

ANGELO RICCIO

ART. 1 C. 42-45



*giuffrè editore - 2017*

---

Isbn 9788814221125

*Estratto al volume:*

**CODICE DELL'UNIONE CIVILE  
E DELLE CONVIVENZE**

a cura di  
Michele Sesta

Con il coordinamento di  
Maria Novella Bugetti

**Art. 1** *Nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di*  
**c. 45** *preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale*  
*titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto.*

*a cura di* **ANGELO RICCIO**

#### **SOMMARIO**

---

**1.** L'assegnazione della casa familiare e il rinvio all'art. 337-*sexies* c.c. — **2.** La definizione legale di convivenza e l'ambito di applicazione dell'art. 1, c.c. 42, 43, 44, 45. — **3.** (*Segue*) La dichiarazione anagrafica utile ai fini dell'opponibilità ai terzi. — **4.** Dalla mera detenzione per ragioni di ospitalità alla detenzione autonoma e qualificata. — **5.** Dall'estensione del rapporto personale di godimento al rapporto di famiglia quale titolo autonomo della detenzione qualificata. — **6.** Un "negozio giuridico" di tipo familiare quale titolo legittimante il diritto di abitazione sulla casa familiare. — **7.** Il diritto di abitazione del convivente superstite sulla casa adibita a residenza familiare comune: aspetti successori dei conviventi di fatto. — **8.** L'estinzione del diritto di abitazione del convivente superstite. — **9.** Successione del convivente di fatto nel contratto di locazione. — **10.** Assegnazione di alloggi di edilizia popolare e preferenza del convivente di fatto.

---

*1. L'assegnazione della casa familiare e il rinvio all'art. 337-sexies c.c.*

**1.1.** Il c. 42 dell'art. 1 della l. 2016/76, esordisce facendo salvo quanto previsto dall'art. 337-sexies c.c., in relazione **all'assegnazione della casa familiare** e alle prescrizioni in tema di **residenza**. **1.2.** Si rinvia, pertanto, al commento dell'art. 337-sexies c.c., già art. 155-*quater* c.c., rilevando comunque ai nostri fini che originariamente tale norma era dettata con esclusivo riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio e fu necessario un intervento della Corte costituzionale che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 155, c. 4, c.c., nella parte in cui non prevedeva l'assegnazione della casa coniugale al **genitore naturale** affidatario del figlio minore, con sent. CCost 6 mag. 1998/166, NGCC, 1998, I, 678, nt. di FERRANDO e GI, 1998, 1783, nt. COSSU, ha esteso la disciplina alla **famiglia di fatto** sul presupposto che, sotto il profilo degli interessi dei figli, il matrimonio tra i genitori non può costituire elemento di discriminazione in grado di differenziare gli strumenti di tutela. Successivamente l'art. 4, c. 4, della l. 2006/54 ha espressamente disposto che la disciplina dell'assegnazione della casa familiare si applica anche ai figli di **genitori non coniugati**, con la conseguenza che, in forza del rinvio all'art. 337-sexies c.c., il **godimento della casa familiare** e la permanenza nella stessa è attribuito al convivente *more uxorio* tenendo prioritariamente conto dell'**interesse dei figli**. La Cassazione ha statuito che in tema di assegnazione della casa familiare, l'art. 155-*quater* c.c., applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di **genitori non coniugati**, tutela l'interesse prioritario della prole a permanere nell'*habitat* domestico, postulando, oltre alla permanenza del legame ambientale, la ricorrenza del rapporto di filiazione legittima o naturale cui accede la responsabilità genitoriale, mentre non si pone anche a presidio dei rapporti affettivi ed economici che non involgano, in veste di genitori, entrambi i componenti del nucleo che coabitano la casa familiare oppure i figli della coppia che, nella persistenza degli obblighi di cui agli artt. 147 e 261 c.c., abbiano cessato di convivere nell'abitazione, già comune, allontanandosene (CC 15 set. 2011/18863). La giurisprudenza ha inoltre chiarito che la nozione di casa familiare ricomprenda quell'insieme di beni, mobili e immobili, finalizzati all'esistenza domestica della comunità familiare e alla conservazione degli interessi in cui si esprime e si articola la vita familiare, ed ha altresì precisato che l'assegnazione della casa familiare, rispondendo all'esigenza di conservare l'*habitat* domestico, inteso come il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare, è consentita unicamente con riguardo a quell'immobile che abbia costituito il centro di aggregazione della famiglia durante la convivenza, con esclusione di ogni altro immobile di cui i coniugi avessero la disponibilità (SESTA, *Comunione di vita e diritti sulla casa familiare*, FD, 2013, 511 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2016, 74; FREZZA, *Casa familiare*, Tr. ZAT., I, 2, II ed., 2011, 1753; CC 4 lug. 2011/14553, FPS 2011, 644, nt. IRTI; CC 9 set. 2002/13065, FD 2002, 587; CC 20 gen. 2006/1198, GI, 2006, 8-9, 1595).

2. **La definizione legale di convivenza e l'ambito di applicazione dell'art. 1, c. 42, 43, 44, 45.** Il c. 36 dell'art. 1 della l. 2016/76 delimita l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui ai commi 42, 43, 44 e 45, ai “**conviventi di fatto**” (BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, FD 2016, 919 e ss.) espressamente definiti come “due persone maggiorenni unite stabilmente da **legami affettivi di coppia** e di **reciproca assistenza morale e materiale**, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”, con la conseguenza che la disciplina sulle convivenze è applicabile sia alla coppia di sesso diverso sia alla coppia dello stesso sesso. La definizione legislativa individua in modo **descrittivo e non prescrittivo** (LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, *iuscivile.it*, 2016, 4), gli **elementi costitutivi** della convivenza *more uxorio* (C.Cost. 15 apr. 2010/138; CC 3 apr. 2015/6855, NGCC, 2015, I, 681), sia nell'*affectio* (C. cost., 29 gen. 1998/2), ossia nella partecipazione di ciascuno dei *partner* nella vita dell'altro, sia nella stabile convivenza rappresentata da una salda, duratura e reciproca contribuzione e assistenza, sia nell'assenza di **determinati vincoli** puntualmente elencati, tra i quali non viene menzionato il rapporto di convivenza di fatto, con la conseguenza che potrebbero in astratto configurarsi **più rapporti di convivenza di fatto** nello stesso tempo, salvo ritenere implicito, nello stesso concetto di convivenza di fatto, il dovere morale e sociale, oltre che giuridico, di **rispetto, fedeltà ed esclusività**, in forza del principio di **buona fede e correttezza**. Il c. 43 prevede — dopo la morte di uno dei due conviventi — che la **nuova convivenza di fatto** del coniuge superstite fa venire meno il diritto di cui al c. 42 sulla casa familiare. Da questa norma si dovrebbe ricavare indirettamente che ai fini dell'applicazione della disciplina in commento non sono ammesse neppure in contemporanea **due convivenze di fatto**. Sono escluse dalla nuova disciplina tutte le **altre convivenze** instaurate per ragioni di parentela, amicizia, o per la condivisione di esigenze o interessi comuni, o per ragioni di solidarietà o di mutuo aiuto (BALESTRA, *La convivenza*, cit., 919 e ss.). Dalla norma in commento si desume in maniera inequivoca, ancorché implicita, la volontà del legislatore di riferirsi esclusivamente alle convivenze coinvolgenti soggetti che “hanno una relazione reciproca aperta alla sessualità”; l'esclusione delle altre convivenze fa venire meno la possibilità di applicare la disciplina in questione con il relativo eventuale contratto di convivenza di cui ai c. 50 ss. della l. 2016/76, fatta ovviamente salva la possibilità di stipulare **contratti atipici di convivenza** (LENTI, *La nuova disciplina*, cit., 95-96; RIZZUTI, *Prospettiva di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, *giustiziacivile.com*, 8-9. In alcuni paesi europei le scelte operate sono state di segno diverso: nell'ordinamento belga la *cohabitation légale*, introdotta nel codice civile agli artt. 1475-1479 con la l. 1998/35 entrata in vigore il 1 gennaio 2000, è definita come situazione di vita comune di due persone che abbiano posto in essere un'apposita dichiarazione in tal senso (l'art. 1475 stabilisce che “*Par cohabitation légale*”, *il y a lieu d'entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476*”), la quale, per espressa previsione, può essere effettuata da due soggetti che non siano uniti in matrimonio o vincolati da altra *cohabitation légale*, mancando tuttavia riferimenti a vincoli di altro tipo; addirittura l'ordinamento

catalano dedica alle convivenze di mutuo aiuto una disciplina *ad hoc*, contenuta nella *Lley 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials de ajuda mútua*, un'analisi della quale è condotta da ZAMBRANO, *Parejas no casadas: l'esperienza spagnola e la Llei catalana del 10/1998*, in BRUNETTA D'USSEAUX E D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, 430 ss.; BALESTRA, *La convivenza*, cit., 919 e ss.). Pur non prevedendo la definizione di "convivenza di fatto" l'obbligo di **residenza anagrafica comune**, al c. 37 dell'art. 1 della l. 2016/76 si precisa che "ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al c. 36, **per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica** di cui all'articolo 4 e alla lettera *b*) del c. 1 dell'art. 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223". L'art. 4 del d.P.R. 1989/223, rubricato "**famiglia anagrafica**", dispone che "1. agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune", mentre l'art. 13, lett. *b*) del d.P.R. 1989/223, prevede che le dichiarazioni anagrafiche possono avere ad oggetto fatti relativi alla "**costituzione di nuova famiglia o di nuova convivenza**, ovvero mutamenti intervenuti nella composizione della famiglia o della convivenza". Sul punto si richiama la circ. n. 7 del Ministero dell'Interno del 1 giugno 2016, finalizzata ad offrire le prime indicazioni sugli adempimenti anagrafici in materia di convivenze di fatto. La predetta circolare, richiamate le disposizioni rilevanti, statuisce che, alla luce delle stesse, l'attività degli uffici anagrafici riguarderà **l'iscrizione delle convivenze di fatto**, la **registrazione dell'eventuale contratto di convivenza** e il rilascio delle relative certificazioni; con specifico riguardo all'iscrizione delle convivenze di fatto, prescrive che essa **dovrà** essere eseguita secondo le procedure già previste e disciplinate dall'ordinamento anagrafico ed, in particolare, dagli artt. 4 e 13, d.P.R. 1989/223, come espressamente richiamati dal c. 37 dell'art. 1 della l. 2016/76. Alla luce del richiamo categorico alle risultanze anagrafiche ai fini dell'**accertamento della stabile convivenza**, nonché alla luce del disposto di cui al c. 42 che fa riferimento alla "**casa di comune residenza**", si pone a livello interpretativo il problema se la stabile convivenza debba necessariamente risultare dalla dichiarazione anagrafica, che rappresenterebbe così un elemento costitutivo utile per far valere i diritti di cui ai c. 42, 43, 44, 45 (in argomento si v. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, pubblicato in data 1 apr. 2016 *giustiziacivile.com*, 8), ovvero se possa la stabile convivenza di natura fattuale essere comunque dimostrata con altri mezzi di prova, non rappresentando la dichiarazione anagrafica un elemento costitutivo della convivenza (SESTA, *Manuale*, cit., 228; BALESTRA, *La convivenza* cit., 919 e ss.; BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, editoriale pubblicato in data 20 apr. 2016, *giustiziacivile.com*, 5, secondo cui depongono plurimi argomenti, tra i quali: *a*) il fatto che la dichiarazione è concepita in relazione al momento accertativo di un fenomeno — la stabile convivenza, correttamente contemplata come preesistente rispetto al momento in cui viene resa la dichiarazione — i cui elementi costitutivi hanno matrice fattuale (il che vale ad attribuire un qualche rilievo al pur criticabile complemento di specificazione "di

fatto”); b) la circostanza che nelle unioni civili è espressamente — c. 2 — attribuita natura costitutiva al momento formale). Quest’ultima interpretazione è stata accolta da una recente ordinanza emessa in un procedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* (T Milano 31 mag. 2016 ord., *quotidianogiuridico.it*), la quale, attribuendo alla convivenza natura “fattuale”, in ragione della circostanza che essa si traduce « in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale », ha qualificato la dichiarazione anagrafica come « **strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo** », traendo conferma di ciò proprio dal c. 36, introduttivo di una definizione normativa « scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali »; tanto è vero che l’anzidetta dichiarazione è richiesta dalla l. 2016/76 « per l’accertamento della stabile convivenza », e cioè « per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l’effettiva esistenza fattuale ». In altri termini, la **risultanza anagrafica** assume il valore di una **presunzione legale** di sussistenza del rapporto e della sua stabilità. Essa, inoltre, consente di individuare il momento a decorrere dal quale la convivenza ha avuto inizio sia ai fini dell’estensione temporale del diritto alla permanenza del superstite nella casa adibita a comune residenza, che è appunto commisurato dal c. 42 alla durata della vita comune, sia in relazione alla entità e alla durata dell’obbligo alimentare di cui al c. 65, sia in relazione agli altri casi in cui la durata costituisca un presupposto per l’attribuzione di diritti in capo al convivente (SESTA, *Manuale* cit., 228). Il Ministero dell’Interno, direzione centrale per i servizi demografici, con parere reso in data 6 feb. 2017, ha chiarito: 1) che la disciplina introdotta dalla l. 2016/76 in materia di convivenze di fatto si applica per “espressa previsione di legge” solo a cittadini italiani o stranieri, residenti in Italia e non ne prevede l’applicazione ai cittadini iscritti in AIRE (anagrafe italiani residenti all’estero); 2) che ai fini degli adempimenti anagrafici in materia di convivenza di fatto va tenuto conto delle indicazioni contenute nella circolare del Ministero dell’Interno n. 7 del 1 giu. 2016, la quale chiarisce che l’iscrizione delle convivenze di fatto dovrà essere eseguita secondo le procedure già previste e disciplinate dall’ordinamento anagrafico ed, in particolare, dagli artt. 4 e 13 d.P.R. 1989/223, come espressamente richiamati dal c. 37 dell’art. 1 l. 2016/76; 3) che il c. 37 — nel fare salva la sussistenza dei presupposti della convivenza di fatto, indicati nel c. 36 — finalizza espressamente gli istituti propri dell’ordinamento anagrafico **all’accertamento della stabile convivenza e non già alla costituzione della convivenza di fatto**. La dichiarazione anagrafica non è, dunque, elemento costitutivo della convivenza di fatto, ma **il requisito della residenza di fatto o anagrafica** è comunque presupposto della fattispecie, dato che la norma attribuisce il diritto di abitazione a favore del convivente di fatto superstite che abbia, **in data antecedente** alla morte dell’altro convivente, fissato la propria residenza nella “casa di **comune residenza**”.

**3. (Segue) La dichiarazione anagrafica utile ai fini dell’opponibilità ai terzi.** Per potere **opporre ad eventuali terzi i diritti** di cui ai commi in commento, che fanno espresso riferimento “**alla casa di comune residenza**”, dovrebbe rite-

nersi sufficiente la dichiarazione anagrafica di cui agli artt. 4 e 13, c. 1, lett. b) d.P.R. 1989/223, ovvero la registrazione e l'**iscrizione anagrafica** del contratto di convivenza nel comune di residenza (c. 52), ovvero il **trasferimento anagrafico** di residenza *ex art. 43 c.c.*, altrimenti nell'eventuale **conflitto di diritti** potrebbero prevalere i diritti degli eredi o dei **terzi di buona fede**, rispetto ai diritti del **convivente superstite** che non abbia effettuato in **data certa anteriore** la dichiarazione anagrafica, ovvero che non abbia trasferito la sua residenza anagrafica nella casa familiare. Come è noto, infatti, il trasferimento di residenza non può essere opposto ai terzi di buona fede, se non è stato denunciato nei modi previsti dalla legge (art. 43 c.c.). E il trasferimento della residenza **si prova** con la doppia dichiarazione fatta al comune che si abbandona e a quello dove s'intende fissare la dimora abituale. Nella dichiarazione fatta al comune che si abbandona deve risultare il luogo in cui è fissata la nuova residenza (art. 31 disp. att. c.c.). A ben vedere, la Cassazione ha più volte statuito che ai fini di una corretta determinazione del luogo di residenza o di dimora del destinatario di una notifica, assume **rilevanza esclusiva** il luogo ove questi **dimori di fatto in via abituale**, con la conseguenza che **le risultanze anagrafiche** rivestono **valore meramente presuntivo** circa il luogo di residenza e **possano essere superate**, in quanto tali, con ogni mezzo di prova idoneo a dimostrare **la volontaria dimora di un soggetto in luogo diverso** (cfr. CC 1 set. 1998/8681; CC, 26 mag. 1999/5076). Il diritto del convivente superstite e dei familiari non proprietari alla permanenza nell'abitazione destinata a casa familiare può incontrare un limite anche laddove sussistano **diritti antagonisti** in capo a terzi aventi causa del familiare proprietario o suoi creditori. Alla luce della irragionevole diversità di disciplina prevista dal legislatore, si possono ricavare dal sistema **almeno tre modalità** diverse per rendere opponibile ai terzi il diritto di abitazione sulla casa familiare: 1) per l'opponibilità del diritto di abitazione di cui all'art. 540, c. 2, c.c. una parte della giurisprudenza ritiene che l'acquisto *mortis causa* del legato *ex lege* debba essere **trascritto** al fine di soddisfare l'esigenza di **continuità delle trascrizioni** e di completezza dei registri immobiliari, come previsto dall'art. 2650 c.c., con conseguente applicazione sia dell'art. 2648 c.c. sia dell'art. 2644 c.c. (CC 21 feb. 1995/1909, GI, 1995, I, 2060, nt. CIMEL, la quale ha statuito che l'acquisto del legato *ex lege* non trascritto non è opponibile al terzo avente causa dell'erede che abbia a sua volta trascritto l'acquisto dell'immobile). Altra parte della giurisprudenza ritiene che il diritto di abitazione, riservato dall'art. 540, c. 2, c.c. al coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare, si configura come un legato *ex lege*, che viene **acquisito immediatamente** da detto coniuge, secondo la regola di cui all'art. 649, c. 2, c.c., al momento dell'apertura della successione; ne consegue che **non può porsi un conflitto**, da risolvere in base alle norme sugli effetti della trascrizione, tra il diritto di abitazione, che il coniuge legatario acquista direttamente dall'ereditando, ed i diritti spettanti agli aventi causa dall'erede (nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito, la quale **aveva escluso la necessità della trascrizione** del diritto di abitazione *ex art. 540 c.c.* ai fini della sua opponibilità al ricorrente, aggiudicatario in sede di asta fallimentare di una quota di comproprietà dell'immobile appartenente ad un coerede) (CC 30

apr. 2012/6625, FD 2012, 869, nt. CALVO). Si è precisato al riguardo che rispetto ad un immobile, destinato ad abitazione familiare e su cui il coniuge del defunto abbia acquistato il diritto di abitazione sulla base dell'art. 540, c. 2, c.c., l'ipoteca iscritta dal creditore sulla piena proprietà dello stesso bene, in forza del diritto concessogli dall'erede, è opponibile al legatario alle condizioni stabilite dall'art. 534, commi 2 e 3, c.c.; non è invece utilizzabile come regola di risoluzione del conflitto quella dell'antiorità della trascrizione dell'acquisto dell'erede rispetto alla trascrizione dell'acquisto del legatario, perché la norma sugli effetti della trascrizione, dettata dall'art. 2644 c.c., non riguarda il rapporto del legatario con l'erede e con gli aventi causa da questo: infatti, il legatario acquista il diritto di abitazione direttamente dall'ereditando, e perciò non si verifica né in rapporto all'acquisto dell'erede dall'ereditando né in rapporto all'acquisto del creditore ipotecario dall'erede la situazione del duplice acquisto, dal medesimo autore, di diritti tra loro configgenti (CC 6 apr. 2000/4329; CC 15 mag. 2000/6231; CC 24 giu. 2003/10014); 2) per l'opponibilità del **provvedimento giudiziale di assegnazione** della casa emesso a favore del coniuge o del convivente non proprietario che convive con i figli minori o maggiorenni non ancora autosufficienti, si ritiene che il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare, in quanto avente per definizione **data certa**, è opponibile ai sensi dell'art. 1599 c.c. al terzo acquirente dell'immobile in data successiva **anche se non trascritto**, per **nove anni** decorrenti dalla data dell'assegnazione, ovvero anche dopo i nove anni, finché perduri l'efficacia della pronunzia giudiziale, se il titolo sia stato in precedenza trascritto" (CC, SU, 26 lug. 2002/11096, FI, 2003, I, 183; CC 19 lug. 2012/12466, la quale ha chiarito, tuttavia, che il diritto dell'assegnatario, opponibile al terzo acquirente, non paralizza quello del creditore di procedere *in executivis* sul bene oggetto dell'assegnazione (v. art. 337-*sexies* c.c., parte IV, §4); 3) per l'opponibilità del diritto di abitazione di cui al c. 42 l. 2016/76 è **sufficiente la dichiarazione anagrafica** di cui agli artt. 4 e 13, c. 1, lett. b) d.P.R. 1989/223, ovvero il **trasferimento di residenza**, ovvero la registrazione e l'**iscrizione anagrafica del contratto di convivenza** nel comune di residenza ai sensi del c. 52, il quale prevede che ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del c. 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli artt. 5 e 7 del regolamento di cui al d.P.R. 30 mag. 1989/223.

**4. Dalla mera detenzione per ragioni di ospitalità alla detenzione autonoma e qualificata.** Si può detenere la cosa nell'interesse altrui, cioè per ragioni di servizio, come nel caso della detenzione, da parte del lavoratore, degli strumenti di lavoro appartenenti al datore di lavoro, o da parte del domestico nell'ambito della casa (CC 9 gen. 1980/167; SACCO, CATERINA, *Il possesso*, Tr. C.M., II ed., 2000, 199. LIOTTA, *Detenzione*, EGT, X, 1988, 50 e CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, D CIV, IV, 1988, 72, distinguono i lavoratori autonomi, sempre legittimati alla tutela possessoria, dai lavoratori subordinati sottoposti alla rigida dipendenza e controllo del

datore di lavoro, non legittimati a tale tutela. In senso contrario si v. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, 315 e DE MARTINO, *Del possesso, della denuncia di nuova opera e di danno temuto*, COM. S.B., 1984, 120, i quali ritengono che la categoria vada riferita al solo domestico).

Nella dubbia categoria dei detentori per ragioni di ospitalità (GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 408, il quale precisa che la categoria della detenzione per ragioni di ospitalità è di dubbia consistenza dal momento che l'ospite occasionale non è neppure detentore; SACCO, *Possesso (dir. priv.)*, EdD 1985, 515, il quale ritiene che mentre il detentore diretto (per ragioni di servizio o di ospitalità) non è tutelato dalla legge, il detentore indiretto, ovvero colui a cui vantaggio si rivolge il servizio o l'ospitalità, avrebbero tutela possessoria anche se non possessori. L'ospitante ed il padrone, quali detentori indiretti, potrebbero agire con l'azione possessoria), per quanto attiene al godimento dell'alloggio e degli arredi venivano in passato ricompresi il coniuge, i familiari conviventi, nonché il convivente *more uxorio* (SACCO, CATERINA, *Il possesso*, cit., 202 ss.; OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012, 217 ss.; NATOLI, *Il possesso*, Pisa, 1972, II, 149; GENTILE, *Il possesso*, II ed., GS BIG., 1977, 61 e 499 ss. Nella giurisprudenza più risalente: per il coniuge T Sanremo 1 lug. 1948, FI, 1950, I, 1, 770, nt. critica di DE MARTINO; P Roma 19 set. 1965, GAI, 1966, 17, nt. MONTEL. Per i familiari conviventi CC 4 dic. 1962/3264, FI, 1964, I, 269, nt. parzialmente critica di BRANCA; Per la convivenza *more uxorio* T Roma 27 gen. 1954, ND, 1955, 577, nt. adesiva di Pajardi; CC 16 feb. 1956/436, GI, 1956, 1583; CABELLA PISU, *Il possesso*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato di diritto immobiliare*, I, 2, Padova, 2013, 1317 ss., ed ivi ulteriori riferimenti, la quale ritiene che il coniuge, i familiari conviventi, nonché il convivente *more uxorio*, abbiano quali detentori qualificati la legittimazione ad esperire l'azione di spoglio).

In sintonia con tale interpretazione riduttiva, la Cassazione ha più volte affermato il principio secondo cui il solo fatto della convivenza, anche se determinata da rapporti intimi, non pone di per sè in essere nelle persone che convivono con chi possiede il bene un potere sulla cosa che possa essere configurato come possesso autonomo sullo stesso bene o come una sorta di compossesso (CC, sez. II, 2 ott. 1974, n. 2555; CC, sez. II, 14 giu. 2001/8047). In questa prospettiva, il consolidamento della relazione tra i conviventi non darebbe luogo, in capo al soggetto non proprietario dell'immobile, ad una situazione tutelabile con l'azione di spoglio. Il convivente non proprietario sarebbe relegato nell'indifesa posizione dell'ospite, del tollerato o del detentore per ragioni di servizio.

In altre significative occasioni la Cassazione si è pronunciata in senso inverso, da un lato, riconoscendo in capo ai familiari conviventi del locatario la qualifica di codetentori abilitati, in quanto tali, all'azione di spoglio, anche nei confronti del locatario (CC 9 apr. 1980/2276; CC, sez. II, 7 ott. 1971/2753; CC 2 feb. 1979/733, con riferimento al coniuge; CC 22 gen. 1982/511, con riferimento alla moglie separata esclusa dall'appartamento da parte del marito locatario; CC 29 apr. 1993/5072, con riferimento al coniuge del proprietario del suolo. Nella giurisprudenza di merito analoga tendenza si è consolidata per il convivente *more uxorio*: P Roma 22 nov. 1975, GC, 1976, I, 1721, nt. PALMIERI; P Roma 18 ott. 1976, DE,

1977, II, 503; P Perugia 29 set. 1994, RA GU, 1994, 725; T Perugia 22 set. 1997, FI, 1997, I, 3686; T Milano 7 mag. 2008, FD, 2009, 40, nt. CAMPAGNOLI. Sul punto si v. CABELLA PISU, *Il possesso*, cit., 1318 e LIOTTA, *Detenzione*, cit., 69 ss. che sottolineano il consolidarsi della tendenza ad attribuire rilievo giuridico, sotto diversi profili, ai rapporti familiari di fatto e, dall'altro, riconoscendo in capo al convivente *more uxorio*, che goda con il *partner* possessore *iure proprietatis* del medesimo bene, una posizione riconducibile alla detenzione autonoma qualificata dalla stabilità della relazione familiare, riconosciuta dall'ordinamento e protetta a livello Costituzionale (CC, sez. II, 14 giu. 2012/9786, est. Manna, GC, 2012, I, 2318, la quale ha messo in evidenza che, pur mancando una legge organica sulla convivenza non fondata sul matrimonio, il legislatore nazionale non ha mancato di disciplinare, e con accresciuta intensità in tempi recenti, settori di specifica rilevanza della stessa, anche al di là della filiazione (dove l'eliminazione di ogni residua discriminazione tra i figli è stata sancita, nel rispetto dell'art. 30 Cost., dalla l. 10 dic. 2012/219). Basti pensare — solo per citare alcuni esempi — all'art. 199 c.p.p., per la facoltà di astenersi dal deporre concessa al convivente dell'imputato; agli artt. 342-*bis* e 343-*ter* c.c., introdotti dalla l. 4 apr. 2001/154, sull'estensione al convivente degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; alla l. 4 mag. 1983/184, art. 6, così come sostituito ad opera della l. 28 mar. 2001/149, per gli effetti della convivenza precedente al matrimonio sulla stabilità del vincolo ai fini dell'adozione; all'art. 408 c.c., così come novellato dalla l. 9 gen. 1994/6, per la scelta dell'amministratore di sostegno, che può cadere anche sulla persona stabilmente convivente; al d.lgs. 7 set. 2005/209, art. 129, in tema soggetti che non possono essere considerati terzi e che non hanno diritto ai benefici derivanti dall'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, limitatamente ai danni alle cose. Soprattutto, è stata la giurisprudenza costituzionale a sottolineare che « un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare — anche a sommaria indagine — costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.) » (sent. 237/1986); e a ribadire, di recente, che « per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico » (sent. 138/2010). In questo contesto si colloca la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge sulla locazione d'immobili urbani 27 lug. 1978/392 (sent. 404/1988), con cui la Corte costituzionale ha posto il convivente *more uxorio* tra i successibili nella locazione, in caso di morte del conduttore, e ha stabilito che il convivente medesimo, affidatario di prole naturale, succede al conduttore che abbia cessato la convivenza. La qualità di formazione sociale della convivenza *more uxorio* (CC, sez. III, 19 giu. 2009/14343) ha consentito a questa Corte di guardare alla stessa come fonte di doveri morali e sociali di ciascun convivente nei confronti dell'altro; con l'effetto, tra l'altro: (a) di escludere il diritto del convivente *more uxorio* di ripetere le eventuali attribuzioni patrimoniali effettuate nel corso delle convivenza (CC, sez. III, 20 gen. 1989/285; sez. II, 13 mar. 2003/3713; sez. III, 15

mag. 2009/11330); (b) di riconoscere il diritto del convivente al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale per la morte del compagno o della compagna provocata da un terzo (sez. III, 28 mar. 1994/2988; sez. III, 16 set. 2008/23725); (c) di dare rilevanza alla convivenza intrapresa dal coniuge separato o divorziato ai fini dell'assegno di mantenimento o di quello di divorzio (sez. I, 10 nov 2006/24056; sez. I, 10 ago. 2007/17643; sez. I, 11 ago. 2011/17195; sez. I, 12 mar. 2012/3923). La tesi secondo cui la relazione di fatto del convivente sarebbe un mero strumento del possesso o della detenzione di altro soggetto, paragonabile a quella dell'ospite o del tollerato (PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 19), è contraria alla rilevanza giuridica e alla dignità stessa del rapporto di convivenza di fatto (BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in GALGANO (diretta da), *I grandi orientamento della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 2004, 1 ss. e 17 ss.), la quale — con il reciproco rispettivo riconoscimento di diritti del partner, che si viene progressivamente consolidando nel tempo, e con la concretezza di una condotta spontaneamente attuata — da vita, anch'essa, ad un autentico consorzio familiare, investito di funzioni promozionali. Orbene, poiché la famiglia di fatto è compresa tra le formazioni sociali che l'art. 2 Cost. considera la sede di svolgimento della personalità individuale, il convivente gode della casa familiare, di proprietà del compagno o della compagna, per soddisfare un interesse proprio, oltre che della coppia, sulla base di un titolo a contenuto e matrice personale la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, si da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata [cfr. CC, sez. II, 14 giu. 2012/9786, est. Manna, GC, 2012, I, 2318, la quale precisa che « ciò, beninteso, non significa pervenire ad un completo pareggiamento tra la convivenza *more uxorio* ed il matrimonio, contrastante con la stessa volontà degli interessati, che hanno liberamente scelto di non vincolarsi con il matrimonio proprio per evitare, in tutto o in parte, le conseguenze legali che discendono dal coniugio. È e rimane infatti ferma la diversità della convivenza di fatto, fondata sull'*affectio* quotidiana — liberamente e in ogni istante revocabile — di ciascuna delle parti, rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio; come pure la distinta considerazione dei rapporti personali e patrimoniali di coppia nelle due diverse situazioni, stante il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi ed il più ampio rilievo, nel rapporto di coniugio, alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale »] (C. cost. n. 8/1996). La diversità della convivenza di fatto rispetto al rapporto coniugale (Questa diversità si è a ben vedere ulteriormente attenuata a seguito della legge 10 dic. 2012/219, che proclama il principio dell'unicità dello stato di filiazione, e del d.lgs. 28 dic. 2013/154, che tra l'altro ha introdotto la disciplina della responsabilità genitoriale che opera anche a prescindere dalla convivenza. Questa sostanziale riforma del diritto di famiglia, dovrebbe portare al superamento della distinzione tra famiglia legittima e famiglia di fatto. Al riguardo si v. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, RDC, 2014, 7, il quale sottolinea che alla stregua delle nuove norme sopra citate risulta radicalmente modificata la nozione di famiglia legale, che, ora, non appare più necessariamente fondata sul

matrimonio. L'Autore, a pag. 9, sottolinea che il matrimonio non si configura più quale indispensabile presupposto per dar vita a relazioni *legalmente* familiari, dato che esse sorgono ormai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo. L'Autore, inoltre, a pag. 10 s., sostiene che in forza delle nuove regole, pare affievolirsi, fino ad annullarsi, il principio della compatibilità della tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori dal matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima, richiamato nel c. 3 dell'art. 30 Cost., atteso che — con riguardo al codice civile — di famiglia legittima pare ormai non sia più dato parlare, né con riguardo ai profili personali, né a quelli patrimoniali. Si v., inoltre, SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, FD 2013, 232 ss.) non comporta che, in una unione libera che tuttavia abbia assunto — per durata, stabilità, esclusività e contribuzione — i caratteri di comunità familiare, il rapporto del soggetto con la casa destinata ad abitazione comune, ma di proprietà dell'altro convivente, si fondi su un titolo giuridicamente irrilevante quale l'ospitalità, anziché sul negozio a contenuto personale alla base della scelta di vivere insieme e di instaurare un consorzio familiare, come tale anche socialmente riconoscibile (CC, sez. II, 14 giu. 2012/9786, est. Manna, GC, 2012, I, 2318). D'altra parte, l'assenza di un giudice della dissoluzione del menage non consente al convivente proprietario di ricorrere alle vie di fatto per estromettere l'altro dall'abitazione (A ben vedere, ai sensi degli artt. 342-bis, 342-ter c.c. e 736-bis c.p.c., il convivente potrebbe ricorrere al giudice per ottenere tutela mediante ordini di protezione contro gli abusi familiari. Tra gli abusi si potrebbe configurare lo spoglio violento e clandestino perpetrato a danno dell'altro familiare convivente), perché il canone della buona fede e della correttezza, dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento, impone al legittimo titolare che, cessata l'*affectio*, intenda recuperare, com'è suo diritto, l'esclusiva disponibilità dell'immobile, di avvisare il *partner* e di concedergli un termine congruo per reperire altra sistemazione (CC, sez. II, 14 giu. 2012/9786, est. Manna, GC, 2012, I, 2318).

**5. Dall'estensione del rapporto personale di godimento al rapporto di famiglia quale titolo autonomo della detenzione qualificata.** Al fine di ammettere l'azione di spoglio in favore del convivente contro il terzo contraente e proprietario della casa di abitazione, si enunciano due separate ed autonome argomentazioni (Sui diritti dei familiari sull'abitazione si v., per tutti, SESTA, *Comunione*, cit., 511 ss). La prima, meno convincente (Questa prima argomentazione risulta invece convincente se letta in modo congiunto con la seconda argomentazione esposta di seguito nel testo. La detenzione qualificata, infatti, trova titolo non già nel medesimo contratto di comodato in quanto "estensibile" al convivente, bensì nel rapporto di famiglia ed in particolare nel negozio giuridico di tipo familiare. La lettura congiunta delle due argomentazioni è consigliabile anche alla luce dei contrasti giurisprudenziali enunciati da CC, sez. III, 17 giu. 2013/15113), configura, in deroga all'art. 1372 c.c., una estensione degli effetti del contratto di comodato (o di locazione) in favore del convivente che è terzo rispetto al contratto concluso tra il comodatario convivente e il proprietario estraneo alla famiglia. Si

adduce, al riguardo, che il convivente del comodatario (o del locatario: DE SANCTIS RICCIARDONE, *Contratto di locazione e convivenza col conduttore*, RDC, 1974, II, 23) deve ritenersi “codetentore” dell’appartamento destinato ad abitazione in virtù del “medesimo titolo”, rappresentato dal contratto di comodato (o di locazione) di cui il convivente non è parte, ma avrebbe il terzo convivente le stesse facoltà inerenti al comodato, come la detenzione che risulterebbe trasmessa al convivente con il comodato di cui egli non è parte CC, sez. II, 2 gen. 2014/7, est. Migliucci, la quale richiama CC, sez. III, 11 mag. 2010/11374 e CC, sez. II, 26 giu. 1992/7923, le quali hanno statuito che « il comodato di un alloggio ad uso abitativo costituisce detenzione, non quindi possesso *ad usucapionem*, in favore tanto del comodatario, quanto dei familiari con lo stesso conviventi, con la conseguenza che il comodatario che si opponga alla richiesta di risoluzione del comodato sostenendo di avere usucapito il bene, deve provare l’intervenuta interversione del possesso e non solo il mero potere di fatto sull’immobile ». Questa prima argomentazione configurerebbe una inammissibile efficacia *ultra partes* del contratto che non trova giustificazione né nella legge, né tantomeno nella volontà delle parti. Il terzo proprietario, infatti, aveva concesso in comodato la casa al solo fratello e non anche alla sua convivente. Va però segnalato che ove il comodato di un bene immobile sia stato stipulato senza limiti di durata in favore di un nucleo familiare già formato o in via di formazione, si versa nell’ipotesi del comodato a tempo indeterminato, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare; infatti, in tal caso, per effetto della concorde volontà delle parti, si è impresso allo stesso un vincolo di destinazione alle esigenze abitative familiari (e perciò non solo e non tanto a titolo personale del comodatario) idoneo a conferire all’uso — cui la cosa deve essere destinata — il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la crisi coniugale e senza possibilità di far dipendere la cessazione del vincolo esclusivamente dalla volontà, *ad nutum*, del comodante; salva la facoltà di quest’ultimo di chiedere la restituzione nell’ipotesi di sopravvenienza di un bisogno, ai sensi dell’art. 1809, c. 2, c.c., segnato dai requisiti della urgenza e della non previsione (cfr. CC, SU, 21 lug. 2004/13603; CC, sez. III, 18 giu. 2008/16559; CC, sez. III, 18 lug. 2008/19939; CC, sez. III, 21 giu. 2011/13592, la quale ha statuito che « il comodato, stipulato senza prefissione di termine, di un immobile successivamente adibito, per inequivoca e comune volontà delle parti contraenti, ad abitazione di un nucleo familiare di fatto, costituito dai conviventi e da un figlio minore, non può essere risolto in virtù della mera manifestazione di volontà *ad nutum* espressa dal comodante ai sensi dell’art. 1810, I comma, ultima parte, c.c., dal momento che deve ritenersi impresso al contratto un vincolo di destinazione alle esigenze abitative familiari idoneo a conferire all’uso cui la cosa è destinata il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la crisi familiare tra i conviventi; ne consegue che il rilascio dell’immobile, finché non cessano le esigenze abitative familiari cui esso è stato destinato, può essere richiesto, ai sensi dell’art. 1809, 2 comma, c.c., solo nell’ipotesi di un bisogno contrassegnato dall’urgenza e dall’imprevedibilità ». Sul punto si vedano i contrapposti orientamenti di CC, sez. III, 28 feb. 2011/4917 e di CC, sez. III, 7 lug. 2010/15986, nt. ALMUREDEN, FD, 2010, 1085, nonché l’ordinanza di rimessione alle

Sezioni unite CC, sez. III, 17 giu. 2013/15113. In argomento si v. SESTA, *Comunione*, cit., 511 ss.). In questo caso, ad avviso della Cassazione, il familiare convivente e i figli diverrebbero parti contrattuali. La seconda argomentazione, molto più convincente, fonda il titolo della detenzione qualificata sul **rapporto di famiglia** che determina sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità, tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare (SESTA, *Comunione*, cit., 514 e 520; CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, RTDPC, 2011, 37; SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, Milano, 2005, 37 ss., i quali sottolineano che il convivente *more uxorio* vanta sulla casa familiare una posizione di detenzione autonoma, il cui titolo è dato rinvenirsi in un “rapporto negoziale di fatto” o in un “negozio atipico a contenuto patrimoniale” (i patti di convivenza): in breve, la convivenza è titolo giuridico costitutivo della detenzione, che legittima il convivente all’azione di spoglio sia nei confronti dell’altro che, a sua morte, degli eredi che non potranno invocare l’art. 460 c.c. e dovranno esperire l’azione petitoria o di restituzione. Al riguardo SESTA, *Comunione*, cit., 520 s., precisa che per legittimare il convivente alla tutela possessoria nel rango di detentore qualificato, non vi è alcuna necessità di ricorrere agli schemi causali del comodato, della liberalità d’uso o del contratto atipico di godimento, costituendo la coppia di fatto, di per sé, titolo giuridico di detenzione della casa del ménage). Questo negozio giuridico di tipo familiare, per la sua valenza Costituzionale, attribuisce anche efficacia esterna alla famiglia, consentendo al familiare convivente di agire con l’azione di spoglio anche contro il terzo contraente proprietario dell’abitazione.

**6. Un “negozio giuridico” di tipo familiare quale titolo legittimante il diritto di abitazione sulla casa familiare.** Il diritto di abitazione e il diritto di costituire una famiglia sono inscindibilmente uniti (SESTA, *Manuale* cit., 74; SESTA, *Comunione di vita e diritti sulla casa familiare*, FD, 2013, 511 ss). Tra i conviventi nella famiglia, infatti, si instaura un **negozio giuridico di tipo familiare** (CC, sez. II., 2 gen. 2014/7, est. Migliucci, la quale nel condividere il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità: cfr. CC, sez. II, 21 mar. 2013/7214, est. Giusti; CC, sez. II, 14 giu. 2012/9786, est. Manna, mette in evidenza questo particolare negozio giuridico di tipo familiare fondato sul rapporto che si instaura all’interno della famiglia tra i conviventi. In CC, sez. trib., 16 mar. 2007/6192, in *Foro it.*, 2007, I, 1398, si fa riferimento ad un **atipico diritto personale di godimento**. Sul punto si v. SESTA, *Comunione*, cit., 513, il quale precisa che questo atipico diritto personale di godimento trova la sua fonte prossima **nell’accordo attuativo degli obblighi legali**), **diverso dal contratto di comodato** (il contratto di comodato si potrebbe comunque configurare in tutte quelle ipotesi in cui, anche a prescindere dalla situazione di convivenza, si consegna ad un proprio familiare un bene, affinché se ne serva per un tempo o senza determinazione di durata o per un uso determinato. Ed infatti il T Roma, sez. VII, 1 lug. 2013, Giudice Pacilli, inedita, e T Roma,

sez. fer., 2 ag. 2013, Rel. Tanferna, inedita, in forza del titolo inquadrabile nell'ambito del comodato, ha riconosciuto in favore del familiare quale detentore qualificato, l'azione di spoglio nei confronti di un terzo che si era impossessato di una stanza dell'appartamento di proprietà della madre), **fondato** sugli artt. 2, 29 e 30 Cost. e sugli artt. 143, 144, 145, 147, 148, 315, 315-bis, 316, 316-bis, 337-bis. e ss. c.c., che configura in capo al convivente medesimo un **diritto personale di godimento sulla casa di abitazione** dell'altro convivente **proprietario** [CC 29 apr. 1993/5072; CC, sez. II, 14 giu. 2012/9786, est. Manna, GC, 2012, I, 2318, la quale ha statuito che « il compossesso non consiste nell'esercizio, solidaristico e comunitario, di un'unica signoria, rappresentando, piuttosto, la situazione della confluenza su di una stessa cosa di poteri plurimi, corrispondenti, nella loro estrinsecazione, ad altrettanti distinti diritti, di identico o di differente tipo; ne consegue che il convivente *more uxorio* del soggetto possessore e proprietario dell'immobile in cui risiede la famiglia di fatto, in ragione di tale sola convivenza, pur qualificata dalla stabilità della relazione e protetta dall'ordinamento, non è compossessore con quello, ma detentore autonomo dell'immobile stesso, che, dunque, non può usucapire ». Sul punto si v. Sesta, *Comunione*, cit., 513], **o locatario** (CC, sez. II, 7 ott. 1971/2753; CC 2 feb. 1979/733; CC 9 apr. 1980/2276; CC 22 gen. 1982/511. Sul punto si v. Sesta, *Comunione*, cit., 515 s), **o comodatario** (CC, sez. II., 2 gen. 2014/7, est. Migliucci. Sul punto si v. Sesta, *Comunione*, cit., 515 s). Infatti, la convivenza determina, sulla casa ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, sia un diritto personale di godimento, sia un potere di fatto basato su un interesse proprio ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità o di tolleranza. In materia di conflitti tra il partner superstite e gli eredi del convivente premorto, si richiama CC 14 giu. 2012/9786 che, discostandosi da un orientamento che si era sviluppato soprattutto nella giurisprudenza di merito (T Torino 28 feb. 2002, GI, 2002, 1864 e T Saluzzo 26 mar. 2009, GM, 2009, 10, 2468, hanno affermato che il convivente *more uxorio* che ha convissuto con compossesso ultraventennale corrispondente al diritto reale di abitazione di una casa, di cui l'altro convivente, premorto, era proprietario, acquisisce, per usucapione, la titolarità, vita natural durante, del diritto di abitazione), ha ritenuto che il convivente *more uxorio* del soggetto possessore *iure proprietatis* dell'immobile in cui risiede la famiglia di fatto non è, in ragione di tale sola convivenza, compossessore con lui dell'immobile stesso — che dunque non può usucapire — ma detentore autonomo. Il compossesso, infatti, non costituisce “l'esercizio, solidaristico e comunitario, di un'unica signoria, né può atteggiarsi a contitolarità del potere di fatto, ma è il fenomeno della confluenza su di una stessa res di poteri plurimi, corrispondenti nella loro estrinsecazione ad altrettanti diritti tra loro distinti, di identico o differente tipo”. Secondo la Corte deve negarsi, pertanto, che il rapporto di coniugio o il *ménage* di fatto siano idonei a configurare a favore dei coniugi o dei conviventi un compossesso della casa di residenza familiare, con l'effetto che la morte di un possessore consolidi il possesso nelle mani del superstite. L'esclusione di un compossesso familiare, prosegue la Suprema Corte, è più evidente nelle unioni di fatto, in cui la relazione del convivente con le *res* possedute dal partner è ancora di più mediata dal titolo da cui dipende detto possesso, il cui venir meno

travolge le basi della tutela accordabile al convivente *more uxorio*. Pertanto, al convivente di un possessore *iure proprietatis*, che con lui goda dei medesimi beni, va riconosciuta una posizione recessiva, riconducibile alla detenzione autonoma. Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alla convivenza tra **persone dello stesso sesso**, alla luce della nota sent. della SC (CC 15 mar. 2012/4184, FD 2012, 7, 678, nt. GATTUSO, “Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte Europea dei diritti dell’uomo) che ha espressamente equiparato la tutela tra le coppie conviventi non coniugate indipendentemente dalla diversità di sesso (SESTA, *Comunione*, cit., 520). Il familiare convivente, quale detentore qualificato, ben può mutare la sua situazione da detenzione in possesso ai sensi dell’art. 1141, c. 2, c.c. (c.d. *interversio possessionis*), purché il titolo venga mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta nei confronti del possessore. Quest’ultimo mutamento richiede, in particolare, il compimento di uno o più atti estrinseci, dai quali sia possibile desumere la modificata relazione di fatto con la cosa detenuta, attraverso la negazione dell’altrui possesso e l’affermazione del proprio (cfr. CC, sez. II, 10 ott. 2007/21252; CC, sez. II, 16 mar. 2006/5854; CC, sez. I, 28 feb. 2006/4404), con la conseguenza che il familiare può, dunque, come qualunque persona, usucapire i beni di un terzo e quelli appartenenti ai propri familiari. Il convivente *more uxorio*, dunque, vanta un **diritto personale di godimento** sulla casa familiare (E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, RTDPC 2011, 37; SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, cit.), il cui titolo è dato rinvenirsi in un “rapporto negoziale di fatto” o in un “negozio atipico a contenuto personale” (risultante dai patti di convivenza o dalla mera dichiarazione anagrafica): in breve, la convivenza è titolo giuridico costitutivo della detenzione, che legittima il convivente all’azione di spoglio sia nei confronti dell’altro convivente, oppure, alla sua morte, nei confronti degli eredi che non potranno invocare l’art. 460 c.c. e dovranno esperire l’azione petitoria o di restituzione (CC 14 giu. 2012/9786; T Milano 7 mag. 2008; CC 21 mar. 2013/7214; SESTA, *Comunione*, cit., 515 s., il quale precisa che per legittimare il convivente alla tutela possessoria nel rango di detentore qualificato, secondo tale attenta dottrina, non vi è alcuna necessità di ricorrere agli schemi causali del comodato, della liberalità d’uso o del contratto atipico di godimento, costituendo la coppia di fatto, di per sé, titolo giuridico di detenzione della casa del *ménage*. L’A., inoltre, ritiene che deve escludersi che il chiamato o l’erede possa immettersi nel godimento dell’immobile: ove infatti la libera unione avesse acquisito i caratteri della stabile convivenza, si può affermare che l’erede ha ricevuto una situazione possessoria mediata dall’altrui detenzione, cosicché, per osservanza della riservatezza domestica del *partner* superstite, l’erede non potrà procedere all’immediata apprensione, senza commettere spoglio. Pertanto, l’unico rimedio esperibile dal successore sarà l’azione petitoria o quella restitutoria, affinché venga dichiarato estinto il titolo di detenzione del convivente superstite). Occorre poi precisare che l’esistenza di prole minore all’interno del nucleo non matrimoniale comporta interventi di garanzia, e una peculiare regolamentazione che attiene anche al godimento dell’abitazione familiare. Le norme sull’affidamento condiviso, infatti, ai sensi dell’art. 4, c. 2 della legge 8 feb. 2006/54, si applicano anche **ai figli di**

**genitori non coniugati**, e impongono un particolare provvedimento giudiziale di attribuzione del godimento della casa familiare, avuto riguardo prioritario all'interesse dei figli: pertanto, potrà essere sacrificato il diritto reale o personale di godimento del genitore convivente, il cui interesse non coincida con le esigenze del figlio (SESTA, *Comunione*, cit., 515). Il chiamato all'eredità, qualora accetti la delazione, non è detto che in forza delle azioni petitorie o di restituzione prevalga sul convivente superstite, dato che quest'ultimo potrà eccepire il proprio **autonomo titolo contrattuale** per neutralizzare la pretesa dell'erede. Ne deriva che, l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente proprietario o dai suoi eredi, o dal locatario, o dal comodatario, o dal terzo, in danno del convivente non proprietario, non locatario, non comodatario, legittima quest'ultimo sia alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di reintegrazione o spoglio ai sensi dell'art. 1168 c.c. CC, sez. II, 21 mar. 2013/7214, est. Giusti, FD 2013, 649, nt. GABBANELLI; CC, sez. II, 2 gen. 2014/7, est. Migliucci), sia la **tutela contrattuale** fondata sul diritto personale di godimento nascente dal suddetto **negozio giuridico di tipo familiare**, ovvero dal **contratto di comodato senza limiti di durata**, con **vincolo di destinazione** alle esigenze abitative familiari idoneo a conferire all'uso — cui la cosa deve essere destinata — il carattere implicito della durata del rapporto, anche **oltre la eventuale crisi coniugale** e senza possibilità di far dipendere la cessazione del vincolo esclusivamente dalla volontà, *ad nutum*, del comodante, salva la facoltà di quest'ultimo di chiedere la restituzione nell'ipotesi di **sopravvenienza di un bisogno**, ai sensi dell'art. 1809, c. 2, c.c.

**7. Il diritto di abitazione del convivente superstite sulla casa adibita a residenza familiare comune: aspetti successori dei conviventi di fatto.** Prima della entrata in vigore della l. 2016/76 è stata esclusa dalla Corte costituzionale la possibilità di riconoscere **diritti successori ex lege** al convivente di fatto. La Consulta si è trovata ad esaminare congiuntamente le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 565 e 582 c.c., nella parte in cui non includono il convivente tra gli eredi legittimi parificandolo al coniuge, e dell'art. 540, c. 2, c.c., nella parte in cui non riserva al convivente, anche se escluso dal novero dei successibili a titolo di erede, almeno il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza della coppia, se di proprietà del defunto o comune. Con la sent. C. cost. 26 mag. 1989/310, D FAM, 1889, 474, nt. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, la Corte ha dichiarato infondata la prima questione, non ravvisando alcuna violazione degli artt. 2 e 3 Cost., ed escludendo ogni contrasto con l'art. 3 Cost., non essendo equiparabile, anche alla luce dell'art. 29 Cost., la situazione giuridica del convivente superstite a quella del coniuge. Per l'equiparazione si veda, invece, C. cost. 7 apr. 1988/404, FI, 1988, I, 2515, con osservazioni di PIOMBO D. (che ha dichiarato illegittimo — anche in riferimento all'art. 2 Cost. — l'art. 6 l. 1978/392, nella parte in cui ometteva di considerare il convivente *more uxorio* del conduttore ai fini della successione nel contratto di locazione concernente l'abitazione familiare) e CC 17 feb. 1988/1701, FI, 1988, I, 2306, nt. CALÒ, *La giurisprudenza come*

scienza inesatta (in tema di prestazioni lavorative in seno alla famiglia di fatto). La seconda questione è stata dichiarata dalla Corte inammissibile, in quanto il diritto di abitazione della casa adibita a residenza familiare ex art. 540, c. 2, c.c. presuppone la qualità di legittimario del coniuge. In motivazione si legge che “sotto il profilo del principio di eguaglianza la pretesa violazione dell’art. 3 è contraddetta dal rilievo, ripetutamente espresso da questa corte, che « la situazione del convivente *more uxorio* è nettamente diversa da quella del coniuge » (sent. 1980/45, FI, 1980, I, 1564; /1988/404, cit.). È vero che l’art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione « dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio ». Lo stesso giudice rimettente, là dove fa « salve eventuali, future differenziazioni riservate al legislatore », ammette in definitiva che l’art. 3 non può essere invocato nella sua portata eguagliatrice. Ma le norme in esame non meritano censura neppure sotto il profilo del principio di razionalità. Il riconoscimento della convivenza *more uxorio* come titolo di vocazione legittima all’eredità, da un lato, contrasterebbe con le ragioni del diritto successorio, il quale esige che le categorie dei suscettibili siano individuate in base a rapporti giuridici certi e incontestabili (quali i rapporti di coniugio, di parentela legittima, di adozione, di filiazione naturale riconosciuta o dichiarata), dall’altro, per le conseguenze che comporterebbe nei rapporti tra i due *partners* (non solo l’obbligazione alimentare, ma anche qualcosa di simile all’obbligo di fedeltà), contraddirebbe alla stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci. Nemmeno può dirsi violato il principio di tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana. Ammesso, come pure questa corte ha ritenuto (sent. /1986/237, FI, 1987, I, 2353), che l’art. 2 Cost. sia riferibile « anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità », ciò non implica la garanzia ai conviventi del diritto reciproco di successione *mortis causa*, il quale certo non appartiene ai diritti inviolabili dell’uomo, i soli presidiati dall’art. 2. In ordine alla famiglia naturale la discrezionalità lasciata al legislatore ordinario dall’art. 42, 4 c. 4, Cost. per la determinazione delle categorie dei successibili incontra soltanto il vincolo derivante dalla direttiva di equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi nei rapporti con i genitori che li hanno riconosciuti o nei confronti dei quali la filiazione è stata dichiarata, sancita dall’art. 30, c. 3. La seconda questione è inammissibile. Il giudice a quo non ha considerato che i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, attribuiti al coniuge dall’art. 540, c. 2, c.c., sono oggetto di una vocazione a titolo particolare collegata alla vocazione (a titolo universale) a una quota di eredità, cioè presuppongono nel legatario la qualità di legittimario al quale la legge riserva una quota di eredità. Tale collegamento, per cui i detti diritti formano un’appendice della legittima in quota, si spiega sul riflesso che oggetto della tutela dell’art. 540, c. 2, non è il bisogno dell’alloggio (che da questa norma riceve protezione solo in via indiretta ed eventuale), ma sono altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo in connessione con la qualità di erede

del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio, con conseguente inapplicabilità, tra l'altro, dell'art. 1022 c.c., che regola l'ampiezza del diritto di abitazione in rapporto al bisogno dell'abitatore. Pertanto, il giudice rimettente non chiede alla corte semplicemente di inserire il convivente *more uxorio* nella previsione dell'art. 540, c. 2, ammettendo anche questa forma del rapporto di coppia quale possibile referente della nozione di « casa adibita a residenza familiare », bensì sollecita l'introduzione nell'ordinamento della legittima di una nuova fattispecie strutturalmente e funzionalmente diversa da quella portata a modello: strutturalmente, perché il diritto di abitazione sarebbe attribuito al convivente indipendentemente dalla qualità di chiamato all'eredità; funzionalmente, perché, secondo la prospettazione dell'ordinanza di rimessione, il diritto di abitazione sarebbe qui destinato a tutelare direttamente e specificamente l'interesse alla conservazione dell'alloggio. Una siffatta innovazione nel sistema normativo esula dai poteri della corte. Spetta al legislatore valutare il grado di meritevolezza di tutela dell'interesse all'abitazione nell'ipotesi in esame, e quindi decidere tra le due forme di tutela possibili, quella — gravemente limitatrice del diritto di proprietà degli eredi — del diritto (reale) di abitazione, ovvero, in assenza di una disposizione testamentaria più favorevole del *de cuius*, quella più moderata di un diritto personale di godimento temporalmente limitato. Per questi motivi, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 565 e 582 c.c., sollevata, in riferimento agli art. 2 e 3 Cost., dal Tribunale di Roma con l'ordinanza indicata in epigrafe; dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, c. 2, c.c., sollevata, in riferimento ai citati articoli della Costituzione, dal detto tribunale con la medesima ordinanza. Del resto già gli stessi tribunali di merito, che avevano affrontato *ex professo* la questione, si erano espressi nel medesimo senso: « La disposizione dell'art. 540, 2 comma, c.c., che riconosce al coniuge del defunto il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, non può applicarsi al convivente *more uxorio* del defunto » (A Cagliari, 29 lug. 1982; A Roma, sez. IV, 2 dic. 2013, T Verona 12 dic. 1989, GM, 1990, 716, nt. G. AZZARITI, nel senso che il diritto di abitazione in questione non si estingue qualora il coniuge superstite trasferisca altrove la sua residenza; T Milano, 8 sett. 1997, AL, 1998, 88). Per riferimenti sull'art. 540, c. 2, c.c., v. C. cost., ord. 5 mag. 1988/527, FI, 1989, I, 930, RDC, 1989, 689, nt. GAMBARDELLA M.; CC, SU, 27 feb. 2013/4847, la quale ha statuito che « in tema di successione legittima, spettano al coniuge superstite, in aggiunta alla quota attribuita dagli art. 581 e 582 c.c., i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, di cui all'art. 540, c. 2, c.c., dovendo il valore capitale di tali diritti essere detratto dall'asse prima di procedere alla divisione dello stesso tra tutti i coeredi, secondo un meccanismo assimilabile al prelegato, e senza che, perciò, operi il diverso procedimento di imputazione previsto dall'art. 533 c.c., relativo al concorso tra eredi legittimi e legittimari e strettamente inerente alla tutela delle quote di riserva dei figli del *de cuius* »; e, in dottrina, FERRI L., *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in RTDPC, 1988, 366). La nuova l. 2016/76 sulle unioni civili e convivenze, con la

disposizione in commento (c. 42), ha previsto che in caso di morte del proprietario esclusivo della casa di comune residenza il **convivente di fatto superstite** ha diritto di **continuare ad abitare** nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Si precisa, inoltre, che ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del (solo) convivente superstite (c.d. famiglia ricomposta o ricostituita), il convivente medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni. Ovviamente, qualora i conviventi abbiano figli comuni, minori o maggiorenni non autosufficienti, troverà applicazione il disposto dell'art. 337-sexies c.c., espressamente richiamato dal c. 42 (SESTA, *Manuale* cit., 237). Tale norma conferma che il convivente di fatto superstite può **continuare a prolungare nel tempo** il suo preesistente **diritto personale di godimento** sulla casa di esclusiva proprietà dell'altro convivente, adibita a **residenza familiare**, con un limite temporale minimo di due o tre anni (in caso di figli minori o disabili) e massimo di cinque anni. Ne deriva che la convivenza *more uxorio*, quale formazione sociale che da vita ad un **autentico consorzio familiare**, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, non solo o soltanto un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità, tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che legittima le azioni possessorie (CC 2 gen. 2014/7, FD 2014, 664, con commento di RICCIO A., *Azione di Spoglio del familiare convivente contro il terzo*), ma anche e soprattutto un **negozio giuridico di tipo familiare** (RICCIO, cit., 670), analogo ad un contratto di **comodato** senza limiti di durata, con conseguente configurazione di un **diritto personale di godimento** sulla casa familiare in costanza di convivenza. La Suprema Corte di Cassazione ha statuito che « ove il comodato di un bene immobile sia stato stipulato senza limiti di durata in favore di un nucleo familiare, si versa nell'ipotesi del comodato a tempo indeterminato, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare; in tal caso, per effetto della concorde volontà delle parti, si è impresso allo stesso un **vincolo di destinazione** alle esigenze abitative familiari idoneo a conferire all'uso — cui la cosa deve essere destinata — il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la eventuale crisi coniugale e senza possibilità di far dipendere la cessazione del vincolo esclusivamente dalla volontà, *ad nutum*, del comodante, salva la facoltà di quest'ultimo di chiedere la restituzione nell'ipotesi di **sopravvenienza di un bisogno**, ai sensi dell'art. 1809, c. 2, c.c., segnato dai requisiti della urgenza e della non previsione » (CC, SU, 21 lug. 2004/13603; CC 18 giu. 2011/16559; CC 18 lug. 2008/19939; CC 28 feb. 2011/4917; CC, SU, 29 set. 2014/20448; CC 11 set. 2015/17971). La SC ha inoltre precisato che il comodato, stipulato senza prefissione di termine, di un immobile successivamente adibito, per inequivoca e comune volontà delle parti contraenti, ad abitazione di un nucleo familiare di fatto, non può essere risolto in virtù della mera manifestazione di volontà *ad nutum* espressa dal comodante ai sensi dell'art. 1810, c. 1, ultima parte, c.c., dal momento che deve ritenersi impresso al contratto un vincolo di destinazione alle **esigenze abitative familiari** idoneo a conferire all'uso cui la cosa è destinata il carattere implicito della durata del rapporto, anche

**oltre la crisi familiare tra i conviventi;** ne consegue che il rilascio dell'immobile, finché non cessano le esigenze abitative familiari cui esso è stato destinato, può essere richiesto, ai sensi dell'art. 1809, c. 2, c.c., solo nell'ipotesi di un bisogno contrassegnato dall'urgenza e dall'imprevedibilità. Orbene, se leggiamo la nuova disposizione di cui al c. 42 alla luce del suddetto orientamento, applicabile a parere di chi scrive anche alla famiglia di fatto in assenza di figli, si comprende il limite imposto per legge alla cessazione del **rapporto contrattuale familiare di fatto** preesistente che nasceva senza limiti di tempo. Poiché il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano sussisteva già in costanza di convivenza, è evidente che la recente disposizione di cui al c. 42 non fa sorgere, in sede successoria, in capo al convivente superstite, che non è erede né legittimario, un nuovo diritto di abitazione a titolo di **legato ex lege**, bensì un diritto personale di godimento a tempo determinato, che ricalca quello del diritto reale di abitazione di cui all'art. 1022 e ss. c.c., con il **limite temporale** previsto dalla legge, nella **prosecuzione del preesistente diritto di godimento**, anche dopo la morte del proprietario convivente. Il diritto di cui al c. 42 ha natura strettamente personale e non può essere ceduto, analogamente a quanto dispone l'art. 1024 c.c. Qualora in relazione alla natura giuridica dell'istituto in questione, si volesse accogliere l'opposta tesi, si dovrebbe necessariamente muovere dalla premessa che il legislatore ha introdotto a favore del convivente di fatto un nuovo titolo di vocazione legittima dell'eredità a titolo particolare e temporale, attribuendo al convivente superstite un **legato ex lege**, analogo a quello di cui all'art. 540, c. 2, c.c. (MENGONI, 1999, 167; CAPOZZI, 2009, 442), senza fare acquistare al convivente superstite la qualità di erede, e senza configurare in capo allo stesso la qualità di legittimario, con la conseguenza che si tratterebbe di un **legato di specie** che si conseguirebbe automaticamente, *ipso iure*, in via immediata, secondo la regola di cui all'art. 649, c. 2, c.c., senza bisogno di alcuna accettazione (CC 15 mag. 2000/6231) e, ovviamente, fatta comunque salva la facoltà di rinunciare. Alla luce della nuova normativa, dunque, si potrebbe riproporre la questione di legittimità costituzionale di cui alla sent. C. cost. 1989/310, D FAM, nt. SCALISI, *Famiglia di fatto*, cit., dato che la nuova disciplina ha elevato la convivenza di fatto a vera e propria **famiglia di diritto** (SESTA, *Manuale* cit., 227), qualificando e definendo giuridicamente la fattispecie, individuando un rapporto giuridico certo, stabile ed incontestabile, con la conseguenza che potrebbero apparire irragionevoli e discriminatori i termini di scadenza del diritto di abitazione rispetto al corrispondente legato *ex lege* di cui all'art. 540, c. 2, c.c., che non prevede limiti di tempo, potendo durare fino alla morte del beneficiario. Il diritto di abitazione è un diritto fondamentale della persona riconosciuto e tutelato sia dall'art. 2 Cost., sia dall'art. 1, primo protocollo CEDU, sia dall'art. 9 della Carta di Nizza (BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980; RICCIO A., *Beni giuridici e proprietà*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, COM. S.B., 1299-1388; ROLLI, *Il diritto all'abitazione nell'Unione Europea*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2013; C. cost. 7 apr. 1988/404, FI, 1988, I, 2515), con la conseguenza che la nuova normativa si pone irragionevolmente in contrasto sia con le suddette norme, sia con gli artt. 3 e 42, c. 4, Cost., rendendo incostituzionale il c. 42 nella parte in cui, anche per disparità di trattamento, limita il diritto di abita-

zione del convivente superstite, quale legato *ex lege* o quale diritto personale di godimento sorto senza limiti di tempo, per volontà delle parti conviventi.

**8. L'estinzione del diritto di abitazione del convivente superstite.** A differenza dell'art. 540, c. 2, c.c., e conformemente a quanto disposto dall'art. 337-*sexies* c.c., il c. 43 prevede espressamente che il diritto di abitazione della casa familiare, di cui al c. 42, viene meno nel caso in cui il convivente superstite **cessi di abitare stabilmente** nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto. Per estinguersi il diritto in questione non è sufficiente un allontanamento o abbandono temporaneo per validi motivi di lavoro o di studio o altro, ma un abbandono definitivo sia dal punto di vista materiale sia dal punto di vista psicologico. La detenzione qualificata, infatti, può essere conservata **solo animo** e non si perde per effetto della **non occupazione materiale** del bene anche per cause transitorie.

Il cambiamento di residenza anagrafica, pur non facendo di regola venire meno la convivenza di fatto, dovrebbe comunque comportare l'estinzione del diritto di abitazione, ovvero la non opponibilità dello stesso ai terzi, avendo il legislatore previsto al c. 37, ai fini dell'applicazione della disciplina in questione e ai fini dell'accertamento della stabile convivenza, la dichiarazione anagrafica per la tutela dei terzi.

**9. Successione del convivente di fatto nel contratto di locazione.** Il c. 44 prevede che nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della **casa di comune residenza**, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto. Per entrambi tali profili si v. C. cost. 7 apr. 1988/404, FI, 1988, I, 2515, con osservazioni di D. PIOMBO, la quale ha dichiarato illegittimo — anche in riferimento all'art. 2 Cost. — l'art. 6 l. 1978/392, nella parte in cui ometteva di considerare il convivente *more uxorio* del conduttore ai fini della successione nel contratto di locazione concernente l'abitazione familiare. La dichiarazione di incostituzionalità teneva conto sia dei doveri costituzionali dello Stato sociali sia del riconoscimento dell'abitazione quale diritto inviolabile dell'uomo ai sensi dell'art. 2 Cost. Il diritto al subentro nel contratto di locazione stipulato dal solo partner sussiste sia in presenza che in assenza di prole e sia nella ipotesi di morte o di recesso dell'altro convivente di fatto. I subentro dovrebbe considerarsi ammissibile anche in caso di assegnazione di alloggio popolare (CC 29 lug. 1987/6550, NGCC, 1998, I, 124). La convivenza con il conduttore defunto, cui, ai sensi dell'art. 6 l. n. 392/1978, è subordinata la successione nel contratto di locazione di immobile adibito ad uso di abitazione, costituisce una situazione complessa caratterizzata da una convivenza « stabile ed abituale », da una « comunanza di vita », preesistente al decesso, non riscontrabile qualora il pretendente successore si sia trasferito nell'abitazione locata soltanto per ragioni transitorie (nella specie, in applicazione di tale principio, la suprema corte ha escluso che potesse riscontrarsi una pregressa, abituale convivenza tra l'anziana nonna e il nipote trasferitosi nell'abitazione da questa condotta in locazione per assisterla)

(CC, 11 feb. 2008/3251). A seguito della sent. C. cost. 7 apr. 1988/404, l'art. 6 l. 1978/392 resta modificato nel senso che in caso di allontanamento del conduttore dall'immobile locatogli, qualunque ne sia la ragione, la convivente *more uxorio* con il conduttore, che rimanga nell'alloggio con la prole nata dalla loro unione di fatto, ha diritto di succedere nel contratto come conduttrice, ancorché la convivenza sia sorta nel corso della locazione e senza che il locatore ne abbia avuto conoscenza (CC, 25 mag. 1989/2524). A seguito della sent. C. Cost. 1988/404, che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 6 l. 27 lug. 1978/392, in caso di morte del conduttore succede nel contratto di locazione anche chi aveva convissuto *more uxorio* con il conduttore, a prescindere del tutto dalla situazione familiare del titolare del contratto di locazione e dalla presenza di eredi legittimi (CC 8 giu. 1994/5544).

**10. Assegnazione di alloggi di edilizia popolare e preferenza del convivente di fatto.** Il c. 45 prevede che nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto. Anche a tali fini, per rendere opponibile ed efficace la convivenza nei confronti dei terzi, è necessario dimostrare anagraficamente la convivenza ai sensi del c. 37 mediante esibizione della dichiarazione anagrafica. Il quadro normativo di riferimento è estremamente articolato, trattandosi di materia che ai sensi dell'art. 117 Cost. e di competenza delle Regioni, con la conseguenza che potrebbe configurarsi una questione di legittimità costituzionale qualora la legge regionale invada la competenza riservata allo Stato in ordine alla materia dell'**ordinamento civile**, ovvero riduca i diritti riconosciuti dalla legge statale a favore dei conviventi di fatto. Ai sensi dell'art. 13, c. 2 d.l. 25 giu. 2008/112, conv. in l. 6 ago. 2008/133, gli accordi raggiunti in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni ed Enti locali, tengono conto del criterio del riconoscimento del diritto di opzione all'acquisto in favore dell'assegnatario unitamente al proprio coniuge, qualora risulti in regime di comunione dei beni, ovvero, in caso di rinuncia da parte dell'assegnatario, in favore del coniuge in regime di separazione dei beni, o, gradatamente, del convivente *more uxorio*, purché la convivenza duri da almeno cinque anni, dei figli conviventi, dei figli non conviventi. Con la disposizione in questione si è venuto generalizzare il principio di **equiparazione delle famiglie**, a parità di condizioni, con la conseguente abrogazione di tutte le norme statali, regionali e locali incompatibili ai fini dell'inserimento delle coppie di fatto nelle graduatorie per l'assegnazione degli alloggi di edilizia popolare. Le Regioni, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, hanno spesso individuato le caratteristiche dei **nuclei famigliari** che hanno titolo per partecipare ai pubblici concorsi mediante i quali si assegnano gli alloggi di edilizia popolare, con penetranti ripercussioni anche nella famiglia di fatto e dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. In quasi tutte le Regioni sono state emanate leggi che dispongono, fra l'altro, che « fanno altresì parte del nucleo famigliare il **convivente more uxorio**, gli ascendenti, i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il richiedente abbia avuto

inizio due anni prima della data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge » (così art. 2, l. reg. Emilia Romagna 1995/13; nello stesso senso, art. 5, l. reg. Toscana 1996/96; art. 7, l. reg. Calabria 1996/32; art. 11, c. 6, l. reg. Lazio 1999/12; art. 6, c. 4, l. reg. Liguria 1994/10; art. 2, c. 2, l. reg. Molise 1998/12; art. 2, c. 2, l. reg. Piemonte 1994/46; art. 3, c. 1, l. reg. Piemonte 1995/46; art. 3, c. 1, l. reg. Piemonte 2001/22; art. 4, c. 5, l. reg. Umbria 1996/33; art. 5 c. 1, l. reg. Valle d'Aosta 1995/39; art. 2, c. 4, l. reg. Veneto 1996/10; art. 3, c. 2, l. reg. Basilicata 1997/20; art. 7, l. reg. Marche 1997/44; art. 2, c. 3, l. reg. Campagna 1997/18; art. 1, l. reg. Abruzzo 1998/56; art. 3, c. 2, l. reg. Basilicata 1999/31), ed aggiungono che « possono essere considerati componenti del nucleo familiare anche persone non legate da vincoli di parentela o affinità, qualora la convivenza istituita abbia carattere di stabilità sia finalizzata alla reciproca assistenza morale e materiale » (cfr. art. 2, c. 3, l. reg. Emilia Romagna 1995/13; nello stesso senso art. l. reg. Lazio 1999/12; art. 6, c. 4, l. reg. Liguria 1994/10; art. 2, c. 3, l. reg. Molise 1998/12; l. reg. Piemonte 1994/46/46/1995 e 2001/22; l. reg. Umbria 1996/33 e 2003/23; l. reg. Veneto 1996/10; l. reg. Basilicata 1997/20; l. reg. Valle d'Aosta 1995/39; l. reg. Toscana 1996/96; l. reg. Marche 1997/44; l. reg. Campagna 1997/18; l. reg. Abruzzo 1998/56) (cfr. CIANCIOLO, *Diritto privato regionale?*, in LUPOI, CECHELLA, CIANCIOLO, MAZZOTTA (a cura di), *Unioni civili e convivenze, Guida commentata alla legge n. 76/2016*, Rimini, 2016, 227 e ss.). Alcune Regioni tendono a far coesistere nel godimento dei benefici, sia la figura di famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, sia quella fondata sulla convivenza *more uxorio* (Valle d'Aosta, Liguria, Toscana, Umbria, Marche, Lazio, Puglia), purché fondate “su stabili relazioni affettive” (Basilicata). Altre Regioni fanno esplicitamente riferimento al modello costituzionale di famiglia previsto dall'art. 29 Cost., e quindi al richiamo formale all'istituto del matrimonio (Lombardia, la Provincia autonoma di Trento, Veneto, Campania, Calabria e Sicilia). Altre Regioni, invece, lasciano spazio anche ai nuclei monogenitoriali, onde non penalizzare i figli naturali (così la Provincia autonoma di Bolzano). Ci sono Regioni che privilegiano le posizioni dei singoli (Emilia Romagna) ovvero che prevedono normative in contraddizione con il disposto statutario (Abruzzo), altre Regioni rimangono sul vago (Piemonte), mentre altre Regioni ancora non hanno stabilito nulla al riguardo (Molise, Sardegna). Tali disposizioni sono molto importanti perché consentono ovvero negano l'accesso a benefici in materia di edilizia popolare, sanità, educazione ed altri ambiti di competenza regionali. Si realizzerebbe quindi una varietà di situazioni ove una coppia di fatto può accedere a determinati servizi solo se ciò è previsto dalla normativa regionale, provocando così una **discriminazione di fatto** nel trattamento di situazioni simili nel silenzio della legge nazionale (FALLETTI E., *Famiglia di fatto e convivenze*, Padova, 2009, 105; RICCIO D., *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, 311 ss.; BOVE A., *Le convivenze familiari nel diritto regionale*, in BOCCHINI F., *Le convivenze*, Torino, 2006, 425 ss.; MARCHETTI S., *Verso un diritto regionale della famiglia?*, in *Famiglia*, 2005, 985; CIANCIOLO, *Diritto privato regionale?*, cit., 232 s.). In quasi tutte le leggi regionali in materia, vi è una sorta di enunciato che recita così: « ai fini del presente articolo si intende per nucleo familiare la famiglia costituita da una persona sola ovvero dai coniugi, dai figli

legittimi, naturali, riconosciuti, adottivi, dagli affidati per il periodo effettivo dell'affidamento, con loro conviventi. Fanno, altresì, parte del nucleo familiare il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il richiedente duri ininterrottamente da almeno due anni alla data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge » [es.: l. reg. Liguria 2004/10, art. 12, il quale dispone che entrano a fare parte di diritto del nucleo familiare assegnatario: a) il coniuge o il convivente di fatto; l. reg. Piemonte 2001/22, art. 3, c. 1; l. reg. Toscana 1996/96, art. 5, l. reg. Veneto/ 1996/10, art. 2, c. 4; l. reg. Basilicata 1999/31, art. 3; l. reg. Marche 1997/44, art. 7; l. reg. Campagna 1997/18, art. 2; l. reg. Abruzzo 1998/56, art. 1; l. reg. Lazio 1999/12, art. 11, c. 5; l. reg. Emilia Romagna 1995/13, art. 2, il quale dispone che « agli effetti della presente legge, per nucleo familiare si intende la famiglia costituita dai coniugi e dai figli legittimi, naturali, riconosciuti ed adottivi e dagli affiliati con loro conviventi. Fanno altresì parte del nucleo il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il richiedente abbia avuto inizio due anni prima della data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge »]. La normativa regionale in materia di edilizia residenziale pubblica prevede, inoltre, le ipotesi di **scioglimento della convivenza**, disponendo che, in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, il genitore cui sia stata giudizialmente affidata la prole, qualora non assegnatario, subentra nell'assegnazione dell'alloggio ed ha diritto ad ottenere la voltura del contratto di locazione da parte dell'ente gestore. Tutta la suddetta normativa regionale va adeguata alla nuova l. 2016/76, onde rimuovere le evidenti discriminazioni tra coppie coniugate e coppie di fatto e tra queste e le unioni civili.