quanto discutibile, si tratta ancora solo di un disegno di legge. Insomma il cantiere delle riforme che dovrebbero fare da cornice alla disciplina ora entrata in vigore è ancora aperto e non è possibile affidare alla prassi la soluzione dei problemi che l'attuazione della nuova disciplina inevitabilmente trascina con sé, problemi ai quali solo il legislatore deve dare immediata soluzione.

Nota:

(4) Il testo del disegno di legge n. 4294 del 19 settembre 2003, intitolato "Disciplina della difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli artt. 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni" può essere letto in questa *Rivista*, 2003, 491 ed è riportato in Appendice.

Simulazione del matrimonio

Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza

di PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA

La pratica dei matrimoni misti ha già indotto il legislatore ad operare alcune modifiche normative nella disciplina giuridica del matrimonio; in particolare con l'introduzione della figura del "matrimonio di comodo", di cui l'autore valuta, non senza perplessità, la compatibilità con i principi generali. Altri orientamenti riformatori, volti a modificare le regole attualmente vigenti riguardo ai requisiti e ai presupposti per la celebrazione del matrimonio rischiano, essi pure, di contraddire valori essenziali di libertà espressi dal nostro ordinamento giuridico. Del resto, anche una modifica dell'art. 123 c.c., in materia di simulazione del matrimonio, specie se mirante ad ampliare la legittimazione all'azione oltre i soli coniugi, potrebbe produrre inconvenienti notevoli sull'intero sistema, prevalentemente interessato a regolare conflitti e valori che non hanno attinenza con le problematiche immigratorie. Al fine di contrastare eventuali abusi dell'atto di matrimonio o frodi di stato civile, parrebbe dunque più ragionevole intervenire sulle discipline attinenti agli effetti indiretti del matrimonio - come nel caso della naturalizzazione per matrimonio del coniuge straniero - tutelando per questa via la dignità dell'istituto matrimoniale e la sua stabilità. A questi stessi fini, tuttavia, il disegno riformatore della legge sulla cittadinanza pare per altri versi lacunoso perché non attribuisce adeguato rilievo al rapporto di filiazione. Esso, inoltre, contiene una inammissibile deroga al principio secondo il quale, maturati tutti i presupposti sostanziali per il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo, questa è fatta salva a prescindere dai tempi di emanazione del provvedimento amministrativo che ne prenda atto (anche ad evitare che l'ottenimento del beneficio di legge venga condizionato o limitato dall'operare diligente o meno dell'amministrazione competente).

Le ragioni del rinnovato interesse per la simulazione del matrimonio

Le conseguenze giuridiche indirette della celebrazione del matrimonio con un cittadino italiano o comunitario sono, nell'ambito del diritto dell'immigrazione, di non poco rilievo (1). Basti ricordare, tra le più rilevanti, la facoltà dello straniero di acquisire la cittadinanza del coniuge; ma anche, da subito, la possibilità di sanare la precedente irregolarità della presenza in Italia, con conseguente revoca di eventuali espulsioni emesse od eseguite nei confronti del coniuge straniero (2).

Molto minori, ma non del tutto irrilevanti, sono invece le ripercussioni del matrimonio celebrato con un altro straniero, non comunitario ma stabilmente residente, sulla posizione amministrativa di soggiorno dello sposo: potendone comunque derivare un maggiore consolidamento del titolo di soggiorno ed in alcuni casi l'inespelibilità per motivi di mera irregolarità amministrativa, in considerazione della tutela che nel nostro ordinamento e nel diritto europeo merita il bene dell'unità della vita familiare (3).

Ciò spiega la rinnovata attenzione del legislatore e degli

operatori giuridici per il tema dei matrimoni simulati, fittizi o comunque abusivi; aggettivazioni, queste, tra loro non omogenee, sebbene appartenenti ad una medesima area di interessi.

I matrimoni di comodo nel testo unico sull'immigrazione

A seguito della novella del 2002, l'art. 30, comma 1 bis del testo unico sull'immigrazione dispone che il permesso di soggiorno per motivi familiari sia immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio celebrato in Italia dallo straniero non sia seguita l'effettiva convivenza, salvo che dal matrimonio sia na-

Note:

(1) Sul punto: L. Olivetti, *Lo status dei coniugi non comunitari di cittadini italiani fra diritto al soggiorno e obbligo di convivenza*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2005, 84 ss.

(2) Come disposto, a livello di prassi, dallo stesso Ministero dell'Interno, Si veda, da ultimo, l'istruzione 400/a/2005/312/p 12.214.13 del 28 marzo 2005.

(3) Sul punto: C. Corsi, *Il rispetto della vita familiare può limitare il potere di espulsione?*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 3, 75 ss.

ta prole (4). La lettera della norma indica, in effetti, un ambito soggettivo di applicazione assai più ampio del vero; data la sua non riferibilità ai familiari di cittadini italiani o comunitari, ai quali deve piuttosto applicarsi la ben più favorevole disciplina derivante dal diritto comunitario (5).

Si tratta di una disposizione tutta costruita nella prospettiva di un diritto speciale di polizia che non è riferibile a fattispecie di simulazione in senso stretto, esprimendosi con un linguaggio di netta alterità rispetto alle categorie del diritto civile. Ed infatti connette sbrigativamente al mero accertamento di polizia della mancanza di convivenza la revoca del permesso di soggiorno; cui seguirà, in difetto di un diverso titolo di permanenza in Italia, l'obbligo del coniuge straniero di lasciare il territorio nazionale.

Nel tentativo di porre rimedio allo spirito *tranchant* del legislatore e all'applicazione secondo il medesimo spirito da parte delle autorità di polizia della norma in esame, gli interpreti hanno invero fatto buon uso delle due categorie civilistiche della coabitazione e della convivenza coniugale (6).

Come è noto, infatti, per i coniugi l'obbligo di coabitazione è derogabile, seppure in base e con i limiti del principio dell'accordo di cui all'art. 144 c.c., il cui mancato rispetto potrà eventualmente dare luogo alla separazione con addebito, ma certamente non ad una azione di invalidità del matrimonio. E non mancano, al riguardo, pronunce giurisprudenziali che hanno accertato la libertà dei coniugi di interrompere, sospendere o rinviare la convivenza coniugale (7). Bisognava dunque scongiurare il rischio di una lettura incostituzionale - peraltro la più facile ed immediata - della norma in commento, tale da imporre al non cittadino di coabitare col coniuge, pena la minaccia dell'allontanamento forzato dal territorio nazionale od il carcere, in caso di inottemperanza all'eventuale decreto di espulsione; senza operare alcuna distinzione tra le possibili ragioni della non coabitazione (8).

Se è consueto, per il giurista, distinguere i casi nei quali manca la sola coabitazione da quelli nei quali invece faccia difetto la convivenza, intesa come *affectio coniugalis*, non sembra che la stessa domestichezza sia riscontrabile negli agenti di polizia, ai quali la norma affida questa valutazione. Purtroppo, solo a seguito dell'ormai avvenuta revoca amministrativa del permesso di soggiorno - conseguente al sopralluogo di polizia - gli interessati potranno proporre il ricorso al giudice civile, il quale si troverà a decidere della legittimità di un provvedimento amministrativo che può avere già trovato piena esecuzione a prescindere dalla veracità o meno del vincolo coniugale.

La simulazione del matrimonio nel diritto civile

La simulazione del matrimonio è descritta dall'art. 123 c.c. come l'accordo con il quale, giungendo al matrimonio, "gli sposi abbiano convenuto di non adempiere

agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti".

I soggetti (che la legge chiama sposi e non coniugi, proprio a significare che il momento dell'accordo simulatorio precede l'atto (9)), dispensandosi anticipatamente dai diritti e dai doveri coniugali, intendono ottenere i benefici derivanti da alcuni effetti indiretti - e di norma solo eventuali - del matrimonio, come potrebbe essere, ad esempio, la trasmissione di diritti pensionistici, l'acquisto della cittadinanza, l'ottenimento dell'autorizzazione al soggiorno per il coniuge straniero, l'esenzione dal servizio militare, l'ottenimento di provvidenze economiche od ancora l'acquisto di un'eredità.

Anche a causa della obiettiva difficoltà nel definire i confini di senso dell'istituto matrimoniale, parte della dottrina ha tentato, in passato, ricostruzioni dogmatiche alternative al fenomeno simulatorio, riconducendo piuttosto la fattispecie alla figura del negozio indiretto (10); o fiduciario (11); oppure, più di recente, configurandolo come un'ipotesi di esercizio abusivo del diritto, seguendo un percorso analogo, in parte, a quello che caratterizza la figura dell'abuso della persona giuridica (12).

Si tratta, tuttavia, di costruzioni che paiono frainten-

Note:

(4) Stando all'interpretazione letterale, tale norma si dovrebbe applicare, in forza del rimando da essa operato all'art. 30, comma 1, lett. b), esclusivamente "agli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti"; sebbene sfuggano le ragioni della sua inapplicabilità agli stranieri - di cui alla lett. a) - che abbiano fatto ingresso in Italia per ricongiungimento al coniuge od al seguito di quest'ultimo. Al riguardo: Zorzella N., in Nascimbene B., (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 931.

(5) Lo stesso testo unico sull'immigrazione prevede, all'art. 28, che al coniuge del cittadino italiano o comunitario, anche se proveniente da un paese terzo, si applichino le norme più favorevoli imposte dal diritto dell'Unione. In tal senso, tra gli altri, App. Catania, 31 marzo 2004, in *Gli stranieri*, 2004, 3, 245 ss. In dottrina: Trifone L., *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva 2004/38*, in *Dir. com. scambi int.*, 2005, 7 ss.

(6) Cfr. ad esempio, Cass. 18 giugno 2005, n. 13165, in *Gli stranieri* 2005, 4, 361; Trib. Padova, ord., 18 marzo 2005, in *Dir. imm. citt.*, 2005, 3, 157 ss.

(7) Cfr. Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 775.

(8) Con violazione dell'art. 29 Cost.; ma anche in palese spregio dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul punto: Bonetti P., in Nascimbene B., op.cit., 396 s.; ed ancora Zorzella N., op.cit., 930 s.

(9) Come osserva, giustamente, F. Santosuosso, *Il matrimonio*, 1978, 395.

(10) V. Pietrobon, Commento all'art. 123 c.c., in G. Cian, A. Trabucchi, G. Oppo, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, I, 1, Padova 1977, 172 ss.

(11) C. Grassetti, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, 1951, 328.

(12) M. Costanza *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 682 ss.

dere l'essenza della figura normata dall'art. 123 c.c., la quale non sembra affatto volta a individuare e contrastare i tanti possibili *finis operantes*, bensì a dare rilievo alla volontà degli sposi di escludere il *finem operis* (13).

Una concorde volontà non necessariamente censurabile, che ha conosciuto applicazioni assai variegata. Qualunque sia il giudizio concepito sul piano etico nell'animo dell'interprete, ciò che egli dovrà valutare non sarà infatti il motivo o lo scopo della simulazione, né il relativo spessore etico, ma il suo semplice essere o non essere (14).

Ciò nonostante, è indubitabile che il coacervo delle intenzioni e delle passioni che possono accompagnare la celebrazione di un matrimonio metta ugualmente alla prova la capacità dell'interprete, dato che questi è comunque tenuto, a fronte della libertà di forma dell'accordo simulatorio, a verificare sulla base di indici sia soggettivi che oggettivi l'esistenza o meno di tale accordo. Ed anche gli indizi in astratto più significativi potrebbero in concreto rivelarsi fallaci.

Al riguardo, alcuni potrebbero ricordare il caso dei matrimoni un tempo celebrati per impedire che lo sposo, allontanandosi per il servizio militare o per emigrazione, si unisse ad altra donna (15). Ci si potrebbe chiedere se in quei casi si trattasse, come pure è stato ritenuto, di matrimoni simulati, caratterizzati dallo scopo di impedire al promesso sposo altri matrimoni in terre lontane, oppure se gli sposi non intendessero davvero, sbarcando la strada ad altre/i pretendenti, costituirsi coniugi l'uno dell'altro al fine di fondare una famiglia, sia pure preparandosi all'attesa speranzosa del ritorno a casa del marito.

L'idea, infatti, che sia simulato il matrimonio che non abbia come finalità "la stabile comunione spirituale e materiale di vita e di amore esclusivo ed eterosessuale" (16) funziona, forse, in condizioni di normalità (vale a dire tra persone di giovane età od adulti ancora nel pieno del vigore); ma non appena la realtà oggetto di osservazione si increspa le facili certezze svaniscono.

Un anziano professore - credendosi ormai malato terminale - aveva sposato una sua amica, di lui non molto più giovane, che l'aveva generosamente assistito sotto il suo stesso tetto nel penoso tempo della malattia. Successivamente alla celebrazione del matrimonio il professore insperatamente non moriva; ed anzi riprendeva buona parte delle sue energie. Desiderando, quindi, di ritornare libero, per dedicarsi nuovamente ai "piaceri della vita" con donne più giovani, tentava senza esito di far valere in giudizio la mancanza di un effettivo consenso al matrimonio, in quanto contratto al solo scopo di compensare con l'attribuzione di diritti pensionistici ed ereditari l'assistenza ricevuta (17).

Cosa dire, invece, del matrimonio celebrato per gli stessi fini di natura economica, in punto di morte, tra un uomo e la sua amante? E possiamo forse intravedere

una mera operazione simulatoria nel matrimonio celebrato in carcere tra un condannato a morte prima dell'esecuzione ed una sua amica di penna, astretti da vincolo epistolare?

Di fronte a questi e ad altri casi il lettore potrebbe avere la sensazione di pencolare senza riferimenti certi, nel variare delle situazioni nelle quali non è scontato credere che gli sposi possano avere concepito un progetto di vita coniugale; se non altro in ragione della mancanza oggettiva, o presunta, di futuro.

Se questa difficoltà ad orientarsi non dà luogo ad un più abbondante e caotico contenzioso legale ciò si deve alla decisione del legislatore, a mio avviso saggia, di rimettere integralmente l'azione alla volontà stessa dei coniugi e a nessun altro (18).

Non fu infatti accolta, in sede di riforma del diritto di famiglia, una diversa proposta con la quale si sarebbe voluto legittimare all'azione dichiarativa della simulazione del matrimonio anche il pubblico ministero (19). Solo i coniugi - in una prospettiva che veramente congiunga garanzie di libertà e rispetto per l'istituto matrimoniale - sono infatti nella posizione di poter chiarire le ragioni e la sostanza di un matrimonio dai caratteri evidentemente atipici ma non necessariamente simulato; mentre sul piano processuale la mancanza degli elementi che di solito caratterizzano l'esistenza di un effettivo rapporto coniugale giustifica l'ampiezza dei mezzi di prova lasciati a disposizione dell'attore; ad evitare che questi si trovi nell'impossibilità di farne valere il vizio per ragioni meramente probatorie e nonostante che un effettivo rapporto di convivenza non si sia mai instaurato. D'altra parte, proprio questa legittimazione esclusiva ai coniugi permette di mantenere la regola di piena libertà di prova della simulazione del matrimonio - rispetto alla diversa e più rigorosa disciplina prevista per i negozi giuridici dall'art. 1417 c.c., - potendosi così desumere la simulazione da fatti concludenti (20), seppure

Note:

(13) F. Santosuosso, op. cit., 396. In giurisprudenza la constatazione è ben scolpita nella motivazione di Trib. Pavia, 15 ottobre 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1984, 123 s.

(14) G. Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 2002, 94.

(15) F. Finocchiaro, op. cit., 75, annovera tali casi tra le esemplificazioni risalenti di matrimonio simulato.

(16) Riprendendo l'efficace definizione di F. Santosuosso, op. cit., 397

(17) Cfr. Cass. Civ. 28 ottobre 2003, con nota di J.P. Gridel, *Nullité de l'union à finalit  exclusivement successorale*, in *Rec. Dall.*, 2004/1, 21 ss.

(18) Ed è questa la ragione per la quale pare irrealistico immaginare la coesistenza di una figura innominata e generale di simulazione del matrimonio sottoposta alle stesse regole della simulazione contrattuale, che si affiancherebbe all'ipotesi legislativamente prevista dall'art. 123 c.c. Sul punto: E. Perego, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, 104.

(19) Si tratta della proposta di legge della Senatrice Falcucci. Ne dà ampiamente conto F. Santosuosso, op. cit., 397 s. e 406 s.

(20) Con esclusione della confessione e del giuramento decisorio, trattandosi di diritti indisponibili. In tal senso, E. Perego, op. cit., 80.

nel quadro di un'azione rigorosamente preclusa ai terzi ed allo Stato (21).

Al contrario, un'estensione della legittimazione all'azione al pubblico ministero ed ai terzi controinteressati (per esempio: gli eredi pregiudicati in via successoria dal matrimonio) costringerebbe il legislatore a ricollocare il punto di equilibrio dell'intera disciplina modificando il regime della prova nel senso di un maggiore rigore. E da ciò deriverebbe, quale inevitabile prezzo, una maggiore difficoltà degli sposi stessi nella prova della simulazione.

Non è questo, del resto, l'unico punto controverso dell'istituto simulatorio congegnato dal legislatore del 1975. Anche i rigidi limiti posti all'azione hanno suscitato le perplessità di alcuni interpreti, portandoli a configurare tale ipotesi più come un'azione per l'annullamento sottoposta a brevi termini di decadenza, che non come un'azione di accertamento della simulazione (22). Va osservato, peraltro, che pure intesa come ipotesi di annullamento, l'azione di simulazione del matrimonio pare segnata da alcuni tratti che la rendono particolarmente favorevole alla conservazione dell'atto, dato che questo si consolida, come è giusto, con l'effettivo instaurarsi della convivenza matrimoniale (23); e considerato anche che, pure in mancanza di ogni evento attuativo del rapporto, si decade dall'azione dopo un anno dalla celebrazione del matrimonio (24).

È opportuno modificare la disciplina attuale del matrimonio simulato?

La critica, forse sommersa ma diffusa, all'attuale disciplina dell'art. 123 c.c. si appunta, principalmente, sul carattere privatistico impresso alla fattispecie dal legislatore (25). Con un termine di impugnazione così breve e con l'esclusione del potere di azione in capo al pubblico ministero - è stato osservato - l'attuale disciplina della simulazione non permette un efficace contrasto dei matrimoni fittizi celebrati al solo fine di ottenere vantaggi o acquisire diritti altrimenti impediti dalla legge (26).

Su questi rilievi e sulle conseguenze positive e negative che il loro accoglimento implicherebbe sul sistema matrimoniale si potrebbe ampiamente discutere.

Vero è che la legge concepisce una diversa gradazione dei poteri del pubblico ministero secondo la minore o maggiore rilevanza che il procedimento assume sul piano di interessi sociali e non meramente privatistici.

Si potrebbe sostenere, al riguardo, che se nel 1975 la simulazione del matrimonio poteva essere considerata come un mero caso di vizio del consenso coinvolgente gli interessi privati dei soli sposi, oggi - a fronte della grande mutazione sociale che ha condotto l'Italia a divenire un Paese di immigrazione - questo stesso istituto abbia assunto quei tratti di interesse pubblico che in precedenza gli mancavano e potrebbe per questa ragione avere bisogno di una ridefinizione disciplinare.

Il prezzo (troppo alto?) di un simile ragionamento po-

trebbe però identificarsi nelle conseguenze indesiderate dell'ampliamento della legittimazione all'azione di accertamento della simulazione, con una inopportuna e grave compressione della libertà matrimoniale, per il tramite di una troppo invadente giustizia in materia.

La simulazione del matrimonio non costituisce di per sé un atto contrario alla legge; e chi vi ricorre non è detto che persegua interessi illegittimi (27). Sarebbe quindi da evitare lo sviluppo di un contenzioso nel quale il peso dei privati interessi dei terzi, specie di natura patrimoniale ed ereditaria, potrebbe facilmente schermarsi dietro supposte esigenze di ordine pubblico, stimolando all'azione il pubblico ministero.

Inoltre, l'allargamento della legittimazione all'azione ai terzi od al p.m. indurrebbe ad una sofferenza ancor maggiore dell'attuale accertamento della inesistenza del rapporto coniugale, posto che gli elementi di valutazione meramente esteriori non valgono necessariamente a chiarire un quadro fortemente composto da elementi spirituali ed esistenziali; ed è quindi probabile che ad una più ampia azionabilità dell'accertamento giudiziale corrisponderebbe un irrigidimento in materia di prova.

Salvaguardare l'ordinamento di stato civile, modificando opportunamente le discipline collegate

Se non è consigliabile stravolgere la disciplina della simulazione del matrimonio, nemmeno pare ragionevole porre in essere iniziative legislative volte a limitare la libertà matrimoniale dei soggetti (italiani o stranieri che siano). Il rispetto della libertà matrimoniale, in sé con-

Note:

(21) Così Trib. Napoli, 10 ottobre 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, 3195. Sulla libertà dei mezzi di prova vedi pure Trib. Padova, 14 dicembre 1987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, 471 ss.; Trib. Napoli, 7 giugno 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3436.

(22) Così, per tutti, N. Irti, *Simulazione o annullabilità del matrimonio? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Dir. giur.*, 1976, 481 ss.

(23) Non si tratta qui di un evento sanante, ma della trasformazione della programmata simulazione in un rapporto reale.

(24) Regola, questa, che per come è costruita sembra andare oltre la mera funzione di garantire la certezza dello status personale e la tutela della fede pubblica, mostrando, appunto, un netto favore per la conservazione dell'atto. Sul punto: L. La Croce, *Concezione giuridica del matrimonio e vecchie e nuove forme di celebrazione*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 7877. Non vedo, tuttavia, i rilievi di incostituzionalità formulati al riguardo da F. Finocchiaro, *op.cit.*, 80.

(25) Questo aspetto di privatizzazione del matrimonio presente nella disciplina della simulazione è stato ampiamente segnalato dalla dottrina (cfr., ad esempio, Mantovani M., *La simulazione del matrimonio*, in G. Bonilini e G. Cattaneo, *Il diritto di famiglia*, I, Torino, 1997, 429 s.).

(26) In tal senso, Cons. Stato, parere 3 luglio 1987, n. 1225, in Bariatti S. *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1989, 308 s.

(27) Un forte richiamo alla necessità di evitare un aprioristico disfavore per le operazioni simulate, anche nell'ambito matrimoniale, è presente in G. Conte, *Il matrimonio simulato*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da) Zatti P., Milano, 2002, 698 s. e 704 s.

siderata, è infatti un bene troppo prezioso per sacrificarlo o differenziarlo in base alla condizione dei soggetti nel diritto amministrativo. In particolare, le aspre polemiche ed i deludenti effetti seguiti alle recenti iniziative legislative prese in tal senso da Paesi a noi vicini possono aiutarci a non ripetere l'errore di trasformare gli ufficiali dello stato civile ed i nostri consoli all'estero in *detectives* occupati a scandagliare le volontà matrimoniali ogni qual volta i richiedenti siano sospettabili di secondi fini immigratori, anziché dei più consueti secondi e terzi fini che ben possono accompagnarsi al fine prossimo e fondamentale dell'atto (28).

Più ragionevolmente, si potrebbe invece intervenire - senza isteria, dato che il fenomeno da contrastare esiste ma è ben contenuto - sulle discipline che regolano gli effetti indirettamente perseguibili tramite il matrimonio di comodo; in modo da eliminarne in radice, o almeno limitarne, le ragioni d'essere. Tra tali discipline viene in particolare rilievo quella dell'acquisto della cittadinanza per matrimonio col cittadino italiano.

Oggi, l'art. 5 della l. 5 febbraio 1992, n. 91 - che costituisce l'attuale, anche se probabilmente già agonica, normativa sulla cittadinanza - dispone che il coniuge di un cittadino/a possa richiedere la cittadinanza italiana quando abbia risieduto almeno sei mesi in Italia nella qualità di coniuge; oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio, se non vi sia stato, nel frattempo, scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili e se i coniugi non si siano separati legalmente, senza riconciliarsi (29).

Non v'è, quindi, nella legge alcun automatismo tra la celebrazione del matrimonio e l'acquisto dello *status civitatis*, che va comunque richiesto ed è rinunciabile.

Parte della dottrina ha ritenuto che le cause ostative poste nella subordinata finale non debbano comunque essersi verificate prima della presentazione da parte dello straniero della domanda volta ad ottenere la cittadinanza, degradando i due presupposti, tra loro alternativi, dei sei mesi di residenza legale in Italia e dei tre anni dalla celebrazione del matrimonio da fattispecie costitutive del diritto alla cittadinanza a meri requisiti di legittimazione di detta domanda (30). È stato inoltre affermato che le pronunce di annullamento e quelle di nullità del matrimonio, avendo efficacia retroattiva, impedirebbero l'acquisto della cittadinanza (in ragione del caducarsi dei presupposti di legge) anche dopo la presentazione della domanda ed almeno sino a che non sia intervenuto il decreto attributivo dello *status* di cittadino (31). Per parte sua l'amministrazione aveva sostenuto, in passato, che i presupposti della validità e integrità del vincolo matrimoniale dovessero in ogni caso perdurare sino al momento della emanazione del decreto ministeriale di attribuzione della cittadinanza. Ma questa antiletterale interpretazione della norma era poi stata respinta dal Consiglio di Stato (32). I reali termini del dibattito sembravano dunque ormai ridotti a due sole possibilità: riconoscere come sufficiente, per l'acco-

glimento dell'istanza dell'interessato, che la formalizzazione della crisi coniugale o l'invalidazione del matrimonio non siano intervenute prima dello scadere dei sei mesi di residenza legale in Italia o dei tre anni dalla data del matrimonio, oppure richiedere che tali eventi non siano avvenuti prima della presentazione della domanda di cittadinanza, restando comunque irrilevanti le vicende familiari successive, incluso, secondo l'autorevole parere del Consiglio di Stato, anche il successivo annullamento del matrimonio.

Diverso dal caso del matrimonio annullabile, ma non annullato prima del completarsi delle condizioni richieste dalla legge per l'acquisto della cittadinanza, è quello del matrimonio nullo. Per quanto, infatti, le due categorie tradizionali dell'invalidità negoziale - nullità e annullabilità - risultino in parte alterate nella disciplina matrimoniale, la distinzione tra l'una e l'altra rimane essenziale anche al fine di determinare l'acquisto o meno della cittadinanza italiana.

Poiché la nullità dell'atto implica, in linea generale, la sua mancanza di effetti, il matrimonio dichiarato nullo dovrebbe comportare il venire meno sia del diritto all'acquisto della cittadinanza apparentemente maturato ai sensi dell'art. 5 della l. n. 91/1992 sia dello stesso *status civitatis*, ove già attribuito.

Sfugge però a questo destino il coniuge che abbia contratto in buona fede il matrimonio nullo, poiché, come è noto, l'art. 128 c.c. dispone che "se il matrimonio è dichiarato nullo, gli effetti del matrimonio valido si producono, in favore dei coniugi, fino alla sentenza che pronunzia la nullità, quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede", aggiungendo al comma 3 che se uno solo dei coniugi sia stato in buona fede tali effetti valgono solo in suo favore (33). Dal disposto dell'art. 128 c.c. deriva che tra gli effetti fatti salvi anche per il futuro, perché prodottisi prima della notifica della sentenza definitiva di nullità o annullamento, figurano i

Note:

(28) Per il quanto normativo di diritto comparato, relativamente a Francia, Svizzera e Regno Unito, cfr. C. Nast, *Matrimoni simulati e frode in materia di stato civile: esempi di misure nazionali e di cooperazione internazionale*, in *Lo stato civile*, 2, 2007, 96; R. Calvigioni, *Interessante sentenza svizzera in materia di cittadinanza*, in *Serv. dem.*, 10, 2006, 66 s.

(29) Cfr. G. Kojanec, *Norme sulla cittadinanza italiana. Riflessi interni ed internazionali*, Milano, 2002, 21 s.

(30) In tal senso, di recente, D. Memmo, *Cittadinanza*, in M. Sesta, a cura di, *Codice della famiglia*, Milano, 2007, 2572 s.

(31) Il dibattito dottrinale su tali questioni è stato a suo tempo ben riassunto da Clerici R., *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1993, 256 ss.

(32) Cons. Stato, ad gen., 17 maggio 1993, n. 44, in *Cons. Stato*, 1994, I, 75 s.

(33) Non sarà poi del tutto superfluo ricordare che il momento finale della produzione degli effetti del matrimonio putativo è, secondo il più generale orientamento interpretativo in tema di produzione di efficacia delle sentenze, quello del passaggio in giudicato della sentenza di nullità. Al riguardo, per tutti, M. Fortino, *Diritto di famiglia*, Milano 1997, 169.

diritti di stato ormai definitivamente acquisiti (34); sicché è da ritenersi che, ove il coniuge putativo abbia fatto richiesta della cittadinanza avendone maturato i requisiti prima del giudizio di invalidità, questa dovrà comunque essergli riconosciuta o, se già riconosciutagli, non potrà essere revocata a seguito dell'intervenuta sentenza di nullità del matrimonio che ne riconosca tuttavia la putatività (35). Chi crede il contrario dovrebbe farsi carico di dimostrare perché mai tale acquisto, ormai prodottosi o comunque in itinere, non debba rientrare nella generale previsione dell'art. 128 c.c. che sembrerebbe voler conservare tutti gli effetti favorevoli in capo al coniuge di buona fede, dovendosi ritenere l'acquisto dello *status* di cittadinanza su richiesta dell'avente diritto come uno di tali effetti (36).

Una collocazione particolare, nella teoria delle invalidità matrimoniali, è riconosciuta alla simulazione; che il legislatore ha considerato, sul piano disciplinare, come una fattispecie di invalidità relativa.

Da questo deriva l'impossibilità per l'amministrazione di rigettare la richiesta dello straniero volta ad acquisire la cittadinanza per matrimonio col coniuge italiano quando, riempiti i requisiti di cui all'art. 5 della l. n. 91/1992, si abbia tuttavia il sospetto che il matrimonio sia fittizio (37).

Ed è questa la ragione per la quale nel testo unificato dei disegni di legge sulla riforma della disciplina della cittadinanza presentati nell'attuale legislatura, l'art. 5, dedicato all'acquisto per matrimonio, viene ad essere radicalmente trasformato.

Dagli attuali sei mesi di residenza anagrafica vissuti in regime di convivenza coniugale sul territorio nazionale, si passerà, infatti, ai due anni. Ma il periodo effettivamente espresso dalla proposta di legge è almeno il doppio, dato che, nell'attuale versione dell'articolato, verrà pure richiesta la permanenza del requisito della convivenza coniugale sino alla emanazione del decreto attributivo della cittadinanza. Si tratterebbe di una non lieve deroga ai principi generali del diritto amministrativo, in base ai quali, una volta maturati i presupposti per il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo, questa è fatta salva a prescindere dai tempi di emanazione del provvedimento che ne prenda atto (anche ad evitare che l'ottenimento del beneficio di legge venga condizionato o limitato dall'operare diligente o meno dell'amministrazione competente).

Su quest'ultimo punto sarebbe dunque opportuno un ripensamento; anche ad evitare che questa discutibile deroga all'effettività dei diritti non si propaghi più facilmente, un domani, ad altri ambiti di relazione tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, inquinando l'equità generale del sistema.

Dispiace, infine, che il disegno riformatore non valorizzi (anche in tema di acquisto della cittadinanza *iure communicatio*) il fatto della procreazione, circondando della medesima diffidenza - e sottoponendo, quindi, al medesimo requisito probatorio-temporale dei due anni

(più altri due) di residenza anagrafica in regime di convivenza previsto per la generalità dei matrimoni - il diverso caso della famiglia con prole.

Avremo così - in numero assai maggiore che nel passato - genitori separati (o vedovi) che rimarranno stranieri nonostante convivano con figli di cittadinanza italiana sin dalla nascita. Vista la recente trasversalità delle dichiarazioni di impegno politico per la salvaguardia delle relazioni familiari e per la promozione della natalità, ci si sarebbe potuti aspettare una maggiore facilitazione alla cittadinanza per tutti i genitori stranieri conviventi con figli italiani o comunque esercitanti su di essi la potestà (esclusiva o condivisa); tanto nei casi di filiazione legittima che in quelli di filiazione naturale riconosciuta.

Note:

(34) R. Nicolò, *Matrimonio putativo*, in G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. 2, Padova, 1992, 415; Messinetti D., *Il matrimonio putativo*, in Bonilini G. e Cattaneo G., *Il diritto di famiglia*, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino 1998, 439 s.

(35) In tal senso: A. Santosuoso, op. cit., 427; Trib. Napoli 30 dicembre 1950, in *Foro it. Rep.*, 1951, voce *Matrimonio*, n. 125. Contrari, invece, R. Lanzillo, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, 236; Trib. Milano, 3 novembre 1953, in *Foro it.*, 1953, II, 1713.

(36) In diverso senso, tuttavia, R. Clerici, *Matrimonio all'estero ed effetti della bigamia in Italia*, in questa *Rivista*, 2002, 158 s., secondo la quale tra gli effetti contemplati dal codice civile non possono rientrare quelli relativi alla cittadinanza. Ma per l'autrice lo status familiare va considerato quale mero presupposto da aversi per richiedere la cittadinanza, sicché non sarebbe rilevante, una volta acquisita la cittadinanza stessa, un mutamento nello *status familiare*.

(37) Il Ministero dell'interno ha tentato di applicare ai casi di specie l'impedimento di cui al successivo art. 6, comma 1, lett. c) della legge, ipotizzando la sussistenza di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica" nelle ipotesi di matrimonio fittizio. Ma Il Consiglio di Stato ha ripetutamente chiarito che il rigetto della richiesta di cittadinanza per i particolari motivi di sicurezza interna di cui all'art. 6 deve essere adeguatamente motivato, non potendo certo identificarsi l'interesse alla sicurezza dello Stato con più generici motivi di ordine pubblico ideale in materia di immigrazione o di diritto di famiglia. Così Cons. Stato, I, 22 maggio 2002, n. 1225/02, in *Foro it.*, III, 2004, 155; e in precedenza: Cons. Stato, I, 3 luglio 1987, n. 1225/87, in *Foro it.*, Rep., 1989, voce *cittadinanza*, n. 11.

Assegnazione della casa familiare

Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento (*)

di ENRICO QUADRI

Di fronte alla nuova disciplina della materia, di cui all'art. 155-*quater* c.c., preliminare ad ogni altro si presenta il problema della sua continuità o meno con quella previgente sotto il profilo dell'individuazione degli interessi tutelabili con l'assegnazione della casa familiare.

1. Assegnazione della casa familiare e nuova disciplina dell'affidamento

Ormai da molti anni il nostro legislatore si confronta con la materia della casa familiare: materia difficile da affrontare per l'intreccio, che per definizione la caratterizza, di interessi esistenziali ed economici dei membri della famiglia, chiamati, oltretutto, a confrontarsi pure con rilevanti interessi di altri soggetti (1).

Le riflessioni che seguono sono limitate, sotto il preliminare profilo degli interessi che il legislatore mostra di avere inteso privilegiare, a puntualizzare l'incidenza sul relativo regime della nuova disciplina dettata con l'art. 155-*quater* c.c. dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54. Ciò vale programmaticamente ad escludere, in questa sede, l'approfondimento, in via generale e sistematica, della rilevanza che l'ordinamento attualmente conferisce alla destinazione dell'immobile, appunto, a casa familiare, anche solo in occasione della dissoluzione della famiglia come unitaria comunità di vita (2).

Non si può, comunque, fare a meno di sottolineare come costituisca indubbio merito del legislatore l'aver ora formulato la disciplina dell'assegnazione della casa familiare in conseguenza della crisi della famiglia in una disposizione autonoma. Legittimo pare, allora, confidare che possa trattarsi di un primo passo (sia pure di carattere - pare il caso subito di precisare - ancora essenzialmente formale) nella direzione, secondo quanto diffusamente auspicato, di una più generale e organica regolamentazione del regime giuridico della casa familiare con riguardo all'intero arco della vita della famiglia e con riferimento, quindi, alla rilevanza della destinazione stessa nella fase fisiologica, prima ancora che nella fase patologica, della convivenza (3). Quella rilevanza che tende a collocare, come non ha mancato di rilevare

la medesima giurisprudenza (4), le vicende della casa familiare sul piano del "regime primario", in una pro-

Note:

(*) Il presente scritto è dedicato a Marco Comporti.

(1) La difficoltà della materia della casa familiare deriva dal costituire essa - come è stato significativamente sottolineato da Murphy and Clark, *The Family Home*, London, 1983, Preface - "a zone of intersection between property law and family law". Circa lo stretto rapporto funzionale esistente tra abitazione e famiglia, basti rinviare alle considerazioni di Comporti, *Abitazione e famiglia*, in *Studi senesi*, 1983, 39, secondo cui "se una casa è necessaria per la vita di un individuo, a maggior ragione essa è necessaria per la vita della famiglia, che, come gruppo sociale, come comunità naturale di persone, può realizzare le sue funzioni affettive ed educative normalmente quando è riunita sotto lo stesso tetto". È da rilevare, del resto, come sia lo stesso tema dell'abitazione a collocarsi, in generale, "tra diritto della persona e diritto reale" (Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, 1. Inevitabilmente diffusa, di conseguenza, è la prospettiva accennata nel testo, per cui v. anche, ad es., Giacobbe e Frezza, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 2, Milano, 2002, 1339, e Mantovani, *L'assegnazione giudiziale della casa familiare tra interesse dei figli, interesse dei coniugi e diritti dei terzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 441.

(2) In proposito, si rinvia alla trattazione svolta in E. Quadri, *L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 1995, 269 ss. Anche per gli opportuni riferimenti di dottrina e giurisprudenza, v., di recente, l'organica indagine di Cubeddu, *La casa familiare*, Milano, 2005.

(3) Per un simile auspicio, di fronte alla carenza, sul punto, del nostro ordinamento, v., ad es., E. Quadri, *op. cit.*, 270 s., Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 169 ss., nonché Cubeddu, *op. cit.*, 3 ss. e 14 s. Circa l'inadeguatezza della vigente disciplina legislativa, ai fini della tutela delle esigenze connesse al godimento della casa familiare nella fase anteriore alla crisi coniugale, cfr. le considerazioni di G. Gabrielli, *Il diritto di abitare nella casa già familiare dopo la dissoluzione della famiglia*, in *Vita not.*, 1997, 1269 ss.

(4) E v., espressamente, traendone immediate conseguenze sul piano operativo (in particolare, sotto il fondamentale profilo della opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare), Cass, sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, in questa *Rivista*, 2002, 461.

spettiva già largamente seguita in diversi altri ordinamenti e che dovrebbe trovare il proprio punto di forza, in particolare, nella conseguente esclusione della disponibilità, da parte di uno solo dei coniugi senza il consenso dell'altro, "dei diritti con i quali è assicurata l'abitazione della famiglia" (secondo la esemplare previsione del vigente art. 215 *code civil*) (5).

Il merito principale da riconoscere al legislatore consiste, comunque, nell'aver posto fine, col superamento del carattere settoriale delle disposizioni fin qui governanti la materia, alle passate difficoltà, determinate da quella - diffusamente denunciata - rincorsa tra le normative precedentemente dettate in tema di separazione (art. 155, comma 4, c.c.) e di divorzio (art. 6, comma 6, l. 1° dicembre 1970, n. 898, quale novellata dalla l. 6 marzo 1987, n. 74) (6), cui la giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, ha avuto il non semplice compito di rimediare (7). E la portata generale della nuova norma sull'assegnazione della casa familiare vale a superare (ai sensi dell'art. 4, comma 2, della l. 8 febbraio 2006, n. 54, che dichiara senz'altro applicabili le introdotte disposizioni "anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati") pure i problemi in precedenza suscitati dalla mancanza di qualsiasi esplicita regolamentazione circa la sorte dell'abitazione nel caso di cessazione della convivenza di "genitori non coniugati". Lacuna rimediata, anch'essa, attraverso l'intervento della Corte costituzionale (8).

Ma i meriti del legislatore, purtroppo, si arrestano qui. Non si può mancare di constatare come quello dell'assegnazione della casa familiare rappresenti, dal punto di vista della sostanza della disciplina, probabilmente il meno felice degli aspetti della riforma del 2006 (di cui, del resto, unanimemente lamentata viene la cattiva qualità del dettato normativo), per l'evidente mancata compiuta riflessione su un testo, il quale pare tenere assai poco conto della faticosa elaborazione della materia da parte di dottrina e giurisprudenza (9). Testo che, in effetti, rischia di suscitare problemi più numerosi di quelli risolti, come paiono confermare non solo le tutt'altro che uniformi tendenze esegetiche, anche giurisprudenziali, su taluni suoi profili qualificanti, ma la stessa esigenza, pure immediatamente avvertita dalla giurisprudenza, di sottoporne aspetti - secondo quanto diffusamente previsto già da parte dei primi interpreti del provvedimento - al vaglio di legittimità costituzionale (10).

Non pare casuale, allora, che la stessa Cassazione abbia voluto, per così dire, giocare di anticipo, per fornire tempestivamente agli operatori riferimenti attendibili in ordine all'esegesi del testo in questione, cominciando a chiarire la portata della nuova disciplina dell'assegnazione della casa familiare (11). E, come già accaduto con un suo precedente intervento finalizzato a puntualizzare il senso complessivo da attribuire all'opzione legislativa favore dell'affidamento "condiviso" (12), pur concernendo la fattispecie esaminata l'applicazione del-

la normativa previgente, la Cassazione si è sentita autorizzata - a ciò probabilmente spinta anche dalla previsione dell'art. 4, comma 1, l. 54/2006, che consente agli

Note:

(5) V., al riguardo, quanto osservato in E. Quadri, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in *Famiglia*, 2004, 483 s. Per l'opportunità di una considerazione della problematica della casa familiare nell'ambito della sfera propria del "regime primario", cfr. Sesta, *op. cit.*, 169 e Cubeddu, *op. cit.*, 22. In tale prospettiva, v. pure Iannarelli, *Il regime patrimoniale primario della famiglia*, Napoli, 1981, 179 ss., nonché Giusti, *Crisi coniugale e protezione della casa familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 1986, 776.

(6) Quella della casa familiare rappresenta sicuramente una materia costituente "classico esempio della interscambiabilità della disciplina tra separazione e divorzio, nonostante che le regolamentazioni dei due istituti si siano rincorse normativamente" (Cass., 26 settembre 1994, n. 7865, in *questa Rivista*, 1995, 28). Circa l'opportunità di evitare regolamentazioni "frammentarie ed inevitabilmente destinate ad inseguirsi", v., a commento della riforma del divorzio del 1987, E. Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, I, Napoli, 1987, XIX.

(7) E basti anche solo pensare all'applicabilità, per disciplinare le conseguenze della separazione personale, delle regole - dettate nel 1987 in sede di riforma della materia di divorzio - concernenti, da una parte, la possibilità di assegnazione della casa familiare nell'interesse dei figli maggiorenni (non economicamente autosufficienti) conviventi con uno dei genitori, dall'altra, l'opponibilità del provvedimento di assegnazione: delicate questioni, queste, rispettivamente risolte dalla giurisprudenza ordinaria (Cass., 5 giugno 1990, n. 5384, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2900, nonché, in un'ottica sistematica parzialmente diversa, Cass., 17 marzo 1994, n. 2574, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce "Separazione di coniugi", n. 58) e da quella costituzionale (Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Foro it.*, 1989, I, 3336).

(8) Ci si riferisce all'intervento di Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *questa Rivista*, 1998, 205, la cui portata è stata completata da Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Giust. civ.*, 2006, I, 45.

(9) Per una simile constatazione, cfr. E. Quadri, *Nuove prospettive in tema di assegnazione della casa familiare*, in *Corr. giur.*, 2006, 1142. E v. anche Napolitano, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio*, Torino, 2006, 213 s. Immediate riserve circa la riforma risultano, in generale, espresse già da Schlesinger, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, 301 ss.

(10) Il riferimento è alla - fin dall'inizio diffusamente ipotizzata (v., ad es.: De Marzo, *L'affidamento condiviso*, in *Foro it.*, 2006, V, 93, E. Quadri, *op. ult. cit.*, 1147 s., Casaburi, in *Foro it.*, 2006, I, 1369), in considerazione della nuova disciplina, di cui all'art. 155-*quater* c.c., delle cause di revoca dell'assegnazione della casa familiare e della relativa operatività - questione di legittimità costituzionale sollevata da Trib. Firenze, ord. 13 dicembre 2006, in *Guida al dir.*, 2007, n. 14, 42 (con commento critico di Padalino, *L'ingresso di un terzo nell'immobile fa venir meno l'habitat familiare*). È da ricordare come simili perplessità circa la legittimità costituzionale della nuova previsione risultino superate da Trib. Napoli, 9 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 302 (in cui si richiama anche la sostanzialmente conforme pronuncia di Trib. Napoli, 12 ottobre 2006), nella prospettiva della "centralità dell'interesse della prole", attraverso una sua "lettura costituzionalmente orientata". Proprio in considerazione di ciò, una modificazione dell'art. 155-*quater* c.c. è stata inserita nella p.d.l. n. 2231 dell'8 febbraio 2007, tendente a modificare ulteriormente la materia dell'affidamento dei figli.

(11) Le conclusioni accennate sono quelle di Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, in *Guida al dir.*, 2007, n. 16, 74.

(12) Si allude a Cass., 18 agosto 2006, n. 18187, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 268, concernente il profilo delle modalità di mantenimento dei figli, in cui la Corte sembra intenzionata a muoversi, in vista della esegesi della nuova disciplina, su di una linea di continuità con gli sviluppi, anche sotto il profilo interpretativo, della disciplina precedente (con particolare riferimento alla figura dell'affidamento congiunto).

interessati di richiedere “l’applicazione delle disposizioni della presente legge” per la revisione dei provvedimenti pregressi (la stessa Corte, peraltro, orientandosi con decisione nel senso della irretroattività della nuova disciplina, al di fuori di quanto in essa espressamente previsto per la revisione dei provvedimenti pregressi) (13) - ad approfittare dell’occasione per cominciare ad affrontare i nodi esegetici dell’ora introdotto art. 155-*quater* c.c. (già sottoposto, del resto, come dianzi accennato, sotto un diverso profilo al vaglio della Corte costituzionale) (14).

Ponendosi proprio sulla stessa linea della precedente occasione, i giudici di legittimità sono sembrati intenzionati a muoversi in una prospettiva di rassicurante continuità rispetto alla disciplina previgente, questa volta con riguardo al problema, qui specificamente oggetto di attenzione, che si presenta indiscutibilmente come preliminare ad ogni altro in tema di assegnazione della casa familiare: il problema, cioè, della individuazione, ora alla luce del nuovo testo legislativo, degli interessi rilevanti ai fini dell’assegnazione.

E l’intenzione pare essere stata - è il caso di sottolinearlo immediatamente - quella di chiudere sul nascere la discussione, subito propiziata dalla nuova disciplina e con immediati riflessi pure sulla relativa applicazione da parte della giurisprudenza di merito, circa la possibilità, per il giudice, di procedere all’assegnazione stessa anche a prescindere dalla ricorrenza di una esigenza di tutela dei figli e, quindi, esclusivamente in considerazione della posizione di particolare debolezza di uno dei coniugi.

2. La prospettiva dell’esclusiva rilevanza dell’interesse dei figli

In effetti, di fronte al nuovo testo, non è mancato il tentativo, contro la tesi da tempo dominante in giurisprudenza indirizzata a configurare come unico interesse giuridicamente rilevante onde consentire l’assegnazione quello dei figli, di rinverdire gli orientamenti dottrinali e (pur largamente minoritari) giurisprudenziali propensi a valorizzare anche interessi diversi e, in particolare, l’interesse del coniuge più debole. Ciò in un’ottica “polifunzionale” (15) dell’istituto fondata su solide argomentazioni sistematiche - soprattutto sulla base dell’art. 6, comma 6, legge. div., quale risultante ai sensi della l. 6 marzo 1987, n. 74, laddove viene demandato al giudice, “ai fini dell’assegnazione”, di “valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione”, prevedendo, inoltre, quale criterio finale di decisione, quello consistente, appunto, nel “favorire il coniuge più debole” - tendenti a conferire adeguato peso, almeno se non configgenti con quelle di figli, alle esigenze del coniuge, ove costui versi, appunto, in una situazione di debolezza (da intendere in senso più comprensivo di quello cui si suole alludere quando si caratterizza la “debolezza” come “economica”) (16).

Al riguardo, pare opportuno almeno ricordare come i tentativi in tal senso siano stati sistematicamente frustrati dalle Sezioni Unite, con conseguente allineamento alla soluzione negativa della giurisprudenza di gran lunga prevalente, tanto di legittimità, quanto di merito. La chiusura ad ogni potenzialità di autonoma tutela delle ragioni del coniuge più debole, anche alla luce della disciplina introdotta nel 1987 in tema di divorzio (prontamente e concordemente estesa, in via interpretativa, alla separazione personale), risulta da ricollegare, insomma, alla ferma posizione che le Sezioni Unite hanno inteso assumere in proposito, confermando, in

Note:

(13) Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, in *Juris data*, si è espressa, in effetti, nel senso che “la l. n. 54 del 2006 non contiene alcuna disposizione che deroghi al principio generale per cui la legge dispone soltanto per l’avvenire, sancito dall’art. 11 preleggi”, con la conseguenza che l’invocazione della nuova disciplina non può essere consentita al di fuori delle forme di rilevanza espressamente previste dall’art. 4, comma 1°, concernente esclusivamente la revisione dei provvedimenti in precedenza adottati (e, quindi, attraverso il relativo procedimento, di cui agli artt. 710 c.p.c. e 9 l. 898/1970). Ciò, peraltro, con una soluzione forse fin troppo scarnamente argomentata e alquanto formalistica, in contrasto con il contrario indirizzo (conforme alle conclusioni di Tommaseo, *Le nuove norme sull’affidamento condiviso: b) profili processuali*, in questa *Rivista*, 2006, 390) diffuso nella giurisprudenza di merito, tendente ad applicare senz’altro la nuova normativa ai giudizi pendenti. Sul punto, v., con gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, in senso sfavorevole all’applicabilità nei giudizi in corso, Acierno, *La nuova disciplina dell’assegnazione della casa coniugale al vaglio dei giudici di merito*, in questa *Rivista*, 2007, 374 s.

(14) È da ricordare come uno dei nodi esegetici più gravi relativi alla nuova disciplina dell’affidamento sia stato quello concernente la sua incidenza sulla competenza ad adottare i provvedimenti in materia di figli naturali, in considerazione della ricordata portata generale della disciplina stessa (ai sensi dell’art. 4, comma 2). Cass., ord. 3 aprile 2007, n. 8362, in *Guida al dir.*, 2007, n. 15, 28, si è orientata a favore della competenza del tribunale per i minorenni, con la “attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio”. Risulta evidente come una simile conclusione (contro cui, sulla base di condivisibili argomenti legati alla necessità di superare ogni discriminazione tra i figli, cfr. M. Finocchiaro, *Quell’occasione perduta dalla Cassazione per superare anacronistiche ripartizioni*, in *Guida al dir.*, 2007, n. 15, 36 ss.) coinvolga pure la problematica dell’assegnazione della casa familiare (con una soluzione contraria, peraltro, a quanto ipotizzato, anche in ossequio alla generale impostazione antidiscriminatoria della nuova disciplina, in E. Quadri, *Nuove prospettive*, cit., 1142 e, più in generale, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, 415).

(15) Così, E. Quadri, *L’attribuzione*, cit., 275. Al riguardo, v. Cubeddu, *op. cit.*, 4.

(16) Basti rinviare, al riguardo, anche per gli opportuni riferimenti, a Di Nardo, *L’assegnazione della “casa familiare”: evoluzione legislativa e attuali orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 332 ss. e Mantovani, *op. cit.*, 442 ss. Ripercorre la problematica qui esaminata, da ultimo e a chiarimento della portata della nuova disciplina della materia, Contiero, *L’assegnazione della casa coniugale*, Milano, 2007, spec. 135 ss. E v. anche, sempre di recente: Giacobbe e Frezza, *op. cit.*, spec. 1349 s.; Asprea, *L’assegnazione della casa familiare*, Torino, 2003, 65 ss.; Ansaldo, *L’assegnazione della casa familiare*, in *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, II, Torino, 2003, 857 ss.; Scarano, *L’assegnazione della casa familiare: presupposti e funzioni*, in *Famiglia*, 2004, 618 ss. e 634 s.

sostanza, e nonostante il palese mutamento del quadro normativo di riferimento, l'atteggiamento già precedentemente osservato, in materia, con riferimento all'art. 155, comma 4, c.c., quale novellato dalla legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 (17).

Non sembra neppure il caso, ancora una volta in questa sede, di sottolineare come gli argomenti addotti nel 1995 dalle Sezioni Unite si presentassero tutti ampiamente controvertibili, soprattutto di fronte a quella apertura legislativa, con l'art. 6, comma 6, legge div., alla tutela dei figli maggiorenni, che aveva fatto venire meno la precedente predefinibilità del limite temporale dell'assegnazione (ricollegabile, nell'originario contesto normativo dell'art. 155, comma 4, c.c., al raggiungimento della maggiore età dell'ultimo dei figli). Con ciò venendo a perdere, evidentemente, di gran parte del suo mordente l'argomento di maggior peso evocato dalla decisione del 1982, rappresentato, appunto, dalla opportunità di evitare interpretazioni tali da impedire ogni possibilità di delimitazione temporale preventiva della grave compressione che l'assegnazione risulta indiscutibilmente atta a determinare del diritto di cui sia titolare il coniuge estromesso dal godimento (18).

Certo è che il preteso "carattere eccezionale" dell'istituto dell'assegnazione della casa familiare in conseguenza della crisi coniugale (e, ora, anche paraconiugale, ai sensi del diano ricordato art. 4, comma 2, l. 54/2006), quale criterio-guida da adottare nel bilanciamento tra gli interessi personali da soddisfare e quelli patrimoniali da sacrificare, ha continuato e continua a rappresentare, come finisce col confermare proprio la prima presa di posizione della Cassazione sulla portata della nuova disciplina (19), il reale filo conduttore della prevalente esegesi giurisprudenziale delle disposizioni succedutesi nel tempo in materia. E il sacrificio di ogni autonoma aspettativa del coniuge più debole ne ha costituito - e continua, dunque, a costituirne - il riflesso di maggiore rilievo.

Peraltro, il senso di insoddisfazione per la soluzione tendente ad ammettere l'assegnazione solo quale strumento di tutela dell'interesse dei figli (anche maggiorenni, ma - secondo una pacifica precisazione - non autonomi economicamente) (20) ha continuato a riemergere, sia pure sporadicamente e, soprattutto, nel caso particolare di comproprietà dell'immobile da parte di entrambi i coniugi. Non ha mancato, cioè, di essere riproposta, nonostante la ferma chiusura delle Sezioni Unite, la tesi che, "in assenza di figli", "l'assegnazione della casa familiare può essere utilizzata come strumento per realizzare (in tutto o in parte) il diritto al mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri" (21), venendo essa a configurare "una componente in natura dell'obbligo al mantenimento dell'uno a favore dell'altro" (22). Almeno nell'ipotesi di comproprietà della casa coniugale, insomma, è sembrato possibile, in assenza di interessi di figli meritevoli di preminente considerazione, l'esercizio del "potere discrezionale del giudice", "in presenza di una sostanziale parità di diritti", nel senso di

favorire "il solo coniuge che non abbia adeguati redditi propri, al fine di consentirgli la conservazione di un tenore di vita corrispondente a quello di cui godeva in costanza di matrimonio" (23).

L'impressione, comunque, è che la fiducia in una simile tesi, al di là della indubbia bontà degli argomenti addotti a suo fondamento, sia venuta negli ultimi tempi scemando (anche se è da segnalare qualche sua significativa riemersione nella giurisprudenza di merito) (24), a fronte dell'essere diventata proprio la finalizzazione della disciplina in questione alla tutela delle esigenze esistenziali dei figli la chiave di lettura elettivamente adottata in vista della risoluzione di taluni dei più delicati problemi applicativi dell'istituto dell'assegnazione della casa familiare. E, al riguardo, si pensi, in particolare, alla questione essenziale dell'opponibilità (nei limiti del novennio) del provvedimento di assegnazione non trascritto, decisa in senso positivo proprio per il costituire "la funzione dell'istituto una misura di tutela esclusiva della prole" (25); ovvero a quella, di notevole rilevanza nella pratica, della possibilità di assegnazione

Note:

(17) Per l'impostazione delle Sezioni unite in tema di interessi rilevanti in sede di assegnazione della casa familiare, fondamentale si presenta Cass. sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11297, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 517, la quale, in sostanza, non si discosta dalle conclusioni, cui era pervenuta, prima della riforma del divorzio del 1987 (e, quindi, sulla base della disciplina originariamente dettata con riferimento alle conseguenze della separazione personale dei coniugi), Cass., sez. un., 23 aprile 1982, n. 2494, in *Foro it.*, 1982, I, 1895. L'indirizzo risulta successivamente confermato da Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, in questa *Rivista*, 2002, 461 e Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Corr. giur.*, 2004, 1439. L'indirizzo si presenta, come accennato nel testo, largamente prevalente. E v., ad es., di recente e per ulteriori riferimenti, Cass., 2 febbraio 2006, n. 2338, in *Foro it.*, 2006, I, 1361 e Cass., 13 febbraio 2006, n. 3030, in *Foro it.*, 2007, 237.

(18) Per una simile critica alle argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite, v. quanto osservato in E. Quadri, *Assegnazione della casa familiare, interesse della prole e tutela del coniuge*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, spec. 530.

(19) Ci si riferisce ancora a Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit.

(20) È da segnalare come la giurisprudenza non abbia mancato, comunque, di cogliere la peculiarità dell'atteggiarsi del criterio preferenziale nell'ipotesi di assegnazione in conseguenza della convivenza con figli maggiorenni, restandone confermata, così, la prospettiva di una gerarchia tra gli interessi (anche all'interno di quelli espressamente assunti come preferenziali dal legislatore), entro cui deve esercitare il proprio apprezzamento il giudice. In una simile linea si muove, ad es., Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce "Separazione di coniugi", n. 51, quando sottolinea la necessità di condurre, in presenza, appunto, di figli maggiorenni, un esame "delle specifiche circostanze con rigore proporzionalmente crescente per effetto dell'aumento dell'età".

(21) Cfr. Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, 2235.

(22) Così, Cass., 7 luglio 1997, n. 6106, in questa *Rivista*, 1998, 125.

(23) In tal senso, Cass., 28 gennaio 1998, n. 822, in questa *Rivista*, 1998, 125 e Cass., 23 febbraio 2000, n. 2070, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Matrimonio", n. 167.

(24) E v., infatti, App. Roma, 7 agosto 2003, in *Guida al dir.*, 2003, n. 40, 51.

(25) Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, cit.

in caso di disponibilità dell'immobile a titolo di comodato, anch'essa decisa in senso positivo, per evitare la "frustrazione anche immediata della fondamentale esigenza di tutela della prole", cui si reputa risultare per sua natura finalizzato il relativo provvedimento (26).

Né si dimentichi come sia proprio sul rappresentare "la tutela dell'interesse della prole la *ratio* in forza della quale il legislatore ha introdotto il criterio preferenziale indicato nel comma 4 dell'art. 155 del c.c." che abbia fatto essenzialmente e ripetutamente leva la stessa Corte costituzionale, per estendere ai figli di genitori non coniugati la tutela dell'esigenza abitativa consentita, appunto, dall'assegnazione della casa familiare (pure dal punto di vista della relativa necessaria opponibilità ai terzi) (27). Con ciò allineandosi con la sua fondamentale precedente presa di posizione, tendente a fondare la soluzione positiva in tema di opponibilità dell'assegnazione anche in caso di separazione personale sull'essere "le norme di cui all'art. 155, comma 4, c.c. e all'art. 6, comma 6, l. n. 74 del 1987 ispirate alla *eadem ratio* dell'esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della prole" (28). Da ultimo, del resto, è sempre in dipendenza dell'essere "l'interesse che si persegue l'interesse del figlio al mantenimento dell'originario *habitat* familiare" che risulta essere stata posta in discussione, come dianzi ricordato, la legittimità costituzionale del regime della revoca dell'assegnazione, quale attualmente previsto dall'art. 155-*quater*, comma 1, c.c. (29)

Si può senz'altro affermare, allora, come, alla luce della disciplina previgente, nella ricostruzione da tempo riuscita trionfante nella giurisprudenza (anche costituzionale) (30), l'affidamento dei figli minori o la convivenza con figli maggiorenni ancora economicamente non autosufficienti si presentino come condizione assolutamente e indefettibilmente necessaria ai fini dell'assegnazione della casa familiare. In proposito, si continua a parlare, così, anche di recente, di "imprescindibile requisito" (31), con una terminologia (come quando, in termini sostanzialmente equivalenti, si discorre, sempre molto di recente, di "imprescindibile presupposto") (32) che si ricollega, secondo una linea di programmatica continuità, all'impostazione già delineata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite del 1982 (cui, non a caso, si richiama anche la ricordata decisione con cui la Cassazione ha ora inteso raccordare la nuova disciplina dell'assegnazione a quella previgente, espressamente ricordandone la conclusione, nel senso, appunto, di rappresentare "l'affidamento della prole presupposto necessario" dell'assegnazione) (33).

È chiaro, in effetti, come all'assegnazione finisca col non residuare alcuno spazio applicativo in mancanza di una simile condizione, ove essa sia vista come esclusivamente funzionale al soddisfacimento della "esigenza di garantire l'interesse del figlio 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 ed una prospettiva di stabilità in un momento di precario equilibrio familiare" (nei termini in cui, ancora da ultimo, viene sintetizzata la sostanza dell'indirizzo esegetico trionfante in materia) (34). Proprio da una simile finalizzazione "a conservare l'*habitat* domestico" da parte dei figli (35), del resto, facendosi in larga misura discendere, come si è dianzi evidenziato, la soluzione di alcune delle più significative questioni che si sono via via venute presentando nel confronto fra le esigenze presidiate dall'assegnazione e gli interessi (di natura essenzialmente economica) su cui essa risulta inevitabilmente (e in maniera rilevante) destinata a incidere.

Non a torto, insomma, anche la più volte evocata prima presa di posizione di principio della Cassazione in materia alla luce della recente riforma ha sottolineato che sistematicamente "coerente" con il quadro esegetico accennato può essere solo la conclusione secondo cui "l'assegnazione della casa familiare ... non può essere disposta a titolo di componente degli assegni rispettivamente previsti dagli artt. 156 c.c. e 5 della legge n. 898 del 1970, allo scopo di sopperire alle esigenze del coniuge più debole, al soddisfacimento delle quali sono destinati unicamente gli assegni sopra indicati" (36) (conclusione, quest'ultima, da considerare, ormai, del tutto consolidata, nel senso, insomma, che ci si deve ritenere al cospetto di una disciplina "non invocabile, neppure in via di interpretazione estensiva, con riferimento alla posizione del coniuge non affidatario, ancorché avente diritto al mantenimento") (37).

Note:

(26) Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, cit.

(27) La posizione della Corte costituzionale in materia emerge con chiarezza da Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit. e Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, cit.

(28) Si allude a Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, cit.

(29) La questione è, come già accennato, quella sollevata da Trib. Firenze, ord. 13 dicembre 2006, cit.

(30) Pare il caso di ricordare come una questione di legittimità costituzionale, prospettata proprio in ordine al profilo, qui in discussione, della funzionalizzazione dell'assegnazione anche alla tutela di interessi diversi da quelli della prole, risulti essere stata, nella sostanza, elusa da Corte cost., 15 marzo 2002, n. 57, in *Foro it.*, 2003, I, 1669.

(31) Così, Cass., 2 febbraio 2006, n. 2338, cit., non diversamente, ad es., da Cass., 18 settembre 2003, n. 13736, in *Famiglia*, 2004, 611.

(32) E v. Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, cit.

(33) L'allusione è nuovamente a Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit.

(34) Le parole sono di Cass., 2 febbraio 2006, n. 2338, cit.

(35) Come si esprime, ad es., Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, cit.

(36) Sono espressioni di Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit.

(37) Così, Cass. 18 ottobre 2003, n. 13747, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce "Separazione di coniugi", n. 64, secondo l'impostazione dominante, per cui v., di recente e in aggiunta alle decisioni già ricordate, ad es., Cass., 1° dicembre 2004, n. 22500, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce "Matrimonio", n. 133, nonché, Cass., 26 gennaio 2006, n. 1545, in *Mass. Foro it.*, 2006, 113.

E destinato all'insuccesso finisce con l'essere pure l'estremo tentativo di invocare la legittimità dell'assegnazione della casa familiare almeno nel caso di comproprietà dell'immobile da parte di entrambi i coniugi. Sulla base delle esposte - e ormai sostanzialmente pacifiche in giurisprudenza - premesse esegetiche, la ricorrenza di una simile situazione non pare realmente mutare i termini della questione, gli interessi giustificanti l'assegnazione e quelli connessi con la condizione proprietaria del bene risultando effettivamente rilevare su piani differenti.

Ne deriva la sostanziale coerenza dell'affermazione per la quale, una volta esclusa ogni possibilità di assegnazione in funzione di "componente degli assegni" previsti a seguito della separazione personale o del divorzio, "anche nell'ipotesi in cui l'immobile sia di proprietà comune dei coniugi, la concessione del beneficio in questione resta subordinata all'imprescindibile presupposto dell'affidamento dei figli minori o della convivenza con figli maggiorenni, ma non economicamente autosufficienti" (38). E questo con la inevitabile conseguenza per cui, nel caso di riscontrata insussistenza di esigenze della prole, i rapporti tra i coniugi relativi alla casa familiare "restano regolati dalle norme sulla comunione" (39): norme comuni in materia di comunione, quindi, "al cui regime dovrà farsi riferimento per l'uso e la divisione" del bene immobile precedentemente adibito ad abitazione familiare (secondo quanto viene decisamente puntualizzato, anche da ultimo, "in mancanza di una normativa speciale in tema di separazione", in dichiarata adesione all'indirizzo giurisprudenziale consolidato) (40).

3. Portata del nuovo art. 155-*quater* c.c.

Una simile prospettiva circa la finalizzazione dell'assegnazione esclusivamente al soddisfacimento delle esigenze abitative dei figli pare destinata a non perdere di attualità pure in applicazione della nuova disciplina introdotta con la legge n. 54 del 2006, la quale si limita a prevedere, in proposito, che "il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli". Non a caso, è proprio in tale formulazione del nuovo art. 155-*quater*, comma 1, c.c., che la Cassazione, evidentemente sulla base di una implicita valorizzazione della relativa continuità testuale con la precedente disciplina della materia, ha ora ravvisato motivi sufficienti per non discostarsi - come si è accennato anche con riguardo alla specifica ipotesi di immobile in comproprietà tra i coniugi - dall'impostazione dianzi delineata (alla quale ritiene, addirittura, che il legislatore abbia mostrato "di volere dare consacrazione legislativa"): da quei "principi", cioè, "consolidatisi in tema di assegnazione della casa coniugale", da considerare, quindi, pienamente "recepiti dalla riforma legislativa del 2006" (41).

È da rilevare come, nella nuova formulazione, sia venuto effettivamente meno il precedente riferimento - di cui agli artt. 155, comma 4, c.c., e 6, comma 6, legge. div. - all'affidamento dei figli minori o alla convivenza

con figli maggiorenni quale espresso criterio "preferenziale" di assegnazione (criterio, pare il caso di ricordare, dalla giurisprudenza - anche delle Sezioni Unite - concordemente reputato non automatico, nel senso che esso lascia in ogni caso sussistere la "possibilità di non emettere il provvedimento, pur in presenza della situazione-presupposto, e di lasciare quindi l'immobile nella disponibilità del coniuge proprietario o titolare di altro diritto di godimento") (42). Ciò non sembra, però, al di là della condivisibilità o meno delle varie argomentazioni via via addotte dalla giurisprudenza a suffragio della propria consolidata impostazione, poter comportare un mutamento di prospettiva tanto radicale, sul piano del diritto vivente (43), anche in considerazione delle esigenze di certezza che ad esso si ricollegano, da ritenere attualmente consentita, a differenza che in passato, l'assegnazione al coniuge non titolare (o titolare esclusivo) del diritto sul bene sulla base della sua sola condizione di "debolezza" (a prescindere, cioè, dalla ricorrenza di un interesse dei figli in tal senso) (44). Sostanzialmente isolata, in effetti, risulta, nella stessa recente giurisprudenza di merito, quella presa di posizione in senso contrario ad una simile conclusione, secondo cui, sulla base del nuovo dato testuale, "non può escludersi in via assoluta che in assenza di prole sia possibile l'assegnazione della casa" e, almeno "nell'ipotesi di una casa in comproprietà, la stessa potrà essere assegnata in base ad un criterio economico, per favorire la parte meno abbiente" (45).

Note:

(38) Gli sviluppi sono quelli di Cass., 26 gennaio 2006, n. 1545, cit.

(39) Per tale conclusione, Cass., 13 febbraio 2006, n. 3030, cit.

(40) L'accennata puntualizzazione è di Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit.

(41) Anche i passi ricordati sono tratti dalla motivazione di Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit.

(42) Circa la portata da riconoscere all'accennato criterio preferenziale, così si esprime Cass., sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11297, cit., secondo quanto chiarito già da Cass., sez. un., 23 aprile 1982, n. 2494, cit.

(43) Che costituisca vero e proprio "diritto vivente" la "affermazione secondo cui, anche nel vigore della l. n. 74, il giudice non ha il potere di disporre l'assegnazione della casa coniugale a favore del coniuge che non vanta alcun diritto reale o personale sull'immobile e che non sia affidatario della prole minorenni, o convivente con figli maggiorenni non ancora provvisti, senza loro colpa, di sufficienti redditi propri", lo evidenzia M. Finocchiaro, voce "Casa familiare (attribuzione della)", in *Enc. del dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 276.

(44) Particolarmente sensibile alle "esigenze di tutela del coniuge più debole", si mostra De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Padova, 2007, 343 ss., che ritiene, quindi, giustificati "ulteriori sforzi interpretativi", pur riconoscendo che la legge del 2006 "non ha introdotto elementi di novità idonei a modificare le conclusioni cui la giurisprudenza era pervenuta in passato". E v. anche Sesta, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in questa *Rivista*, 2006, 387.

(45) La posizione cui si allude è quella di Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006, in questa *Rivista*, 2007, 371, secondo cui il dato testuale (e, in particolare, proprio la menzione dell'interesse dei figli come un criterio da valutarsi "prioritariamente") starebbe a significare "che possono essere tenuti presenti altri criteri diversi da quelli legati all'affidamento dei figli, o alla loro convivenza con uno dei coniugi, come ad esempio la debolezza economica o morale di un coniuge rispetto all'altro".

L'essere stata la disposizione dell'art. 155-*quater* c.c., pur se resa autonoma dal resto della disciplina dei rapporti tra genitori e figli in conseguenza della crisi familiare, comunque inserita nel contesto di quelle concernenti la salvaguardia dell'interesse dei figli in dipendenza, appunto, della dissoluzione della convivenza familiare - e risultando essa dettata, oltretutto, proprio nell'ambito di una riforma specificamente indirizzata a incidere in modo sistematico su tale peculiare materia - induce a credere che niente possa ritenersi innovato circa le finalità alla cui realizzazione si presenta funzionalmente destinata l'assegnazione della casa familiare (46). Manca, del resto, nei lavori preparatori qualsiasi indizio di una diversa volontà del legislatore, la quale, è da ritenere, avrebbe dovuto esprimersi, se non addirittura esplicitamente, almeno in termini inequivocabilmente chiari, per discostarsi - senza dar vita ad una situazione di grave incertezza in una materia tanto delicata per la natura degli interessi coinvolti - da una soluzione che si offre all'interprete, ormai da tempo, secondo quanto accennato, realmente con i tratti caratteristici del diritto vivente (47).

Né può trascurarsi come il carattere, per il legislatore del 2006, quasi scontato dell'esclusivo collegamento dell'istituto con le esigenze esistenziali dei figli finisca col risultare significativamente evidenziato, sia pure incidentalmente, dall'allusione, nella seconda frase dell'art. 155-*quater*, comma 1, c.c., alla necessaria considerazione, da parte del giudice, dell'assegnazione "nella regolamentazione dei rapporti economici tra i genitori" e non, più genericamente, tra i "coniugi" (con ciò confermandosi la conclusione della non invocabilità della disciplina dettata in materia per risolvere questioni riguardanti i coniugi, almeno in quanto tali, nei loro rapporti personali e patrimoniali) (48).

Il mancato riferimento, quale criterio preferenziale di decisione in ordine all'assegnazione della casa familiare, all'affidamento dei figli (ovviamente minori) è da ritenere semplicemente porsi in stretta connessione col superamento, in linea di principio (e proprio come punto di forza della nuova disciplina), del precedente tradizionale sistema dell'affidamento monogenitoriale e col carattere, di conseguenza, programmaticamente normale della conservazione - essenziale per non rendere di sapore solo formale il previsto esercizio comune della potestà genitoriale, ai sensi del nuovo art. 155, comma 3, c.c. - di un rapporto paritario, anche sul piano della relazione personale, da parte di entrambi i genitori nei confronti dei figli (49).

La scelta tra i genitori, ai fini dell'assegnazione, nel modello di affidamento che viene ora definito "condiviso", non può che risultare, quindi, genericamente ricollegata al concreto atteggiarsi dell'interesse dei figli (significativamente indicato dal legislatore come "prioritario"), alla luce delle specifiche modalità - da stabilirsi ai sensi dell'art. 155, comma 2, c.c. - circa "i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore". È

evidente, infatti, come sia dalle determinazioni in merito a tale aspetto della vita dei figli successivamente alla separazione dei genitori che dipende la loro collocazione prevalente presso l'uno o l'altro genitore, con i riflessi che sono destinati a derivarne, appunto, circa l'assegnazione della casa familiare.

Anzi, proprio l'essere stata avvertita l'esigenza di disciplinare l'assegnazione della casa familiare ad uno dei genitori finisce con lo sconfessare implicitamente l'idea che, nel disegno legislativo, il carattere "condiviso" dell'affidamento (come già, in precedenza, quello "congiunto") debba, quasi per logica necessità, comportare una sorta di pendolarismo della residenza del figlio per periodi tendenzialmente uguali (50): ben potendo, invece, tale residenza - e sembra doversi trattare, anzi, della soluzione da considerare normale, almeno se si ritiene risultare gli interessi dei figli e non quelli dei genitori meritevoli di prioritaria salvaguardia nella regolamentazione dell'affidamento - essere fissata abitualmente presso uno dei genitori, senza con ciò venirne intaccata la piena operatività del principio di "bigenitorialità" (secondo una impostazione che la giurisprudenza di merito già non ha mancato di sviluppare) (51). Tale principio pare, in effetti, semplicemente imporre che le modalità della residenza del figlio siano da conformare - secondo tempi dinamicamente adeguati allo sviluppo dei figli e della loro personalità - in maniera tale da consentire e garantire quel "rapporto equilibrato e continuativo" con ciascuno dei genitori, che i figli hanno "diritto di mantenere", ai sensi del nuovo art. 155,

Note:

(46) Per un simile ordine di considerazioni, cfr. E. Quadri, *Nuove prospettive*, cit., 1142 e Paladini, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in questa *Rivista*, 2006, 30 ss. Che l'orientamento consolidatosi, "pur discutibile", sia "destinato ad essere ribadito", sottolinea-no Giacobbe e Frezza, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, VII (Aggiornamento), Milano, 2006, 223.

(47) Ritiene Paladini, *op. cit.*, 331 s., che se il legislatore "avesse inteso estendere la funzione dell'assegnazione della casa familiare, avrebbe dovuto quanto meno mutare la collocazione della relativa norma, ponendola in posizione seguente all'art. 156 c.c., per evidenziare anche plasticamente la sua biunivoca applicabilità in funzione dell'interesse dei figli o di quello del coniuge debole".

(48) In proposito, cfr. E. Quadri, *op. ult. cit.*, 1143 e Napolitano, *op. cit.*, 215 s.

(49) In proposito, v. quanto osservato da Casaburi, in *Foro it.*, 2006, I, 1369 e E. Quadri, *op. ult. cit.*, 1143.

(50) E v., al riguardo, le condivisibili osservazioni di Paladini, *op. cit.*, 329 s. Cfr. anche quanto rileva Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006, cit.

(51) L'assegnazione della casa familiare sembra doversi porre in connessione, insomma, anche nell'ora legislativamente privilegiato affidamento condiviso, con la consentita abituale (o, comunque, prevalente) localizzazione della prole: Casaburi, *op. cit.*, 1369; E. Quadri, *op. ult. cit.*, 1143; Napolitano, *op. cit.*, 214; Contiero, *op. cit.*, 26. Sul punto, Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006, cit., per il quale il pendolarismo tra i genitori "a periodi alterni" finirebbe col porsi in contrasto "con la necessità di assicurare ai figli minori condizioni di vita il più possibile stabili e regolari anche in presenza di una separazione".

comma 1, c.c. Prospettiva, questa, del resto, che pare costituire il fondamento anche della ricostruzione del nuovo sistema dell'affidamento, quale operata dalla Cassazione con riferimento all'organizzazione del regime delle contribuzioni nell'interesse di figli (52).

In caso di motivato affidamento monogenitoriale - persistentemente consentito dagli artt. 155, comma 2, e 155-bis c.c. - la situazione sembra presentarsi, almeno nella sostanza, invariata rispetto al passato (53). È vero che la disposizione dell'art. 155-*quater* c.c. assume, nel nuovo quadro normativo, una portata generale (tale, quindi, da renderla senz'altro riferibile ad ogni ipotesi di affidamento, bigenitoriale o monogenitoriale che sia), carattere generale assumendo, conseguentemente, il criterio della "prioritaria" considerazione dell'interesse dei figli (54). Ma è pure chiaro come l'affidamento monogenitoriale, per avere il senso che gli è connaturato, non possa che comportare - e sia pure senza le tradizionali rigidità temporali legate alla contrapposizione tra la posizione del genitore affidatario e quella del genitore titolare del mero "diritto di visita" - la localizzazione prevalente dei figli presso il genitore (esclusivo) affidatario, con gli inevitabili riflessi che ciò non può che finire col comportare sul piano delle determinazioni da assumere in tema di assegnazione della casa familiare. E pare, allora, opportuno ricordare come al luogo di "abituale" residenza dei figli e al relativo loro conseguente interesse significativamente (e, invero, pragmaticamente) si riferisca, con una previsione che prescinde dal carattere comune o esclusivo dell'esercizio della *autorité parentale*, quale criterio per l'assegnazione della casa familiare l'art. 285-1 *code civil* (nel testo quale recentemente novellato ai sensi della l. 2004-439 del 26 maggio 2004) (55).

È da sottolineare, poi, come la mancata autonoma previsione della rilevanza, ai fini dell'assegnazione della casa familiare, della convivenza dei figli maggiorenni (economicamente ancora non autonomi) con uno dei genitori - secondo il principio previsto dall'art. 6, comma 6, legge. div., in via estensiva concordemente applicato anche in materia di separazione personale - venga a discendere non certo da una intenzione del legislatore di modificare la portata del regime precedente, ma dalla (giustamente ritenuta) inutilità di una previsione in tal senso, una volta eliminata, per coerenza sistematica con l'impianto complessivo della riforma, la rilevanza, appunto ai fini dell'assegnazione, del criterio dell'affidamento (dei figli minori). L'allusione, così, di cui all'art. 155-*quater* c.c., all'"interesse dei figli", genericamente considerati, non può che reputarsi espressione della manifesta volontà legislativa di riferirsi comprensivamente tanto ai figli minori, quanto a quelli maggiorenni (economicamente ancora non autonomi, secondo il consolidato orientamento interpretativo, da cui non pare esservi alcuna ragione di discostarsi nel nuovo quadro normativo, soprattutto tenendo presente quanto esplicitamente previsto dall'art. 155-*quinquies*, comma 1, c.c.) (56).

L'attribuzione preferenziale ad uno dei coniugi del godi-

mento della casa familiare, ai sensi dell'art. 155-*quater*, comma 1, c.c., risulta dipendere, insomma, dalle esigenze abitative connesse a quella localizzazione prevalente dei figli (minori o maggiori che siano), solo in considerazione della quale può essere, in concreto e senza preconcepite rigidità, individuato quale sia il nucleo familiare residuo (in dipendenza della avvenuta separazione) da considerare maggiormente meritevole di tutela sotto il profilo abitativo (57).

Diversamente, in relazione ai "figli maggiorenni non indipendenti economicamente", una esplicita previsione sembra essere stata avvertita come necessaria con riguardo alle contribuzioni economiche a loro favore (art. 155-*quinquies* c.c.) proprio perché simili contribuzioni, nell'assetto dei rapporti successivamente alla dissoluzione della compagine familiare, tendono ora - con una scelta da ritenere, peraltro, alquanto opinabile in considerazione del complessivo atteggiarsi degli interessi coinvolti (e tale da imporre all'interprete, quindi, notevole cautela nel trarne conseguenze sul piano operativo) - a non essere più viste senz'altro in funzione delle esigenze unitarie di vita dell'intero nucleo familiare residuo (solo questo potendo risultare il senso da conferire alla spettanza, prospettata almeno come regola, del relativo pagamento direttamente al figlio, invece che al genitore con cui costui pure abitualmente conviva e che provvede alle sue necessità di vita) (58).

Note:

(52) L'allusione è alla presa di posizione di Cass., 18 agosto 2006, n. 18187, cit.

(53) Per una simile conclusione, v., ad es., Casaburi, *op. cit.*, 1369 e E. Quadri, *op. ult. cit.*, 1143.

(54) Il punto è evidenziato da De Filippis, *op. cit.*, 351, il quale, se sottolinea che "l'automatismo affidamento-assegnazione deve pertanto essere escluso anche nel caso di affidamento monogenitoriale", non manca di convenire sul fatto che "l'affidamento o la convivenza con i figli costituiscono un criterio fortemente preferenziale, che può condurre, nella grande maggioranza dei casi, all'assegnazione della casa già familiare".

(55) È da sottolineare come la norma ricordata, nella sua formulazione vigente, contempli la possibilità dell'assegnazione solo nell'interesse dei figli (minori, in quanto per definizione ancora soggetti alla *autorité parentale*), diversamente da quanto veniva previsto in precedenza (essendo, infatti, ammessa anche l'assegnazione nell'interesse del coniuge, almeno nel caso di divorzio per rottura della vita comune, ove domandato dal coniuge proprietario).

(56) In tal senso, v., espressamente, E. Quadri, *op. ult. cit.*, 1143 s. e De Filippis, *op. cit.*, 351 s. Sul fatto che nulla, al riguardo, sia mutato rispetto al passato, nonostante la "riprovevole assenza di un qualsiasi riferimento alla tipologia della prole", conviene pure Contiero, *op. cit.*, 133.

(57) Non si è mancato di sottolineare che il nuovo regime (e v. Napolitano, *op. cit.*, 214) potrebbe indurre più facilmente che in passato anche alla soluzione della "divisione in natura dell'ex casa familiare". In tale prospettiva (in relazione alla quale è richiamata, quale significativo precedente, Cass., 11 dicembre 1990, n. 11787, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce "Separazione di coniugi", n. 82), v. Trib. Napoli, ord. 21 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 237, al fine di permettere alla prole "di conservare paritari e significativi rapporti" con ambedue i genitori. In proposito, cfr. quanto osservato, con riferimento alla disciplina previgente, in E. Quadri, *L'attribuzione*, cit., 275 s.

(58) Per una simile considerazione, v. E. Quadri, *Nuove prospettive*, cit., 1144.